JOSÉ IGNACIO G. PAZOS CROCITTO

-TESISTA-

HORACIO D. PIOMBO

-DIRECTOR-

(DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS U.N.L.P.)

LO NO JURÍDICO

SOBRE UN ÁMBITO INDETERMINADO O

LIBRE DE VALORACIÓN JURÍDICA EN EL

DERECHO PENAL

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PLATA

INTRODUCCIÓN

§0. Prólogo

En el ámbito del Derecho Penal, como acaece también en todo el espectro del Derecho, existe un debate acerca de cuál es el papel que han de desempeñar los legisladores, los jueces y los dogmáticos jurídico- penales en la construcción del sistema de la teoría del delito.

Este debate debe recoger, a nuestro juicio, el existente en el ámbito más general de la metodología del Derecho. Cualquier estudio jurídico no puede ser ajeno a un posicionamiento, del autor, en torno a la cientificidad de aquel y la incidencia de sus problemáticas en el análisis específico que se diseñe. Sobre ello avanzaremos en el parágrafo 1 de esta propuesta, que hemos titulado “*Palabras previas. Sobre la ‘ciencia del Derecho’*”.

La teoría que con mayor profundidad se ha ocupado del papel que juegan cada uno de los operadores mencionados *supra* es la llamada del *desarrollo continuador del Derecho*. Las ideas sobre las que se avanzará en este trabajo, no son nuevas en ámbitos ajenos al Derecho Penal, pero entendemos que en este último no han tenido un adecuado análisis, y, por tal vena, pueden ayudar a explicar cómo se construye el mencionado sistema, o cuanto menos, a describir cómo se puede llegar a construir desde una orientación particular.

La hipótesis de la que se parte aquí es que el Derecho –y consecuentemente la subespecie Penal- es desarrollado por el Legislador, por los Tribunales y por la Ciencia del Derecho.

Que el Legislador crea Derecho, no parece controvertido, ni merece mayores explicaciones. Sin embargo, se debe definir la matriz epistémica de la que se parte, pues la masa normativa, y el concepto de Derecho, serán entendidos de manera diversa conforme a la escuela en que se enrole el autor. A explicitar dichos alcances, está dedicado el Capítulo III de este trabajo titulado “*Sistema y conceptos jurídicos básicos*”, asimismo los Anexos I (“*La Jurisprudencia Analítica*”) y II (“*El Realismo Jurídico*”).

Baste para esta introducción señalar que, el Legislador, es el destinatario directo de la competencia primaria legisferante. Enfrascado en un proceso de motivación

del destinatario, caracterizado por un “proceso comunicativo”, el Derecho Penal, en lo específico, se presenta como un sistema de directivas conformado por “normas de comportamiento” que procuran, en parigual, orientar regularmente la interpretación de las mismas en términos del lenguaje ordinario para no diluir su virtualidad dialogal.

Por el contrario, la afirmación de que los Tribunales y la Ciencia del Derecho participan, asimismo, en el proceso de desarrollo del Derecho, desempeñando una labor “creadora”, amerita, cuanto menos, alguna aclaración, máxime desde el hontanar del Derecho Penal.

En efecto, la cuestión de si, y en qué medida, el juez puede o debe desempeñar una labor creadora en la aplicación del Derecho ha ocupado a generaciones de teóricos de esta disciplina. En un principio, se partió de la prohibición de que el juez desarrollara una labor creadora, de que era posible aplicar el Derecho sin –por decirlo de algún modo- transformarlo. Ello era posible a través de silogismos formales y neutros, el catálogo de cánones de la interpretación era cerrado. En el campo del Derecho Penal se llegó a predicar la necesidad de prohibir la interpretación –FEUERBACH entre otros-. Sobre ello se abunda en el parágrafo 38 (“*El principio de legalidad como negación al poder de los jueces*”) y periféricamente en otros apartados.

La mencionada prohibición de que el juez desarrollara una labor creadora se presentó como irrealizable. En esencia –si bien debido también a otros aspectos- porque se constató que toda interpretación implica una interacción entre el sujeto intérprete y el objeto interpretado, de suerte que no era posible aplicar el Derecho de manera neutral. A operar sobre ello se dedica el Capítulo IV llamado “*Interpretación y Aplicación de las normas penales*”.

De ahí que actualmente se tienda a superar el esquema sujeto- objeto que durante mucho tiempo han intentado mantener relevantes corrientes teóricas (v.g. la *jurisprudencia de conceptos*), ensayada desde diversas orientaciones: la analítica, la hermenéutica, la tópica, la retórica, *et sit cétera*. Ya no se parte de la prohibición de que el juez desarrolle una labor creadora, de que no es posible aplicar el Derecho sin un legítimo desarrollo continuador del mismo, de que, consecuentemente, esta labor no sea posible a través de silogismos formales y neutros, de que el catálogo de cánones de la interpretación no es cerrado y de que el Derecho presenta lagunas necesitadas de integración, elementos

normativos, cláusulas generales, términos legales precisados de concreción, *et sit cétera*. Se constata que desde la lógica formal, como desde la analítica, se corre el peligro de convertir al Derecho en un sistema axiomático que no dé respuesta a los verdaderos conflictos sociales. Esto se discute en el precitado Capítulo IV, como asimismo en el parágrafo 1 y en el Anexo I de nuestra propuesta.

Para sortear la cuestión, se entiende desde diversos ángulos metodológicos, que el número de criterios para tomar una decisión correcta es, en esencia, ilimitado (v.g. la ley, la naturaleza de las cosas, la seguridad jurídica, los intereses individuales o supraindividuales, el uso del lenguaje, entre otros). Idea ésta que refuerza la de un “sistema abierto”. La relevancia de contar con un sistema de este tipo se examina en el parágrafo 1.

La obtención del Derecho, para un sistema abierto, implica la necesidad de una argumentación correcta, partiendo de que el número de posibles argumentos es ilimitado. El parágrafo 37 ilustra sobre ello (*“Derecho y argumentación jurídica como discurso racional”*).

En resumidas cuentas, bajo la égida del formalismo prevaleció en la metodología jurídica la idea de que la creación del Derecho sería un simple proceso lógico. Concretamente la subsunción de un conjunto de circunstancias vitales bajo la norma legal. Pero el proceso de creación jurídica muestra una estructura esencial más complicada, que contiene momentos productivos, dialécticos, intuitivos, en síntesis no exclusivamente lógico- formales. De donde, el juez nunca infiere una decisión “sólo de la ley”, sino que llega al caso siempre con un determinado preconcepto fundido en el crisol de múltiples fuentes.

La formulación general- abstracta de la ley es sólo la materia prima, de la cual, en un acto de formación procesal, debe surgir el Derecho concreto. Los Tribunales desarrollan el Derecho en la medida en que lo “aplican”, y ello pues en nuestro modelo constitucional son los destinatarios directos de la competencia primaria de “aplicación de la ley”. En efecto, así como es claro en nuestro modelo constitucional que el Legislador posee la competencia primaria legisferante, no hay mayores dudas de que los Tribunales detentan la competencia primaria de “aplicación de la ley”. En cierto sentido actúan como *colegisladores*, pues la aplicación del Derecho es la actualización de la norma en atención al caso concreto. El cumplimiento de esta labor obliga a ir más allá de la pura y neutra

construcción de silogismos formales. Sobre ello se avanzará en los párrafos 34 (“*La aplicación del Derecho. Las conclusiones lógicas en el Derecho*”) y 35 (“*El método jurídico y la creación del Derecho*”).

Ello supone el reconocimiento de que la aplicación de la ley no es un proceso meramente lógico, sino que exige regularmente de los operadores jurídicos la formulación de múltiples valoraciones. Esto importa la transición de la *jurisprudencia de conceptos* a la *jurisprudencia de intereses*, y además subyace a otras corrientes metodológicas modernas (*vide* la hermenéutica, la tópica, *et sit cétera*). Se parte de la convicción de que la aplicación del Derecho supone algo más que la mera “subsunción” de un caso en el supuesto de hecho abstracto de una norma: esto es que la aplicación no se agota en la mera subsunción, o dicho de otra forma, que toda interpretación supone una labor creadora. No sólo los sistemas anglosajones de *case-law*, sino los ordenamientos jurídicos de raigambre continental codificados, poseen un componente de Derecho Judicial.

Se discurrirá en torno a este desarrollo continuador del Derecho consistente en precisar, complementar y corregir el Derecho en los puntos en los que el arsenal hermenéutico deja abierta la elección entre múltiples alternativas interpretativas. La Teoría de la Argumentación Jurídica es el corolario actual de esta labor, particularmente en las concepciones de ROBERT ALEXY y de NEIL MACCORMICK. Sobre ello el párrafo 37.

Esta mecánica, veremos, se hace especial e inequívocamente patente en diversos ámbitos del Derecho Penal, donde cobra una contundencia específica, en el campo de: a) los conceptos jurídicos indeterminados, b) los conceptos normativos, c) las cláusulas generales, d) en la constatación e integración de lagunas, e) en la corrección del Derecho legal defectuoso, y f) en la derrotabilidad del Derecho. A ello se dedican los párrafos 49 (“*La actividad creadora del juez ante los conceptos normativos, indeterminados y las ‘cláusulas generales del derecho’*”), 50 (“*La actividad creadora del juez ante las ‘lagunas’ y las ‘reglas injustas’*”), y 51 (“*Derrotabilidad y conocimiento del Derecho*”).

Devendrá patente en nuestro análisis, entendemos, que todos estos ámbitos en los que se ha mencionado que la Teoría General exige de un desarrollo continuador del Derecho, son especialmente numerosos en el ámbito del Derecho Penal, y por tanto, una construcción legítima del sistema del Derecho Penal, no puede sino tener en cuenta estos conocimientos interdisciplinares que nos proporciona la metodología del Derecho. No cabe

más que reconocer que en la construcción del sistema del Derecho Penal habrá que tener en cuenta los conocimientos que aporta la teoría del desarrollo continuador del Derecho para concretar o integrar todos los elementos de esta clase que pertenezcan al Derecho Penal.

Salvo que se pretenda sostener que en todos estos casos, lo correcto y respetuoso con el principio de legalidad, no es establecer y hacer patente las reglas del legítimo desarrollo continuador del Derecho Penal, sino operar a la inversa y suprimir de la legislación penal todas estas constelaciones de casos problemáticos que requieren de un desarrollo, cuanto menos, judicial. El principio de legalidad es un principio que nunca es susceptible de plena realización, ello importaría un excesivo casuismo de las figuras delictivas y la utilización exclusiva de elementos descriptivos; por grande que fuera este casuismo, el Legislador no podría comprender la rica variedad de los hechos que la vida abarca. Por caso, en las causas de justificación, al Legislador no le es dable aprehender la multiplicidad y multiformidad de contextos en los que existen buenas razones para estimar permitida la realización de un tipo injusto fundamental. En estas líneas se pretenderá que, efectuar objeciones desde concepciones estrechamente formalistas del principio de legalidad a la introducción de elementos trascendentes de uno u otro cuño, no es una postura realista. Muy por el contrario, la libertad operativa que poseen al desarrollar la función de precisar, complementar y corregir el Derecho, en los puntos en que el arsenal hermenéutico deja abierta la elección entre múltiples alternativas interpretativas, se deben respetar las reglas procedimentales del desarrollo legítimo del Derecho. Sobre estos problemas se avanzará en el Capítulo V titulado “*El principio de legalidad*”.

Por lo demás, hay que apuntar que ni siquiera adoptando la aparente vía alternativa mencionada podrían obviarse los problemas, pues como ya se reconoce modernamente, tampoco los elementos llamados descriptivos están exentos de generar problemas interpretativos, pues, dejando de lado el núcleo conceptual de tales términos, esto es, situándonos en las zonas grises, todos son problemas. Las palabras a través de las cuales el Legislador expresa contenidos regulativos, presentan amplios problemas de ambigüedad, textura abierta y vaguedad. La mayoría de las palabras poseen un “margen de significado”, esto es, permiten asociar a ellas distintas representaciones, lo que obliga a determinar la base de referencia verbal y el margen interpretativo. Si bien, el que las palabras jurídicas posean un margen de significado, constituye una desventaja desde la

óptica de la seguridad jurídica, tiene por ventaja que no ha que desdeñar apriorísticamente desde el punto de la flexibilidad del Derecho, que el margen de significado presta a los términos legales una cierta capacidad de adecuación a la multiformidad de situaciones de la vida y a los cambios evolutivos sociales y de las representaciones ético- sociales. Sobre ello, el parágrafo 30 (“*Lenguaje y Derecho*”).

El margen de significado que el propio Legislador otorga a la ley, proporciona, y a su vez legítima, al juez a adecuar la norma a las necesidades de justicia del caso concreto y a actualizarla a la realidad social.

De aquí que nuestra propuesta, abordando la explicación de los problemas predescritos, se dirigirá a poner de manifiesto cómo los tribunales participan, necesariamente, en el desarrollo del Derecho. Además, también la propia Ciencia del Derecho participa en este desarrollo; y ello, no de forma mediata, accesoria o subordinada, a través de su influencia en la tarea legisferante, en la jurisprudencia y en el resto de operadores jurídicos. Para esto debe constatarse la descripción de lo que *realmente* hace la comunidad científica que forma la dogmática jurídico- penal y los tribunales. Por ello, a lo largo de este trabajo se sostiene el enrolamiento en la escuela realista del Derecho, no sólo nos parece que recoge perfectamente la realidad de lo que, reconozcámoslo o no, hace la ciencia del Derecho, sino que más allá de todo ello, se visualiza como la orientación más plausible de una ciencia del Derecho Penal moderno y una orientación hacia un sistema abierto que permita introducir valores y respete la naturaleza y estructura de las cosas en la medida en que sean disponibles. Especialmente a ello se dedican los párrafos 32 (“*La Interpretación jurídica y la administración de justicia*”), 33 (“*Técnicas interpretativas*”) y el Anexo II.

Es indudable que las teorías de la acción penal, de la autoría, del error, de la omisión, de la imputación objetiva, de la *actio libera in causa*, del dolo, de la imputabilidad, *et sit cétera*; constituyen constructos en buena medida supralegales que, elaborados por la dogmática jurídico- penal, acaban mediatamente formando parte del *corpus juris* que aplican los tribunales.

El Derecho Penal positivo constituye un marco de referencia dentro del cual, el dogmático y los tribunales, desarrollan una labor creadora. En la Parte Especial del Derecho Penal, la figura de delito proporciona sólo un marco lingüístico, por lo demás

fluido, dentro del cual ha de circunscribirse la interpretación; en tanto que en el ámbito de la Parte General ello sucede, aun si cabe, de forma más aguda, pues respecto a numerosos problemas de la máxima significación, el Derecho positivo no proporciona siquiera premisas, sino meros puntos de apoyo para el desenvolvimiento teórico del concepto. El Derecho positivo se limita a establecer un marco para la reflexión dogmática, sin ejercer una vinculación intensa sobre la elaboración conceptual y sistemática propia de esta. La dogmática actual se configura ampliamente como “dogmática creadora” tomando partido por determinadas opciones valorativas y contribuyendo, en definitiva, aunque sea subordinadamente, a la creación del Derecho. La disposición del Capítulo III dedicado al “orden jurídico”, “la norma” y “el Derecho”, como anterior al Capítulo IV de este trabajo dedicado a “la interpretación” y “la aplicación” del Derecho, pretende indicar este paso explicativo.

Más allá de que nos enrolemos en las teorías finalistas (WELZEL), racional-teleológica (ROXIN), funcionalista (JAKOBS) o lógico- analítica (HRUSCHKA), de una forma u otra en la construcción del sistema del Derecho Penal juegan un papel destacado elementos que, se reconozca o no, trascienden al propio Derecho Penal entendido en sentido normativo puro. La mayor parte de la dogmática jurídico- penal constituye un constructo no expresamente plasmado por el Legislador en el Derecho Penal objetivo; todo ello tiene que ver con cambios en la consideración de la Teoría del Delito como metalenguaje explicativo del lenguaje expresado en la ley penal, pero también con cambios sustanciales de algunos principios básicos que lo informan. Nos referimos, en esencia, al principio de legalidad y al rol que desempeña el operador jurídico –sobre todo el Juez- en la construcción del sistema. Frente a una concepción estrechamente formal del principio de legalidad y de sus derivados –principio de reserva, mandato de determinación y prohibición de analogía- se sostiene aquí una concepción material y realista.

Aceptada la *realidad* de que el proceso de aplicación de una norma a un caso, no se agota en la simple, neutra y automática subsunción, sino que requiere una labor creadora del juez; la cuestión inmediata que se planteará analizar reside en determinar cuál es la *legitimación* que posee el juez para actuar de esta forma. Se impone determinar bajo qué presupuestos y límites le está “permitido” al juez desarrollar el Derecho a partir, cuanto menos, del sentido literal posible de los términos legales, de la *ratio legis* y de la *ratio iuris*.

Todo ello tiene que ver con la vinculación de la judicatura a la ley –principio de legalidad– y con la relación entre los Poderes judicial y legislativo –separación de poderes–. En último término plantea una cuestión de análisis constitucional. Veremos que, si bien, en lo esencial, el juez estará sometido a las soluciones determinadas por el tipo legal y a sus criterios de decisión, también lo estará con respecto a cuestiones de justicia y a las exigencias constitucionales que plantean un ulterior supranivel de interpretación “conforme a la Constitución”. Ello exigido por el Estado de Derecho, la seguridad jurídica, y el principio de división de poderes. Sobre ello se trabajará en los párrafos 52 y 52.1 titulados “*El auténtico rol creador del juez. Límites. El activismo judicial*” y “*La legitimidad de los órganos aplicadores para crear Derecho*” respectivamente.

La conclusión a la que se pretende arribar es que, los casos concretos, son resueltos inconexamente, de caso en caso, y nadie puede decir de antemano, cuál es el tratamiento jurídico que van a recibir. Señalaremos que no se puede negar que la interpretación no constituye un método exacto, sino que conduce, la mayoría de las veces, a una *decisión* entre los múltiples principios interpretativos que entran en discusión, y entre las múltiples posibilidades de interpretación.

En esos casos, la decisión que inexorablemente¹ habrá de tomar el operador jurídico en la aplicación de la ley, se legitimará entonces, cuando conduzca a una decisión correcta.

Indicaremos que, una cosa es entender que el juez no sea un mero y neutral autómatas, y otra bien distinta es que pueda operar libre e irrestrictamente. Si bien debe señalarse que su labor es una tarea de libre creación del Derecho, los límites que debe respetar, para que su competencia de complemento normativo se justifique y sea legítima es una pretensión de corrección; lo peculiar es que sólo puede justificársela desde lo procedimental y no desde lo sustancial como se sostuvo, tradicionalmente al procurar arribar a esa pretensión desde tesis de la justicia materialmente sustentadas. En el ámbito de la teoría jurídica del delito, ello es especialmente importante, puesto que en este sector del ordenamiento jurídico los límites para desarrollar libremente el Derecho son mucho más estrictos que en otros ámbitos. Sin embargo, paradójicamente, pocos sectores del

¹ Esta inexorabilidad fluye de las “normas de competencia” y “normas de obligación” que tiene el juez, y que se examinan en el párrafo 50, “*La actividad creadora del juez ante las ‘lagunas’ y las ‘reglas injustas’*”.

ordenamiento jurídico poseen un grado tan alto de dogmática creadora como el que se manifiesta aquí. La Teoría del Delito, en gran medida, constituye un constructo sistematizado de interpretaciones, que en la mayor parte de los casos son *praeter legem* y no *secundum legem*.

Estudiaremos que el procedimiento analógico, es uno de los medios de crear Derecho en el Derecho Penal. Si bien se lo ha admitido siempre que no perjudicara al reo, proscribiendo la *analogía in malam partem*, lo cierto es que en la realidad se utiliza cualquier clase de analogía. Sobre ello trabajaremos en el parágrafo 34.4 (“*La analogía*”) y sucesivos. Se recurre usualmente al procedimiento analógico respecto de la Parte Especial y también en la Parte General de la Teoría del Delito.

El estudio del peso de la *decisión* última del tribunal, nos llevará a sostener la existencia de un *ámbito indeterminado o libre de valoración jurídica*, esto es un ámbito libre de Derecho.

La tesis del *ámbito libre de Derecho*, ha sido analizada desde: a) la teoría del Derecho a los efectos de estudiar las llamadas *adhiatorias*, y b) desde el Derecho Penal para examinar las denominadas *acciones jurídicamente neutras*; aceptaremos la primera y desecharemos la segunda. Nosotros propondremos aquí una tercera y nueva acepción, rotulada como indicamos *supra*, no abocada a atrapar un sector de la realidad soslayado por un presupuesto negativo del proceso que impone un ámbito libre de toda regulación jurídica a la que la ley no proporciona respuesta jurídica alguna, sino dirigida a examinar la labor creativa del intérprete y que, previamente a la decisión de este en el caso concreto, se desconocía la solución que podía detentar.

*“... cada jurista debe haber percibido
a lo menos una vez
un gusto por la filosofía del derecho,
a fin de ampliar su ámbito espiritual,
su “conciencia de los problemas”*.*

*“Al fin de cuentas, la medicina persigue
el ‘bien’ del enfermo;
pero si la medicina persiguiese sólo
el bien del enfermo y olvidase el laboratorio y
la experimentación, estaríamos todavía
en la época de los hechiceros.”***

§1. Palabras previas. Sobre la “ciencia del Derecho”

Método y ubicación de la temática propuesta en la ciencia del Derecho. La “ciencia” y sus problemas de determinación. La ciencia como proceso –producto. Aspecto cognoscitivo y emotivo. Los rasgos de racionalidad y objetividad. El objeto científico. Derecho y ciencia. La cientificidad del Derecho. El método “desdibujado” en el Derecho. El primer paso del conocimiento científico: el diseño aristotélico y el sistema euclideo. El segundo paso: el empirismo y el racionalismo. El abandono del postulado de evidencia. Postulados y axiomas. La ciencia del Derecho. En los albores: la jurisprudencia romana y el método griego. La ciencia jurídica en el ámbito de las ciencias racionales: Derecho Natural (su método). La reacción conservadora: la escuela de la exégesis, el positivismo, la escuela analítica. La Dogmática jurídica, el método. Los esfuerzos de una ciencia jurídica con base empírica. El Derecho como ciencia normativa, la relevancia de los aportes de todas las corrientes. La relevancia de contar con un “sistema”. El Derecho como sistema abierto. Estructuración de la ciencia en disciplinas. El falibilismo como el método más adecuado y la receptación del eclecticismo metodológico. La función del progreso. Dos niveles del discurso de los científicos del Derecho.

Todos los trabajos relacionados con problemas del Derecho, deberían iniciarse, cuanto menos con una breve referencia, acerca de la posición del autor en torno a la cientificidad o no de la materia que aborda, señalando qué se entiende asimismo por tal *cientificidad* en caso de dar una respuesta afirmativa al primer interrogante. A esta cuestión se dedicarán estas “palabras previas”, con el objeto de que previamente a introducirnos en el objeto de

* KAUFMANN, ARTHUR; *Filosofía del derecho*, (trad. Luis Villar Borda), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, pág. 29.

** SARTORI, GIOVANNI; *La Política. Lógica y método en las ciencias sociales* (trad. Marcos Lara), 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2003, pág. 54.

nuestro estudio, se pueda advertir nuestra toma de posición (y el cemento sobre el que se trabajará en lo que sigue) respecto de la materia del Derecho, y, consecuentemente, el lugar que le cupe a nuestra propuesta en tal mundo. Probablemente la mayoría de las cuestiones sean conocidas, pero esta digresión preliminar en modo alguno procura ser novedosa sino meramente ilustrativa de la matriz epistémica de nuestro trabajo, dando asimismo cuenta del método que se utiliza en estas líneas, esta última cuestión será también abordada más adelante², la insistencia a su respecto entendemos, estriba en que aclarar el método que se sigue en cualquier exposición del tinte de la que nos proponemos, es esencial para la comprensión de lo que se pretende.

La existencia de una disciplina que se ocupa específicamente de la descripción y sistematización de las normas jurídicas, otorga un sustento liminar a la idea de que existe una ciencia del Derecho. No es posible desechar sin más la experiencia acumulada por los juristas durante centenares de años. Y con ello ya estamos tomando postura en torno a que la nuestra, es efectivamente una “ciencia”, es decir

“...una actividad intelectual y planificada dirigida a la adquisición de conocimientos (y no meramente)... un conocimiento ordenado de lo que se considera Derecho *hic et nunc* en una determinada comunidad jurídica, o... una ‘tecnología’, un método para decidir de modo parejo casos jurídicos según determinadas reglas, que se podrían calificar de máximas prácticas o reglas convencionales...”³.

Es cierto que la ciencia jurídica no puede clasificarse apresuradamente como una ciencia empírica, y mucho menos como una ciencia formal. Posee rasgos peculiares que viabilizan su inclusión como una *ciencia normativa*, categoría autónoma, independiente, de las ciencias formales. Ello no excluye la posibilidad de aprovechar para el Derecho, conocimientos y métodos descubiertos y utilizados por otras disciplinas más desarrolladas.

La expresión ciencia del Derecho halla identidad con la expresión “ciencia matemática”, “ciencia de la geometría”, *et sit cétera*, lo que indica usualmente dos situaciones o ambas: a) que existen ciertos hombres, usualmente denominados

² Ver *infra* parágrafo 2 (“Designación y naturaleza del problema”).

³ LARENZ, KARL; *Metodología de la ciencia del Derecho*, trad. Enrique Gimbernat Ordeig, Ariel, Barcelona, 1966, pág. 19.

“científicos”, que estudian, experimentan, analizan o describen “algo”, el que es señalado como “matemática”, “geometría”, *et sit cétera*; b) que existe un conjunto de principios – axiomas, definiciones, postulados-, resultado de la labor de los científicos, cuyos enunciados versan sobre algo, donde nuevamente ese “algo” es señalado por las palabras “matemática”, “geometría”, *et sit cétera*. Las palabras señaladas tienen en común que dependen casi exclusivamente de la voz introductoria “ciencia de”⁴, en éste sentido, “ciencia de” es un operador oracional cuya función es ligar ciertas expresiones con un sentido específico.

“El término ‘ciencia’ no está exento de los inconvenientes que tienen las palabras de los lenguajes naturales; antes bien, es un caso paradigmático de esos inconveniente [...] Esta palabra es en primer lugar, ambigua,... una forma especial de ambigüedad que se llama de ‘proceso- producto’. Hay palabras que denotan tanto una clase de actividad como el producto o el resultado de esa actividad (v.g. obra, pintura) (una de ellas es la...) palabra ciencia... ya que se usa para referirse tanto a la actividad de los científicos como al conjunto de proposiciones resultantes de esa actividad.”⁵.

A diferencia de otras ambigüedades (v.g. la palabra “radio”), donde el significado puede extraerse del contexto, la ambigüedad proceso- producto es compleja, pues ambos significados, el proceso y el producto son cercanos y relacionables. A pesar de ello, es claro que ambos significados son diversos, no es lo mismo decir “me gusta éste cuadro” que “me gusta pintar”.

Algo similar ocurre con la voz “ciencia”, no es lo mismo referirse a la actividad de los científicos que predicar válidamente de las proposiciones de aquellos.

Otro problema de la palabra “ciencia” es su vaguedad, es decir que su significación no tiene límites definidos de aplicabilidad, no hay una esencia ontológica por descubrir en su concepto. Así, si bien hay sectores claros a los que la palabra se aplica o no se aplica, también hay “zonas de penumbra”, en donde no resultará sencillo afirmar la aplicabilidad o no del término (v.g. los adjetivos “alto”, “gordo”, “lindo”, *et sit cétera*), y además los usos semánticos no proporcionan criterios para la decisión. Los ejemplos

⁴ TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO; *El derecho y la ciencia del derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1986, pág. 101.

⁵ NINO, CARLOS SANTIAGO; *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1989, pág. 9.

aludidos señalan vaguedades en un continuo, pero hay vaguedades de otro tipo, como por ejemplo la palabra “oro”, donde los científicos dan una serie de características que debe reunir el metal para ser considerado tal, pero igualmente se aplicaría la palabra a algunos elementos que no contuvieran todas las características. De éste tipo de vaguedad es de la que adolece la palabra “ciencia”⁶.

Se pueden señalar los casos centrales de actividades denotadas por la palabra, por caso, nadie dudaría que la botánica, la química, las matemáticas, entre otras, son ciencias. Hay casos como la sociología y la psicología, que reportan mayores dudas, y señala NINO que en la dogmática jurídica la vacilación es completa. El fracaso en hallar propiedades que sean claramente comunes a todas las actividades, perjudica el intento de clasificar con criterios objetivos, actividades acerca de cuya científicidad dudamos inicialmente,

“...la pretensión de obtener una respuesta unívoca en todos los casos quedará insatisfecha, por la simple razón que no puede ser satisfecha, salvo formulando una definición estipulativa. Eliminada esa ilusión, quedará la postura realista que sólo espera que en los casos de actividades ubicadas en la zona de penumbra del concepto de ciencia, se determine qué caracteres tienen ellas de común con las incluidas en el núcleo de ese concepto y cuáles son sus características distintivas.”⁷.

La ciencia es un proceso- producto del saber (*teoría del saber* o epistemología) y su método es el conocer (*teoría del conocer* o gnoseología), procura el conocimiento mismo, esto es las condiciones y posibilidades para adquirir y transmitir conocimiento⁸. Los alcances y las limitaciones del conocimiento se ven signados por el estudio de los problemas relacionados con su posibilidad, origen, especies, *et sit cétera*, así como el criterio de la verdad; de allí la pluralidad de corrientes existentes al respecto: criticismo, dogmatismo, escepticismo, relativismo, empirismo, racionalismo, objetivismo, subjetivismo, idealismo, realismo, entre muchas otras. Esto es relevante, pues cada corriente tiene su propia visión del conocimiento, y en lo que hace particularmente al objeto normativo (ciencia normativa), a lo largo de éste trabajo, ineludiblemente nos posicionaremos en alguna de las corrientes mencionadas (v.g. realismo).

⁶ NINO, CARLOS SANTIAGO; *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, cit., pág. 11.

⁷ NINO, CARLOS SANTIAGO; *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, cit., pág. 12.

⁸ La gnoseología y la epistemología tratan de dar respuesta a qué es el conocimiento y qué es la ciencia respectivamente.

Otro problema estriba en que junto a la postura cognoscitiva de “ciencia”, *supra* indicada, hay un significado emotivo, su aplicación a una actividad importa otorgarle un status de seriedad y honor a la misma que hace que la gente les preste una atención deferente, tras las controversias en torno a si una actividad puede ser entendida como científica o no, subyace una discusión sobre la utilidad y jerarquía de la misma. De allí que la mayoría de los intentos de establecer si una actividad es científica se rodeen de “definiciones persuasivas”, las que son trampas verbales para el oyente, pues se mantiene el significado emotivo de una palabra pero cambiando el cognoscitivo, de tal manera que en vez de estudiar el objeto de manera técnica se lo hace favorable o desfavorablemente. De allí que haya tantas definiciones *ad hoc* de ciencia⁹.

Pero palabras más o menos, toda ciencia precisa como rasgos esenciales del tipo de conocimiento que alcanzan, de la *racionalidad* –se funda en la razón e implica la posibilidad de ordenar y sistematizar conceptos- y la *objetividad* –referida a la necesidad de estudiar el objeto independientemente de las valoraciones personales del sujeto cognoscente-¹⁰.

En lo que hace a la dogmática jurídica, y estando al panorama preresinado, es relativamente sencillo echar mano en la literatura jurídica de definiciones estipulativas, que permitan tanto incluir como excluir a la misma del ámbito de las ciencias. Sin involucrarnos con construcciones emotivas (o cuanto menos procurando sortearlo), tras el interrogante de si la dogmática jurídica es ciencia, subyace una pretensión legítima y relevante,

“...una actividad institucionalizada no puede eludir la necesidad intelectual de esclarecer en qué se parece y en qué se distingue esa actividad de otras *prima facie* semejantes...”,

ello más allá de ser el Derecho una institución de marcado interés y necesidad social¹¹.

De una manera sencilla podemos sostener que puede utilizarse el operador oracional “ciencia” para todo “algo”, cuando determinemos¹²:

- a. La existencia de una cierta actividad por la que se realiza el estudio, investigación, experimentación, generalización o descripción de “algo”.

⁹ NINO, CARLOS SANTIAGO; *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, cit., pág. 15.

¹⁰ BUNGE, MARIO; *La ciencia, su método y su filosofía*, Siglo XX, México, 1992, pág. 15.

¹¹ NINO, CARLOS SANTIAGO; *ibídem*.

¹² TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO; *El derecho y la ciencia del derecho*, cit., pág. 105.

- b. La existencia de un conjunto de enunciados que versan sobre algo, obviamente del mismo “algo” señalado en “a”.
- c. Que el conjunto de enunciados mencionados en “b” sea resultado de la actividad mencionada en “a”.

Cuando la experimentación, generalización, *et sit cétera*, se predicen de objetos de la geometría, química, matemáticas, *et sit cétera* (disciplinas científicas sin discusión), tales estudios son considerados científicos, devienen los prototipos de los objetos científicos y constituyen el núcleo de aplicación de la palabra “ciencia”. Ello reporta que el uso de la palabra “ciencia”, se encuentra relacionado de algún modo, con ciertas características que envuelven a los objetos de las disciplinas precitadas.

La lista de objetos científicos, sin embargo, es finita, pues no todas las cosas del mundo son susceptibles de abordarse por los métodos científicos; un objeto que puede ser considerado relevante para una comunidad, puede ser estimado importante para una ciencia. Ello descansa en consideraciones más o menos arbitrarias. La relevancia social, política o económica, no son necesariamente suficientes para que un objeto adquiera relevancia científica, es menester que sea susceptible de abordarse con “métodos científicos”. Cada ciencia estudia el universo desde un punto de vista definido y tiene un dominio propio signado por el principio de autonomía científica (i.e. autonomía del objeto de conocimiento)¹³.

Cuando a un objeto se le pueden aplicar sin más los métodos científicos, entonces el objeto adquiere relevancia científica, y se convierte en un problema para la ciencia. Pero cuando la cuestión no es abordada por las ciencias paradigmáticas, sino sólo por una aplicación extensiva de sus métodos, es donde se hace patente la “vaguedad” de la ciencia”, cualquier decisión será más o menos arbitraria

“¿Qué tanto podemos extender los métodos referidos? ¿Cómo podremos determinar la similitud de las nuevas aplicaciones con los métodos paradigmáticos? Los criterios de similitud dependerán, también, de pautas valorativas en vigor.”¹⁴.

¹³ FLORES, IMER B.; *El porvenir de la Ciencia Jurídica. Reflexión sobre la Ciencia y el Derecho*, en *La Ciencia del Derecho durante el siglo XX* (edición al cuidado de José Luis Soberanes Fernández), Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1998, pág. 1003.

¹⁴ TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO; *El derecho y la ciencia del derecho*, cit., pág. 108.

La ciencia como paradigma cognoscitivo, y el Derecho como paradigma organizativo se encuentran vinculados, especialmente cuando se examina al segundo como objeto del primero;

“...el hombre es, al mismo tiempo, como lo sentencia el pensador de Königsberg (KANT) ‘un ser destinado a vivir en sociedad’ y como lo define el padre del racionalismo francés (DESCARTES) ‘una cosa pensante’. Así resulta claro que es tanto un ser social, el *zoon politikon* de ARISTÓTELES, como un ser que conoce, ya sea el *res cogitans* de DESCARTES o el *roseau pensant* de PASCAL. De hecho, pretende explicar y comprender todos los fenómenos del universo e incluso a sí mismo, tal como lo consagra el *dictum* de QUILÓN, el Lacedemonio, uno de los siete sabios de Grecia, y la máxima favorita de Sócrates: conócete a ti mismo – *gnosi se auton*-. Por tanto, conocer es y debe ser algo tan natural como respirar. De esta forma la ciencia y el derecho son tan vitales para el ser humano como el aire.”¹⁵.

Un problema vinculado con la cientificidad del Derecho se encuentra en que la palabra “Derecho” suele utilizarse confusamente tanto para designar a la ciencia como al objeto de estudio de la misma¹⁶. Esto quizás se debe a que los

“...autores de teoría general del derecho no se han ocupado en forma sistemática de elaborar una caracterización minuciosa de los presupuestos y funciones de la actividad que los juristas desarrollan alrededor de los distintos sistemas jurídicos.”¹⁷.

Otro problema vinculado con el Derecho estriba en que los métodos de ésta disciplina no satisfacen de forma clara, los criterios de similitud que los asemejan con los métodos de las ciencias paradigmáticas. Nosotros adscribiremos en el presente trabajo a la idea de cientificidad del Derecho, partiendo de la base de que es posible utilizar el operador oracional “ciencia” a su respecto pues se presentan las determinaciones aludidas antes, y además señalando la evolución que en el método ha venido sufriendo ésta disciplina. Veamos.

¹⁵ FLORES, IMER B.; *op. cit.*, págs. 1000 a 1001.

¹⁶ FLORES, IMER B.; *op. cit.*, pág. 1005. El autor señala que en Roma no existía tal confusión, pues el vocablo *iurisprudentia* servía para designar a la ciencia jurídica, en tanto que la voz *ius* indicaba el objeto de estudio de aquella.

¹⁷ NINO, CARLOS SANTIAGO; *Introducción al análisis del Derecho*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2007, pág. 315.

Si un conjunto de enunciados es reconocido como formando parte de la ciencia, siempre que haya sido producido mediante procedimientos reconocidos como métodos científicos (experimentación, generalización, observación, *et sit cétera*), debemos ver qué se entiende por tales.

Ni la observación, ni la experimentación, ni la generalización, ni la descripción, ni la medición, ni todos dichos elementos juntos, pueden ser tenidos como rasgos esenciales de la actividad “métodos científicos”. Existen ramas reconocidas como científicas, en las que no aparecen o aparecen desdibujados algunos de los anteriores elementos, a los que sin embargo nadie duda en llamar ciencias (v.g. la matemática no hace observaciones, la geometría no es descriptiva, *et sit cétera*)¹⁸.

“Los caracteres mencionados no son, entonces, necesarios ni suficientes; pero al estar presentes, contribuyen en mayor o menor grado, a caracterizar algo como método científico. La presencia de todas esas características permite reconocer como científicas ciertas actividades. La presencia de algunas de tales características rige los criterios de similitud con respecto a objetos científicamente relevantes y sus respectivas disciplinas. La desaparición de alguna de estas características no quitaría a cierto método el carácter de científico. Sólo la desaparición de todos... quitaría a cierta actividad intelectual el carácter de científica. Este sería el límite de la extensión por similitud.”¹⁹.

Por ello no cabe sondear en busca de características inmutables e intemporales, pertenecientes a un ideal de ciencia. Lo relevante es señalar el conjunto de características que sin ser necesarias ni suficientes, individualmente consideradas, sean de interés para la identificación de los métodos científicos.

La concepción moderna de la metodología científica, sólo puede comprenderse si se la compara con la concepción aristotélica, cuya teoría de la ciencia ha influido poderosamente en el pensamiento científico y filosófico desde la antigüedad hasta nuestros días²⁰. La concepción moderna halla su origen en la incompatibilidad con el diseño

¹⁸ Este desdibujamiento del método ha llevado a hablar de una falta de concepto definido y claro de lo que es *ciencia*, de allí que el concepto universal de *ciencia* se hallaría en crisis, así como también la universalidad de sus principios. En este sentido NICOL, EDUARDO; *Los principios de la Ciencia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1984, pág. 10.

¹⁹ TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO; *El derecho y la ciencia del derecho*, cit., pág. 109.

²⁰ Después de todo, recién con ARISTÓTELES se produce la división y clasificación del conocimiento en diferentes materias a partir de la ponderación de su objeto de análisis. Conf. ARISTÓTELES, *Tratados de Lógica. El organón*, México, Porrúa, 1987, *passim*. ARISTÓTELES destaca el lugar central del objeto en el

de ARISTÓTELES, quien concebía la investigación científica como una progresión que va de la observación de los hechos a los principios generales, regresando a aquellos.

ARISTÓTELES erigió en ideal de “ciencia”, la ciencia deductiva, ejemplificada luego en la geometría de EUCLIDES. Conforme con ello, toda ciencia debe tener: a) principios absolutamente evidentes, b) estructura deductiva y c) contenido real. Para el estagirita, la verdadera explicación científica comienza con el conocimiento de que cierto evento ocurre o de que ciertas propiedades existen; sin embargo, la verdadera explicación científica se logra únicamente cuando enunciados sobre estos eventos o propiedades son deducidos de los principios explicativos. El conocimiento científico difiere del práctico –obtenido por la experiencia-, en que aquél incluye un conocimiento de las causas, los prácticos saben lo que se debe hacer, mientras que los científicos conocen el por qué y la causa²¹.

Las generalizaciones son alcanzadas por inducción, a partir de la experiencia sensible. ARISTÓTELES considera dos tipos de inducción:

- a) Una simple enumeración en la cual los enunciados acerca de los fenómenos particulares son tomados como base para una generalización sobre la especie de la cual estos fenómenos son miembros. Ejemplo:

a¹ tiene la propiedad P

a² tiene la propiedad P

a³ tiene la propiedad P

Todo a tiene la propiedad P (en un argumento inductivo de simple enumeración, las premisas y la conclusión tienen los mismos términos descriptivos)

- b) Una intuición directa de los principios generales. Es una cuestión de comprensión, es una aptitud especial para ver lo que es esencial en los datos de la experiencia sensible. Según Aristóteles:

“...Una rápida perspicacia es la facultad de dar con el término medio de forma instantánea. Esto podría ejemplificarse con un hombre que vio que la Luna siempre

conocimiento, en tanto que DESCARTES lo hace desde el sujeto; hoy día se procura una mixtura de ambas posturas entendiendo que para el conocimiento es necesaria una relación objeto- sujeto, i.e. la actividad que realiza un sujeto cognoscente al procurar conocer algún fenómeno como objeto de su análisis.

²¹ DAMPIER, WILLIAM CECIL; *Historia de la Ciencia*, (trad. Luis Bravo Gala), Aguilar S.A., México, 1950, págs. 78 a 83.

tiene su lado luminoso volteado hacia el Sol y rápidamente penetró la causa de ello, a saber que ella toma prestada su luz del Sol.”²².

Las generalizaciones alcanzadas por inducción son usadas como “premisas” para la deducción de enunciados sobre los fenómenos observados. El silogismo *Barbara* constituye el paradigma de la demostración científica²³. Con independencia de las cosas que las premisas nombren, la conclusión se sigue de manera necesaria, esto es así porque el silogismo es un discurso en el que, ciertas cosas siendo establecidas, alguna otra se sigue necesariamente.

ARISTÓTELES concebía el paso deductivo del conocimiento científico como la interposición de términos medios entre el sujeto y el predicado del enunciado a comprobar; con la aplicación del paso deductivo de la ciencia, el científico ha avanzado del conocimiento del hecho a un entendimiento de por qué este hecho es como es.

Por ésta vía, el conocimiento científico es un proceso. Se comienza por acumular experiencia, por la que se recuerda lo que ha sido repetidamente observado. De la etapa de la experiencia se pasa a la etapa de la ciencia, al encontrar el elemento común en los casos particulares que han sido observados. La clave del paso de la experiencia a la ciencia, es el descubrimiento del elemento común que une los casos particulares que han sido observados. Este paso de lo particular a lo general, es el método por el cual se alcanzan los primeros principios. Cuando los primeros principios han sido descubiertos, estos tienen que ser formulados en proposiciones. Los principios exclusivos de una ciencia son de tres tipos: a) axiomas –proposiciones autoevidentes-, b) definiciones y, c) hipótesis. Estos elementos proveen a la ciencia de sus mínimos presupuestos. Sólo cuando los principios generales han sido descubiertos y establecidos en proposiciones, es posible la deducción.

Finalmente, la ciencia tiene que presentarse sistemáticamente, los materiales obtenidos por el proceso anterior, deben ser organizados.

Es alrededor de principios del siglo XVII que se produce la primera crisis del ideal aristotélico de ciencia. La práctica científica puso de manifiesto la dificultad de satisfacer a la vez todos los postulados. Dicha crisis condujo a una escisión del ideal aristotélico y a la consiguiente división de las ciencias en dos categorías diferentes, las

²² Citado por TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO; *El derecho y la ciencia del derecho*, cit., pág. 113.

²³ Sobre esto hablaremos más adelante. Ver *infra* parágrafo 21 (“Nuestra crítica a la posición de Karl Engisch”) y 34 (“La aplicación del Derecho. Las conclusiones lógicas en el Derecho”).

ciencias racionales y las ciencias empíricas, en la filosofía también se produce dicha división, el *racionalismo* que se origina en DESCARTES, con preferencia por la ciencia racional, y el *empirismo* que fluye de LOCKE y se origina en la observación empírica. La mutación radical del paradigma del conocimiento riguroso o científico que, desde su concepción analógica que reconocía múltiples saberes diversificados principalmente por sus objetos, pasó a una concepción univocista según la cual sólo se consideraban científicos a aquellos conocimientos que aplicaran el único método que aparecía a los modernos como racional y riguroso: el que corresponde a las matemáticas –*racionalismo continental*- o el propio de las ciencias experimentales –*empirismo de las islas británicas*-; esta mutación del paradigma científico importó –en algunos autores como THOMAS HOBBES- una activa militancia en contra de la concepción aristotélica de la ciencia y de la filosofía práctica, y a favor de su sustitución por un estudio meramente experimental y descriptivo de las cosas humanas (v.g. el subtítulo de la monumental obra de HUME *Tratado de la Naturaleza Humana*: “un intento por introducir el método experimental de razonar en las cuestiones morales”).

La *ciencia racional* –cuyo arquetipo son las matemáticas-, se ajusta a los postulados aristotélicos de evidencia, deducción y verdad –no necesariamente al de la realidad-. Esta ciencia parte de principios aceptados como evidentes y procede por rigurosa deducción lógica.

La *ciencia empírica* –representada por la Física de GALILEO y de NEWTON-, parte de datos experimentales y procede por análisis. Se adecua a los postulados de verdad y realidad –aunque no necesariamente a los de deducción y evidencia-.

El intento de reunir a ambas, en un ideal unitario como el de ARISTÓTELES, lo llevó adelante KANT, pero sin éxito²⁴.

Los modernos desarrollos en la fundamentación científica, se caracterizan por una nueva noción de *sistema*, que se aleja del ideal aristotélico al abandonar el *postulado de evidencia*, aunque atenuando la división entre ciencias racionales y empíricas.

Tanto en las ciencias formales como en las empíricas, opera el mismo concepto de sistema, la diferencia entre las dos categorías se desplaza hacia el problema de

²⁴ Si bien el profesor de Königsberg resalta la superioridad científica de las ciencias formales. KANT, IMMANUEL; *Crítica de la razón pura*, (sin especificar traductor), Ediciones Libertador, Buenos Aires, 2004, págs. 10 a 12 (prólogo a la 1ª edición del original).

la selección o el establecimiento de los enunciados primitivos del sistema. En la ciencia empírica esos enunciados se establecen empíricamente, y si bien no se exige que sean evidentes, deben ser enunciados verdaderos acerca de la realidad. En las ciencias formales, los enunciados primitivos no son verdades evidentes, ni tienen contenido empírico, sólo interesan para la selección de los axiomas sus propiedades formales. Así pues existen dos clases de problemas, *problemas empíricos* que se refieren a la elección de la base en las ciencias empíricas y *problemas racionales* que se refieren a la deducción de las consecuencias de la base, estos últimos son los problemas de la sistematización, que son fundamentalmente los mismos en las ciencias formales que en las empíricas²⁵.

El sistema geométrico de EUCLIDES –considerado por siglos como el ideal científico y del rigor lógico–, demostró tener fallas, y la axiomática moderna es tributaria de los intentos por corregir las mismas. En tal sentido, la concepción moderna de sistema, rechaza la necesidad de considerar que los principios (postulados y axiomas de EUCLIDES), sean verdades evidentes acerca del espacio ideal, con lo que se abandonan los postulados de evidencia y realidad. También se elimina la distinción entre postulados y axiomas, ya que en la concepción moderna sólo se distingue entre enunciados primitivos o axiomas (que ocupan el lugar de los principios aristotélicos, pero despojados de los atributos de verdad y de evidencia) y los enunciados derivados o teoremas.

En segundo lugar, el fuerte refinamiento del aparato lógico, debido a la implosión de la lógica simbólica, permitió detectar graves errores en la deducción de los teoremas de la geometría clásica; muchas de las demostraciones de Euclides no se fundaban exclusivamente en la deducción lógica sino en la intuición²⁶. Uno de los obstáculos surge de que nuestra manera natural de pensar posee carácter entimemático; por lo general damos por sentado, sin advertirlo, muchos presupuestos implícitos, que la lógica puede ayudar a identificar; de hecho, uno de los propósitos del método axiomático deductivo consiste en hacer explícitos todos los presupuestos empleados en la forma natural de razonar²⁷.

²⁵ ALCHOURRÓN, CARLOS E. y BULYGIN, EUGENIO; *Introducción a la metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales* (traducción del inglés de los autores, *Normative System*), Astrea, Buenos Aires, 2002, pág. 85.

²⁶ ALCHOURRÓN, CARLOS E. y BULYGIN, EUGENIO; *ibídem*.

²⁷ ALCHOURRÓN, CARLOS E.; *Sobre Derecho y Lógica* (trad. Jorge L. Rodríguez); Isonomía nro. 13, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, Octubre 2000, pág. 12.

En la concepción moderna, cualquier conjunto de enunciados puede servir de base para un sistema axiomático. El único requisito es que ese conjunto sea finito, pero puede ser reducido o ampliado. Tampoco se exige que los enunciados de la base sean verdaderos e independientes, ni aun siquiera que sean compatibles. La compatibilidad de la base de los enunciados, atañe a la coherencia del sistema, pero no a su existencia. Así, el concepto de sistema, se funda en el de consecuencia deductiva²⁸. Pero la lógica sólo puede mostrar si las conclusiones se fundan en las premisas usadas en el razonamiento –la justificación de la conclusión es siempre una cuestión relativa ya que depende de las premisas consideradas-, no obstante, lógicas diferentes pueden proporcionar diferentes clases de justificación; un razonamiento inválido puede ser presentado como válido a través de un análisis lógico diferente de los enunciados involucrados, o desde la perspectiva de una lógica diferente;

“Desde el punto de vista metateórico, la lógica puede ser usada para evaluar la consistencia o la completitud de un sistema..., pese a que no puede brindarnos ninguna ayuda para superar las inconsistencias o las lagunas que puedan encontrarse en él.”²⁹.

La concepción moderna de la ciencia no es sintética sino analítica, MARIO BUNGE al respecto ha indicado que:

“La ciencia es analítica: la investigación científica aborda problemas circunscriptos, uno a uno, y trata de descomponerlo todo en elementos (no necesariamente últimos o siquiera reales)... Trata de entender toda situación total en términos de sus componentes; intenta descubrir los elementos que componen cada totalidad y las interconexiones que explican su integración.”³⁰,

esta visión es incompatible con el pensamiento práctico, que es predominantemente sintético- compositivo, predominantemente pues no es dable excluir de este tipo de razonamiento momentos o elementos analíticos.

Fijando las breves líneas anteriores en una recapitulación que nos permita introducir alguna idea de lo que entendemos como ciencia jurídica, señalamos que, que un objeto sea científicamente relevante supone: a) que el objeto sea importante de acuerdo con el criterio establecido por la comunidad científica, b) que sea susceptible de ser abordado

²⁸ ALCHOURRÓN, CARLOS E. y BULYGIN, EUGENIO; *Introducción a la metodología de las...*, cit., pág. 87.

²⁹ ALCHOURRÓN, CARLOS E.; *Sobre Derecho y Lógica*, cit., pág. 11.

³⁰ BUNGE, MARIO; *La ciencia...*, cit., pág. 25.

por los “métodos científicos”, o satisfaga el criterio de similitud de conformidad con criterios interactuantes sobre el método científico, y c) que satisfaga el criterio “elogioso” – emotivo- de ciencia, que signifique un incremento en el campo del conocimiento y un cambio de concepción de las cosas³¹. Desde ya rechazamos la reducción de los métodos científicos al experimental, el carácter científico de un conocimiento no puede depender exclusivamente de la adopción de un método determinado sino

“...del rigor científico metodológico con el que se hacen las observaciones, las investigaciones y, por supuesto, las teorías.”³².

La *ciencia del Derecho*, no logró alcanzar plenamente el ideal aristotélico, aunque no faltaron esfuerzos tendentes a dotar a la ciencia jurídica de una estructura deductiva como la de la geometría euclidea. Los resultados más cercanos a ello son las corrientes racionalistas de los siglos XVII y XVIII. Al producirse la división de las ciencias en empíricas y racionales como se señaló *supra*, la ciencia jurídica se incluyó en el ámbito de éstas últimas³³.

Sin embargo, previo a continuar vale la pena indicar algunas cuestiones de los albores del Derecho.

“Los juristas, desde temprano, se percataron que el derecho no era definible ostensiblemente... Para que el derecho se presente, para que sea observable, es necesario *decirlo*...la expresión *ius* funciona como un ‘operador oracional’ que señala un específico pronunciamiento jurídico... dice RUDOLF VON IHERING que ‘[e]l origen del derecho no data... sino de la época de la creación de las funciones judiciales... [derecho] y administración de justicia son nociones sinónimas’. El derecho surge a partir del momento en que es pronunciado. Por ello no es extraño que *ius* signifique, en ocasiones actos o formalidades procesales... *ius* no es sólo una palabra, sino algo más: una *fórmula*... es expresión que enuncia un *dictum* de autoridad que *crea* el derecho; privilegio de ciertos individuos (*e.g.*: los jueces)... Es el acto de decir del *iudex* el dispositivo que crea el derecho...”³⁴.

³¹ TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO; *El derecho y la ciencia del derecho*, cit., pág. 122.

³² FLORES, IMER B.; *op. cit.*, pág. 1002.

³³ KANT, IMMANUEL; *Metafísica de las Costumbres*, (sin especificar traductor), Ediciones Libertador, Buenos Aires, 2004, págs. 55 a 61 (Introducción).

³⁴ TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO; *Jurisprudencia y formulación judicial del Derecho*, Isonomía nro. 21, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, Octubre 2004, págs. 195 a 197.

Lo dicho señala una relación muy importante entre la ciencia del Derecho y la actividad que llevan adelante los jueces, que si bien no será motivo de éste apartado, resulta relevante para gran parte del estudio ulterior que proponemos. La *prudentia*, no es caprichosa ni arbitraria, procede con el mismo rigor que la ciencia, lo que divide al conocimiento de éste último carácter de aquella no es el mecanismo del pensar, sino sus respectivos objetos; la ciencia conoce, en tanto que la prudencia conoce y dice qué hacer³⁵.

Ahora bien, la jurisprudencia, se convierte en ciencia, sólo cuando los juristas romanos adoptan los métodos de la ciencia griega,

“...recogidos a la perfección en los *Segundos Analíticos*³⁶. La jurisprudencia desde el principio fue un oficio practicado por individuos preclaros. Este oficio implicó una dedicación vocacional hacia el derecho; no era una ocupación diletante u ocasional. Esta dedicación continuada produjo una penetración muy estrecha con el derecho... se llamó *iurisprudentia*...”³⁷,

el conocimiento del derecho y de la ciencia de su interpretación (su “lectura”) constituyeron el significado primario del derecho romano, la *interpretatio* (forma de leer los textos jurídicos) era la función central de la jurisprudencia pontificia, a través de la cual los *iurisprudentes* “leían” el Derecho y señalaban sus alcances. Mediante la *interpretatio* dada a los *præcepta iuris*, la jurisprudencia reformuló en gran medida el Derecho, fue en la *Republica* que se transformó la jurisprudencia romana,

“El resultado más asombroso de este impacto cultural fue, precisamente, el desarrollo de la jurisprudencia romana dentro del marco de la ciencia griega. El material, sin duda, se mantuvo romano; pero, el método mediante el cual fue organizado era griego. Fue de ARISTÓTELES de quien los jurisconsultos romanos aprendieron estos métodos... (se produjo) la transformación casi súbita de una fase en que la jurisprudencia aparece cautelar y práctica hacia una fase en que se convierte en un *sistema*. A partir de entonces los juristas romanos comenzaron a llamar *scientia iuris* a la *iurisprudentia*.”³⁸.

Se impone la observación de los hechos singulares para recoger lo que ha sido repetidamente observado, se entiende en ésta etapa que de la experiencia se pasa a la

³⁵ TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO; *Jurisprudencia y formulación judicial del Derecho*, cit., pág. 200.

³⁶ Constituyen junto a *Analítica priora* y la *Metafísica*, los principales trabajos de ARISTÓTELES sobre el método científico.

³⁷ TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO; *Jurisprudencia y formulación judicial del Derecho*, cit., pág. 201.

³⁸ TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO; *Jurisprudencia y formulación judicial del Derecho*, cit., pág. 205.

etapa de la ciencia al encontrar el elemento común en los casos particulares observados, y se impone la noción de que cuando los primeros principios de la ciencia han sido descubiertos, éstos tienen que ser formulados en proposiciones: aplicado al Derecho, los juristas romanos enfrentan los problemas de los científicos de cualquier ciencia particular, los juristas tienen que determinar el “material jurídico” existente, seleccionan de entre los hechos del mundo empírico ciertos hechos que comparten atributos comunes; toman los *præcepta* dados por el Legislador³⁹.

Los juristas romanos (al igual que cualquier hombre de ciencia) confrontan el mundo formado sólo por entidades singulares y separadas, y resuelven el problema (no existe ciencia de lo singular), al igual que los geómetras: recurriendo a la generalización empírica.

“El método admirable y riguroso de los geómetras se convirtió en el más importante elemento en la construcción de la jurisprudencia. Para explicar la experiencia jurídica, los juristas romanos tienen que construir ‘clases de cosas’. Así surgen los *nomina iuris*, i.e. los conceptos técnicos... Dotados con los métodos de la ciencia griega, los juristas romanos introdujeron los conceptos y *definiciones* que su disciplina requería.”⁴⁰

“Los juristas, siguiendo las estrategias descritas en los *Segundos analíticos*, resuelven el paso, aparentemente problemático, de cómo puede la jurisprudencia describir la experiencia jurídica, compuesta únicamente de entidades singulares y separadas, mediante conceptos generales. Aplicando los razonamientos de la ciencia griega los juristas romanos conciben su tarea como el conocimiento (científico, racional) de lo que realmente ocurría en la experiencia jurídica.”⁴¹

Retornando a la división *a posteriori* de las corrientes racionalistas, donde las ciencias jurídicas dieron en incluirse en el ámbito de las ciencias racionales, en un primer momento se partió de ciertos principios evidentes, lo que dio cauce a las teorías del Derecho natural⁴². Los sistemas racionalistas son desarrollos deductivos –o cuanto menos pretenden serlo- de los principios del Derecho Natural, toda proposición jurídica es inferida

³⁹ TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO; *Jurisprudencia y formulación judicial del Derecho*, cit., pág. 206.

⁴⁰ TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO; *Jurisprudencia y formulación judicial del Derecho*, cit., pág. 209.

⁴¹ TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO; *Jurisprudencia y formulación judicial del Derecho*, cit., pág. 215.

⁴² Adelantaremos algunas cuestiones del Derecho Natural desde lo metodológico y desde su relevancia para la ciencia jurídica, sin perjuicio de retornar sobre ésta corriente más adelante. Ver *infra* párrafos 21 (“Nuestra crítica a la posición de Karl Engisch”) y 36 (“La corrección de los enunciados normativos. El Derecho correcto”).

lógicamente y deriva su verdad de aquellos principios. En este sentido la ciencia jurídica cumple con los postulados de evidencia y deducción.

El debilitamiento del postulado de realidad, típico de la ciencia racional de ésta primera etapa, se refleja en la ciencia jurídica en su carácter ideal: la ciencia jurídica no pretende describir las reglas efectivamente vigentes en la sociedad de que se trate, sino las reglas ideales, que de acuerdo con los principios del Derecho Natural, deben regir. El ideal de sistema vigente en la ciencia del Derecho en esta etapa, es la concepción clásica de la geometría de EUCLIDES.

A medida que la influencia teológica sobre el pensamiento fue declinando, el Derecho Natural, salvo en su desarrollo por la tradición católica ortodoxa, se fue secularizando. Como se señaló, los siglos XVII y XVIII fueron la era del Racionalismo y del Iluminismo, y el período de esplendor de los grandes sistemas del Derecho Natural, llegó a ser la filosofía práctica dominante de una época, no sólo en los estudios jurídicos y en la filosofía moral, sino también en la economía y en la política. Es entonces cuando se sustrae a la influencia teológica y adopta un perfil de ciencia pura, auxiliada por el método deductivo- matemático.

“Los fundamentos de ésta tendencia fueron puestos por el holandés HUGO GROTIUS, pero no fue sino en la segunda mitad del siglo cuando el derecho natural alcanzó la cumbre de su desarrollo en los grandes sistemas de BARUCH SPINOZA, SAMUEL PUFFENDORF, CHRISTIAN THOMASIIUS, JEAN BARBEYRAC, CHRISTIAN WOLFF y otros... El último gran nombre de esta era es el de IMMANUEL KANT... La característica principal y más obvia del nuevo derecho natural fue... su naturaleza secular y no teológica. Esto se hace patente en la famosa afirmación de GROTIUS de que el derecho natural seguiría siendo válido aun cuando se sostuviera –y esto sería un crimen horrible- que Dios no existe. El derecho natural se desarrolló ahora sin ningún apoyo en la teología y en la revelación, únicamente sobre la base de la naturaleza humana.”⁴³.

Lo novedoso es particularmente el método mediante el cual el Derecho Natural es deducido de la naturaleza humana. Lo relevante es la superación del recurso a los métodos semiteológicos y semiempíricos de la fase anterior. El método deductivo o

⁴³ ROSS, ALF; *Sobre el Derecho y la Justicia*, (trad. Genaro R. Carrió), 2ª ed., Eudeba, Buenos Aires, 1997, pág. 303.

geométrico de DESCARTES marca un nuevo rumbo, con ello se entendió que se habían descubierto las herramientas para elevar la filosofía al mismo nivel científico que las ciencias formales.

Lo único que hacía falta era descubrir una serie de axiomas indubitavelmente verdaderos, el resto sería simple cuestión de lógica, deducción, como en las matemáticas. En el ámbito de la filosofía, ello importaba que, partiendo de algunos principios de absoluta claridad y evidencia, captados a partir de la meditación sobre la naturaleza del hombre, era posible deducir un sistema jurídico completo. Esta es la aspiración del programa del Racionalismo, por medio de la cual el iusnaturalismo llegó a ser no una mera colección de algunas ideas importantes o dogmas, sino un sistema jurídico detallado semejante al del derecho positivo (v.g. reglas sobre los contratos, gobierno, *et sit cétera*), todo expuesto con un carácter explícito y pormenorizado.

El Derecho poseía también, además de su carácter compulsivo, una validez moral más alta. El Derecho Natural venía a establecer los postulados supremos que eran la fuente de dicha validez. El Derecho Natural tenía de ésta forma, una naturaleza moral o político- jurídica, aun cuando no se hiciera una distinción fundamental entre la moral y el Derecho, pues se asumía que era parte de este último ser también moralmente obligatorio. Debe destacarse que no se consideraba al Derecho Natural como un conjunto de reglas dirigidas a los ciudadanos para regular sus relaciones recíprocas en términos de derechos y deberes, prueba de ello es que siempre se consideró a aquel como ley natural, nunca como un conjunto de derechos naturales. Sin embargo, se varió esta concepción el siglo XVIII, y como se adelantó, cuando se inició el proceso de deducir un sistema jurídico completo sobre base iusnaturalista, de ello se decantó que se consideró al Derecho Natural como un conjunto de derechos y deberes que tienen una aplicación válida directa sobre los ciudadanos en sus relaciones recíprocas, tal como ocurre con el derecho positivo. El Derecho Natural dejó de ser una disciplina moral para devenir jurídica, ello implicó que

“...en lugar de la idea lógicamente no irrazonable de que el derecho positivo estaba sometido a ciertos principios morales que eran condición para su fuerza moralmente obligatoria, los hombres fueron inducidos a admitir una duplicación

del sistema jurídico: por detrás o por encima de las relaciones jurídicas fácticas...”⁴⁴.

La reacción conservadora posterior a la revolución francesa hizo desaparecer del escenario intelectual, cuanto menos por un tiempo, al Derecho Natural, desapareció su concepto del debate jurídico, como asimismo los sistemas formados en su crisol. Principalmente el cambio halló fulcro en tres corrientes: a) en Alemania surgió una filosofía de la historia romántico- conservadora, la que, reaccionando a las especulaciones abstractas del iusnaturalismo, centró su atención en la evolución histórica de las instituciones sociales (*escuela de la exégesis*), sus fundadores fueron FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY y PUCHTA, su tesis básica consistía en que el Derecho no es creado de forma consciente por deliberaciones racionales, sino que crece inorgánicamente como una expresión del espíritu del pueblo (*volksgeist* según PUCHTA), la costumbre y no las leyes, son la fuente del Derecho; b) en Francia, de la mano de COMTE se echaron las bases del positivismo, se trataba de un programa dirigido a forjar el Derecho en forma científica, su expresión superior fue el Código Civil de NAPOLEÓN de 1804, el interés se centraba en el derecho positivo y en su interpretación; c) en Inglaterra aparecieron las tendencias histórico- conservadoras, cuyo máximo ponente fuera EDMUND BURKE, sin embargo fue BENTHAM –fundador del utilitarismo- el que ejerció mayor influencia, calificando al Derecho Natural de mera ilusión, procuró construir una doctrina moral sobre la sola base del principio de utilidad (la mayor felicidad para el mayor número), sobre el pensamiento jurídico influyó a través de JOHN AUSTIN, fundador de la escuela analítica⁴⁵. Se ha dicho que estos movimientos generaron en el siglo XIX el nacimiento de la ciencia jurídica moderna. La primera corriente sostiene la existencia de una ciencia jurídica y la combinación de los métodos histórico y sistemático como su característica principal, la tercera corriente insistió en la relevancia de la separación entre Derecho y moral, el jurista debe limitarse al estudio del primero sin indagar sobre su mérito o demérito, de donde el Derecho es insoslayablemente cognoscible pues no procede de fuentes abstractas⁴⁶.

⁴⁴ ROSS, ALF; *op. cit.*, pág. 305.

⁴⁵ Ver Anexo I (“La jurisprudencia analítica”).

⁴⁶ JULIUS HERMANN VON KIRCHMANN señaló “el carácter acientífico de la llamada ciencia del derecho” sentenciando que “la jurisprudencia no es una ciencia”. En FLORES, IMER B.; *op. cit.*, págs. 1007 a 1009. El autor destaca que el propio KIRCHMANN reconoce que el objeto de la jurisprudencia es el Derecho, de donde el problema ha de hallarse en la cientificidad de aquella, las críticas de KIRCHMANN a esta son: a) la mutabilidad del Derecho como objeto de estudio, con el consecuente estancamiento de la jurisprudencia, allí

En rasgos generales, el cambio se caracteriza por el abandono de las doctrinas del Derecho Natural y por una nueva concepción de sistema jurídico, que cristaliza en la *dogmática jurídica*.

Esta podríamos entender que es el segundo momento de la ciencia del Derecho. La dogmática jurídica mantiene la estructura deductiva, pero abandona el postulado de evidencia al desechar los principios del Derecho Natural y sustituirlos por las normas del derecho positivo. La dogmática jurídica es típica de los países en que predomina el derecho legislado, no así del *common law*.

El positivismo de la nueva ciencia consiste en la aceptación “dogmática” de las normas creadas por el Legislador positivo. Se acepta dogmáticamente la fuerza obligatoria del Derecho positivo, esto es, las proposiciones del Derecho –en tanto dogma– no están abierta a la corroboración y al debate crítico acerca de si se dan o no respecto de ella las exigencias del conocimiento científico.

“Una creencia dogmática se funda exclusivamente en la convicción subjetiva, o fe, del que la sustenta, al margen de consideraciones racionales.

“Obviamente, respecto de la aceptación de las normas, por ejemplo, las que integran el derecho positivo, no se pueden sustentar creencias, sean racionales o dogmáticas, pues no se trata de enunciados susceptibles de ser calificados como verdaderos o falsos. Pero sí se puede hablar de actitudes, dogmáticas o racionales, en cuanto a tal aceptación de dichas normas.”⁴⁷

Es dogmática la aceptación de una norma que no se funda en criterios formales de validez o en pretensión de corrección o justicia, sino en criterios como la autoridad del que dictó la norma o la eficacia de la regla.

FRANZ JERUSALEM en 1948 escribió *Kritik der Rechtswissenschaft*, sobre bases más amplias, dirige una crítica a la dogmática jurídica. Entiende que la ciencia del Derecho ha partido de un presupuesto falso: ha confundido la actitud que le corresponde

la ciencia llegaría siempre tarde en relación con su objeto no pudiendo alcanzar actualidad, b) dirigidas a la naturaleza de la ley positiva, siendo que el positivismo procura identificar la ley con el Derecho, lo que conlleva graves consecuencias para la ciencia jurídica, pues la ley positiva es por naturaleza rígida, pero el Derecho es progresivo, de donde las pretensiones positivistas devienen falsas, allí, “la ciencia jurídica se halla en la vergonzosa situación de tener que seguir sirviendo al error e inclinándose ante la sin razón, durante siglos, a pesar del aumento de su saber.”. Ambas impugnaciones a la ciencia del Derecho puntualizan sobre la flexibilidad de ésta, contrapuesta a la rigidez del rigor literal de la ley positiva “la ciencia incurre, de esta suerte, en contradicción consigo misma: quiere limitarse a aprehender su objeto, y lo tritura.”.

⁴⁷ NINO, CARLOS SANTIAGO; *Introducción al análisis del Derecho*, cit., pág. 322.

(i.e. la actitud política) con la actitud de una ciencia teórica. Para el hombre cognoscente existen tres actitudes: la política (donde el hombre cognoscente es exponente de la vida social con sus vínculos colectivos), la filosófica (contrapone la experiencia individual a la vinculada colectivamente) y la teórica (se enfrenta como individuo, de modo puramente objetivo, al objeto de conocimiento).

“En opinión de JERUSALEM, la sociología jurídica es la única que, con la actitud teórica, se halla frente al Derecho; la ciencia dogmática del Derecho, en cambio, se halla, con la ‘actitud política’, directamente dentro del Derecho como una parte de la vida social: es una ‘parte integrante directa’ de esta vida. Ello quiere decir que, en primer término, preserva y desarrolla un ‘saber colectivo’ sobre lo que rige en esta comunidad como ‘comportamiento correcto’. Este saber colectivo constituye ‘el resultado del trabajo de muchas generaciones de juristas, cuyos criterios jurídicos fueron acogidos en el espíritu de la comunidad jurídica.’.”⁴⁸

El saber no se orienta a que determinados enunciados sean verdaderos, sino a que rijan para determinada comunidad. JERUSALEM entiende que un proceso intelectual, de la clase que sea, para el que no rige la exigencia de la verdad en sentido de enunciados correctos, no es, desde lo teórico- cognoscitivo, una “ciencia”⁴⁹. En síntesis, si como opina JERUSALEM, para la ciencia del Derecho no rige el principio de la verdad, entonces no puede ser una ciencia. La única ciencia auténtica del Derecho sería sólo la sociología jurídica. Pero el autor de mención ha soslayado que existe un saber sistemático, que es una de las fuentes de la creación judicial del Derecho, allí donde este aparece formula enunciados ordenados sobre lo que es Derecho (i.e. sobre lo que debe ser conocido como Derecho si se aplican “correctamente” los métodos por ella desarrollados); JERUSALEM confunde la validez práctica de la sentencia con la verdad teórica del enunciado científico,

“De todas formas, su concepción encuentra apoyo aparente en que una sentencia fundamentada teóricamente de manera desacertada puede influir también en la ulterior jurisprudencia y llegar a crear, de este modo, nuevo Derecho. Así, algo que antes era ‘falso’ puede ser ahora ‘verdad’. Sin embargo, esto es así porque el objeto de la ciencia del Derecho –el Derecho vigente en una comunidad jurídica- se

⁴⁸ Cit. LARENZ, KARL; *op. cit.*, pág. 82.

⁴⁹ Este postulado fluye de FICHTE, JOHANN GOTTLIEB; *El concepto de la teoría de la ciencia*, Universidad de Buenos Aires, Serie textos filosóficos, Buenos Aires, 1949, págs. 14 a 17.

desarrolla en el tiempo y porque, además, la misma ciencia del Derecho tiene alguna influencia en este desarrollo.”⁵⁰.

La mayoría de los juristas dogmáticos son iusnaturalistas racionalistas (no teológicos que hacen profesión de fe de la existencia de un Derecho Eterno devenido de la voluntad de Dios), pretenden construir grandes sistemas jurídicos similares a los sistemas axiomáticos -ya presentados- de la geometría. Su base estaría integrada por ciertos principios evidentes por sí mismos para la razón humana. De estos principios se deducen normas para todos los casos jurídicamente relevantes, constituyendo sistemas precisos, completos y coherentes. Las críticas del iusnaturalismo racionalista golpearon con fuerza al Derecho positivo de los siglos XVII y XVIII compuesto por las costumbres locales o por las arbitrarias ordenanzas circunstanciales del señor del lugar (i.e. se trata de cuerpos normativos confusos e irracionales), NINO señala que esta normatividad era despreciada por quienes propugnaban sistemas jurídicos racionales, conduciendo esas críticas a una reforma del Derecho positivo que llevó al movimiento de la codificación que se difundió por Europa a partir del siglo XVIII⁵¹ y que mencionamos antes. Los códigos procuraban satisfacer los ideales racionalistas,

“Eran cuerpos dotados de un grado de precisión muy superior al derecho antiguo, su completitud era también considerable; las incoherencias eran pocas, comparadas con el caso de las normas que regían anteriormente... Por otra parte, y esto no es lo menos importante, el contenido de los nuevos códigos correspondía a la ideología liberal burguesa de los juristas racionalistas.”⁵²

La *escuela de la exégesis* creada en Francia, llevó esto a su máxima expresión: la legislación era la única fuente legítima del Derecho, por otra parte, el único carácter válido para interpretar la ley está dado por la intención del Legislador. La escuela de la exégesis hallaba una aceptación racional de los nuevos códigos, por su coincidencia con los ideales formales y axiológicos que se propugnaban desde la filosofía; pero a la ciencia jurídica actual, desde la dogmática, no le interesa la vertiente valorativa del contenido de las normas, sino el hecho de que esas normas fueron sancionadas por ciertos órganos.

⁵⁰ LARENZ, KARL; *op. cit.*, pág. 83.

⁵¹ NINO, CARLOS SANTIAGO; *Introducción al análisis del Derecho*, cit., pág. 323.

⁵² NINO, CARLOS SANTIAGO; *Introducción al análisis del Derecho*, cit., pág. 324

De a poco, esto conllevó que la ley positiva debe ser obedecida y aplicada por los jueces, independientemente de cualquier pega axiológica respecto de ella –a lo sumo es dable propender a reformas legislativas-.

Los axiomas del sistema jurídico no son ya principios evidentes e inmutables del Derecho Natural, sino normas contingentes puestas por el Legislador humano.

“Más que un contraste entre generaciones y entre concepciones del derecho, la oposición entre iusnaturalismo y positivismo jurídico se lleva a cabo..., dentro de cada uno de nosotros, entre nuestra vocación científica y nuestra conciencia moral, entre la profesión de científico y la misión como hombre. Hay al menos un significado de ‘positivismo jurídico’ que considera que sólo aceptando el método de investigación utilizado y recomendado por el positivismo, se logra aproximarse a aquel ideal de rigor sin el cual no hay ciencia en el sentido tradicional de la palabra, sino tan sólo opinión.”⁵³.

La tarea del jurista dogmático consiste entonces en hallar los principios generales que subyacen a las normas positivas, lo que se realiza por la llamada *inducción jurídica*, y por otra parte en inferir consecuencias de dichos principios generales y de las normas positivas, a fin de solucionar todos los casos que puedan presentarse (emanación del principio de hermeticidad del Derecho). Frente a críticas como las de JERUSALEM de que la única ciencia del Derecho es la sociología jurídica, correspondiendo a la ciencia tradicional un rol de mera tecnología o auxiliar de la jurisprudencia, se precisaba, de manera urgente una recapitulación metodológica de la ciencia del Derecho. HANS KELSEN llevó adelante la tarea en su “*Teoría Pura del Derecho*”, representando el más formidable intento hasta ahora de fundar la ciencia del Derecho como ciencia –si bien dentro de los márgenes del concepto positivista de ciencia-. KELSEN es el gran teórico de la ciencia dogmática del Derecho, procurando construir una ciencia formal, con neutralidad ideológica, libre de valoraciones subjetivas y aislada de consideraciones sobre circunstancias fácticas, esto es criticado por NINO⁵⁴, quien ve en construcciones como la mencionada enfoques limitados a proponer modelos de cómo debería ser la ciencia del Derecho, pero que soslayan atender al grado en que tales propuestas se ajustan a las

⁵³ BOBBIO, NORBERTO; *El problema del Positivismo Jurídico*, en FREUND, JULIEN; *El Derecho actual*, 2ª ed., Ediuns, Bahía Blanca, 2006, págs. 150 a 151.

⁵⁴ NINO, CARLOS SANTIAGO; *Introducción al análisis del Derecho*, cit., pág. 315.

funciones reales de la actividad de los juristas. Las normas del derecho positivo son el sentido de hechos empíricos, de donde, la ciencia del Derecho puede ser caracterizada como ciencia empírica en oposición a toda especulación metafísica, aun cuando tiene por objeto normas y no hechos⁵⁵. Para el maestro vienés hay dos maneras de analizar las normas que regulan la conducta humana: a) como teoría estática, dirigida a el conocimiento orientado a las normas jurídicas producidas, aplicadas o acatadas mediante actos de conducta humana, se trata como objeto al Derecho como un sistema de normas con validez, en un estado de equilibrio; o b) como teoría dinámica, donde el conocimiento se orienta a las normas como actos de producción, aplicación o acatamiento determinados por normas, esto es, el proceso jurídico en que el Derecho se produce y aplica –i.e. el Derecho en su movimiento-⁵⁶. Al ser el Derecho un sistema de normas, se limita la ciencia del Derecho al conocimiento y descripción de las normas jurídicas y las relaciones que ellas poseen con los hechos determinados, así

“...se acota el derecho frente a la naturaleza, y a la ciencia del derecho, como ciencia normativa, frente a todas las demás ciencias que aspiran a un conocimiento por leyes causales de los acontecimientos fácticos. Así se logra por fin un criterio seguro, para separar unívocamente a la sociedad de la naturaleza y la ciencia social de la ciencia natural.”⁵⁷.

Como existe una ciencia social distinta de las ciencias naturales, precisa delimitar su objeto con un principio diverso del de causalidad (propio de éstas últimas). Ciertamente, como el comportamiento humano está inmerso en la naturaleza, parecería posible analizarlo también con el principio de causalidad: en la medida en que una ciencia describe y explica conductas humanas, su objeto se constituye por la interacción humana, puede ser considerada como una ciencia social, sin embargo, esa ciencia no puede ser tenida como diferente de las ciencias naturales. La diferencia sólo aparece cuando la sociedad es entendida como un orden normativo, “como un objeto concebido en forma distinta del orden causal de la naturaleza”.

⁵⁵ KELSEN, HANS; *Teoría Pura del Derecho* (trad. Roberto J. Vernengo), 14ª ed., Editorial Porrúa, México, 2005, 71, nota 46.

⁵⁶ KELSEN, HANS; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 83.

⁵⁷ KELSEN, HANS; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 89.

Siguiendo a KELSEN, en la descripción de un orden normativo de la interacción humana se utiliza como principio ordenador, distinto del de causalidad, el principio de imputación (atribución).

“El enunciado jurídico no dice, como la ley natural, que si se produce el hecho A, entonces aparece el hecho B, sino que si se produce el hecho A, el hecho B es debido, aunque quizás B no se produzca en la realidad. Que el significado de la relación de los elementos en el enunciado jurídico sea diferente del enlace de los elementos en la ley natural, remite a que el enlace que se expresa en el enunciado jurídico ha sido establecido por la autoridad jurídica, es decir, por una norma instaurada mediante un acto de voluntad, mientras que la conexión entre la causa y el efecto que se enuncia en la ley natural, es independiente de toda intervención semejante.”⁵⁸

El principio de causalidad es de aplicación, entonces, a la conducta humana, pero es propio de aquellas ciencias cuyo objeto es el comportamiento humano causalmente determinado (v.g. psicología, sociología, historia, *et sit cétera*). Si la pretensión de distinguir a las ciencias sociales de las naturales, se basara sólo en la interacción recíproca de los hombres, la diferencia sería de grado, no de principio; la diferencia esencial, sostiene KELSEN, se da entre ambas cuando las primeras interpretan la interacción humana no causalmente sino conforme al principio de imputación. Por esta vía, las ciencias sociales no describen cómo *se va* desarrollando el comportamiento humano determinado por leyes naturales, sino cómo *debe* producirse, determinado por normas positivas.

Así entendida, la sociedad, como objeto de una ciencia social normativa, es un orden normativo de la interacción entre los hombres, estos últimos pertenecen a una sociedad en tanto su comportamiento es regulado por ese orden (un orden que prescribe, autoriza o permite positivamente los comportamientos).

Las leyes jurídicas no son como las leyes naturales, donde la relación de causa a efecto es de probabilidad (i.e. no necesaria), y que

“...la esencia de la causalidad reside en la posibilidad de poder predecir acontecimientos futuros (sino)..., las leyes jurídicas en nada se diferencia(rían) de las leyes naturales, y por tanto, (tendrían) que formularse como enunciados declarativos, y no como enunciados deónticos. Así como aquellos enuncian cómo

⁵⁸ KELSEN, HANS; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 93.

se comportará en el futuro la naturaleza, estos predican cómo se comportará en el futuro la sociedad. Una ley natural declara que, cuando se calienta un cuerpo metálico, el mismo se dilatará; la ley jurídica declara que si un hombre roba, será castigado por un tribunal... Las normas jurídicas no son, como ya se señaló, enunciados relativos ni a hechos futuros, ni a hechos pasados. Por lo común se refieren ciertamente a comportamientos humanos futuros, pero nada declaran con respecto a ellos, sino que los prescriben, los autorizan o los permiten.”⁵⁹.

Con esto, el maestro de Viena cree poder presentar al Derecho como un sistema de normas, analizando sólo la validez y no hechos reales como causa y efectos. Quienes critican la tesis, están planteando un simulacro ideológico, pues concluyen que no existe nada similar a un concepto de lo debido cuya expresión sea la norma. Para Kelsen el concepto de normatividad social (i.e. donde las personas deben considerar los sistemas jurídicos como normativos con independencia de sus juicios acerca de sus méritos) no permite la interpretación del Derecho como imponiendo obligaciones u otorgando derechos, ya que haría al Derecho indistinto a los mandatos de un grupo de bandidos. Sólo mediante un concepto de normatividad justificada (i.e. que las personas consideran justo y respaldan como parte de sus propias concepciones)⁶⁰ se puede entender el verdadero carácter de los sistemas jurídicos como sistemas normativos. Esta es una trampa en este autor, pues en definitiva está considerando al Derecho como una ideología, pese al rechazo de esto último que postula acérrimamente:

“...la teoría pura del derecho exhibe una expresa tendencia antiideológica. Mantiene esa orientación en cuanto en su exposición del derecho positivo, mantiene a éste libre de toda mezcla con un derecho ‘ideal’ o ‘justo’. En éste sentido, es una teoría jurídica radicalmente realista, es decir, una teoría propia del positivismo jurídico. Rehúsa juzgar axiológicamente el derecho positivo. Como ciencia, no se considera obligada sino a pensar conceptualmente al derecho según su propia esencia y a comprenderlo mediante un análisis de su estructura.”⁶¹

⁵⁹ Kelsen, Hans; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 101.

⁶⁰ Raz, Joseph; *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y Moral*, (trad. Rolando Tamayo y Salmorán), 2ª edición, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1985, pág. 173. Según el autor, la más lograda explicación de normatividad del Derecho en términos del concepto de normatividad social es la obra de Hart “El concepto de Derecho”.

⁶¹ Kelsen, Hans; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 121.

La normatividad del Derecho es entonces normatividad justificada; su razón es la *norma fundamental*, que es una norma justificada. Pero no se justifica de forma absoluta, KELSEN es un relativista moral. Para él, las opiniones morales son cuestiones de preferencias personales que no pueden confirmarse ni refutarse (de aquí que la *norma fundamental* sea presupuesta). La *norma fundamental* se presupone, pero no obstante, no está comprometido a considerarla justa. KELSEN ha procurado construir una teoría científica del Derecho que lo condujo a renunciar a la moralidad; desde el punto de vista de un conocimiento científico del derecho positivo, su justificación por un orden moral distinto de aquel es irrelevante. La ciencia del Derecho no tiene que aprobar ni desaprobado su objeto, sino únicamente conocerlo y describirlo. Para KELSEN existe una gran diferencia entre el punto de vista personal y el científico; la teoría jurídica es valorativamente libre y las normas adoptadas como válidas desde un punto de vista, no por ello son justas.

“La teoría pura del derecho no afirma o asume ninguna actitud de la población jurídica. Un sistema jurídico existe si es efectivo y esto no implica su aceptación como moralmente justo.”⁶²;

pero KELSEN no distingue entre la ciencia del Derecho de la que tratan los juristas cuando hablan acerca del Derecho y la actividad de los aplicadores de reglas que usan el Derecho, a ambas las coloca bajo la tesis amplia del conocimiento jurídico.

La idea de que todas las normas tenidas por válidas desde un punto de vista tienen que ser consideradas como un sistema consistente, conduce a una visión distorsionada de las relaciones entre varios valores suscriptos por los individuos, además implica reducir el Derecho a su mínima expresión, a su mera forma, además de no haber logrado desvincular auténticamente su teoría de compromisos ideológicos del Derecho.

Su ideal racional se halla en la construcción de teorías (v.g. “teoría del delito”, “teoría de la compraventa”, *et sit cétera*), ello sirvió para sostener el carácter científico de la dogmática en la medida en que se acepta una tesis básica: hay ciencia en tanto exista un complejo de teorías y conceptos.

Por otra parte, en KELSEN observamos que los enunciados que la ciencia jurídica formula describiendo normas (i.e. las proposiciones jurídicas), no son más que una traspolación de estas, de donde lo único que distingue a una norma de una proposición

⁶² RAZ, JOSEPH; *La autoridad del Derecho...*, cit., pág. 181.

jurídica elaborada por la ciencia del Derecho es la función lingüística que cumple: las normas jurídicas son prescriptivas en tanto que las proposiciones son descriptivas⁶³. Subyace otro problema a esta construcción que es la ilogicidad que apareja sostener que los enunciados de la ciencia jurídica, al igual que las normas, son enunciados del “deber ser” y no del “ser” como todo enunciado descriptivo, pues, por más que se describan juicios del deber ser (i.e. normas), los enunciados que los describen no pueden convertirse en juicios del mismo tipo.

ALCHOURRÓN y BULYGIN distinguen en la práctica teórica de los dogmáticos dos clases de actividades⁶⁴: a) las *cognoscitivas*, en las que se cumplen reglas de control racional e intersubjetivo de las proposiciones identificatorias de los dogmáticos, aquí se realizan dos actividades, identificar el material normativo y sistematizarlos; y b) las *no cognoscitivas*, que no pretenden informar, sino expresar las normas que los legisladores y jueces de un sistema dado deben tener en cuenta para la fundamentación de sus decisiones. Señalan que ambas actividades, en la práctica, se confunden, lo que no evita que se las pueda distinguir lógicamente: las funciones no cognoscitivas no pueden tener lugar sin una previa identificación cognoscitiva del material normativo disponible. Ello debe tenerse en cuenta siempre que se efectúe un análisis científico.

Una de las aplicaciones usuales de los dogmáticos es la sistematización del orden jurídico, reemplazando a conjuntos de normas por principios más generales y pretendidamente equivalentes. Se procura así una mayor economía del sistema, donde un conjunto reducido de principios aporta consecuencias lógicas de más fácil determinación.

“Esta actividad no implica una modificación del sistema jurídico, siempre que se limite a formular enunciados con un alcance equivalente a los sancionados originariamente por el legislador. Sin embargo, no es infrecuente que los juristas dogmáticos traspongan ese límite proponiendo principios generales en reemplazo de varias normas del sistema, pero que a la vez tienen un campo de referencia mayor que el del conjunto de normas reemplazadas, permitiendo derivar de aquellos nuevas normas no incluidas en el sistema originario y cubriendo, de este modo, posibles lagunas de dicho sistema. Las nuevas normas se introducen

⁶³ NINO, CARLOS SANTIAGO; *Introducción al análisis del Derecho*, cit., pág. 316.

⁶⁴ Citado en LARIGUET, GUILLERMO; *Problemas del conocimiento jurídico*, Ediar, Buenos Aires, 2008, págs. 169 a 170.

prácticamente de forma imperceptible... pues aparecen como consecuencias lógicas de las normas reemplazadas por un principio aparentemente equivalente a ellas.”⁶⁵

NINO explica con agudeza que una técnica relacionada con lo anterior es la de la formulación de *teorías*, por caso, la del “abuso del derecho” en Derecho Civil o la “teoría general del delito” en el Derecho Penal. Estas teorías se presentan como pretendidamente descriptivas, lo que implica que no pueda aceptárselas o rechazárselas si no es a partir de su verdad o falsedad empírica; pero en rigor están compuestas por enunciados de índole normativo que permiten a las teorías derivar normas pertenecientes al Derecho legislado como nuevas normas (v.g. los constructos del “error de tipo” y “error de prohibición” a partir de la teoría del error que se hacen fluir del art. 34.1° del C.P. argentino), lo que unido a su apariencia descriptiva reporta una enorme utilidad para la creación del Derecho bajo el disfraz de la simple explicación⁶⁶.

VON LISZT y BELING son los representantes de la etapa dogmática en el Derecho Penal. Para quienes la antijuridicidad de una acción típica no significaba otra cosa que su incompatibilidad con el Derecho positivo, cuya determinación en el caso concreto se simplificaba desde el punto de vista pragmático por el hecho de que la antijuridicidad era la regla general para las acciones típicas y sólo para la comprobación de la concurrencia de un caso excepcional habría que pasar revista a las causas de justificación reguladas en el Derecho positivo. Los mencionados, y su progenie, desarrollaron una teoría de una minuciosidad extrema, la llamada Teoría del Delito, conformada por numerosas estipulaciones y subteorías farragosas.

El positivismo, fusionado con la filosofía analítica, presentó un nuevo giro en esta trama. La filosofía analítica importaba, en primer lugar, la asunción decidida y completa de una concepción lingüística de la filosofía, donde el lenguaje no es concebido como un instrumento fundamental de comunicación, sino como el vehículo necesario del pensamiento. En segundo lugar, la opción metodológica de esta corriente implica que el análisis del pensamiento pasa necesariamente por el análisis del lenguaje (i.e. se trata de un método analítico- descompositivo y centrado en el lenguaje), en cuanto analítico el método procura desarticular cada enunciado para alcanzar las unidades mínimas de significado (proposiciones) y establecer entonces su semántica, en cuanto lingüístico, reducirá el objeto

⁶⁵ NINO, CARLOS SANTIAGO; *Introducción al análisis del Derecho*, cit., pág. 334.

⁶⁶ NINO, CARLOS SANTIAGO; *ibídem*.

de esa descomposición a los enunciados propios del lenguaje a analizar. En tercer lugar esta corriente se direcciona a que el análisis de los enunciados y de su relación con el lenguaje no debe tener carácter metafísico, sino que trata los problemas filosóficos transformando los problemas ontológicos a problemas de significado. Reflejada en su faz jurídica, la concepción analítica importa: a) una concepción normativa centrada en el análisis del lenguaje y los discursos normativos, donde el lenguaje se percibe como formando un sistema a estudiar en su coherencia y propiedades formales, b) en tanto visión lingüístico-semántica, se centra en el estudio del lenguaje jurídico y procura alcanzar la designación y significación de los enunciados normativos, y ello recurriendo principalmente a la sintaxis y al contexto sistemático de cada norma, c) importa una tesis puramente especulativa (i.e. descriptiva) centrada en el análisis lógico y lingüístico del discurso con el objeto de descubrir y erradicar ambigüedades, vaguedades, *et sit cétera*, pero negando la posibilidad de descubrir principios prácticos (éticos) de contenido, d) como concepción positivista, desde su perspectiva puramente lingüística y la separación entre el discurso normativo y el descriptivo, obstan cualquier referencia a fuentes privilegiadas (v.g. naturaleza de las cosas, derechos naturales, entre otros), el Derecho se reduce a las fuentes sociales, negándose la posibilidad de criticarlo o valorarlo a través de criterios prácticos- racionales, finalmente e) se está ante una visión sistemática según la cual el Derecho (entendido como el conjunto de normas que lo integran) forma un sistema completo y coherente, fuera del cual no hay juridicidad⁶⁷.

Esta tesis, entre otras cosas interesantes, reporta el abandono del *esencialismo*⁶⁸, sustituyendo el estudio de las esencias por el análisis lógico del lenguaje científico, por esta vena BULYGIN señalaba que

⁶⁷ MASSINI CORREAS, CARLOS I.; *Filosofía del Derecho*, t. III, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, págs. 30 a 33.

⁶⁸ El *esencialismo* procuraba la búsqueda de esencias, de estructuras ontológicas y de la “naturaleza jurídica” de las instituciones. Una de sus vertientes es el *realismo verbal*, que procura elucidar conceptos que supuestamente reflejarían aspectos trascendentes de la realidad y que son aprehensibles por medios no empíricos. Es sabida la preocupación en el Derecho por hallar la naturaleza jurídica de distintas instituciones (v.g. cuando se habla de *leasing* se lo trata como contrato *sui generis*, complejo, integrado por compraventa y locación, aunque se sostenga que su estructura es típica y propia –ETCHEVERRY, RAÚL ANÍBAL; *Nuevas figuras contractuales*, Astrea, Buenos Aires, 1987, pág. 36-), lo que sirve para subsumir los casos dentro de determinados marcos normativos propuestos originalmente para otros supuestos, encubriendo así extensiones analógicas de las normas del sistema a través de dilucidar una suerte de “esencia” común a situaciones distintas.

“...una profunda renovación en los estudios metodológicos que ha comenzado (...) en las ciencias formales (lógica y matemática) para extenderse paulatinamente a las ciencias naturales y sociales. La filosofía y la ciencia del derecho no podían, a pesar del notorio conservadorismo de sus cultores, sustraerse por mucho tiempo a este movimiento de renovación. La concepción de la filosofía del derecho como especulación acerca de la esencia del derecho, de la naturaleza social del hombre y de la justicia absoluta e inmutable ya no resulta satisfactoria sino para algunas mentes particularmente impermeables a toda renovación. La tarea de la filosofía jurídica ya no consiste en develar la oculta esencia del fenómeno jurídico, sino en esclarecer el aparato conceptual y los métodos de la ciencia del derecho.”⁶⁹.

A pesar del abandono del postulado de evidencia, la dogmática jurídica continúa siendo una ciencia racional, no empírica. La experiencia como fuente de verificación de las proposiciones científicas no tiene cabida en la ciencia dogmática. El interés del jurista se dirige hacia la deducción de las consecuencias de sus dogmas, despreocupándose del contenido real de sus enunciados. Carece de relevancia lo que hagan los hombres en la realidad –los jueces por caso–, sino lo que deben hacer de conformidad con las leyes. Por ello no puede extrañar que, las propiedades formales de los sistemas (coherencia, completitud e independencia de sus axiomas), absorban gran parte del interés del jurista dogmático⁷⁰.

Otra crítica a ésta corriente estriba en su incapacidad real, pese al discurso férreo en sentido contrario, para superar al Derecho Natural, éste se filtró en muchos de los postulados de aquella. Sirva como ejemplo la sociología de COMTE, no es ciencia empírica, sino metafísica iusnaturalista, constituye la expresión de una necesidad interna determinada por una meta, una necesidad que simultáneamente determina tanto lo real como lo valioso. Igualmente es observable en el utilitarismo, la obra *On Liberty* del discípulo de BENTHAM, STUART MILL, expresa que el único propósito que justifica la fuerza es impedir que una persona cause daño a otra, como el “daño” no puede ser identificado con cualquier lesión a los intereses,

⁶⁹ BULYGIN, EUGENIO; *Kant y la filosofía del derecho contemporánea*, en ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO, *Análisis Lógico y Derecho* (Prólogo de G.H. von Wrigth), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pág. 380.

⁷⁰ La crítica en ALCHOURRÓN, CARLOS E. y BULYGIN, EUGENIO; *Introducción a la metodología de las...*, cit., págs. 90 y 91.

“...el principio debe querer decir que la libertad es restringida en vista de los derechos opuestos de los demás. Estos derechos tienen que ser forzosamente, puesto que se trata de un principio para la legislación, derechos naturales...”⁷¹.

HERMANN KANTOROWICZ (bajo el pseudónimo de GNEAUS FLAVIUS), afirma que todo el Derecho no es derecho positivo, contraponiendo a éste un derecho libre⁷², un “Derecho natural del siglo XX”, descubierto esto, para KANTOROWICZ la ciencia jurídica no puede limitarse a ser simplemente una servidora del Legislador, entonces la ciencia jurídica debe reunir para ser tal determinadas características: a) voluntarista o antirracionalista, b) antidogmática, c) inspirada por la historia, d) inspirada por las ciencias psicológico-sociales, y e) antiteológica como modo de rejuvenecer a la ciencia del Derecho sin renunciar al Derecho Natural. El acierto del autor de mención ha sido reconocer la existencia y necesidad del *derecho libre*, como asimismo que la ciencia jurídica no puede basarse exclusivamente en el derecho estatal; también atacó a los partidarios del dualismo metódico que ponderaban la importancia de escindir las ciencias sociales (dirigidas al estudio del *ser*) y las ciencias jurídicas (abocadas a esbozar el *deber ser*), pues no tenían en cuenta que todo ha de estar vinculado a un ser⁷³; el ser y el deber ser, desde KANT sólo se derivan deductivamente de sus pares (el ser del ser y el deber ser del deber ser, éste no puede fundamentarse inductivamente en hechos del ser sino que se derivan deductivamente del deber ser), las afirmaciones de un sistema no pueden ser transformadas en las afirmaciones de otro; pero ser y deber ser no están divorciados absolutamente, sino que la separación entre ambos permite distinguir entre ciencia y Derecho, y descartar al positivismo, al evolucionismo, *et sit cétera* como corrientes que deducen el deber ser (lo debido) del ser (de lo que ha sido o será). El acierto de KANTOROWICZ entonces estriba en

“...la negación no sólo de la tajante separación entre ciencias sociales y ciencias jurídicas, sino también entre ser y deber ser. De tal suerte, la ciencia se ocupa de hacer descripciones del ser, mientras el derecho consiste en formular prescripciones

⁷¹ La crítica en ROSS, ALF; *op. cit.*, pág. 310.

⁷² Junto al *racionalismo*, caminó parejo el *irracionalismo*, especialmente en la forma de *voluntarismo*. Sus principales representantes en el siglo XIX fueron SCHOPENHAUER, NIETZSCHE y BERGSON; en la ciencia del Derecho, la corriente se abrió paso, a principios del siglo XX, con el llamado “Movimiento del Derecho Libre”, su precursor puede considerarse OSKAR BÜLOW con su escrito de 1885 *Gesetz und Richteramt*.

⁷³ FLORES, IMER B.; *op. cit.*, pág. 1011.

del deber ser. Por tanto *la ciencia del derecho es descriptiva, aunque su objeto de estudio sea por naturaleza prescriptivo.*”⁷⁴ (el resaltado nos pertenece).

El dogmatismo destaca la no científicidad del Derecho, entendiendo que el Derecho es un conjunto de dogmas que se aceptan *a priori* y que no están abiertos al debate crítico. Su aserto esencial consiste en rebatir la aceptación científica de la verdad como prueba de validez de sus postulados, con la creencia dogmática como mera convicción subjetiva de fe sobre determinados presupuestos. El ataque al dogmatismo (ya que apostamos al postulado de ciencia del Derecho) estriba en no basarse en dogmas, el Derecho como objeto del conocimiento, no puede radicar en una simple convicción subjetivo- dogmática sino que requiere rigor objetivo- racional⁷⁵.

Una de las grandes falacias de la dogmática se halla en la noción del “Legislador racional”, que dista mucho de ser un Legislador real. Se habla del Legislador como: a) si fuera único, cuando en realidad las normas jurídicas en los sistemas modernos fluyen de una variabilidad de sujetos amplia; b) si fuera imperecedero, esto es, las normas mantienen su validez a través de la bruma temporal aunque hubiera pasado mucho tiempo; c) si fuera consciente de las normas que sanciona, cuando en estricta rigurosidad muchas veces los legisladores humanos responden a políticas partidarias ignorando lo que votan y limitándose a refrendar en bloque el material que ya viene dado; d) si fuera omnisciente, con la capacidad de prever los propósitos posibles en el infinito a los que se aplica la regla; e) si fuera justo, cual si contaran con la solución axiológica adecuada para el supuesto de referencia de la norma, f) si fuera coherente, dicho de otra manera, la construcción legislativa no tiene problemas de contradicción, y esto, sin mayor argumentación, se cae por su propio peso; g) si fuera completo, en tanto ninguna situación regulable escaparía a su previsión, el sistema carecería de lagunas –sobre esto discurriremos *in extenso*-⁷⁶; h) si fuera preciso, las construcciones del Legislador serían claras y sin problemas de taxatividad en el lenguaje, pero los problemas del lenguaje natural se filtran por todas partes en las

⁷⁴ FLORES, IMER B.; *ibídem*.

⁷⁵ FLORES, IMER B.; *op. cit.*, pág. 1013. El Derecho puede basarse en dogmas, pero no la ciencia que se aboque a su conocimiento, el ejemplo del autor está dado por la religión, esta claramente consiste en dogmas, pero la teología la estudia de manera científica.

⁷⁶ Ver *infra* párrafo 50 (“La actividad creadora del juez ante las ‘lagunas’ y las ‘reglas injustas’”).

creaciones normativas⁷⁷. LESZEK NOWAK señala que la explicación de esto se halla en que se cree que se

“...tiende a una ‘optimización’ de la ley, es decir, a reconstruir a partir de prescripciones legales las mejores normas posibles desde el punto de vista de la exigencia de la doctrina moral y política dominante.”⁷⁸.

La racionalidad del Legislador es una cuasihipótesis aceptada dogmáticamente, no sometible a verificación empírica, no es una tesis metodológica, sino una pauta normativa que proporciona una guía para el intérprete: debe actuar como si el Legislador fuese racional.

No es difícil entender el por qué del resurgimiento del Derecho Natural a comienzos del siglo XX y su extensión ulterior sobre todo en Alemania con las escuelas neokantianas (varían en sutilezas en sus interpretaciones de KANT), y ello con fulcro en las convulsiones políticas de la primera mitad de dicho siglo. Hablaremos más de esto posteriormente⁷⁹. Podemos entender que se presenta aquí el tercer momento de la ciencia jurídica, comprensiva del movimiento que mencionaremos seguidamente.

También en la primera mitad del siglo XX se produjeron esfuerzos en el sentido de fundar una ciencia jurídica sobre una base empírica.

“Así, la escuela de la libre investigación científica (GENY), la jurisprudencia de intereses (HECK), y la ciencia del derecho libre (KANTOROWICZ), diversas escuelas sociológicas (DUGUIT en Francia, ROSCOE POUND en Estados Unidos), el realismo norteamericano (HOLMES, CARDOZO, GRAY, LLEWELLYN, FRANK) y escandinavo (HÄGERSTRÖM, LUNDSTEDT, OLIVECRONA, ALF ROSS), trataron de llevar a cabo de distintas maneras y con diferente éxito la mencionada tarea.”⁸⁰.

HECK señalaba que las proposiciones jurídicas contienen, indirectamente, un juicio de valor sobre los intereses antagónicos: las ideas apetitivas del Legislador deciden sobre el contenido de aquellas, y con ello, los juicios de valor vuelven a ser declarados hechos (psicológicos), desdibujándose la diferencia entre ciencia causal –explicativa de acontecimientos fácticos en base a sus causas- y ciencia valorativa –que concibe los valores dados interpretándolos-. HECK no logró aun separarse de la influencia del concepto

⁷⁷ Ver *infra* parágrafo 30 (“Lenguaje y Derecho”) y 44 (“El Principio de Máxima Taxatividad Legal Interpretativa”).

⁷⁸ Citado por NINO, CARLOS SANTIAGO; *Introducción al análisis del Derecho*, cit., pág. 330.

⁷⁹ Ver *infra* parágrafo 21 (“Nuestra crítica a la posición de Karl Engisch”).

⁸⁰ ALCHOURRÓN, CARLOS E. y BULYGIN, EUGENIO; *Introducción a la metodología de las...*, cit., pág. 91.

positivista de la ciencia. Vale aclarar que HECK rechazó sustituir la expresión “jurisprudencia de intereses” por la de “jurisprudencia valorativa”, ello porque procuraba mantener su conexión con IHERING

“...en cuya iniciativa tiene su origen, en lo esencial, el movimiento de reforma.”⁸¹; si bien IHERING consideraba a los intereses como un concepto fundamental, y no habló de valoraciones. Por otro lado el investigador, debía averiguar, usualmente, sólo los juicios de valor del Legislador, esto era una investigación causal –pues el Legislador es una expresión abreviada para designar los “intereses causales”-; sólo en casos excepcionales debe él mismo valorar. Fue STOLL el que cambió por “jurisprudencia valorativa”, aunque entendiéndola como mera alteración terminológica y no causal⁸².

Un intento peculiar, y especialmente anecdótico de ciencia experimental aplicada al Derecho, pero analizando el aspecto causal explicativo antes que el estudio de las entidades jurídicas, lo constituye el positivismo etiológico⁸³. En el plano metafísico, esta corriente tiene su origen en la doctrina de COMTE, y sus mayores expositores fueron CESARE LOMBROSO, ENRICO FERRI y RAFAELLO GARÓFALO. Utilizaban el método experimental dirigido al hombre- delincuente y no a su objeto, el delito, de allí que prefirieran aquel método al lógico- abstracto⁸⁴. El emparentamiento posterior de ésta corriente con las doctrinas totalitarias, especialmente de la mano de FERRI, disolvieron al movimiento.

El empirismo embate contra la pretensión de la dogmática jurídica, de forjar una ciencia del Derecho como fenómeno deductivo. Atacan toda sistematización, rechazando la idea misma de sistema, procurando fundar la verdad de los enunciados de la ciencia jurídica en la observación de los hechos empíricos, a imagen y semejanza de las demás ciencias empíricas. La insistencia en el empirismo como aplicado al Derecho, parte de las corrientes que entienden que las proposiciones que no dicen nada acerca del mundo empírico deberían ser eliminadas de la ciencia, sin embargo un aserto tal debería admitir

⁸¹ LARENZ, KARL; *op. cit.*,pág. 71.

⁸² Cit. LARENZ, KARL; *op. cit.*,pág. 71, nota 37.

⁸³ Desde la dogmática jurídica penal se da en llamar a ésta corriente *positivismo jurídico*, nosotros sólo en ésta oportunidad señalaremos tal vertiente, sin embargo, en lo sucesivo, la etiqueta de “positivismo jurídico”, se reservará, en lo que hace al Derecho Penal, precisamente para la dogmática penal, o para la escuela opuesta al iusnaturalismo en lo que hace al análisis de la Teoría del Derecho.

⁸⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS; *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito*, 4ª ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, págs. 48 a 52.

que a las matemáticas, que por cierto no dicen nada acerca de la realidad empírica (aunque produzca determinados efectos en ella), debería negárseles el carácter de ciencia.

El realismo es un freno al excesivo formalismo de algunos dogmáticos. Pero toda su pretensión se basa en un mero intento de cambiar el paradigma racionalista de las ciencias jurídicas, por uno empírico, entendidos ambos a la manera tradicional. Asimismo, comparten la misma noción de sistema que los dogmáticos, el rechazo del carácter racional de la ciencia jurídica por los realistas, los lleva al rechazo de la sistematización, pero debe señalarse que, el carácter empírico de una ciencia no es en modo alguno incompatible con su estructura deductiva. La diferencia entre el realismo y el dogmatismo radica en los criterios de selección de sus enunciados primitivos, no en la deducción de los enunciados derivados⁸⁵.

En su extremo, nos enfrentamos con las conocidas impugnaciones de VON KIRCHMANN (a la que siguieron CLAUDE LÉVI- STRAUSS y HANS ALBERT) dirigidas a cuestionar el valor epistémico del saber de los juristas, negándole carácter objetivo, científico y racional⁸⁶. Por este andarivel se ha dicho que hay

“...que reconocer que entre éstas y las ciencias exactas y naturales no se podría establecer ninguna verdadera paridad: estas últimas son ciencias y las primeras no lo son. Si se las designa de todos modos con el mismo término, es sólo en virtud de una ficción semántica...”⁸⁷,

entendiendo que la ciencia jurídica trata un sistema artificial como si fuera real, y para describirlo parten del postulado de que sería imposible que encerrara contradicciones. Por su parte HANS ALBERT señala que

“...dado que la jurisprudencia es ya, desde sus orígenes, una ciencia orientada en gran medida a la praxis, para ella una teoría de la ciencia, que se orienta por el mero interés cognitivo, evidentemente apenas si puede tener importancia alguna...”⁸⁸

y agrega que resulta

“...curiosa (la) idea de una comprensión cognitiva de normas que se deba expresar en enunciados normativos.”⁸⁹.

⁸⁵ ALCHOURRÓN, CARLOS E. y BULYGIN, EUGENIO; *Introducción a la metodología de las...*, cit., pág. 92.

⁸⁶ VON KIRCHMANN, JULIUS HERMANN; *La jurisprudencia no es ciencia* (trad. A. Truyol y Serra), IEP, Madrid, 1961, *passim*.

⁸⁷ LÉVI- STRAUSS, CLAUDE; *Criterios científicos en las disciplinas sociales y humanas*, en AA.VV., “Aproximación al estructuralismo”, Galerna, Buenos Aires, 1967, pág. 55.

⁸⁸ ALBERT, HANS; *Razón crítica y práctica social* (trad. R. Sevilla), Paidós, Barcelona, 2002, pág. 116.

La fugacidad de su material, lo discrecional de la jurisprudencia (i.e. arbitrio del juez), sus respuestas a una determinada cuestión no pueden ser calificadas de “correcta” o “falsa” sino sólo de “defendible”⁹⁰; han hecho que la ciencia del Derecho no obtuviera carta de ciudadanía entre las restantes ciencias consolidadas.

No seguimos esta línea en el trabajo que se presenta, como se analizará en lo que sigue.

Un movimiento ulterior, partiendo de la lógica deóntica de VON WRIGHT, procuró aprovechar para la ciencia del Derecho, las investigaciones y adelantos metodológicos alcanzados sobre todo en la fundamentación de las matemáticas y la física, mostrando que pueden derivarse de allí conceptos de sistemas con provecho para el ámbito jurídico, que la sistematización es una tarea esencial del jurista y que en la ciencia del Derecho se plantean tanto problemas empíricos como lógicos –puramente racionales–.

En su versión más elaborada, ALCHOURRÓN y BULYGIN distinguen dos tareas u operaciones que la ciencia jurídica debe desarrollar⁹¹. En primer lugar, una tarea *empírica* en la que se debe determinar qué enunciados constituyen la base del orden jurídico; y en segundo lugar, una operación *lógica* de sistematización del Derecho. Esta sistematización consta de dos pasos, en el primero se derivan las consecuencias lógicas de los enunciados que constituyen la base del sistema, para lo que se emplean ciertas reglas de inferencia, ello habilita para presentar defectos lógicos diversos (v.g. lagunas, contradicciones, *et sit cétera*); en el segundo paso de la sistematización se procura reemplazar la base original del sistema por una más reducida o elemental pero equivalente, dicho de otra manera, se procura traer un conjunto de principio más generales, pero siempre que tengan las mismas consecuencias lógicas que las normas que reemplazan. Esta construcción se dirige a traer un modelo teórico de cara al Derecho, que sea científico como lo es en el contexto de las ciencias matemáticas y físicas. Ya analizaremos algunos problemas de este sistema, aunque sin evitar presentar sus utilidades⁹², por sólo adelantarnos, es una construcción que deja en manos del teórico el construir arbitrariamente el escenario en que desea operar, aunque se lo pretende presentar con una fuerte base de

⁸⁹ ALBERT, HANS; *Razón crítica...*, cit., pág. 123.

⁹⁰ LARENZ, KARL; *op. cit.*, pág. 20.

⁹¹ Este es el propósito de la obra que realizan en conjunto *Introducción a la metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales* (traducción del inglés de los autores, *Normative System*).

⁹² Ver *infra* parágrafo 28.1 (“El sistema jurídico como sistema normativo”).

objetividad, por otra parte, no resuelve los problemas del Derecho (v.g. lagunas), sino que sólo los pone de manifiesto. Se limitan a describir y sistematizar el Derecho sin reconstruirlo, brindando escasa utilidad, por caso, a los jueces.

La corriente que inicia VON WRIGHT halla sus fuentes más primitivas en el nuevo positivismo (o positivismo lógico o empirismo lógico) del Círculo de Viena a partir de la década de 1920, cuyos miembros más destacados fueran OTTO NEURATH y RUDOLPH CARNAP, influenciado por los progresos empírico- científicos registrados en torno a la “Teoría de la Relatividad” de ALBERT EINSTEIN y al análisis lógico- científico de la filosofía analítica de BERTRAND RUSSELL y de LUDWIG WITTGENSTEIN. Aceptaban el principio de verificación sosteniendo que el significado de una proposición es su modo de verificación y ésta la manera como se demuestra que es verdadera o falsa; si una proposición no es verificable, no puede ser, sólo las proposiciones empíricas pueden ser auténticas proposiciones pues son las únicas verificables. Utilizan el método empírico con el distintivo lógico- analítico. Los filósofos analíticos entienden que las teorías generales del Derecho, en tanto filosóficas, son estructuras de un nivel superior a las prácticas que explican. Estas teorías (siempre desde el ángulo de los filósofos analíticos) no emplean un sistema de conceptos tendentes a determinar el contenido empírico de las proposiciones identificatorias; su lenguaje- objeto, está constituido por la forma lógica de las normas y de las proposiciones identificatorias de normas que integran el contenido de las teorías dogmático- jurídicas, sus conceptos son morfológicos, pues reconstruyen las normas y conceptos normativos en unidades elementales (o mediante términos abstractos, v.g. Ph, P, O, F), o bien mediante la elucidación del significado y relaciones de los conceptos jurídicos que emplean las teorías jurídicas (v.g. obligación, delito, *et sit cétera*); se trata de expresiones metalingüísticas que no remiten a la experiencia, sino al modo en que los dogmáticos del Derecho se refieren a ella, por esta vena se hallan autores como ALCHOURRÓN, BULYGIN, HOHFELD, *et sit cétera*.

Si se admite, estando a las teorizaciones de WITTGENSTEIN, que toda práctica social supone un trasfondo de reglas, y que un problema relevante es dilucidar en qué consisten esas reglas, entonces, cualquier estudio por este andarivel, orientado a comprender cómo funcionan las reglas, es, en definitiva, un aporte a la comprensión general de la sociedad. Sin embargo, la posibilidad de obtener

“... una comprensión confiable y aceptada por la mayoría de los filósofos y personas ilustradas parece problemático de alcanzar. Esto es así porque existen, al menos ‘superficialmente’, desacuerdos de los filósofos en aspectos ontológicos, epistemológicos, lógicos y metodológicos vinculados a las ciencias que practican. Huelga decir que todos estos aspectos mantienen relaciones mutuas y que su disección analítica es sólo una manera de presentar con cierta claridad el tipo de problemas en juego.”⁹³.

Lo cierto es que la expresión “teoría”, relevante para el Derecho, es una expresión que puede aprehenderse tanto como “producto”, como “proceso”. Estando a esta distinción, LARIGUET señala que para WITTGENSTEIN podría entenderse que la diferencia entre las teorías filosóficas y las científicas estriba en que las primeras se agotan en la noción de teoría como proceso, en tanto que las segundas lo hacen como teorías en cuanto producto pues concluyen en un conjunto de proposiciones cuyo contenido empírico permite sostener, a diferencia de las proposiciones filosóficas, en torno a la verdad o falsedad de las mismas⁹⁴. Por el contrario, los filósofos se estarían involucrando en discusiones conceptuales.

Efectuando un *excursus*, como se ve, la ciencia jurídica no escapa a la división entre teorías formales y empíricas de las teorías científicas. Las *teorías formales* se basan en la noción de cálculo axiomático, las segundas, en cambio, tienen una dimensión empírica que permite poner a prueba las afirmaciones que constituyen la teoría⁹⁵. La visión formal se reduce al aspecto sintáctico de las afirmaciones (reglas de formación) y a la posibilidad de extraer consecuencias lógicas de ellas (reglas de transformación), lo que importa que la teoría puede concentrar en algunas afirmaciones, de las que se deriven –por aplicación de determinadas reglas de inferencia- todas las restantes. Como ya se explicó, las afirmaciones que concentran el contenido conceptual de una teoría es lo que se llama axiomas y poseen un carácter primitivo en la estructura, las afirmaciones que se derivan de

⁹³ LARIGUET, GUILLERMO; *Problemas del conocimiento jurídico*, cit., págs. 47 a 48.

⁹⁴ LARIGUET, GUILLERMO; *Problemas del conocimiento jurídico*, cit., pág. 246. Para el autor, uno de los problemas que lleva a confundir que las teorías se definan como científicas o filosóficas, reside en una clase especial de proposiciones que se ubican en una “zona de penumbra” entre las proposiciones empíricas y las conceptuales, son las que tienen “apariencia empírica”, que no tienen un objeto, sino un pseudo- objeto. La cuestión es que muchos filósofos y dogmáticos no son conscientes de esto, y la literatura jurídica se llena de discusiones conceptuales, cita como ejemplo la bizantina discusión acerca de si la posesión es un hecho o un derecho.

⁹⁵ DIEZ, JOSÉ y MOULINES, ULISES; *Fundamentos de la Filosofía de la Ciencia*, Ariel, Barcelona, 1997, págs. 266 a 267.

los axiomas se llaman teoremas, que ya están contenidos implícitamente en las afirmaciones primitivas⁹⁶; de donde, los teoremas no contienen información nueva, sino que explicitan información que ya traían en sí a través de los axiomas⁹⁷. Es dable observar que la deducción de consecuencias lógicas es un paso que expande el contenido conceptual de una teoría, pero, por definición, no es una expansión innovadora sino conservadora⁹⁸. Desde éste ángulo, una teoría es un conjunto de afirmaciones que debe ser completo, consistente e independiente, son condiciones ideales que permiten evaluar o elegir teorías alternativas; asimismo, antes de la axiomatización, las afirmaciones teóricas están, en cierta medida, al mismo nivel, posteriormente de aquella, se hallan jerarquizadas epistémicamente, ya que existen afirmaciones más fundamentales que otras. Las *teorías empíricas*, de cara al conocimiento sintáctico, si bien también utilizan este bagaje epistémico, sus teorías tienen contenido empírico (i.e. son susceptibles de ser falsadas por ciertas clases de hechos); las afirmaciones refieren a entidades del mundo empírico, y dichas entidades constituyen el significado del sistema⁹⁹. Estas teorías precisan que sus afirmaciones tengan un grado de conexión u observabilidad más próxima a la realidad, utilizan

“...reglas de correspondencia que conectan los axiomas –en principio, vacíos de contenido- con términos observacionales. Las teorías empíricas son, pues, cálculos axiomáticos, pero empíricamente interpretados y en esto reside su peculiaridad.”¹⁰⁰

Entendemos que las ciencias jurídicas no pueden clasificarse sin más como empíricas o formales, tienen rasgos peculiares propios que justifican su inclusión dentro del marco de lo que se llama *ciencias normativas* como categoría autónoma, lo que no obsta la utilización de los adelantos metodológicos obtenidos en aquellas¹⁰¹. ESSER, COING, ENGISCH y STAMMLER rechazaron, para el Derecho, una unidad lógico- formal según el modelo de la

⁹⁶ DIEZ, JOSÉ y MOULINES, ULISES; *op. cit.*, pág. 268.

⁹⁷ Para que esto sea así, es preciso que los axiomas constituyan un conjunto suficiente de afirmaciones (i.e. un conjunto completo en que todas las afirmaciones válidas de la teoría sean tesis del sistema).

⁹⁸ LARIGUET, GUILLERMO; *Problemas del conocimiento jurídico*, cit., pág. 166. Sostiene el autor que “...que de los axiomas puedan obtenerse consecuencias lógicas no significa que estemos ante una buena axiomatización; si así fuera, cualquier conjunto de afirmaciones ya sería un buen conjunto de axiomas. En realidad, una buena axiomatización se logra una vez que se ha logrado dar una versión lo más ‘resumida’ o ‘concentrada’ posible de una teoría, esto es, un conjunto mínimo de axiomas que sean independientes entre sí (no redundantes).”

⁹⁹ DIEZ, JOSÉ y MOULINES, ULISES; *op. cit.*, pág. 286.

¹⁰⁰ LARIGUET, GUILLERMO; *Problemas del conocimiento jurídico*, cit., pág. 168.

¹⁰¹ Por esta vena ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO; *Introducción a la metodología de las...*, cit., pág. 21.

matemática, en la que de pocos axiomas se deduzcan silogísticamente cada una de las proposiciones; el Derecho no es un producto de deducción lógica, descansa en decisiones de valor, pero de ello no puede rechazarse sin más que el orden jurídico tenga una unidad interna que la ciencia del Derecho debe buscar y exponer como sistema¹⁰².

Nosotros entenderemos en lo sucesivo que el Derecho es una ciencia normativa, como ya se adelantó, con un objeto propio, pero compleja en tanto comulga y abrevia en la metodología de todas las corrientes prealudidas. Así, los sistemas euclideanos continúan aportando un sustento primario de utilidad suma como se verá cuando echemos mano de él, asimismo no podemos dejar de profesar los postulados del Derecho Natural con una base ecléctica, no preocupándonos tanto por el fundamento filosófico, cuanto por la explicación filosófica de los factores racionales e ideales en el Derecho, que proceden de su elaboración por la ciencia jurídica y los jueces. Ello nos conduce a entresacar del realismo su relevancia en lo tocante a la observación empírica de lo que los jueces hacen en la realidad al ir más allá de las normas en el proceso de interpretación, que como estudiaremos, es de gran importancia para nuestra propuesta, pero indefectiblemente el positivismo lega la base de estudio y ello no puede ser soslayado, pues todo estudio del Derecho debe necesariamente principiar por un análisis normativo que es, en definitiva la materia prima. Un jurista no positivista a lo DWORKIN puede sostener el carácter normativo de la ciencia jurídica, pero desde una óptica distinta, los dogmáticos teóricos deben emitir proposiciones que presupongan los valores morales y políticos que justifiquen al Derecho como integridad, este ángulo de perspectiva también podemos absorberlo en estas líneas¹⁰³.

ATIENZA ha señalado que entre las críticas dirigidas al realismo como ciencia puede decirse que

“...no permite distinguir la ciencia del derecho en sentido estricto de la sociología del derecho, por un lado y la política del derecho, por el otro.”¹⁰⁴,

un método empírico explicativo aplicado al conocimiento del Derecho es justamente el que utiliza la sociología, de donde, en alguna medida puede decirse que el modelo empírico de

¹⁰² LARENZ, KARL; *op. cit.*, pág. 150.

¹⁰³ Se ha refutado que las hipótesis normativas en el sentido dworkiniano son filosóficas, no científicas, y por ello, no discutibles en términos efectivos, como sí lo son las hipótesis dogmático- jurídicas entendidas empíricamente, no compartimos este aserto como se verá. En este sentido LARIGUET, GUILLERMO; *Problemas del conocimiento jurídico*, cit., pág. 236.

¹⁰⁴ ATIENZA, MANUEL; *Introducción al Derecho*, Barcanova, Barcelona, 1985, pág. 245.

ciencia del Derecho, aplicando un método similar termina por ser sociología¹⁰⁵. La crítica es que si el Derecho no es más que fenómenos sociales, y la ciencia jurídica tuviera por única finalidad verificar en las decisiones judiciales aserciones de cuál es el Derecho vigente (tesis de ALF ROSS), deviene entonces difícil identificar en la materia del científico jurídico no ya un método propio, sino también un objeto propio, que en definitiva es lo que lo diferenciaría del sociólogo. Recuérdese que ROSS, al hablar del Derecho comparado y la historia del Derecho afirmaba que

“...es simplemente cuestión de preferencia personal clasificar a estas subdivisiones como parte de la ciencia del derecho o de la sociología jurídica.”,

pero más allá de la ciencia del Derecho puramente descriptiva del maestro de Copenhague, ATIENZA destaca que la ciencia rossiana también tiene un carácter prescriptivo pues

“...no se limita a describir lo que, de hecho, hacen los científicos del derecho, sino que pretende prescribirles un determinado modelo de ciencia.”¹⁰⁶,

piénsese en las nociones de “ideología común de los jueces” y la “conciencia jurídica material y moral de la sociedad”, por esta vena.

En lo que nos interesa, este último análisis pretendemos que sea de aplicación a nuestra propuesta, pues no compartimos el modelo de ciencia jurídica prácticamente sin diferencias con las ciencias naturales que ROSS termina por construir, empecinado por alcanzar propuestas epistemológicas extraídas de otros campos distintos de los sociales. La propuesta de KARL POPPER es más interesante en tanto critica la tesis verificacionista, las teorías generales no son verificables, de donde el empirismo estricto y el verificacionismo rossiano no son viables, como tampoco lo son la confianza plena en la inducción y en lo dado, como el exclusivo recurso a la experiencia sensible como fuente y justificación del conocimiento.

El *iusnaturalismo* (en su encarnación en el segundo RADBRUCH) ha aportado la importancia del dualismo metódico, pues tanto los *juicios de realidad*, como los *juicios de valor* son importantes, el Derecho es una realidad referida a valores y, por ello, un fenómeno cultural. Ambos juicios están referidos a hechos del ser, habrá que determinar si

¹⁰⁵ Esto llevó a sostener en algún momento que la única ciencia posible del Derecho era la sociología jurídica, en tanto que “ciencia de hechos”; este tipo de tesis era tributaria a quienes procuraban “elevar” la ciencia del Derecho al rango de una ciencia, postulando para ella un método análogo a los científico- naturales. La crítica en LARENZ, KARL; *ibídem*.

¹⁰⁶ ATIENZA, MANUEL; *ibídem*.

son causados por estos (análisis de la relación causal entre hechos de ser y juicios de valor) o pueden fundarse en los mismos (relación lógica entre ser y valor), con ello se supera el dogmatismo jurídico y se sortea el reduccionismo de sostener que pueden existir ciencias exclusivamente analíticas y otras sintéticas. Otro aporte es la esencialidad del relativismo, pues, a partir del criticismo kantiano, las formas de la cultura y el derecho son universales, pero sus contenidos dependen de las realidades empíricas, de allí su relativismo. Se renuncia así a la razón teórica apelándose a la razón práctica¹⁰⁷ y se reconoce el pluralismo metodológico.

Es sabido que, en general, en la filosofía de la ciencia, se entiende que una explicación es científica si se adecua al esquema o método de cobertura legal inferencial (o nomológico- deductivo). Este consiste en llevar adelante los siguientes pasos¹⁰⁸: a) determinar con precisión aquello que se quiere explicar (que es siempre una hipótesis o *explanandum* y constituye la conclusión de una inferencia), b) seleccionar los datos empíricos que se consideran relevantes para su explicación, y c) seleccionar las leyes generales (que son igualmente siempre hipótesis), pertinentes para relacionar los datos empíricos. El resultado de estas dos últimas operaciones es lo que explica (es el *explanans* y conforma las premisas de la inferencia). Aplicado a la *praxis jurídica*, se ha sostenido que éste

“constituye el mejor camino (para) considerar una inferencia inductiva más razonable o plausible que otras.”¹⁰⁹

Nosotros veremos más adelante, que el Derecho, sin perder su carácter de ciencia, no sigue en estricta rigurosidad este método, sino vías diferentes y más creativas¹¹⁰.

Como se expresó, uno de los rasgos más característicos de la actividad científica, es la explicación *por lo racional*. La investigación científica procura superar la mera descripción, para explicar los fenómenos que estudia. La explicación científica asume diferentes formas según el género de ciencia, así en las *ciencias formales*, la explicación racional se presenta bajo el ropaje de la prueba formal o demostración; en las *ciencias*

¹⁰⁷ RADBRUCH, GUSTAV; *Relativismo y Derecho*, (trad. Luis Villar Borda), Editorial Temis S.A., Santa Fé de Bogotá (Colombia), 1999, pág. 2.

¹⁰⁸ Presentado por primera vez de manera sistemática por HEMPEL, CARL y OPPENHEIM, PAUL; *La explicación científica. Estudios sobre la filosofía de la ciencia*, (trad. Míguez y otros), Paidós, Barcelona, 1979, pág. 247 y ss.

¹⁰⁹ FERRAJOLI, LUIGGI; *Derecho y Razón*, (trad. Andrés Ibañez y otros), Tecnos, Madrid, 1997, pág. 141.

¹¹⁰ Ver *infra* parágrafo 34 (“La aplicación del Derecho. Las conclusiones lógicas en el Derecho”).

empíricas la explicación importa destacar que el fenómeno a explicar es un caso particular de una ley general. Pero cuando se trata de la conducta humana surgen dos cuestiones, o bien nos preguntamos acerca de la explicación causal de la conducta, o nos preguntamos sobre la calificación deóntica de las mismas; en torno al primer interrogante, las explicaciones causales de las acciones y actividades humanas son empíricas (v.g. psicología, sociología, *et sit cétera*). Cuando lo que interesa no es el hecho de la conducta, sino su *status* normativo, conforme con algún ordenamiento jurídico¹¹¹, la pregunta no es acerca de porqué Sempronio efectuó tal conducta, sino porqué debe o no debe o puede hacerla,

“La respuesta apropiada a ésta pregunta no consiste en la explicación causal del hecho de la acción, sino en indicar las razones que hay para decir que la acción es obligatoria, permitida o prohibida. Esta es una forma especial de explicación racional... [la] *justificación normativa*¹¹². Son las *ciencias normativas*, como la ciencia del derecho..., las que se ocupan de la justificación normativa.”¹¹³.

Los sistemas científicos, aspiran a que sus sistemas sean completos – mencionan ALCHOURRÓN y BULYGIN- en el sentido de que proporcionen explicaciones para todos los fenómenos de un determinado ámbito. En el campo de las ciencias empíricas, ello se da por supuesto, pues si un fenómeno es dejado sin explicación por alguna teoría (que es de aquellas que pretende explicar dichos fenómenos), se la considera defectuosa y se procura sustituirla por otra. La idea de un fenómeno inexplicable no es racional, pues aunque existan muchos fenómenos no explicados por las ciencias, ello no prueba que no puedan ser explicados,

“ningún fracaso en elaborar una explicación es prueba de la imposibilidad de explicar el fenómeno: sólo prueba que no hemos descubierto todavía la teoría pertinente.”,

la ciencia entiende que todos los fenómenos son, por principio, explicables, y en ello se funda la exigencia de completitud de los sistemas científicos. En las ciencias empíricas éste

¹¹¹ Las nociones de ordenamiento jurídico o normativo y sistema jurídico o normativo se utilizan indistintamente; salvo cuando se efectúa la salvedad, especialmente para ello ver *infra* parágrafo 28.1 (“El sistema jurídico como sistema normativo”).

¹¹² La *justificación normativa* es calificar deónticamente una conducta, por un sistema normativo, consiste en demostrar que de un sistema dado se infiere la obligación, la permisión o la prohibición de una conducta determinada. Un sistema normativo no justifica una conducta sino su solución, su calificación deóntica.

¹¹³ ALCHOURRÓN, CARLOS E. y BULYGIN, EUGENIO; *Introducción a la metodología de las...*, cit., pág. 229.

principio se conoce como *ley de la causación universal*, es el principio de *razón suficiente*, que es uno de los principios que gobiernan nuestra razón (LEIBNIZ). En el ámbito de las ciencias normativas, la pretensión de que los sistemas sean completos implica que todos los casos son solucionables, decir ello significa que para todo caso hay, o es posible, construir un sistema normativo tal, que lo correlacione con alguna solución. Este ideal, en las ciencias normativas, se funda en el principio de razón suficiente, y es independiente de toda ideología política o filosófica. Aquí, se debe efectuar una digresión sobre la que se avanzará oportunamente¹¹⁴, el carácter racional del ideal preseñalado, suele vincularse con ciertas ideologías como el Positivismo o el Liberalismo, pero ello se debe a que no se distingue usualmente con corrección, entre el *ideal de completitud* y el *postulado de plenitud hermética* de un ordenamiento jurídico, es decir, entre la exigencia de que los sistemas normativos sean completos y la afirmación de que alguno o todos ellos lo sean, esto es sumamente relevante para nuestro análisis, vinculado precisamente con los alcances del Derecho¹¹⁵. El postulado de plenitud, supone una confusión entre el ideal y la realidad, sostener que los sistemas jurídicos son completos porque deben serlo es una ilusión, no es dable derivar la completitud de la exigencia de completitud. El postulado de plenitud – creencia de que el ordenamiento jurídico es completo- se sostiene con fuerza en la dogmática jurídica (especialmente en la penal) y ha sido propuesto en numerosos ordenamientos, de allí se sigue en el pensamiento jurídico, sin mayores discusiones, que el orden jurídico es completo (estipulándose para ello exigencias a los jueces), de donde el postulado preresinado es verdadero, criticaremos esto más adelante¹¹⁶. El postulado de plenitud del Derecho es una ficción que tiende a ocultar el hecho de que se imponen a los jueces obligaciones imposibles de cumplir, pero fuertemente arraigadas en el pensamiento jurídico¹¹⁷.

Otra diferencia entre las ciencias empíricas y la explicación causal y las ciencias normativas y la justificación normativa, reside en la diferencia entre *verdad* y *validez*. Así, los criterios de la verdad empírica no son convencionales; el que un enunciado

¹¹⁴ Ver *infra* parágrafo 39 (“La ‘clausura’ en el ordenamiento jurídico”).

¹¹⁵ ALCHOURRÓN, CARLOS E. y BULYGIN, EUGENIO; *Introducción a la metodología de las...*, cit., págs. 231 a 232.

¹¹⁶ Ver *infra* parágrafo 39 (“La ‘clausura’ en el ordenamiento jurídico”), 48 (“La creación del Derecho por los jueces”) y 50 (“La actividad creadora del juez ante las ‘lagunas’ y las ‘reglas injustas’”).

¹¹⁷ Estas obligaciones son las que surgen de las “normas de competencia” y “normas de obligación” que se analizarán *infra*. Ver parágrafo 50 (“La actividad creadora del juez ante las ‘lagunas’ y las ‘reglas injustas’”).

empírico sea verdadero, no depende de las convenciones sociales. Los criterios de validez, por el contrario, pueden ser convencionales (éste criterio es una cuestión de grado). Del carácter convencional de los criterios de validez, depende el hecho de que los ordenamientos jurídicos, pueden ser creados por el hombre en un sentido en que no lo pueden ser los sistemas científicos (es inconcebible un legislador científico). La relatividad de una justificación normativa, no impide, preguntar por la justificación del ordenamiento jurídico de que se trate, es una justificación de segundo nivel, por caso, entonces, un ordenamiento puede ser justificado no sólo por ideales racionales como el de completitud o coherencia, sino también con referencia a otro ordenamiento, o mediante un criterio moral o un ideal de justicia¹¹⁸.

Sin embargo, creemos que vale la pena aclarar que, las construcciones sistemáticas, más precisamente las elaboradas por la dogmática penal alemana, se imponen como gran modelo de exportación jurídico, y en estas líneas no se percibirá una excepción a su influencia. Lo dicho parece darse de patadas con las líneas preadelantadas en torno al dogmatismo positivista y el renacimiento del derecho natural, movimiento en el que pretendemos enrolarnos (entre otros eclecticismos que adoptaremos); por el contrario, debe señalarse que las nóveles construcciones científicas sistemáticas alemanas advierten ciertamente acerca de la potencia de los *sistemas* en el Derecho, entendidos estos como

“...ordenacion(es) lógica(s) de los conocimientos particulares alcanzados en la ciencia de que se trate..., renunciar a construcciones sistemáticas equivale a dejar a una ciencia en “permanente estado embrionario”¹¹⁹,

pero actualmente se reconoce que dichos sistemas deben ser abiertos.

Extendiéndonos sobre lo anterior, el contenido de los enunciados determina, a su vez, la relación sistemática de unos con otros. Es decir, los diversos enunciados hallados, se integran sistemáticamente. Pero la unidad de contenido correspondiente al sistema, se diluye cuando se eleva el grado de abstracción de dichos sistemas, esto es, cuando se dejan de lado proposiciones y se utilizan conceptos en los sistemas. SCHÜNEMANN ejemplifica lo dicho, con los elementos clásicos de la teoría del delito (i.e.

¹¹⁸ ALCHOURRÓN, CARLOS E. y BULYGIN, EUGENIO; *Introducción a la metodología de las...*, cit., págs. 234 y 235.

¹¹⁹ SCHÜNEMANN, BERND; *Cuestiones básicas del Derecho Penal en los umbrales del tercer milenio* (trad. Jesús María Silva Sánchez), IDEMSA (Importadora y Distribuidora Editorial Moreno S.A.), Lima (Perú), 2006, pág. 14

tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), detrás de cada uno de ellos existen complejas teorías imprescindibles para su aplicación, y de difícil aprehensión para el profano; si bien podría retornarse a enunciados mucho más concretos y sencillos, ello no es recomendable pues la pirámide conceptual de la dogmática jurídico-penal aporta un notable avance de comprensión para los problemas concretos, configura una ordenación y regulación del saber existente y permite comprobar las contradicciones existentes en el sistema¹²⁰.

Ahora bien, más allá del valor y necesidad de las construcciones sistemáticas jurídicas, debe impugnarse que ellas deban orientarse hacia un modelo formal (v.g. propio de las matemáticas), de otra forma hacia un *sistema axiomático*, según el cual el ideal de un sistema radica en que la totalidad del conocimiento científico se retrotraiga a un número finito y reducido de fórmulas fundamentales (axiomas), de los que deductivamente pudieran derivarse los restantes enunciados, cumpliendo las exigencias básicas de ausencia de contradicción, independencia y plenitud (claramente lo pretendido por VON WRIGHT). Estas condiciones no pueden ser cumplidas por la ciencia jurídica, y además

“...tal axiomatización de la Ciencia del Derecho tampoco sería deseable. El fundamento de ello radica en la inabarcable complejidad y continua variación de la vida social y de los puntos de vista valorativos que sirven para su ordenación.”¹²¹.

Para formalizar una ciencia haría falta que el conjunto de sus conocimientos estuviera compuesto por un número corto de axiomas, que su objeto sea poco complejo y no se halle supeditado a variaciones de orden temporal (v.g. la geometría). Como la sociedad humana presenta una complejidad infinitamente superior, la axiomatización de su sistema de control deviene imposible (el Derecho).

Cualquier sistema axiomático deviene obsoleto ni bien se lo formula, pues el discurrir socioeconómico, el desarrollo incontenible de la técnica, la variabilidad social, y en fin la transformación constante de la superestructura ideológica y normativa, varían el objeto de continuo.

VIEHWEG ha señalado que, al abandonarse la tópica, se la sustituyó por el método axiomático deductivo, pero, como se ha señalado, este método consiste en partir de una serie de axiomas que deben tener las propiedades de plenitud, compatibilidad e independencia, y ello le impide aplicarlo al campo de la jurisprudencia

¹²⁰ SCHÜNEMANN, BERND; *Cuestiones básicas del Derecho Penal...*, cit., pág. 15.

¹²¹ SCHÜNEMANN, BERND; *Cuestiones básicas del Derecho Penal...*, cit., pág. 19.

“Mientras unas disciplinas pueden encontrar unos principios objetivos, seguros y efectivamente fecundos para su campo, y por eso pueden ser sistematizadas, hay otras, en cambio, que son insistematizables, porque no puede encontrarse en su campo ningún principio que sea al mismo tiempo seguro y objetivamente fecundo. Cuando se presenta este caso, sólo es posible una discusión de problemas. El problema fundamental previamente dado se hace permanente, lo que en el ámbito del actuar humano no es cosa inusitada. En esta situación se encuentra evidentemente la jurisprudencia.”¹²²

Ello lleva a VIEHWEG a sostener, entonces, que el intento de operar en el Derecho con un método deductivo, es insostenible, se precisaría el establecimiento de la prohibición de interpretar las normas, permitir el *non liquet*, una intervención continua del Legislador y establecer preceptos de interpretación de los hechos que orientasen exclusivamente hacia el sistema jurídico. No estamos de acuerdo con tanta radicalización, como veremos, pero sí con la base de la crítica.

En vez de un sistema axiomático, imposible e indeseable para la ciencia del Derecho, actualmente se acepta la posibilidad de un *sistema abierto*, de forma tal que el sistema no obstaculice el desarrollo social y jurídico, sino que pueda adaptarse a él. Un sistema abierto implica que, por un lado, el conocimiento existente es disponible a un nivel removible en cualquier momento, y por otro, que los casos y problemas aun no advertidos, no serán juzgados con los parámetros predispuestos, sino que el sistema dado es eminentemente modificable. No se deben prejuzgar las cuestiones jurídicas aun no resueltas, sino generar vías para que puedan canalizarse de manera correcta.

“Para poder construir un ‘sistema elástico’ tal que ni cumpla demasiadas funciones ni demasiado pocas, se precisa de materiales elásticos, naturalmente, de manera que puedan adaptarse a la evolución social y jurídica sin vaciarse de contenido y convertirse, por ello, en inservibles.”¹²³,

esta es la manera en que debe entenderse la ciencia del Derecho, y específicamente la penal, creemos, para lidiar con los problemas que se presentarán en este trabajo. No se parte de reglas fijas, sino de reglas que cambian de un caso a otros y son reformuladas en cada

¹²² VIEHWEG, THEODOR; *Tópica y Jurisprudencia*, (trad. De Díez Picazo, L.), Taurus, Madrid, 1964, pág. 129.

¹²³ SCHÜNEMANN, BERND; *Cuestiones básicas del Derecho Penal...*, cit., pág. 21.

uno de ellos; las categorías que se utilizan en el proceso jurídico permanecen ambiguas para permitir el ingreso de nuevas ideas,

“Ello puede parecer una imperfección, pero permite que ‘las ideas de la comunidad y de las ciencias sociales, correctas o no, a medida que ganan aceptación en aquella, controlan las decisiones’. En definitiva, el derecho se configura no como un ‘sistema cerrado’, sino como un ‘sistema abierto’, y el razonamiento jurídico no puede aparecer como meramente deductivo...”¹²⁴

Es una ciencia de estructura compleja, el conocimiento en ningún momento puede considerarse concluido y terminado. La ciencia jurídica en que una sociedad objetiviza sus pautas normativas y valorativas responde a un momento concreto de la historia de dicho grupo,

“Una sociedad tan perfectamente lúcida y racional que pretenda contar con un conocimiento suficiente y completo de sus propias estructuras es más un ideal de la razón que una realidad históricamente identificable.”¹²⁵

Por esta vena, BOBBIO señalaba que para la comprensión del Derecho no caben alternativas jurdicistas ni formalistas, pues la realidad jurídica se presenta insoslayablemente contaminada por lo político, lo económico, lo axiológico, *et sit cétera*, de donde los intentos teóricos unidimensionales o reduccionistas pueden aprehender el Derecho de forma rigurosa pero no acabadamente lo que procuran conocer. Existe una “tendencia sociologizante de la ciencia jurídica” que ha contribuido a poner en crisis al positivismo, y la creencia de que el Derecho conformara un sistema autónomo o autosuficiente respecto del sistema social general, un sistema cerrado y solidificado de reglas que pretenden plenitud hermética, con fuentes formales rígidamente predeterminadas y en donde la labor del jurista se desenvuelve exclusivamente en el interior de dicho sistema de reglas jurídicas dedicado a integrarlas, a diferencia de esto, actualmente se alude a un “sistema abierto”, “antitradicional”, en el que las reglas jurídicas y sus fuentes exceden ampliamente el monopolio legislativo, reconociéndosele al jurista un rol creativo no centrado en la validez formal de las reglas y en la autosuficiencia del sistema, sino en la eficacia de aquellas y en las relaciones de éste con el resto del sistema social

¹²⁴ ATIENZA, MANUEL; *Las razones del Derecho*, 2ª ed., Palestra, Perú, 2006, pág. 70.

¹²⁵ VERNENGO, ROBERTO; *Curso de Teoría General del Derecho*, Depalma, Buenos Aires, 1988, pág. 34.

“Lo que caracteriza la presente situación son precisamente esas condiciones que hemos considerado particularmente favorables para la formación de una ciencia del derecho antitradicional, que en última instancia busca su propio objeto no tanto en las reglas del sistema dado como en el análisis de las relaciones y valores sociales de los que se extraen las reglas del sistema; y que, lejos de considerarse, como por mucho tiempo se ha considerado, como una ciencia autónoma y pura, busca cada vez más la alianza con las ciencias sociales hasta considerarse como una rama de la ciencia general de la sociedad.”¹²⁶

Asiste razón a NINO cuando indica que si bien la construcción sistemática (por caso la de ALCHOURRÓN y BULYGIN), resulta idónea para resolver una multitud de problemas,

“...no consigue sin embargo, producir un modelo de ciencia jurídica que preserve la importancia de la actividad que los juristas llevan a cabo. Esto no se debe a algún defecto de ejecución en la construcción de ese modelo, sino en su adhesión a ciertos presupuestos, compartidos por Kelsen y Ross, que implican una tensión que considero irresoluble entre exigencias diferentes: por un lado, la exigencia de que la actividad que se reconstruye preserve algunas de las funciones que hacen que la labor de los juristas sea una actividad intelectual sofisticada y trascendente socialmente. Por el otro, que esta actividad satisfaga los cánones aceptados de ‘cientificidad’, constituyendo una tarea de índole cognoscitiva y valorativamente neutral.”¹²⁷,

para NINO la tensión entre estos dos aspectos es irresoluble ya que

“...la actividad que los juristas desarrollan frente al derecho positivo es una actividad intelectualmente compleja y socialmente importante, no por sus aspectos cognoscitivos, sino por su función eminentemente valorativa de proponer formas de reconstruir el derecho positivo de tal modo de satisfacer ideales de justicia y racionalidad.”¹²⁸

Un jurista entonces no puede reducirse a operar sobre palabras equívocas y análogas, por otras unívocas y suprimir las antinomias del sistema. Los pobres resultados en este campo se deben a la pretensión, desde el perfil del positivismo analítico, de

¹²⁶ BOBBIO, NORBERTO; *Derecho y ciencias sociales*, en “Contribución a la teoría del Derecho- Norberto Bobbio”, Fernández Torres Editor, Valencia, 1980, pág. 234.

¹²⁷ NINO, CARLOS; *Algunos modelos metodológicos de ‘ciencia’ jurídica*, Fontamara, México, 1993, pág. 73.

¹²⁸ NINO, CARLOS; *Algunos modelos metodológicos...*, cit., pág. 74.

mantener un ideal de neutralidad valorativa, reduciendo la labor de los juristas al manipuleo del lenguaje y a la reconstrucción lógica de los sistemas jurídicos con el objeto de proscribir las incoherencias, las lagunas y las antinomias. Si se pretende que el saber jurídico no trascienda la sistematización lógica de los enunciados normativos, todo el saber jurídico, tal como se *practica efectivamente* en la vida del Derecho quedaría reducido a una mera opinión. De donde, más allá de los indudables logros de la lógica deóntica y de la lógica jurídica en general, su reductivismo y sus prejuicios irracionalistas en materia ética, terminan por constreñir el saber del Derecho a sus simples dimensiones lógicas y semánticas, soslayando los aspectos axiológicos capaces de brindar contenido a la labor de los juristas.

Actualmente, se da también otro fenómeno, que es la progresiva estructuración de las ciencias en “disciplinas”. Las “disciplinas”, las “teorías”, los “paradigmas”, *et sit cétera*, constituyen especiales formas de sistematización cognitiva¹²⁹; hablar de disciplinas científicas y autónomas destaca la exigencia de un “objeto” y “método” propios de éstas. Como ejemplo de esto se ha mencionado que KELSEN elaboró su teoría general del Derecho que prescribe a los juristas que su energía se plasme en el diseño de *disciplinas descriptivas de normas*, para ello se debía concretar la autonomía científica del área, lo que en KELSEN significaba dos cosas: primeramente, la estipulación de un objeto de estudio delimitado y separado de cualquier contenido ideológico, político, científico- natural, *et sit cétera*; y por el otro lado el establecimiento de un método de conocimiento normativo determinado (diferente del utilizado por las ciencias empíricas),

“En otras palabras: si los juristas pretendían identificar su actividad teórica como genuinamente ‘autónoma’ debían orientarse al conocimiento de ‘normas’ y, contar para ello, con un método ‘normativo’.”¹³⁰

Pero debe destacarse que las disciplinas no es la única manera en que las distintas ciencias, se han estructurado. Los conocimientos se ordenan en estructuras complejas de lo más diversas: disciplinas, teorías, programas de investigación, *et sit cétera*¹³¹; pero la elaboración teórica moderna de las ciencias, y su enseñanza, ha tenido

¹²⁹ RESCHER, NICHOLAS; *La sistematización cognitiva*, siglo XXI, México, 1981, págs. 15 a 21.

¹³⁰ LARIGUET, GUILLERMO; *Problemas del conocimiento jurídico*, cit., pág. 106.

¹³¹ GIANELLA, ALICIA E.; *Introducción a la Epistemología y la Metodología de la Ciencia*, Editorial de la Universidad Nacional de La Plata, La Plata, 1995, pág. 60.

como vehículo (o unidad de análisis básica) a la disciplina. Como se colige de esto último, la disciplina constituiría la especificidad de un saber determinado,

“...una suerte de sectorización en los modos de conocer, una fragmentación de distintos campos de estudio gobernados por sus propias reglas metodológicas...”¹³², además, la disciplina, para constituir un conocimiento científico, de alguna especie, como se adelantó, ha de contar con un objeto y un método propios de conocimiento, si cuenta con ambos, es dable predicar su “autonomía científica”. Las disciplinas constituyen marcos de análisis temáticos generales, flexibles y heterogéneos, pueden reunir en su interior diversas teorías tanto compatibles como no¹³³, el “ordenamiento disciplinar” de la ciencia está dado por su “continuidad histórica”¹³⁴, ya que, si bien la división en disciplinas no es inmutable, de hecho suele haber cambios profundos en su matriz de análisis y en las relaciones entre ellas, su continuidad histórica suele ser, generalmente, mayor que la de las “teorías”. La disciplina se halla a horcajadas entre el *modelo realista* y el *modelo convencionalista*, por el primero las disciplinas debe referirse a un dominio delimitado de entidades reales, y, además, los enunciados científicos que la componen han de corresponderse con la realidad que las entidades describen; por el segundo, de matriz popperiana, lo relevante para determinar el rasgo científico de una teoría y su identidad no es abstraer un objeto, sino la definición y contextualización de un “problema”.

Para el Derecho, es válido el atributo que postula que

“...la ciencia moderna no es la que cree que lo nuevo siempre tiene razón. Al contrario, se basa en el principio del ‘falibilismo’ (enunciado ya por PIERCE, retomado por POPPER y por muchos otros teóricos), según el cual la ciencia avanza corrigiéndose continuamente a sí misma, falseando sus hipótesis, por ensayo y error, admitiendo sus propios errores y considerando que un experimento que ha salido mal no es un fracaso, sino que es tan válido como un experimento que ha salido bien, porque prueba que el camino que se está recorriendo es equivocado y que hay que corregir o incluso comenzar desde el principio [...]Esto es lo que sostenía hace siglos la Academia del Cimento, cuyo lema era ‘probando y

¹³² LARIGUET, GUILLERMO; *Problemas del conocimiento jurídico*, cit., pág. 110.

¹³³ GIANELLA, ALICIA E.; *op. cit.*, pág. 68.

¹³⁴ GIANELLA, ALICIA E.; *op. cit.*, págs. 68 a 69.

reprobando’, donde ‘reprobar’ no significaba probar de nuevo, sino rechazar lo que no podía ser sostenido a la luz de la razón y de la experiencia.”¹³⁵.

Esta noción de reprobación es la que utilizaremos en la primera parte de éste trabajo para rechazar algunas tesis esgrimidas en torno a la cuestión que nos convoca. La concepción de ciencia estructurada en torno al “ideal de exactitud”, soslaya que lo que se hace desde aquella no es procurar verdades irrefutables, sino en efectuar críticas de argumentaciones bajo la óptica de cánones preprobados. POPPER trazó una distinción importantísima entre “corroboración” y “verdad” de las teorías, una teoría corroborada, es simplemente un indicador de que la misma ha pasado con éxito el test de prueba y merece seguir siendo criticada racionalmente. La verdad, en cambio, es un valor lógico, intemporal e independiente de los cambios en el mundo empírico; la corroboración supone una evaluación lógica de las teorías con relación a un sistema empírico, exige añadir subíndices temporales al sistema de enunciados básicos que permiten poner a prueba la teoría. Dicho de otra manera, es dable predicar la corroboración en el tiempo 1, en el tiempo 2, *et sit cétera*, pero no se prueba en forma concluyente la verdad de los enunciados generales. Una perspectiva empírica (propia del positivismo), destaca que los sistemas normativos, similar a los “hechos básicos” popperianos, tienen una determinada localización temporo- espacial, así como en POPPER, el contenido de las teorías puede ser falsado en un cierto tiempo, desde la perspectiva empírica, el contenido de los enunciados descriptivos de Derecho también depende de la existencia de ciertos hechos básicos (i.e. promulgación y derogación) ubicados en un determinado tiempo y espacio, conforme con ello, la noción de sistema normativo –en su función de base empírica- es la que proporciona los criterios de corroboración o refutación de las teorías jurídicas a ellos referidos,

“Pero claro: como se trataría de sistemas que, desde la perspectiva empírica, ‘cambian’ –por ejemplo, por actos de promulgación o derogación-, esto haría suponer que los que cambian, en realidad, son los ‘criterios corroborantes’ de las teorías jurídicas, ya que éstas, como he señalado, son entidades conceptuales cuyo valor de verdad es independiente de los cambios empíricos.”¹³⁶

¹³⁵ ECO, UMBERTO; *A paso de cangrejo*, (trad. María Pons Irazazábal), Debate, Editorial Sudamericana, 2007, pág. 314. El método científico está caracterizado por el ensayo- error, y debe desarrollarse a partir de la tríada: problema- conjetura- refutación (POPPER citado por FLORES, IMER B.; *op. cit.*, pág. 1020).

¹³⁶ LARIGUET, GUILLERMO; *Problemas del conocimiento jurídico*, cit., pág. 153.

La noción dinámica de sistema normativo permite traspolar a la ciencia del Derecho, pautas de las ciencias empíricas, en las que las teorías y los enunciados básicos deducidos de ellas, se conectan con un conjunto de hechos básicos definidos por ciertos conceptos metodológicos. El criterio de legalidad sería un concepto metodológico que viabilizaría reconstruir, con base empírica de los enunciados básicos jurídicos, a un conjunto de hechos tales como la promulgación o derogación de normas. Asiste razón, entendemos, a LARIGUET cuando señala que ello no implica la reducción conceptual de un sistema normativo a un conjunto de hechos, de lo contrario, no podrían elaborarse teorías sobre la base de entidades tan contingentes como las normas¹³⁷; la actividad científica de la dogmática jurídica se disolvería, la “contingencia” de las normas es la gran crítica a la posibilidad de una ciencia del Derecho, por caso, VON KIRCHMANN, sólo puntualizaba en la base empírica del problema: “tres palabras rectificadoras del legislador bastaban para hacer desaparecer bibliotecas jurídicas enteras”, pero las teorías jurídicas, en tanto entidades conceptuales, *no desaparecen*, las teorías jurídicas permanecen idénticas a sí mismas a pesar de las variaciones en la realidad.

“...para juzgar la confiabilidad de los procedimientos por los cuales se obtienen datos que sirven como elementos de juicio para evaluar la fuerza probatoria de esos elementos de juicio sobre los que se basan las conclusiones.”¹³⁸.

Son los “problemas” los que sirven para una elaboración teórica determinada, este es el objeto al que precisamos apuntar. Disentimos entonces con la teoría realista filosófica que impone una ciencia que, desde lo ontológico propugna la tesis de que el mundo existe por sí mismo, con independencia del conocimiento o la conciencia que de él se tenga (i.e. el mundo sería independiente de las percepciones, las mentes o el lenguaje, esto es, de la actividad teórica, v.g. los “bienes muebles” serían categorías reales o esenciales, no una cuestión de estipulación que el Legislador, por alguna razón, juzgó conveniente); desde lo epistemológico entiende que es posible conocer el mundo tal como éste es en sí mismo (i.e. podría develarse el *nóumeno* de las cosas, las proposiciones de una disciplina serían susceptibles de ser consideradas verdaderas o falsas). Si bien los objetos del mundo influyen en la determinación conceptual de una disciplina, el convencionalismo tiene razón en cuanto agrega que la verdad o falsedad de los enunciados de una teoría están

¹³⁷ LARIGUET, GUILLERMO; *Problemas del conocimiento jurídico*, cit., pág. 154.

¹³⁸ NAGEL, ERNEST; *La estructura de la ciencia*, Paidós, Barcelona, 1989, pág. 25.

sujetos al consenso de los sujetos de conocimiento. La ciencia convencionalista advierte que, hablar de objeto de la ciencia sin más, implica la cuestionable conclusión de que la realidad es aprehensible tal cual es; y también que no se explica el por qué de la desaparición, fusión o aparición de disciplinas conforme cambian las teorías científicas¹³⁹.

Las consideraciones que definen a algo como un ‘problema’ parecen ser más intuitivas que lógicas. De esta forma

“todo conocimiento surge del descubrimiento de que algo no está en orden en nuestro presunto saber, o, lógicamente considerado, en el descubrimiento de una contradicción interna entre nuestro supuesto conocimiento y los hechos; o expresado quizá más adecuadamente, en el descubrimiento de una posible contradicción entre nuestro supuesto conocimiento y los supuestos hechos... En todos los casos, sin excepción, son el carácter y la calidad de los problemas – juntamente, desde luego, con la audacia y la singularidad de la solución propuesta– lo que determina el valor o falta de valor del rendimiento científico.”¹⁴⁰,

POPPER es claro, los problemas permiten quebrar una visión teórica previa sobre un tema dado, para lo cual, será preciso demostrar que algo no está funcionando como se supone. Este fundamento es el que utilizamos en esta propuesta.

A partir del segundo Capítulo de nuestro trabajo y a los fines de forjar nuestras conclusiones, teniendo en cuenta nuestro posicionamiento en una teoría escéptica o no cognoscitivista del Derecho¹⁴¹, al diseñar la estructura que proponemos acerca de cómo entendemos se comportan los jueces, no utilizamos una teoría descriptiva (probable postulado del realismo jurídico), pues no partimos de estudios empíricos (sociológicos) respecto de cómo se comportan efectivamente los jueces (si bien se traerán a colación diversos fallos de diferentes organismos de primera instancia, alzada o superiores tribunales nacionales y extranjeros), sino de una teoría normativa. Procedemos a partir de la

¹³⁹ Una manera de evitar los cuestionamientos a la noción de objeto como criterio de identificación y diferenciación de disciplinas jurídicas, sería indicar que la palabra “objeto” puede usarse de dos formas: a) vinculado con la afirmación ontológica de ámbitos de la realidad preconstituidos a las disciplinas; y b) entendida como ámbito que especifica una particular organización, sistematización y análisis de información determinada. El segundo significado, claramente no realista sino vinculado a la noción popperiana de problematización, designa un “específico ámbito para el específico tratamiento de problemas” y soslaya el costado ontológico del primer significado. LARIGUET, GUILLERMO; *Problemas del conocimiento jurídico*, cit., pág. 130.

¹⁴⁰ POPPER, KARL; *La lógica de las ciencias sociales*, en VV.AA. “La Lógica de las Ciencias Sociales” (Coord: Adolfo S. Vázquez, trad.: Jacobo Muñoz), Grijalbo, México, 1978, págs. 10 a 11.

¹⁴¹ Ver Anexo II (“El Realismo Jurídico”).

racionalización de diversos factores, e ineludiblemente manejaremos una base axiomática tributaria de nuestro enrolamiento científico y epistémico (el que se explicitará cada vez que sea necesario a efectos de sortear trampas conceptuales que plasmen aserciones apodícticas cuando en realidad se traten de discutibles posicionamientos o prejuicios del autor), que precisamente en cuanto axiomas, son indemostrables empíricamente. En pro de respetar una racionalidad instrumental, la selección de los axiomas se efectuará a partir de las teorías que nos permitan explicar la realidad de la forma más compatible con nuestras intuiciones, pero como éstas son en definitiva sensaciones psicológicas subjetivas, también se procurará compatibilizar la base axiomática de este trabajo con teorías reconocidas ya en el ámbito jurídico.

Es cierto que el método que se utilice suele estar signado por la naturaleza del objeto a conocer, en la especie por el concepto de Derecho que se maneje. Las concepciones del Derecho suelen reunirse en tres grandes grupos: axiológicas, normativas y sociológicas, donde cada una de ellas da lugar a tres grandes teorías del Derecho: iusnaturalismo, iuspositivismo y realismo jurídico.

“...a la luz de las distintas metodologías, cada una da prioridad a una perspectiva: el iusnaturalismo, al valor natural o justo; el iusformalismo, a la norma vigente o formal, y el iusrealismo, al hecho eficaz o real. Ahora bien, es menester reconocer los aciertos y desaciertos de cada concepción, así como considerar que no se excluyen ni se implican.”¹⁴²,

este es el lineamiento que seguimos en éste trabajo, es necesario un planteamiento integrador, la ciencia jurídica direccionada a un objeto complejo como el Derecho, precisa de un pluralismo metodológico que extraiga lo mejor de cada corriente sin disolverse en reduccionismos. LUIS RECASÉNS SICHES señala que

“...en la realidad del derecho se dan, recíproca e indisolublemente trabadas entre sí tres dimensiones: hecho, norma y valor. El derecho es un hecho, una obra humana, estimulada por la conciencia de unas necesidades en la vida social; obra producida bajo forma normativa; y que en su función para satisfacer esas necesidades, intenta hacerlo de acuerdo con la realización de unos valores específicos.”¹⁴³.

¹⁴² FLORES, IMER B.; *op. cit.*, pág. 1025.

¹⁴³ RECASÉNS SICHES, LUIS; *Introducción al estudio del derecho*, Porrúa, México, 1985, pág. 40.

Por otra parte, seguir una teoría jurídica con una concepción analítica tradicional, redirecciona a analizar las teorías jurídicas como *generales*, esto es, teorías sobre *el* Derecho y no sobre *un* Derecho de una sociedad y un momento histórico determinados. Si bien podemos procurar poner el acento en los problemas locales del Derecho argentino, procuramos asumir cierto pluralismo que nos permita operar con el Derecho global, lo cual no es sencillo, pues como ha señalado BIX:

“Construir una teoría acerca de la naturaleza del derecho es difícil porque el derecho parece ser una combinación de lo inmutable y de lo contingente, de institución social y de razonamiento práctico, de voluntad política y de elaboración razonada. Quizás esto significa que nuestras teorías sobre la naturaleza del derecho sólo están destinadas a ser parciales, a capturar sólo una porción de una verdad compleja, que sólo puede ser completamente asida a través de la combinación de teorías.”¹⁴⁴.

Hay en el Derecho una confusión de dos niveles del discurso tradicional de los científicos: a) el nivel teórico de conocimiento científico del derecho y b) el nivel normativo de justificación de decisiones prácticas (v.g. la que deben adoptar legisladores y jueces). Para CARACCILO

“...la identificación entre ciencia jurídica y objeto de conocimiento se plantea cuando la cuestión de los fundamentos del conocimiento y la idea de sistema que la acompaña se disuelven tradicionalmente en el problema de los fundamentos de las normas, que vendrían a constituir el material de conocimiento jurídico.”¹⁴⁵,

la confusión entre los *fundamentos del conocimiento del Derecho* y los *fundamentos de las normas jurídicas*, se debe a un “modelo justificacionista” de la ciencia jurídica en el cual

“...la ciencia del derecho no tendría por función explicar realidad alguna, sino, más bien, suministrar pautas de justificación de decisiones sobre patrones de comportamiento.”¹⁴⁶,

si paralelamente al modelo mencionado, se sostiene su carácter cognoscitivo (i.e. una ciencia normativa que describe normas), entonces ya no es tan claro a qué tipo de conocimiento se refiere, y ello quizás se deba a lo poco preciso de la utilización de

¹⁴⁴ BIX, BRIAN; *Teoría del Derecho: tipos y propósitos*, en “Teoría del Derecho: ambición y límites”, (trad. Pablo Navarro y Hugo Selemé), Marcial Pons, Barcelona, 2006, pág. 17 y ss.

¹⁴⁵ CARACCILO, RICARDO; *Fundamentos del Derecho y fundamentos del conocimiento del Derecho*, en Crítica, México, vol. XI, nro. 31, 1979, pág. 38.

¹⁴⁶ CARACCILO, RICARDO; *Fundamentos del Derecho...*, cit., págs. 38 a 39.

expresiones como “objeto”, “método”, “teoría”, *et sit cétera*, lo relevante es examinar el tipo y grado de incidencia que en la praxis jurídica se puede asignar a las teorías jurídicas tanto en lo referente a la identificación como a la sistematización del Derecho; pero también en lo relativo a la interpretación y aplicación judicial que es lo que nos interesa laborar en estas líneas. Obsérvese que, la dogmática jurídica, como ya lo adelantamos, se considera usualmente como una ciencia que es simplemente descriptiva, su función se limita a describir el Derecho sin cambiarlo, el Legislador y el teórico del Derecho no agrega ni quita nada a las normas de un sistema jurídico;

“El teórico del derecho que interpreta o sistematiza un determinado material normativo preserva la información normativa, no la cambia con sus actividades teóricas. Para este modelo normativo de ciencia jurídica propugnado por ALCHOURRÓN y BULYGIN es cierto que no todas las actividades teóricas desplegadas por la dogmática jurídica son de naturaleza teórica o cognoscitiva; la dogmática jurídica cumple una importante función práctica; razón por la cual, resulta tan difícil clasificar la llamada ciencia jurídica en alguna de las categorías de ciencia definidas y encontrar en ella un método único que le sea característico.”¹⁴⁷;

para una adecuada reconstrucción racional de la práctica científica es, entendemos, *posible* distinguir las actividades teóricas del quehacer del dogmático: identificar, sistematizar y eventualmente reformular un determinado material normativo; de las actividades prácticas que aquellos pueden desarrollar (cambiar las normas del material jurídico). Pero creemos que no es *necesaria*, tal distinción: la actividad de “sistematizar” un determinado material normativo, y la actividad de “cambiar” aquel; no precisa un carácter neutral para el primero (i.e. preservatorio), sino que es posible ya efectuar la segunda actividad en el desarrollo de la primera, los “cambios” son parte de la actividad teórica de los jueces y juristas, de allí la relevancia que ya otorgáramos y la explicación que adelantáramos respecto de los “sistemas abiertos” en este apartado a donde remitimos.

Por esta vena, AARNIO entiende que la teoría jurídica es (debe ser) utilizada por los dogmáticos con un carácter práctico. El jurista teórico, al interpretar, cambia el significado de los textos; si hace esto, entonces cumple una función práctica. Al sistematizarse el material normativo, el jurista no respeta relaciones de equivalencia semántica entre lo sistematizado y la/o las propuestas de sistematización alternativa

¹⁴⁷ LARIGUET, GUILLERMO; *Problemas del conocimiento jurídico*, cit., pág. 116.

construidas por aquel desde la teoría: implica un proceso creativo, donde el sistema, producto de la labor teórica de sistematización, es algo más que el material normativo de base¹⁴⁸. Para AARNIO, la sistematización siempre “modifica” el sistema jurídico (i.e. modifica el “contenido” de los sistemas jurídicos), por otra parte, entre el “sistema base” del Legislador y el “sistema del científico del Derecho” no hay identidad dado que el sistema del científico suele ir más allá del sistema base; y los conceptos teóricos generales son importantes para la sistematización pues permiten presentar un complejo y vasto número de normas jurídicas¹⁴⁹. Sobre esto habrá abundante desarrollo en nuestra propuesta.

En definitiva, discutiendo y aportando reflexiones problemáticas, es posible hacer avanzar el conocimiento, o cuanto menos alcanzar alguna forma de consenso. La *función del progreso* guarda relación con la idea de estabilización. La institucionalización del Derecho, dicho de otro modo, la ampliación de la discusión jurídica en la dimensión temporal, objetual y personal, hace posible ofrecer comprobaciones y diferenciar los enunciados normativos, en una medida considerablemente mayor de lo que sería posible en discusiones que se desarrollan en forma puntual. Se hace posible, con ello, algo así como un progreso de la ciencia del Derecho, el progreso en esta disciplina es ciertamente un asunto considerablemente más complicado que el progreso en las ciencias empíricas; 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 una sociedad. Los desacuerdos entre los juristas destacan el carácter conflictivo de la ciencia jurídica, el análisis de estos desacuerdos es importante pues alimenta la discusión racional al admitir múltiples y diversos criterios sobre normas y sistemas normativos; la existencia de multiplicidad de criterios genera dos reconstrucciones filosófico- jurídicas: a) la racionalidad de una proposición es relativa al criterio escogido por el jurista (*relativismo epistemológico*), y b) es posible reconstruir una doctrina unificada de los criterios de aplicabilidad y hallar una racionalidad común a todas las proposiciones (*racionalismo epistemológico*)¹⁵⁰.

¹⁴⁸ LARIGUET, GUILLERMO; *Problemas del conocimiento jurídico*, cit., págs. 117 a 118.

¹⁴⁹ AARNIO, AULIS; *Lo racional como razonable*, (trad. Ernesto Garzón Valdés y Ruth Zimmerling), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, págs. 168 a 169.

¹⁵⁰ LARIGUET, GUILLERMO; *Problemas del conocimiento jurídico*, cit., pág. 197. Entiende el autor que “Tras las discusiones sobre cómo delimitar su objeto de conocimiento, cómo determinar una base empírica o cómo explicar mejor un fenómeno, suelen encontrarse desacuerdos... especialmente de dos tipos que en la práctica

En KUHN y HART es dable hallar nociones de “acuerdos paradigmáticos”, “ciencia normal”, “núcleos de certeza”, *et sit cétera*, cuando se cuestiona estos núcleos de certeza, los científicos se “vuelven filósofos” entienden, esto reconduce a

“...la interpretación de las normas bajo una lógica de condicionales derrotables.”¹⁵¹, esta conversión en filosofía, para los autores mencionados permite ver que esta última equivale a desacuerdos epistemológicos, los desacuerdos surgen, entonces, en aquellos espectros que los paradigmas o los núcleos de normas, no resuelven. El escepticismo de cara a estos desacuerdos es una posibilidad seductora, según esto, los paradigmas, la ciencia normal y los casos normales, son sólo ilusorios pues siempre es posible apoyar la plausibilidad de cualquier interpretación de las normas o de la ciencia, conforme un criterio determinado.

Ello no dice nada en contra de que en la ciencia jurídica sean posibles los progresos. La posibilidad de tales progresos es un fuerte argumento a favor del carácter científico de este espacio. Pero además, es de suma importancia partir de problemas concretos, y no caer en el postulado formalista de la separación pétrea entre los aspectos normativos y descriptivos de una teoría. Una teoría debe tener funciones cognoscitivas y prácticas para poder adecuar el Derecho a los cambios sociales, o, cuanto menos, dar cuenta de manera adecuada de estos últimos.

“El enfoque de problemas concretos y el análisis de sus consecuencias son necesarios en un ámbito cultural como el nuestro en el que el saber jurídico más desarrollado –la dogmática- se ha refugiado en un esplendoroso aislamiento para evitar la debilidad de sus planteamientos.”¹⁵².

Estimamos, entonces, que la ciencia del Derecho es en efecto una ciencia, y no una técnica o un mero discurso, ha desarrollado su propio método que apunta a un conocimiento comprobable racionalmente.

“A esto no se opone, ni el que no pueda alcanzar nunca el grado de exactitud que distingue a las matemáticas y a las ciencias naturales, ni el que muchos de sus

forman un continuo: desacuerdos epistémico normativos (cómo debería ser el mejor modelo explicativo) y desacuerdo político- normativos (por ejemplo, cómo debería ser ‘modificada’ la sociedad).” (*ibídem*, nota 4 *in fine*).

¹⁵¹ LARIGUET, GUILLERMO; *Problemas del conocimiento jurídico*, cit., pág. 251, nota 41. Sobre la noción de derrotabilidad ver *infra* parágrafo 49 (“Derrotabilidad y conocimiento del Derecho”).

¹⁵² CALSAMIGLIA, A.; *Ensayo sobre Dworkin*, en DWORKIN, RONALD; “Los Derechos en Serio”, Ariel, Barcelona, 2002, pág. 26.

conocimientos sean sólo de validez condicionada temporalmente. Por lo demás, no todo en el Derecho es tan cambiante como una ley concreta, una teoría ‘dominante’ o la jurisprudencia. Pues detrás de la ley y de su cambiante interpretación se halla el pensamiento jurídico, del que es expresión, y el instituto jurídico al que sirve; se halla un principio que se ha impuesto en la conciencia jurídica general...”¹⁵³.

La ciencia del Derecho se ocupa tanto de lo fugaz como de lo constante, de sus cambiantes manifestaciones, su objeto es lo especial (i.e. la decisión) en el caso determinado y lo general (i.e. el instituto jurídico, la idea jurídica general, la conexión de sentido de una regulación). No contempla a la norma individual aisladamente, sino en su relación con su sentido y fin, en su repercusión social, *et sit cétera*.

¹⁵³ LARENZ, KARL; op cit., pág. 20.

CAPÍTULO I

EL ÁMBITO LIBRE DE REGULACIÓN JURÍDICA

§2. Designación y Naturaleza del Problema

Delimitación incierta y carencia de homogeneidad en torno a la cuestión propuesta. Ausencia de consenso sobre su rotulación. El primer aspecto: las adiaphorias. El segundo aspecto: las conductas no prohibidas en el Derecho Penal. Las eximentes de culpabilidad y las eximentes de prohibición (i.e. causas de justificación) de cara a los ámbitos libres de regulación jurídica. El ámbito libre de regulación jurídica y el concepto de Derecho. Problema iusfilosófico y problema dogmático. Los modos de aproximarse al objeto (empírico y especulativo). Otra vez sobre la necesidad de un método ecléctico para aproximarse al problema.

Del campo de las ciencias jurídicas, hemos extraído para nuestro análisis un tema, cuyo objeto de estudio, carece de homogeneidad clara y su delimitación es por demás incierta.

Las reflexiones que siguen, se formulan pensando sobre todo en la racionalidad del pensamiento penal, marco de este trabajo; por más que, en numerosas ocasiones se pueda tener la impresión de que buena parte de las afirmaciones que siguen serían aplicables, *mutatis mutandi*, a otros sectores del ordenamiento jurídico.

En este sentido, ni siquiera se ha logrado designarlo unívocamente, así para HIRSCH es el “ámbito libre de regulación jurídica”¹⁵⁴; KARL ENGISCH, quien efectuó el escrito clásico sobre el tema lo llama “El ámbito de lo no jurídico”¹⁵⁵; ARTHUR KAUFMANN, que es quien otorgó status dogmático a la cuestión lo rotula “espacio libre de derecho”¹⁵⁶, y finalmente han operado otras denominaciones como “*vacuum legis*”, “esfera que el Estado deja libre”, “retirada del ordenamiento jurídico”, *creux* (hueco ahondado, concavidad vacío, fig.: vacío hueco), *et sit cétera*¹⁵⁷. Es decir, un hecho social ubicado en un ámbito libre o vacío de juridicidad.

¹⁵⁴ HIRSCH, HANS JOACHIM; *El derecho penal y el ámbito libre de regulación jurídica*, en Hirsch, Hans Joachim, “Derecho Penal. Obras Completas”, (trad. José Cerezo Mir y Edgardo Alberto Donna) T. I, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires- Santa Fé, 1999, pág. 89.

¹⁵⁵ ENGISCH, KARL; *Der rechtsfreie Raum*, utilizamos aquí la traducción al castellano efectuada por ERNESTO GARZÓN VALDES: *El ámbito de lo no jurídico*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1960.

¹⁵⁶ KAUFMANN, ARTHUR; *Filosofía del Derecho*, cit., pág. 407.

¹⁵⁷ Conf. GUZMÁN DALBORA, JOSÉ LUIS; *La actividad libre de valoración jurídica y el sistema de las causas de justificación en el Derecho penal*, en VV.AA. *El penalista liberal. Controversias nacionales e internacionales en Derecho Penal, procesal penal y Criminología [homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba]*, Hammurabi, Buenos Aires, 1ª edición, 2004, pág. 443.

La ausencia de consenso en torno a la denominación, en modo alguno, impide percibir que existen entre todas las conceptualizaciones diseñadas rasgos en común.

Existen dos posiciones en pugna respecto a la idea de *espacios fuera del Derecho* en el espectro penal. La concepción predominante parte de entender que, una conducta típica es o bien conforme a Derecho o bien antijurídica, según que juegue o no en el caso de que se trate una eximente de responsabilidad¹⁵⁸; otra postura, que podemos llamar minoritaria, sostiene la idea de que existe una tercera categoría entre las dos anteriores: un espacio fuera del Derecho, en dichos supuestos, el Legislador retira el valorar y deja la conducta del individuo al arbitrio de su decisión personal en conciencia.

Se verá más en detalle en los párrafos que siguen, pero podemos adelantar que el enfoque del problema a tratar tiene dos variantes que la doctrina penal ha analizado.

En primer lugar se hallan las *adiaphorias*¹⁵⁹, aspecto de estudio de la teoría del Derecho, que nos permite por un lado conocer cómo se extiende el Derecho y dónde

¹⁵⁸ Por *eximente de responsabilidad* entendemos de manera amplia una causal de justificación o de inculpabilidad.

¹⁵⁹ En los estoicos griegos, se distinguía lo que era bueno de lo malo en sentido superior, pero consideraban una tercera categoría: las conductas *adiaphoras*, es decir, las cosas indiferentes. *Vide* EVOLA, JULIUS; *¿Qué es lo que queda del Estoicismo?*, en “La tradición romana” (trad. Marcos Ghio), Ediciones Heracles, Buenos Aires, 2006, pág. 179.

Adiaphora (griego, *adiaphoron*, 'indiferente') es el término en la historia de la ética cristiana que denota acciones que Dios ni manda ni prohíbe y cuya realización u omisión es un asunto indiferente. El término fue empleado por los cínicos y tomado por los estoicos. Para éstos lo bueno y lo malo era lo que siempre así había sido y que el hombre podía controlar. Asuntos tales como salud, riquezas, *et sit cétera*. y sus opuestos fueron clasificados como *adiaphora*, siendo estimados para este propósito no como acciones, sino como cosas o condiciones. Las *adiaphora* fueron divididas en absolutas y relativas, siendo las primeras las que tienen que ver con distinciones sin importancia, mientras que las segundas suponen preferencia, como es el caso de enfermedades y salud. Sin embargo los estoicos no dedujeron de la naturaleza *adiaphorista* de las cosas externas la de las acciones conectadas con ellas.

En lugar de esta idea de libertad, combinando obligación con espontaneidad, pronto surgió otra de un carácter más legal. En el tiempo de Tertuliano hubo en relación a cuestiones concretas un conflicto entre estos dos principios: (1) Lo que no está expresamente permitido por la Escritura está prohibido y (2) lo que no está prohibido expresamente está permitido. La restricción de la idea de deber a lo que es permisible y el reconocimiento de una esfera *adiaphorista* se vieron confirmados por la distinción entre *praecepta* y *consilia* y por la doctrina de los méritos supererogatorios. La cuestión de las *adiaphora* fue tratada por los escolásticos. Tomás de Aquino y sus seguidores sostuvieron que había ciertas acciones que, aunque intrínsecamente capaces de servir a un buen o mal propósito, eran asuntos indiferentes; pero no reconocieron ningún acto procedente de consciente consideración que no estuviera dispuesto o no tan dispuesto hacia un fin y de ahí era bueno o malo. Duns Escoto y sus seguidores reconocieron acciones indiferentes *in individuo*, es decir, las que no son estimadas malas, aunque sin referencia, actual o virtual, a Dios. La Iglesia antigua al principio se apropió de la oposición cínica y estoica hacia la cultura, sosteniendo que interfería en la contemplación de Dios y las cosas divinas. Pero con el ascenso pagano esta actitud ya no fue mantenida. El ideal primitivo cristiano quedó preservado, es verdad, pero su cumplimiento completo se exigió sólo a aquellos que quedaban obligados por la naturaleza de su llamamiento.

comienza su limitación, sirve para descubrir el contenido del concepto de Derecho (v.g. las relaciones entre el hombre y el animal caen dentro del ámbito libre del Derecho)¹⁶⁰;

“...en la regulación de la conducta externa tiene el derecho que reconocer sus límites... el derecho deja intacto las legalidades superiores propias de la ciencia, el arte, la técnica, la economía y la política y esto no sólo por que en este caso se trata principalmente de la interioridad del hombre. La política cae fundamentalmente en una esfera libre de normas. Cualquier caso de necesidad es un caso de limitación jurídica. La actuación en caso de necesidad esta por lo tanto no prohibida...”

“[...] El punto angular de la deliberada auto limitación del derecho es la tendencia a la libertad, esta tendencia obliga siempre al derecho a dejar a la actividad humana un campo de acción ‘vacío de derecho’”¹⁶¹.

El problema que subyace a esta postura estriba en que, un importante sector de la doctrina entiende que el Derecho puede alcanzar y abrazar cualquier sujeto, objeto o acontecimiento. Un ámbito vacío de Derecho dependería siempre de la propia voluntad del orden jurídico, sería un ámbito vacío de Derecho pero no lo sería en sentido estricto; no

La *adiáphora* eclesiástica fue el tema de la primera controversia *adiaphorista*. Los teólogos de Wittenberg creían que las concesiones sobre lo que el *Interim* de Leipzig había determinado podían ser justificadas por los principios enunciados y ejemplificados al comienzo de la Reforma. Sostuvieron que, a pesar de las modificaciones formales, sólo habían sometido puntos tradicionales de gobierno eclesiástico y adoración, e incluso entonces en una manera que no se oponía a la Escritura, habiendo sido muy reconocidos en la Iglesia primitiva y pareciendo excelentes arreglos que conducían al orden y la disciplina. Más aún, mantuvieron que cada uso idólatra había sido desaprobado y que lo que tenía importancia idólatra había sido excluido. Se puede mencionar, a manera de ejemplo, que la liturgia latina de la misa fue admitida, con las velas, cánones, etc. aunque con la comunión y algunos himnos alemanes; también la confirmación, el día del Corpus Christi, la extremaunción, el ayuno y la jurisdicción de los obispos.

En la llamada segunda controversia *adiaphorista* los sistemas luterano y calvinista entraron en conflicto. Lutero había mantenido el derecho del disfrute atemperado de las diversiones seculares. Calvino, por otro lado, optó por principios fundamentales diferentes, de acuerdo con el código de disciplina que él impuso en Ginebra. Voetius llevó sus principios más allá. Por el lado luterano fue Mesiner, quien en este respecto es el clásico oponente de los calvinistas. Él puso las diversiones seculares bajo el encabezamiento de *adiáphora*, siendo acciones ni correctas ni incorrectas *per se* sino *per aliud*, siendo importante la persona y el propósito especialmente consideradas y en ejemplos concretos convirtiéndose siempre en correctos o incorrectos. La controversia comenzó a finales del siglo XVII, cuando las diversiones seculares fueron atacadas en sí por diversos escritores, tales como Reiser y Winkler, los teólogos pietistas de Hamburgo, Vockerodt, Lange y Zierold.

La cuestión de las *adiáphora* ha sido un tema posterior de discusión. El primero en introducir un nuevo punto de vista de algún considerable valor fue Schleiermacher (*Kritik der bisherigen Sittenlehre*, 2ª ed.; *Werke zur Philosophie*, ii.), quien disputó el derecho ético de las *adiáphora* sobre la base de la necesidad en la vida moral de unidad y estabilidad. Sólo en la esfera de la ley civil y en el juicio moral de otros cuyas acciones deben frecuentemente, por falta de evidencia, permanecer inexplicadas, admite las *adiáphora*.

La referencia a la voz “Adiáfora” en Historia de la Iglesia Universal (Enciclopedia), Iglesia Evangélica Pueblo Nuevo, en www.iglesiapueblonuevo.es.

¹⁶⁰ Sobre esto ver *infra* párrafo 7 (“El ‘ámbito de lo no jurídico’ para Karl Engisch”).

¹⁶¹ GARCÍA MURILLO, JOSÉ GUILLERMO; *Las antinomias en el Derecho, el por qué de su origen y el cómo de sus posibles soluciones*, en www.letrasjuridicas.cuci.udg.mx/numeros/articulos5, pág. 9.

sería un ámbito de acción jurídicamente no legislado sino que estaría legislado en un sentido negativo, mediante la eliminación de toda consecuencia jurídica¹⁶². Empíricamente pueden presentarse ámbitos libres de Derecho, pero esto se produce sólo a causa del propio Derecho, debido a la voluntad jurídica de autolimitación. Yendo al extremo, el hombre y su autonomía privada estarían sometidas al Derecho, no sólo en su conducta externa con relación a los demás, hay también obligaciones jurídicas y culpas jurídicas con respecto a sí mismo: todo daño a sí mismo y toda negligencia con respecto a sí mismo afectan a los otros y a la comunidad (v.g. suicidio). Ya veremos en el desarrollo ulterior, que esta pretensión no es más que un exceso¹⁶³.

Para RADBRUCH tal universalidad es propia de la esencia del orden jurídico. El Derecho, dice, no puede dictar una regulación parcial sin tomar posición mediante la elección de la parte reglada de las relaciones humanas y de la exclusión de efectos jurídicos frente a la parte no reglada¹⁶⁴. Por tal razón, agrega, "un ámbito vacío de derecho" depende siempre de la propia voluntad del orden jurídico; es un ámbito vacío de derecho que no lo es en sentido estricto; no es un ámbito de acción jurídicamente no legislado, sino que está legislado en sentido negativo, mediante la eliminación de toda consecuencia jurídica¹⁶⁵.

“No escapa al derecho, según esta concepción universalista, ningún tipo de relaciones. De acuerdo con ella las relaciones del hombre con Dios tienen carácter jurídico. Así lo reconocen el Viejo Testamento, los juristas romanos y muchos teólogos cristianos de la edad moderna.

“Para los estoicos y sus continuadores de la antigüedad ‘el derecho natural tiene un significado casi físico y casi natural, y comprende aquellas leyes principios que los filósofos llamaron *prima-naturalia* que, despertando en todos los seres vivos el instinto de su propia conservación deben presentarse comunes a los hombres, a las fieras y a los seres vivos’.

“La conducta del hombre para consigo mismo, en algunos de sus aspectos, no escapa tampoco al derecho, como lo demuestra la penalidad del intento de suicidio,

¹⁶² En este sentido ver *infra* párrafos 8 (“La ‘esfera libre de intervención estatal’ de Max Ernst Mayer”) y 11 (“Gustav Radbruch y la negación de los espacios libres de Derecho”), como los más representativos ejemplos en esta dirección.

¹⁶³ Por caso se trata específicamente del tema *infra* en el párrafo 9.1 (“*Reflexiones sobre el ‘injusto del suicidio’ por Günther Jakobs*”).

¹⁶⁴ RADBRUCH, GUSTAV; *Introducción a la Filosofía del Derecho*, (trad. Wenceslao Roces), Fondo de Cultura, México, 1951, pág. 47.

¹⁶⁵ Ver *infra* párrafo 11 (“Gustav Radbruch y la negación de los espacios libres de Derecho”).

la vagancia, la embriaguez, la toxicomanía y vicios semejantes. De análoga manera la política, la economía y demás formas de la cultura - entendidas como otras tantas formas el quehacer humano vinculante - se hallan sometidas a prescripciones jurídicas.”¹⁶⁶.

Buscar la prolongación del Derecho en ésta o aquella región del ser, investigar desde dentro las relaciones del Derecho con el tiempo, con el espacio, con los hombres, con las cosas y comprobar en cada caso dónde encuentra sus límites el Derecho; de este punto de vista comprobar el imperio de la ley en donde lo único que es incierto, es su competencia y su alcance es lo que llevará nuestro análisis y propuesta en el presente trabajo, a partir del Capítulo III. De una manera menos ortodoxa y más relativista se puede pensar que el mismo Derecho en algún momento puede someterse a consideraciones como la moral, la ciencia, u otro tipo de estándares variables que flexibilicen sus lindes, y llenar así el ámbito de vacío que existe en el propio Derecho.

Los sistemas se hallan en quiebra permanente, y en permanente reconstrucción como consecuencia de la irrupción constante de problemas nuevos. La idea de un sistema abierto que defenderemos en éste trabajo, dibuja la idea de que el Derecho avanza y se extiende a la regulación de nuevos aspectos de la vida social, aquí aceptamos entonces

“...la existencia de un espacio libre de regulación jurídica (*ein rechtsfreier Raum*) sin el cual el derecho no podría avanzar. En cambio, los sistemas cerrados niegan la existencia de tal ámbito libre de regulación jurídica y son, por ello, sistemas intemporales (*zeitlos*) y desprovistos de recursos frente a la modificación de las circunstancias. La clausura del sistema viene a coincidir en este caso con su completad: un sistema jurídico sería universal (y en este sentido completo) porque todo aquello que no regula en sus normas positivas no está desprovisto de regulación (*devoid of law*), sino regulado en sentido negativo.”¹⁶⁷.

¹⁶⁶ ALZAMORA VÁLDEZ, MARIO; *La posibilidad de un “No Derecho”*, en www.sisbib.unmsm.edu.pe/bibVirtual/Publicaciones/Catedra, Chatedra – Espíritu del Derecho, nro. 1, año 1, Noviembre 1997, §2.

¹⁶⁷ CUENA BOY, FRANCISCO; *Derecho y Sistema. Observaciones críticas sobre el sistema jurídico*, en *Jueces para la Democracia*, Edisa, Madrid, nro. 22, 1994, pág. 46.

Las *adiaphorias* o permisos por ausencia de constreñimiento, no son meras licitudes, este suele ser un error común¹⁶⁸. Tampoco caen bajo aquellas lo que se sitúa fuera de lo jurídico, porque no puede ser probado por falta de una intervención humana o por renuncia del propio Derecho debido a la imposibilidad -de carácter general- de verificar determinados hechos, significa confundir el Derecho con su ejercicio. En los ejemplos citados no se trata de un *ámbito libre de regulación jurídica* sino de imposibilidad de imponerlo.

Como se adelantara, existe un segundo supuesto en que la teoría sobre que discutimos ha hallado cauce. Así, se la utiliza para calificar un determinado grupo de conductas, ya sí específicamente penales, que no se consideran ni jurídicas, ni antijurídicas¹⁶⁹. Si bien sobre esto se ahondará *in extenso* más adelante, podemos señalar en estos lineamientos preliminares que no compartimos esta tesis, en un estado de Derecho, se cumple el principio de permisión, que es una regla de inferencia lógico-jurídica en virtud de la cual lo que no se demuestra prohibido ha de presumirse lícito («lo que no está prohibido está permitido»). No puede haber, en un Estado de Derecho, en el ámbito penal, comportamientos meramente “no prohibidos” cuya realización estaría jurídicamente desprotegida a pesar de no vulnerar prohibición legal alguna. No podemos admitir esa “zona de nadie”, lo que no implica otra cosa que una capitulación. Está claro que, en nuestro ordenamiento, todo lo no prohibido está permitido y protegido contra las coacciones ajenas por el valor superior de la libertad individual (art. 19 C.N.). Pero, si todo lo no-prohibido está permitido, no se puede inferir de la no prohibición de una conducta por leyes extrapenales su licitud frente a la prohibición penal de un tipo o figura conductual bajo el cual cae. Para deducir esa licitud es menester ponderar los valores involucrados, y

¹⁶⁸ Así, ALZAMORA VÁLDEZ, que señala que no pueden considerarse como no-derecho, determinadas situaciones individuales producidas al margen del Derecho, ya sea dentro de ciertas instituciones como la familia, algunos de cuyos aspectos están regidos por aquél, o frente a otras que, normadas por preceptos jurídicos, se dirigen a los mismos fines, por caso algunas relaciones derivadas del matrimonio o del parentesco, las uniones, las separaciones, asociaciones de hecho; y otras semejanzas, pertenecen al ámbito de lo no prohibido ni ordenado por el Derecho, aunque de ellas puedan derivarse consecuencias de naturaleza jurídica. Algo similar acaecería con las relaciones de amistad, las consecuencias del consejo, hechos como el denominado transporte benévolo, *et sit cétera*, “...no ofrecen esencial carácter jurídico aunque algunas de sus manifestaciones puedan originar consecuencias de esa clase. Los ejemplos propuestos constituyen hechos que no estuvieron regidos por el derecho y que tampoco son susceptibles de ser normados por éste sin cambiar de naturaleza porque *pertenece al campo de lo jurídicamente lícito*.” (el destacado nos pertenece). ALZAMORA VÁLDEZ, MARIO; *op. cit.*, §3.

¹⁶⁹ Ver *infra* parágrafos 4 (“El ‘espacio libre de derecho’ para Arthur Kaufmann”), 10 (“Karl Binding y la ‘Doctrina de la Neutralidad’”) y 12 (“Ernst von Beling y las ‘acciones jurídicamente irrelevantes’”).

se rechazará como ilegítimo el ejercicio de un derecho que incurra en un abuso y que pretenda así burlar la prohibición penal típica.

Se trata del denominado *ejercicio legítimo de un derecho* lo que significa: el ejercicio de lo que la ley declara como no prohibido, o cuya no-prohibición se puede deducir de otros preceptos legales sin que en la deducción intervenga el principio de permisión. Esto nos conducirá en el trabajo que proponemos, a diferenciar entre permisos expresos y permisos por ausencia de constreñimiento (permisos débiles y fuertes en la terminología raziana)¹⁷⁰.

“Sólo excepcionalmente encontramos comportamientos que pueden caer bajo el castigo del derecho penal, porque (siempre, pero más desde BECCARIA) éste tiene una vocación de intervención mínima, de autolimitación, de *ultima ratio*, de manera que un Estado de derecho coarta y restringe su propio *ius puniendi*, por el valor de la libertad, dado que al Derecho penal le está reservado el castigo de privación de libertad (como punición directa o derivada)...”

“Por todo lo cual rigen en el derecho penal y en el procesal-penal reglas que restringen su aplicabilidad: el principio de tipicidad (con la prohibición de la extensión analógica), el de legalidad de delitos y penas, el de irreversible presunción de inocencia...”¹⁷¹.

Afinando aun más, las causas de justificación penal son causas de licitud de la conducta típica y, por lo tanto, no sólo eximen de la antijuridicidad penal, sino que califican a las conductas en cuestión como no-antijurídicas en general. Sin embargo, en los casos en los que los propios Códigos Penales preceptúan la obligación de reparación a los perjudicados por una conducta típica, hay un ilícito civil, lo cual significa que la conducta típica viene así dualmente calificada por la ley como lícita (en algún grado) y también ilícita (en algún grado). Ninguna conducta típica en la que sea lesionado un bien ajeno es nunca totalmente lícita en todos los aspectos.

Las causas de justificación son las exenciones de prohibición penal que establece la ley cuando concurren determinadas circunstancias en virtud de las cuales la acción u omisión resulta ser lícita (desde el punto de vista penal) aun perteneciendo a una figura de acción u omisión tipificada como falta o delito por el Código Penal. Para que

¹⁷⁰ Ver *infra* parágrafo 29 (“La norma jurídica”).

¹⁷¹ PEÑA, LORENZO; *Las causas de justificación jurídico-penal en el ámbito sanitario*, en www.jurid.net/lp (Estudios de Jurisprudencia Lógica –JuriLog–), Madrid, 2005, § 00.

haya, pues, falta o delito -desde una mirada objetiva- es menester que se dé una acción u omisión que cumpla la doble condición de estar tipificada como tal en la legislación penal y de no poder ser subsumida bajo ninguna de las exenciones a las que llamamos *causas de justificación*, que son precisamente las situaciones en las que el ordenamiento jurídico considera que está justificada tal acción u omisión. Naturalmente no es suficiente esa mirada objetiva, sino que hace falta, además, examinar la acción u omisión desde el punto de vista subjetivo del autor, pero ello escapa a nuestra propuesta.

Conviene insistir más en el deslinde entre las eximentes de culpabilidad y las eximentes de prohibición (i.e. las causas de justificación). Una eximente de culpabilidad determina que una acción u omisión, de suyo delictiva o penalmente ilícita, no se impute al sujeto por una circunstancia subjetiva de éste que, sin embargo, no ha impedido que fuera el autor de la acción u omisión, estando ésta tipificada y no viniendo amparada por ninguna causa de justificación. En cambio, las causas de justificación determinan que, desde el punto de vista del Código Penal, la acción u omisión es lícita (y no sólo que no resulte jurídicamente achacable a su autor). Con otras palabras, el ordenamiento jurídico-penal estima, en caso de concurrencia de una causa de justificación, que la acción u omisión no vulnera la ley. La doctrina de las conductas no- prohibidas o que ingresan dentro del ámbito libre de Derecho, fluctúan en los ejemplos que se brindan, como se verá más adelante, entre ambas eximentes, esto abre la puerta a una de las críticas que esgrimiremos a la construcción.

La no antijuridicidad penal no estriba sólo en el ajuste de un hecho humano concreto a un tipo según lo constata el juicio concreto del juez, sino que consiste en que ese ajuste no venga compensado o contrarrestado por una relación entre dicho hecho y una norma de autorización, que puede ser penal o extrapenal. Cuando una norma jurídica atribuye a una conducta la calidad de lícita, se la atribuye a todos los efectos y para todas las ramas del ordenamiento, incluida la penal. Así pues, la antijuridicidad penal comporta dos notas conceptuales:

- (a) ajuste del comportamiento incriminado al tipo penal.
- (b) no ajuste de ese comportamiento a una norma (penal o extrapenal) de autorización.

Entre los comportamientos que son penalmente ilícitos (típicos y no amparados por ninguna norma de autorización legal) y los que son lícitos a secas (lícitos para todas las ramas del ordenamiento) se halla un grupo intermedio de conductas, que no son penalmente antijurídicas pero sí antijurídicas estando prohibidas por otros sectores del ordenamiento (civil, laboral, administrativo, fiscal, *et sit cétera*). Ahora bien, esas conductas del grupo intermedio son los comportamientos atípicos, nunca conductas típicas. Nuestra argumentación nos lleva a rechazar la teoría penalística de la antijuridicidad. La antijuridicidad penal no se constituye sólo por la prohibición penal sino por la prohibición penal más la no-autorización en ningún sector del ordenamiento. De ahí que la antijuridicidad penal no sea exclusivamente penal o constituida de manera autónoma en el Derecho Penal. El Derecho Penal está al servicio de la vida social en su conjunto, que viene regulada y encauzada por el ordenamiento jurídico como un todo.

“Como todo ordenamiento jurídico comporta siempre una referencia explícita o implícita a valores superiores y así sucede, mucho más, en nuestros ordenamientos constitucionales modernos, en un Estado social y democrático de Derecho, una conducta que tienda a un fin justo por un medio justo o sea, que tienda a obtener un bien jurídicamente protegido por un medio que no vulnera la ley tiene siempre una presunción de licitud. De ahí que el ejercicio legítimo de un derecho -que es una de las causas de justificación penal- pueda estribar, no sólo en la realización de una conducta expresamente autorizada en alguna rama del ordenamiento, sino también en cualquier comportamiento que tienda a materializar un bien jurídico protegido por un medio que no esté prohibido. Cuando se produzca colisión entre ese comportamiento y la tipificación penal, habrá, en el choque, que atender a las características preponderantes, o sea llevar a cabo una ponderación de valores y de desvalores.”¹⁷².

Para cerrar, las causas de justificación operan sobre una conducta típicamente prohibida, o sea: la justificación no parte de situaciones jurídicamente neutrales, sino ya desvaloradas por su adecuación al tipo. Cualquier conducta que venga, en lo singular y concreto, reputada lícita por la concurrencia de una causa de justificación es, de todos modos, un comportamiento perteneciente a un tipo prohibido y, por ende, siempre como incorporante de un desvalor que el ordenamiento jurídico ve con reprobación. Esa es

¹⁷² PEÑA, LORENZO; *op. cit.*, §05.

también una razón para no comulgar con la teoría de los elementos negativos del tipo, que no puede dar cuenta de ese desvalor jurídicamente relevante.

Nosotros abogaremos por la existencia de una tercera forma de este ámbito teórico. Ello impactará en numerosas problemáticas de la Teoría del Derecho y del Derecho Penal en particular¹⁷³. Veamos algunas cuestiones liminares que nos ayudarán a delimitar su escenario de manera *prima facie*.

Algo de suma relevancia estriba en que, el *ámbito libre de regulación jurídica*, si bien se relaciona con las lagunas, no se asimila a ellas. Las lagunas normativas situadas dentro de un ordenamiento jurídico, no constituirían "no derecho" ya que es el propio Derecho el que señala los métodos que el juez debe emplear para colmarlas. Las lagunas axiológicas suponen un derecho que se considera inaplicable a un caso dado, en orden a una valoración que se considera más justa¹⁷⁴.

ALF ROSS señaló que, no es posible formar una opinión fundada acerca de cualquier epifenómeno del Derecho, mientras no se haya decidido cuál es la naturaleza del fenómeno jurídico a examinar. Por otra parte, los problemas del concepto o naturaleza del Derecho son, indudablemente, uno de los principales problemas de la Filosofía del Derecho¹⁷⁵. Sin perjuicio de ahondar en el Capítulo II de éste trabajo sobre algunas de las ideas que aquí se expondrán, con el presente *introito* procuramos dar una idea preliminar de nuestro marco referencial.

Como casi toda cuestión jurídica, el análisis del que se ha dado en llamar, de modo más generalizado, *ámbito libre de regulación jurídica*, cuanto menos tangencialmente, se involucra con el *concepto de Derecho*; pero como habrá de señalarse, no se trata de un área particular del Derecho, sino que involucra a éste en su esencia misma. Trataremos, en lo que sigue, cuestiones fundamentales del Derecho¹⁷⁶, entre ellas su naturaleza como objeto de conocimiento, lo que nos llevará a involucrarnos –sin tomar posición pues no es nuestro objeto de estudio– con la idea de *Derecho Natural* y *Derecho positivo*, por sólo señalar las más sensibles entre otras cuestiones.

¹⁷³ Especialmente, parágrafo 26 (¿Existe un ámbito vacío de Derecho?).

¹⁷⁴ Ver *infra* parágrafo 50 ("La actividad creadora del juez ante las 'lagunas' y las 'reglas injustas'").

¹⁷⁵ ROSS, ALF; *op. cit.*, pág. 27.

¹⁷⁶ Claramente cuando hablamos de Derecho no hacemos referencia al concepto de *tener un derecho*, ello importa el análisis de las disposiciones de un sistema jurídico que instituyen derechos (derechos subjetivos), estos se ocupan de los derechos de algunas personas respecto de ciertos objetos o en relación a ciertas personas. Lo dicho es una *función* de conceptos del Derecho, pero no hacen al Derecho en sí.

El Derecho, como todo producto cultural, responde a los devenires ideológicos y políticos que se sustenten; tan es así, que al analizar a los monografistas del tema que nos hemos propuesto, se observará, cómo la concepción que de aquel se tiene, se funda en las circunstancias históricas, académicas, sociales y de cualquier otra índole, que les tocó experimentar.

Se ha dicho que el tema a tratar es un asunto que

“... pertenece de lleno a la iusfilosofía y puede cobrar significado dentro de múltiples ramas de la enciclopedia jurídica (pero)... sus aplicaciones más ostensibles y estudiadas ocurr(e)n en el Derecho penal...”¹⁷⁷.

Ahora bien, la *filosofía del derecho* tiene que ver con el Derecho como *debe ser (Sollen)*, con el Derecho *correcto*, y se ocupa básicamente de los problemas fundamentales, interesándose en el Derecho vigente sólo con respecto a su valor o disvalor transistemáticamente, por el contrario, la *ciencia jurídica dogmática* se ocupa del Derecho vigente criticándolo intrasistemáticamente, no pregunta qué es en general Derecho y si, bajo cuáles circunstancias, en qué proporción y de qué manera hay en sustancia, conocimiento jurídico. La filosofía del derecho

“...dirige su atención hacia el aparato lógico de la ciencia del derecho..., con miras a hacerlo objeto de un análisis lógico más detallado... Su tema es, en modo principal, el de los conceptos fundamentales de alcance general...”¹⁷⁸¹⁷⁹

El problema estriba en que,

“...mientras la dogmática jurídica pretende (entre varios objetivos) conocer el contenido del derecho positivo, la filosofía del derecho pretende efectuar evaluaciones (favorables, constructivas o críticas) sobre los métodos cognitivos utilizados por los dogmáticos [...] las discusiones de filosofía del derecho son

¹⁷⁷ GUZMÁN DALBORA, JOSÉ LUIS; *op. cit.*, pág. 442.

¹⁷⁸ ROSS, ALF; *op. cit.*, pág. 49.

¹⁷⁹ La expresión “filosofía del Derecho” a veces es utilizada en el discurso jurídico, como sinónimo de “jurisprudencia” (en el sentido de Ciencia del Derecho). Normalmente se la entiende con el sentido que le hemos dado en el texto, como reflexión sobre los principios del Derecho y los problemas fundamentales de la teoría jurídica. Dentro de éste orden puede ser descripta como rama de la Filosofía General, interesada en el examen de los problemas jurídicos más fundamentales. La filosofía jurídica aborda temas tales como: la “naturaleza” y “funciones” del Derecho, sus relaciones con la moral, los valores que le son inherentes, la eficacia del orden jurídico, la obediencia al Derecho, *et sit cétera*; en este sentido, la filosofía jurídica se relaciona tanto con la filosofía moral como con la filosofía política. Conf. TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO; *El derecho y la ciencia del derecho*, cit., pág. 139.

vistas, desde la dogmática, como discusiones distantes, poco interesantes o poco relevantes para los intereses y objetivos de la ciencia jurídica.”¹⁸⁰

Una vez más con referencia a la problemática que trataremos y con fulcro en la toma de posición conceptual preanticipada diremos que en estrictez, nuestro tema, ha sido abordado esencialmente desde un punto de vista propio de la ciencia jurídica dogmática¹⁸¹, nosotros daremos un vuelco a ello ciertamente hacia la filosofía del derecho en el entendimiento que creemos ha de otorgarse al problema. GUZMÁN DÁLBORA, sin embargo, da fuerza a esto que decimos –a contrario de su postulación inicial-, cuando afirma que

“... aquello que está en discusión son circunstancias, situaciones y relaciones de vida, o sea, en definitiva, *actividades*...”¹⁸².

El exergo de KAUFMANN con el que encabezamos estas líneas, se vinculan con la idea de que

“...los más importantes trabajos en teoría del derecho fueron escritos por juristas, que tenían algún interés y, quizás, algún adiestramiento básico en filosofía... Por ello es poco sorprendente que se haya producido una mayor sofisticación en el arsenal teórico con el que enfrentamos los tópicos en teoría del derecho y se dedique más atención a las cuestiones de metodología en filosofía.”¹⁸³.

Este trabajo, ofrece una revisión de temas conectados con problemáticas acerca del alcance del Derecho, con cuestiones como el comportamiento judicial;

¹⁸⁰ ALONSO, JUAN PABLO; *Interpretación de las normas y Derecho Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, pág. 1.

¹⁸¹ Por *dogmática jurídica* entendemos el “conocimiento del Derecho”, la disciplina conocida comúnmente como doctrina que determina y describe el material tenido por Derecho, sin cuestionar su validez. El primer paso de la dogmática jurídica es identificar el material jurídico –describir el objeto-, ello no importa una mera descripción, sino que ordena o reordena dicho material, para construir un todo “sistemático” y “consistente”; se le asigna cierto significado, se determina el sentido auténtico y el alcance del material jurídico: se lo interpreta. Conf. TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO; *El derecho y la ciencia del derecho*, cit., pág. 143 y 145; aunque disintamos con el autor en torno a la idea de que la dogmática jurídica sólo puede tener por norte hacer ciencia del derecho positivo, en éste trabajo entenderemos que el material jurídico con el que puede trabajar la disciplina prealudida, a más del derecho positivo vigente, comprende otros patrones que regulan, o pudieran incidir, en la creación y/o aplicación del derecho positivo. Por caso, AARNIO entiende por dogmática del Derecho un conjunto de conceptos y proposiciones para sistematizar las normas jurídicas en cierto sentido. En AARNIO, AULIS; *op. cit.*, pág. 168.

¹⁸² GUZMÁN DALBORA, JOSÉ LUIS; *op. cit.*, pág. 443.

¹⁸³ BIX, BRIAN; *Algunas reflexiones sobre metodología en teoría del derecho*, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 26, Alicante, 2003, (trad.: Pablo Navarro), pág. 609.

eventualmente, la discusión nos llevará, de manera marginal, a una breve discusión sobre la importancia de los valores y la moral en las decisiones de quienes aplican las normas¹⁸⁴.

Una teoría que busca decir algo acerca del *alcance del Derecho* (y porqué no, de la “naturaleza del Derecho”), necesita reflejar el modo en que los juristas perciben y practican aquel, y asimismo debe decir algo de las prácticas habituales, más allá de un simple ajuste descriptivo general. Sin embargo, una investigación puramente empírico/sociológica sería vulnerable a un argumento del tipo de: ¿cómo podemos tener una teoría empírica del Derecho si no tenemos antes una noción genérica de lo que es y lo que no es Derecho?, de allí que todo trabajo conceptual es prioritario a cualquier trabajo empírico, cuando nos interesamos por los límites de una categoría como el Derecho, no estamos preguntando nada acerca de una institución en particular, la cuestión acerca de prácticas institucionales específicas es materia propia de investigaciones sociales, no como la que nos proponemos aquí¹⁸⁵.

Un breve paréntesis, siguiendo a GIOVANNI SARTORI, entendemos que nosotros conocemos según tres modalidades: imágenes percibidas, imágenes concebidas e imágenes fantásticas. Dicho de otra manera, las palabras poseen un significado eminentemente perceptivo, eminentemente ideativo o alusivo. Lo que ilumina nuestra comprensión es un percibido, o un concebido o un fantástico¹⁸⁶.

Si se utilizan preferentemente las palabras en su significado “perceptivo”, dará lugar a un saber de tipo descriptivo, que se dirige principalmente a explicar a partir de la observación. En tanto que al utilizar las palabras en su significado “ideativo” se producirá un saber de tipo especulativo.

El conocimiento empírico implica partir de una experiencia tangible, táctica y directa de algo, de donde un conocimiento de este tipo recoge su material de la experiencia. Debe diferenciarse este saber, del saber experimental, en éste trabajo se propone un abordaje a partir de conocimientos empíricos (no experimental o de laboratorio), pues se direcciona en una primera etapa a *describir*, comprender en términos observacionales. Con base entonces en un conocimiento empírico nos preguntamos cómo

¹⁸⁴ Las voces “normas” o “norma” y “reglas” o “regla”, son utilizadas indistintamente en éste trabajo. Cuando se las utilice en sentido diverso se dará cuenta de ello.

¹⁸⁵ BIX, BRIAN; *Algunas reflexiones sobre...*, cit., págs. 611 y 614. Ver *infra* parágrafo 27 (“Cuestiones Preliminares”).

¹⁸⁶ SARTORI, GIOVANNI; *op. cit.*, págs. 35 a 36.

es lo real en el dominio de lo empírico (en la especie, cómo es que se dan, en caso de darse, ámbitos libres de derecho o libres de valoración jurídica), nuestra finalidad es comprobar cómo son las cosas para llegar a comprender describiendo¹⁸⁷.

El conocer empírico, es un conocer perceptivo, ligado a la observación y que se vale de ellas. Este tipo de conocimiento se basa en los hechos (aquí hemos efectuado un enfoque desde el realismo jurídico para explicar algunos fenómenos que consideramos relevantes abordar). Por cierto, el conocimiento empírico es concreto pues está en contacto con las cosas, por su inmediatez con las mismas tal como son en sí, pero de ello no cabe intelegir la inversa; esto es, que todo conocimiento no empírico es, por ello mismo, abstracto. Por ello las ciencias no son tales por el mero hecho de que versan sobre cosas que se ven y se tocan¹⁸⁸.

En la investigación filosófica, no nos preguntamos por el ¿cómo?, sino por el ¿por qué?.

“El conocimiento especulativo tiene un fin que no puede satisfacerse con una respuesta descriptiva. La filosofía busca la ‘razón de ser’ última de las cosas, atiende a su ‘esencia’ y no a su ‘apariencia’, procura una explicación y legitimación conclusiva del mundo.”¹⁸⁹

El conocimiento filosófico no es empírico, sino metafísico, va más allá de los datos físicos (*metà-ta-phisikà*), es decir, que trasciende la *empiria*. En tal, las palabras no se hallan en lugar de lo que representan (i.e. no denotan un *perceptum* sino que connotan un *conceptum*).

“Las palabras, aquí, significan mucho más de lo que representan, y su significado, no resulta agotado por ningún conjunto de representaciones. Son ‘ultrarrepresentativas’ porque están más allá de cualquier representación...”¹⁹⁰

También nos moveremos en éste plano al buscar las explicaciones últimas.

La finalidad que nos proponemos aquí es buscar un conocimiento sobre el tema del ámbito del *No Derecho* o el *ámbito libre o indeterminado de valoración jurídica*, con método y con coherencia, abordando aquel en el plano de los propios intereses cognoscitivos. Y con referencia a lo aludido *supra*, el abordaje ha de ser tanto empírico

¹⁸⁷ SARTORI, GIOVANNI; *op. cit.*, pág. 36.

¹⁸⁸ Ver *supra* parágrafo I (“Palabras previas. Sobre la ‘ciencia del Derecho’”).

¹⁸⁹ SARTORI, GIOVANNI; *op. cit.*, pág. 38.

¹⁹⁰ SARTORI, GIOVANNI; *ibídem*.

como especulativo, pues ambos planos son igual de relevantes. La relación entre dogmática y filosofía no puede (ni debe) verse como una suerte de conocimiento inferior y conocimiento superior,

“...un saber cierto y un saber opinable, entre una verdad suprema y una verdad contingente, entre un conocimiento absoluto y un conocimiento relativo; cuando no, abiertamente, como una antítesis entre conocimiento y pseudoconocimiento...entre el conocimiento fundado en hechos y un conocimiento que no conoce nada.”¹⁹¹

La delimitación entre dogmática y filosofía no es estricta, más allá de la explicación diversificada que a fines didácticos se explicitó más arriba, sino que el *cómo* y el *por qué*, están interrelacionados. Cuando se describe se proporciona una liminar explicación sobre las cosas, el conocimiento científico es un saber que explica encontrando causas (i.e. estableciendo relaciones de causa a efecto), de donde, si procuramos un abordaje temático como éste, no nos podemos reducir al *cómo*, limitándonos a describir, la curiosidad cognoscitiva ha de llevarnos, necesariamente (estar animada por) el *por qué*¹⁹².

Existe un ejemplo muy claro de lo antedicho a lo largo de las líneas que nos proponemos aquí, vinculado a las corrientes que nos influyen en el desarrollo. Por un lado se percibirá una importante base empírica acuñada en la filosofía analítica de cuño

¹⁹¹ SARTORI, GIOVANNI; *op. cit.*, pág. 41.

¹⁹² En rigor, la distinción entre ambos modos de conocer es de “prioridad”. En la ciencia empírica la explicación va precedida por la descripción, pues la segunda prima sobre la primera. En filosofía la explicación prepondera sobre la descripción: la somete a sí.

En este punto es bueno destacar que para diferenciar entre Filosofía y Ciencia, se ha recurrido usualmente a una contraposición dicotómica, a dos voces: a) la primera, que destaca BOBBIO, contrapone la filosofía, como discurso axiológico- normativo, a la ciencia como discurso descriptivo- no valorativo; b) la filosofía es tal en cuanto concepción universal que se remite a los principios esenciales, en tanto que la ciencia es segmentaria, no requiere globalidad, y mucho menos una sistematización de los principios primeros del todo; c) una tercera antítesis apunta a la diferencia entre el carácter discreto y no acumulativo de la especulación filosófica, y la acumulabilidad y transmisibilidad del saber científico; d) finalmente suele considerarse al filosofar como indagación metafísica sobre las “esencias” de lo que está en la base, por encima o por debajo de lo visible, en tanto que la ciencia releva las “existencias” de cosas que se ven u observan o cuanto menos se aprecian por medio de la experiencia.

Éste trabajo abreva en la segunda y cuarta dicotomía, cuando nos involucramos en las esencias de nuestro problema, claramente haremos filosofía (i.e. nos preguntaremos por el *por qué*, un “porqué” último, metafísico, o metafenoménico que involucra la *ratio essendi*). En tanto que cuando nos preocupemos por problemas dogmáticos o procesales concretos nuestras dudas serán por el *cómo*. Entendemos que en el *por qué* se incluye un *cómo*, y viceversa; en el *cómo* se sobreentiende un *por qué*, pero en la filosofía la explicación subordina a la descripción y en la ciencia, la descripción condiciona a la explicación. La diferencia estará dada por la investigación, la explicación filosófica no comprueba los hechos sino que los sobrepasa; la explicación científica, que presupone la investigación, emerge de los hechos.

La primera es un “comprender justificador”, en tanto que la ciencia es un “comprender causal” (i.e. una explicación en términos de causalidad).

anglosajón, por otro una base especulativa de corte indudablemente metafísico procedente de las ideaciones de la dogmática alemana.

Como nuestro objeto, en definitiva es el Derecho, una insoslayable ciencia empírica; debemos necesariamente empezar nuestras digresiones a partir del conocimiento empírico, signado por la observación. Con ello, entendemos, sorteamos la posibilidad de que nuestro proyecto fracase *ab initio*, en el sentido de que no acaezca lo que nos proponíamos -por errores de cálculo- pues no es nuestra meta indicar fines de aplicación (i.e. aplicabilidad del proyecto conforme a previsiones), posibilidad material de poner en ejecución algo, sino comprobar una serie de datos observables, e indicar una conclusión que haga la mejor explicación de los límites del Derecho.

A partir de esto, también debemos destacar que se defiende en lo que sigue una tesis de ciencia neutral, es que

“...la ciencia debe ser neutral; y si no es neutral, si es valoradora (la idea de MAX WEBER de libertad del valor), no es ciencia. Esta tesis puede cuestionarse en el plano de los principios; o bien puede discutirse en concreto, o sea del modo y en la medida en que el ideal de la neutralidad de la ciencia puede alcanzarse... Una ciencia que valora es una contradicción en sus términos, un conocer que no nace o se autodestruye.”¹⁹³.

No hay nada de malo en valorar, pero las campañas de valoración en la ciencia pueden conducir a ideologizar lo que se propone. Corresponde aquí traer la distinción entre *contexto del descubrimiento* y *contexto de la validación*, pues si bien la ciencia avanza gracias al primero (i.e. descubriendo), se ve impulsado por sus valores, de donde el problema no es que existan valores como premisas, sino que estos rijan a la ciencia.

Una de las variables para que cualquier trabajo en el marco de una ciencia social tenga un abordaje metodológico comprensible es la sistematización del lenguaje. La constitución en un lenguaje especial donde los conceptos sean relativamente firmes y constantes, los conceptos fundamentales que manejamos, no pueden saltar de lo no contradictorio a la intelección dialéctica.

¹⁹³ SARTORI, GIOVANNI; *op. cit.*, pág. 53.

Nos enrolamos, como ya lo hemos señalado *supra*¹⁹⁴ entre los que piensan que las ciencias sociales no pueden equipararse con las ciencias naturales, su método refleja la peculiaridad y naturaleza *sui generis* de sus problemas. La formación de los conceptos y su sistematización, permiten llevar adelante una teoría; sin conceptos toda investigación pierde fuerza y no puede obtener su fin. Formación de los conceptos implica tanto como el tratamiento y sistematización de los mismos, entendiendo por concepto una unidad de pensar que es expresión de un término (i.e. palabra), cuyos significados son declarados por definiciones y vinculados a referentes. Un concepto con referente es un concepto empírico, los que no lo tienen son conceptos teóricos (v.g. estructura, proporcionalidad, razonabilidad, *et sit cétera*), aquellos se entiende que son más o menos reductibles a cosas observables. En éste trabajo, operamos con ambos tipos de concepto, y nuestro compromiso metodológico señalado, nos obliga a especificarlos de continuo, lo que seguramente nutrirá, pero al mismo tiempo tornará más abigarrada nuestra propuesta.

También, cabe insistir en que si bien existen ciencias, como la economía, que se hallan notablemente avanzadas, pues es dable afirmar que exista “una” economía, a pesar de la multiplicidad de escuelas; no es posible sostener lo mismo en el Derecho, no existe *una* teoría del Derecho, ya sea por problemas lingüísticos o metodológicos. En estas líneas somos consecuentes con este aserto y destacaremos más adelante la contingibilidad de ésta disciplina y que Derecho es aquello a lo que le atribuimos el nombre de tal, algo que hemos construido y que podría construirse de otra manera si así lo decidiésemos¹⁹⁵.

¹⁹⁴ Ver párrafo 1 (“Palabras previas. Sobre la ‘ciencia del Derecho’”).

¹⁹⁵ Ver *infra* párrafo 2.1 (intitulado).

§2.1.

Alcances del Derecho y concepto de Derecho. Problemas a enfrentar de cara al estudio del ámbito libre de regulación jurídica. Necesidad de “microteorías”. Análisis jurídico bifronte para la aprehensión cabal de la cuestión: positivismo y jusnaturalismo. Un escenario más reducido para el estudio de los ámbitos libres de regulación jurídica: el Derecho Penal. El sistema penal. Los diversos modelos

Como se anticipó y posteriormente se ahondará, hablar de los *alcances del Derecho* importa referirse al *Derecho*; pero a menos que compartamos con HART la idea de un unívoco concepto de Derecho para todo tiempo, como lo indica el nombre de su obra, “*El concepto de derecho*”¹⁹⁶; debemos aceptar que éste concepto es variable en tiempo y lugar, no es un producto de la teoría jurídica, es un concepto que ha evolucionado bajo la influencia de prácticas jurídicas y culturales; en otras palabras el concepto de Derecho es variable, contingente y no necesario, por ende, también lo es su alcance¹⁹⁷. De allí que utilicemos una idea de Derecho moderna continental para nuestro estudio ulterior, aunque seguramente no escaparemos, en dicha construcción a la crítica a la *teoría conceptual*, de que Derecho no es una categoría natural o de otro tipo, sino lo que deseamos que sea; como el Derecho es una construcción cultural carente de universalidad, Derecho es aquello a lo que le atribuimos el nombre de tal, algo que hemos construido y que podría construirse de otra manera si así lo decidiésemos, con lo que preguntarse sobre la “naturaleza” de aquel, se presenta como un ejercicio un tanto extraño. Aceptamos para evitar la crítica, la respuesta que entiende que, no es necesario

“...postular una suerte de agrupamiento metafísico para justificar teorizar acerca de conceptos... [basta] la inclusión o exclusión de algunos temas en nuestra categoría de ‘derecho’ [aunque sea un poco arbitraria].”,

y sin necesidad de periclitarse en dicha arbitrariedad, acerca de cuyas categorías puede haber algo interesante, o no; para decir, podemos, sí, *construir* o *seleccionar* las categorías que tengan las mejores consecuencias prácticas¹⁹⁸. El término Derecho es tan ambiguo y vago que los argumentos acerca de, por caso, el positivismo o el

¹⁹⁶ Más aun, HART se ocupa expresamente de señalar que es errada (por lo menos en su construcción), la idea de que si los criterios para la identificación de los fundamentos del Derecho no estuvieran incontrovertiblemente fijados, Derecho, significaría diferentes cosas para diferentes personas. HART, H. L. A.; *Post scriptum al concepto de derecho*, (trad. Rolando Tamayo y Salmorán), Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, pág. 20.

¹⁹⁷ BIX, BRIAN; *Algunas reflexiones sobre...*, cit., pág. 616.

¹⁹⁸ BIX, BRIAN; *Algunas reflexiones sobre...*, cit., págs. 619 a 620.

iusnaturalismo, no pueden establecerse por medio del mero análisis conceptual, la esencia del argumento es una estipulación normativa, una sugerencia para una definición.

La tesis de los límites del Derecho, nos trae al primer plano la cuestión central de la aplicación del Derecho. Una buena teoría del razonamiento judicial, presupone algunas de las cuestiones centrales de la teoría jurídica: un enfoque general acerca de la naturaleza del Derecho, una teoría del sistema jurídico, de los criterios de validez y aplicabilidad de las normas, una teoría de la interpretación de las formulaciones normativas y una teoría de la justificación de las decisiones jurídicas. Quizás la manera de lidiar con todo ello, sea, como ha sostenido MORESO, bajar de nivel, descender a teorías regionales, o “microteorías”, pues ello nos permite debatir temas más manejables y no sobredimensionados¹⁹⁹, como nos proponemos en estas líneas.

Para ir cerrando estas primeras palabras explicativas del escenario en el que nos moveremos, baste señalar que nuestro estudio no se deslizará; y ello debe decirse *ab initio* para sortear equívocos ulteriores, en un análisis del Derecho como una clase social – modelo positivista-, nos concentraremos a lo largo de las líneas que siguen en un Derecho como una clase de práctica que suministra razones para la acción, consistente con estándares morales más altos. Coincidimos con BIX en cuanto a que la doble naturaleza de ésta disciplina puede servir para analizarla desde dos enfoques, un enfoque más neutral como el del *positivismo jurídico*, que lleve a comprender su lado institucional, y un enfoque más evaluativo, como el del *Derecho Natural* para dar cuenta de su lado de práctica que confiere razones²⁰⁰, como discutiremos sobre esto último, necesariamente no podrá eludirse una toma de posición consistente en la incidencia de estándares morales en determinados momentos.

Sobre el manejo y alcances que utilizamos en este trabajo en torno al Derecho, retornaremos más adelante, pues no es éste el momento de detenernos en ello²⁰¹.

Ahora bien, la cuestión jurídica a estudiar, halla no sólo vinculación con el *concepto de Derecho*, sino también, como ya insistimos, con un aspecto más específico del mismo: el Derecho Penal. A lo largo de las líneas que siguen, la idea de *ámbito libre de*

¹⁹⁹ MORESO, JOSÉ JUAN; *Cuestiones persistentes y microteorías*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 25, Alicante, 2002, pág. 634.

²⁰⁰ BIX, BRIAN; *Algunas reflexiones sobre...*, cit., pág. 627.

²⁰¹ Ver *infra* parágrafo 27 (“Cuestiones Preliminares”).

regulación jurídica se vinculará a ésta subespecie del Derecho, pues es donde, en definitiva, se la ha discutido. Incluso ENGISCH, quien es quizás, el que le ha otorgado a la doctrina que examinamos su perspectiva más amplia, concluye relacionándola con aquella especialidad, sea conceptualmente o a través de ejemplos como ya se verá²⁰². Por ello, incluiremos aquí algunas –someras– elucubraciones relacionadas con la dogmática penal tal como la entendemos²⁰³.

El sistema penal moderno presenta las siguientes características, mismas características que pertenecen a todo *sistema euclidiano*²⁰⁴:

a) Estructura

b) Jerarquía

²⁰² Ver parágrafo 7 (“El ‘ámbito de lo no jurídico’ para Karl Engisch”).

²⁰³ Para ello, nos hemos basado en el excelente trabajo de QUINTINO ZEPEDA. Conf. QUINTINO ZEPEDA, RUBÉN; *Breves comentarios a la sistemática penal alemana, en retrospectiva a Hans Welzel*, en www.inacipe.gob.mx/htm/Investigacion. págs. 3 a 5.

²⁰⁴ La sistemática es, por lo común, una tendencia de la época moderna, un producto de la razón instrumental. En general *no hay sistema sin un concepto de razón instrumental que le preceda y, no hay dogmática sin un previo sistema*. Debatir los problemas de la dogmática –debatirlos realmente– es algo que, sólo acontece al cuestionar la clase de sistemática que la hace posible. Y, para discutir –también seriamente– la sistemática penal, es necesario atender al concepto de razón que en ella prepondera.

En todo esto, la seriedad de los argumentos, progresivamente van del siguiente modo: a) dogmática, b) sistemática, y c) razón. Los problemas de la dogmática penal no son problemas que necesariamente tengan que discutirse en el mismo plano de la dogmática, sino que igualmente pueden discutirse en el nivel de la sistemática, al especificar concretamente la *orientación* del sistema penal. Sin embargo, subsiste la cuestión de saber si los problemas de la sistemática penal –por ejemplo el relativo a la orientación del sistema– son o no problemas susceptibles de replantearse bajo la categoría que determina a la propia sistemática penal: el concepto de razón instrumental.

Bajo esta idea de comprender a la razón instrumental como la directriz del sistema penal –y en general como la directriz de cualquier sistema– es preciso comentar algunos aspectos históricos de la sistemática en general. En la época moderna rigió un modelo de sistema euclidiano que reúne las siguientes características:

- a. Se representa como un sistema cerrado.
- b. El punto de partida (la base del sistema) está constituido por un conjunto de principios (axiomas) que, como tales, no están sujetos a la crítica.
- c. De la relación entre axiomas se infieren o se deducen ciertas *proposiciones secundarias*. Estas proposiciones secundarias se pueden demostrar formalmente atendiendo a la relación formal de las mismas.
- d. La concatenación entre los axiomas y las proposiciones secundarias, es de tal modo lineal que la carga del resultado (la decisión del sistema o argumentación final del mismo) se incrementa proporcionalmente hasta llegar a la base (axioma) que, a saber, se tiene por incuestionable.
- e. El sistema adquiere propiedades como la de totalidad, integridad, autosuficiencia o autonomía, cohesión o relación formal de sus elementos.
- f. Se relacionan las categorías del sistema por medio de modalidades pre-establecidas.
- g. El sistema tiene un único punto de partida.
- h. El lema del sistema es: “*explicar por medio de la derivación*”; es decir, el sistema pretende ofrecer explicaciones a través de fundamentos silogísticos, racionalistas.
- i. El sistema funciona conforme a una lógica (dogmática) predeterminada.
- j. La estructura del sistema es piramidal.
- k. La integración de las categorías del sistema es reductiva.

- c) Equilibrio
- d) Centro
- e) Opuestos binarios
- f) Autopoiésis o autoreferencia
- g) Dogmática

Al ver reflejadas en el Derecho Penal las anteriores características de la sistemática en general, se obtienen las siguientes conclusiones preliminares:

- a. Que la estructura del sistema penal está compuesta principalmente por las siguientes categorías: conducta (acción u omisión), tipicidad (objetiva y subjetiva), antijuridicidad (formal y material), y culpabilidad²⁰⁵.
- b. Que las categorías que componen la estructura del Derecho penal están ordenadas de modo jerárquico-lineal, lo cual, les impone una debida prelación lógica.
- c. Que los principales opuestos binarios del sistema penal son: acción-omisión, tipicidad-atipicidad, juridicidad-antijuridicidad, y, culpabilidad-inculpabilidad.
- d. Que la dogmática penal resulta de las *relaciones* permitidas entre las categorías del sistema. Dichas relaciones adquieren un carácter lógico-formal en tanto que están sujetas a la estructura jerárquica de las categorías del sistema penal.
- e. Por cuanto hace al centro del sistema penal, el mismo puede ser identificado según los diversos modelos de sistema que han presentado el causalismo (naturalista y valorativista), el finalismo, el funcionalismo y; más recientemente, el posfuncionalismo. Así, relacionamos al sistema causalista-naturalista como un sistema cerrado ausente de valoraciones jurídico-culturales y político-criminales, cuyo centró se ubica en el desvalor de resultado o en la lesión –causal– de un bien jurídico.

Relativo al sistema causalista-valorativista, cabe analizarlo como un sistema abierto a valoraciones jurídico-culturales, pero que, en concordancia con el sistema causalista-naturalista, el centro de dicho sistema siguió siendo representado por el quebrantamiento del bien jurídico.

²⁰⁵ No ingresaremos en la discusión en torno a si la antijuridicidad es sólo formal o también puede ser material, a los efectos propuestos es irrelevante. Para el tema puede consultarse ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO; “*Derecho Penal. Parte General*”, 2ª edición, Ediar, 2002, págs. 597 a 600.

En cuanto al finalismo, es de señalar que se trata de un sistema cerrado tanto a decisiones jurídico-culturales como a decisiones político-criminales; sin embargo, el centro de dicho sistema está en el desvalor de la acción, en el dolo. El funcionalismo teleológico-racional, lo describimos como un sistema abierto (mejor dicho: *orientado*) a decisiones político-criminales. El centro de tal sistema se halla en la tipicidad objetiva, concretamente en la imputación objetiva, entendida como un regulador normativo del nexo causal. Finalmente, al funcionalismo sistémico-normativo, en su versión de JAKOBS, le resta la ubicación como un sistema que puede adquirir cierta apertura de su sistema penal; no sólo en la imputación objetiva como reguladora del nexo causal, sino sobre todo en la imputación objetiva comprendida como imputación personal del comportamiento, conforme al principio de confianza y la prohibición de regreso, principalmente.

CAPÍTULO II

ÁMBITO DEL PROBLEMA EN LA DOCTRINA ESPECIALIZADA

§3. Palabras previas

Dificultad de concepción del tema en estudio. Su importancia y consecuencias. Vinculación con los alcances del Derecho. Método de exposición.

Hallar el sentido del problema que nos ocupa es el primer paso, pues el equívoco y los malentendidos en torno a la concepción y alcances de aquel, *ab initio*, viene a indicar que las dimensiones de estudio son imprecisas y difusas.

Sin embargo, podemos eliminar un equívoco previo, la teoría que estudiamos, no señala ámbitos fácticamente libres del cumplimiento del derecho, que se presentan porque el órgano de ejecución carece de preparación de hecho o de fuerza para tomar medidas contra violaciones al derecho vigente en determinados ámbitos de la vida social²⁰⁶.

La teoría se desarrolló con el objetivo de aportar soluciones a aquellas acciones (hechos humanos) que el derecho deja fuera de su marco regulatorio.

Para ello, hemos preferido presentar la posición de distintos autores respecto al problema, antes que utilizar el método de explicar alcances diversos sin ahondar en las fuentes, pues al tratarse de un tema que ha venido en su integridad dado de una discusión netamente doctrinaria, no es acertado –entendemos– soslayar el precisar el origen teórico de él. Asimismo, se trata de una teoría jurídica escasamente desarrollada, que si bien ha suscitado debate entre sus cultores, estos son bien pocos y ello se observará de la sencillez con que los presentaremos seguido, a prácticamente todos (descartamos la discusión que se presentó en Japón sobre el tema entre K. YAMANAKA, J. LLOMPART y F. KANAZAWA, pues si bien conocemos la existencia de sus trabajos desconocemos el contenido²⁰⁷)²⁰⁸.

²⁰⁶ HIRSCH, HANS JOACHIM; *El derecho penal...*, cit., pág. 89. El autor menciona como ejemplos a las Universidades.

²⁰⁷ La discusión parece haber versado entre YAMANAKA como defensor de las postulaciones de HIRSCH y LLOMPART y KANAZAWA inclinándose por KAUFMANN. Mencionado en KAUFMANN, ARTHUR; *Filosofía del Derecho*, cit., nota 1, pág. 407.

Se observará que el tema es de importancia suma, pues derrama sus consecuencias sobre la extensión de las posibilidades regulativas del Derecho y la naturaleza de sus prescripciones. KARL ENGISCH ha sostenido que el saber hasta dónde se extiende el Derecho y donde comienza su limitación, sirve para descubrirnos el contenido del concepto mismo del Derecho²⁰⁹.

“Pocas preguntas referentes a la sociedad humana han sido formuladas con tanta persistencia y respondidas por pensadores serios de manera tan diversas, extrañas, y aun paradójicas, como la pregunta ¿qué es derecho?”²¹⁰

Como se verá, el tema tratado es una manera “paradójica” de terminar definiendo el Derecho, pues se lo trata precisamente a partir de sus límites²¹¹.

²⁰⁸ Para la ubicación en el marco de la Teoría del Derecho alemana de los autores que se analizan a continuación ver Anexo III (“La ubicación de la Doctrina Especializada en el marco de la Teoría del Derecho alemana”), esta teoría procede de dicho ámbito.

²⁰⁹ ENGISCH, KARL; *El ámbito de lo no jurídico*, cit., pág. 11. Cómo se debe utilizar la voz “Derecho”, se deduce esporádicamente, y no en forma clara, de algunas disposiciones legales de diversos ordenamientos jurídicos. La búsqueda de un concepto de Derecho, que sea más que una designación formal de conjunto para el compendio de las leyes y que diga algo sobre la realidad del contenido jurídico, es un problema actual. Una pura definición, estrictamente lógica del Derecho, en el sentido de un concepto construido a partir de rasgos característicos unívocos y cerrados, no puede darse. Sólo pueden aportarse concepciones del Derecho, y de ello existe un amplio número; así, desde el idealismo HEGEL concebía al mismo como libertad, y KANT como el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de un individuo puede conciliarse con el de otro conforme con una ley general de libertad. Para HART, el Derecho es el mecanismo por el cual funcionan las reglas; y para RADBRUCH es una realidad que tiene que servir a un valor, la justicia. Obsérvese la dicotomía planteada entre estos dos últimos, donde se resalta con claridad la diferencia entre *contenido de la ley* y *mandato legal*, el punto capital estriba en que para HART, para la validez de una ley sólo interesa la observancia del proceso legislativo formal, el contenido de la ley, por el contrario, no interesa; de éste concepto legalista de ley no se puede desligar el *método jurídico* desarrollado en el siglo XIX; al cual concierne la idea de que las sentencias judiciales deben ser una copia exacta de la ley, lo que llevó a decir a MONTESQUIEU que las sentencias judiciales deben ser una copia exacta de las leyes y a FEUERBACH que el juez se encuentra atado a los estrictos y claros términos de la ley, siendo su tarea sólo comparar el caso con dichos términos sin tener en cuenta el espíritu de aquella, condenando si el tenor de la ley condena y absolviendo si así lo impone. Esta imposición del “positivismo jurídico- científico” soslaya la cuestión de que una orden injusta o ilegítima del soberano ha de ser aceptada como válida pudiendo exigirse obediencia a su respecto; RADBRUCH entendía que la antijuridicidad legal se debe desligar del concepto de Derecho, pero dicho argumento de la antijuridicidad no se puede manejar, si el concepto de derecho se determina sólo de manera formal y no por su contenido; si no se puede decir –cuanto menos de forma aproximada- lo que es jurídico, tampoco puede estudiar lo que es antijurídico, es el contenido de la famosa “*Fórmula de Radbruch*” utilizada prolíficamente para condenar a los líderes nacionalsocialistas y a los “guardias del muro” y líderes de la República Democrática Alemana. De todas formas, si bien existe peligro en la observancia ciega de *leges corruptae*, también lo hay en un sistema de “discrecionalidad” como sucedía en el derecho natural del siglo XVIII en detrimento de la ley o en un sistema como el del “movimiento del derecho libre”. El contenido expreso de la *fórmula de Radbruch* era: “El conflicto entre justicia y seguridad jurídica puede resolverse de forma que se dé prioridad al derecho positivo, asegurado por la promulgación y el poder, incluso si éste no es razonable y es injusto en sus contenidos, excepto en el caso en que la contradicción entre el derecho positivo y la justicia se vuelva tan intolerable que la condición de ‘derecho incorrecto’ tenga que hacer lugar a la justicia”.

²¹⁰ HART, H. L. A.; *El concepto de Derecho* (Traducción de Genaro R. Carrió), Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 2004, pág. 1.

HART, quien no es un monografista del tema que tratamos, señaló que una de las dificultades de definir al Derecho estriba en que no resulta tarea sencilla incluir casos con características comunes dentro de su alcance, pues a un nivel relativamente elemental existen “casos marginales” sobre los que ha de detenerse la comprensión jurídica²¹².

²¹¹ ENGISCH, KARL; *El ámbito...*, cit., pág. 11.

²¹² HART, H. L. A.; *El concepto de Derecho*, cit., págs. 18 y 19. El problema de la delimitación del Derecho como ciencia, parte de divergencias profundas, como las del enfoque positivista y el analítico, la diferencia entre Derecho y moral; la crítica a un “sistema de reglas”, donde encontramos como ponentes relevantes a Kelsen, Hart y Dworkin; pero también, en el interior de estos pensadores, existen situaciones no aclaradas por ellos mismos, así “...en el caso de Kelsen y Hart, no está claro si existe continuidad o ruptura entre *La teoría pura del derecho* y *La teoría general de las normas*; y tampoco, si los incompletos opúsculos de Hart logran aclarar una serie de críticas, dudas, acusaciones, que no está claro si eran efectivas y si persistieron hasta su desaparición. Los tres autores difieren en el tipo de demarcación del derecho... Hart y Dworkin quizá se distancian de Kelsen en que el tipo de fundamentación buscada no es lógica; más bien es cultural, el primero en hechos positivos de derecho, el segundo en la interpretación de las acciones jurídicas. De estas dos posiciones antagónicas según Dworkin y compatibles según Hart, es posible deducir que sus diferencias residen en el alcance descriptivo de la teoría de Hart y la renuencia a declarar su postura como teórica en Dworkin...” (Bolívar Espinoza, Augusto; *Una paradoja de la situación intelectual contemporánea: de las políticas de estado, una reflexión desde Kelsen y Kant*, en www.revistapolis.cl, Polis Revista on-line de la Universidad Bolivariana, año/vol. 2, nro. 007, Universidad Bolivariana, Santiago de Chile, pág. 4).

§4. El “espacio libre de derecho” para Arthur Kaufmann²¹³.

El “espacio libre de Derecho” en el Derecho Penal. El no triunfo de la teoría y su relevancia. Los casos en que el Derecho Penal se abstiene de valorar. Ejemplos. La retirada de valoración pese a la juridicidad de la conducta. El “espacio libre de Derecho” como espacio jurídicamente no valorado. La necesidad de la vinculación entre Derecho y moral. Diferencia entre los “espacios libres de derecho” y los “vacíos de derecho”. La interpretación como “no prohibición” de la conducta. El rechazo de la idea de conductas neutrales o irrelevantes. El rechazo del dogma de plenitud hermética del ordenamiento jurídico.

En un primer paso, el autor citado sostiene que ésta teoría tiene *relevancia* para el *Derecho Penal*, pues es en esta última disciplina donde despliega su principal significación.

Su significación práctica se demuestra en cuestiones penales especialmente importantes y donde el hombre adquiere su total dimensión de “hombre responsable”²¹⁴.

No se escapa a KAUFMANN que la doctrina *sub examine* no llegó a imponerse, pero que ello se ha debido a graves malentendidos. Entre estos últimos se encuentra la postura que, entiende, renuncia a la regulación jurídica en el ámbito propio de la criminalidad; por ejemplo en relación con el aborto, como conducente a un *estado de naturaleza sin derecho* y, en consecuencia, al reconocimiento del derecho del más fuerte. Así, en el ejemplo de la interrupción del embarazo, los partidarios a favor y en contra del mismo podrían librar una abierta batalla campal en la clínica donde se practica la operación pudiendo infligirse lesiones recíprocas sin que de ello se desprendan consecuencias jurídicas, Kaufmann critica esto por absurdo²¹⁵. Se trata, en rigor, de una objeción, según la cual el *espacio libre de derecho* conduciría a un estado natural desligado del Derecho, esto es ridículo²¹⁶.

El autor enrola dentro de esta teoría a los casos en los cuales el ordenamiento jurídico liberal, siendo la cuestión de que se trate éticamente discutida, se abstiene de valoración. En dicho escenario *no se prohíbe y tampoco se permite* sino que se deja un *espacio libre de derecho* dentro del cual, el “hombre responsable” es llamado a una

²¹³ Seguimos en el desarrollo del pensamiento de ARTHUR KAUFMANN las ideaciones volcadas en su obra “*Filosofía del derecho*”, el núcleo de su tesis se halla en “*Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung*” (“Ámbito libre de regulación jurídica y decisión sujeta a la propia responsabilidad”), en *Festschrift für R. Maurach*, 1972.

²¹⁴ Esto último es también compartido por HIRSCH. HIRSCH, HANS JOACHIM; *El derecho penal...*, cit., pág. 90.

²¹⁵ La crítica corresponde a HIRSCH (*El derecho penal...*, cit., pág. 105).

²¹⁶ KAUFMANN, ARTHUR; *Filosofía del Derecho*, cit., pág. 409.

decisión moralmente libre y sólo ha de responder de acuerdo con su consciencia y el Derecho debe respetar esto²¹⁷.

Ejemplos de esto son: a) el de la *tabola unius capax* o *tabla de Carneades*²¹⁸, b) la “eutanasia” de los médicos de los internados nacionalsocialistas para excluidos sociales, c) el caso del guardagujas, d) el caso del alpinista y e) el caso del aborto indicado.

Se trata de formas de comportamiento que son del todo jurídicamente relevantes y que también están jurídicamente reguladas; pero para las cuales el orden jurídico, no obstante, por algún motivo, prescinde de valoración.

“Espacio libre de Derecho” no significa *jurídicamente no regulado* sino *jurídicamente no valorado*. Reconoce el autor que la expresión “libre de derecho” es inapropiada y de ahí las confusiones que se han suscitado, pues los legos en la materia jurídica se representan bajo el “espacio libre de derecho” un ámbito ajeno a cualquier regulación jurídica, lo que no sorprende pues no les es posible diferenciar entre “no

²¹⁷ La distinción entre Derecho y moral es un problema de especial preocupación para KAUFMANN, pues las contradicciones de valores dentro de la esfera del deber ser –normativa-, en especial aquellas entre el Derecho y moral, son fatales pues traen aparejado inseguridad; ello se da principalmente cuando la moral permite algo que prohíbe el Derecho (lo que explica los casos de *delinquentes por convicción*, *derecho de resistencia* –legitimada moralmente pero no jurídicamente, pues no existe un Derecho contra el Derecho-, la *desobediencia civil*); o cuando la moral niega algo que el Derecho autoriza (v.g. el aborto). Es cuestionable si tales contradicciones existen normalmente o si pueden ser evitadas, si se concibe al Derecho y a la moral como una unidad, no puede haber contradicciones o éstas se diluyen debidamente interpretadas, si se los entiende como estrictamente separados, pueden existir contradicciones valorativas entre los dos ámbitos, pero ellas no tocan ni a uno ni a otro pues no hay puntos de conexión. Pero para KAUFMANN ninguno de ambos supuestos se da (no existe ni unión ni separación estricta), por ello las contradicciones respecto a valores aparecen y rozan la comprensión tanto del Derecho como de la moral (*Filosofía del Derecho*, cit., págs. 399 a 400). Esta relación entre Derecho y moral que presenta el autor permite entender que el *espacio libre de derecho*, es para él, libre en cuanto *valoración*, no por que falte una regulación jurídica, pues el supuesto que fuere (de lo que se verán *infra* ejemplos al reseñar la polémica planteada con HIRSCH), que no sea prohibido-permitido ha de ser fijado por la ley, será un espacio libre de *valoración jurídica*, así presentado, no hay colisión con la valoración moral. Cuando se presentan contradicciones entre Derecho y moral (por cierto no deseables), la esfera del deber ser, libre de contradicciones cede, en tales casos, la moral, debe ejercer una función crítica frente al Derecho (*Filosofía del Derecho*, cit., págs. 401 y 402).

²¹⁸ CARNEADES (214-129 a.C.) era un filósofo griego que fundó la *Tercera o Nueva Academia*, es quizás, el más importante de los antiguos escépticos, y su postura filosófica implica confrontación contra los estoicos. Su obra se conoce especialmente por las referencias de CICERÓN (Libro III de la *República*) donde lo presenta hablando en dos jornadas consecutivas, en su visita como embajador a Roma (155 a.C.), primeramente a favor de la idea de una justicia inmutable y del Derecho natural, universal, intangible y modelo eterno del derecho positivo; y al segundo día en contra de la posibilidad de un Derecho natural y a favor de una justicia convencional que represente intereses particulares. En este segundo día, refiriéndose en contra de la justicia sostuvo que este concepto implica “no matar a otro hombre, no afectar de ninguna manera a un tercero”, es allí donde esboza su famoso ejemplo de la *tabola unius capax* (ver análisis *infra*), concluyendo que si el hombre más fuerte mata al más débil para salvarse será sensato, si decide no hacerlo será justo pero necio.

punible” y “no regulado penalmente”. El error también se sustenta en que dentro de la misma teoría hay quienes se expresan de manera poco precisa.

Los modos de comportamiento que no están regulados jurídicamente, puesto que el Derecho no se interesa en absoluto por ellos se denominan en la Teoría del Derecho “vacíos de derecho” (*vacuum legis*), se trata de actividades jurídicamente irrelevantes: comer, beber, dormir, pasear, *et sit cétera*.

En cambio, el *espacio libre de derecho*, se trata de *acciones relevantes y reguladas jurídicamente*, que pese a ello *no pueden ser valoradas* pertinentemente, ni en cuanto conformes a Derecho ni en tanto antijurídicas. Para caracterizar estas conductas se impuso la expresión (poco acertada entiende KAUFMANN) de “no prohibidas”, más correcto sería hablar de “espacio libre de valoración jurídica”, denominación que no pudo imponerse.

El *espacio libre de derecho* se relaciona con los casos de necesidad (estado de necesidad, interrupción del embarazo, participación en el suicidio), su regulación jurídica estriba en que la conducta correspondiente, conforme a la ley penal, bajo determinados supuestos se declara como: *no punible*. Qué es lo “no punible” –no antijurídico, no culpable, *et sit cétera*– no es regulada por el Legislador, con lo que queda reservado a la jurisprudencia y doctrina determinarlo²¹⁹. Creemos que yerra GUZMÁN DALBORA cuando de aquí deduce que el Derecho al enfrentarse a las dificultades insuperables de calificar como lícito o bien ilícito el obrar del que resuelve, y al no estar en su mano el suministrar una orientación clara y precisa de conducta, prohibiendo; o la inversa, facultando, se abstendría de valorar aquello que abandona a la voluntad del sujeto operante. No se trata que el órgano jurisdiccional o la doctrina posean discrecionalidad para deducir a su antojo lo que resta en éste espacio, sino que, de los tipos legales habrá de interpretarse la no prohibición de la conducta (v.g.: la no punición del aborto intentado por la propia embarazada –art. 88 del Código Penal Argentino–, importa tanto como decir que “no está prohibida la conducta de la mujer que intenta su propio aborto”, aunque ha preferido sostenerse el descarte de la antijuridicidad de la conducta en estos casos antes que expresar aquello).

²¹⁹ Sostiene KAUFMANN que el Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) ha interpretado de manera errónea la doctrina que estamos tratando.

ARTHUR KAUFMANN niega la idea de que se halle en la esencia del ordenamiento jurídico el ser universal –posición de su mentor GUSTAV RADBRUCH²²⁰–, pues vaciaría de sentido el concepto de Derecho; ya que, cuanto mayor es la abstracción, cuanto más se prescinde del contenido de Derecho, mayor será su ámbito de aplicación, siendo el caso extremo aquel en el cual se elimina todo contenido con sentido del concepto de Derecho. Sólo entonces este tiene de hecho carácter universal, pero ello reconduciría a un concepto puramente formal de la disciplina examinada, que nada diría sobre el mismo.

Este monografista de nuestra cuestión, en síntesis, entiende que el problema decisivo estriba en situaciones de conflicto que interesan al jurista penal y su coordinación con el ámbito libre de regulación jurídica, si esta última puede adaptarse a aquellos. Son hechos humanos “jurídicamente relevantes”, “valorativamente diferentes”, no son neutrales, irrelevantes o indiferentes; no son casos de libertad jurídica, sino que existe lesión a bienes jurídicos²²¹. KAUFMANN sostiene que en estos casos de conflictos dudosos (efectivamente tipificados), el ordenamiento jurídico *retira* sus normas y renuncia así a una valoración.

KAUFMANN rechaza, por otra parte, el dogma de la *plenitud y la ausencia de lagunas del orden jurídico*, pues entiende que el juez²²² no puede denegar justicia correspondiéndole la tarea de llenar las lagunas; rechaza la teoría de BERGBOHM, quien declaraba que la ley no tiene lagunas, donde lo que no cayera bajo ella sería “espacio libre de derecho”. Claramente, para aquel, las conductas jurídicamente *adiaphoras* no son problemática de su teorización en torno a un “espacio libre de derecho”, y las lagunas del Derecho son erradicadas a través del actuar productivo del juez (*creación- aplicación del derecho*). A KAUFMANN le interesa un “ámbito libre de derecho” restringido (sólo para la cuestión penal) y no el escenario más amplio, como se verá. Nosotros no podemos más que disentir con ello²²³.

²²⁰ Ver *infra* parágrafo 11 (“Gustav Radbruch y la negación de los espacios libres de Derecho”).

²²¹ Hay hechos humanos que en un estrato primario del ámbito libre de regulación jurídica, no son tenidos en cuenta. Acciones de conflicto que no se hallan en discusión, son las conductas atípicas.

²²² Las voces “juez” o “jueces”, “tribunal” o “tribunales” y “aplicador” o “aplicadores del Derecho”, son utilizadas indistintamente en éste trabajo. Cuando se habla de “función jurisdiccional”, hacemos referencia indistintamente a la “actividad judicial”, no nos ha interesado en éste trabajo la actividad de los órganos no judiciales que cumplan funciones jurisdiccionales (v.g. órganos administrativos), tampoco cobran relevancia en todo lo que sigue, las funciones de los jueces que no son estrictamente jurisdiccionales (v.g. coordinación administrativa de las reparticiones).

²²³ Ver *infra* parágrafo 19 (“Nuestra crítica a la posición de Arthur Kaufmann”).

§4.1.- El “espacio libre de valoración jurídica” de Rafael Márquez Piñero²²⁴.

Recepción de la tesis de Arthur Kaufmann. El “espacio libre de derecho” como “actuación no valorada”.

Importancia de la teoría. Regulación del Legislador con prescindencia de valoración. Distinción entre “comportamientos no regulados jurídicamente” y “espacio libre de Derecho”. Las conductas “no prohibidas” como superación de la diada jurídico/antijurídico. Rechazo del tertium non datur.

Siguiendo a ARTHUR KAUFMANN, MÁRQUEZ PIÑERO entiende que la doctrina del “espacio libre de Derecho” tiene un lugar de relevancia en la ciencia jurídica; y más específicamente en la dogmática penal (aunque reconoce que no ha triunfado por sus múltiples detractores), así, explica que entre la actuación jurídica y la antijurídica se halla la “actuación no valorada por el Derecho”, que se conoce como *espacio libre de Derecho*, referido mayormente a las conductas en estado de necesidad que son jurídicamente relevantes, pero que “racionalmente” no son susceptibles de ser valorados como jurídicos ni como antijurídicos.

En dichos casos, el Legislador regula, pero *ex profeso* prescinde de valorar, les deja el problema a los interesados; en buena técnica, este tema debe llamarse, explica MÁRQUEZ PIÑERO, “*espacio libre de valoración jurídica*”. En procura de defender la tesis que se presenta, el investigador de la Universidad Nacional de México reduce el marco de impugnaciones que ha recibido aquella a que se la ha visualizado como un retorno al estado de naturaleza y, consecuentemente, reconocimiento del Derecho del más fuerte, citando para ello a ARTHUR KAUFMANN, en rigor, incorrectamente, pues el ejemplo que éste último trae y aquel le endilga, en realidad se lo emplea para criticar precisamente la impugnación. Ambos autores dicen lo mismo, pero el mexicano parece no comprender al alemán, y más atendible aun, MÁRQUEZ PIÑERO se inclina expresamente por la tesis que defiende KAUFMANN, incluso sostiene que

“... ‘espacio libre de derecho’ no significa jurídicamente no regulado, sino jurídicamente no valorado...”²²⁵,

en una paráfrasis del discípulo de RADBRUCH.

²²⁴ Se sigue la obra del autor “Teoría de la Antijuridicidad Penal”, Universidad Nacional Autónoma de México, Serie Estudios Jurídicos, México, 2003, págs. 79 a 86.

²²⁵ MÁRQUEZ PIÑERO, RAFAEL; *op. cit.*, pág. 80.

Más interesante resulta la distinción que efectúa el profesor de la Universidad Nacional de México en cuanto que separa: a) *comportamientos no regulados jurídicamente*, que son aquellos por los que el Derecho no se interesa en absoluto, también llamados “vacíos del Derecho”, y b) *espacio libre de Derecho*, que son conductas relevantes y jurídicamente reguladas que, a pesar de ello, no pueden ser valoradas adecuadamente ni en cuanto conforme a Derecho ni en cuanto antijurídicas, también llamadas “no prohibidas”. Esta díada la compartimos como se verá en el marco de nuestra propuesta.

Ahora bien, en lo que hace a estas conductas “no prohibidas”, MÁRQUEZ PIÑERO indica que la dicotomía jurídicas/ antijurídicas no agota las formas de comportamiento relevantes. Explica que

“Las dos categorías se muestran ineficaces, de manera fundamental en los supuestos de ‘conflictos trágicos’²²⁶ y de necesidad existencial’, es decir, en situaciones límites.”²²⁷

Analizando el caso de la *tabla de carneades*, señala el profesor mexicano que se desemboca en este dilema, en un callejón sin salida del que no hay escapatoria

“...porque se diga que la acción de uno, en tanto ataque, es antijurídica y, en cuanto defensa, se torna jurídica; ya que agresión y defensa se encuentran indisolublemente unidas, porque una y la misma acción resultaría, así, jurídica y antijurídica: lo cual constituiría un ejemplo paradigmático de la vulneración del principio de contradicción. Al llegar a este punto, la dogmática jurídico- penal (conocedora únicamente de la dicotomía valorativa jurídico/ antijurídico) se encuentra en un callejón sin salida.”²²⁸

Conforme con KAUFMANN, rechaza el postulado del *tertium non datur* para estos casos, donde para la categoría jurídico- antijurídico, podría agregarse un “no prohibido” donde no se tiene que valorar, no subsiste una disyunción excluyente. Se trata de la consagración de un *orden libre*, el orden jurídico renuncia a valorar, y quien actúa es responsable, *per se*, del grado de corrección de lo que hizo,

²²⁶ No se refiere a la categoría epistemológica de “casos trágicos” de ATIENZA (ver *infra* párrafo 37 – “Derecho y argumentación jurídica como discurso racional”) de la que nos ocuparemos más adelante, sino que se trata de una expresión valorativa, de mala técnica, utilizada por el autor para referirse a un problema concreto de la realidad.

²²⁷ MÁRQUEZ PIÑERO, RAFAEL; *op. cit.*, pág. 81.

²²⁸ MÁRQUEZ PIÑERO, RAFAEL; *op. cit.*, pág. 82.

“...él mismo se erige en destinatario o centro de atracción de las responsabilidades dimanantes de su conducta.”²²⁹

²²⁹ MÁRQUEZ PIÑERO, RAFAEL; *op. cit.*, pág. 85.

§5. El “ámbito libre de regulación jurídica” de Hans Joachim Hirsch²³⁰.

Críticas y aspectos favorables de la teoría. Distinción entre “ámbito libre de regulación jurídica” y “ámbito libre de regulación penal”. Tertium non datur y conclusiones disyuntas, su exclusión. Diversas opciones para considerar las acciones como “conforme a Derecho”.

La teoría tiene una significación jurídico- penal y se trata de un *ámbito libre de regulación jurídica*, una zona que el ordenamiento jurídico deja sin regular, porque una regulación jurídica no resulta adecuada ni necesaria.

La crítica de HIRSCH –pues su teorización fluye de la contestación efectuada a ARTHUR KAUFMANN-, se aposenta en la considerable importancia que pretende otorgarse a la figura examinada en lo tocante a sus efectos en el Derecho Penal, las consecuencias abarcan no solamente la legítima defensa (incluyendo la de terceros), sino también la participación, el error, *et sit cétera*.

Asimismo resalta la “coartada” que se suministra al Legislador y a los jueces para mantenerse neutrales (“excluir su responsabilidad”) en problemas de colisión difíciles y controvertidos,

“...que de ninguna manera tienen carácter meramente académico.”²³¹,

llegando al extremo que con posiciones como estas pueden paliarse temas controvertidos y discusiones de *lege ferenda* reduciéndolas a su contenido objetivo.

Más allá de lo antedicho, el *ámbito libre de regulación jurídica*, entiende HIRSCH, ofrece al ámbito del Derecho orientado al concepto de la ausencia de lagunas, como al Derecho Civil; una fundamentación de Teoría del Derecho que permite distinguir entre el ámbito susceptible de que las lagunas legales sean integradas –un ámbito todavía jurídicamente abarcado-, y un ámbito que queda fuera de la regulación jurídica –que no representa una laguna legal y por ende insusceptible de ser integrado judicialmente-.

Aquí se produce un punto de inflexión en el pensamiento del autor que reseñamos: entiende que desde un punto de vista de la Teoría del Derecho nada puede reprochársele a la doctrina del *ámbito libre de regulación jurídica*, pero debe evitarse confundir esto con la cuestión del *ámbito libre de regulación penal*, pues el Derecho Penal es por esencia fragmentario; por lo cual, como regla, la sanción penal solamente representa

²³⁰ Seguimos en el desarrollo del pensamiento de este autor su trabajo “*El derecho penal y el ámbito libre de regulación jurídica*”.

²³¹ HIRSCH, HANS JOACHIM; *El derecho penal...*, cit., pág. 92.

una consecuencia accesoria para un orden normativo establecido en otro ámbito del Derecho. En consecuencia, en el ámbito no regulado por el Derecho Penal lo que se examina es el juego de *prohibiciones* y *permisiones* y de ello se deduce que en pocos casos la frontera del Derecho Penal puede coincidir con la del ordenamiento jurídico en general.

Esta crítica de HIRSCH, entendemos, no posee ningún flanco criticable, es perfecta desde la dogmática penal. La acompañamos.

No tiene el autor impedimentos para franquear las puertas a la admisibilidad de que existen “actividades libres”, pero sostiene que no existe una omnipresencia de las prescripciones jurídicas; así, al efectuarse un juicio de las actividades “*conforme a derecho*”, estas abarcan: a) los actos permitidos por el ordenamiento y b) todas las situaciones que el Derecho no toma a su cargo con el propósito de regularlas. Las primeras son las causales de justificación que revocan la antijuridicidad de una conducta y las segundas son lisa y llanamente “no antijurídicas”, es aquí donde ubica las conductas que destaca KARL LARENZ y que oportunamente reseñaremos.

HIRSCH precisa aun más, y examina la factibilidad de un *espacio no jurídico* desde el punto de vista de la lógica, y extrae: a) antijurídico y b) adecuado a Derecho, son opuestos contradictorios, se excluye una tercera posibilidad, se utiliza un concepto de la lógica formal en la cuestión de la teoría que examinamos al tomar en cuenta el *tertium non datur*²³². Entiende que la controversia se fundamenta en que se contraponen conceptos sin

²³² La cuestión se entronca dentro del análisis propio de las *conclusiones disyuntas*, y más precisamente como una *disyunción excluyente*, donde se afirma que una de las premisas es necesariamente verdadera, las otras no obstante son falsas:

o bien es A, o bien es B
A no es

por lo tanto, es B

Se excluye que A y B sean a un mismo tiempo, como también se excluye que no sea ni A ni B. Dicho en el esquema de nuestro problema:

Cirene realizó una conducta prohibida o justificada
Cirene no realizó una conducta prohibida

por lo tanto la conducta de Cirene está justificada

El *tertium non datur* fue puesto en duda, en 1907 por BROUWER, la suposición de que toda proposición matemática tiene que ser verdadera o falsa no es exacta, para ello, BROUWER destacó las dificultades que plantean las proposiciones sobre campos infinitos; así, la suposición de GOLDBACH de que todo número par es la suma de dos números primos, si bien puede comprobarse en muchos números, con ello no se ha demostrado todavía nada, pues todavía quedan muchos números en los cuales aun no se ha comprobado. La lógica tradicional afirma que, aunque no se sepa que tal enunciado es verdadero o falso, se sabe sin embargo que es verdadero o falso, para el constructivismo, esta suposición es infundada, un *salto lógico*, y los saltos

dar cuenta de su contenido. Para el monografista del tema que reseñamos, las opciones son las que siguen:

- a) “*Conforme a derecho*”, es todo lo que no es antijurídico, importa una norma jurídica permisiva. Así un comportamiento o choca con un deber jurídico o es objeto de una permisión. No es posible aquí un ámbito no regulado por el Derecho, pues se considera al Derecho como universal.
- b) “*Conforme a derecho*”, es simplemente lo “no antijurídico”, esto implica que un comportamiento simplemente no se contradice con el ordenamiento jurídico. Esta última posibilidad implica o bien que exista una norma jurídica permisiva, o bien que el ordenamiento jurídico no regula la cuestión. Esta intelección sí posibilita un ámbito no regulado por el Derecho.
- c) “*Conforme a derecho*”, importa, en un sentido restringido, la mera intervención excepcional de una causa de exclusión del injusto. También se posibilita aquí un ámbito no regulado por el Derecho, pues conforme a Derecho sólo actúa en éste supuesto en el campo propio de la excepción, se trata de un concepto contrario a antijurídico pero no contradictorio como lo es la necesidad de existencia de una norma jurídica permisiva.

Es fácil observar en los tres casos que falta un requisito de la antijuridicidad, sea del tipo que fuere.

lógicos deben evitarse necesariamente en las ciencias. En ALEXY, ROBERT; *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Palestra, Perú, 2007, pág. 206.

§5.1.- Sobre la “teoría del ámbito libre de Derecho” para Bacigalupo.

La frontera entre las causas que excluyen el ilícito y las causas que excluyen la culpabilidad. El rechazo de la teoría por incompreensión de la disyunción exclusiva “adecuado a derecho/ contrario a derecho”. La inconsecuencia de la postura de Bacigalupo.

Hemos insertado a este autor seguido del análisis de HIRSCH, pues no difiere de él en su crítica a la teoría que nos ocupa.

El magistrado del Superior Tribunal Español no es un monografista del tema, pero ha abordado la cuestión al analizar los límites entre causas que excluyen el ilícito y causas que excluyen la culpabilidad; advirtiendo que dicho margen es ambiguo, y en la actualidad se lo percibe como móvil. Pues, hay autores que reducen las causas de justificación y las acercan a las causas de exclusión de la culpabilidad, también se halla la tesis de MAURACH de la “responsabilidad por el hecho”, y, en bastante menor medida la “teoría del ámbito libre de Derecho” de aplicación a la problemática de las decisiones autorresponsables.

El problema de esta última teoría, y por lo que la desecha BACIGALUPO, es que pone en tela de juicio la “disyunción exclusiva” de *adecuado a derecho/ contrario a derecho*. También esfuman la distinción entre ilícito y culpabilidad²³³.

Sin embargo, BACIGALUPO, es inconsecuente con su propio análisis de la cuestión, pues en la oportunidad de examinar el peso del consentimiento presunto, bajo la óptica de la realización del riesgo en el marco de la teoría de la imputación objetiva, señala que:

“La otra suposición que explica el rechazo del consentimiento presunto es la referida a la posibilidad de aplicación del estado de necesidad en los casos relevantes en este marco. De esta manera, prácticamente todos los supuestos que generaron la figura del consentimiento presunto tendrían una solución adecuada en el ámbito de la justificación. Sin embargo, hay por lo menos dos razones que impiden la aplicación del estado de necesidad. En primer lugar, se debe señalar que el estado de necesidad no tiene la función de una cláusula general que neutralice las reglas de la justificación previstas legalmente para la solución de conflictos particulares. Consecuentemente, en aquellos casos en los que colisionan intereses

²³³ BACIGALUPO, ENRIQUE; *Derecho Penal. Parte General*, 2ª edición, Hammurabi, 1999, pág. 389 a 390.

jurídicos disponibles pertenecientes a un mismo titular —que son los casos de mayor trascendencia— las reglas del consentimiento (real o presunto) tienen preferencia, en principio, sobre las del estado de necesidad. Se trata de conflictos en los que el ordenamiento jurídico debe respetar la decisión libre del titular, sin asumir la tutela de una decisión ‘correcta’ externa sobre ámbitos reservados al libre desarrollo de la personalidad...”

“En suma, no parece adecuado tratar estos casos del consentimiento presunto en el ámbito del estado de necesidad, dado que en dichos supuestos no estamos frente a situaciones de conflictos ineludibles en los que se salva el bien que el orden jurídico declara más valioso a costa del menos importante. Por el contrario, en estos casos el autor asume el riesgo de resolver el conflicto de los intereses del afectado según la hipotética voluntad de éste...”²³⁴.

Entonces, no se entiende si, para Bacigalupo, es válido o no definitivamente un *ámbito libre de Derecho*, pues su primer rechazo parece restar en el plano de los puros asertos dogmáticos, ya que, al necesitar de esta construcción, echó mano de la misma sin tapujos.

No se insertará un espacio de crítica a este autor, pues la inconsecuencia aludida no permite analizar en profundidad su posición. Por otra parte, su rechazo inicial de la teoría se examinará a la luz de la crítica que se efectuará a HIRSCH²³⁵, en tanto que su aceptación, a más de insostenible desde su propio análisis, será criticada por la vena de la impugnación que efectuaremos a ARTHUR KAUFMANN²³⁶.

La distorsión de las puntualizaciones efectuadas respecto a BACIGALUPO denotan lo complejo y apresurado del abordaje que efectúan muchos penalistas respecto a la cuestión que nos convoca.

²³⁴ BACIGALUPO, ENRIQUE; *Derecho Penal. Parte General*, cit., págs. 301 a 302.

²³⁵ Ver *infra* parágrafo 20 (“Nuestra crítica a las posiciones de Hans Joachim Hirsch y José Luis Guzmán Dalbora”).

²³⁶ Ver *infra* parágrafo 19 (“Nuestra crítica a la posición de Arthur Kaufmann”).

§6. Los “campos jurídicos en que el derecho carece de imperio” para Karl Larenz²³⁷.

Comportamientos no regulados por el Derecho. Cuestiones dejadas en el “espacio libre de Derecho”. La teoría del “Derecho correcto”. Los principios extralegales: más allá del derecho positivo. El juez y la interpretación. Distinción entre “lagunas” y “espacio jurídico libre”.

El *ámbito libre de regulación jurídica* es aquel en que se desarrollan los puros procesos internos y formas de comportamiento, pensamientos, sentimientos, opiniones, convicciones religiosas, simpatías y antipatías. Todos ellos por su naturaleza no son adecuados para una regulación jurídica.

El Derecho puede valorar estos comportamientos en relación con la modalidad en que se exteriorizan, pero no constituyen por sí mismos el objeto de una regulación jurídica; estas esferas del quehacer humano se encuentran más allá del alcance del Derecho y devienen fundamentales para entender el verdadero sentido de una laguna de la ley, pues las reglas que se precisan para llenarlas de sentido se refieren sólo a conductas jurídicamente relevantes, no a cuestiones que han sido dejadas al *espacio libre de Derecho*.

Existen otras formas de comportamiento que se perciben en las relaciones interhumanas como ser el saludo o la despedida, reglas de la convivencia social o de los usos cotidianos, estos también ingresan dentro de la esfera no reglada pero valorada en su exteriorización.

Las ideaciones de LARENZ, acerca de la existencia de conductas que no son adecuadas para ser reguladas por el Derecho, se difuminan frente a su teoría del “derecho correcto”, como superadora de un Derecho basado sólo en reglas; sustentándolo, por el contrario, sólo en principios (v.g.: buena fe, *pacta sunt servanda*, principio de culpa, principio de igualdad de trato, principio de proporcionalidad, *et sit cétera*), pues claramente lo que hoy prescribe una regla, a la luz de un principio puede ser “no prohibido” o, por el contrario, pasar de permitido a prohibido²³⁸. Esta teoría es notablemente similar a la de *general principles of law* del profesor de Oxford, RONALD DWORKIN.

Es uno de los autores que intentan conciliar los postulados de la filosofía hermenéutica con la fe en que existen principios objetivos extralegales, suprapositivos, que

²³⁷ Seguimos en el desarrollo del pensamiento de este autor los lineamientos de su obra *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. Enrique Gimbernat Ordeig, Ariel, Barcelona, 1966.

²³⁸ KAUFMANN, ARTHUR; *Filosofía del Derecho*, cit., pág. 109.

funcionan como faros que guían la decisión correcta en Derecho. Para LARENZ, los principios jurídicos son los pensamientos directores de una regulación jurídica existente o posible. En sí mismos no son todavía reglas susceptibles de aplicación, pero pueden transformarse en reglas. Cuando remiten a un contenido intelectual que conduce a una regulación, son principios «materiales», aunque les falte todavía el carácter formal de proposiciones jurídicas, representado por la conexión entre un «supuesto de hecho» y una «consecuencia jurídica». Los principios indican sólo la dirección en la que está situada la regla que hay que encontrar.

Continuando con la línea del pensamiento de este autor, si los principios del derecho positivo son pensamientos directores y causas de justificación de una regulación, tiene que subyacer bajo ellos un pensamiento «más justo» y tienen que servir, por lo menos, de indicadores de los principios de Derecho justo. Si pensamos en serio que todo Derecho positivo, en la medida en que es «Derecho», está en el camino hacia el Derecho justo, su pretensión de validez sólo se podrá fundar cuando los principios del Derecho justo hayan penetrado en él, aunque lo hagan sólo bajo las especiales condiciones de este ordenamiento jurídico y de este tiempo, se manifiesten de un modo especial y puedan ser comprendidos.

Trasladando la anterior intelección a la teoría de la interpretación, para LARENZ, no debe olvidarse que el juez no está vinculado únicamente a la ley, sino «a la ley y al Derecho». Tiene que tomar la ley como expresión de una voluntad del Legislador orientada hacia el pensamiento jurídico en conexión con el conjunto del ordenamiento jurídico; y obviamente de los principios que el ordenamiento lleva consigo y que van más allá de la ley, cuando la ley presenta lagunas y necesita, según su propia intención, una limitación -por la vía de una reducción teleológica-, una ampliación -por la vía de una extensión teleológica o de una aplicación analógica- o una adaptación a la nueva situación normativa que ha quedado transformada. La vinculación del juez a la ley sólo es, por tanto, un aspecto parcial de su vinculación al Derecho en su conjunto.

No podemos más que coincidir con éste postulado, de allí que al presentar nuestras críticas a los teóricos que venimos reseñando, soslayaremos hacerlo respecto de éste autor. Sólo podemos adelantar que, no compartimos la idea de que dichos principios remitan a un contenido normativo objetivo -constante e inmutable- sino que cada uno de ellos está abierto a las interpretaciones que determinan las necesidades culturales;

valorativas, socio-económicas, *et sit cétera*, del momento, son, por tanto, plenamente maleables para la discreción judicial.

Por otra parte, distingue de manera correcta, entendemos, entre “lagunas” y “espacio jurídico libre”. Ambos conceptos deben ser diferenciados, como se verá más adelante²³⁹, y el catedrático de la Universidad de Munich, lo advierte perspicazmente. La expresión “laguna” alude a un estado incompleto, pero en definitiva, a un “litigio jurídico” pues la decisión solicitada afecta a una cuestión accesible a la regulación jurídica; en tanto que el *espacio jurídico libre* es un círculo más o menos amplio de asuntos que el orden jurídico ha dejado libre, no están sometidos, en principio, a la regulación jurídica²⁴⁰. No existe una laguna, ni siquiera una “laguna oculta”²⁴¹, cuando la ley ha querido regular definitiva y exhaustivamente una determinada cuestión,

“El que una regulación en este sentido haya de ser considerada exhaustiva o no, es algo que hay que constatar mediante la interpretación.”²⁴².

²³⁹ Ver *infra* parágrafo 50 (“La actividad creadora del juez ante las ‘lagunas’ y las ‘reglas injustas’”).

²⁴⁰ LARENZ, KARL; *op. cit.*, pág. 292 a 293.

²⁴¹ Para conceptualizar este tipo de laguna *vide infra* parágrafo 50 (“La actividad creadora del juez ante las ‘lagunas’ y las ‘reglas injustas’”).

²⁴² LARENZ, KARL; *op. cit.*, pág. 298. Sobre la relevancia de la interpretación para la delimitación de las lagunas: parágrafo 50 (“La actividad creadora del juez ante las ‘lagunas’ y las ‘reglas injustas’”).

§7. El “ámbito de lo no jurídico” para Karl Engisch.

Importancia del autor para la teoría. Engisch y el Derecho natural. El “ámbito vacío de Derecho”. Las antinomias progresivas explicativas. Límites y conceptos del Derecho. Ámbito libre de Derecho y concepciones del Derecho.

Su obra puede entenderse como el marco de referencia clásico de la teoría que nos ocupa.

Las conductas que el Derecho deja fuera de su órbita de regulación son: el amor, matrimonio, amistad, recreación, placer, religión y el arte. Todas ellas encuentran su forma concreta en el ámbito libre de regulación jurídica.

El Derecho tiene un campo limitado de conductas a regular, más allá de dicho espectro hay otras sobre las que aquel carece de imperio, como las mencionadas. En síntesis existen cuestiones contempladas y decididas por el derecho positivo, o lisa y llanamente no lo están. El Derecho carece de lagunas, pues el *espacio libre de derecho* se sitúa fuera de éste.

El problema que se plantea ENGISCH parte de su posición relativista respecto del Derecho natural y de la aceptación de valores inmutables. Se enrola entre los pensadores del postnacionalismo alemán que buscaban una superación del positivismo formalista, en una constante preocupación por lograr un criterio universal que asegure la vigencia de valores éticos permanentes en el orden positivo²⁴³. El jurista, para

²⁴³ Ejemplo de esto son también RADBRUCH, KAUFMANN y HIRSCH (así como su maestro WELZEL), a quienes también se menciona en el presente trabajo. RADBRUCH, si bien su campo es el de la filosofía del derecho, puede ser comprendido, también, entre los penalistas neokantianos, que se condujeron conforme al movimiento filosófico que tenía lugar en lo que ahora se denomina: filosofía de los valores. En 1920 la filosofía de los valores alcanzó un momento importante, en obras como las de STAMMLER, BINDER, LASK, RADBRUCH y M. E. MAYER.

La filosofía de los valores decidió renunciar a la idea de que las ciencias sociales debían conducirse bajo el método científico experimental de las ciencias naturales. Para ello elaboraron una distinción entre ciencias naturales y ciencias sociales, fue así que RUDOLF STAMMLER aplicó la teoría del conocimiento de KANT a la ciencia del Derecho, y llegó a la opinión de que la ciencia del Derecho sigue una metodología que –orientada a fines– se distingue plenamente de la metodología de las ciencias naturales. Por eso, a este autor se le debe la consagración del método teleológico en la ciencia del Derecho (ver en éste sentido LARENZ, KARL; *op. cit.*, pág. 112).

La corriente filosófica neokantiana, igualmente denominada *filosofía de los valores*, concibió al mundo (a la *realidad*) como un producto del conocimiento, evocándose con ello el pensamiento filosófico de KANT, quien advirtió que la realidad no se le presenta al hombre tal como es en sí misma, sino tal como el hombre cree que son las cosas. Por consiguiente, la escuela sudoccidental alemana decidió no *deducir* el deber ser a partir del ser, así que, en concreto el sistema de Derecho penal, para los penalistas neokantianos, contiene, más que otras cosas, elementos o categorías normativas dotadas de valor.

Los penalistas simpatizantes con la filosofía neokantiana, prosiguieron a *valorar* (a dotar de valor) las categorías penales; reconociendo en todo caso, que tanto el Derecho en general, como la norma penal, son un *valor*; más todavía, los penalistas neokantianos identificaron a la *cultura* como el mayor valor; y, como se

él, ha de conocer con certeza, hasta qué punto los criterios extralegales como la justicia y la equidad, tienen vigencia en el ámbito del Derecho; una cuestión más urgente que definir la justicia es determinar el campo que le incumbe a dicho concepto dentro del orden legal.

observa, el Derecho no es otra cosa que un valor cultural, en el mismo sentido la norma también es un valor. (SACHER DE KÖSTER, MARIANA; *Evolución del Tipo Subjetivo*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1998, págs. 87 y 88).

HANS WELZEL, maestro de HIRSCH, por el contrario, es el creador del *sistema finalista del delito*, la hipótesis principal del finalismo, consiste en concebir al injusto (no ya de modo naturalista) sino como injusto personal. La virtud dogmática más importante del finalismo fue la de haber trasladado, *definitivamente*, el dolo al tipo penal, derivando desde luego todas las consecuencias sustanciales que ello implica en el sistema penal.

El argumento filosófico más cálido del Derecho penal finalista consiste –contrariamente a lo argumentado por los penalistas neokantianos– en: no concebir a la realidad como un mero producto del conocimiento, sino que antes bien en la facticidad (en la realidad) va encerrada ya cierta normatividad; dicho brevemente, la fórmula del finalismo podría expresarse diciendo: “*el deber ser valorado en el ser*”; todo ello en atención a la ontología, a la *naturaleza de las cosas*. (GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, *Concepto y Método de la Ciencia del Derecho Penal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1999, págs. 98, 102 y 106).

Dado que el finalismo encontró su punto de partida en las críticas que HANS WELZEL dirigió al pensamiento penal neokantiano, y en particular al causalismo-valorativista, fue entonces que: surgió el intento de probar que en las “*estructuras lógico-objetivas*” (en el dolo por ejemplo) se da una mezcla de percepciones ontológicas y axiológicas (*de verdad y valor*). Concibió al Derecho penal como un sector jurídico que no permite valoraciones jurídico-culturales sino que sólo admite describirse respetando sus estructuras ontológicas fundamentales. A tal consideración llegó el finalismo por haberse guiado conforme al método ontológico (*naturaleza de las cosas*) en que se refugió.

La expresión “*naturaleza de las cosas*”, es un término que media entre el *ser* y el *deber ser*, esto es, se denomina naturaleza de las cosas al campo en que confluyen *realidad y valor*. ENGISCH ha dicho respecto de la naturaleza de las cosas: “Este *tertium* media entre deber ser y ser, es un *universale in re*, un deber ser en el ser (...) se denomina también naturaleza de las cosas, esto es, el *topos* en que confluyen realidad y valor” (ENGISCH, KARL; *La Idea de Concreción en el Derecho y en la Ciencia Jurídica Actuales*, trad. Juan José Gil Cremades, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1968, pág. 64).

Ciertamente, la naturaleza de las cosas es una explicación ontológica en que se aduce cierto *valor* en el ser. Esta consideración fue llevada al campo penal, nada menos que por HANS WELZEL, pues él creía que, en modo inseparable y preestablecido, a toda acción humana le era inherente –por naturaleza– una *finalidad*. En este sentido, y de modo general, debemos decir que la naturaleza de las cosas fue el fundamento que ocupara WELZEL para identificar lo que él denominó *estructuras lógico-reales de la acción*: la *finalidad*.

Para concluir, es interesante resaltar el contraste de algunos presupuestos filosóficos de los neokantianos y de los finalistas:

- a. *Concepto de “realidad” para los neokantianos*: Como se vio más arriba, los filósofos neokantianos vieron en la realidad un contexto heterogéneo, y caótico, no algo predeterminado y organizado; correspondiendo así a la *ciencia*, a través de las *formas* del yo empírico, la tarea de organizar esa *realidad*. El neokantismo considera a la ‘realidad’ como un proceso de transformación cuyas condiciones básicas están situadas en la *estructura de nuestro pensamiento*. Por ello, el significado jurídico de una categoría no se deduce de la realidad en sí, más bien se deduce debido a la creación de conceptos con sentido y finalidad: los fenómenos jurídicos aparecen como ‘producto de la formación de conceptos de las ciencias culturales. Los conceptos jurídicos pierden su carácter naturalístico y son adheridos a un marco de significación y sentido teleológico. (Conf. LARENZ, KARL; *op. cit.*, pág. 113).
- b. *Concepto de “realidad” para los finalistas*: Según el finalismo la realidad no es –contra el neokantismo– algo caótico, sino algo ordenado y pleno de sentido. Así, la acción humana, antes de ser regulada por el Derecho es realidad ya organizada, con un contexto ontológico definido; de tal manera que los conceptos normativos no transforman ni organizan –como querían los neokantianos– la realidad (la acción humana por ejemplo); sino que los conceptos normativos encuentran una realidad con una estructura ontológica organizada y plena de valores, dichos elementos normativos (en tanto actos legislativos) se limitan entonces a la descripción de esa realidad.

Planteadas así las cosas, la determinación del concepto del Derecho y del campo de acción del mismo, adquiere el carácter de un problema concreto, acerca del que ENGISCH trata en su obra “El ámbito de lo no jurídico” que aquí se reseña.

Lo antedicho puede servir como puntualización de las cuestiones primarias que trata el profesor de Heidelberg y Munich en su obra, mas ingresando de lleno en el “ámbito de lo no jurídico”, la cuestión se plantea a nivel de la conceptualización del Derecho mismo²⁴⁴ y hasta dónde se extiende y comienza su limitación, entendiendo los límites se comprende el tipo de ordenamiento jurídico.

La construcción del monografista del tema que reseñamos radica en que el Derecho está limitado, existe un “ámbito vacío de derecho” pluridimensional y más o menos extenso. ENGISCH entiende que los límites del Derecho son objeto de una antinomia, resumiendo en axiomas progresivos las postulaciones de aquel podemos destacar que los que siguen son los espacios que el Derecho no puede alcanzar con su regulación (tesis), y se destaca como “rechazo” las críticas a dichos axiomas (antítesis):

- a. *El Derecho se dirige sólo a los hombres.* Por ello se excluyen los seres inferiores y superiores y las fuerzas de la naturaleza. Para el primer caso el profesor de Heidelberg se apoya en los estoicos citando que “Entre los animales y nosotros no existe relación jurídica alguna”; para el segundo supuesto postula que el hombre no tiene ninguna pretensión jurídica ante Dios.

Rechazo. El pensamiento jurídico puede reglar también la relación entre Dios y los hombres (v.g.: el viejo testamento, las ideaciones acerca del pecado –“no dar a Dios lo que se le debe”- de ANSELMO DE CANTERBURY en la Edad Media, la religión romana –en que el campesino romano creía encontrarse en una relación contractual con los dioses, donde para ambas partes la *fides* tenía el mismo valor que en los contratos humanos- y CALVINO en su concepción con categorías jurídicas de las relaciones entre Dios y el hombre, entre otros), al igual que entre el hombre y los animales (ENGISCH cita en apoyo de su tesis

²⁴⁴ Definir es conocer la esencia de algo, de acuerdo a su sentido originario *definición* importa “limitación”, de allí que el concepto de la esencia del derecho se aclare mediante limitación. ENGISCH, KARL; *El ámbito...*, cit., págs. 11 y 12.

que la historia del Derecho proporciona ejemplos de procesos y penas contra los animales, como asimismo que es admisible la legítima defensa contra ellos²⁴⁵) y finalmente es posible calificar como arbitrarios los hechos de la naturaleza (v.g.: la tormenta y el granizo pueden configurar situaciones policialmente ilegítimas).

- b. *No todos los hombres caen dentro de la jurisdicción del Derecho, o al menos, de un determinado Derecho.* Los esclavos y los proscriptos están fuera del Derecho, y los extranjeros se encuentran excluidos de sus disposiciones.

Rechazo. No hay hombre alguno que esté absolutamente excluido del orden jurídico; todo hombre nace dentro de una comunidad jurídica y es tutelado por ella mientras se encuentre bajo su esfera y no se traslade al ámbito de otra comunidad jurídica, y aun en este último supuesto es del caso destacar que la “liberación” jurídica no está siempre autorizada sin reservas (v.g. obligación de retorno en caso de guerra). En otro orden de ideas, las normas jurídicas se refieren en cierta medida a los extranjeros y apátridas, los casos de exención se basan en títulos jurídicos especiales (cita como sustento normativo el art. 4º del Código Penal alemán, similar al art. 1º del Código Penal argentino). Los esclavos y los proscriptos, si bien en la antigüedad podían no ser considerados sujetos de Derecho, no es menos cierto que estaban sometidos a las normas jurídicas.

- c. *El hombre no se halla determinado por un ordenamiento jurídico en la totalidad de su existencia.* Sólo la conducta externa *–forum externum–* del hombre, no la interna *–forum internum–*, es accesible para el Derecho; los pensamientos están sólo sometidos al juicio del individuo (*cogitationis poenam nemo partitur*).

Rechazo. Existen obligaciones y culpas jurídicas respecto a sí mismo (el hombre), todo daño a sí mismo y toda negligencia con respecto a sí, afecta a otros y a la comunidad (v.g. suicidio, autolesiones, vicios, manías). ENGISCH menciona como ejemplos de esto los procesos contra

²⁴⁵ Actualmente la doctrina mayoritaria admite sólo el estado de necesidad contra los animales.

los herejes, al Derecho Canónico y a la Ley de Liberación del nacionalsocialismo donde se castiga como “activista” a aquel que se haya manifestado como convencido partidario de la dictadura nacionalsocialista, especialmente de su teoría racial.

- d. *También en la regulación de las conductas externas el Derecho reconoce límites.* El Derecho “no puede hacer que lo sucedido no haya sucedido”²⁴⁶, sólo el presente y el futuro están abiertos al Derecho; sin embargo, este último también tiene sus límites, el futuro no puede quedar ligado permanentemente al Derecho, no pueden dictarse disposiciones inmodificables, no existen vínculos eternos (v.g. no puede impedirse la desuetudo).

Rechazo. La experiencia histórica demuestra que el Derecho no siempre se detiene en los lindes de las posibilidades, “el afán por lo aparentemente imposible crea a menudo un plus de lo posible”²⁴⁷. De lo anterior, puede señalarse, por caso, que la voluntad de vincular y conformar el futuro tiene un sentido fundado (v.g. cláusula de irreformabilidad de las constituciones); asimismo la presencia de leyes retroactivas es un argumento en contra de la impotencia del Derecho ante el pasado.

- e. *El Derecho tiene que dejar libres las “legalidades superiores propias” de otras ciencias.* De este axioma se deduce que, el profesor de Heidelberg entiende que el Derecho no debe avanzar sobre el arte, la economía y muy particularmente sobre la política; pues aquí ya no se trata de la interioridad del hombre sino que, el Estado, que se halla encargado de solucionar los conflictos, puede ser sólo sujeto pero no objeto del poder de decisión; lo que lleva a concluir a ENGISCH que la razón de estado está por encima, no bajo el Derecho y que cuando este

²⁴⁶ ENGISCH, KARL; *El ámbito...*, cit., pág. 15.

²⁴⁷ ENGISCH, KARL; *El ámbito...*, cit., pág. 34.

último atenta contra aquel, es esencialmente revocable. El estado de necesidad del Estado permite cualquier solución²⁴⁸.

Rechazo. El respeto a las “legalidades propias” de otras disciplinas no son límites infranqueables, aun los regímenes liberales limitan mediante prohibiciones y por caso los “Estados totales” limitan irrestrictamente cualquier ámbito (se cita a HOBBS, quien sostiene que el Estado puede evitar el caso sólo cuando su alcance jurídico es ilimitado). Las representaciones jurídicas penetran el arte, la economía (para este supuesto se cita a STAMMLER, “el derecho es la condición lógica de la economía social...(no es concebible) una legalidad independiente que se refiera a la vida económica sin consideración alguna a la ordenación jurídica condicionante en ese momento...” o la política (se cita a E. WOLFF “...después de 1600 no hay en Europa un ámbito libre de derecho en actuar político.” y a Kelsen “los actos administrativos son actos jurídicos lo mismo que la legislación o el acto judicial.”; se sostiene que los actos de gobierno, los actos políticos revolucionarios o los hechos de guerra, si bien pueden restar fuera del control judicial, no pueden quedar fuera del Derecho, son exigencias jurídicas productoras de Derecho que no se realizan en un *ámbito vacío de derecho*).

- f. *No sólo el estado de necesidad estatal se encuentra fuera del Derecho sino cualquier estado de necesidad.* La necesidad no conoce ley, pues en dichos casos, el Derecho no está ya contra el Derecho, sino la Naturaleza contra la Naturaleza; la actuación en un caso de necesidad está por lo tanto “no prohibida” concluye el profesor de Heidelberg.

Rechazo. El caso de necesidad “no prohibido” es, en rigor, una autorización jurídica, pues normalmente estaría prohibido; la indiferencia del Derecho es, en realidad, un criterio jurídico.

- g. *Ámbitos libres de regulación vinculados con la libertad del hombre.* Este último axioma se presenta como la mayor refinación del “vacío del

²⁴⁸ ENGISCH entiende que entre los Estados persiste el estado de naturaleza, argumento de los contractualistas clásicos por cierto.

derecho”, pues si el Derecho se detiene ante el estado de necesidad es por respeto al instinto de autoconservación. Pero el punto angular de la autolimitación es la tendencia del hombre a la libertad, el Derecho estatuye prohibiciones mas sólo en interés del prójimo y de la comunidad, las limitaciones siempre son un *mínimum* y las facultades un *máximum*, aun en una época de creciente regulación de las relaciones sociales como la actual, la libertad en el uso de derechos y facultades es lo que prima (v.g.: libertad de religión, de arte, de ciencia, *et sit cétera*). Si bien el Derecho se sirve de prohibiciones, “la última responsabilidad por su hacer y por su omisión la tiene cada uno no ante el derecho, sino ante otras instancias –la moral-“²⁴⁹. De aquí, sostiene ENGISCH, se explica porqué desde antiguo, el Derecho, apartándose de sí mismo, se refiera a las reglas de la equidad y la costumbre²⁵⁰.

Rechazo. Se cita a STAMMLER y se sostiene que “cuando un orden jurídico permite a sus miembros, dentro de ciertos límites, decidir libremente,... ésta es sólo una forma y tipo especial de ordenación de la vida comunitaria respectiva...”, en igual sentido RADBRUCH “La aparente anarquía que existe (en)...un orden jurídico, es en verdad, regulación anárquica de hechos litigiosos mediante la ordenación jurídica, y significa la entrega de los mismos al libre juego de las fuerzas que en ellos actúan.”. Se trata de un ámbito jurídico reglado en *sentido negativo*, no hay ningún límite determinable *a priori* del grado hasta donde el orden jurídico puede abarcar las conductas de los hombres –en este caso se citó a Kelsen-.

- h. *Lex imperfecta.* Este supuesto contempla los casos de falta de sanción para el supuesto de que se trate, o imposibilidad de recurrir a un tribunal de justicia para el problema o en definitiva la imposibilidad de ejecución; el ejemplo para ello es la teoría de los “actos de gobierno” y de la no

²⁴⁹ ENGISCH, KARL; *El ámbito...*, cit., pág. 20.

²⁵⁰ Como ejemplo se cita el *caso del huésped*, con quien el anfitrión no celebra locación de habitación, ningún contrato de depósito de las maletas y no se cumple ningún contrato de mandato cuando se lo recoge; hay una eliminación contractual de la responsabilidad, hay una libertad jurídica.

judicialidad de tales actos. Sin embargo, aun cuando hubiera viabilidad para administrar justicia en el caso, pueden presentarse “ámbitos vacíos de derecho”, en los supuestos en que el orden jurídico no de al juez o funcionario respuestas, es el caso de las “lagunas” –espacios delimitados y en cierta manera llenos, del cual ha quedado sin llenar una parte; la parte vacía debe estar dentro de la delimitación-, frente a las cuales los juristas pueden experimentar un “*horror vacui*”, finaliza ENGISCH.

Rechazo. Las lagunas son sólo aparentes o transitorias, no verdaderas o definitivas. Las lagunas son de la *ley*, un texto jurídico puede contener vacíos, pero no el *orden jurídico* (se cita a BINDING), este es unitario en tanto tal, ya sea que uno se refiera en ello a una unidad lógica o teleológica. El Derecho es siempre una totalidad sin lagunas que no necesita ser llenado desde afuera, a lo que se aduna que, una respuesta negativa a una cuestión jurídica, es también una respuesta.

ENGISCH procura superar este juego dialéctico, advirtiendo que las dudas que se presentan son múltiples, el Derecho deviene

“...en una instancia dotada de imperio en donde lo único que es incierto, es su competencia y alcance”²⁵¹

Puesta la cuestión así, el problema del *ámbito vacío de derecho* se presenta entre dos preguntas posibles:

1. ¿Se encuentra el Derecho por encima de todos los otros poderes de la existencia? o
2. ¿Existe una esfera impenetrable, una jurisdicción en la que no puede entrar el Derecho?

Las respuestas a los interrogantes remiten a la idea del *concepto de Derecho*, que introduce la amplitud y los límites de esta disciplina, para fijar así su campo libre. Sin embargo, se observa aquí, la posibilidad de caer en un círculo; se pretendió dilucidar el

²⁵¹ ENGISCH, KARL; *El ámbito...*, cit., pág. 45. Si bien las dudas, el profesor de Heidelberg las analiza a la luz de las relaciones entre *Derecho* y *política*, es interesante resaltar que, no se introduce de lleno en la cuestión; pero también se puntualiza en la relación entre *Derecho* y *moral*, en saber hasta que punto aquel tiene que inclinarse ante las exigencias de ésta, o hasta que punto el Derecho es soberano e independiente frente a la moral. Se pregunta: ¿puede quedar sin valor una proposición jurídica a raíz de un conflicto con la moral?, ¿tiene que ceder el Derecho, negando el principio de legalidad ante las exigencias de la opinión pública puniendo conductas inmorales? Esta pregunta es una cuestión que procuraremos responder en este trabajo.

concepto de Derecho determinando sus límites, y ahora se busca a través del concepto de Derecho señalar sus límites.

ENGISCH afirma, en tren de sortear el dilema preseñalado, que la aceptación de un *ámbito libre de derecho* depende absolutamente de la concepción que se tenga del Derecho. Por caso, el positivista llegará a resultados distintos de aquel que cree en el Derecho natural²⁵², en este sentido, la solución que postula el autor estriba en señalar distintas concepciones del Derecho a fin de analizar si el vacío del mismo se presenta en las mismas.

I. *El Derecho como un conjunto de autorizaciones.* Esta concepción examina al Derecho principalmente en su aspecto subjetivo, los derechos son privilegios.

Para ésta concepción, el *ámbito vacío de derecho* empieza donde termina el círculo de derechos subjetivos. Quien no puede ser sujeto de derechos, se encuentra sin derecho alguno (la libertad jurídica aparece donde falta la autorización), en un “ámbito vacío de derecho”, aquello que no está sometido a autorizaciones es un objeto libre de juridicidad (se cita a BINDING).

Es la doctrina que ilumina los conceptos de *res extra commercium*, o el mar como *res nullius*.

II. *El Derecho como conjunto de normas (teoría imperativa).* Se analizan aquí a las normas pero sólo en cuanto órdenes, prohibiciones y mandatos. Se trata de imperativos categóricos, de exigencias absolutas, no de advertencias o pedidos. Importa sólo que, el destinatario de la norma, se deje dirigir por el imperativo conduciéndose de acuerdo a él, no interesa que obedezca por razones ulteriores (v.g. consideración de la legitimidad de la orden, el temor a la pena o la coacción, *et sit cétera*).

Por esta concepción, existe *ámbito vacío del derecho*, allí donde no exista una conducta motivada por un imperativo. Se presentan entonces cuestiones del alcance de los imperativos, por caso, las relaciones del hombre con Dios, la naturaleza, los hombres que caen dentro o fuera del Derecho (extranjeros, esclavos, *et sit cétera*), las referencias espacio- temporales de las normas, la

²⁵² RADBRUCH, y su discípulo KAUFMANN, procuran precisamente superar esta antinomia. KAUFMANN, ARTHUR; *Filosofía del Derecho*, cit., pág. 83 y ss.

factibilidad o no de reglar el *forum internum* del individuo y el peligro para la “libertad de pensamiento” conlleva; en síntesis, los casos de antinomia preanalizados²⁵³.

A la luz de esta concepción, un *ámbito libre de derecho*, es aceptable, pues el hombre tiene que prohibirse sólo aquellas formas de conducta que implican en sí mismas un serio peligro de violación jurídica. Una mayor ampliación de este ámbito lo constituye el “riesgo permitido” (aquellas conductas no prohibidas que de por sí conllevan un peligro pero que la vida cotidiana precisa para su devenir normal).

Esto entiende ENGISCH aproxima al campo de las acciones “no prohibidas”, que se presentan por las razones más diversas, por lo que no vale la pena considerarlas singularmente, sobre todo teniendo en cuenta que denotan la imposibilidad de organizar la vida mediante órdenes teniendo en cuenta la variabilidad de las manifestaciones conductales humanas.

El Derecho retrocede sus mandatos ante ciertas situaciones. La idea se sostiene especialmente para el caso de necesidad, en tales supuestos se produce un *ámbito vacío de derecho*, una situación jurídicamente no reglada. En este ámbito la acción no está *autorizada*, pero tampoco *prohibida jurídicamente*, se encuentra simplemente *no prohibida*. ENGISCH advierte que desde el punto de vista de una *Teoría Imperativa* carecería de sentido distinguir “no prohibido” de “autorizado”, y señala que ello sólo puede mantenerse sobre la base de una *Teoría de la valoración de la norma*.

- III. *El Derecho como conjunto de “normas valorativas”*. Se trata de aprobaciones y desaprobaciones de criterios judicativos. Se caracteriza por los principios de “normas sin destinatario” o “ideal del deber ser” (se cita a MEZGER). El Derecho no se concibe aquí como ordenando autoritariamente a los destinatarios, sino que proporciona “juicios de valor” de acuerdo con los cuales podemos y

²⁵³ ENGISCH advierte que la libertad jurídica de lo, por su propia naturaleza, no prohibido, es mucho más significativa que el vacío jurídico creado mediante simples excepciones de prohibiciones. El mayor peligro para las libertades es el que se encierra en el aumento de los mandatos, es dable resaltar que los órdenes jurídicos de los *Estados de derecho* o *liberales* prefieren las prohibiciones postulando que lo que no se halla prohibido, está permitido; por el contrario el *Estado de Policía* o *total* se sirve de los mandatos, todo lo que no se realiza de acuerdo a estos, está prohibido (*El ámbito...*, cit., págs. 69 y 70).

debemos orientarnos cuando haya que adoptar una posición jurídica con respecto a un marco dado.

A la luz de esta concepción, todo puede ser objeto de valoración jurídica (v.g. conducta de los incapaces, animales, relaciones con la deidad, *et sit cétera*), desde el punto de vista de la lógica jurídica se puede condenar jurídicamente cualquier cosa (v.g. mero apartamiento interno de la fe –herejías-, enfriamiento de sentimientos o hasta el carácter innatamente peligroso para la sociedad – criminales reiterantes, habituales y reincidentes-). Obviamente se dependerá del orden positivo respectivo, el que haya o no un uso más o menos amplio de la posibilidad de incluir procesos de cualquier índole desde el punto de vista de la “norma de valoración”.

La duda estriba en si la “norma de valoración” no penetra también el ámbito vacío de juridicidad (se cita a STAMMLER como posición contraria a ello, pues este entiende que la libertad, es una libertad jurídicamente aprobada y en tal sentido marcada por la “norma de valoración”). El orden jurídico puede autorizar o simplemente permanecer neutral, para ENGISCH no existe una respuesta con validez universal, pero entrevé que desde el punto de vista último (neutralidad de la “norma de valoración”), puede haber un *ámbito vacío de juridicidad*, pues se renuncia a toda valoración, lo que se da con especial fuerza en el caso de necesidad.

El profesor de Heidelberg cita como ejemplo de ello el caso de la *tabla de Carneades*, el Derecho no puede evitar que rija el Derecho del más fuerte, ello no sólo es lógicamente sostenible sino materialmente defendible; lo más adecuado es abandonar para el supuesto en análisis toda valoración, en vez de dar derecho a uno de los dos partidos y de tal forma, en nombre del Derecho, oponerlos entre sí.

Ciertamente no puede soslayarse que, al constatarse un caso de necesidad y no desaprobarlo, ello también puede considerarse una valoración. Pero en otras ocasiones el Derecho no “retrocede” en las valoraciones, sino que sencillamente se mantiene “indiferente”, y ello es claramente un *ámbito vacío de derecho*.

- IV. *El Derecho como conformado por normas cual proposiciones hipotéticas del deber ser.* Las normas se componen por un hecho y la consecuencia jurídica de una orden –entendida esta última como el deber ser ordenado (obligación de actuar, acto coactivo, *et sit cétera*). Es la consideración de la *Teoría Pura del Derecho* (se cita por ende a KELSEN).

No hay nada que no pueda ser encuadrado como *hecho jurídico*, y de esta manera ser objeto de una norma; ello lleva a escindir el conjunto de hechos y fenómenos de la naturaleza en dos géneros: los *hechos simples* y los *hechos jurídicos*. Los primeros son los que no crean consecuencias relevantes para el Derecho, los segundos son los que tienen un efecto –mediato o inmediato- sobre estas consecuencias.

De lo anterior se decanta que los simples hechos, desde el punto de vista empírico, pertenecen al *ámbito vacío del derecho*.

Dentro de un orden jurídico, de la misma manera que no todo es valorado, tampoco todo es elemento del hecho jurídico.

- V. *Las normas analizadas desde la perspectiva de la consecuencia jurídica.* Esta concepción se vincula necesariamente con la analizada previamente. ENGISCH critica la idea que sostiene que, los fenómenos a los que no se vincula ninguna consecuencia jurídica determinada no caen en un ámbito que no esté considerado por el Derecho, pues tal juicio negativo es ya un juicio jurídico (se cita a E. KAUFMANN).

En verdad, lo que se presenta en tales casos, no son *ámbitos vacíos jurídicamente* desde el punto de vista de la valoración y del hecho (pues en definitiva están regulados, de no estarlo como se vio en los acápites previos –III y IV-, podría haber *ámbitos vacíos* en dichos supuestos), sino “vacíos de consecuencia jurídica”.

La cuestión a la luz de esta concepción, radica entonces, en dilucidar cómo se seleccionan los “hechos naturales” que no deben tener consecuencias jurídicas; pues todo hecho *prima facie* adquiere su perfil como tal, a partir de una consecuencia jurídica, las dudas entonces son: ¿hay algún hecho sin la respectiva consecuencia jurídica a él vinculada?, ¿no es ello irrealizable, cómo

entender concebible una consecuencia jurídica sin hecho condicionante?, en síntesis ¿no coinciden el *ámbito vacío de hecho jurídico* y el *ámbito vacío de consecuencia jurídica*?

Las preguntas reseñadas son engañosas, pues no debe entenderse como “hecho” únicamente a aquel que se le vincula una consecuencia jurídica, puede haber exclusiones expresas de tales consecuencias como una suerte de “regulación” jurídica de dicho hecho; habría entonces un hecho sin consecuencia jurídica.

La explicación es compleja, pero debe analizarse de manera bifronte, así por caso, toda proposición jurídica que posee una consecuencia jurídica, posee a su vez tácitamente subyaciendo a ella; una proposición fundamental negativa universal que sostiene que prescindiendo de dicho caso especial, todas las otras acciones están libres de consecuencia jurídica, así, toda proposición positiva a la que se asocia una consecuencia es una excepción a la premencionada proposición fundamental negativa. De ello se decanta que las proposiciones positivas que ordenan consecuencias jurídicas, se hallan aisladas en el *ámbito vacío de derecho* –vacío de consecuencias jurídicas- (se cita a ZITELMANN).

Dicho más simplemente, a un hecho se vinculan distintas consecuencias jurídicas, y en tal sentido ya no es más un “hecho natural”; deja entonces de tener otra u otras consecuencias jurídicas específicas y en este último caso cae dentro del *ámbito vacío de derecho* (v.g. las acciones no permitidas que crean la obligación de indemnizar pero que no provocan pena alguna, caen en un *ámbito vacío de Derecho Penal*).

La cuestión la vincula el profesor de Heidelberg a la idea de *libertad jurídica parcial* donde podría presentarse un *ámbito relativamente libre de hechos*, lo que delimita que hay que pensar las consecuencias jurídicas como algo sólo referido a la *conducta humana*. Esto también sirve para examinar si existen deberes jurídicos sólo con respecto a los demás o también con respecto a sí mismo; es decir, si todos los daños a sí mismo caen en un *ámbito vacío de derecho*, se trataría de un deber ético, pero en modo alguno jurídico, sin embargo, la culpa con respecto a sí mismo está siempre jurídicamente desaprobada; y por lo tanto, el Derecho vincula desventajas o excluye ventajas

(v.g. pérdida del derecho a exigir indemnización por daños y perjuicios a los que se ha contribuido por propia culpa). La duda para estas conductas se halla en que algunos autores entienden que los llamados deberes respecto a sí mismo sólo tienen relevancia jurídica en tanto afecten la esfera jurídica de terceros; asimismo se ha sostenido que dichos deberes, en rigor, no son deberes jurídicos porque su violación no provoca las típicas consecuencias (v.g. penas, indemnización, *et sit cétera*).

Resumiendo, en la medida en que las sanciones jurídicas específicas (coacción estatal, pena, indemnización de daños estatalmente impuesta) pertenezcan a la esencia del Derecho, siempre que falten las mismas, habrá un *ámbito vacío de derecho*²⁵⁴.

VI. *El Derecho coactivo*. Analizando al Derecho como definido fundamentalmente por la imposición de la coacción estatal, ha de definirse la característica de dicha concepción, ¿qué se entiende por *coaccionabilidad*?; hay un sentido amplio y otro estricto, lo que importa disminuir o aumentar el *ámbito vacío de derecho*.

Explicado el Derecho a partir de la “no coaccionabilidad”, ello significa examinarlo desde un sentido amplio, el aparato estatal al servicio de la imposición del Derecho fracasa por algún motivo; son los casos en que es “indefendible” una acción ordenada u obligada, o el daño es irreparable, o un proceso irrealizable, o cuando una prueba necesaria no puede ser presentada.

A ENGISCH sólo le interesa analizar la “coaccionabilidad” o “no coaccionabilidad” en un sentido abstracto. La mera omisión concreta de la coacción jurídica (v.g. por fuga del condenado o por desidia de la víctima en el proceso), no generan *ámbitos vacíos de derecho*.

Por la “naturaleza de la cosa”, el Derecho, en tanto *Derecho coactivo*, se ve obligado a actuar con cierta reserva. La coacción mediante amenaza que es propia del Derecho en gran número de casos, y que está a su disposición como *ultima ratio*; no puede hacer nada donde una tendencia de acción es más importante que el temor ante el mal amenazado. Los ejemplos clásicos son los

²⁵⁴ Queda como cuestión la de dilucidar hasta qué punto la ausencia de consecuencias jurídicas es esencialmente necesaria o puramente empírica, pero ENGISCH sostiene que ello carece de relevancia en su análisis.

de *tendencia a la autoconservación* (caso de necesidad, del que ejemplo es la *Tabla de Carneades*) y la *tendencia a la autodestrucción* (suicidio).

No puede intimidarse mediante amenazas de pena a quien piensa en la salvación de su vida o a quien está decidido a suicidarse. Este es el sentido en que se crea empíricamente un *ámbito libre de derecho* bajo esta concepción del Derecho.

VII. *Las lagunas en el Derecho.* Las concepciones analizadas bajo los seis acápites previos subrayan la posibilidad de existencia de un *ámbito vacío de derecho* en las normas jurídicas singulares, las lagunas en el Derecho deben ser analizadas desde la estructura del orden jurídico en su totalidad.

Lo que juega aquí es la relación recíproca interna de proporciones jurídicas de distinto grado, habrá un *ámbito vacío de derecho* allí donde falte material normativo para la decisión jurídica concreta.

El concepto de laguna no ha sido nunca claro y puede reflejar tanto la falta de un criterio jurídico material como la carencia de una instancia con competencia para decidir. ENGISCH menciona algunas de las numerosas clasificaciones que desde ZITELMANN se efectuaron de las lagunas: verdaderas y no verdaderas, propias o impropias, voluntarias o involuntarias, materiales o formales, lagunas de aplicación y lagunas críticas, *et sit cétera*. Lo que importa en rigor es notar la existencia de auténticas y verdaderas lagunas.

El ejemplo clásico será el caso en que el juez es llamado a decidir jurídicamente y tiene que hacerlo en un caso en que no está autorizada la “negación a juzgar”, pero, sin embargo, la ley y la costumbre no proporcionan una respuesta precisa y suficiente.

Citando a BERGBOHM, ENGISCH menciona que se ha defendido el punto de vista de que en realidad las leyes tienen lagunas pero que el Derecho, con razón en su expansión lógica, no; siempre el juez en momentos decisivos puede hallar disposiciones para todos los casos. El Derecho carecería de lagunas y es en sí armónico.

En otras palabras, hay lagunas pero estas son de la ley y pueden ser dominadas jurídicamente y, por ello, no permiten la aparición de un *ámbito vacío de derecho*; viceversa, donde se da un *ámbito vacío de derecho*, no hay Derecho, y

por ende, tampoco laguna del Derecho. La laguna está hablando metafóricamente *en el Derecho*, por el contrario, el *ámbito vacío de derecho*, existe *alrededor del Derecho*.

La cuestión entonces es, si al hablar de *lagunas* se puede referir o no a un *ámbito vacío de derecho*. La respuesta es afirmativa para el profesor de Heidelberg, pues, las *lagunas de la ley* que suele decirse que no son *lagunas del Derecho* pues el juez las cubre mediante una remisión a las consideraciones jurídicas fundamentales²⁵⁵, en realidad este “derecho de complementación”, nunca le está dado de antemano al juez, sino que se establece de manera similar a la que lo hace el Legislador pero con las limitaciones del caso singular.

Cuando “...se trata de llenar lagunas estamos frente a una creación de derecho y no frente a un hallazgo de derecho”²⁵⁶.

ENGISCH cita a RADBRUCH, en lo que sigue, extracto que por su claridad vale la pena reproducir: “La teoría de la división de poderes, la prohibición de negarse a juzgar y la deficiencia de las leyes son incompatibles entre sí, una de las tres debe ceder”. “El conflicto entre la teoría de la división del poder y la prohibición de creación de derecho que de ella surge por un lado y la prohibición de negarse a juzgar por el otro, no puede eliminarse en caso de deficiencia de las leyes: el juez puede seguir una sólo a costa de la otra y como la deficiencia de la ley es inevitable, y la prohibición de negarse a juzgar es indispensable, el juez deja de lado en este conflicto de deberes sobre la división de poderes, la prohibición de crear derecho... El fallo judicial y la ciencia del derecho han sido y serán siempre creadoras de derecho, a pesar de la teoría de la división de poderes.”²⁵⁷.

El lugar *vacío del derecho*, luego de ser complementado por el juez, es llenado. Si se busca ver en las lagunas un *ámbito vacío de derecho*, debe entenderse que en las concepciones analizadas en los seis acápites previos, el Derecho encuentra su límite en el objeto, pero en el caso que examinamos dicho límite

²⁵⁵ Es una construcción similar a la de DWORKIN respecto a la aplicación de los principios en el Derecho.

²⁵⁶ ENGISCH, KARL; *El ámbito...*, cit., pág. 118.

²⁵⁷ ENGISCH, KARL; *El ámbito...*, cit., págs. 118 y 119.

está en sí mismo, lo que viene a demostrar las ramificaciones plurales del problema que analizamos.

§8. La “esfera libre de intervención estatal” de Max Ernst Mayer²⁵⁸.

Sobre la negación de la pena: causas de exclusión de la pena. Causas que excluyen la antijuridicidad. La salvaguarda de los intereses legítimos. Las “normas de cultura”. La amenaza penal excluida ante la “esfera libre de intervención estatal”. Casos específicos. La eutanasia.

El autor de referencia es, quizás, quien primero abordara el tema, otorgándole ubicación sistemática.

Enseña MAYER que, bajo el concepto de “causas de exclusión de la pena”, se alude a un conjunto de causas diversas, algunas tratadas por el Código Penal en su Parte General (StGB), otras dispersas por dicho cuerpo legal; y finalmente por otras carentes de regulación legal, aunque esto último no es una característica censurable pues se debe, en gran medida, a la naturaleza de la materia. Lo que habrá de amalgamar a éstas causas dispersas es la *consecuencia jurídica unitaria* que importan: la negación de la pena²⁵⁹.

Clasificando éstas causas de exclusión de la pena, señala el autor citado que pueden distinguirse²⁶⁰:

- a. *Causas que quitan el carácter delictivo a la acción.* Son causas que niegan una característica delictiva, las que pueden ser: 1) causas que excluyen la tipicidad, 2) causas que excluyen la antijuridicidad, son las causas de justificación, y las define como “...*causas que contradicen la suposición de que el autor, al realizar un tipo legal, haya lesionado un deber jurídico (norma jurídica).*”, y 3) causas que excluyen la culpabilidad, son las causas de exculpación, y son de dos clases, la necesidad y el error.
- b. *Causas que dejan sin afectar el carácter delictivo de la acción.* Excluyen la pena, a ellas pertenecen: 1) causas de supresión de la pena, son circunstancias que suprimen ulteriormente la pretensión punitiva ya surgida y, con ello, impiden su realización, serán generales si su aptitud es excluir la pena respecto de cualquier delito (v.g. prescripción) o especiales si lo hacen de uno en particular (v.g. declaración falsa culposa, duelo desistido y el arrepentimiento eficaz del incendiario); 2) Causas personales

²⁵⁸ En lo que sigue nos guiamos por su obra: *Derecho Penal. Parte General*, (trad. Sergio Politoff Lifschitz), editorial B de f, Montevideo- Buenos Aires, 2007.

²⁵⁹ MAYER, MAX ERNST; *op. cit.*, pág. 334.

²⁶⁰ MAYER, MAX ERNST; *op. cit.*, págs. 335 a 339.

absolutorias de la pena, son circunstancias situadas en la persona del autor que hacen que el Estado no se atribuya la potestad punitiva, son muy diferentes entre sí, teniendo fundamentos privados o públicos (v.g. hurto entre cónyuges, exceso en la defensa).

En lo que aquí importa, debemos detenernos en la especie de las llamadas *causas que excluyen la antijuridicidad*.

Las causas de justificación son excepciones, como se señaló, a la regla de que la realización del tipo es antijurídica.

“No se trata, pues, del quebrantamiento de un mandato o de una prohibición, sino de la refutación de la función indiciaria del tipo.”²⁶¹

Estas causas tienen la misma naturaleza, aunque se las pueda distinguir *extensivamente* – cuando afectan a cualquier tipo penal o tan sólo a uno en forma determinada- o *intensivamente* –en tanto y en cuanto la licitud de la acción pueda amplificarse hasta una autorización, o quedar limitada a una mera ausencia de prohibición-. Sin embargo en éste último caso debe sortearse la equivocada idea de una “graduabilidad de la licitud”.

Dentro de las citadas causas de justificación y estando a la distinción intensiva de las mismas, a más de las conocidas como “legítima defensa” y “estado de necesidad”; aparece la *salvaguardia de intereses legítimos*, muchas veces insertada erróneamente según MAYER, “los demás casos de exclusión de la antijuridicidad”, pero ello implica un reduccionismo que termina en la dirección de la teoría de la colisión.

La *salvaguardia de intereses legítimos* está justificada, pues representa un medio justificado –“adecuado”-, para alcanzar un fin justificado –“reconocido por el Estado”-. Su reconocimiento fluye del orden jurídico, el que sin decirlo, entiende lo que es adecuado para las buenas costumbres. Son los tribunales los que hacen regir ésta causal de justificación a través de las *normas de cultura* reconocidas por el Estado, aunque reconoce MAYER que numerosos autores se cuidan de hablar de “cultura” o de señalar que las causales de justificación no están fundadas expresamente en el cuerpo legal²⁶².

En síntesis, la *salvaguardia de intereses legítimos*, es una justificación para acciones típicas, y es decisivo el interés y el modo como los ampara una *norma de cultura*

²⁶¹ MAYER, MAX ERNST; *op. cit.*, pág. 335 (nota 6).

²⁶² MAYER, MAX ERNST; *op. cit.*, pág. 356.

reconocida por el Estado. Hacer un elenco de todos ellos es irrelevante, pues el principio los ampara a todos,

“Es, al fin y al cabo, una convicción condicionada por el conjunto de la situación cultural de un pueblo, si algo que reclama la pretensión de ser norma posee en realidad ese carácter en un momento determinado.”²⁶³

En el plano penal, muchas incriminaciones han desaparecido (v.g. la brujería ha dejado de ser un tipo delictivo), amenazas penales existentes se excluyen si la acción que cumple un tipo legal cae en la que se llama *esfera libre de intervención estatal*, que es en definitiva una conquista de los ciudadanos, libre de la injerencia estatal y que se da en la forma de los derechos humanos.

Su punto central es el mantenimiento y desarrollo de la propia personalidad, que si bien puede manifestarse egoístamente, en lo que importa, consiste en que cada uno es libre del Estado en la medida en que no se está obligado a sacrificarse para servir a otros, a menos que se haya asumido tal servicio sea por contrato o por profesión. Esta *esfera libre de intervención estatal* se estrecha cuando un Estado se enfrenta militarmente a otro Estado, entonces pasa a tener prioridad la conservación estatal disminuyendo paralelamente las libertades civiles: la autoconservación individual deviene delito²⁶⁴.

Para efectuar un listado de los límites penales a la *esfera libre de intervención estatal*, habría que ocuparse de todos los delitos en particular. Un ejemplo de ello para MAYER es la libertad determinante de nuestra entera imagen de la cultura; no indiferente desde el punto de vista del Derecho Penal, a saber, la justificación para investigar la naturaleza, libres de toda atadura dogmática y de ponerla al servicio de la humanidad, la experimentación con animales vivos es lícita. En cambio, la experimentación con humanos puede constituir un interés legítimo en contradicción con la cultura, a menos que existiera consentimiento de alguien para colocarse voluntariamente a disposición para tales fines; en tal caso la lesión estaría cubierta por el consentimiento.

MAYER estudia particularmente la *esfera libre de intervención estatal*, en lo tocante a la extensión de la disposición sobre el propio cuerpo, la vida, la libertad y el honor, frente a la injerencia estatal. Esto es sólo una parte de las infracciones basadas en el “consentimiento”, pero aquí, dos puntos de vista son decisivos: a) quienquiera que sea el

²⁶³ MAYER, MAX ERNST; *ibídem*.

²⁶⁴ MAYER, MAX ERNST; *op. cit.*, pág. 358. Es según el autor *la más gigantesca y patética transmutación*.

autor de la lesión al cuerpo, vida, *et sit cétera*, de quien admite la disposición sobre dichos bienes, no puede llevar el daño a bienes jurídicos ajenos, allí la salvaguardia de intereses legítimos no resulta pertinente; b) en la disposición prealudida a su vez debe distinguirse entre la admisión de que alguien atente contra su propia vida o si se permite a otro que lo haga, pues como es dable observar, la tentativa de suicidio es impune, no así la participación en él, el suicidio cae en la *esfera libre de injerencia estatal*, mientras que el homicidio a ruego de la víctima está penalizado.

Sin embargo, en el caso del homicidio a ruego, especialmente en la “eutanasia”, no es raro observar el caso de médicos que, utilizando medios aptos para ello, aceleran la muerte de una persona en trance de morir sin esperanza, para abreviar su tormento. MAYER entiende que esa intervención está permitida, como no puede sostenerse que el orden jurídico no tutele tal extremo, debe concluirse que la acción del médico corresponde a una salvaguardia de intereses legítimos. Aunque el autor reseñado parece entender que, no ya como causal de justificación, sino como inculpabilidad²⁶⁵.

Un consentimiento que es hecho sin la capacidad para ello, podrá no ser justificado; pero si el agente no podía, dado el caso, advertirlo, la conducta no puede imputársele como lesión del Derecho. Lo dicho se relaciona con el alcance de las reglas del Derecho Civil en el ámbito penal, señala MAYER que, si un negocio es válido con arreglo a los principios de aquella rama, se excluye la antijuridicidad penal; de igual forma, si de un arreglo enmarcado por las normas del derecho privado no surte los efectos esperados, tampoco puede concluirse que el Estado obtenga por ello una pretensión penal, ni aun si se contravienen las buenas costumbres en el acuerdo de partes.

Finalmente MAYER señala dos casos más –aunque simplemente esbozados-, como pertinentes al efecto de ser ejemplos de ámbitos propios de la *esfera libre de intervención estatal*: a) la voluntad de mantenerse enfermo debe ser respetada por el médico, caso contrario se iría contra la libertad de decisión del sujeto, y b) los casos de abortos indicados, donde la indicación médica se dirija a salvar la vida, o aun, la salud de la madre, en este último caso señala que si ello es correcto en medicina, no puede ser falso jurídicamente.

²⁶⁵ MAYER, MAX ERNST; *op. cit.*, pág. 361 (nota 46).

Son nociones culturales en abierta lucha con algunas normas, y deben resolverse por las primeras.

§8.1. La “esfera libre de intervención estatal” en Luis Jiménez de Asúa²⁶⁶.

Lo injusto y lo antijurídico. El seguimiento de la tesis de Max Ernst Mayer. Las doctrinas para lidiar con las situaciones legítimas que el Legislador no previó. Problema epistémico. El caso de la peinadora como ejemplo de caso atrapado por las normas de cultura.

El profesor español entiende que lo *injusto* y lo *antijurídico* tienen significado diverso, en ello sigue a BINDING, lo primero sería sólo “no- derecho”, en tanto que lo segundo es lo contrario a deber, aunque emplea indistintamente y con carácter sinónimo ambos términos²⁶⁷.

Más allá de lo antedicho, la inserción del pensamiento de JIMÉNEZ DE ASÚA en este subapartado se vincula con la tributación de su obra a las ideaciones de MAX ERNST MAYER. Así, sostiene que

“Entre la vaguedad de BINDING y la excepcional latitud de LISZT, llegó a concretarse la certerísima doctrina de las ‘normas de cultura’, expuesta por MAX ERNESTO MAYER...”²⁶⁸,

al igual que el profesor alemán, JIMÉNEZ DE ASÚA entiende que el orden jurídico es un orden de cultura, y lo antijurídico deviene de la infracción a las normas de cultura.

Asimismo, entiende que para distinguir entre los actos antijurídicos, y los jurídicos, no basta con las causales de justificación expresamente previstas por el Legislador (v.g. legítima defensa, estado de necesidad, *et sit cétera*); sino que también han de solucionarse aquellas situaciones legítimas que el Legislador no previó, cualquiera sea el motivo de ello. El profesor español señala que se han previsto como doctrinas para lidiar con la cuestión: a) el fin reconocido por el Estado de FRANZ VON LISZT, b) la justificación supralegal de EDMUND MEZGER y c) la esfera de libertad que el estado deja a los individuos de MAX ERNST MAYER²⁶⁹.

JIMÉNEZ DE ASÚA demuestra una clara preferencia por esta última corriente, sin embargo, su ubicación sistemática preresenada, parece no coincidir con la planteada por MAYER, ubicándola como una especie de justificaciones supralegales cuando en estricta

²⁶⁶ Nos guiamos para este autor en su obra “*Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito*”, ya citada *supra*.

²⁶⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS; *op. cit.*, pág. 265.

²⁶⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS; *op. cit.*, pág. 275.

²⁶⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS; *op. cit.*, pág. 313.

rigurosidad se trata de un espectro no ya de permisos que revocan prohibiciones, sino de *adiaphorias*.

En este marco, puede haber conductas en que no aparezca claramente el fin reconocido por el Estado, y sin embargo, el autor no habría infligido las normas de cultura. En tales casos la antijuridicidad falta, de donde la causa es jurídica. No hace falta que las causales de justificación estén taxativamente diseñadas en los códigos, sino que basta con que el acto esté conforme con las normas de cultura. En síntesis, en estos supuestos, si bien no se verifica la existencia del fin que reconoce el Estado, ni aun la colisión de intereses desiguales; sí se prueba la no ofensa a la norma de cultura: al no ser el hecho contrario a la norma, es justo²⁷⁰.

El profesor español presenta como ejemplo de lo antedicho el llamado *caso de la peinadora*. Tratábase de una mujer con afanes de maternidad “...en grado obsesivo...”, sus deseos de criar a una niña la llevaron a solicitar a una amiga partera que le proporcionara una infante; el supuesto se presentó cuando una madre que no deseaba criar a su hija recién nacida, se la entregó a la comadrona para que la hiciera ingresar en la “Inclusa”, pero esta se la entregó a la peinadora con afanes de maternidad. Esta, al recibir a la menor, decidió inscribirla en el Registro Civil como hija suya, cometiendo así delito de falsedad de documento público, de gran gravedad en España. La mujer, que como señala JIMÉNEZ DE ASÚA

“...beneficiaba a la criatura hasta el punto de que en caso de fallecimiento sería heredera de todos sus ahorros, resultaba castigada gravemente por el delito expresado.”²⁷¹

Los testigos en la Audiencia depusieron en torno a las dotes de madre de la mujer y del acto de heroicidad de afrontar su maternidad soltera en una época desfavorable a ello, el Tribunal falló condenándola por el delito prealudido a la pena de ocho años de prisión, pero solicitando para la condenada el indulto en atención en mérito de las circunstancias del caso. El gobierno lo acordó.

Para JIMÉNEZ DE ASÚA, el *caso de la peinadora* podía ser típico, pero no antijurídico, pues estaba de acuerdo con las normas de cultura. De esta manera se sortearía

²⁷⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS; *op. cit.*, pág. 322.

²⁷¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS; *op. cit.*, pág. 323.

“... la sensación de que hay un Derecho injusto en cuyo nombre se condenan actos justos.”²⁷².

²⁷² JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS; *op. cit.*, pág. 324.

§9. La “actividad libre de valoración jurídica” en José Luis Guzmán Dalbora²⁷³.

Actividades relativas o no al Derecho. Las “conductas jurídicamente adiaphoras” y las “actividades jurídicamente neutras”. El “ámbito libre de regulación jurídica” y la plenitud hermética del ordenamiento, problemas del planteo de Guzmán Dalbora. La distinción de lo jurídico de lo no jurídico. Supuestos que se hallan en la “esfera libre del Derecho”. El ejemplo del suicidio. El tertium non datur en las actividades jurídicamente neutras.

Postula éste autor, en una aproximación al tema, que la exención o libertad de ciertas actividades relativas al Derecho no aluden tanto a la existencia o inexistencia de una o más consecuencias jurídicas asociadas a su verificación, cuanto a si debe haber regulación jurídica para ellas. Cita a HEINRICH COMES quien sostiene que, no es que haya que plantearse si faltan normas de derecho que regulen la actividad, sino más bien si hay circunstancias, situaciones y relaciones que quedan de antemano al margen de toda regulación.

La teoría, entonces posee *dos acepciones*, la primera concierne a actividades jurídicamente *adiaphoras*, o sea, conductas cuya ejecución u omisión por los interesados resultan indiferentes para el Derecho y que por ello se encuentran libres de las consecuencias desfavorables que aquel suele deparar para determinados extremos.

Descarta que en este grupo se hallen aquellos actos amparados por causas de justificación, inculpabilidad o por otro motivo jurídicamente reglado, pues si bien es cierto que el Derecho en tales casos no aplica sanciones al agente, deviene insoslayable que no se trata de actividades irrelevantes, pues están reguladas.

La segunda acepción corresponde a la teorización efectuada por ARTHUR KAUFMANN. Es decir, conductas jurídicamente relevantes pero a las que el Derecho no valora por determinadas circunstancias.

En síntesis, existen: a) conductas jurídicamente *adiaphoras* y b) actividades jurídicamente *neutras*. El autor halla la posibilidad de reducir ambos grupos a una caracterización común, tratándose de aquellas *actividades libres de valoración jurídica*, que son hechos para los que no hay ni podrían estatuirse normas de derecho.

²⁷³ En lo que sigue utilizamos su trabajo “*La actividad libre de valoración jurídica y el sistema de las causas de justificación en el derecho penal*”, ya citada

En alguna medida convierte el *ámbito libre de regulación jurídica* en un atrincheramiento de libertades jurídicas del individuo frente al Derecho. Si se reconoce un ámbito no susceptible de regulación jurídica, el Derecho no estará necesitado de agotarse en la esfera de la libertad elemental del individuo, hasta allí sería el núcleo principal; pero también juega un papel relevante sobre los límites del ámbito de regulación jurídica las valoraciones de la sociedad sujetas a los vaivenes discursivos y culturales, lo que hoy es externo a toda regulación jurídica, en un futuro puede presentarse como precisado de regulación y viceversa.

Este esquema lo lleva a confundir, entendemos, los dos escenarios que HIRSCH diferencia con claridad, esto es, que existe un ámbito de regulación jurídica en la teoría del derecho –*ámbito libre de regulación jurídica amplio*- y un ámbito libre de regulación jurídica penal - *ámbito libre de regulación jurídica estricto*-. De allí que, examina como común a ambos supuestos –no los distingue en absoluto en el estudio que efectúa de esta problemática-, el supuesto de la “*plenitud hermética* del ordenamiento jurídico”, la consideración de que la ley puede tener lagunas pero no el Derecho en su conjunto; a éste le está vedado el permitirse el vacío, se trata de un problema indudablemente del aspecto *amplio* de la teoría que estudiamos, y en torno al cual KAUFMANN polemizara con RADBRUCH como ya adelantáramos.

Pero siguiendo con la línea de pensamiento de GUZMÁN DALBORA, resalta que lo anterior fluye de un “imperativo práctico” reflejado en precisas cláusulas legales, como las que imponen sanción al juez que se negare a fallar so pretexto de silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley. En el derecho argentino ello emana de

- A) **art. 15 CC**: los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de oscuridad o insuficiencia legal.
- B) **art. 273 C.P.**: reprime con pena al juez que se niega a juzgar so pretexto de oscuridad o insuficiencia legal.
- C) **art. 16 CC** remite a todo tipo de principios y a la costumbre para hallar solución al caso.

Creemos que una vez más equivoca el monografista en cuestión el análisis del problema, pues se examina dentro del mismo ámbito normas del derecho civil, el cual cumple mejor su función de seguridad jurídica cuando soluciona el mayor número de conflictos (*es un sistema continuo sin lagunas*), donde la tarea del Juez siempre debe ser creativa; y del Derecho Penal, en el cual se prohíbe la analogía para completar el texto legal pues la norma tiene un límite lingüísticamente insuperable que es la máxima

capacidad de la palabra, sólo la ley formal es fuente de criminalización primaria el Juez no puede completar los supuestos (*es un sistema discontinuo y así en éste sistema se aporta más seguridad jurídica*)²⁷⁴.

Además, la pretensión del profesor chileno posee un problema epistémico insoslayable, pues el art. 15 del C.C. y el 273 del C.P., hallan fulcro en el monolítico sistema instaurado por la regla de clausura (art. 18 de la Constitución argentina), en tanto que el art. 16 del C.C., puede interpretarse en el sentido de que autoriza al juez a modificar el Derecho existente, agregándole una nueva norma, en ésta intelección, el art. 16 autorizaría al juez a crear nuevas normas jurídicas; lo que está en flagrante contradicción con la doctrina de la división de poderes que pretende imponer un razonamiento en donde, la creación jurídica es competencia del Poder Legislativo, en tanto que la aplicación se ve relegada al Poder Judicial (tesis tradicional de la Ilustración). Como se verá más adelante *in extenso*, tales afirmaciones sólo restan en postulados dogmáticos, pues la regla de clausura posee numerosas excepciones que derrotan sus pretensiones, en tanto que el preestablecido principio de división de poderes, de postularse en el esquema simple preexplicado, se vería vulnerado a diario en las decisiones judiciales²⁷⁵. En lo que aquí interesa, importa simplemente destacar que desde la dogmática penal, este tipo de problemas no se asume, se presentan sin más afirmaciones apodícticas para sustentar tesis que devienen endeble desde sus presupuestos.

Este yerro, lleva a GUZMÁN DALBORA a examinar si la plenitud hermética del ordenamiento descansa, además, en el presupuesto de que no hay lagunas que colmar allí donde tampoco llegan las fronteras del Derecho. No es éste, creemos, el *quid* del problema.

Su desarrollo, en cambio, es lógicamente perfecto en la valoración de las conductas jurídicamente *adiaphoras*; pues ciertamente si bien de éstas puede predicarse una nota respecto de aquello que de antemano se substraer a la posibilidad de aplicárseles prescripciones, la verdad es que no pertenecen en cuanto tales al Derecho y deviene

²⁷⁴ Debe aclararse *in limine* que GUZMÁN DALBORA en modo alguno predica un juez activista, contrariamente al que nosotros entendemos (más allá de nuestra valoración al respecto) que efectivamente se da en la realidad; y sobre el que se avanza en nuestra propuesta. La aproximación rápida al tema, efectuada por el profesor chileno, le obstaculiza operar sobre las sutilezas de la cuestión; fallando consecuentemente en el fondo del análisis.

²⁷⁵ Ver *infra* Capítulos IV (“Interpretación y Aplicación de las normas penales”) y Capítulo V (“El Principio de Legalidad”).

irrelevante discutir si sus formas expresivas son adecuadas o no al Derecho o por el contrario si son antijurídicas.

Es claro que estas conductas no le importan al Derecho, pero distinguir lo jurídico de lo no jurídico no es tarea sencilla, ya que, como destaca el profesor chileno,

“... presupone el conocimiento de aquellos rasgos que deben darse en una conducta para que podamos considerarla como posible de esa regulación, o sea, un concepto de derecho.”²⁷⁶,

y deja allí el problema pues entiende que se trata de un tema que a pesar de su importancia llevaría a una discusión más allá de la propia del esquema que se propuso. Creemos nosotros que una de las claves de solución radica precisamente en esto como expondremos al arribar a nuestra propia posición.

El problema de las *conductas jurídicamente adiaphoras* no es menor, pues muchos de los casos de la vida que resultan ajenos al Derecho, en algún momento fueron regulados por el ordenamiento jurídico (v.g. la blasfemia, la herejía, entre otros, no sólo no son delitos hoy sino que la libertad de conciencia y de cultos representan una garantía constitucional).

Los “...vaivenes históricos de ciertas normas de cortesía son testimonio de lo fluidos que pueden ser los límites entre el derecho y el no derecho: la costumbre de dar y tomar propina llegó antaño a convertirse en deber legal...”²⁷⁷

De aquí se deduce, entiende el profesor chileno, la preocupación doctrinaria por concluir que aquellos comportamientos que no están ni prohibidos ni ordenados por el Derecho restan implícitamente permitidos y cualquier oposición contra ellos es ilícita. Sin embargo, el Derecho carece de poder en los linderos, las *esferas libres del Derecho*, disfrutan de esta característica no por que se las adjudique el ordenamiento, el Derecho no funda libertades sino que las tutela.

Sin embargo, entiende GUZMÁN DALBORA, no debe caerse en la idea de que toda forma de positivismo jurídico constituye un

“...potencial estrangulador de la libertad.”²⁷⁸

Ejemplifica para ello con el *suicidio*, el que es generalmente considerado atípico, pero que sin embargo en distintos ordenamientos se punen epifenómenos suyos (v.g.: instigación o

²⁷⁶ GUZMÁN DÁLBORA, JOSÉ LUIS; *op. cit.*, pág. 447.

²⁷⁷ GUZMÁN DALBORA, JOSÉ LUIS; *ibídem*.

²⁷⁸ GUZMÁN DÁLBORA, JOSÉ LUIS; *op. cit.*, pág. 448. Hay aquí una crítica al jusnaturalismo.

ayuda al suicidio), esto instaura el problema de si el suicidio es jurídicamente adiafórico o el derecho se ocupa de él, ya sea prohibiéndolo o permitiéndolo. Las respuestas a presentar son las que siguen:

- a) *Adiaphoria del suicidio*. Si bien no hay un derecho a la muerte, el reglar la facultad de que un individuo se la procure excede el ámbito del mismo²⁷⁹.

La crítica estriba en que olvida las repercusiones sociales del acto en sí (v.g. dolor de los allegados), cuyos intereses deben ser puestos en comparación con los del suicida.

Además si éste se coloca fuera del Derecho se instala el problema de cómo reglar la conducta del que impide el acto: salva una vida o atenta contra la libertad de su titular.

Finalmente no aporta explicación acerca de la punición de los instigadores y cómplices del suicida.

- b) *Problemática de la que se ocupa el Derecho*. La pertenencia del suicidio al terreno de la ética no es incompatible con que el Derecho lo considere lícito, siempre que se mantenga dentro de las fronteras de tratarse de un acto unilateral –llevado a la práctica de forma directa por el propio interesado-; es decir, substraído a la vinculación con otros.

Asimismo, una cuestión decisiva para entender la ilicitud actual de conductas vinculadas al suicidio reside en la vigencia de disposiciones como la ayuda y el auxilio al mismo; pero además la cuestión se vincula tangencialmente con otras problemáticas similares vinculadas al bien jurídico vida, por caso las huelgas de hambre de los detenidos, donde han existido resoluciones jurisdiccionales en las que el personal

²⁷⁹ Ya KANT aseveraba que el suicidio implicaba un utilizarse por un hombre como medio, violentando así el valor absoluto de todo ser racional en tanto es un fin en sí mismo. El suicidio importa una vulneración del imperativo categórico, pero incluso en el maestro de Königsberg ese tipo de conductas se halla fuera del Derecho en tanto deberes coactivos impuestos por la comunidad; sólo subsiste en tanto deber coactivo impuesto por un principio objetivo de la voluntad que sirva como ley práctica universal. La máxima de *me hago por egoísmo, el principio de abreviar mi vida cuando ésta, a la larga, me ofrezca más males que bienes*, es una máxima que no puede realizarse como ley natural universal, contradice entonces el principio supremo de todo deber. KANT, IMMANUEL; *Metafísica de las Costumbres*, cit., págs. 90 y 98.

penitenciario obtuvo el permiso de nutrir contra su voluntad a los recalcitrantes.

Para GUZMÁN DALBORA, ninguna conducta se substraе de la regulación jurídica, aun si existieren las conductas *adiaphoras*, algo, sostiene, incluso discutible en el plano de la ética estoica de donde proviene la noción de *adiaphoria*. Desde el Derecho, aquellas son en realidad mecanismos de licitud, que es garantía de libertades.

De allí, sostiene el profesor chileno, que la teoría del *espacio libre de derecho* no halló eco en la doctrina penal, pues los preceptos permisivos frente a normas prohibitivas, señalan siempre la presencia de una valoración involucrada, ello cierra precisamente la posibilidad a una indiferencia jurídica²⁸⁰.

Hasta aquí la cuestión de las conductas jurídicamente *adiaphoras*. En lo tocante a las actividades jurídicamente *neutras* estudiadas por KAUFMANN, las que introducen un tercer elemento junto a las categorías de juridicidad y antijuridicidad; GUZMÁN DALBORA puntualiza que aquella es rechazable, y para ello examina el concepto mismo de Derecho, el que no es un valor, entiende, pero sí constituyen objetos valorados los bienes que él regula y le dan razón de ser. De allí que, si los actos orientados a preservar dichos bienes son conformes a derecho, los que los vulneran deben considerarse antijurídicos, por ello para la calificación jurídica impera también la regla *tertium non datur*.

²⁸⁰ GUZMÁN DÁLBORA, JOSÉ LUIS; *op. cit.*, pág. 450.

§9.1. Reflexiones sobre el “injusto del suicidio” por Günther Jakobs.

La ajénidad de Jakobs a nuestro tema: relevancia de alguna idea. El suicidio. El ámbito de libertad. “Competencia por esfera de organización” y “competencia institucional”. El respeto a la esfera de organización ajena. La relevancia sólo desde la eticidad. Supuestos no administrados por el Estado.

El profesor de la Universidad de Bonn, en modo alguno es un monografista del tema que nos ocupa, sin embargo ha ahondado en una breve exposición²⁸¹, en uno de los supuestos de análisis de nuestro marco y con las herramientas de la teoría que importa nuestro estudio, con lo que avanzaremos sobre sus líneas para presentar una visión más de la cuestión.

Específicamente su tesis gira en torno a la distinción entre suicidio y homicidio a petición.

La plataforma desde la que parte JAKOBS estriba en que

“...el individuo se debe a la comunidad, pero sólo mientras vive; en cambio, no está obligado frente a la comunidad a vivir.”²⁸²,

no discute la indisponibilidad de la vida desde la moral o la religión, sino que ello no puede fundar una norma penal.

“Sobre el suicidio y sobre el consentimiento en el homicidio, cada individuo ha de decidir por sí mismo. Esto no es asunto del Estado.”²⁸³

Sin embargo, las dos cuestiones no son equiparables para el maestro de Bonn. Así, la juridicidad de una conducta parte del presupuesto de la “personalidad”, para que una promesa devenga un contrato, o una agresión a un tercero un injusto, se precisa el “status de persona”. Como persona, cada sujeto administra un ámbito de organización, y en tanto no se “invada” la esfera de organización de otro, se mantenga la organización en tal situación que no se convierta en la razón de daño de otro, en síntesis, la intersubjetividad (i.e. relación con otros individuos) no se vea comprometida, no se está vinculado por el Estado.

Ejemplificando, JAKOBS destaca que:

²⁸¹ JAKOBS, GÜNTHER; *Sobre el injusto del suicidio y del homicidio a petición* (trad. Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.

²⁸² JAKOBS, GÜNTHER; *Sobre el injusto del suicidio...*, cit., pág. 7.

²⁸³ JAKOBS, GÜNTHER; *ibídem*.

“...hay una diferencia entre que se acuerde con una persona que ha caído al agua que se la sacará por mil marcos y luego esto no se haga y que se asegure a alguien que quiere saltar al agua que se lo sacará por mil marcos, sin hacerlo cuando es necesario. En el primer caso, no se lo respeta como socio contractual, en el último, más allá de ello, no se lo respeta incluso como persona; pues sólo en el último caso el daño del otro es consecuencia de la promesa, y afecta por tanto al status que el receptor de la promesa ya tenía en el momento de celebrar el contrato.”²⁸⁴,

sólo en el último supuesto el Derecho tendría algo que decir, en el primero, estamos en el ámbito de las libertades, reprochable desde la eticidad²⁸⁵ pero no por las normas.

Las arrogaciones de organizaciones ajenas pueden llevarse a cabo comisiva u omisivamente; claramente, no toda omisión de evitar un daño constituye una arrogación de organización, sólo entran en consideración las omisiones de aquellos garantes que están obligados a evitar el daño. En los casos de arrogaciones, el agente responde por aseguramiento, por salvamento, por injerencia, *et sit cétera*, en la esfera de terceros. Hay dos planos por los que se responde en base a la competencia en los roles cubiertos²⁸⁶:

- (a) *Competencia por esfera de organización*: Es concebir el esfuerzo y costo necesario para evitar daños a otros. Quien hace uso de la libertad de actuar de modo que no es posible evitar daños a otros sin emplear un esfuerzo, debe soportar el empleo de ese esfuerzo.
- (b) *Competencia institucional*: Se determina a través de un “status” del autor en relación con el bien jurídico. Este status estaría vinculado a contextos de reglas previamente dadas y; en todo caso, disponibles en límites estrechos, como en el caso de los padres, tutores, funcionarios públicos (son status vinculados a instituciones).

El elemento común de ambos planos es el mandato jurídico de respeto a la esfera organizacional ajena.

En los primeros el agente organiza los peligros que amenazan con realizarse, en los segundos no, pero estas competencias institucionales son deberes derivados de

²⁸⁴ JAKOBS, GÜNTHER; *Sobre el injusto del suicidio...*, cit., págs. 10 a 11.

²⁸⁵ En cuestión axiológica, JAKOBS sigue en este trabajo (y en casi toda su obra), el pensamiento de HEGEL.

²⁸⁶ No avanzaremos en las críticas a éste modelo jakobsiano, que han sido muchas (Conf. SCHÜNEMANN, BERND; *Cuestiones básicas del Derecho Penal...*, cit., *passim*).

instituciones destinadas a la construcción de un mundo común (v.g. matrimonio, relaciones paterno- filiales, *et sit cétera*).

En resumen, el Derecho configura relaciones (en el marco de la competencia organizacional) por las que no se debe lesionar a otros y recíprocamente se tiene el derecho de no ser lesionado, son relaciones fundamentalmente negativas; y además los seres humanos viven en un mundo socialmente configurado, concretamente a través de instituciones (competencia institucional), y deben desempeñar el papel –rol- que le impone su estatus, sin los cuales estarían en peligro la existencia de las instituciones.

Concretamente, cuando se *da muerte a otro* ello puede suceder: a) se arroga una organización, sea por comisión u omisión, o b) se lesionan deberes fundamentales institucionales de vivir en un mundo común.

Con respecto al suicidio, el problema adquiere ribetes especiales. La perspectiva puede ser:

- a. *Desde la perspectiva del respeto a terceros* (modelo negativo): A través del suicidio “...es posible sustraerse, al menos tácticamente, al cumplimiento de sus deberes...”²⁸⁷, de esta manera no importa el injusto de autolesión, sino la falta de respeto de cara a terceros como consecuencia de aquella.
- b. *Desde la perspectiva del suicida* (modelo positivo): Es un injusto de autolesión, la subjetividad autónoma niega su propia existencia, “...actúa de modo autocontradictorio en contra de condiciones de existencia en las que moral y pragmáticamente se asienta de manera sustancial la subjetividad libre.”²⁸⁸.

El primer caso, como los terceros nada pierden si a través de la muerte desaparece fácticamente el destinatario del respeto, y siendo la enajenación o el sacrificio de la vida sólo lo opuesto de la existencia de la personalidad; la muerte deviene algo natural solamente al servicio de una “idea ética”. Es decir, el suicidio, desde esta perspectiva, sólo informa que se conduce a lo opuesto de la existencia, pero nada dice acerca del “deber ser” de ello. Dicho de otra forma puede ser

²⁸⁷ JAKOBS, GÜNTHER; *Sobre el injusto del suicidio...*, cit., pág. 14.

²⁸⁸ JAKOBS, GÜNTHER; *Sobre el injusto del suicidio...*, cit., nota 23, pág. 18 con cita de KÖHLER.

“...racional ser como persona, no por ello ha de ser también racional vivir o seguir viviendo.”²⁸⁹,

el Derecho no puede juridicizar este espectro de relación, es simplemente un campo de la eticidad (v.g. puede ser que el suicidio de los padres constituya una infracción del deber frente a los hijos, que es tanto como decir que se trata del injusto de una heterolesión que es mediado fácticamente por una autolesión).

En el segundo caso sólo las instituciones que configuran la eticidad (i.e. que tienen su origen en los deberes que vinculan la voluntad y liberan al individuo –opresión que se sufre como particularidad subjetiva en las reflexiones morales del deber ser-). No concurre en este comportamiento una lesión de un deber jurídico frente a otros que dé fundamento a normas jurídicas, sino que sólo se lesiona un

“deber ético frente a sí mismo”²⁹⁰

Ninguno de los dos casos son supuestos que el Estado (moderno) pueda administrar, éste

“Tan sólo conoce *una* máxima categórica: ocuparse de crear las condiciones de una confortable comunidad... todo lo demás lo mantiene flexible y lo enjuicia en el marco de lo proporcional... La eticidad en sí misma ya no es un fin del Estado y *per definitionem* no puede serlo en un Estado que garantiza a través de derechos fundamentales el pluralismo y el individualismo.”²⁹¹

Así, concluye JAKOBS

“...queda claro que el Estado ya no dispone del material con base en el cual puede enjuiciarse un suicidio. No puede enjuiciarse si un suicidio es racional o irracional.”²⁹²

El *homicidio a petición*, entiende el profesor de Bonn, es cosa distinta, importa una vinculación entre dos competencias de organización, alguien mata a otro a petición o lo ayuda a suicidarse. No ahondaremos en esta tesis pues no hace a nuestro enfoque de análisis, pero la confrontación de posturas en JAKOBS respecto de las dos cuestiones permite entrever mejor el problema.

²⁸⁹ JAKOBS, GÜNTHER; *Sobre el injusto del suicidio...*, cit., pág. 16. Con apoyos múltiples en HEGEL.

²⁹⁰ JAKOBS, GÜNTHER; *Sobre el injusto del suicidio...*, cit., nota 23, pág. 18, con apoyo en KÖHLER.

²⁹¹ JAKOBS, GÜNTHER; *Sobre el injusto del suicidio...*, cit., pág. 17.

²⁹² JAKOBS, GÜNTHER; *Sobre el injusto del suicidio...*, cit., pág. 18.

Un homicidio a petición o una participación en un suicidio, no configuran arrogaciones de organización, con lo que, para constituir un injusto penal, no lo pueden ser desde un enfoque de delitos de lesión. Debe tenerse mucho cuidado pues, conforme se enfoque la cuestión se pasa de la punibilidad a la total impunidad (v.g. si se considera que una intervención por parte del que pide morir podría excluir la responsabilidad de terceros, o a la inversa el que pide morir no ejecuta el hecho por sí mismo). La solución se halla según JAKOBS en que el peticionante mismo tome la decisión definitiva acerca del “sí” o “no” del hecho, o de que deje tal decisión en manos de otro; en el primer caso se trataría de un suicidio, en tanto que en el segundo de un homicidio a petición (i.e. ejecuta suicidio quien se mata de propia mano, quien se la facilita participa en tal suicidio, y el que hace uso mortal del arma contra quien pide la muerte efectúa un homicidio a petición). De todo esto se colige que el homicidio a petición implica una puesta en peligro, pues no es él quien ha tomado la decisión sobre el “sí” o el “no” del hecho, la organización en común, no es una arrogación de organización; no hay un delito de lesión, sino una actitud paternalista contra el eventual apresuramiento en el modo de tratar la propia vida.

Más allá de la visión de JAKOBS en contra de la punición del homicidio a petición o de la participación en el suicidio ajeno, resta claro que estos ingresan en la perspectiva del Derecho (i.e. existe competencia por la organización); en tanto que el suicidio sólo puede ser objeto de crítica desde la eticidad restando la figura en cuestión para el que se autolesiona por propia mano y no meramente por un acto de volición.

No se introducirá en lo que sigue un espacio de crítica a esta tesis pues coincidimos con la misma. Por otra parte, el análisis del maestro de Bonn se circunscribe a un análisis muy específico que no impacta sobre el aspecto general de nuestro problema, si bien esta parcela ha sido relevante estudiarla desde el espectro de un funcionalista.

§9.2. Sobre eutanasia y vacío legal en Kurt Schmoller.

Eutanasia y problemáticas. El Derecho como ultima ratio: recurso a la ética. El “espacio libre de regulación” como respuesta. Los alcances prácticos de una “zona libre de Derecho”, los problemas de su aplicación en la especie.

KURT SCHMOLLER, profesor de la Universidad de Salzburgo tampoco es un exponente de la temática que nos vincula, pero ha recurrido a ella para trabajar sobre un tema sensible en un trabajo monográfico²⁹³.

El fenómeno de la eutanasia, es multiforme, así, la eutanasia directa (provocación de la muerte del enfermo terminal que así lo solicita) suele reputarse como ilegal considerándosela *homicidio*, más allá de que se reduzca la pena según la jurisdicción (alemana) teniendo en cuenta la motivación del autor o la demanda del paciente. En tanto que la eutanasia activa indirecta (el autor no realiza una acción directa sino que contribuye a la acción del propio paciente) se suele considerar una *contribución al suicidio*, la que a su vez puede o no ser punible conforme una deliberada elección política.

La realidad es que en la cuestión se mezclan baremos diversos como: a) costos de los cuidados intensivos, b) filtración de cuestiones emocionales, c) falta de conocimiento jurídico en la especie, d) choque entre lo jurídico y lo ético, y e) la relevancia de la noción de “dignidad” del hombre en la discusión jurídica. Para la discusión jurídica debe limitarse la incidencia de la ética en la cuestión y tener en cuenta que los requisitos legales son tres: a) la ley se dirige a solucionar conflictos sociales; b) lo ético o lo moral apunta a lo óptimo del comportamiento, pero lo jurídico sólo requiere una convivencia ordenada, es decir, un mínimo; y c) los mecanismos legales son reglas que deben ser lo menos intrusiva en la vida de los individuos, su expresión es la de ser “subsidiario”²⁹⁴.

De donde, SCHMOLLER señala que la ley, como medio de resolver los intereses en sociedad, debe aplicarse como *ultima ratio*, en la medida de lo posible la paz intersubjetiva debe obtenerse recurriendo a razones éticas o sociales, pues existe el riesgo

²⁹³ SCHMOLLER, KURT; *Euthanasie und Rechtsordnung. Rahmenbedingungen einer juristischen Diskussion über Euthanasie*, en www.imabe.org/index.php?id=384 (página del Institut für medizinische Anthropologie und Bioethik). No hay traducción al castellano, pero el trabajo puede denominarse *La eutanasia y el derecho. Marco de un debate jurídico sobre la eutanasia*.

²⁹⁴ SCHMOLLER, KURT; *op. cit.*, §1.a.

que; en caso de aplicar las prohibiciones legales a ámbitos sensibles, en vez de solucionar los conflictos, los exacerbe.

Entonces, retornando al tema específico de su propuesta, el profesor de Salzburgo señala que la eutanasia, si bien puede ser un acto reprobable éticamente, no debería serlo legalmente; técnicamente se lo podría considerar un supuesto de suicidio (de hecho la Iglesia Católica considera a este último moralmente inaceptable), y de ser así, cualquier restricción desde el Derecho hacia el suicidio no aporta ninguna solución al conflicto social. Sin embargo SCHMOLLER advierte que puede querer brindarse respuesta a la conducta de la participación de terceros en el acto (v.g. incitación al suicidio). En síntesis, que se considere “legal” o “ilegal” a la conducta dependerá de la naturaleza de esta y no de los motivos o actitudes del agente; que algo sea reprobable éticamente no lo hace automáticamente ilegal, sino que precisa que altere la paz social. Un ejemplo de esto está dado en el hecho de que usualmente a la eutanasia directa se la considera reprobable, en tanto que a la indirecta no; SCHMOLLER destaca que en estos casos no se analiza tanto la motivación del agente cuanto la mitigación del dolor del paciente²⁹⁵.

Estas idas y vueltas hacen que el profesor de Salzburgo se pregunte si una teoría como la del “vacío legal” o “espacio libre de regulación” podría acercar una mejor respuesta al problema de la eutanasia. Es decir, no se precisaría ingresar en lo legal o en lo ilegal sino en este ámbito. Concluye que no es factible. Veamos²⁹⁶.

Si bien existen áreas en los regímenes jurídicos donde desde un principio se hallan “ámbitos legalmente libres” (v.g. los pensamientos y las opiniones o el saludo y el uso de cubiertos), esto se debe a su no abarcación actual por el Derecho, el Derecho podría obligar a las personas a saludarse de determinada forma. Entonces, una zona libre de Derecho puede ser adecuada ante nuevas formas de conducta, pero ante conductas ya conocidas no es dable decir que son “no prohibidas” sino que son “legales”; desde una perspectiva legal el individuo *puede hacer lo que está haciendo*; lo que pasa es que suele utilizarse la noción de “vacío legal” para prácticas que en el pasado fueron reguladas y hoy no lo son, cuando en realidad debería reservarse para prácticas que sean desconocidas para el sistema jurídico.

²⁹⁵ *Ibidem*.

²⁹⁶ SCHMOLLER, KURT; *op. cit.*, §1.b.

Cuando se habla de la legalidad de un comportamiento se está diciendo entonces, simplemente, que no hay razones suficientes para considerar a tal comportamiento como legalmente prohibido. Para el supuesto de la eutanasia, toda vez que se trata de un expediente conocido para el Legislador, no resta más que hablar de legal o ilegal. Y en el supuesto de la ilegalidad, dentro de un sistema jurídico existen gradaciones disponibles; a través de una escala gradual que va desde la intrascendencia de la ilicitud hasta las sanciones más duras reflejadas en las penas²⁹⁷, lo que abre un abanico de posibilidades amplio en la digresión jurídica desde la ley, v.g.: legalidad, ilegalidad pero sin violación penal, exculpación, culpabilidad, abstención de castigo, mitigación del castigo, *et sit cétera*²⁹⁸.

No se introducirá en lo que sigue un espacio de crítica a esta tesis pues, si bien no coincidimos con la misma, no es central la exposición sino que sirve para mostrar las distorsiones en la intelección de la tesis que nos ocupa. Simplemente señalaremos aquí que, si bien podemos acompañar a SCHMOLLER en su construcción en torno a la base de la legalidad y la necesidad o no, de resolver determinados conflictos sociales desde el Derecho; y que la eutanasia puede o no ser punible existiendo opciones amplias respecto de las respuestas a dar a su problemática; en lo que no coincidimos y debe destacarse aquí es en la distinción de posibilidad de existencia de vacíos legales para nuevas formas conductuales y su rechazo para expedientes ya conocidos. Esta distinción carece de asidero y es artificiosa en grado sumo, pero abreva en la conocida tesis de la *completitud jurídica* que se criticará más adelante²⁹⁹. Por otra parte se confunden en esta tesis, dos cuestiones que trabajaremos más adelante como supuestos diversos entre “permisos expresos” y “permisos por ausencia de constreñimiento” o *adiaphorias*³⁰⁰.

²⁹⁷ SCHMOLLER, KURT; *op. cit.*, §3.

²⁹⁸ SCHMOLLER, KURT; *op. cit.*, §4.

²⁹⁹ Ver *infra* parágrafo 21 (“Nuestra crítica a la posición de Karl Engisch”).

³⁰⁰ Ver *infra* parágrafo 26 (“¿Existe un ámbito vacío de derecho?”) y Capítulo III (“Sistema y Conceptos Jurídicos Básicos”).

§10. Karl Binding y la “Doctrina de la Neutralidad”.

El estado de necesidad como “no prohibido”. La doctrina de la neutralidad. Prohibiciones, permisos y no prohibiciones.

KARL BINDING³⁰¹, concibe los actos en *estado de necesidad*, no sólo disculpados o legítimos sino simplemente “no prohibidos”; la exclusión de lo ilícito adquiere en la doctrina del profesor de Leipzig una postura de neutralidad (“doctrina de la neutralidad” para el autor), y no considera a los casos de estado de necesidad como antijurídicos. Junto a las acciones ordenadas o permitidas existen otras jurídicamente irrelevantes, su ejemplo emblemático está dado por el caso de *la tabla de Carneades* donde una tabla a la deriva sólo puede soportar el peso de uno de los naufragos en un mar embravecido; sostiene BINDING que si el Derecho no prefiere una u otra de las vidas y en consecuencia ambos deberían hundirse, esta conclusión sería claramente arbitraria e irrazonable (“la sinrazón misma”); por ello la acción de matar –obvia consecuencia que se decanta de lo anterior-, es una acción necesitada, pero en modo alguno justificada, sino no prohibida. Estos casos que suelen incluirse dentro de la disculpa penal no son antijurídicos en vista de lo dicho hasta aquí. ARTHUR KAUFMANN abreva en, y mejora, la teoría de la neutralidad.

Para BINDING, estos *casos conflictivos* (y vale la pena reservar esta categorización para más adelante), son hechos valorativamente diferentes; en los cuales el ordenamiento jurídico por motivos de política jurídica o de otra índole, retira sus normas y renuncia así a la valoración³⁰².

El Derecho, para el profesor de Leipzig, puede exigir la existencia del estado de necesidad, pero no la desea; aquel renuncia al cumplimiento de la norma, la lesión moderada en estado de necesidad no contraría la norma desde el punto de vista de quien se halla en peligro.

En síntesis, junto al “matar prohibido”, existe un “matar permitido”, la norma incondicionada no se vuelve condicionada, sino que es inseguro el ámbito de su validez. El bien jurídico renuncia a la protección normativa, o retrocede ante la presión que ejercen sobre él intereses más importantes en el caso concreto. El bien que deja de ser

³⁰¹ BINDING, KARL; *Compendio di diritto penale*, trad. de Adelmo Borettini, Atheneum, Roma, 1927.

³⁰² Esta idea de retiro de las normas y renuncia a la valoración, ya se ha visto también en ARTHUR KAUFMANN, la doctrina de la neutralidad es común a ambos.

merecedor de protección atrae la norma hacia sí y con ello ya no se exige la continuación de la tutela, ni se mantiene el juicio de desvalor en caso de ataque a éste. Se pierde el indicio de antijuridicidad con el que carga el tipo y deviene en forma huera: la acción es lícita.

Debe quedar claro que esta construcción halla fulcro en su creación de la *teoría de las normas*³⁰³, entiende BINDING que

“Una vez dictada la prohibición de matar, el homicidio en sí, a partir de ese momento ‘no está ni permitido ni no permitido; está regularmente prohibido, es decir, en la medida en que caiga bajo la norma; tan pronto como cae bajo la excepción, no lo está’”³⁰⁴;

hay causas generales que eliminan la antijuridicidad que implica que las normas aparejan excepciones, además hay excepciones especiales para las distintas normas: estas excepciones son de la norma, son a su vez normas o garantías, de donde la acción prohibida debe o puede ser realizada.

“La lesión producida en estado de necesidad no es adecuada a derecho, pero tampoco está prohibida. El derecho puede requerir el estado de necesidad, y a menudo lo hace; pero el derecho no lo quiere; renuncia simplemente al cumplimiento de la norma... porque exigir su cumplimiento contravendría tanto el interés del orden jurídico como el reconocimiento de un derecho a su infracción, y porque el que está en peligro cede a su instinto de salvación.”³⁰⁵

Así, resumiendo:

- (a) Las normas: establecen *prohibiciones*.
- (b) Las excepciones (que también son normas): reportan *permisos*.
- (c) La acción en situación de necesidad: no es un permiso sino una *no prohibición*.

“No existen excepciones de la norma que no hayan sido establecidas mediante proposiciones jurídicas”³⁰⁶,

pero la situación en estado de necesidad es algo distinto.

³⁰³ Analizamos esto –de manera crítica- más adelante, ver *infra* parágrafo 29.2 (“*La Ley y la Norma, una distinción del Derecho Penal*”).

³⁰⁴ KAUFMANN, ARMIN; *Teoría de las Normas*, (trad. Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés), Depalma, Buenos Aires, 1977, pág. 30.

³⁰⁵ KAUFMANN, ARMIN; *op. cit.*, pág. 271.

³⁰⁶ KAUFMANN, ARMIN; *ibídem*.

§11. Gustav Radbruch y la negación de los espacios libres de Derecho.

Negación de un “vacío de Derecho”. Los límites señalados por el propio Derecho. Sobre la interpretación. Antijuridicidad legal y no juridicidad.

GUSTAV RADBRUCH³⁰⁷, niega la posibilidad de un ámbito libre de regulación jurídica y se basa para ello en razones de Teoría del Derecho, pues es de la esencia de todo ordenamiento jurídico su pretensión de universalidad. Si bien el autor reseñado no es un monografista del tema que examinamos, su importancia estriba en la relevancia de su pensamiento en las ideaciones de ARTHUR KAUFMANN y KARL ENGISCH -en menor medida-

Sostiene que el Derecho no puede llegar a una regulación parcial sin tomar posición mediante la elección de la parte de las relaciones humanas regladas y, también; respecto de la parte no reglada de las relaciones, pues precisamente las excluye de consecuencias jurídicas. De ahí que un *espacio libre de derecho*, sólo puede estarlo por una decisión en tal sentido del ordenamiento jurídico, pero en modo alguno puede hablarse de *vacío de derecho* en sentido estricto. Por caso, las relaciones sexuales o la procreación, no son materia directa del Derecho, sino que lo son en tanto se trata de manifestaciones sociales que el Derecho recepta bajo la forma de la monogamia o la poligamia o de la familia patriarcal o matriarcal.

“De este modo, los hechos naturales apuntan ya hacia las *preformas sociales* de las relaciones jurídicas que constituyen su materia, hacia las relaciones de la vida reguladas por el hábito, la tradición, el uso, la práctica o la costumbre. El legislador se encuentra, por ejemplo, en el panorama de la vida diaria, con tipos de negocio que recoge y convierte en base de su Derecho de obligaciones... Se encuentra, asimismo, con actos antisociales repudiados ya por la conciencia del pueblo y para los que ésta reclama penas y prohibiciones...”³⁰⁸.

No puede referirse que se carezca de regulación, sino que se regla el espectro situacional de que se trate precisamente al negar toda consecuencia jurídica a

³⁰⁷ RADBRUCH, GUSTAV; *Introducción a la Filosofía...*, cit. Esta obra es una breve muestra de las obras completas de RADBRUCH en 20 tomos editada por ARTHUR KAUFMANN quien se doctorara bajo la dirección de aquel en 1949. Se trata indudablemente, junto a HANS Kelsen, de los más importantes filósofos del Derecho en lengua alemana del siglo XX.

³⁰⁸ RADBRUCH, GUSTAV; *Introducción a la Filosofía...*, cit., pág. 27.

dicho ámbito fáctico³⁰⁹. El Derecho adopta una posición respecto de lo no reglado, y el ámbito que estas componen de “vacío jurídico”; es siempre y sólo tal a causa de la propia voluntad de aquel, que si bien no les asocia ningún efecto como a las conductas regladas, tampoco las abandona al simple juego de la vida. Tal concepción es en ENGISCH, la respuesta al sentido más general de las antítesis que presenta en su obra, pues si bien empíricamente pueden presentarse *ámbitos libres de derecho*, esto se produce sólo a causa del Derecho mismo, por voluntad jurídica de autolimitación, salvando así la posibilidad de ocupación jurídica ulterior³¹⁰.

Un concepto empírico utilizado por el Derecho no debe entenderse como “libre de valores” o “descriptivo”, pues si hay conceptos jurídicamente relevantes, entonces también deben existir irrelevantes³¹¹. En este sentido GUSTAV RADBRUCH entendía que un *espacio vacío de derecho* existía gracias a la propia voluntad del orden jurídico, esto no importaba vacío de derecho en sentido estricto –no regulado–; sino un campo fáctico regulado jurídicamente en sentido negativo a través de la recusación de toda consecuencia jurídica; comer, beber o saludarse caen en el campo de espacio jurídicamente vacío, pues el orden legal no prevé consecuencias para las mismas³¹². Señalaba que el Derecho vigente en el momento de legislar, influía inevitablemente en el nuevo Derecho, pues

“...no es lo mismo poner un Derecho nuevo en un lugar del que hasta ahora ha venido rigiendo que erigir el edificio de un nuevo Derecho en un solar que jamás había sido construido jurídicamente...”³¹³.

RADBRUCH era partidario de la *teoría objetiva de interpretación*, para la cual no interesa, por lo menos exclusivamente, lo que el Legislador histórico haya querido en efecto; sino más bien lo que la ley –o un legislador “pensado”–, tiene que perseguir razonablemente en una situación concreta *hic et nunc*; descarta la tesis subjetiva de interpretación, conforme a la cual el juez – y cualquier otro aplicador del Derecho– tiene que atenerse sólo a la voluntad del Legislador real encarnada en la ley, lo que tomado

³⁰⁹ Es interesante observar que HART, quien tampoco es un monografista del tema que estudiamos, entiende al Derecho como conformado por reglas; pero al estudiar el papel de las costumbres, señala que hay muchas de ellas que no forman parte del Derecho, por caso, el acto de no descubrirse ante una dama, no es ninguna regla de Derecho y por tanto carece de status jurídico, “...salvo el de ser *permitido por el derecho*” (el resaltado nos pertenece. HART, H. L. A.; *El concepto de Derecho*, cit., pág. 56.

³¹⁰ ENGISCH, KARL; *El ámbito...*, cit., pág. 26.

³¹¹ RADBRUCH, GUSTAV; *Introducción a la Filosofía...*, cit., pág. 40.

³¹² Citado por KAUFMANN, ARTHUR; *Filosofía del Derecho*, cit., pág. 205.

³¹³ RADBRUCH, GUSTAV; *Introducción a la Filosofía...*, cit., pág. 28.

rigurosamente viene a presuponer la ausencia de lagunas en el orden jurídico³¹⁴. Para el juez, es obligación profesional hacer valer la voluntad de validez de la ley, sacrificar el propio sentimiento jurídico al mandato autoritario del Derecho, preguntar únicamente qué es lo jurídico; y no si además es justo. Si el juez, guiado sólo por su sentimiento jurídico, no aplica la norma; desconoce el hecho de que la norma es para el “demandado”, en virtud de su propio sentimiento jurídico, verdadero Derecho (doctrina de la conformidad con el Derecho).

Hay una ventaja del Derecho casuístico que obliga al jurista a contrastar sus puntos de vista jurídicos ante los casos concretos, a diferencia del Derecho legalista, el que sólo se basa en casos jurídicos genéricos y abstractos³¹⁵.

El profesor alemán sostenía –y ello tiene que ver con su concepción de idea del Derecho como concepto necesitado de valores y no meramente conformado en base a pautas formales- que la *antijuridicidad legal* se presenta cuando la ley vulnera exigencias de justicia en una proporción decididamente intolerable, mientras que cuando la ley no aspira de modo alguno a la justicia, se trata de *no juridicidad*.

³¹⁴ KAUFMANN, ARTHUR; *Filosofía del Derecho*, cit., págs. 97 a 98.

³¹⁵ RADBRUCH, GUSTAV; *Introducción a la Filosofía...*, cit., pág. 22.

§12. Ernst von Beling y las “acciones jurídicamente irrelevantes”.

Los alcances del Derecho Penal. Conductas antijurídicas, conforme a derecho y jurídicamente irrelevantes.

Causas de justificación y acciones jurídicamente irrelevantes. El estado de necesidad.

Para el creador de la teoría del tipo penal, las amenazas penales del Estado, sólo valoran conductas antijurídicas, es decir,

“...aquella(s) que está(n) objetivamente en contradicción con el orden jurídico del correspondiente Estado. Una conducta que no esté en contradicción con éste hallase fuera de lo punible (aun cuando contradiga un ordenamiento jurídico extraño, o las costumbres, o la moral...).”³¹⁶

La cuestión de cuándo y en qué medida el Derecho Penal es antijurídico no se deduce del Derecho Penal, este sólo establece que debe infligirse un castigo siempre y cuando el comportamiento sea antijurídico. La antijuridicidad del comportamiento se deduce de las restantes partes del Derecho³¹⁷. De ello se decanta que, de la sanción de la ley penal, ha de inducirse que la clase de conducta a que ella se refiere, es antijurídica *dentro de ciertos límites*.

La cuestión es cuáles son esos límites. Algunas leyes penales, sostiene VON BELING, no señalan de manera expresa la antijuridicidad de una conducta como requisito de la punibilidad. Presuponen que las acciones por ellas descriptas son antijurídicas en general (de acuerdo con el ordenamiento jurídico).

“El conjunto de preceptos jurídicos sobre la antijuridicidad extraído del cuerpo de disposiciones penales (“indiciados” por éste) no da, como a veces se ha dicho, una ‘antijuridicidad penal específica’. No se trata ni de una antijuridicidad ‘contra el Derecho Penal’ ni de una antijuridicidad que lo sea *tan sólo* para el Derecho Penal y no para el ordenamiento jurídico en general”³¹⁸

³¹⁶ VON BELING, ERNST; *Esquema de derecho penal*, trad. de Sebastián Soler, Librería El Foro, Buenos Aires, 2002, pág. 43.

³¹⁷ VON BELING se enrola en la Teoría de las Normas de BINDING, según la cual el delincuente no lesiona la ley penal, no obra contra ella, por el contrario el delincuente obra según lo presupone la ley penal, realizando a ésta. Para una crítica a esto ver *infra* subpárrafo 29.2 (“*La Ley y la Norma, una distinción del Derecho Penal*”).

³¹⁸ VON BELING, ERNST; *op. cit.*, pág. 44.

De donde, para desentrañar cuándo una conducta es antijurídica, a la par del Derecho legislado, puede recurrirse al Derecho no escrito, conforme con la doctrina de la metodología jurídica³¹⁹.

Esto permite sostener a ERNST VON BELING que el ordenamiento jurídico puede considerar de tres maneras la conducta humana: a) antijurídica, b) conforme a derecho o c) jurídicamente irrelevante; en el caso “b”, las causas que eliminan el injusto son “causas de justificación” y en el supuesto “c” son simples “causas de exclusión de la ilicitud”, cuando concurren ambas no aparece un *permiso de ejecución*.

La regulación jurídica de la antijuridicidad y de las causas de exclusión de la antijuridicidad se halla en una *zona extra penal*.

Las causas de exclusión de la ilicitud se diferencian en dos estratos entonces³²⁰:

- a. A veces su concurso torna permitida, conforme a derecho, a la acción, son las *causas de justificación*.
- b. A veces su concurso si bien no torna a la acción no antijurídica, tampoco la torna permitida, son las *acciones jurídicamente irrelevantes*, simples *causas de exclusión de la ilicitud*.

Ambas causas tienen la misma significación con respecto a la existencia del delito: en ambos casos falta la antijuridicidad necesaria para la punibilidad.

Entre las acciones sin trascendencia jurídica, VON BELING situaba el *estado de necesidad* en donde los bienes en conflicto son de igual valor. Así, cuando la lesión del bien jurídico ajeno, representa un daño menor que el daño que amenaza al bien jurídico que se encuentra en necesidad, la reacción es *permitida*; cuando ambos bienes son de igual valor, y la lesión al bien jurídico ajeno es el único medio de alejar el peligro, la reacción no es permitida, pero tampoco es antijurídica, es *jurídicamente irrelevante*; finalmente cuando la reacción necesaria se vincula a un daño comparativamente mayor de un bien jurídico ajeno, la reacción es *antijurídica*³²¹.

³¹⁹ Aquí señala VON BELING, se suele distinguir entre antijuridicidad formal (la surgida de la ley) y material (la extrajurídica), pero ello es inexacto pues ambos aspectos deben ir unidos.

³²⁰ VON BELING, ERNST; *op. cit.*, pág. 45.

³²¹ VON BELING, ERNST; *op. cit.*, pág. 51.

§13. Bernd Schünemann: los “espacios libres de sistema” y “los espacios que la decisión legislativa deja abiertos”.

Los sistemas de la dogmática penal. Espacios libres de sistema. Cultura y lenguaje. La decisión creativa del aplicador del Derecho. Teoría de los bienes jurídicos y espacio libre de Derecho. Problema del análisis.

BERND SCHÜNEMANN, es catedrático de la Universidad de Munich, reúne, en su calidad de discípulo de CLAUS ROXIN y sucesor de la cátedra de ARTHUR KAUFMANN, la tradición de dos de las corrientes más influyentes de la ciencia jurídico-penal alemana.

El profesor de Munich es un defensor de los sistemas creados por la dogmática penal, algo de ello ya se ha abarcado antes en este trabajo³²². Dichos sistemas se conforman (entre otros baremos), por los clásicos estratos de la teoría del delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad). Ahora bien, las conductas previstas por los códigos penales son analizadas, particularmente en los países con tradición penalista continental, a través de las herramientas de la sistemática elaborada por la dogmática penal alemana; en dichos casos, existen supuestos en que parece no haber ninguna respuesta que el sistema brinde, por caso, los supuestos de error en acciones que si bien son típicas, antijurídicas y culpables, no son punibles por presentarse causas que excluyen la penalidad (v.g. art. 185 del C.P.). Las construcciones del error de tipo y el error de prohibición, parecen no tener potencia para abarcar tales supuestos.

En tales extremos, sostiene SCHÜNEMANN,

“...lo limitado del alcance del sistema eximente no puede conducir a la adopción definitiva de un ‘espacio libre de sistema’, en el que la última palabra le corresponda a la confrontación de los argumentos relativos al problema concreto (los topoi). Más bien, el principio de ausencia de contradicción requiere que la conclusión obtenida por vía problemática se confronte con el sistema dado. Así, o bien se cederá a la superioridad de los juicios de valor contenidos en él (con lo que a la vez se ampliaría el alcance material del sistema), o bien se forzará una modificación del sistema, dadas las mayores razones en favor de ello.”³²³

En lo que hace a la ciencia del Derecho en general, SCHÜNEMANN, siguiendo a LASK, la considera una ciencia de la cultura; de donde los conceptos de aquella no tienen

³²² Ver *supra* parágrafo 1 (“Palabras previas. Sobre la ‘ciencia del Derecho’”).

³²³ SCHÜNEMANN, BERND; *Cuestiones básicas del Derecho Penal...*, cit., pág. 27.

que ver con lo percibido como realidad avalorativa, ni con los “semiproduitos” del lenguaje común, sino con conceptos específicos de las ciencias de la cultura; es decir, obtenidos en el marco de un proceso referido a valor. El profesor de Munich explica lo antedicho con el ejemplo que brinda el elemento típico “arma”, este

“...no puede ser entendido mediante una mera percepción sensorial de la realidad precultural, avalorativa, ‘física’, porque el desvalor específico inherente al porte de armas –el efecto coactivo especialmente intenso sobre la voluntad de la víctima– sólo puede manifestarse en un ámbito cultural muy concreto... Así, un sacerdote azteca, criado en una tradición de muertes rituales deseadas por la víctima, carecería de antemano de las condiciones necesarias para entender el sentido de este elemento típico. Por otro lado, tampoco el conocimiento del lenguaje ordinario y de la ordenación que el mismo establece, dotándola de sentido y refiriéndola a un fin, puede proporcionar de modo definitivo el concepto de arma pretendido por el legislador... Ello es debido a que la cuestión de si debe ser calificado como arma a los efectos de la ley sólo el instrumento apto para ser utilizado o también las imitaciones (la apariencia de arma) depende exclusivamente de criterios valorativos y de funcionalidad jurídica...”³²⁴

Esta última construcción de SCHÜNEMANN se vincula con las *adhiaporias* en el Derecho o con la concepción de las “normas valorativas” en ENGISCH; así, lo que hoy se valora por el Derecho está atrapado por sus prescripciones, pero el devenir social puede abstraer hechos del ámbito jurídico, o viceversa atrapar nuevos.

También destaca que, en principio, en los ordenamientos jurídicos como el alemán, español o el argentino; orientados al primado de la legislación, constituye una prerrogativa del Legislador indicar los estados descriptibles mediante una valoración. El Legislador procede generalmente caracterizando las situaciones a las que pretende referirse en los términos del lenguaje ordinario o en un lenguaje técnico que se ajuste a los estados de cosas.

En la medida en que los estados de cosas a considerar, quepan en el núcleo conceptual de los términos empleados por el Legislador y; de este modo, resulten caracterizados de forma inequívoca, el sujeto encargado de aplicar el Derecho se halla

³²⁴ SCHÜNEMANN, BERND; *Cuestiones básicas del Derecho Penal...*, cit., pág. 46.

vinculado a ello y no está autorizado a adoptar una decisión propia que corrija al Legislador.

Pero en la medida en que esto no es así (debido a los amplios campos de significado que muestran los términos elegidos por el Legislador), el sujeto que aplica el Derecho está autorizado a cerrar en forma creadora los espacios que la decisión legislativa deja abiertos. Aquí es de suma relevancia la determinación mediante la finalidad de los institutos jurídicos. Se trata de decisiones que deben respetar el principio de coherencia³²⁵ que rige a los sistemas, pero que no se decanta de una deducción puramente intrasistemática.

El Legislador suele practicar

“...una desnormativización especialmente profunda en los tipos de la Parte Especial... No obstante, para colmar los espacios libres que queden en el significado de los términos, debe recurrirse (una vez más)... a las valoraciones rectoras.”³²⁶

Las valoraciones rectoras se especifican, conforme lo anterior, en el merecimiento y la necesidad de pena.

No introduciremos más adelante un apartado de crítica al autor que venimos glosando, pues sus postulados son compartidos *in totum* en este trabajo (con la salvedad de una cuestión que se examinará al final de estas líneas); sin embargo, entendemos que debe ahondarse precisamente en un aspecto que el profesor de Munich simplemente esboza, el de la potestad creadora de los aplicadores del Derecho en los espacios libres. La cuestión entendemos, es mucho más compleja que el somero sobrevuelo que efectúa SCHÜNEMANN a dicho respecto, además, los “espacios que la decisión legislativa deja abiertos”, son bastante más que cuestiones referidas al lenguaje.

A la par de lo anterior, un sector particularmente sensible en el que el Legislador desnormativiza conductas incriminadas, es aquel referido a la *teoría de los bienes jurídicos*. Lo multifacético y amplio del tema escapa a nuestra propuesta, pero en lo que interesa, los bienes jurídicos configuran un *mínimo de contenido*; que se refiere a “algo”, sobre lo cual sea posible un consenso en toda sociedad libre y pluralista, ese “algo”

³²⁵ Sobre la relevancia de la coherencia y el principio coherentista, ver *infra* parágrafo 36.1 (“La moral y el derecho”).

³²⁶ SCHÜNEMANN, BERND; *Cuestiones básicas del Derecho Penal...*, cit., pág. 80.

es definido como “intereses sociales”, “valores”, *et sit cétera*. El bien jurídico no puede ser tomado como algo *preexistente*, exento de crítica, sino como *circunstancias*; cosa de no restar con una noción demasiado cerrada de bien jurídico que permita fluctuar junto a los cambios sociales, de objetivos y la autocomprensión de la sociedad jurídica.

Entre las funciones del bien jurídico que nos interesan (ya que son múltiples) en el marco de la teoría del autor reseñado, está la de *definición negativa*; de donde implica que se trata de un concepto- límite, que establece qué intereses no pueden ni deben ser considerados bienes jurídicos; de *crítica*, pues el penalista podría discutir la legitimidad –desde un punto de vista del principio democrático- de los tipos penales creados o por crearse que no cumplan con la protección de bienes jurídicos. Esto es lo que explica por qué no deben perseguirse penalmente: a) concepciones morales o éticas de las minorías (v.g. homosexuales, adulterio), b) tipos de peligro abstracto, sobre todo los que vienen del Derecho Penal económico; entre otros, ello se relaciona con el *principio de mínima intervención*; y el de *interpretación o dogmático*, ya que al interpretar los elementos de un tipo penal, sirve para descubrir los alcances de una determinada prohibición.

Dos ejemplos que trae SCHÜNEMANN es el de la homosexualidad masculina, que fue crecientemente legalizándose, aunque señala que con motivo de la disminuyente condenación moral y no tanto por el respeto del dogma del bien jurídico; que va desde la aceptación de la punibilidad de dicha conducta por sentencia del Tribunal Constitucional alemán (*BVerfGE* 6, pág. 389 y ss.) hasta llegar a la introducción de la ley para la terminación de la discriminación de relaciones homosexuales del 16 de febrero de 2001; y el del uso de cannabis para uso personal. Todo lo cual denota que el Derecho Penal es la *ultima ratio* de la tutela de bienes jurídicos³²⁷; y cómo las conductas se criminalizan o descriminalizan con fulcro en valoraciones extrapenales, pasando a un ámbito libre de regulación jurídica o viceversa.

Por demás interesante resulta la idea de SCHÜNEMANN de que, la teoría del bien jurídico, aporta en su nivel crítico el deber de protección de determinados bienes por el

³²⁷ SCHÜNEMANN, BERND; *¿El Derecho Penal es la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos?*, (trad. Ángela de la Torre Benítez), Centro de Investigación en Filosofía y Derecho nro. 38, Universidad Externado de Colombia, 2007, págs. 30 a 32.

Estado, que, de soslayarlos estaría violando las cargas constitucionales de tutelas de determinados ámbitos, así, sostiene en un ejemplo en torno a esta cuestión que

“Existe... no sólo una facultad del Estado de penalizar la difusión del VIH, incluso cuando ha existido consentimiento del infectado³²⁸, sino además un deber de hacerlo. Así, la introducción de un espacio libre de derecho (*rechtsfreier Raum*) por el legislador alemán en los casos de contagio por el VIH viola el deber de protección estatal consagrado constitucionalmente.”³²⁹

Hay en este último refrendo algo contraintuitivo a la idea de “espacio libre de derecho”, pero que, en honor a lo escueto del tratamiento por el profesor de Munich, no merece más que un señalamiento tangencial. Un *espacio libre de derecho*, desde la óptica de una *adiaphoria*, que es como la señala en este apartado SCHÜNEMANN, implica una total desvinculación y desabarcamiento jurídico; entonces, si existe algo así como un “deber de protección estatal consagrado constitucionalmente” respecto de un área de la realidad determinada, pero que no ha sido contemplada penalmente, ergo, sólo existe una atipicidad de la conducta, mas no un *ámbito libre de regulación jurídica*. En esto, entendemos, el profesor de Munich ha explorado errónea, o cuanto menos, deficientemente, la construcción.

³²⁸ El párrafo se direcciona a la posibilidad de que, el principio de la no punición de la autopuesta en peligro, debe limitarse en el caso del VIH, pues la víctima del contagio se convierte ella misma en autor potencial de contagios ulteriores.

³²⁹ SCHÜNEMANN, BERND; *¿El Derecho Penal es la ultima ratio...*, cit., pág. 72.

§14. El ámbito libre de valoración jurídica en el esquema de pensamiento de otros autores.

Paz de la Cuesta Aguado y el “ámbito de relaciones libre del derecho”. Boldova Pasamar y el ámbito libre de regulación jurídica en los supuestos de autopuesta en peligro. Donna y las zonas libres de Derecho.

Massini Correas y la distinción entre el “ámbito jurídico” y el “ámbito no jurídico”. Problemas de la construcción. Entelman, el “conflicto” y las conductas prohibidas/ conductas permitidas. El ordenamiento jurídico como sistema cerrado de normas. Conductas no prohibidas. Problemas en la construcción de Entelman. Bergbohm y los “espacios jurídicos plenos” y “espacios jurídicos vacíos”. La plenitud hermética y el intérprete. Bobbio: lo obligatorio, lo permitido y lo jurídicamente irrelevante. Las teorías “del espacio jurídico vacío” y “de la norma general excluyente”. El juez y la creación de Derecho. Kelsen y la regulación positiva y negativa. Dos tipos de libertades: el problema del soslayamiento de las adiaphorias. El silencio de la ley: Thomas Hobbes y el “derecho de resistencia”; John Locke y el “derecho de prerrogativa”.

Sostiene HIRSCH³³⁰ que, muchos penalistas, al analizar la problemática del *estado de necesidad* y de la *colisión de deberes*, remiten en la búsqueda de solución expresa o tácitamente (pues es claro que se trata de un tema controversial y no aceptado mayoritariamente) a la cuestión del *ámbito libre de regulación jurídica*. Lo que sigue en cierta medida ilumina la tesis de ARTHUR KAUFMANN.

En éste sentido puede citarse recientemente a, PAZ M. DE LA CUESTA AGUADO, profesora Titular de Derecho penal de la Universidad de Cádiz quien efectuó un análisis interesante y novedoso de esta problemática. Existe un “*ámbito de relaciones libre del derecho*”, en el que se reconoce al individuo capacidad para auto- elegir su conducta y modo de vida, en este ámbito la protección de la integridad moral se dirige a garantizar que el individuo no va a ser forzado a actuar contra los principios básicos sobre los que ha construido su personalidad y en aquellos ámbitos en los que se le reconoce capacidad autonormativa³³¹.

La afirmación permite a la autora examinar la relación entre Derecho y moral (ciertamente esto la acerca a KAUFMANN), y delimitar formalmente los límites del poder punitivo para aplicar pena en el estrato de la *culpabilidad* –exigibilidad de otra conducta distinta de la realizada-. La profesora de Cádiz señala el absurdo de entender que

³³⁰ HIRSCH, HANS JOACHIM; *El derecho penal...*, cit., pág. 91.

³³¹ DE LA CUESTA AGUADO, PAZ M.; *El fundamento de la responsabilidad penal en las sociedades actuales*, en Zaffaroni, Eugenio Raúl (Dir.), Terragni, Marco Antonio (Coord.), “*El Derecho Penal del siglo XXI*”, Ed. Jurídicas Cuyo, 2005, pág. 932,

las causales de exculpación sólo provienen de la ley penal y de la exclusiva competencia del legislador para reconocerlas, esto se trata de una pretensión de generalidad de la norma; sostiene que DWORKIN ya demostró la irracionalidad lógica de esto, la ausencia expresa de norma para regular un supuesto exculpatorio, no implica su inexistencia; puesto que un sistema jurídico no está únicamente constituido por normas positivizadas sino también por principios, así como también por otras normas y principios no contradictorios con los anteriores y de los que se derivan lógicamente³³² (esto la aleja de KAUFMANN pues los casos examinados por este devienen *no prohibidos*, no se tratan de causales exculpatorias supraleales, no obstante reconocer que el Derecho va más allá de las normas³³³).

MIGUEL ÁNGEL BOLDOVA PASAMAR, titular de Derecho Penal de la Universidad de Zaragoza, admite un *ámbito libre de regulación jurídica* para los supuestos de autopuesta en peligro, acercándolo a la posición de ARTHUR KAUFMANN; en cuanto entiende que el Derecho no puede regular las conductas sólo reservadas a la moral. Si bien la doctrina que estudiamos no es materia de examen del catedrático mencionado, la conclusión la extrae para el caso de la punibilidad del consumo de drogas personal, conducta a la que considera sólo reservada a la libertad de obrar. El Derecho no puede configurar la propia existencia, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho no dispone de ningún mecanismo jurídico para imponerse frente al autoconsumo privado, no puede generar expectativa alguna y sólo se presentaría como una recomendación³³⁴ (obsérvese que el autor no se posiciona entre la punibilidad o no de la conducta, sino que introduce valoraciones de índole moral en el Derecho, no otra cosa puede deducirse de una “recomendación” jurídica).

En la Argentina, EDGARDO DONNA, al analizar la teoría de la antijuridicidad, entiende que

“...no hay posibilidad de zonas libres para el derecho, o zonas neutras; o se está dentro de lo jurídico o se está en contra de la norma. El término medio no existe.”³³⁵

³³² DE LA CUESTA AGUADO, PAZ M.; *op. cit.*, pág. 929.

³³³ KAUFMANN, ARTHUR; *Filosofía del Derecho*, cit., págs. 180 a 196.

³³⁴ BOLDOVA PASAMAR, MIGUEL ÁNGEL; *Tenencia y consumo de drogas: los límites de las prohibiciones en el derecho español*, en Revista de Derecho Penal, Rubinzal- Culzoni, 2001-1, págs. 327 a 328.

³³⁵ DONNA, EDGARDO A.; *Teoría del Delito y de la Pena*, T. 2, Astrea, 2001, pág.126.

El error del profesor mencionado radica en que en tal esquema, “*conforme a derecho*”; es todo lo que no es antijurídico, un comportamiento o choca con un deber jurídico o es objeto de una permisión; no es posible aquí un ámbito no regulado por el Derecho, pues se considera al Derecho como universal. Además se efectúa un análisis reduccionista del tema, limitado a la problemática de la antijuridicidad, que ya hemos visto, es sólo un aspecto de la cuestión³³⁶, no se distingue entre permisos jurídicos y permisos por ausencia de constreñimiento, sobre esto se avanzará más adelante³³⁷.

No circunscripto al ámbito penal, y desde el hontanar de las ideaciones de ENGISCH, MASSINI CORREAS distingue el “ámbito jurídico” del “ámbito no jurídico”; reserva para el primero la aplicación a todas las realidades humanas que se vinculan de manera más o menos directa (sea como causas, como condiciones, *et sit cétera*) con aquellas conductas cuyo cumplimiento resulta estrictamente necesario para el bien común político; en tanto que el último se enfoca al espectro de realidades que, al no vincularse directamente con el derecho objetivo, no se las puede calificar como jurídicas aunque pueden ser objeto de regulación de otros órdenes normativos. Inserta en este campo a la moral personal, la política en sentido estricto, la conducta legítima o indiferente al Derecho, las actividades meramente técnicas y las realidades naturales sin influencia sobre la conducta jurídica³³⁸. El problema de este análisis estriba en que se abarca bajo la óptica de la teoría que estudiamos ámbitos tan diversos –y precisados de puntualizaciones específicas- como eventos de la naturaleza y conductas legítimas; claramente, y estando a las puntualizaciones de ENGISCH, las primeras son auténticas *adiaphorias*, pero las segundas se hallan en un espacio más discutible y permeable a la cultura de que se trate. Probablemente el yerro provenga de reducir “jurídico” al cumplimiento de necesidades políticas, de todas formas avanzar sobre esto escapa a nuestra propuesta.

El verdadero fundamento de los derechos (i.e. que una conducta sea debida por un sujeto y exigible por otro) estriba en un principio normativo; cualquier exigencia en

³³⁶ Ver *supra* parágrafo 5 (“El ‘ámbito libre de regulación jurídica’ de Hans Joachim Hirsch”).

³³⁷ Ver *infra* parágrafo 29 (“La norma jurídica”).

³³⁸ MASSINI CORREAS, CARLOS I.; *Filosofía del Derecho*, T. I, 2ª ed., Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 2005, págs. 36 a 38.

torno al cumplimiento de un deber por un tercero³³⁹, precisa de la preexistencia lógica de un derecho, sin esta existencia, aquella exigencia carecería de valor jurídico

“...serían un mero hecho, sin relevancia en el ámbito de las conductas y facultades jurídicas.”³⁴⁰;

esta noción le sirve a MASSINI CORREAS también para señalar que los principios normativos que fundan derechos, al pertenecer a una clase heterogénea, no tienen la misma fuerza normativa, lo que se refleja en la calidad diversa de los distintos derechos (v.g. es más fuerte la norma que proscribe el parricidio que la que prohíbe pisar el césped de un parque).

En procura de analizar el fenómeno social del “conflicto” (y en la especie el Derecho como conflicto jurídicamente normado), REMO ENTELMAN explica que todo sistema de normas que establece conductas sometidas a sanciones, actúa como criterio clasificador y agrupa todas las conductas posibles en dos amplias clases o tipos: *conductas prohibidas* / *conductas permitidas*. Fuera de los (escasos) casos en que se define que una parte tiene derecho y la otra está obligada; en los demás, el sistema enfrenta a los conflictuantes con el

“...inesperado fenómeno de que para cada uno de ellos es libre (*no prohibido*) pretender lo que pretende. Lo cual significa que para ambos es igualmente permitido o legítimo estar en conflicto con el otro.”³⁴¹ (el resaltado nos pertenece).

En esos casos, ninguna norma sanciona la acción u omisión que el otro conflictuante pretende de su par.

ENTELMAN señala que la norma de clausura, según la cual todo lo que no está prohibido por las normas del sistema se considera jurídicamente permitido, implica que el ordenamiento jurídico es un sistema cerrado de normas que resuelve todos los enfrentamientos posibles. Todas las conductas posibles de los individuos que la integran quedan automáticamente clasificadas en las dos grandes categorías preexplicitadas. Sobre la crítica al principio de legalidad avanzaremos más adelante³⁴². El discípulo de COSSIO explica que, la clase de *conductas prohibidas*, dejan fuera de su ámbito a las conductas no sancionadas; que con precisión son llamadas permitidas, pero a las que también se alude

³³⁹ Para MASSINI CORREAS los deberes son el correlato de los derechos, y estos no se explican si no imponen a aquellos, conf. *Filosofía del Derecho*, T. I, cit., *passim*.

³⁴⁰ MASSINI CORREAS, CARLOS I.; *Filosofía del Derecho*, T. I, cit., pág. 94.

³⁴¹ ENTELMAN, REMO F.; *Teoría de Conflictos. Hacia un nuevo paradigma*, Gedisa, Barcelona, 2005, pág. 54.

³⁴² Ver *infra* Capítulo V (“El principio de legalidad”).

como conductas que alguien tiene derecho a realizar en el sólo sentido que no le está prohibido hacerlo. ENTELMAN grafica³⁴³:

Fig. 2.1. Lo permitido y lo prohibido en el pensamiento de Entelman

“...el sector de conductas prohibidas no está separado del que contiene las conductas permitidas por una línea recta sino por una curva que le permite penetrar, por así decirlo, en ese sector. Ello es así para significar que, bordeando el universo de lo permitido, donde cada actor tiene una amplia gama de recursos disponibles para influenciar a su oponente, tiene también unas cuantas prohibiciones contenidas en el sistema jurídico.”³⁴⁴

Las *conductas permitidas* las divide en dos subclases: conductas no obligatorias y conductas obligatorias, las últimas son definidas como el opuesto contradictorio en términos lógicos de las conductas prohibidas.

En el universo de lo permitido se da, según ENTELMAN, un infinito número de conflictos que el Derecho desdeña porque se dan entre pretensiones incompatibles, pero igualmente permitidas (no sancionadas); pero destaca que los abogados se dedican pura y exclusivamente a las confrontaciones normadas, sin embargo se soslaya el amplio espacio en que, el Derecho, deja a los ciudadanos en libertad de confrontar, ya que no prevé proteger la pretensión de uno, poniendo a cargo del otro la obligación de satisfacerla,

“Es en este espacio donde se producen los conflictos entre pretensiones incompatibles pero igualmente permitidas, es decir, *no prohibidas* porque no están amenazadas con sanción por el ordenamiento.”³⁴⁵ (el resaltado nos pertenece).

En la comunidad primitiva, cuando no existía ordenamiento jurídico, es de suponer que todas las conductas físicamente posibles competían libremente por realizarse, pudiendo dividirse en dos clases: *conductas malas o indeseadas* / *conductas buenas o*

³⁴³ ENTELMAN, REMO F.; *op. cit.*, pág. 56.

³⁴⁴ ENTELMAN, REMO F.; *op. cit.*, pág. 57.

³⁴⁵ ENTELMAN, REMO F.; *op. cit.*, pág. 58.

deseadas. Hubo de aguardarse al sistema indirecto de motivación (el Derecho) para apartarse de estos cánones permeables³⁴⁶.

Para concluir, ENTELMAN señala que, todas las confrontaciones posibles (no debe olvidarse que su análisis parte de la Teoría de Conflictos), no asumidas por el sistema, están permitidas, no son prohibidas y constituyen Derecho en el sentido más lato de su expresión³⁴⁷.

Existe un problema en la construcción de ENTELMAN consistente en no diferenciar claramente dos tipos distintos de permisiones: a) por ausencia de constreñimiento –*adiaphorias*- o b) derrotabilidades de prohibiciones. Sobre esta distinción avanzaremos más adelante³⁴⁸. Las primeras integran el área de la libertad jurídica que el Derecho no trata, en tanto que las segundas se hallan expresamente contempladas por aquel. Por lo demás, su lectura de las *conductas permitidas* se identifica con la primera de nuestras clasificaciones.

Además, el yerro que, entendemos, posee ENTELMAN en su construcción, nos permite responder del mismo modo gráfico que empleara, el ya desgraciadamente extinto profesor de la Universidad de Buenos Aires, como se verá posteriormente³⁴⁹.

Las *adiaphorias*, “los permisos no asumidos por el Derecho”, como explica el discípulo de COSSIO, ciertamente no están prohibidas; pero no constituyen Derecho ni en sentido lato ni en sentido estricto. Es claro que el Derecho no se involucra con esas confrontaciones, los tipos de conflicto “permitido / permitido”, son casos de pretensiones legítimas desde ambas caras del entuerto, que insoslayablemente aparejan un problema, pero que no resuelven los ordenamientos jurídicos. El “entrampamiento” en que cae ENTELMAN de entender que “constituyen Derecho en el sentido más lato de su expresión”, se debe a su propia postura acerca de la regla de clausura, ello distorsiona la construcción e impide hallar una respuesta adecuada al tema. Nosotros concluimos distinto, con fulcro en la intelección que otorgamos al principio de legalidad como veremos en adelante³⁵⁰.

³⁴⁶ ENTELMAN, REMO F.; *op. cit.*, pág. 63.

³⁴⁷ ENTELMAN, REMO F.; *op. cit.*, pág. 64.

³⁴⁸ Ver *infra* parágrafo 29 (“La norma jurídica”).

³⁴⁹ Ver *infra* esquemas “a” y “b” (gráficos 2.2 y 2.3) en el parágrafo 26 (“¿Existe un ámbito vacío de derecho?”).

³⁵⁰ Ver *infra* Capítulo V (“El principio de legalidad”).

Desde el ángulo de la filosofía del Derecho, y desde el hontanar de la negación de la existencia de las lagunas, el antecedente inmediato del empirismo científico es la teoría del “espacio jurídico vacío” de KARL BERGBOHM. Para este autor, la existencia de lagunas no tenía sentido alguno: o la conducta se encontraba regulada, o no lo estaba. Si estaba regulada, se encontraba en el “espacio jurídico pleno”. En caso contrario, la conducta en cuestión pertenecía al “espacio jurídico vacío”, en cuyo caso debía otorgársele absoluta libertad.

BERGBOHM se expide en los tiempos de retroceso del ideal codificador, ante la insuficiencia del Derecho de las codificaciones y el asedio de las teorías iusliberalistas, donde los defensores del estatismo jurídico debieron reformular sus ideas acerca del Derecho como un sistema incontestable. Esto implicaba una transformación del dogma de plenitud y una aceptación forzada de la existencia de las lagunas en el ordenamiento. Esta aceptación no se daría de manera inmediata. La redefinición del dogma de la plenitud implicaría una discusión vinculada a la relación entre Estado e individuo, las prerrogativas de éste y las concesiones de aquel. El estatismo jurídico pasaría de una fase dogmática a una fase crítica. Lentamente se iría borrando la tajante línea entre Derecho objetivo y Derecho subjetivo, mediante el acrecentamiento de la figura del juez. Como veremos a continuación, las lagunas del ordenamiento, producto de la insuficiencia de las codificaciones, se convertirían en una concesión que el Estado hacía cuando no le interesaba regular algunas materias. Otorgándole cierta personificación al Estado, la aparente insuficiencia empezaba a justificarse como una concesión voluntaria: el Estado había decidido no regular ciertos ámbitos de la conducta humana.

El problema de la tesis de BERGBOHM, entendemos, se halla en que arrastra una confianza adquirida hacia la estructura jurídica positiva. Los linderos entre el *espacio jurídico pleno* y el *espacio jurídico vacío* dependen en gran medida de la elección del intérprete. La línea entre lo lícito y lo ilícito no es siempre claramente identificable. Dónde situar la conducta –afuera o adentro del espacio jurídico- implica un acto de identificación y/o diferenciación. La postura empírico-científica continuaría la discusión sobre la misma línea de pensamiento. El fundamento de esta postura tiene como base el principio de autonomía de la voluntad. Es decir, “todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido”. El Derecho no permite sin prohibir y no prohíbe sin permitir al mismo tiempo.

Cuando una ley prohíbe una conducta, permite de manera simultánea todas aquellas conductas no contempladas por la norma.

El empirismo científico se sostiene sobre la base de un canon hermenéutico tradicional, en donde la voluntad del intérprete es un elemento que no se llega a considerar. Sin embargo, conforme se empieza a abandonar la inflexibilidad jurídica y comienzan a florecer nuevos métodos de interpretación (los métodos de autointegración *analogía legis* y *analogía iuris*, por ejemplo) se deja entrever que el problema de las lagunas trasciende la existencia de la norma, y que se encuentra localizado en el problema para decidir cuál norma es la aplicable.

Además, BOBBIO, con razón creemos, criticó la dualidad presentada por BERGBOHM, desde la teoría normativa, diciendo que confunde tres modalidades normativas: lo obligatorio, lo permitido y lo jurídicamente irrelevante³⁵¹.

Aprovechando la mención del maestro de Turín, y también por la vena de la filosofía del Derecho, no fue ajeno a éste la construcción que nos ocupa. BOBBIO sostiene que la plenitud del ordenamiento jurídico y, en consecuencia, la inexistencia de lagunas normativas, es una tesis característica del positivismo jurídico; sólo sosteniendo la completitud necesaria de los sistemas jurídicos, señala, es posible sostener otros dos principios del iuspositivismo, concretamente, los que afirman que los jueces no pueden crear Derecho y el que prohíbe a los jueces no resolver un litigio traído a su jurisdicción.

BOBBIO cita dos teorías que sustentan la inexistencia de lagunas en el derecho: a) *la teoría del espacio jurídico vacío*, que sostiene que dado un hecho cualquiera, o bien existe una norma que lo regula, en cuyo caso no hay laguna, o bien no existe ninguna norma que lo regula, en cuyo caso el hecho no regulado es jurídicamente irrelevante, siendo dichos actos ni lícitos ni ilícitos; y, b) *la teoría de la norma general excluyente*, que sostiene que todos los hechos son jurídicamente relevantes, toda norma jurídica particular que regula ciertos actos está acompañada de una norma implícita que permite los hechos no regulados. Si una norma prohíbe importar cigarrillos, ella contiene, implícitamente, otra que permite importar cualquier objeto que no sean cigarrillos.

Por cierto, el maestro de Turín, en tesis que acompañamos, si bien advierte lo importante de la tesis positivista y la relevancia de las reglas; destaca que las corrientes

³⁵¹ BOBBIO, NORBERTO; *Teoría General del Derecho*, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1999, pág. 219.

realistas han impugnado en gran medida los anteriores postulados, reconociendo que *de hecho* el juez crea Derecho, a pesar de la supremacía de la ley y de la obligación de decidir conforme a reglas predispuestas.

“La creación del derecho por parte del juez, más que ser una exigencia que podría conducir a modificar el sistema, es una realidad dentro del sistema mismo... Con esto no se quiere condenar al ostracismo a la concepción mecanicista de la interpretación; pero se le da el puesto que merece, que no es ya el de ser fiel reflejo de aquello que sucede de hecho en los sistemas de predominio legislativo, sino una de las posibles actitudes que el juez puede asumir frente a las reglas que debe aplicar.”³⁵²,

de donde las tesis de la “norma general excluyente” y del “espacio jurídico vacío” se desdibujan en sus límites epistemológicos.

KELSEN tampoco soslayó explorar el problema. El profesor austriaco explicaba que en un sentido lato puede valer cualquier conducta humana, ya sea como facultada por un orden jurídico dado (i.e. regulada positivamente), o cuando la conducta no está prohibida por el orden, sin estar positivamente permitida por una norma que limitara el dominio de validez de una norma obligatoria (i.e. regulada negativamente). La primera modalidad, la permisón consistente en un acto positivo, se destaca por su previsión expresamente normativa³⁵³.

Para analizar lo jurídicamente ordenado, debe examinarse el contenido de una obligación jurídica; de donde, señala KELSEN que si las sanciones que prevé el ordenamiento no se dirigieran sólo contra seres humanos, sino también contra animales, estos últimos deberían considerarse obligados jurídicamente a una determinada conducta. Si bien esto es absurdo para nuestras concepciones actuales, halla fulcro en corrientes animistas, pero agrega

“Que los órdenes jurídicos modernos sólo regulen la conducta de los hombres, y no la de los animales, las plantas o la de los objetos inanimados, en cuanto dirigen sanciones sólo contra aquellos, pero no contra estos, no excluye que esos órdenes jurídicos prescriban una determinada conducta humana no sólo en relación con seres humanos, sino también en relación con animales, plantas y objetos inanimados... Pero esas normas jurídicas no regulan el comportamiento de los animales, plantas u

³⁵² BOBBIO, NORBERTO; *El Problema del Positivismo Jurídico*, cit., pág. 185 ss. y cc.

³⁵³ KELSEN, HANS; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 29.

objetos inanimados así protegidos, sino el comportamiento de los hombres contra los cuales se dirige la amenaza de castigo.”³⁵⁴

Ahora bien, según Kelsen, como sistema social que estatuye sanciones, el Derecho regula el comportamiento humano de forma positiva, pero también de manera negativa: desde la primera óptica obliga a cierto comportamiento al ligar un acto coactivo a la conducta contraria (i.e. prohibiendo la conducta); desde la segunda perspectiva no liga ningún acto coactivo a una determinada conducta, ni prohíbe esa conducta ni la opuesta. La conducta jurídicamente no prohibida, se halla permitida.

“...una determinada conducta humana o bien está prohibida, o bien no está prohibida, y dado que, cuando no es prohibida, debe vérsela como permitida por el orden jurídico, puede considerarse que toda conducta de los hombres sujetos a un orden jurídico estaría regulada, en un sentido positivo o negativo, por ese orden jurídico. En la medida en que la conducta de un hombre está permitida, en el sentido negativo, por el orden jurídico, en cuanto la misma no está prohibida por el orden jurídico, es el hombre jurídicamente libre.”³⁵⁵

Se presentan así dos tipos de libertades³⁵⁶: a) la libertad que el orden jurídico deja en forma negativa al hombre, pues no le prohíbe una determinada conducta, en este supuesto el ordenamiento obliga a los otros hombres a respetar la libertad prohibiéndoles intervenir en esa esfera de libertad; y b) la libertad que el ordenamiento garantiza positivamente. El problema estriba en que, en el primer caso, no toda conducta permitida en el sentido negativo, se halla garantizada mediante la prohibición de la conducta de otro que la impida; dicho de otro modo, no siempre hay de cara a la conducta permitida negativamente, una obligación correspondiente de otro:

“Cierta conducta de un hombre puede estar no prohibida por el orden jurídico y, en ese sentido, estar permitida, sin que la conducta contrapuesta a esa conducta de otro hombre esté prohibida por el orden jurídico, de suerte que también esa segunda conducta está permitida.”³⁵⁷,

de esta forma podrían darse conflictos sobre los cuales el ordenamiento jurídico no reporta ninguna solución, pues, en definitiva, aquel no puede evitar todos los conflictos posibles.

³⁵⁴ Kelsen, Hans; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 45 a 46.

³⁵⁵ Kelsen, Hans; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 55.

³⁵⁶ Kelsen insiste recurrentemente en esta división: *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 252.

³⁵⁷ Kelsen, Hans; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 56.

Esta construcción de KELSEN la seguiremos en gran medida al involucrarnos en el análisis de las normas sobre el que avanzaremos más adelante³⁵⁸; en lo que no coincidimos, como ya hemos venido postulando, es en su defensa a ultranza del principio de clausura del sistema. Por otra parte, su división en permisos negativos y positivos, no refleja con suficiente claridad las dos clases de permisos existentes y sobre los que hablaremos más tarde; la distinción es rudimentaria, claramente no por falta de agudeza en el maestro de Viena, sino porque una distinción más fina le hubiera obligado a reconocer las *adhiaporias*, y estas escapan a un sistema clausurado.

El soslayamiento del problema de las *adhiaporias* le lleva a KELSEN a concluir en una construcción discutible:

“...es enteramente posible que la conducta no prohibida, y en ese sentido, permitida, de un individuo, no consistente en el empleo de fuerza física, se contraponga a la de otro individuo cuya conducta tampoco esté prohibida, y, por ende, sea permitida. Tendremos entonces,... un conflicto de intereses que el orden jurídico no previene; ningún orden jurídico puede prevenir todos los conflictos posibles de intereses. Corresponderá, entonces, que el tribunal rechace también la querella dirigida contra una conducta permitida (es decir, no prohibida) del demandado...”³⁵⁹,

pero agrega, con el objeto de dejar claro que no hay *retirada del Derecho* (aunque se cuida de decirlo), que:

“También en este caso, la sentencia judicial se produce aplicando el orden jurídico, constituye aplicación de derecho. La aplicación del derecho válido puede ser vista, en semejante caso, como insatisfactoria, puesto que omite proteger un interés que, desde algún punto de vista, es considerado como digno de protección. Pero como un orden jurídico no puede proteger todos los intereses posibles, sino que siempre protege bien determinados intereses, al prohibir que se les lesione, resulta que los intereses que siempre aparecerán como contrarios tienen que permanecer desprotegidos, siendo inevitable el conflicto entre la conducta permitida de un individuo con la conducta permitida de otro, conflicto que siempre se da cuando la

³⁵⁸ Ver *infra* párrafo 29 (“La norma jurídica”).

³⁵⁹ KELSEN, HANS; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 252.

demanda es rechazada, o el acusado es absuelto, sólo por no encontrarse prohibida su conducta...”³⁶⁰

La construcción patentiza su inconsecuencia, pero a ella no puede escapar de ningún modo el maestro vienes si pretende ser consecuente con su tesis. Obsérvese que por un lado admite la imposibilidad de que los ordenamientos jurídicos regulen todos los supuestos cotidianos, pero por el otro insiste (inevitablemente), en que las decisiones sobre casos de *adhiaporia* (que no lo son para Kelsen), se producen aplicando el ordenamiento jurídico, lo cierto es que este aserto es dogmático pues no se condice con el resto de la explicación, y además es ilógica pues: *sobre algo no regulado por el Derecho se resuelve como regulado*.

En los fines de la época absolutista e inicio del liberalismo político, THOMAS HOBBES (1588-1679) y JOHN LOCKE (1632-1704), señalaron también cuestiones atinentes a la temática que nos ocupa, aunque ciertamente vinculadas al *derecho de resistencia*. El primero señaló que existen algunas cosas que, aun ordenadas por el soberano, el súbdito puede negarse a hacerlas sin injusticia, en el acto de constituir un Estado van implicadas dos cosas: la obligación y la libertad; de donde el hombre conserva todo aquello que no puede ser objeto del pacto, en particular la defensa de su propio cuerpo; por consiguiente, si un soberano ordena a un hombre que se mate, se hiera, que se abstenga de alimentos, se mutila, *et sit cétera*, el hombre tiene libertad de desobedecer (por esta vena, tampoco nadie puede ser obligado a acusarse por sí mismo, ni a guerrear a menos que voluntariamente emprendan la guerra).

“La máxima libertad de los súbditos depende del silencio de la ley. En los casos en que el soberano no ha prescripto una norma, el súbdito tiene libertad de hacer o de omitir, de acuerdo con su discreción.”³⁶¹

En tanto que Locke, analizando el *derecho de prerrogativa*³⁶², señalaba que consistía en la facultad del poder ejecutivo de obrar a su arbitrio o discrecionalmente cuando el bien de la sociedad así lo requería; justificaba este derecho

“...en la imposibilidad en que se encuentran los legisladores de prever con leyes todas las circunstancias que se presentan en la vida de una sociedad. Condiciona su

³⁶⁰ Kelsen, Hans; *Teoría Pura del Derecho*, cit., págs. 252 a 253.

³⁶¹ Fayt, Carlos; *Historia del Pensamiento Político*, T. II, La Ley, Buenos Aires, 2004, pág. 134.

³⁶² El que examina junto al *derecho de resistencia*.

ejercicio a que la ley no suministre una guía útil y lo limita hasta que el poder legislativo pueda ser reunido para proveer lo necesario.”³⁶³

Como se ve, la cuestión no es novedosa, y si bien periféricamente, ha sido entrevista desde hace ya tiempo y en diferentes ámbitos.

³⁶³ FAYT, CARLOS; *Historia del Pensamiento Político*, T. II, cit., pág. 195.

§15. La “inexistencia jurídica” en Ricardo Víctor Guarinoni³⁶⁴.

Normas potestativas y los actos que no producen efectos jurídicos. La inexistencia como noción conceptual.

Casos claros y casos de penumbra: el problema de las características definitorias. Sobre la existencia o inexistencia de normas o de actos ineficaces. Crítica: la explicación desde lo jurídico o desde las adiaphorias. Inexistencia jurídica y regla de clausura. Sobre la existencia: la crítica a la postura de Guarinoni.

El profesor de la Universidad de Buenos Aires efectúa un análisis de la cuestión que nos convoca, no partiendo desde reglas de deber (mandatos o prohibiciones) o desde los permisos jurídicos, sino desde las reglas potestativas; los actos que aparecen calificados como inexistentes se hallan entre aquellos a los que se refieren las reglas secundarias de HART³⁶⁵, reglas que confieren a los particulares y a los órganos el poder de dictar, modificar o disolver normas primarias que generan obligaciones.

En esto estriba la originalidad del planteo y la importancia de traerlo aquí a colación.

El problema que se plantea GUARINONI, entiende, lleva a inquirir si la existencia jurídica es diferente de la existencia material y si hay que distinguirlas. Asimismo se justifica un análisis desde el punto de vista de la teoría general, que le permitirá señalar algunas cuestiones referentes a categorías doctrinarias y su función en la ciencia y la aplicación del Derecho³⁶⁶.

Siempre desde el punto de vista de las *normas potestativas*, corresponde distinguir entre “condiciones esenciales” y “condiciones de validez”. Las primeras representan una cuestión de hecho y determinan la inexistencia de un acto, en tanto que las segundas son cuestiones de validez de Derecho y si faltan aparejan la nulidad de un acto. Un acto inexistente, entonces, se conceptualiza como un acto que carece de requisitos esenciales, y por ello no tiene efectos jurídicos, un acto inexistente equivale a “*la nada jurídica*”, de allí que el régimen de las nulidades se presenta como insuficiente, en una primera aproximación, para dar cuenta de los actos irregularmente celebrados³⁶⁷. Esta

³⁶⁴ En el análisis de la teoría de éste autor, utilizamos su trabajo, GUARINONI, RICARDO VÍCTOR; *De lo que no hay. La inexistencia jurídica*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 25, Alicante, 2002, págs. 637 a 656.

³⁶⁵ HART, H. L. A.; *El concepto de Derecho*, cit., págs. 101 y 114 y ss.

³⁶⁶ GUARINONI, RICARDO VÍCTOR; *De lo que no hay...*, cit., pág. 637.

³⁶⁷ GUARINONI, RICARDO VÍCTOR; *De lo que no hay...*, cit., pág. 640.

liminar concepción llevó a la doctrina a dividirse entre quienes afirmaban que si faltan los requisitos previstos se trata de un caso de inexistencia, otros que sostienen que se trata de una nulidad y quienes prefieren calificarlo de otra manera (v.g. acto aparente).

La postulación de la teoría de los actos inexistentes es una estrategia utilizada por los dogmáticos para soslayar el principio que establece que no hay nulidad sin texto, y por detrás aparece una noción valorativa o axiológica determinada. La idea de inexistencia es un modo de agregar una causal más de pérdida de validez de los actos. Así, la teoría del acto inexistente nace propiciada por las necesidades metodológicas propias de la escuela exegetica, que colocaba a la ley como exclusiva fuente del Derecho, de esta forma, no pueden existir olvidos del Legislador, no habrá nulidades, sino que se tratará de actos que pertenecen a otra categoría donde no se producen efectos jurídicos, los inexistentes. Esto permite sortear al intérprete modificando la ley, pues sólo está describiendo categorías que surgen de la naturaleza de las cosas³⁶⁸.

Parafraseando a LLAMBÍAS señala el profesor de la Universidad Nacional de Buenos Aires que:

“La inexistencia es una noción conceptual –no legal- que nuestro entendimiento aplica a ciertos hechos, que no obstante tener la apariencia de actos jurídicos, no son tales por carecer de algún elemento esencial de ellos, sea el sujeto, sea el objeto, sea la forma específica. A este no ser acto jurídico, se lo designa adecuadamente con la denominación de ‘acto jurídico inexistente’. Esta ‘noción conceptual, no legal’ tiene sin embargo la peculiaridad de tener como consecuencia práctica el privar de validez a ciertos actos.”³⁶⁹

Al no encontrarse en la ley la solución axiológicamente deseable, el teórico formula una categoría pretensamente descriptiva para acomodarla a la solución que prefiere. Esta última no surge de la sistematización del conjunto de normas que regulan el instituto de que se trate, sino que se dirige a condiciones esenciales suprapositivas. El acto es inválido por inexistente, y resta fuera del sistema jurídico por razones ontológicas.

También al acto inexistente se lo ha concebido como un acto situado en el extremo de un continuo, que va desde los actos jurídicos válidos, pasando por los actos con diversas clases de nulidades a, un acto que carece de los elementos esenciales que poseen

³⁶⁸ GUARINONI, RICARDO VÍCTOR; *De lo que no hay...*, cit., pág. 647.

³⁶⁹ LLAMBÍAS citado por GUARINONI, RICARDO VÍCTOR; *De lo que no hay...*, cit., págs. 647 y 648.

los actos existentes; el problema estriba en que si el acto que va a ser calificado de inexistente es en apariencia similar a un acto válido, determinar cuál es el grado de similitud no es sencillo de establecer, por lo que requerirá algún tipo de razonamiento analógico; asimismo no todo acto que no tenga las características definitorias de un acto válido va a ser tachado de inexistente. Por todo ello, la inexistencia no puede ser el extremo de un continuo.

En otro orden de ideas, puede concebirse a la manera que lo hace HART, partiendo de la textura abierta del lenguaje, donde hay casos claros de aplicación, un círculo externo de casos claros de no aplicación y una zona de penumbra, en la cual debe tomarse una decisión lingüística acerca de si aplicamos o no el término. Este supuesto tampoco sirve, pues si es un caso claro de no aplicación, cubriría casos que no coinciden siquiera con el uso común (v.g. hablar de matrimonios válidos y un cocodrilo dice GUARINONI); y en los casos de penumbra, si se carece de una de las propiedades definitorias de la clase, no hay dudas, el caso es de no aplicación también.

Al mismo tiempo se sostiene que para poder hablar de inexistencia tiene que haber una “apariencia de acto jurídico”, lo que no se indica, critica GUARINONI, es cuál es la apariencia relevante; resulta difícil concebir un ejemplo en el cual, por más parecido que haya con el acto cubierto por la definición, si faltan las características definitorias, haga falta más que la negación de la pertenencia de la clase. Al problema de especificar cuáles son las características definitorias de una figura legal –donde pueden existir elementos valorativos-, se agrega el de la descripción de la acción que se sostiene es análoga a las que entran dentro de la definición. Siempre aparecerá el problema de la indeterminación del lenguaje natural, pero si se concluye en que falta alguna de las propiedades definitorias del término, éste no será aplicable³⁷⁰.

Indica GUARINONI que las resonancias filosóficas de hablar de existencia o inexistencia hacen preferible describir a los actos, pretensamente inexistentes, como susceptibles de nulificarse, o no pertenecientes a la clase de que se trate³⁷¹; la categoría de inexistente, entonces, debería reservarse para el caso en que no hubiera acto alguno –inexistencia material-, lo que, en definitiva, excluiría que pudiera hablarse de acto

³⁷⁰ GUARINONI, RICARDO VÍCTOR; *De lo que no hay...*, cit., págs. 650 a 651.

³⁷¹ GUARINONI, RICARDO VÍCTOR; *De lo que no hay...*, cit., pág. 656.

inexistente. Es preferible, así, no referirse a existencia o inexistencia sino simplemente tratarlos como un caso de predicación, con ello se sortean las conclusiones ontológicas que se abren con aquellas conceptualizaciones. Entiende GUARINONI, a nadie puede sorprender que si un acto no puede calificarse como perteneciente a ciertas clases de actos, carezca de las consecuencias jurídicas de los que sí pertenecen.

La existencia o inexistencia de una norma puede estar refiriéndose, o bien a actos ineficaces, que no son válidos en tanto ineficaces, lo que aproxima la teoría a las escuelas realistas que identifican existencia de las normas con eficacia (en éste sentido KELSEN); o bien identificar existencia con obligatoriedad, lo que aproxima la teoría a las doctrinas que no aceptan la separación entre Derecho y moral. En rigor, la cuestión de la inexistencia del acto, como se vio, depende en gran medida en cómo se encuentre legislado el instituto de la nulidad en el sistema jurídico, de esta forma, en muchos sistemas se declaran nulos a los actos cuyo objeto no cumple con ciertos requisitos enunciados con expresiones anfibológicas (v.g. no afectar la moral). Lo que, de hecho, sostiene GUARINONI, confiere al juzgador la posibilidad de declarar nulos los actos que encuentra axiológicamente objetables, si esto se conjuga con una relativa amplitud en la admisión de nulidades, es dable entender que o bien no exista diferencia entre nulidad o inexistencia, o bien se rechace la teoría³⁷².

A lo hasta aquí señalado, nada podemos objetar en el marco del examen que nos hemos propuesto, la construcción del profesor de la Universidad Nacional de Buenos Aires, nos introduce en el análisis del *ámbito vacío de derecho* en el marco de las reglas potestativas, como ya hemos destacado. Sin embargo, en alguna medida, no aparece nada nuevo para nuestro estudio, pues su construcción podemos explicarla desde los baremos generales analizados *supra*, veamos.

La idea de que los *actos inexistentes* o bien son nulidades, o bien son rechazables por carecer de todo tipo de consecuencias jurídicas como aquellos actos a los que analógicamente se los equipara, nos demuestra que se trata de actos que: a) son jurídicos o b) son actos jurídicamente *adiaphoros*. Es decir, si ingresan en el ámbito del ordenamiento jurídico, pueden aparejar consecuencias jurídicas, o ser tachados de nulos, en éste último caso, se encuentran contemplados por el Derecho; pero son sancionados por

³⁷² GUARINONI, RICARDO VÍCTOR; *De lo que no hay...*, cit., pág. 655.

éste del mismo modo en que una conducta enmarcada en una *norma de deber* es típica, pero un permiso revoca la prohibición. El Derecho cubre el espectro de que se trata. Si por el contrario, la nulidad no es el remedio que se impone en la especie, entonces, haciéndonos eco de las palabras de GUARINONI: a nadie puede sorprender que si un acto no puede calificarse como perteneciente a ciertas clases de actos, carezca de las consecuencias jurídicas de los que sí pertenecen; ergo, es una nada jurídica, un *ámbito vacío de derecho*.

Pero aquí es donde debemos introducir una línea de pensamiento del autor que venimos glosando, y que hasta aquí hemos soslayado. GUARINONI en modo alguno predicaría un *ámbito vacío de derecho*. Lo explicamos.

“La inexistencia jurídica no suele predicarse de cualquier acto, por más que cuando aparece enunciada en forma general, la teoría parecería sostener que cualquier acto es jurídicamente inexistente cuando no está contemplado por un sistema jurídico (aunque puede existir materialmente). Se nos dice que los actos jurídicamente inexistentes ‘*están fuera del derecho*’. En este sentido, parecerían ser actos no mencionados por las normas, a los cuales las reglas de un sistema no les asignan ningún carácter deóntico. Pero es claro que, si el sistema aparece cerrado por una regla de clausura, no hay actos de este tipo. En un sistema que contuviera la regla ‘todo lo que no está prohibido está permitido’, no habría actos inexistentes, ya que todo acto que no fuera obligatorio, prohibido o permitido en sentido fuerte (es decir permitido expresamente), sería permitido en sentido débil (por no hallarse prohibido). No habría actos fuera del derecho.”³⁷³

Obviamente, un *acto inexistente* entonces, es tal por expresa disposición del Derecho, pues, dado que el sistema es cerrado, todo acto tiene consecuencias jurídicas, no compartimos esto.

La cita es clara, ya al criticar las posiciones de HIRSCH y GUZMÁN DÁLBORA más adelante³⁷⁴, señalaremos en forma exhaustiva el porqué del rechazo a esta postura, pero a modo de adelanto destacamos que la tesis de GUARINONI lo emparenta con las teorías que entienden que el Derecho adopta una posición respecto de lo no reglado; y el ámbito que estas componen de “vacío jurídico”, es siempre y sólo tal a causa de la propia voluntad del

³⁷³ GUARINONI, RICARDO VÍCTOR; *De lo que no hay...*, cit., págs. 641 y 642.

³⁷⁴ Ver parágrafo 20 *infra* (“Nuestra crítica a las posiciones de Hans Joachim Hirsch y José Luis Guzmán Dalbora”).

Derecho, esto es algo más en torno a la descartable pretensión de universalidad de la disciplina que nos ocupa.

El error de GUARINONI estriba también, entendemos, en que sostiene que, los actos que aparecen calificados como inexistentes están entre aquellos a los que se refieren las reglas secundarias de HART. Para él, por “existencia jurídica” se entiende a la propiedad de algunos actos de generar normas primarias, y las normas que ellos crean, o bien los actos mencionados en las normas primarias son inexistentes, o bien la categoría de “existencia-inexistencia” no puede ser predicada de ellos. Para nuestra postulación, esta construcción nada aporta, si bien las reglas secundarias sirven para identificar a las reglas primarias del sistema, no es menos cierto que también regulan espectros situacionales diversos. Para el profesor de Buenos Aires la existencia de una regla se limita a una cuestión de validez, para nosotros implica una cuestión de efectos normativos, las reglas primarias imponen penas y las secundarias nulidades; por las primeras se castiga a quien ha efectuado un acto prohibido o ha omitido un acto ordenado, por las segundas se priva de efectos a las regulaciones del sujeto de que se trate, sean particulares (v.g. testamentos o contratos) o públicos (sanción de una ley). GUARINONI limita su análisis a este último punto, sobredimensionando la importancia de la validez jurídica y del principio de clausura.

Así presentado por nosotros, es claro el lugar que ocupan los *actos inexistentes*: o son nulos o son una nada jurídica; mas como GUARINONI entiende que el Derecho es universal a partir de la intelección que otorga al principio de clausura del sistema, se ve obligado a señalar que la *nada jurídica* y hablar de *inexistencia* lleva a incurrir en inconsecuencias, ya que si un acto carece de existencia, no podría tener efectos jurídicos. Para nosotros efectivamente carece de efectos jurídicos -o se los priva de ellos- pero en éste último caso no eran actos inexistentes sino nulos, GUARINONI llega a igual conclusión, pero entiende que si carecen de efectos jurídicos es porque así lo dispuso el sistema (no porque nunca lo alcanzó), y si se los priva de ellos, es porque en rigor se trataba de actos nulos (aquí sí con coincidencia).

Insistimos, como la construcción del profesor de Buenos Aires parte de la universalidad del Derecho lo lleva a una necesaria, frondosa y flanqueante explicación de que, hablar de “no existente”, significa que no tiene ninguna propiedad; salvo la de no existir, por ello, referirse a un acto como inexistente puede ser visto como

autocontradictorio. Desde el punto de vista lógico y filosófico, la *existencia* presenta una enorme cantidad de problemas sostiene GUARINONI, “existir” es un término ambiguo y polisémico –con significados no relacionados entre sí-, de ésta forma siguiendo a BERTRAND RUSSELL señala que la idea de *ser* apareja cuatro significados: a) existencia –v.g. Sócrates es-, b) identidad –v.g. Sócrates es Platón-, c) predicación –v.g. Sócrates es sabio-, y d) inclusión –v.g. Sócrates es hombre-; son cuatro significados distintos, y obviamente el único que se refiere a la existencia es el primero. Rechazando las posiciones de HUME y KANT que sostenían que la existencia no era un predicado, pues no se agrega nada a una cosa cuando se afirma su existencia; GUARINONI señala la paradoja que surge de ver a la existencia como un predicado, pues aluden a la paradoja generada por las proposiciones existenciales negativas: si “existe” es un predicado, “no existe” también debe serlo, ejemplificando “las brujas no existen” sería predicado de las brujas sólo si éstas existiesen³⁷⁵.

Dos observaciones a esto, una la trae el propio GUARINONI, la paradoja se disuelve si se concluye que la existencia es una propiedad y la inexistencia la mera negación de la proposición que afirma que un objeto tiene esa propiedad (v.g. “Sócrates no existe” por “no es cierto Sócrates no existe”); y en segundo lugar, las resonancias ontológicas que se derivan del término “inexistencia” pueden ser problemáticas si se predica esto de conceptos vacíos como el de “brujas”, pero no en el caso del *Derecho*, pues esta categoría, sin ingresar aquí en los alcances del mismo que es precisamente uno de los aspectos de nuestra discusión en los lindes, sí podemos “llenarla” de una forma más o menos intuitiva.

En síntesis, y a modo de simplificación de lo expresado, si decimos de un acto que es inexistente, debemos analizarlo a la luz de la *inexistencia jurídica* pues éste es nuestro campo de examen; obviamente que puede analizarse bajo la óptica de cualquier otra disciplina. Claramente la “inexistencia jurídica” no significa que no haya existido un acto realizado por un sujeto en el tiempo y en el espacio, sino que éste acto o bien no es miembro de la clase de actos en torno a los cuales se lo asimila analógicamente o pretende incluirse, con lo que cae fuera del Derecho, o bien por algún vicio formal debió nulificársele, con lo que cae dentro del Derecho pues es éste el que predica de aquel acerca

³⁷⁵ GUARINONI, RICARDO VÍCTOR; *De lo que no hay...*, cit., págs. 643 a 644.

de su eficacia o no, y en alguna medida, más fuerte o más débil, apareja ineludibles consecuencias jurídicas.

§16. La ubicación de Hans Welzel.

Inserción de Welzel en la temática. Teoría de la acción final: el marco acotado del Derecho Penal. Las conductas legítimas. Tipos culposos y el juez como Legislador. Carrió y los alcances de la “sentencia arbitraria”. El Derecho como mínimo ético y superador de la pura normación. Derecho y moral: las “acciones fuera del ámbito del Derecho”. La jurisprudencia como creadora de Derecho. El rol de los principios jurídicos suprapositivos.

El maestro de Bonn, ya se ha dicho, no es un monografista del tema que nos ocupa. Podrá preguntarse entonces, el porqué de su inserción en éste trabajo, máxime siendo que la orientación finalista, que dentro de la dogmática penal el diseñara, ha perdido vigencia en alguna medida.

Cabe decir que su reseña, no se debe ya a su impronta en la dogmática y en la literatura penal de su época –y también en la posterior–; que son indudables y de la que nos hemos ocupado superficialmente *supra*³⁷⁶, sino a la conexión iusfilosófica de éste autor con los demás autores alemanes que se examinan en este capítulo.

El primer elemento de la Teoría del Delito en WELZEL se encuentra en la acción, y como ésta en el esquema de pensamiento del profesor de Bonn es un dato óntico, un dato que viene del ser, no necesariamente es un dato del Derecho; sino un extremo del que éste se vale. En una primera aproximación, para aquel, parecen existir conductas (o acciones) que nuestra disciplina no abarca.

Toda acción humana es final, el problema ha radicado en la incomprensión de este aserto; pues alguna doctrina equiparó, en su tiempo, finalidad con dolo del tipo, yerro al que WELZEL debió salir al paso reiteradamente. Puede identificarse finalidad (*finalität*) con intención (*vorsatz*), es decir con la voluntad de acción dirigida al fin; allí el autor realiza una acción final- intencional, pero se ha confundido intención (*vorsatz*) con dolo del tipo (*tatbestandvorsatz*)³⁷⁷.

La Teoría Finalista welzeliana, como él mismo lo ha destacado, no sostiene que la acción exista sólo en el tipo, y a su vez el dolo del tipo agote toda finalidad posible, para concluir que fuera de dicha posibilidad no se da acción alguna. Aquí es donde cabe detenerse un poco.

³⁷⁶ Ver nota 243.

³⁷⁷ WELZEL, HANS; *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal*, Editorial B de f, Montevideo- Buenos Aires, 2006, pág. 3.

“La teoría de la acción se ocupa, en primer lugar, no de las acciones relevantes desde el punto de vista del Derecho Penal, sino que desarrolla el principio general de la estructura de las acciones humanas, o sea, su finalidad, lo que en otras palabras quiere decir, su conducción a partir de fines mentalmente adelantados (...) y su dirección hacia el fin propuesto. Aquí es indiferente el fin en cuestión, y si es o no relevante desde el punto de vista del Derecho. En los ejemplos de mi teoría de la acción utilizo una serie de acciones que son o que podrían ser totalmente irrelevantes para el Derecho: construir, escribir, poner inyecciones, andar a caballo, jugar, hacer gimnasia, etc. Lo que me interesa en la teoría de la acción es desarrollar el principio general de la estructura de una acción humana (pues el principio general de éstas también...) debe ser el principio de estructura de las acciones típicas y relevantes para el Derecho...”³⁷⁸

Es claro entonces que todo dolo del tipo es una voluntad finalista de acción, pero no a la inversa. Los dolos de los distintos tipos (y también la culpa de los distintos tipos) sólo constituyen una pequeña parte de las voluntades finalistas de acción posibles.

El dolo en el sentido técnico del Derecho Penal, es sólo la voluntad de acción dirigida a la realización de un tipo de delito, al igual que las acciones culposas. Como también existen muchas otras acciones de la vida cotidiana que ésta disciplina no atrapa, pero que sí pueden ser relevantes para otras ciencias (v.g.: psicología, sociología, *et sit cétera*), aunque los “ámbitos vacíos” de éstas –de existir- no son nuestra materia de examen.

La teoría de la acción en WELZEL va más allá del ámbito jurídico penal, a éste sólo le interesan las acciones punibles a cuya luz sí se relevan los estadios jurídicos posteriores a la acción: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Ahora bien, ha de restar claro que, si bien se prescinde de toda valoración jurídica en numerosas acciones, éstas no son irrelevantes en absolutamente todos los casos, pues como ya se señaló, las atrapadas por los tipos penales deben ya analizarse en éste nivel pretípico. Es ahí donde se preparan las decisiones que recaerán luego en los casos particulares.

Yendo más allá del nivel pretípico, y ya en el marco de la conducta delictual, existen para el profesor de Bonn las llamadas *conductas legítimas*; éstas abren las puertas a

³⁷⁸ WELZEL, HANS; *op. cit.*, pág. 4.

la concepción de que existen para aquel, acciones que van más allá del mero permiso de obrar, pueden ser “acciones deplorables”, pero sus consecuencias sólo serán consideradas como un “infortunio” sostiene, no son permisos que revocan permisiones. Sin embargo, WELZEL señala este tipo de acciones pero se distancia de la concepción de acciones “no prohibidas”, rótulo al que tilda de poco claro, y se las atribuye a BINDING y MEZGER³⁷⁹.

Particularmente en los ilícitos culposos, WELZEL propone en el marco de su teoría, algunas ideas- base relevantes para nuestro examen del *ámbito libre de regulación jurídica*. La imprudencia no es simplemente un problema de “culpa”, resulta menester repensar a estos delitos en todos los peldaños de la estructura de la infracción; es decir, en los dominios del hecho, de lo injusto y de la culpa, así como en la esfera ontológica de la acción que los precede. Sin embargo, las conductas que se mantienen dentro del marco del *principio de confianza*³⁸⁰ establecido por el Derecho, no están simplemente excusadas; sino que son lícitas, pero lícitas en un sentido que corre por fuera del Derecho y no por una permisión de éste³⁸¹. Además, en materia de delitos imprudentes, el Legislador no describe la acción delictuosa en términos concretos, son definiciones abiertas –destinadas a ser completadas-, y para las cuales es el juez el que deberá determinar los caracteres particulares de la acción culpable; en tanto que para los otros hechos delictuosos, la realización del hecho previsto por la ley implica el carácter ilegítimo de esta realización, de tal modo que al juez sólo le cabe comprobar los extremos fácticos para subsumirlos en el supuesto legal, en las definiciones abiertas ha de asumir un rol similar al del Legislador: debe determinar la acción delictuosa dejada imprecisa por el Legislador³⁸². Esta idea acerca la concepción welzeliana a nuestro propio entendimiento de un *ámbito indeterminado o libre de valoración jurídica*³⁸³, añade WELZEL en conclusión con la que estamos de acuerdo que

“Por imposible que sea, mediante fórmulas generales, describir de una manera suficientemente concreta [una conducta típica],... el comportamiento ‘correcto’, o

³⁷⁹ WELZEL, HANS; *op. cit.*, págs. 90 (nota 59) y 97 a 98.

³⁸⁰ El principio se basa en la idea de que las personas suelen cometer errores en su despliegue cotidiano, se autoriza a confiar, sin embargo, en su comportamiento correcto. Sin el principio de confianza no sería posible la división del trabajo –equipos quirúrgicos- o el habitar en una sociedad de riesgo como la presente en la que la circulación automatizada es absolutamente relevante (ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO; *op. cit.*, pág. 474).

³⁸¹ WELZEL, HANS; *op. cit.*, págs. 71 y 72.

³⁸² WELZEL, HANS; *op. cit.*, pág. 75.

³⁸³ Ver *infra* parágrafo 26 *in fine* (¿existe un ámbito vacío de derecho?).

‘apropiado’, es, sin embargo, posible y necesario indicar mediante fórmulas generales el método a aplicar, adecuado para permitir concretar [el *factum* típico].”³⁸⁴

Agregamos nosotros que, si bien en numerosas ocasiones el método en cuestión no está debidamente explicitado, siempre algún método se aplicará al supuesto de hecho de modo tal de dar una solución fundada en Derecho para el caso; que no sea el sólo fruto de la arbitrariedad judicial³⁸⁵, mas sí de la discrecionalidad de dicho estamento³⁸⁶.

³⁸⁴ WELZEL, HANS; *op. cit.*, págs. 76 y 77.

³⁸⁵ CARRIÓ explica que la noción de *sentencia arbitraria* ha sido de muy difícil conceptualización, la propiedad que debería reunir una resolución para ser considerada tal es en esencia, la existencia de Arbitrariedad (con mayúscula), develando esta característica, se puede diseñar una teoría que explique en qué consiste la noción en crisis.

Si existe tal propiedad, como la Arbitrariedad, “...es enormemente difícil señalarla y describirla en términos que no importen una explicación *obscurum per obscurus*... Es comprensible que, ante el fracaso de los mejores expertos, muchos se den por vencidos antes de intentar la empresa.”. el motivo del desaliento señalado parece deberse a una cuestión simple, no existiría una característica esencial de arbitrariedad, sino que lisa y llanamente sentencia arbitraria sería aquella decisión que el Alto Tribunal nacional estima por tal, lo que paradójicamente constituiría por sí el paradigma de la arbitrariedad misma.

En la historia de la Corte Suprema de Justicia Argentina, es posible, señala CARRIÓ, distinguir tres períodos respecto del alcance o viabilidad a otorgar a la noción que nos ocupa: a) la primera etapa iría desde diciembre de 1909 (“Rey vs. Arocha”) hasta 1947, donde la Corte se limitó a enunciar el principio, pero hizo uso positivo de él en una sola oportunidad, en el fallo “Storani”, el principio se enunció destacando que, el remedio federal establecido por la ley 48, art. 14 y siguientes, no permite revisar cuestiones de hecho, ni la interpretación de los códigos comunes o las leyes locales, salvo en los supuestos extraordinarios de sentencia arbitraria desprovistas de todo apoyo legal y fundadas tan sólo en la voluntad de los jueces; b) la segunda etapa transcurriría en el lapso inserto entre 1948 hasta septiembre de 1955, donde se producen tres casos de uso positivo de la herramienta, el más importante es “Municipalidad vs. Compañía de Gas”, las consideraciones políticas tuvieron gran preponderancia, se percibe que la Corte está haciendo uso de un arma muy útil, pero existe un muy escaso material para una labor de sistematización; y c) finalmente la última etapa se desarrolla entre 1955 llegando a nuestros días, caracterizada por un uso positivo frecuente de la expresión “sentencia arbitraria” y por un crecimiento constante del radio de acción de la misma.

En el ámbito doctrinario también es dable observar una escasa precisión en torno a la cuestión. Así, JUAN FRANCISCO LINARES (“El recurso extraordinario contra sentencia arbitraria dictada en aplicación de normas no federales”, de septiembre de 1949) identifica el significado de “sentencia arbitraria” con el de “sentencia que excede del límite de posibilidades interpretativas que el ordenamiento deja al arbitrio del juez”, o dicho de otra manera “sentencia dictada fuera del género legal”. Por su parte ESTEBAN IMAZ (“Arbitrariedad y recurso extraordinario”, de julio de 1952) sostenía que no toda sentencia dictada fuera del género legal es arbitraria y que no toda sentencia arbitraria es una sentencia dictada fuera del género legal, de allí que propusiera la tesis de que “el concepto de error inexcusable, en su doble aspecto de contradicción lógica y de deficiencia total axiológica (es posible de comprender) los supuestos posibles de arbitrariedad”; dicho de otro modo, “sentencia arbitraria es equivalente a sentencia inexcusablemente errónea”. Ambas definiciones, la de LINARES y la de IMAZ no avanzan en demasía, son meras directivas presentadas como aserciones, además no se condicen debidamente con la intelección del Alto Tribunal respecto a la noción en cuestión.

De lo dicho, CARRIÓ extrae un ilustrativo dilema: a) o existe la Arbitrariedad como entidad abstracta de la que participan todas las sentencias arbitrarias, o b) “sentencia arbitraria” no es más que un rótulo que la Corte utiliza para “...encubrir su versátil sentimiento de repulsa frente a decisiones que no le caen bien...”.

Siguiendo en esto al autor que ilumina esta extensa pero necesaria nota, la expresión “sentencia arbitraria”, tal como la usa la Corte, desempeña una *función descalificadora*; “Arbitraria” no es una palabra descriptiva, cuando se menciona que una sentencia es arbitraria, no se están reconociendo en ella una o más propiedades discernibles con algún esfuerzo, el adjetivo “arbitrario” se emplea, decisivamente, para descalificar. Que una

WELZEL advierte que los principios empíricos y las reglas generales dedicados a la resolución de casos provenientes del escenario delictual, carecen de valor si no se aplican a procesos individuales “similares”. Cuando un caso individual presenta rasgos particulares, la regla general o el principio empírico no pueden aplicarse integralmente; todo su valor informativo proviene únicamente del gran número de casos “típicos” similares³⁸⁷. Esta referencia es una clara indicación de cuál ha de ser una pauta de entendimiento del método jurídico en el ámbito punitivo.

Esto nos permite decir algunas palabras de, lo que el profesor de Bonn, entendiera como conformante del Derecho. Sin ahondar en los trabajos filosóficos de WELZEL, que fueron muchos e involucrados en temas variados; rechazaba un positivismo inflexible, pues sostenía que degradaba la razón a entendimiento técnico e instrumental. No hay en el ambiente jurídico, ninguna verdad objetiva, sino sólo representaciones inseguras

sentencia sea arbitraria no es un acto de descripción sino de rechazo, la palabra “arbitrario”, como la palabra “bueno”, es una palabra valorativa.

Frente a toda palabra valorativa, es conveniente distinguir entre: a) su específico significado valorativo, y b) los criterios de aplicación de ella. El primero no cambia, es siempre el mismo en todos los casos en que la palabra o expresión se emplea para cumplir con la función lingüística con la que está convencionalmente conectada (v.g. el acto de censurar, elogiar, *et sit cétera*). Los segundos, por el contrario, remiten a condiciones o circunstancias en presencia de las cuales se estima apropiado emplear la expresión de que se trata, estos son variables y heterogéneos, cambian según el tipo de objetivo.

Si ésta distinción no se efectúa, se corre el riesgo de procurar una cacería metafísica de una misma propiedad en todas las sentencias arbitrarias, o por el contrario, tomar la heterogeneidad de casos que la Corte ha resuelto considerar como ejemplos de “sentencias arbitrarias” como indicio de la volubilidad del tribunal cimero.

CARRIÓ señala, que entre muchos otros, algunos de los “criterios” que ha utilizado la Corte para aplicar la fórmula de “sentencia arbitraria” remiten a múltiples supuestos: a) al objeto o tema de decisión, donde se descalifica a las sentencias porque omiten considerar o resolver cuestiones propuestas o resuelven cuestiones no planteadas; b) a los fundamentos de la decisión teniendo en consideración el establecimiento de la *premisa mayor*, que se da, o bien porque los jueces se arrogaron el rol de Legisladores y no se sintieron limitados por el ordenamiento jurídico, o bien prescindieron del texto legal sin dar motivos sustentables de ello, o porque aplicaron preceptos derogados, o porque dan como fundamento pautas de excesiva amplitud en sustitución de normas positivas directamente aplicables; c) a los fundamentos de la decisión teniendo en consideración el establecimiento de la *premisa menor*, que se da cuando se prescinde de prueba decisiva, se invoca prueba inexistente o contradicen abiertamente otras instancias de los autos, d) a los fundamentos de la decisión teniendo en consideración el establecimiento del tránsito de las premisas mayores o menos a la conclusión, lo que se vislumbra cuando se hacen afirmaciones dogmáticas, se incurren en excesos formalistas o rituales, o se trata de resoluciones autocontradictorias, y e) a los efectos de la decisión, cuando se pretende dejar sin efecto decisiones definitivas firmes. (CARRIÓ, GENARO R.; *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, 4ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, págs. 283 a 299).

Manejaremos en lo que sigue, una idea de “resolución arbitraria”, “sentencia arbitraria” y “arbitrariedad”, conforme con las digresiones precedentes, la salvedad estriba en que sólo nos interesa, en lo que hace a los “criterios” prereseñados, los examinados en el inciso “b”, los demás se refieren a cuestiones de hecho o cuestiones de forma ajenas a nuestra propuesta.

³⁸⁶ A ésta cuestión está dedicada el Capítulo III del presente trabajo.

³⁸⁷ WELZEL, HANS; *op. cit.*, pág. 81.

como resultado de sentimientos éticos subjetivos, de afanes políticos, *et sit cétera*. Sostener que sólo lo que funciona como Derecho es Derecho, y que fuera de ello no hay nada, es entregar esta disciplina al Poder de turno, pues es innegable que el gobierno de turno puede imponer cualquier contenido jurídico. Por ello, un orden social es Derecho, sólo cuando es algo más que la manifestación del Poder del momento de que se trate,

“... cuando contiene más bien el intento de realizar lo socialmente correcto y justo dentro de los presupuestos y condiciones de su época. Sólo entonces logra enfrentarse con el individuo, no sólo con la coacción sino con la pretensión de obligarlo en su conciencia. Aquí tiene que conformarse con ser un *mínimum* ético... el derecho no puede limitarse a regulaciones sólo técnicas y neutrales al valor...”³⁸⁸

Señala que el mismo Kelsen destacó las consecuencias de su teoría jurídica con respecto al enjuiciamiento jurídico del derecho nacionalsocialista:

“Desde el punto de vista de la ciencia jurídica, el derecho del régimen nazi es un Derecho. Podemos lamentarlo pero no podemos negar que eso era Derecho.”³⁸⁹

Pero, aclara WELZEL, no puede ultrapasarse aquel *mínimum* ético, pues sino, se impondría a partir de él, una concepción del mundo; lo que conlleva la gravedad de que pueden surgir en aquellos a quienes las reglas se dirigen, conflictos de conciencia individual³⁹⁰. Las reglas proporcionan algún esclarecimiento sobre aspectos parciales del concepto del Derecho, como por ejemplo: su facticidad, su positividad o su efectividad; ello permite evitar la identificación de la idea de validez jurídica con la simple idea de un mero mandato; que son, puros actos de fuerza o coacción.

Continuando por éste andarivel, WELZEL, al separar Derecho y moral; y sustentando sus digresiones en las ideaciones de PUFENDORF, señala que, el primero se ocupa solamente de las acciones que tienen, en el mundo exterior, efectos perturbadores para las relaciones sociales; en esto, los motivos interiores son también relevantes, pero no por sí solos, sino en tanto importen motivaciones de conductas exteriorizadas. Las conductas que no tienen efectos en el mundo exterior, o bien, que a pesar de tenerlos, son sin embargo, exteriormente correctas, están *fuera del ámbito del Derecho*; esas acciones caen dentro de los alcances de la teología moral (ética), que también desapueba la acción

³⁸⁸ WELZEL, HANS; *op. cit.*, págs. 132 y 133.

³⁸⁹ WELZEL, HANS; *op. cit.*, pág. 139.

³⁹⁰ WELZEL, HANS; *op. cit.*, pág. 242.

exteriormente correcta, cuando se motiva en un ánimo impuro, desaparece entonces también la posibilidad de una coacción jurídica, y sobre todo, un tribunal humano carece de un medio apropiado para captar el mero impulso anímico (*Gesinnung*)³⁹¹.

WELZEL, sin embargo, advierte de los peligros de considerar que determinadas reglas que se presenten bajo la forma de una ley, se las considere como “no Derecho”. Este riesgo se halla latente desde el momento que se entienda que las reglas no aportan todo lo que puede considerarse el material jurídico, pues deben aspirar a un *mínimum* ético; de allí a considerar que determinadas leyes que no consigan arribar a dicha aspiración no consisten en Derecho, hay un solo paso. Sino, se entendería que el Derecho se reduce a su capacidad para imponerse, y sólo en el caso que para esa imposición se entienda el sentimiento de vinculación a las normas por parte de sus destinatarios; la validez se restringiría al “consenso de legitimidad”³⁹². Los procesos contra las brujas, y las leyes de Nüremberg contra judíos fueron derecho positivo, ahora, si se les quiere privar de ésta calidad, deben entonces estrecharse los límites del concepto de Derecho, pues la calidad de validez positiva no se les puede negar³⁹³. Surgen entonces los planteos tradicionales:

“A las víctimas de la inquisición española les ha de ser muy difícil reconocer que las normas en virtud de las cuales fueron juzgados eran normas de Derecho.”³⁹⁴ Y,

“¿Por qué debe valer respecto a mí una norma por razón de que otros la acaten?”³⁹⁵, la duda deviene en torno a la obligatoriedad del derecho positivo que no es acatado o aprobado por alguna minoría. En rigor, y aceptando la tesis de JELLINEK, WELZEL señala que hay que dejar a un lado la convicción de la minoría disidente, la que debe acomodarse al código diseñado por la comunidad para la interdependencia social³⁹⁶.

Como no se puede dejar el Derecho librado al arbitrio de la conciencia o de las concepciones jurídicas de los individuos, pues es probable que aquellas sean dispares en cada ciudadano, es preciso entonces que el orden social sea regulado unívocamente por una

³⁹¹ WELZEL, HANS; *op. cit.*, pág. 250. Para PUFENDORF, lo interno pertenecía al *forum divinum* y lo externo al *forum humanum*. Lo interno es irrelevante en la conducta adecuada a Derecho, siendo sólo relevante en las conductas antijurídicas, éste tramo de lo interno, sí interesa al Derecho.

³⁹² WELZEL, HANS; *op. cit.*, pág. 150.

³⁹³ WELZEL, HANS; *op. cit.*, pág. 158.

³⁹⁴ GEORG JELLINEK, citado por WELZEL (*op. cit.*, pág. 159).

³⁹⁵ *Ibidem*.

³⁹⁶ WELZEL, HANS; *op. cit.*, pág. 160.

instancia supraindividual. Como la razón y la ciencia no pueden fijar lo que es justo, alguien, mediante un acto de fuerza y voluntad debe fijar lo que es Derecho.

En el sentido inverso, que las reglas no sean el único material jurídico, no basta. Para el profesor de Bonn, con descubrir principios jurídicos suprapositivos, según los cuales, serían acreedores de una pena; por caso, las injusticias cometidas bajo el Tercer Reich, para poderlas castigar, sería menester siempre que se pretenda respetar el principio *nullum pena nullum crimen sine lege*, que fueran punibles de acuerdo con preceptos jurídicos positivos, ya antes de su ejecución³⁹⁷.

Los jueces no pueden adoptar sus decisiones sobre la base de un grado mayor o menor de probabilidad de la validez de la norma jurídica. Es claro que el Derecho que se aplica, no es siempre el mismo,

“...el Derecho de cada momento es el que se aplica, al mismo tiempo que se transforma con esa aplicación...”³⁹⁸

La transformación se realiza en primer lugar por la *jurisprudencia*, que es la que concreta los principios jurídicos abstractos y, con ello, los acomoda a las nuevas condiciones de la realidad; al tiempo que los dota de una nueva interpretación de acuerdo con las concepciones valorativas en vigor.

Son los tribunales los que, en última instancia, elaboran el Derecho, pues llenan las lagunas y extraen los principios generales del Derecho de las normas jurídicas positivas acomodándolos a las legítimas exigencias de una realidad social cambiante a cada instante. La validez jurídica de las concreciones de los preceptos jurídicos abstractos se limita a cada decisión judicial, si las decisiones son constantes, aparece lo que se llama una “práctica judicial”; dicha práctica, sólo tiene una validez sociológica, no jurídica. La interpretación contenida en la “práctica judicial”, no tiene validez jurídica para un juicio posterior, más allá de que se la reconozca como la interpretación querida y vinculante³⁹⁹. Los fallos sólo tienen una pretensión de vincular, en cambio la validez jurídica es la exigencia de un proyecto jurídico, traída por su pretensión de vincular y que por eso mismo se la acepta. WELZEL admite que, respecto de los fallos, puede sostenerse su precedencia de vigencia del Derecho; en muchos sentidos los tribunales son instrumentos de la vigencia del

³⁹⁷ WELZEL, HANS; *op. cit.*, págs. 135 y 136.

³⁹⁸ WELZEL, HANS; *op. cit.*, pág. 153.

³⁹⁹ WELZEL critica la concepción de KARL LARENZ acerca de una “validez jurídica efectiva” de los fallos judiciales (*op. cit.*, pág. 154).

espíritu de la época, interpretan las circunstancias fácticas circundantes que probablemente el Legislador posteriormente recepte en las normas.

Ahora bien, entender como hacen los neokantianos (entre ellos Kelsen), que debe renunciarse a todo juicio de valor, importa también tomar posición a favor de determinados valores y, por consiguiente, en contra de otros. La abstinencia de valores también es una posición sustentada en algún sentido. Por ello, Welzel insiste en que debe recurrirse a la decisión judicial con los alcances prereseados, son los jueces quienes al hacer cumplir el Derecho, están llamados a establecerlo; es reconocible, aun para el profesor de Bonn, que una doctrina de la validez de éste tipo emparenta la tesis con el designado “decisionismo” por Carl Schmitt.

Aquí, como en la mayoría de los neiusnaturalistas profesores y estudiosos del Derecho Penal que venimos reseñando, los límites del Derecho se tornan más difusos de lo que parece en una primera y apurada visión. Las reglas no nos dicen todo lo necesario sobre nuestra disciplina, debe recurrirse a otro tipo de parámetros para completarla. Sobre esto se avanzará en el Capítulo 3 de éste trabajo.

§17. La *materia observable* en la teoría, para Hans Joachim Hirsch y Arthur

Kaufmann. El debate.

Los casos que implican el plano de discusión teórica de las “acciones jurídicamente neutras”. Kaufmann y Hirsch.

En el plano de las *acciones jurídicamente neutras* (los propios del Derecho Penal, no en el de las *adiaphorias*), como materia más conocida observable de esta teoría que nos hemos propuesto examinar, se hallan los siguientes casos: a) el de la *tabola unius capax* o *tabla de Carneades*, b) la “eutanasia” de los médicos de los internados nacionalsocialistas para excluidos sociales, c) el caso del guardagujas o guardabarreras, d) el caso del alpinista, e) el caso de aborto indicado y f) el caso del médico jefe responsable.

Los casos “a”, “b”, “c” y “d”, representan ejemplos de conflictos problemáticos en los que colisionan bienes; o bien deberes, de valor equivalente o no, valorables racionalmente. Son acontecimientos en los que se juegan vidas y que la doctrina penal mayoritaria considera como antijurídicos sólo disculpados⁴⁰⁰. KAUFMANN sostiene que en ellos impera la idea del “no estar prohibido”, es decir, que entiende a estas cuestiones como no prohibidas o no antijurídicas. Se trata de conflictos problemáticos tanto jurídica como humanamente.

HIRSCH ve en tal ideación una confrontación con principios fundamentales del Derecho⁴⁰¹.

⁴⁰⁰ DONNA, EDGARDO A.; *op. cit.*, T. 2, págs. 189 y ss.; BACIGALUPO, ENRIQUE; *Derecho Penal. Parte General*, cit., págs. 399 y ss.; ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO; *op. cit.*, págs. 745 y ss.; HIRSCH, JANS JOACHIM; *Derecho Penal. Obras Completas*, T. I, Rubinzal Culzoni, 1998, págs. 136 y ss.

⁴⁰¹ HIRSCH, HANS JOACHIM; *El derecho penal...*, cit., pág. 107.

§17.1. El caso del aborto indicado.

Caracterización. La posición de Kaufmann. La réplica de Hirsch.

En éste supuesto, se hace referencia a los abortos cometidos en situaciones de conflicto, que incluyen como tales a todos los fundamentos que ofrecen motivo suficiente para un aborto⁴⁰²; para KAUFMANN es especialmente aquí donde con plasticidad se manifiesta la significación práctica de la doctrina del *ámbito libre de regulación jurídica*⁴⁰³.

Piensa el antes citado que no funciona en tal caso una *justificación*, pues por regla general son bienes vinculados a la personalidad que no se pueden comparar.

Pero elimina, asimismo, una causa de *exclusión de la culpabilidad* o de la pena porque un ordenamiento jurídico liberal no podría pronunciar un juicio de reproche antijurídico en cuestiones como la examinada y que se hallan controvertidas también éticamente.

Cierra su tesis KAUFMANN sosteniendo que el aborto indicado, en definitiva, es una conducta que no puede estar prohibida ni permitida; el ordenamiento jurídico está forzado aquí a dejar un *ámbito libre de regulación jurídica*, dentro del cual el individuo está llamado a tomar una decisión libre, moral y que sólo responda a su propia conciencia.

HIRSCH, señala que para arribar a las conclusiones precedentes, KAUFMANN no llega a una diferencia de valor mensurable y reconocible entre la vida del feto y la de la madre. Para el primero, los bienes jurídicos en conflicto son de aquellos “vinculados a la personalidad”, y ello no significa *ipso facto* imponderabilidad jurídica, pues se está aquí comparando situaciones en conflicto donde existe antijuridicidad⁴⁰⁴. Puede existir en el supuesto una ponderación jurídica que permita diferencias en la valoración jurídica.

HIRSCH no acepta que una justificación de los abortos indicados esté excluida por ser imposible la ponderación jurídica.

“La ponderación de bienes e intereses de esta clase es, pues, una necesidad, ante la cual comparece cualquier ordenamiento social.”⁴⁰⁵

⁴⁰² Son interrupciones del embarazo llevadas adelante sólo por “indicación médica”, para evitar un serio peligro a la vida o a la salud de la mujer embarazada, siempre que se haga con consentimiento de la misma.

⁴⁰³ HIRSCH, HANS JOACHIM; *El derecho penal...*, cit., pág. 99.

⁴⁰⁴ HIRSCH, HANS JOACHIM; *El derecho penal...*, cit., pág. 100.

⁴⁰⁵ *Ibidem*.

KAUFMANN sostiene la necesidad de esta teoría para la cuestión que nos ocupa, por el contrario HIRSCH la considera no apta para resolver la problemática del aborto cometido en situaciones de conflicto.

El esquema para los autores que reseñamos es el que sigue⁴⁰⁶:

- I. Para KAUFMANN en el aborto indicado hay bienes jurídicos que colisionan, ya que o bien se afecta un bien jurídico ajeno o se afecta un bien jurídico propio; en la medida en que la vida del feto es un bien jurídicamente protegido, surge una colisión. Ante tal esquema, se deja al individuo (incluso al médico), un espacio de libertad que el ordenamiento jurídico debe respetar; toda decisión será valorada como no antijurídica por el ordenamiento jurídico siempre que se mantenga en el marco concedido al individuo para su propia disposición moral.

El monografista de nuestro tema que venimos reseñando, entiende que los conceptos de “justificación” y “permisión”, importan ambos una valoración positiva de la conducta del autor por el ordenamiento jurídico.

Una acción que lesiona un bien jurídico –i.e. típica-, al presentarse una causa de excepción, es calificada como no antijurídica. Se le quita la tacha de su carácter de injusto. Al abstenerse el ordenamiento jurídico en el aborto indicado de toda valoración se evita una “discrepancia confusa precisamente en este ámbito entre Derecho y Moral”⁴⁰⁷, se trata de una tolerancia frente a los diferentes puntos de vista religiosos, morales e ideológicos. Como veremos esto es criticado por HIRSCH como un pseudoargumento.

Ahonda en esta tesis KAUFMANN, subrayando que en los casos de colisión de bienes como el del aborto indicado, no existe una “solución que satisfaga a todos”, lo que habla a favor del hecho de que el Derecho renuncie a una regulación, “...pues no se puede decir, en general, quién tiene de su lado los mejores fundamentos morales y jurídicos: aquel que

⁴⁰⁶ HIRSCH, HANS JOACHIM; *El derecho penal...*, cit., págs 101 a 105.

⁴⁰⁷ HIRSCH, HANS JOACHIM; *El derecho penal...*, cit., pág. 103.

quiere descartar un estado de necesidad, o aquel que pretende impedirlo.”⁴⁰⁸.

En el límite de su posición, y siendo consecuente con la postulación del retiro del Derecho para regular el aborto indicado, KAUFMANN entiende que no puede existir en la especie la legítima defensa permitida ni tampoco la legítima defensa del tercero (v.g.: un individuo que intercede para salvar al feto); ello así, pues tales causales de justificación presuponen un previo ataque antijurídico, pero ello falta en un comportamiento no prohibido.

Para cerrar esta última idea, si el ordenamiento jurídico se retira frente al aborto indicado a una posición neutral, entonces es consecuente mantener la neutralidad de cara a la acción de legítima defensa del tercero emprendida ante tal situación.

- II. Para *HIRSCH*, el aborto constituye, al igual que para KAUFMANN, una lesión a un bien jurídico; hasta ahí la coincidencia. Pero entiende que si ello es así, entonces resulta menester una *autorización para afectarlo*, que viabilice la excepción de llevar adelante tal lesión.

Si el ordenamiento tomó bajo su tutela un bien, al establecer una norma para ello, entonces aquel ingresa al ámbito que abarca el Derecho, precisando entonces una permisión jurídica para que se transforme en justificada una acción primigeniamente negativa.

Por ello no puede hablarse de un retroceso de la valoración jurídica en la especie, restando excluido, por tanto, un *ámbito libre de regulación jurídica*.

La excepción que impone la justificación se vincula a la existencia de una lesión a un bien jurídico (“una acción subsumida por una norma imperativa general, ella permanece arraigada al ámbito de regulación jurídica.”⁴⁰⁹).

⁴⁰⁸ HIRSCH, HANS JOACHIM; *El derecho penal...*, cit., pág. 104.

⁴⁰⁹ HIRSCH, HANS JOACHIM; *El derecho penal...*, cit., pág. 101.

Rechaza así la postulación de KAUFMANN, por imperio de la dogmática, a través de lo reseñado y por preeminencia de la lógica; pues se quiere admitir una categoría más de lo *no prohibido*, junto al estar permitido jurídicamente (*tertium non datur*), si una acción está incluida en una prohibición, entonces sólo existe la alternativa entre “antijurídico” y “permitido”. Una tercera posibilidad resta lógicamente fuera.

En torno a la idea de evitar una discrepancia entre Derecho y Moral, HIRSCH entiende que, con este proceder, se crean dos niveles criticables: a) una autorización jurídica para afectar bienes jurídicos en el marco general y b) se lleva adelante una valoración jurídica por la cual el ordenamiento jurídico respeta todos los comportamientos comprendidos en tal valoración. Para este autor, el Legislador no puede mantenerse fuera de las polémicas ético- sociales fijando de antemano el marco de los casos comprendidos de manera “tan amplia, que cada corriente de opinión contenga allí lo que ella anhela con autorización para afectar.”⁴¹⁰. Se trata de posiciones de principios diferentes, cuyos límites deben vincular a la generalidad.

La idea de inexistencia, en la especie, de legítima defensa permitida o de legítima defensa del tercero, entiende HIRSCH que es congruente en el esquema de pensamiento de KAUFMANN, pero que se trata en rigor de una manipulación del concepto de antijuridicidad en la determinación de la legítima defensa. Aquí se percibe una agresión que contraviene el ordenamiento jurídico, lo que es presupuesto necesario para legitimar una autorización suficiente.

HIRSCH salda esta cuestión indicando, que si existe una situación de conflicto –como él entiende-, entonces la cuestión sólo puede solucionarse en una decisión de responsabilidad. El Derecho no retira sus normas, concluir que frente al choque de dos acciones en la construcción del aborto indicado, nos enfrentamos a un *escenario libre de regulación jurídica*, importaría que domina la situación aquel que

⁴¹⁰ HIRSCH, HANS JOACHIM; *El derecho penal...*, cit., pág. 103.

hace valer su “responsabilidad propia” con mayor decisión y poder de realización⁴¹¹. Sería indiferente al ordenamiento jurídico quién se imponga, pues los fundamentos de uno y otro estarían exentos de valoración jurídica. Esto lleva a un indudable caos jurídico, una situación jurídica semejante, concluye el autor, sería insoportable para embarazadas y médicos.

⁴¹¹ HIRSCH, HANS JOACHIM; *El derecho penal...*, cit., pág. 105.

§17.2. Los casos de estado de necesidad para bienes de igual magnitud.

El caso de la “tabula unius capax”. El caso del alpinista. El caso de la “eutanasia” de los médicos de los internados nacionalsocialistas para excluidos sociales. El caso del guardabarrera o guardaguasas. Las posturas de Kaufmann y Hirsch.

Se tratan aquí los casos de estado de necesidad en que colisionan vida por vida, aunque nada excluiría bienes como la “integridad corporal” o la “libertad”.

A) Para KAUFMANN, como ya se señaló, el problema cardinal de la doctrina del *espacio libre de derecho*, radica en la pregunta acerca de si todas las conductas relevantes penalmente, pueden ser concebidas adecuadamente como “jurídicas” o “antijurídicas” –lo que no es un problema de inocencia o culpabilidad-, a lo que concluye respondiendo negativamente (excluye el principio *tertium non datur*). Las dos categorías, entiende, se tornan inoperantes principalmente

“...en los casos de conflictos trágicos y de necesidad existencial, esto es, en situaciones límite.”⁴¹²

De lo dicho deduce que, cuestiones como los casos de necesidad, no pueden resolverse con la ecuación jurídico/antijurídico⁴¹³. La discusión, sostiene KAUFMANN, fue desatada por CARNEADES, quien ideó el problema de la *tabula unius capax*⁴¹⁴. De acuerdo a

⁴¹² KAUFMANN, ARTHUR; *Filosofía del Derecho*, cit., pág. 409.

⁴¹³ KAUFMANN sostiene que ésta problemática ya la han intentado resolver ARISTÓTELES, CICERÓN, TOMÁS DE AQUINO, KANT, FICHTE, HEGEL, SARTRE, entre otros. La cuestión para el discípulo de RADBRUCH, estriba en que el mundo moderno resuelve sus problemas como un computador, la lógica formal se basa principalmente en el esquema verdadero o falso, pero él, al igual que su mentor, se considera un *pluralista*; rechaza la concepción de que el conocimiento jurídico se deduce de “la norma o del caso”; de “la conclusión deductiva o de la inductiva”, “la interrupción no penada del embarazo es conforme a derecho o violatoria de él”, “se puede ser iuspositivista o iusnaturalista”, pero nada más. Ello conduce a KAUFMANN a sostener que se debe enlazar en una postura *realista*, pues nuestro mundo no es un mundo de todo o nada, sino un sitio donde prima el punto de vista del “no sólo... sino también”, un más allá del Derecho natural y el positivismo. Un método deductivo- inductivo mixto (que le permite el ingreso de la analogía para el análisis de casos) una tercera vía además de lo jurídico o antijurídico, que es en definitiva el sustento teórico del “espacio libre de derecho” (*Filosofía del Derecho*, cit., pág. 520).

⁴¹⁴ Se trata de dos náufragos (X e Y) que intentan salvarse asiéndose a una tabla flotante, la que no puede soportar el peso de más de uno. Cada uno de los hombres a la deriva intenta ponerse a salvo a costa de la vida del otro, procurando para ello separarlo violentamente de la tabla. X se salva e Y se ahoga. KANT, en su *Metafísica de las Costumbres* al hablar del “*jus necessitatis*” se refirió a este famoso ejemplo, sosteniendo que ninguna ley penal puede condenar a muerte al náufrago que se salva, pues la pena amenazada por la ley no puede ser mayor que la pérdida de la propia vida; una ley penal de ese tipo no lograría el fin deseado, pues la amenaza de un mal que aun es incierto (muerte por sentencia judicial), no puede superar el temor ante el mal cierto (muerte por ahogamiento). De allí que concluya entendiendo que el hecho violento de autoconservación no debe ser considerado como no culpable sino como no penable.

la dogmática penal dominante, el caso sólo puede resolverse por estado de necesidad exonerable de culpabilidad, pero la conducta de quién se salva sigue siendo antijurídica⁴¹⁵.

Que se trate de una mera causa de disculpa no puede ser aquí la solución adecuada, es un caso jurídicamente insoluble pues el Derecho no tiene un criterio racional para decidir en la especie. Desde la perspectiva del Derecho, o uno de los dos se ofrece voluntariamente a ahogarse o ambos habrían tenido que ahogarse, KAUFMANN parafrasea a BINDING al sostener que una solución tal es “la sinrazón misma”⁴¹⁶. Por el contrario, si ambos náufragos luchan entre sí para alcanzar la tabla, debe juzgarse respectivamente como una agresión antijurídica (aunque sea exculpable en definitiva); frente a una agresión antijurídica es posible ejercer la legítima defensa, de allí que a ambos sujetos les cabría tal causal de justificación frente al otro, pero aquí se presenta el problema: no es posible la legítima defensa frente a la legítima defensa.

Tampoco puede sostenerse una escisión parcializada incalificable como decir que la acción de cada uno, en tanto ataque es antijurídica y, en cuanto defensa, jurídica.

El caso es un ejemplo modelo, para KAUFMANN, de vulneración del principio de contradicción,

“La dogmática reinante del derecho penal, que tan sólo conoce este par valorativo ‘jurídico- antijurídico’, se encuentra aquí al final de sus posibilidades.”⁴¹⁷

No se incluyen en estos casos, ejemplos más amplios, como las acciones en estado de necesidad, con las que se protege un bien jurídico por medio de la lesión de un bien jurídico equivalente no involucrado. Son los casos de un tercero no involucrado, al que se sacrifica, para evitar un riesgo para la vida propia; aquí, no nos enfrentamos a un escenario que presente motivos suficientes para que el ordenamiento jurídico se retraiga y deje al afectado sin protección jurídica. Ejemplo de ello es el de alguien que quiere ascender a un tren y se halla en peligro de ser arrojado al andén por los otros pasajeros que lo empujan, consigue evitar la caída haciendo lo propio con otro, evita el daño en ciernes afectando a alguien que no estaba involucrado.

⁴¹⁵ Similar a este es el conocido caso de “*Mignonette*”, acaecido en Inglaterra en 1884. Dos náufragos hambreados, dieron muerte y se comieron a un tercero, un grumete. Citado en ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Ediar, 5ª edición, 1999, pág. 560.

⁴¹⁶ KAUFMANN, ARTHUR; *Filosofía del Derecho*, cit., pág. 410.

⁴¹⁷ KAUFMANN, ARTHUR; *Filosofía del Derecho*, cit., pág. 411.

Es claro que este ejemplo no ingresa en la teorización de KAUFMANN pues no se reducen los bienes jurídicos de los individuos a un

“...mero puesto de balanza en la economía general de los bienes de una comunidad jurídica, especialmente partiendo de que para la balanza del ordenamiento jurídico sería igual si se da de baja la vida del autor en estado de necesidad o la de la víctima.”⁴¹⁸

El no involucrado puede aguardar del Derecho en que no se lo convierta en un simple objeto de cambio.

Claramente estos sí son casos de estado de necesidad antijurídicos pero disculpados.

De lo anterior, es de donde HIRSCH parte en su crítica a estos casos. Los casos de estado de necesidad no prohibido, sólo tienen relación con un estrecho círculo de supuestos. Se reduce a los llamados “casos de comunidad de peligro”, situaciones de estado de necesidad en las que la necesidad no puede evitarse a costa de un no interesado, sino que tanto la víctima como el victimario se hallan involucrados en el marco de que se trate y se da la alternativa entre la pérdida de ambos o la salvación de uno sacrificando al otro.

HIRSCH sostiene que entender el caso de la *Tabla de Carneades* como no justificado, sino como “no prohibido” es un punto de vista orientado a la balanza de las consecuencias calculadas, reduce la protección del Derecho, que es en definitiva su función.

La situación de los dos naufragos no varía si ellos continúan siendo protegidos por el ordenamiento jurídico. No puede perderse el derecho a defenderse por aquel que está siendo atacado por otro en estado de necesidad, y que trata de cambiar dicha situación en su propio beneficio. El caso es igual para ambos naufragos.

Como el afectado tiene derecho a impedir que el atacante “asuma el rol del destino”⁴¹⁹ y lo sacrifique para poder sobrevivir él, HIRSCH destaca que a KAUFMANN no le queda otra que reconocer una subsistencia del derecho de legítima defensa, lo que lleva a un razonamiento circular, pues dicha justificante presupone un ataque antijurídico y esto no sería consecuente. En un escenario así nos enfrentaríamos a un *estado de necesidad no*

⁴¹⁸ HIRSCH, HANS JOACHIM; *El derecho penal...*, cit., pág. 108.

⁴¹⁹ HIRSCH, HANS JOACHIM; *El derecho penal...*, cit., pág. 110.

prohibido frente al cual puede contraponerse una *defensa necesaria*⁴²⁰; como el afectado puede pretender un derecho a la legítima defensa, se excluye la posibilidad de contraponer un estado de necesidad no prohibido. Un retroceso del ordenamiento jurídico ante dicho escenario importaría que el conflicto sólo podría resolverse a favor del que tiene más falta de escrúpulos o fuerza física.

HIRSCH rechaza además la tesis también en este supuesto, pues entiende que un homicidio doloso no puede desarrollarse en un *ámbito libre de regulación jurídica*, sería como colocarlo en el mismo nivel que

“... salir de paseo o cualquier otra forma de comportamiento irrelevante similar.”⁴²¹

Para el discípulo de WELZEL, el ordenamiento jurídico en este tipo de situaciones extremas sólo puede “*disculpar*” al atacante.

B) El *caso del alpinista* es resuelto por KAUFMANN de forma similar al anterior, HIRSCH, sin embargo, entiende que se trata de una cuestión distinta⁴²².

No importa un caso en que las víctimas tienen una chance de salvación igual, sostiene el discípulo de WELZEL; sino que el destino ha elegido aquí en perjuicio de uno, pues el montañista de abajo que cuelga del otro que lleva la cuerda en cualquier caso está perdido⁴²³. La cuestión debe resolverse considerando todos los puntos de vista, pues se está considerando, en definitiva, un homicidio doloso.

Ciertamente en la *tabla de Carneades* asistía al atacado un derecho de legítima defensa, y de allí que subsistía la antijuridicidad de la acción en estado de necesidad. Quien se salvaba aprovechaba en su beneficio la igual oportunidad del otro, lo sacrificaba pero reconociéndosele un derecho a la legítima defensa.

⁴²⁰ Legítima defensa en el Derecho argentino. ZAFFARONI destaca las diferencias entre ambos rótulos (ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO; *op. cit.*, págs. 611 a 612).

⁴²¹ HIRSCH, HOANS JOACHIM; *El derecho penal...*, cit., pág. 110.

⁴²² Se trata de un supuesto en donde dos alpinistas, X e Y, penden de un escarpado risco, sujetos a un saliente a partir del aparejo propio de los alpinistas. Por causa de una falla, una de las correas de sujeción se suelta, restando X e Y pendiendo en estado peligroso y urgente. X se encuentra sujeto por el aparejo en el estrato superior, Y se halla sujeto a X, no de forma independiente. El aparejo sólo puede sustentar el peso de un individuo, por lo que X decide cortar la sogá que lo sujeta a Y precipitando a éste al vacío para así poder sobrevivir. El caso tiene una variante que no se analiza aquí, es el supuesto en que no sólo X e Y se encuentran sujetos, sino también Z. En éste caso, Z es quien se halla sujeto por el aparejo en el estrato superior, X se halla sujeto a Z, e Y se encuentra sujeto a X; la falla del aparejo importa que sólo pueden sustentarse sin riesgo para la vida los dos primeros, pues el instrumental no tolerará el peso de tres hombres, en el instante crítico, Z arroja un cuchillo a X, quien es el que corta la sogá que lo sujeta a Y.

⁴²³ HIRSCH, HANS JOACHIM; *El derecho penal...*, cit., pág. 111.

En el *caso del alpinista* no puede afirmarse la legítima defensa, pues quien ya no puede ser rescatado —el alpinista de abajo— pretendería que aquel que todavía puede salvarse muriera con él. La cuestión es que hay una sola oportunidad de salvarse, que corresponde al montañista de arriba y que se ve amenazado por el montañista de abajo.

HIRSCH concluye, si el alpinista de arriba, con la finalidad de salvarse, corta la cuerda, entonces su acción es llevada a cabo en un estado de necesidad defensivo; que subraya una justificación y a su vez una negación al derecho de legítima defensa del afectado.

Para el discípulo de WELZEL, la situación de conflicto es resuelta en definitiva por el ordenamiento jurídico, lo que no puede sortearse mediante la ideación de un estado de necesidad no prohibido; esta no contribuye a la solución del problema. El ordenamiento jurídico no se retira en la especie,

“...una capitulación frente a las dificultades del problema no sería correcta, pues no es nada más que una penosa huida frente a una decisión que debe ser tomada necesariamente y en forma clara.”⁴²⁴

C) Otro ejemplo de comunidad de peligros o de colisión de bienes de igual magnitud, a los que KAUFMANN soluciona mediante la teoría en estudio es el *caso de la “eutanasia” de los médicos de los internados nacionalsocialistas para excluidos sociales*. En él se examina el supuesto de un grupo de médicos de un hospital neuropsiquiátrico, que bajo el régimen político nacionalsocialista se ven obligados a efectuar una lista de individuos internados en el nosocomio en cuestión para su ejecución posterior; a los efectos de evitar ello, finalmente diseñan una lista reducida —incluyendo a los enfermos psiquiátricos más graves, pero a pocos casos en definitiva—, logrando así salvar a una cantidad apreciable de personas a costa de la vida de otras⁴²⁵.

Este caso destaca la alternativa de dar curso a la posibilidad de dar muerte a todos aquellos que están en la situación de estado de necesidad o sacrificar una parte para salvar a la mayoría. El peligro actual para la vida no se dirige contra el autor mismo, sino que el círculo de personas puestas en situación de estado de necesidad depende de su tutela.

⁴²⁴ HEINRICH HENKEL citado por HIRSCH (*El derecho penal...*, cit., pág. 111).

⁴²⁵ Un ejemplo similar es el del conductor que solamente puede evitar que zozobre el bote lleno de niños arrojando a algunos por la borda. Citado en HIRSCH, HANS JOACHIM; *El derecho penal...*, cit., pág. 112.

La cuestión, para HIRSCH, no se resuelve por un estado de necesidad no prohibido, no regulado por el Derecho, sino que ha de recurrirse al *estado de necesidad supralegal disculpante*⁴²⁶. La conducta sigue siendo antijurídica, pero solamente disculpada, y ello pues cada uno de los individuos puestos en peligro sigue bajo la protección del ordenamiento jurídico.

Todos los afectados son “jurídicamente” iguales, a ninguno se le puede “prohibir” el derecho a la vida, de allí que cada uno de ellos está jurídicamente autorizado a protegerse de ser sacrificado en pro de la mayoría.

De allí que HIRSCH rechaza la posibilidad de negar la antijuridicidad de la acción en estado de necesidad, pues para definir si la acción es o no contraria a Derecho debe tomarse en cuenta el efecto que conlleva sobre la posición jurídica de la víctima.

El análisis que efectúa KAUFMANN, como “no prohibida” de la conducta en cuestión, restando la problemática en el ámbito de las valoraciones morales; entiende HIRSCH que toma sólo en cuenta el interés de las personas a salvar, soslayando el de las que deben ser sacrificadas.

La conducta del agente no es irrelevante o indiferente a la culpabilidad, la cuestión ha de tratarse precisamente en el juicio sobre esta y no como si no existiera. Precizando, no se trata de una ausencia de culpabilidad material, sino que en la situación de motivación extraordinaria en que se encuentra el agente, el grado de culpabilidad es tan bajo que no puede formalizarse ningún reproche⁴²⁷.

En definitiva para HIRSCH el ordenamiento jurídico de ningún modo se retrae en estos casos.

⁴²⁶ La cuestión de recurrir a un concepto material o supralegal de antijuridicidad, no es necesaria en el Derecho argentino pues los problemas de tal índole se resuelven dentro del derecho positivo sin necesidad de recurrir a construcciones jusnaturalistas de un injusto supralegal. El problema emana de la reforma de 1974 al Código Penal alemán que recogió la tesis diferenciadora entre *estado de necesidad justificante* y *estado de necesidad exculpante* en los §34 y §35 respectivamente, restando para este último caso los peligros dirigidos contra el mismo autor —ejemplo del alpinista— y no otros casos como el que estamos examinando (conf. ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO; *op. cit.*, págs. 598 a 600 y 632).

⁴²⁷ El ámbito de autodeterminación se ve reducido y no puede olvidarse que la culpabilidad tiene como presupuesto el ser eminentemente graduable, cuando el umbral de aquella sea muy reducido hasta el punto de considerárselo despreciable, no quedará otra opción que entender que era inexigible otra conducta distinta a la efectuada en el espectro constelacional dado. Conf. ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO; *op. cit.*, págs. 672 a 682.

D) A favor de la teoría del estado de necesidad no prohibido (no regulado por el Derecho), se destaca el *caso del guardabarrera o guardagujas*. Es el caso del empleado ferroviario a cargo de la desviación de la dirección de las vías, que al ver que dos trenes, en dirección inversa, se hallan a punto de colisionar, decide desviar a uno de ellos hacia un andén en donde se encuentran trabajando dos operarios en su reparación; salva así a una muchedumbre a costa de la vida de dos individuos.

No hay aquí una comunidad de peligros, sino un caso especial de sacrificio del no partícipe: el sacrificio de los peones de vía que ya no podían ser advertidos que se hallaban en la vía a la cual el tren sería desviado y que en caso contrario sería conducido a una catástrofe con numerosas víctimas fatales.

HIRSCH entiende que si a este tipo de acciones no se las considerara como antijurídicas, importaría lisa y llanamente retirarles la protección del Derecho; lo que es aun más graves que los casos tratados anteriormente, pues aquí los sacrificados no están involucrados. El discípulo de WELZEL va más allá y entiende que de efectuar una ponderación de males (dimensión de la catástrofe amenazada/ extrema diferencia numérica del sacrificio del pequeño grupo de personas) y entenderse que el caso no es antijurídico, todo lo más: será justificado.

Una decisión orientada a entender que nos enfrentamos a un caso de “no prohibición”, esconde una decisión que conlleva la renuncia a proteger jurídicamente al grupo pequeño.

§17.3. *Supuesto de colisión de deberes.*

El caso del médico jefe responsable. Kaufmann y la incompletitud de la solución dogmático- penal. La categoría “no prohibido”. Hirsch y la inadecuación explicativa de la teoría del ámbito libre de regulación jurídica.

El caso del médico jefe responsable es el supuesto en que, *a posteriori* del acaecimiento de un accidente en masa en una autopista, dos heridos de gravedad son llevados al hospital. El profesional premencionado, conecta a uno de los dos heridos a la única máquina de corazón y pulmón todavía disponible; este se salva, el otro que *ex ante* tenía las mismas posibilidades de sobrevivir, muere; que fuera transportado a otro hospital no era aconsejable, teniendo en cuenta su estado.

KAUFMANN destaca que la conducta del médico está reglada jurídicamente: homicidio – estado de necesidad, pero se pregunta si la solución es la adecuada⁴²⁸.

En tales casos se produce una *colisión de deberes jurídicamente insolubles*, el médico jefe no puede negar a ambas personas gravemente heridas la conexión con el único medio de salvación. ¿Cómo pues ha de cumplir este deber? El hombre que se encuentra ante esta colisión de deberes actúa antijurídicamente sostiene la doctrina mayoritaria⁴²⁹; pero ha de decidirse de tal forma que no se pueda elevar un reproche jurídico de culpabilidad. El médico ha de ser tan sólo excusado, pues actuó en forma contraria al Derecho,

“...el individuo particular, abandonado por el orden jurídico, se ve remitido totalmente a la instancia de su propia conciencia. Su decisión, sin embargo – cualquiera que ella sea-, tiene que ser respetada también por el derecho, en tanto no supere las fronteras de lo jurídicamente prohibido en forma unívoca. Dogmáticamente, esto exige el reconocimiento de un motivo supralegal de exculpación que sea concebido de manera correspondiente.”⁴³⁰

KAUFMANN entiende que este escenario demuestra que a la dogmática dominante del Derecho Penal le hace falta una categoría para juzgar, entiende que quizás esto fue lo que llevó a REINHART MAURACH a crear su famoso escalón de más en la

⁴²⁸ KAUFMANN, ARTHUR; *Filosofía del Derecho*, cit., pág. 411.

⁴²⁹ KAUFMANN menciona a HEINRICH JESCHECK y GÜNTHER STRATENWERTH.

⁴³⁰ STRATENWERTH citado por KAUFMANN, ARTHUR; *Filosofía del Derecho*, cit., pág. 412.

valoración penal⁴³¹. Para este, el delito no es *injusto culpable*, sino un *injusto atribuible*, la atribuibilidad se compone de dos instancias: la primera a la que denomina la *responsabilidad por el hecho*, en la que se compara la conducta del autor con lo exigible al término medio de la población, es una mera *desaprobación*; y la segunda que es la *culpabilidad*, implica un *reproche* personalizado, no tomando el criterio medio sino lo que el agente en concreto pudo hacer⁴³².

Siguiendo con el análisis de KAUFMANN sobre el estrato dogmático creado por MAURACH; si falta la *responsabilidad por el hecho*, no se presenta efectivamente un motivo de exculpación, pero el autor no es tan sólo exculpado, la desaprobación concierne al hecho y no al autor. Este paso, entiende aquel, se encamina en la dirección acertada pero adolece de que la característica de la *responsabilidad por el hecho* se coloca entre la *antijuridicidad* y la *culpa*. Para el primero la corrección sería colocarlo entre la *juridicidad* y la *antijuridicidad*.

El reproche al médico jefe no puede quedar suprimido en la culpabilidad o en la responsabilidad por el hecho (en el sentido de MAURACH), sino que ha de eliminarse el reproche respecto de la antijuridicidad: la no valoración de la acción⁴³³.

La dogmática imperante se “encuentra petrificada” entiende KAUFMANN⁴³⁴, si juzga dicha acción en cuanto *antijurídica* entonces hará justicia al resultado que sobreviene; si la juzga como *jurídica*, se responde satisfactoriamente a quienes actúan, pero las consecuencias de la acción serán juzgadas de manera incorrecta.

La solución sólo puede ser hallada si ambas concepciones: modelo de antijuridicidad y modelo de juridicidad, se separan de la cuestión. La categoría *no prohibido* tiene su ubicación sistemática entre aquellas dos.

KAUFMANN advierte que aun en este supuesto se atacará la construcción, pues de acuerdo con el principio del tercero excluido, un espacio como el predetellado sería

⁴³¹ KAUFMANN, ARTHUR; *ibídem*.

⁴³² MAURACH, REINHART; GÖSSEL, KARL y ZIPF, HEINZ; *Derecho Penal. Parte General*, t. I, Astrea, 1994, §30 y ss. En España lo sigue BACIGALUPO (*op. cit.*, págs. 387 y ss.), y en Argentina lo sigue DONNA (*Teoría del Delito y de la Pena*, t. 2, cit., págs. 187 y ss.).

⁴³³ KAUFMANN sostiene que la distinción entre *acción* y *resultados no valorados* es el salto que falta dar a la teoría del *espacio libre de derecho*. No se ve con claridad cómo pueden ser juzgadas acciones que muestran un resultado no valorado, mas no una acción no valorada: “¿son jurídicas o antijurídicas, o ninguna de las dos lo es y, entonces qué son?. La respuesta parece ser que la teoría cubre ambos supuestos. Es un *tercer camino*. (*Filosofía del Derecho*, cit., pág. 414).

⁴³⁴ KAUFMANN, ARTHUR; *Filosofía del Derecho*, cit., pág. 413.

un opuesto contradictorio. Entiende el autor que ello debe ser rechazado; en primer lugar el *tertium non datur* no rige en la lógica normativa (deóntica) de la misma manera en que lo hace en la lógica óptica; en segundo lugar porque entre las valoraciones “jurídico” y “antijurídico” existe una tercera posibilidad: *el abstenerse de valorar*, cuando se valora se lo hace con aquellas categorías, pero también puede no utilizárselas; finalmente apela a un argumento de autoridad y remite a KANT (“Intento de introducir el concepto de la medida negativa en la sabiduría del mundo”) cuando expone que el defecto de X no es el mismo que el de *non-X*⁴³⁵. El *espacio libre de derecho* constituye el ámbito normativo de lo “no prohibido” para lo que, sin embargo, no es posible inferir una autorización –o equivalentemente- el ámbito de lo no permitido que no está, asimismo, autorizado.

HIRSCH ataca también este planteo, entiende que así como en el *estado de necesidad justificante* se trata de salvar un bien jurídico propio a costa de un bien jurídico ajeno; en la *colisión de deberes*, por el contrario, nos hallamos ante la colisión de dos normas imperativas.

El autor debe cumplir uno u otro deber, por lo cual, en la ponderación llega a la decisión de no cumplir el de menor valor.

“Como consecuencia resulta que, por motivos normológicos, la justificación de la infracción de uno de los deberes impuestos por la norma ya se verifica en la comparación”⁴³⁶

El *ámbito libre de regulación jurídica*, para este autor, no puede explicar la falta de antijuridicidad en la medida en que los dos bienes jurídicos en juego son objeto de valoración de dos normas imperativas. La existencia de estas produce de por sí una colisión entre ellas al manifestarse al mismo tiempo. Se trata de un conflicto dentro del ordenamiento jurídico.

El *ámbito libre de regulación jurídica* no aporta ninguna solución adecuada para esta situación.

⁴³⁵ KAUFMANN, ARTHUR; *Filosofía del Derecho*, cit., pág. 415.

⁴³⁶ HIRSCH, HANS JOACHIM; *El derecho penal...*, cit., pág. 115.

§17.4. Un caso de discusión en el orden ético.

Los casos de eutanasia activa directa. La tesis de Hirsch. Kaufmann y el análisis de la cuestión.

HIRSCH destaca que no son mencionados por KAUFMANN los *casos de eutanasia activa directa*, aunque entiende que ellos caen en el ámbito de su teoría⁴³⁷.

Se trata de situaciones de conflicto en el campo de la protección de la vida, donde se discuten valoraciones éticas y a la que habría de vincularse la exigencia de dejar un espacio libre a la decisión de médico y paciente sujeta a la propia conciencia.

Entiende HIRSCH que aquí también se demuestra que una renuncia del ordenamiento jurídico a valorar la cuestión no puede aportar solución al problema, pues importaría liberar de la responsabilidad que le incumbe al Derecho en una cuestión tan importante como lo es la seguridad jurídica del bien “vida humana”.

Aduna a ello el autor reseñado que, si se entiende como *no prohibida* la conducta del agente en este caso, se estaría afirmando la exclusión de la antijuridicidad; y esto ya no es una renuncia del ordenamiento sino lisa y llanamente la creación de una causal de justificación. En síntesis importaría decir que la eutanasia activa directa a que un médico puede ser llamado según su conciencia y la de su paciente, estaría justificada, lo que se trata de una solución imposible en el marco actual de las discusiones jurídicas.

Que KAUFMANN no se ocupara de este caso no parece ser del todo exacto, pues, aquel ha entendido que la doctrina del *espacio libre de derecho* es propia de un orden jurídico libre en que, casos de necesidad extrema o de conflictos graves, se prescinde de toda valoración; en vez de regular el supuesto con una solución que traería más violencia que el no resolver, para graficar esto ha citado el *caso de las acciones de participación en un suicidio* (claramente un caso de eutanasia activa directa pero con otro rótulo), las que podrían ser analizadas más satisfactoriamente, entiende, no si se las observa como antijurídicas sino en tanto no prohibido- no permitido⁴³⁸. *Espacio libre de derecho* significa que el ordenamiento jurídico renuncia a valorar la conducta de que se trate, quien actúa sólo responde ante sí mismo y su actuación no puede ser sometida a valoración.

⁴³⁷ HIRSCH, HANS JOACHIM; *El derecho penal...*, cit., pág. 114. Cosa que sí hace MAX ERNST MAYER.

⁴³⁸ KAUFMANN, ARTHUR; *Filosofía del Derecho*, cit., pág. 416.

§18. Las conclusiones para la teoría, por Hans Joachim Hirsch y Arthur Kaufmann de cara al debate.

Kaufmann: la superación del modelo “jurídico/antijurídico”. La tolerancia, el ámbito del “ciudadano responsable” y la “libre decisión sujeta a la propia conciencia”. Hirsch y el rechazo al “ámbito libre de regulación jurídica”. La respuesta desde la sistemática penal.

“La ley garantiza la libertad en materia punitiva tan sólo dentro de determinados marcos; no dice si algo es correcto o incorrecto. Si a quien aborta le está permitido hacer lo que hace es algo que tiene que decidir él mismo, de acuerdo con su conciencia... (como las amenazas penales devienen inapropiadas para configurar la conciencia, ello ha llevado a resaltar)... la carencia de efectividad de determinaciones legales de esa índole.”⁴³⁹,

KAUFMANN entiende que ello conlleva que las mujeres decididas a abortar no adquieran un mayor remordimiento de conciencia porque así lo disponga una norma, se irán al extranjero si resulta menester para cumplir con su cometido.

Si por el contrario, el ordenamiento jurídico se abstuviera de valorar, la discrepancia entre *Derecho y moral* se vería sorteada. Esto es tolerancia en sí misma, y viabiliza que las posiciones contrarias se puedan poner de acuerdo en procura de una solución a sus problemas, dejando de lado posturas extremas.

Así, si los casos complicados no son tildados como jurídicos o antijurídicos, entiende KAUFMANN que se concede una parte de razón a cada posición, en tanto cada uno tiene que ceder un poco de su postura. El modelo dicotómico “jurídico/ antijurídico” pretende reclamar la verdad total para cada posición, aun cuando se excluyan mutuamente.

Para el modelo “*no prohibido- no permitido*”, entiende el discípulo de RADBRUCH, que

“(sólo hace falta un)... pequeño detalle: tolerancia”⁴⁴⁰

En ésta línea ejemplifica con el aborto indicado, pues así todos los puntos de vista en juego son tenidos en cuenta: a) la mujer embarazada, b) el niño concebido no nacido y c) los partidarios y los enemigos del aborto.

La doctrina, en síntesis, sirve para KAUFMANN a un fin positivo; se dirige a un ideal de sociedad tolerante, pluralista, de riesgo, que responde a la sociedad actual. Estas

⁴³⁹ KAUFMANN, ARTHUR; *ibídem*.

⁴⁴⁰ KAUFMANN, ARTHUR; *Filosofía del Derecho*, cit., pág. 417.

actúan bajo riesgo pues de este modo sumamente complejas, no se sabe de antemano lo que es correcto de lo que no lo es. La *tolerancia* representa el principio ético fundamental en éste marco, en estrecha relación con el *principio de responsabilidad*.

HIRSCH, por el contrario, entiende que la teoría del *ámbito libre de regulación jurídica* es un pretexto para dejar a un lado las dificultades. Es una interpretación errónea de la doctrina del injusto personal, pues se afirma que no existe *desvalor de acción* en las conductas examinadas⁴⁴¹, ello conlleva una desaparición de los distintos niveles valorativos del delito.

La utilización de los diversos estratos del delito (v.g.: injusto y culpabilidad) no pueden modificarse por una mera valoración. Las causas de disculpa, a lo que conducen, es a una atenuación del injusto.

Los conceptos de “ciudadano responsable” y “libre decisión sujeta a la propia conciencia” que utiliza KAUFMANN, son cuestiones dudosas cuando se tratan de ataques a bienes jurídicos ajenos⁴⁴². Ello es aun más peligroso cuando se opera con lenguaje ideológico como el reseñado, entiende el discípulo de WELZEL.

El apelar a un “ciudadano responsable” –concepto neoliberal- sólo conduce a ampliar la libertad del individuo a costa de los bienes jurídicos de los demás⁴⁴³.

El *caso de aborto indicado* que utiliza KAUFMANN, no conduce necesariamente a una decisión del Derecho por la de grupos sociales especiales como éste concluye, resume HIRSCH.

Asimismo, ataca la postura de entender que la doctrina estudiada evite -en caso de conflicto- una discrepancia entre Derecho y moral, al respetar la libre decisión sujeta a la conciencia.

“Ello no puede sostenerse pues se trata de ataques dolosos a bienes jurídicos ajenos, con lo que el propio legislador arribaría a una decisión contraria (a todo tipo de conceptos socioéticos) ya que estaría autorizando un ámbito de libertad más amplio.”⁴⁴⁴

⁴⁴¹ Ver parágrafo 18 (“Las conclusiones para la teoría, por Hans Joachim Hirsch y Arthur Kaufmann de cara al debate”).

⁴⁴² HIRSCH, HANS JOACHIM; *El derecho penal...*, cit., pág. 117.

⁴⁴³ HIRSCH, HANS JOACHIM; *El derecho penal...*, cit., pág. 118.

⁴⁴⁴ HIRSCH, HANS JOACHIM; *ibídem*.

En los casos de ataques a bienes jurídicos ajenos, la ampliación del ámbito de juego del autor es tomar una decisión a costa de otro y con ello sostener lisa y llanamente el fracaso del ordenamiento jurídico en su función de protección.

En definitiva, para HIRSCH, la doctrina en estudio tiene poca relevancia para el Derecho Penal, sólo es válida en un sentido amplio (los ámbitos que el Derecho deja de regular en general), y ello así pues esta última disciplina se agrega *a posteriori* del ámbito de lo prohibido; la limitación, *ergo*, no proviene del Derecho Penal.

Siendo que además, éste se ve regido por su *naturaleza fragmentaria*, tampoco juega ningún papel la limitación de los espacios de Derecho que deben ser llenados.

Asimismo, entiende HIRSCH que, la doctrina tampoco sirve para los casos conflictivos examinados, a los que KAUFMANN la aplica.

§18.1. La Posición de Guzmán Dalbora frente al debate.

Rechazo de los comportamientos jurídicamente neutros. Seguimiento de la tesis de Hirsch.

El profesor chileno rechaza la idea de que un imperativo de tolerancia –que daría parcial satisfacción tanto a los partidarios como a los detractores de la interrupción del embarazo, o el respeto de las decisiones responsables de los individuos frente a situaciones límites- pueda compatibilizarse con elementales exigencias de certeza y seguridad jurídicas como pretende KAUFMANN.

Es un presupuesto de la *tolerancia* entre los hombres y de la moralidad ajena, que existen claras directrices jurídicas (ello se ve ya con la refutación que este autor efectúa del *adiaphorismo* en el Derecho). Por ello, la doctrina de lo *no valorado*, fracasa precisamente donde debe mostrar toda su fuerza. Apelar a un individuo responsable, tolerante, en una sociedad de riesgo es una fórmula hueca si se la examina desde lo *no valorado*, pues sólo resta en un *relativismo valorativo* y en una solapada irresolución práctica, al enfrentarse al que quiera imponer su propia decisión responsable⁴⁴⁵.

Si todo conflicto sólo puede resolverse en una decisión de responsabilidad personal, ello exige validez para ambos lados, en esto GUZMÁN DALBORA adhiere a los fundamentos de HIRSCH.

Los conflictos entre vidas humanas o de deberes de la misma entidad, no conducen a la valoración jurídica a un callejón sin salida, entiende el profesor chileno. En el primer caso, la doctrina de la neutralidad de KAUFMANN y BINDING debe revocar al que se ve atacado por el que busca salvar el Derecho de legítima defensa, esto significa abandonar el conflicto a las manos del más fuerte o más inescrupuloso, el sacrificado se reduce a un “accidente empírico”.

La doctrina del *estado de necesidad exculpante* que es mayoritariamente sostenida en el caso de la *tabula unius capax* y que rechaza KAUFMANN (inoponibilidad de legítima defensa a legítima defensa), pasa por alto, sostiene GUZMÁN DALBORA criticando a aquel; que el principio lógico de contradicción se refiere a normas, en tanto que las conductas son hechos. El Derecho no cae entonces en una contradicción, lo que sí ocurriría si en idénticas circunstancias, al mismo sujeto, en el mismo acto, un precepto le prohíbe en

⁴⁴⁵ GUZMÁN DÁLBORA, JOSÉ LUIS; *op. cit.*, pág. 453.

tanto otro le permite. Agredir –hecho prohibido- y defenderse –hecho permitido- no son la misma circunstancia o conducta. El Derecho no puede sostener que ambos perezcan, sino que el que se salve no lo haga eliminando al otro⁴⁴⁶.

En el caso de la *colisión de deberes*, también fracasa la doctrina del *ámbito libre de regulación jurídica* pues el Derecho invariablemente debe decidir qué deber prevalece. En el ejemplo del médico jefe aportado por KAUFMANN, la cuestión estriba en que siendo la obligación jurídica de aquel, hacer cuanto esté a su alcance para salvar el mayor número de vidas, cualquiera sea la acción que produzca en tal sentido, merece la aprobación del ordenamiento jurídico.

En síntesis,

“aquello que el derecho de algún modo regula está por eso mismo sujeto a una valoración”,

ha de rechazarse por ello para el profesor chileno la existencia de *comportamientos jurídicamente neutros* (al igual que el *adiaphorismo* en el Derecho).

⁴⁴⁶ GUZMÁN DÁLBORA, JOSÉ LUIS; *op. cit.*, pág. 454.

§19. Nuestra crítica a la posición de Arthur Kaufmann.

Las fallas del principio de tolerancia en este estudio. Las causas de justificación. Los deberes de tolerancia o sacrificio. Los peligros de soslayar los avances aportados por la dogmática penal. Normas prohibitivas y preceptos permisivos: su juego dialéctico y la relevancia de dicho mecanismo. Estado de necesidad justificante y exculpante; la innecesariedad de la doctrina de la neutralidad. El plano del conflicto de derechos; los riesgos de la doctrina de la neutralidad.

Nuestra posición respecto a la teoría del discípulo de RADBRUCH es crítica, en lo medular coincidimos con la digresión efectuada, a su respecto, tanto por HIRSCH como por GUZMÁN DALBORA.

En cierta medida KAUFMANN renuncia al sistema de la dogmática jurídico-penal en pos de generar un sistema propio embebido en el *principio de tolerancia*; principio que le sirve para solucionar todos los problemas que se le plantean, pero que en rigor no supera las cuestiones debatidas sino que crea espejismos de superación en la discrepancia entre Derecho y moral.

Introduciendo una crítica específica al principio de tolerancia en KAUFMANN, del hecho de que una acción sea permisible, no se sigue que otro tenga un deber de favorecerla o de abstenerse de frustrarla. La existencia de deberes de esa clase no forma parte del significado de permisibilidad. Una acción permisible puede no estar acompañada del deber de otros de no interferir con su realización. Esta es la *ratio* que subyace en la idea de *adiaphorias* o conductas lisa y llanamente no atrapadas por el Derecho.

El principio de tolerancia marca una vez más sus flaquezas, nada indica que deba tolerarse un curso de acción, por caso, llevado adelante por un necesitado.

Si la persona que actúa amparada por una causal de justificación, no ejerce un derecho subjetivo, sino una libertad; la persona afectada por aquella se encontraría en una situación de “no derecho”, como sostiene KAUFMANN, no podría interferir en la acción del justificado,

“...pero de allí no se sigue que tenga el deber jurídico de no interferir, y mucho menos que tenga el deber jurídico de colaborar con la acción del (justificado). En este caso se enfrenta una persona –el justificado- que tiene la *libertad* de, por ejemplo, usar el bien x, con otra persona –el propietario- que tiene el *derecho* de

usarlo. La libertad de usar el bien *x* que se le confiere al necesitado desplaza su deber general de no hacerlo, pero no alcanza a configurar un derecho a usar *x* (que genere un deber correlativo al propietario).”⁴⁴⁷

Pero, si se sostiene que las causas de justificación fluyen del ordenamiento jurídico, y no son meras conductas “no prohibidas”, i.e. las causas de justificación en el Derecho Penal conforman un caso especial de permisibilidad; pues es el Estado el que justifica las acciones y las regula, de esta manera, sí puede sostenerse la paralela carga en el tercero afectado de soportar –de tener un deber jurídico- la acción justificada. Avanzaremos en este apartado más adelante sobre esto.

Pero aun se avizoran más problemas, en el caso del tercero afectado por una conducta justificada, como cualquier otro sujeto, está obligado a no impedir la conducta justificada de, por caso, el necesitado. Esta es la respuesta acogida cuando se habla de *deberes de tolerancia o de sacrificio*. Es decir, una auténtica inexistencia de un *derecho subjetivo de exclusión* de terceros de dicha esfera. Las causales de justificación constituyen el ejercicio de un derecho de intromisión del sujeto justificado en la esfera de un tercero.

Esto podríamos admitirlo sin mayores reparos, sin embargo, KAUFMANN soslaya introducirse en la naturaleza del deber de tolerancia. Sobre esto se ha dicho que, para el Estado, el tener que soportar la conducta justificada, halla su fuente en el propio carácter no prohibido de la conducta; pero respecto del afectado no se deriva de dicho mero carácter no prohibido, sino que su fuente debe hallarse en una norma adicional: ver si se trata de un deber moral o un deber jurídico⁴⁴⁸.

Estando a ello, el deber de tolerancia puede hallar fundamento en⁴⁴⁹, un *planteo utilitarista*, donde el deber de tolerancia se basa, al igual que en el estado de necesidad agresivo, en el balance global de la acción realizada por el necesitado. Esta base ha sido mayoritariamente rechazada. O puede fundarse en el *principio de solidaridad*, que es el fundamento del estado de necesidad agresivo más aceptado. Tiene dos perspectivas: a) contractualista, donde la solidaridad no es expresión de una actitud moral, sino

⁴⁴⁷ BOUZAT, ANDRÉS; CANTARO, ALEJANDRO S. y NAVARRO, PABLO E.; *El fundamento jurídico de un derecho de necesidad*, Revista Discusiones (“Derechos de necesidad y deberes de tolerancia”), nro. 7, Ediuns, Bahía Blanca, marzo 2007, págs. 116 y 117.

⁴⁴⁸ SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA; *Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia*, Revista Discusiones (“Derechos de necesidad y deberes de tolerancia”), nro. 7, Ediuns, Bahía Blanca, marzo 2007, pág. 29.

⁴⁴⁹ El desarrollo en SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA; *Derechos de necesidad agresiva...*, cit., págs. 30 a 32.

consecuencia exclusiva de una cooperación racionalmente motivada; afirma que, todo *egoísta racional*, en el estado originario (tras el *velo de la ignorancia*), ha de tener buenas razones para aceptar un principio de solidaridad mínima garantizada recíprocamente (la ha sustentado MERKEL); y b) la institucionalista, que entiende que el derecho de necesidad viene a ser la institucionalización jurídica de un deber moral de solidaridad interpersonal; se separa de un modelo liberal- individualista, para integrarse en un modelo comunitario (es la tesis de JAKOBS).

SILVA SÁNCHEZ destaca que lo relevante es señalar que en el Estado moderno, la distribución social de *suertes y desgracias* no es cosa de la naturaleza (esta sería, entendemos, la tesis de KAUFMANN), sino que corresponde al Estado la corrección de tal distribución⁴⁵⁰. Si el fundamento del estado de necesidad agresivo y del deber de tolerancia que le es inherente se sitúan en el marco de la solidaridad, entonces la tolerancia no es más que una especie dentro del género de los deberes de solidaridad. De este modo se alude frecuentemente indicando que el deber de tolerancia es un deber de solidaridad pasiva, paralelo al deber de solidaridad activa (*deber de socorro*).

Fuera de estos deberes de solidaridad, pueden pasar dos cosas; o no son jurídico penales, o pertenecen al grupo de los deberes desprovistos de sanción. Pero KAUFMANN no se enrola en ninguna de estas hipótesis posible, sino que entiende que nos hallamos frente a un ilícito penal, pero del cual posteriormente el Derecho se retira de sancionar; no se trata de una situación en que *ex ante* ya el Derecho entiende que no tiene nada que hacer (v.g. el ocupar en primer lugar un sitio en un banco público), sino que *ex post* decide autoneutralizarse (v.g. en el caso de la *tabula unius capax*, si bien hay antijuridicidad, la irreprochabilidad de la conducta es entendida como retirada del Derecho).

La conducta realizada en estado de necesidad agresivo es expresión del ejercicio de un derecho al bienestar, que integra como el derecho abstracto, la más amplia noción de libertad jurídicamente garantizada. Se la entiende como autonomía excluyente, asentándose sobre la división de esferas jurídicas, fuera de las cuales se hallaría el principio de solidaridad mínima interpersonal. Frente a una libertad formal aparece una libertad real, pero obsérvese que se trata de una “libertad jurídicamente garantizada”, y esto desde un

⁴⁵⁰ SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA; *Derechos de necesidad agresiva...*, cit., pág. 34.

principio; el Derecho no se retira, sino que valora y decide no reprochar aunque se configurara un injusto. Distinto sería que se sostuviera que la conducta era libre en el sentido de que no se hallaba siquiera prohibida, esto sería una *adiaphoria*, pero a KAUFMANN no le interesa discurrir en torno a ellas, pues obviamente el Derecho no las valora pues ni aun ingresó a tratarlas; sus elucubraciones giran alrededor de conductas efectivamente valoradas.

Con la panacea del principio de tolerancia, KAUFMANN se enrola en el grupo de los penalistas que van más allá de las decisiones del Legislador en la justificación de sus afirmaciones, y su visión de la dogmática no se limita a identificar y desarrollar las normas positivas. Para este enfoque, lo relevante es aportar nuevas soluciones a casos que el Legislador no ha resuelto, y en ocasiones, corregir el modo en que la autoridad ha regulado una determinada situación.

Digamos que ya WELZEL advertía sobre los peligros de soslayar el trabajo de la dogmática penal. El profesor de Bonn señalaba que, precisamente en el Tercer Reich, la dogmática fue objeto de ataques severos, por ser un “pensamiento liberal de división”, es saludable, indica, que

“...el concepto de delito ideado por LISZT haya resistido a la tempestad que después de 1933 se desató...” y sostiene que “La ciencia del Derecho penal alemán no debería echar por la borda, ligeramente, el trabajo que su dogmática había producido y hacerla caer en el olvido.”;

no debe obviarse la significación de la dogmática, pues ésta pone límites y forma conceptos, posibilita una aplicación segura y calculable del Derecho Penal y lo sustrae a la irracionalidad, al arbitrio y a la improvisación. Que haya resistido a la debacle nacionalsocialista se explica para WELZEL por cuanto la dogmática ha creado una zona ideológicamente neutral, aquella está en condiciones de neutralizar en excelente medida el ámbito ideológicamente muy endeble del Derecho y sobre todo de su faz penal, a ello se une su capacidad de lograr conocimientos “transmisibles”⁴⁵¹.

La dogmática penal constituye un esfuerzo de razonamiento y búsqueda muy particular en el campo jurídico —especialmente en lengua alemana—, que no puede rechazarse sin más pues se trata de una experiencia que apareja un entrenamiento de

⁴⁵¹ WELZEL, HANS; *op. cit.*, págs. 52 y 53.

entidad. Ya hemos adelantado antes nuestro parecer acerca de las ventajas de este sistema⁴⁵².

ZAFFARONI sostiene, acertadamente entendemos, que no es concebible el Derecho Penal reductor, sin el auxilio de la metodología de la dogmática jurídico- penal, caso contrario se convertiría en un discurso político hueco. La selección racional del Derecho Penal precisa de un sistema a los fines de contener la violencia selectiva del poder punitivo⁴⁵³.

La sistemática del delito no es un mero instrumento clasificatorio que se reduce a un puro análisis de la ley. Sino que tiene capacidad de asumir una funcionalidad no desvinculada del Derecho Penal. No es una facilitación de decisión de casos, sino que posee una decisión previa y extralegal que le da sentido y unidad a la construcción; es una teoría de la aplicación de la ley penal y como tal procura establecer un orden para el planteamiento y resolución de problemas que implica la aplicación de la ley penal, valiéndose para ello de un método analítico, es decir, que separa los distintos problemas en diversos niveles o categorías⁴⁵⁴.

Ahora bien, la tesis de KAUFMANN, se posiciona en algunos de sus ejemplos, en los casos en que la doctrina penal mayoritaria ha ubicado a la llamada *estado de necesidad exculpante*, el discípulo de RADBRUCH prefiere insertarlas en su marco ya referenciado, pues indica que el Derecho cae en una contradicción, entendemos que ésta tesis no puede ser sostenida, veamos.

El *tipo penal* es una abstracción que no logra abarcar en la prohibición todas las particularidades, en ocasiones esas particularidades son ejercicio de sus libertades por el agente, el relevamiento particularizado de esas circunstancias son los *preceptos permisivos*.

Los *preceptos permisivos* son las llamadas *causas de justificación*, que viene a ser el segundo capítulo dialéctico dentro de la Teoría del Delito, es la necesidad de circunstanciar lo antinormativo para que no existan prohibiciones donde se podría afectar la libertad del agente. Dicho de otra forma, afirmar que una conducta está justificada, equivale a afirmar que es permisible llevar a cabo esa acción que fundamenta un juicio de desaprobación o ilicitud.

⁴⁵² Ver *supra* parágrafo 1 (Palabras previas. Sobre la “ciencia del Derecho”).

⁴⁵³ ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO; *op. cit.*, págs. 30 y 31.

⁴⁵⁴ BACIGALUPO, ENRIQUE; *op. cit.*, págs. 29 y 55.

La legislación, en síntesis presenta:

A) Normas Prohibitivas: que en función del Principio de Reserva indican que todo lo que no se halle abarcado por esas normas es lícito o no prohibido. La interpretación no contradictoria de las mismas responde a las decisiones jurisdiccionales, es el orden normativo.

B) Preceptos Permisivos: Son acciones antinormativas que importan un derecho que no puede negarse al agente en ejercicio de su libertad. El juego armónico de los preceptos permisivos con el orden normativo es el orden jurídico.

La *norma* y el *precepto* son partes de un mismo todo, para evitar que aquella, necesariamente abstracta, lleve al ámbito de lo prohibido conductas que la violan por ejercer derechos que no pueden negarse.

La antinormatividad surge de una conflictividad lesiva (tipicidad penal), en esa etapa resta en duda aun, si la acción típica era libre hasta tanto un precepto permisivo la rehabilite confirmándola como derecho o la prohíba. Las causas de justificación, entonces, circunstancian la libertad cerca de la prohibición como se ve; lo que implica en definitiva la no contradicción de la conflictividad lesiva con el Derecho. Injusto penal es entonces la acción típica y antijurídica; antijurídica es a su vez la característica que resulta del juicio negativo de valor que recae sobre la conducta humana, injusto es la misma conducta humana desvalorada.

Resumiendo una conducta está prohibida como *injusto penal* luego de dos juicios valorativos:

- A) Juicio de antinormatividad: sólo toma en cuenta las normas prohibitivas que se deducen de los tipos conglobadas con las restantes normas del orden normativo (Tipicidad).
- B) Preceptos permisivos: reconocidos por el orden jurídico como ejercicios de derechos (la Antijuridicidad aquí no logra afirmar la prohibición).

No tendría sentido establecer un precepto permisivo para una acción que no estuviese abarcada por un tipo prohibitivo, carece de sentido permitir lo que no está prohibido. Así, en la *licitud por atipicidad*, la ilicitud se descarta con la sola consideración de la norma deducida del tipo; en tanto que en la *licitud por justificación*, la ilicitud se descarta por un precepto permisivo, cuyo análisis sólo corresponde si la acción es antinormativa.

El principio de reserva –constitucional- que establece que todo lo que no está prohibido está permitido, debe igualmente ser reforzado legalmente, pues los espacios de licitud son dinámicos y están sujetos a continuas contradicciones que los limitan; no está de más *permitir lo que hoy no está prohibido* aunque parezca redundante, puesto que fruto de la misma dialéctica es bueno preservar los derechos ante su posible (futura) derogación o a radicalizarlos para cancelar sus límites, es decir, la prohibición. De aquí que es inocua la crítica de que no hace falta una norma de permiso si no existe un imperativo.

Una de las causales de justificación universalmente reconocida es la del *estado de necesidad*, media necesidad cuando el agente no dispone de un medio menos lesivo para evitar la lesión que está por sufrir. El *estado de necesidad justificante* no legitima cualquier lesión pues no media ninguna acción antijurídica por parte de quien soporta la lesión a sus bienes jurídicos, el límite justificante está dado por la ponderación de bienes entre el mal evitado y el causado (en el derecho argentino, el art. 34.3° del C.P. limita el estado de necesidad a quien *causa un mal menor para evitar uno mayor*).

En cambio, en el *estado de necesidad exculpante*, el sujeto se encuentra *necesitado* de actuar de modo lesivo, pero el mal que provoca no es menor que el que se evita; la conducta es antijurídica pero no se formula reproche de *culpabilidad*, pues no es posible exigirle al agente, razonablemente, otra conducta. El homicidio nunca puede justificarse por estado de necesidad, desde que no pueden jerarquizarse vidas humanas. Existe acuerdo sobre este contexto (en el derecho argentino se lo deduce del art. 34.2° del C.P.) pero no sobre la *ratio* de la figura, pues se ha sostenido que responde a: a) la notoria reducción del ámbito de autodeterminación del sujeto en la situación constelacional en que realiza la acción, o b) el menor injusto.

ZAFFARONI sostiene el primero de los supuestos, en tesis que acompañamos, pues señala que entender al estado de necesidad exculpante como un menor injusto, conduce a una serie de defectos: a) confunde culpabilidad con injusto; b) el menor injusto en la necesidad exculpante sólo es eventual (sólo debe tomarse en cuenta para ver si se redujo en lo concreto la autodeterminación); c) lo único que puntualiza es un invariable propósito salvador en el agente, que si es fallido no existe ningún injusto menor y si no existió en el caso ningún propósito salvador, pero objetivamente se salvó un bien jurídico, la doctrina niega el injusto menor; y d) desaparece la teoría estratificada del delito (como

sistema racional de filtros del poder punitivo), pues coloca una causa de exculpación en el injusto y confunde la culpabilidad con la punibilidad⁴⁵⁵.

La fórmula del art. 34.2º del C.P. no demanda ningún injusto menor, es suficientemente amplia, requiere la gravedad e inminencia del mal amenazado y no se exige siquiera la exacta equivalencia de males; el criterio entonces es claro: *la reducción de la autodeterminación*.

Como el fundamento de la exculpación de la necesidad, estriba en la reducción de la autodeterminación, no es cierto que no se ampare (en forma absoluta) a quien tiene el deber de soportar el riesgo; sólo se requiere una mayor reducción de la autodeterminación para eliminar la culpabilidad. Nadie queda fuera de la posibilidad de la necesidad exculpante por grave que sea la intensidad del deber que le incumbe, siempre hay un límite para afrontar un riesgo⁴⁵⁶.

La doctrina de la neutralidad de KAUFMANN y BINDING, en el marco de los estados de necesidad exculpantes, es desechable por innecesaria visto el esquema de la teoría del delito precedente; pues igualmente la conducta del agente no es punible, pero no ya por una claudicación del Derecho sino por una construcción racional y consistente, en el marco del método analítico del Derecho Penal.

No sólo el *finalismo* (o en el caso de ZAFFARONI el *agnosticismo*, aunque claramente en su construcción utiliza los lineamientos de la teoría del delito diseñada por WELZEL) sino también el *funcionalismo*, tienen respuesta para ésta cuestión. La presentamos aunque sea brevemente al sólo efecto de destacar que las ideaciones del discípulo de RADBRUCH carecen de interés desde cualquier óptica por la que se la mire.

La culpabilidad, para ROXIN, no se agota en la capacidad de reaccionar ante la norma y a su exclusión como la falta de esa capacidad. El estado de necesidad disculpante (§35 StGB –parágrafo 35 del Código Penal alemán-), implica que, la capacidad de reaccionar ante la norma, por regla general, no está excluida; probablemente, señala el sucesor de REINHART MAURACH, en la cátedra de Derecho Penal de la Universidad de Munich, halla casos en los que el miedo por la propia vida desborde todos los controles psíquicos, pero ello no sucede así en la mayoría de las situaciones del §35 StGB. Quien

⁴⁵⁵ ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO; *op. cit.*, págs. 747.

⁴⁵⁶ ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO; *op. cit.*, págs. 748.

lesiona gravemente a un extraño para ayudar a un familiar en una situación de peligro físico, todavía es capaz, de reaccionar ante la norma; si debiera, él podría actuar de otra manera. Esto se muestra, para ROXIN, en el hecho de que, la exculpación, es negada en el caso de creación propia del peligro, en determinadas circunstancias jurídicas, como las que subyacen a los oficios peligrosos, o en otros casos en que una conducta conforme a derecho sea exigible. Tales disposiciones sólo tienen sentido si el Legislador, parte de la capacidad del autor, de reaccionar ante la norma y, con ello, de la posibilidad de comportarse de otra manera, dado que lo imposible no puede ser exigido incluso en los casos excepcionales del §35 StGB. En el supuesto señalado, el profesor de Munich entiende que, no se trata de una causal de exclusión de la culpabilidad, sino de una causa de atenuación de ella; resta claro que la capacidad para dirigirse y, a menudo también, para la orientación mental, están generalmente disminuidas; pero ello todavía no excluye la culpabilidad, si en las situaciones del tipo descriptas, se desiste de un castigo, eso sucede porque el Legislador no lo considera necesario, o incluso, lo considera dañoso, por razones de prevención especial o general⁴⁵⁷. Es decir, se trata de un culpable no responsable⁴⁵⁸.

Desde esta perspectiva, en síntesis, la exclusión de la culpabilidad sólo puede entenderse si se reconoce como fundamento de la renuncia a la pena por parte del Estado, además de la imposibilidad de actuar de otro modo, el decaimiento de una necesidad preventivo- general de pena a causa de una intensa reducción de la libertad de acción.

En el caso del funcionalismo, pero desde la óptica de GÜNTHER JAKOBS, se aclara que, el estado de necesidad en el Código Penal Alemán (posterior a la reforma de 1971), se encuentra dividido en, justificante (§34) y exculpante (§35). Sin embargo, el primero puede ser dividido en *estado de necesidad agresivo*, para los casos en que se causa un mal menor para evitar otro mayor, no mediando ninguna acción antijurídica por parte de quien soporta la lesión a sus bienes jurídicos⁴⁵⁹; y *estado de necesidad defensivo*, donde para justificar, también debe haber una ponderación positiva de bienes, pero la

⁴⁵⁷ ROXIN, CLAUS; *Culpabilidad y exclusión de la culpabilidad en el derecho penal*, en www.derechopenal.com.ar, puntos 32 a 33, (trad. Elena Carranza y Fabricio Guariglia).

⁴⁵⁸ ROXIN, CLAUS; *Política criminal y sistema del derecho penal*, trad. Francisco Muñoz Conde, Hammurabi, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2000, págs. 59 y 60.

⁴⁵⁹ JAKOBS, GÜNTHER; *Derecho Penal. Parte General*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1995, págs. 498 a 519.

particularidad radica en que el mal emerge de la propia víctima, mas no es una agresión que encuadre en la legítima defensa (son los casos de fuerza física irresistible, conductas conforme a derecho que son fuente de males, aborto indicado y la legítima defensa preventiva)⁴⁶⁰. Por esta última vía se solucionan, justificadamente, algunos de los problemas que KAUFMANN tacha de *no prohibidos*. Para los casos remanentes, el §35 regula, como ya se mencionó, el estado de necesidad exculpante, el que se explica teniendo en cuenta los fines de la pena –que en este autor difieren de los de ROXIN y se involucran con el reforzamiento del sistema normativo todo, prevención general positiva-. La motivación del autor se puede definir como reacción apropiada a la situación cuando el autor no es responsable de ella, el conflicto anímico, y la disminución del injusto presentes en el caso, dan lugar a la exculpación si el conflicto es posible entenderlo como fortuito o debido a terceros; en éste supuesto, JAKOBS concluye que sólo concurre una situación exculpante cuando existe peligro para la vida (incluyendo la del feto), la integridad corporal (incluida la sexual) o la libertad (que se corresponde con la locomotiva y no con la de ejecutar la propia voluntad), estos bienes deben estar de tal modo en peligro que

“...se pueda entender que el autor ya no se ande con miramientos con los bienes de otras personas. La medida depende de la constitución psíquica del autor, siempre que éste no sea responsable de esa constitución débil... Si amenaza producirse la pérdida de la vida o importantes menoscabos de la libertad o de la salud, no hace falta recurrir a la proporcionalidad...el autor sólo puede estar exculpado cuando actúa para evitar el peligro. Sin embargo, no hay que verificar la pureza del motivo por el que el autor quiere evitar el peligro, ni la medida del conflicto que experimenta...”⁴⁶¹

Haciendo un paréntesis en esta digresión, podemos señalar que, por otra parte; en relevante medida los problemas planteados por KAUFMANN tienen una raíz más profunda aun. Cuestiones tales como la del aborto indicado han pasado de ser consideradas en términos del deber de respetar la vida ajena, a plantearse como conflictos de derechos entre los sujetos involucrados: el no nacido y su madre. Otro tanto ocurre con la eutanasia, el infanticidio, *et sit cétera*. Se trata de pseudo problemas, vinculados a la pérdida de un

⁴⁶⁰ JAKOBS, GÜNTHER; *Derecho Penal...*, cit., págs. 520 a 521.

⁴⁶¹ JAKOBS, GÜNTHER; *Derecho Penal...*, cit., págs. 690 a 693.

debate filosófico entre categorías distintas, en holocausto de una transformación de esas mismas categorías pero como ejes del pensamiento práctico- jurídico.

Retornando al tema de las eximentes de pena, estas plantean una cuestión que concierne a la distribución individual del castigo, pues en definitiva tratan a quién puede o no castigarse penalmente. Las eximentes plantean una cuestión de respeto y protección a los derechos de la persona frente al poder punitivo estatal. Lo esencial de una afirmación de derecho consiste en que un individuo tenga las herramientas para ser protegido contra las mayorías, incluso al precio del interés general. El reconocimiento de las excusas –en lo que nos toca analizar-, es así contemplado como un asunto de protección del individuo contra las pretensiones de la sociedad; a favor de una más elevada protección contra el crimen que pudiese obtenerse de un sistema de coacciones, los sistemas en que las excusas son reconocidas, protegen mejor al individuo contra los clamores sociales, que aquel en que su no reconocimiento se deba a esos factores⁴⁶². En tal sentido, la pretensión de KAUFMANN es irreprochable, pues las eximentes, en definitiva, suponen una reafirmación del valor de la libertad de los ciudadanos; pues les permite planear su futuro libre de injerencias imprevistas por el poder estatal, pero el método que utiliza es rechazable por innecesario como se ha venido analizando.

Asimismo, la teoría, debe descartarse por peligrosa, pues como acertadamente lo señalara GUZMÁN DALBORA, importa abandonar el conflicto (en el ejemplo de la *tabola unius capax*) en manos del sujeto con más recursos, mejor preparado o más fuerte; el sacrificado se reduce a un mero dato.

Además, la tesis de la neutralidad se contradice no ya meramente con la dogmática imperante actual, sino con toda una tradición en la materia: en el caso de la *tabola unius capax*, ya GENTZ, un discípulo temprano de KANT explicaba que

“...nunca puede llegar a *justificarse* (la conducta), pero en cambio –porque aun en la más extrema necesidad es propio del heroísmo guiarse por el mero concepto del deber- sí puede encontrar *exculpación*.”⁴⁶³,

⁴⁶² VARONA GÓMEZ, DANIEL; *El miedo insuperable: ¿una eximente necesaria? Reconstrucción de la eximente desde una teoría jurídica*, en Revista de Derecho Penal, Rubinzal Culzoni, 2006-2, pág. 206, nota 26.

⁴⁶³ HRUSCHKA, JOACHIM; *Causas de justificación y causas de exculpación: la tabla de Carnéades en Gentz y Kant*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Vol. LVII, 2004, Portal Iberoamericano de Ciencias Penales (www.cienciaspenales.net), pág. 6.

para GENTZ, justificación era un hecho que *prima facie* se presentaba como antijurídico, y que dejaba de serlo de cara a un ulterior análisis; en tanto que exculpación presupone la comprobación de la contrariedad a Derecho del hecho, incluyendo la ausencia de justificación; la exculpación entonces implica una simple disculpa, no un permiso o autorización. El ejemplo de la *tabola unius capax* forma parte de los casos emblemáticos en la materia, desde la obra de SAMUEL PUFENDORF *De Iure Naturæ et Gentium* (1672), donde ya se plantea la diferencia en dicho caso entre un *jus necessitatis* y un *favor necessitatis*, en el análisis de GENTZ, quien empuja al compañero, no tiene derecho a hacerlo, no existe un *jus*, pero sí un *favor necessitatis*; de donde, pese a que el hecho es antijurídico en virtud de la ausencia de un derecho de defensa, no es disculpado⁴⁶⁴. Vale destacar, de lo que se viene diciendo, que la noción de exculpación, que KAUFMANN sortea con su construcción,

“...era familiar desde hacía tiempo para los autores de finales del siglo XVIII. Alude a la antigua Filosofía moral y al Derecho romano. En un pasaje en *De Jure Belli ac Pacis* se refería GROTIUS a la distinción entre causas de justificación y de exculpación al escribir que una situación de estado de necesidad, si bien no justifica, por lo menos exculpa...”⁴⁶⁵;

y KANT en su ineludible *Metafísica de las Costumbres* respecto al ejemplo del náufrago entendía que no puede existir una ley penal que castigue con la muerte a quien para salvar su propia vida arroja a otro en circunstancias como las indicadas, y ello por cuanto la pena con la que la ley puede amenazarle no será mayor que la pérdida de la propia vida,

“Una ley semejante... nunca podría obtener el efecto perseguido, puesto que la amenaza con un mal que aun es incierto (la muerte en virtud de la condena judicial) no puede de ningún modo ser mayor que el miedo frente a un mal cierto (el morir ahogado). Por consiguiente, el hecho de conservar la propia vida utilizando un medio violento no debe ser juzgado como no merecedor de pena (*unsträflich*) (*inculpabile*), sino sólo como no punible (*unstrafbar*) (*impunibile*). Y esta impunidad subjetiva es confundida asombrosamente por parte de la doctrina con una impunidad objetiva (conformidad a la ley).”⁴⁶⁶

Entonces, en el caso del náufrago, si bien la necesidad no puede convertir lo que es injusto en conforme a la ley, sí puede convertirse algo injusto en merecedor de indulgencia. Para

⁴⁶⁴ HRUSCHKA, JOACHIM; *op. cit.*, pág. 7.

⁴⁶⁵ HRUSCHKA, JOACHIM; *op. cit.*, pág. 8.

⁴⁶⁶ HRUSCHKA, JOACHIM; *op. cit.*, pág. 14.

KANT, el náufrago que se salva es agente de un *factum culpabile*; pero es merecedor de la exclusión del castigo, una excusa: una causa de exculpación.

Si el Derecho ha regulado el homicidio, alguna respuesta debe dar en estos casos extremos, no puede retirar sus valoraciones precisamente en encrucijadas complejas, en esto también debemos acompañar las críticas de HIRSCH y GUZMÁN DALBORA a la tesis de KAUFMANN.

De manera similar corresponde el rechazo de la construcción de KAUFMANN en lo tocante a los supuestos que pueden incluirse dentro de la categoría de *cumplimiento de un deber*. Este supuesto se da cuando a partir de un tipo se llega a una norma que aparece prohibiendo hacer lo que otro tipo prohíbe omitir, dicha contradicción no implica que el poder punitivo se ejerza a través de normas que desorientan al individuo (haga lo que haga estará igualmente prohibido).

Cuando aparezcan tales contradicciones, *el juez* que tiene el deber constitucional de ser racional donde *el Legislador* no lo fue, deberá entonces: a) controlar la constitucionalidad de la norma o b) establecer cómo un tipo prevalece sobre el otro o lo recorta. El cumplimiento de un deber jurídico aparece cuando tiene lugar un mandato que recorta una norma prohibitiva prevaleciendo sobre ella⁴⁶⁷.

La tradición dogmática trata el supuesto como *causa de justificación* (MAURACH, ROXIN, JAKOBS)⁴⁶⁸, para este tratamiento el cumplimiento de un deber jurídico se asimila al legítimo ejercicio de un derecho⁴⁶⁹. Al considerarlo causal de justificación la doctrina los estudia como *colisión de deberes* (DONNA)⁴⁷⁰, para ello se parte de considerar que el tipo no se pregunta por la antinormatividad, lo que pasa a ser problema de la antijuridicidad. Nosotros, en lo que hace al presente, coincidimos con la tesis que sostiene que no existe *colisión de deberes*, caso contrario existirían dos deberes donde ninguno de

⁴⁶⁷ ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO; *op. cit.*, pág. 496.

⁴⁶⁸ BACIGALUPO, ENRIQUE; *op. cit.*, pág. 380.

⁴⁶⁹ Lo distintivo del *legítimo ejercicio de un derecho*, es que sin perjuicio de que el mismo tiene límites que no pueden ser salvados sin alterar la disciplina social, se trata del derecho a ejercitar un acto que tendría el carácter de delito si su ejecución no estuviera autorizada y reconocida como una potestad del sujeto que lo lleva a cabo (Conf. en este sentido RIVACOBIA Y RIVACOBIA, MANUEL; *Las causas de justificación*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1995, pág. 79). Es de destacar que, conforme con lo señalado, el ejercicio de un derecho importa permisos jurídicos ante prohibiciones estipuladas desde el Derecho, pero en modo alguno *adiaphorias* o permisos por ausencia de constreñimiento, ver para esto *infra* parágrafo 29 (“La norma jurídica”).

⁴⁷⁰ DONNA, EDGARDO A.; *Teoría del Delito y de la Pena*, T. 2, cit., pág. 170.

ambos podría satisfacerse sin lesionar al otro; en lo normativo siempre un deber limita o es preferido al otro, por lo que no hay conflicto ni colisiones (el Derecho debe decidir cuál deber prevalece). El Derecho no puede consagrar como deber la comisión de un injusto.

Estos supuestos jamás podrían ser causales de justificación, es decir el juego armónico de una norma prohibitiva y un permiso que proviene del resto del orden jurídico, y que si el agente no se ampara en el mismo para realizar la conducta no sufre consecuencias jurídicas porque dicha alternativa es también su derecho.

Los casos complejos de cumplimiento de un deber jurídico y que no son casos de inculpabilidad (por ser bienes equivalentes) a pesar de lo sostenido, puesto que son casos en que el peligro no es introducido por quien actúa sino que ya existe y quien actúa no hace más que evitarlos respecto de algunos, puesto que sólo puede hacer eso, son injustos cometidos por quien se comporta conforme a derecho, los ejemplos son⁴⁷¹:

- a) Caso de los médicos del internado nacionalsocialista.
- b) El escalador que ve a sus dos compañeros colgando de una cuerda y le arroja un cuchillo para que el de más arriba la corte precipitando al de abajo (este último sí actúa inculpablemente).
- c) El capitán de un buque que se hunde que sólo puede salvar a parte del pasaje.
- d) El médico que presta asistencia *in itinere* a un paciente grave, hallando muerto al paciente también grave que lo convocara primeramente.

Los casos son de inculpabilidad cuando el sujeto desvía el peligro sobre terceros que no lo estaban, casos:

- a) El guardabarrera que desvía el tren para salvar a todo un pasaje, pero causa la muerte de tres operarios que se hallaban arreglando la vía a la que se desvió.
- b) El militar que sabiendo que van a bombardear una ciudad muy poblada engaña al enemigo que bombardea una ciudad menos poblada.

Insistimos en esta cuestión sobre lo ya expresado acerca del estado de necesidad exculpante, la teoría de las conductas “no prohibidas” también debe rechazarse aquí por innecesaria y peligrosa con iguales alcances a los establecidos *supra*.

⁴⁷¹ ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO; *op. cit.*, págs. 497 y 498.

No es del caso reiterar las críticas vertidas por HIRSCH y GUZMÁN DALBORA contra el discípulo de RADBRUCH, aunque es relevante señalar que adherimos a las mismas por lo que las hacemos nuestras sumándolas a las digresiones prereseadas.

Subyace una cuestión no baladí, sino medular en extremo, en la crítica a KAUFMANN. Lo que en definitiva trae a colación éste autor es el problema de las razones últimas que hacen a la exención de pena. La doctrina penal suele situar usualmente la respuesta a éste punto en el ámbito de lo que se conoce como la naturaleza jurídica de una eximente. El fundamento de una eximente plantea una cuestión de orden filosófico- moral, que es previa a su sistematización en una u otra categoría del delito⁴⁷².

En dicha encrucijada, nosotros insistimos que, generar una categoría de “no prohibición”, lejos de solucionar problemas, los agrava, pues como bien señalan los detractores de dicha tesis, importa una claudicación del Derecho. Si, por el contrario, consideramos a los casos como “exculpables”, estamos sosteniendo que la conducta de que se trata es antijurídica –no ha logrado superar éste nivel sistemático, pues en definitiva matar a una persona o a un feto no puede ser avalado por el Derecho-, pero en modo alguno reprochable.

Detrás de la idea de tolerancia, de relativismo, de neutralidad, que KAUFMANN postula; se halla el valor positivo de la libertad. Ello supone la idea de autodeterminación del individuo, la idea por excelencia de una organización liberal y democrática que se expresa en que el Derecho considera libre al hombre. Esta concepción con fulcro en la *vexata quaestio* de determinismo vs. indeterminismo, destaca en verdad la importancia de la concepción normativa de la culpabilidad⁴⁷³, que es el basamento material de la exigibilidad de otra conducta en el poder individual de poder actuar de otra manera, antes que la necesidad de recurrir a baremos abstractos y de difícil concreción como la tolerancia, éste tipo de intentos de suplantar a la culpabilidad, por otros estándares que ocultan, en rigor, finalidades tendentes a eliminar sus límites respetuosos de la dignidad

⁴⁷² VARONA GÓMEZ, DANIEL; *op. cit.*, pág. 198.

⁴⁷³ A la que adscribimos aunque hayamos mostrado otras líneas en esta breve crítica al discípulo de RADBRUCH. Nuestra postura en esto no se aposenta en que el juicio de reproche presuponga el libre albedrío humano en abstracto, sino, antes bien, la capacidad de autodeterminación necesaria, como posibilidad individual del sujeto en el contexto situacional en el cual le cupo actuar.

humana (v.g. la peligrosidad o más recientemente el preventivismo)⁴⁷⁴. Es interesante destacar, aunque no haga al meollo del tema examinado, que el paradigma de la teoría de la culpabilidad respaldado en la libertad de la voluntad; que se traduce en el poder de actuación alternativa, como una suerte de elemento categorial del juicio de reproche fundado en la posibilidad del sujeto de haber obrado de forma diferente, conforme y motivado con la norma⁴⁷⁵, es impugnado por KARL ENGISCH, argumentando que no es susceptible de verificación si el sujeto pudo o no obrar de modo diferente, pues es imposible retrotraer al sujeto a la situación pasada donde realizó la acción antijurídica⁴⁷⁶.

⁴⁷⁴ GUZMÁN DALBORA, JOSÉ LUIS; *Estudio Preliminar*; en ENGISCH, KARL; *La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del derecho penal*, Editorial B de f, Montevideo- Buenos Aires, 2006, págs. 20 a 21.

⁴⁷⁵ JESCHECK, HANS HEINRICH y WEIGEND, THOMAS; *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Comares, Granada, 2002, pág. 459.

⁴⁷⁶ ENGISCH, KARL; *La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del derecho penal*, Editorial B de f, Montevideo- Buenos Aires, 2006, *passim*.

§19.1.- Nuestra crítica a la posición de Rafael Márquez Piñero.

Problemas más allá del ámbito del deber ser: problemas del ser. Crítica a la retirada del Derecho. La necesidad de la estratificación de la Teoría del Delito.

Las críticas efectuados a la postura de ARTHUR KAUFMANN son de referencia aquí por la identidad de razonamiento del profesor mexicano con aquel, por ello lo tratamos en este subapartado.

Sin embargo, existen algunos aspectos para destacar.

En primer lugar, como ya se refirió oportunamente, acompañamos la distinción que efectúa el autor en lo tocante a que “vacíos del Derecho” y “conductas no prohibidas” son dos categorías diversas, dualidad que, por otra parte nosotros receptamos.

En segundo lugar, más complejo que en la crítica efectuada a KAUFMANN, MÁRQUEZ PIÑERO no parece restar en sus apreciaciones en el plano del deber ser sino del ser; esto es, el autor entiende que el Derecho *se retira* no ya *debería retirarse* en casos como los de la *tabula unius capax* y los restantes problemas concretos que analizan tanto el mexicano como KAUFMANN, lo que no es cierto en modo alguno, ya que, por lo menos para los supuestos del derecho penal alemán y mexicano, los casos analizados, por más “trágicos” que sean, son resueltos como casos de legítima defensa, estado de necesidad exculpante, colisión de deberes, *et sit cétera*, según el caso, y el Derecho no se retira sin más dejando al arbitrio de las partes la solución. Por caso, GÜNTER STRATENWERTH explica que en los casos examinados, si bien debería decidirse de modo tal de no formular un reproche socio- jurídico de culpabilidad, pues las reglas de decisión se distorsionan en ese tipo de casos, ni son aceptables como un criterio general aplicable; lo cierto es que el Derecho no se retira, sino que justifica el accionar⁴⁷⁷ (más allá de nuestra consideración conforme con ZAFFARONI de la atipicidad de las conductas). MÁRQUEZ PIÑERO sostiene la imposibilidad, en la especie, de actuar de otra manera, y postula la retirada del Derecho; lo que no es recomendable, como ya se dijo, pero tampoco se da en la realidad como se puntualizara aquí.

Finalmente, el análisis del investigador de la Universidad Nacional de México, direccionado al ejemplo de la *tabla de Carneades*, como se explicó, sostiene un

⁴⁷⁷ STRATENWERTH, GÜNTER; *Derecho Penal. Parte General, I: El hecho punible*, (trad. Gladys Romero), 2ª ed, Edersa, Madrid, 1976, pág. 162 y ss.

dilema, donde la acción en tanto ataque, es antijurídica y, en cuanto defensa, se torna jurídica. Conclusión errada, ya que no existe tal distorsión, la acción es definitivamente antijurídica, pero inculpable por el hecho de que no se puede reprochar al sujeto que actuara de la manera en que actuó dadas las circunstancias. De modo que, la conclusión de que la acción resultaría al mismo tiempo jurídica y antijurídica, vulnerando el principio de contradicción; no es más que una apuesta al dogmatismo, que olvida la estratificación de la Teoría del Delito a la que GEORGE FLETCHER rinde culto en detrimento del esquema plano anglosajón dada la mayor cantidad de soluciones que reporta a los problemas técnica y epistemológicamente complejos⁴⁷⁸.

Existe, creemos, un avizoramiento de la falla constructiva por parte de MÁRQUEZ PIÑERO, desde el momento en que termina señalando que, en los casos de necesidad, no es posible la generalización, no hay reglas válidas para todos los casos,

“No resulta posible decir que una decisión específica sea generalizable entendiendo por tal que (en todas las situaciones de estas características) se hubiese de salvar a una persona determinada, y dejar morir a la otra.”⁴⁷⁹.

⁴⁷⁸ Para un análisis más extenso de esta vertiente del pensamiento de FLETCHER, ver *infra* parágrafo 26 (“¿Existe un ámbito vacío de derecho?”).

⁴⁷⁹ MÁRQUEZ PIÑERO, RAFAEL; *op. cit.*, págs. 83 a 84.

§20. Nuestra crítica a las posiciones de Hans Joachim Hirsch y José Luis Guzmán

Dalbora.

El soslayamiento de las adiaphorias. La crítica a la universalidad del Derecho.

Como se señalara, no podemos expresar una postura contraria a la esgrimida por el discípulo de WELZEL y el profesor chileno, en lo que hace a las tesis esgrimidas por estos respecto de los casos subsumibles en el estado de necesidad exculpante; pues coincidimos con las mismas en lo general, soslayando a fin de no tornar abigarrada en exceso esta exposición, algunas diferencias que abrigamos respecto a los alcances del estado de necesidad en el esquema de pensamiento de HIRSCH, pero que no hacen a la esencia de lo aquí planteado. En lo que importa, ambos autores, rechazan la idea de conductas jurídicamente neutras.

Nuestra crítica a estos se dirige a la posición asumida frente a las conductas jurídicamente *adiaphoras*, las que si bien se tratan de acciones cuya ejecución u omisión por los interesados resultan indiferentes para el Derecho, los monografistas del tema que estudiamos terminan admitiéndoles relevancia periférica sin mayores explicaciones.

En realidad, tanto HIRSCH como GUZMÁN DALBORA, aceptan la tesis de RADBRUCH, de que el Derecho no puede llegar a una regulación parcial, sin tomar posición respecto de la parte no reglada de las relaciones, pues precisamente las excluye de consecuencias jurídicas. Un *espacio libre de derecho*, sólo existe por una decisión en tal sentido del ordenamiento jurídico, pero en modo alguno puede hablarse de *vacío de derecho* en sentido estricto. No se carece de regulación, sino que se regla el espectro situacional de que se trata precisamente al negar toda consecuencia jurídica a dicho ámbito fáctico. El Derecho adopta una posición respecto de lo no reglado, y el ámbito que estas componen de “vacío jurídico”, es siempre y sólo tal a causa de la propia voluntad de aquel.

ROXIN señala, con acierto entendemos, que las objeciones lógicas y de teoría jurídica con las que se discute la factibilidad conceptual de un espacio jurídicamente exento no poseen fuerza argumental.

“El argumento de teoría del Derecho, según el cual la no regulación de un supuesto de hecho tampoco fundamenta un espacio fuera del Derecho, sino que contiene una regulación en la medida en que al renunciar a una normación restrictiva se autoriza la correspondiente conducta, sólo es válido bajo la premisa de un concepto de

Derecho omnicomprendivo, en cuya virtud toda conducta privada (comer, pasear, dormir, leer) cae bajo la esfera del Derecho y precisa la configuración de éste.”⁴⁸⁰; esta noción se contradice con los fundamentos liberales de los Estados modernos que entienden que la libertad es originaria (de hecho es la fuente del pacto social) y no una concesión graciable del Estado (que en rigor se ve limitado por los alcances y concesiones que liberalmente le han otorgado para su estructuración los individuos). Este aserto, da por tierra con la noción de que “antijurídico” y “no antijurídico” son opuestos contradictorios que por razones lógicas excluyen una tercera posibilidad; las conductas que podrían ingresar en ella son abarcadas por las nociones antes citadas, pero no caen fuera del Derecho.

Esto no es más que la famosa pretensión de universalidad del Derecho, “panjurismo” al que se inclinó en sus primeros tiempos la sociología del Derecho, que veía en lo jurídico la forma más acabada de lo social (a causa de la sanción organizada) y le parecía que estando la sociedad por todas partes, el derecho no debía estar ausente en ninguna y lo concebía como un continuo sin fallas. Nosotros sostendremos aquí, y en esto en un todo de acuerdo con KARL ENGEL, que las conductas que el Derecho deja al margen de su regulación son un auténtico ámbito sin regulación, no una suerte de campo comprendido por el Derecho por permisión expresa (tácita) de este último.

El Derecho es un régimen de excepción y como tal sólo puede regular un espectro reducido de problemáticas, la lectura contraria no es propia de un estado liberal, sino de un Estado omnipotente y paternalista que pretende reglar hasta las libertades.

Obsérvese además que, el sector de lo no jurídico *es innegable*, está comprendido por todo aquello que se encuentra fuera de los límites del Derecho y que escapa, por tal razón, a la regulación de sus preceptos; como las relaciones del hombre con Dios, la conducta interna, ciertas libertades, el amplio sector de la vida humana que abarca los lazos de familia y de amistad y el que se halla sometido a las reglas de trato social; la ciencia, el arte, la economía, la técnica, sometidas a su propia legalidad, la política *et sit cétera*.

En su afán por demostrar la completitud de ésta disciplina, obsérvese, por solo citar un ejemplo, la tesis de GUZMÁN DALBORA en lo que hace al ejemplo del suicidio.

⁴⁸⁰ ROXIN, CLAUDIUS; *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1997, pág. 567.

El profesor chileno entiende que dicha conducta está reglada por el Derecho, pues se legisla sobre epifenómenos del mismo, pero según nuestro entender, el suicidio es una acción jurídicamente *adiaphora*; no puede ser de otro modo salvo que sostengamos, al mejor estilo medievalista religioso que para los suicidas corresponde la condena, procediendo a su inhumación en lugares especiales del cementerio para almas condenadas. El reglar epifenómenos de dicha acción, no la transforma en regulable, sino que precisamente regula las acciones de terceros a su respecto; estas sí, por cierto, captadas por el Derecho, el “instigar” o el “ayudar” al suicidio, en aquellos países que regulan los supuestos como acaece en Argentina (art. 83 del C.P.), importan acciones que constituyen delitos autónomos y no participaciones en el suicidio⁴⁸¹. La cuestión no es correctamente delimitada por GUZMÁN DALBORA y ello por cuanto se procura universalizar al Derecho, extrayendo su completitud de la regla de clausura. Ahondaremos más adelante sobre esto⁴⁸², pero podemos mencionar como ejemplo paradigmático de completitud hermética del Derecho las aserciones de AFTALIÓN, VILANOVA y GARCÍA OLANO, para quienes el ordenamiento jurídico es pleno, pues

“...todos los casos que puedan presentarse se encuentran previstos en él [...] la impresión de que existen lagunas proviene de considerar abstractamente el contenido de las normas generales. Ahora bien, debe tenerse presente que el ordenamiento jurídico no consiste solamente de normas generales, sino también de normas individuales... En la medida en que el ordenamiento jurídico defiere a la decisión de un órgano (v.g. el juez) la determinación de la norma individual, que ha de dar el preciso sentido jurídico de la conducta individual en cuestión, y en la medida en que dicha decisión y dicha norma individual forman parte también del ordenamiento, es evidente que éste no carece de previsiones acerca de cualquier caso individual ocurrente... En todos los casos en el ordenamiento jurídico se encuentra previsto (entonces) el caso en cuestión, y en consecuencia, dicho ordenamiento se muestra como pleno...”⁴⁸³;

⁴⁸¹ NUÑEZ, RICARDO C.; *Derecho Penal argentino*, t. III, Omeba, Buenos Aires, 1960, pág. 142. También se ha sostenido que el tipo previsto en el art. 83 “...es ajeno a la participación criminal” (LAJE ANAYA, JUSTO; *Comentarios al Código Penal*, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1978, pág. 44) y que “...estamos aquí ante un delito autónomo, que sólo figuradamente podemos imaginar como una especie de participación en el hecho de un tercero.” (CREUS, CARLOS; *Derecho Penal. Parte especial*, t. I, 6ª ed., Astrea, Bs. As., 1999, pág. 50).

⁴⁸² Ver *infra* Capítulo V (“El Principio de Legalidad”).

⁴⁸³ AFTALIÓN, E. R., GARCÍA OLANO, F. y VILANOVA, J.; *Introducción al Derecho*, t. I, 5ª ed., Buenos Aires, 1956, págs. 257 y ss.

ésta postulación yerra el ángulo de observación, pues carece de relevancia examinar si el juez al resolver va más allá de las normas jurídicas para concluir que al ordenamiento jurídico de que se trate le cabe predicar sobre su plenitud hermética en consecuencia; cuestión por otra parte sobre la que avanzaremos más adelante⁴⁸⁴, sino si la cuestión estaba o no resuelta antes por el ordenamiento jurídico. Afirmar que el sistema es completo *a posteriori* de que el juez le ha dado una solución al entuerto es cuestión diversa, que contrariamente a lo afirmado por los mencionados autores, demuestra la derrotabilidad del postulado hermético.

⁴⁸⁴ Ver *infra* Capítulos III (“Sistema y conceptos jurídicos básicos”) y IV (“Interpretación y aplicación de las normas penales”).

§21. Nuestra crítica a la posición de Karl Engisch.

Resurgimiento del jusnaturalismo. La crítica positivista. El fenómeno alemán. El jusnaturalismo relativo de Karl Engisch. Los imperativos jurídicos. Las consecuencias jurídicas. La proposición jurídica. Las normas de valoración. El rechazo de la pretensión de exhaustividad del ordenamiento jurídico. La aplicación del Derecho a través de estándares supralegales. Descartando la interpretación meramente cognoscitiva.

El examen de las ideas de ENGISCH respecto a la problemática que nos hemos propuesto estudiar, entendemos, precisa previamente de un análisis de qué es lo que representa aquel dentro de la filosofía jurídica alemana. Además nos detendremos particularmente en éste autor por cuanto su ideación es la base sobre la que habremos de trabajar en gran medida, a más de ser el clásico referente de nuestro tema de estudio.

“Alemania que es, o ha sido hasta hace bien poco, el ‘país de los filósofos’, sigue siendo el de los jusnaturalistas”⁴⁸⁵,

la teoría del Derecho natural⁴⁸⁶, que como corriente de pensamiento puede remontarse a los sofistas⁴⁸⁷, emanó como creación estructural, de la escolástica⁴⁸⁸ y especialmente de SANTO TOMÁS DE AQUINO, quien unificó de forma coherente las visiones fragmentarias imperantes hasta el momento⁴⁸⁹. En una aproximación muy sucinta, el Derecho natural para la

⁴⁸⁵ GARCÍA SAN MIGUEL, LUIS; *Presentación a la “Introducción al pensamiento jurídico” de KARL ENGISCH*, Comares, Granada, 2001, pág. XIII.

⁴⁸⁶ ALF ROSS es profundamente crítico con ésta corriente, a la que considera tributaria del pensamiento mágico, religioso y metafísico, opuesto al pensamiento científico. Según el autor mencionado, ésta corriente se ha conservado esencialmente igual a lo largo del tiempo y se reduce a un simple temor a la existencia, a los poderes que dominan al hombre y a la necesidad de buscar refugio en algo absoluto que esté por encima de todo cambio, “...una defensa contra las ansiedades y dudas del alma humana..., el temor de ser responsable de las propias acciones (...) Tal actitud ante la vida es típicamente infantil.” (*op. cit.*, pág. 283). Veremos en lo que sigue que ésta explicación es reduccionista e inexacta.

⁴⁸⁷ Los *sofistas*, aparecieron en el ambiente político de la Grecia del siglo V a.C., procuraban destruir el sistema de valores sobre el que se asentaba la vida griega, teniendo por norte la idea de que el hombre es la medida de todas las cosas. Negaban la existencia de normas fijas, de la justicia como verdad universal, de la *polis* como formación natural e incluso la naturaleza social del hombre; por el contrario afirmaban que el fundamento del poder es la fuerza, que el hombre es un ser egoísta y desigual y que la organización social es artificial producto de un pacto social para oprimir a los más débiles. FAYT, CARLOS S.; *Historia del Pensamiento Político*, T. I, La Ley, Buenos Aires, 2004, págs. 9 y 10.

⁴⁸⁸ La *escolástica* es el sistema de pensamiento que procuró hacer que la filosofía sirviera a los intereses de la teología. Era racionalista y no empírica y se basaba en la autoridad de las sagradas escrituras, los PADRES DE LA IGLESIA y de PLATÓN y ARISTÓTELES; tenía carácter ético, era humanista en la medida en que su centro de estudio era el hombre y soslayaba las causas y las relaciones fundamentales, su fin era más bien descubrir los atributos de las cosas. Tenía una visión estática del universo y su fundador fue JUAN ESCOTO ERIGENA, entre las figuras más importantes de la misma podemos mencionar a SAN ANSELMO, ABELARDO y ALBERTO MAGNO, de este último fue discípulo SANTO TOMÁS DE AQUINO. MC. NALL BURNS, EDGARD; *Civilizaciones de Occidente*, Ed. Peuser, Buenos Aires, 1942, págs. 371 y 372.

⁴⁸⁹ FAYT, CARLOS S.; *Historia del...*, t. I, cit., págs. 154 a 158 y DAMPIER, WILLIAM CECIL; *op. cit.*, págs. 148 a 154.

escolástica importaba que en el escalón superior se encontraba la *ley eterna*, que es la razón de Dios y está por encima de la naturaleza y la comprensión humana; posteriormente se encuentra la *ley natural* que ordena las necesidades e inclinaciones humanas, es un reflejo de la razón divina y se manifiesta como razón común a todos los hombres; finalmente la *ley positiva* es una ordenación de la razón para el bien común hecha por quien tiene a su cargo el cuidado de la comunidad, se divide en *jus civile* y *jus naturalis*. La razón humana puede “conocer” esta estructura en todas sus partes. A esta concepción se le critica que terminó por convertirse en el sistema de legitimidad de la monarquía de su época (organización perfecta para dicho tiempo), esto ocurre frecuentemente con la teoría *iusnaturalista* y es lo que la aproxima a la filosofía política de la que es difícil distinguirla⁴⁹⁰.

La evolución ulterior del pensamiento, contrapuesto a la escolástica, dio lugar al *racionalismo* kantiano, al *historicismo* hegeliano, al *positivismo* como corriente antimetafísica que sólo reconoce la validez del conocimiento fundado en la experiencia por oposición al *jusnaturalismo* esencialmente metafísico, al *marxismo* y al *existencialismo* de SARTRE.

Continuando con este breve esquema en torno a la tesis del Derecho natural que nos permita entender mejor la posición de ENGISCH, señalamos que, el *racionalismo*, principió impugnando la concepción teológica del derecho natural, KANT no colocaba el fundamento del Derecho natural en Dios, la ley moral estaba fundada en la razón del hombre. Asimismo los racionalistas privaron al Derecho natural de su flexibilidad –siempre estando a la versión escolástica de la cuestión- y que le permitía adaptar los principios absolutos e inmutables superiores a cualquier organización social; para el racionalismo, huero de sentido histórico, el Derecho natural era una construcción monolítica y justificante de cualquier situación⁴⁹¹.

El *historicismo* se presenta como una crítica al universalismo abstracto del *jusnaturalismo*, teniendo en cuenta que la postulación de HEGEL es la importancia de la historia, de donde la idea de que todas las creaciones del hombre están sometidas a un cambio incesante, sucediéndose unas a otras con arreglo a una ley inmanente de desarrollo; todas las fases de cambio son relevantes para un momento dado en el devenir temporal, el

⁴⁹⁰ GARCÍA SAN MIGUEL, LUIS; *Presentación...*, cit., pág. XIV.

⁴⁹¹ *Ibidem*.

que, una vez superado, desaparece dando lugar a otras formas distintas. Ello importó relativizar el *jusnaturalismo* escolástico, ya no existe una ley intemporal, absoluta, inmutable y perpetua a que puede acceder el ser humano y válida para todas las épocas y lugares, sino que la ley es el producto de determinada época histórica que ha de dejar lugar a nuevas formas de pensamiento⁴⁹².

“Cada época reclama su propio *jusnaturalismo*... Todo principio es relativo, válido para determinada época histórica y sólo para ella.”⁴⁹³

El *positivismo*, y teniendo por norte los postulados que DWORKIN forjó para aquel –aunque aceptando que quizás un positivista impugnaría su construcción de la corriente en cuestión–, importan que: a) el Derecho de una comunidad es un conjunto de normas especiales usadas directa o indirectamente por la comunidad, con el propósito de determinar qué comportamiento será castigado o sometido a coerción por los poderes públicos, b) el conjunto de estas normas jurídicas válidas agota el concepto de Derecho. Si alguna de tales normas no cubre claramente el caso de alguien (lo que puede ser porque: 1) ninguna parece apropiada o 2) las que parecen apropiadas son vagas), entonces el caso no se puede decidir aplicando la ley. El caso se resuelve ejerciendo la llamada *discreción judicial*, lo que significa ir más allá de la ley en busca de otro tipo de estándar guía, y c) decir que alguien tiene una “obligación jurídica” equivale a afirmar que su caso se incluye dentro de una norma jurídica válida que le exige hacer algo o que le prohíbe que lo haga, en ausencia de tal norma jurídica válida no hay obligación jurídica, de allí se sigue que cuando un juez decide un conflicto ejerciendo su discreción no está imponiendo un derecho jurídico en lo referente a ese conflicto⁴⁹⁴.

Vistos estos ataques al *jusnaturalismo*, se puede decir que este perdió en su decurso histórico su fundamentación teológica y su pretensión de validez absoluta; sin embargo atrincheró con celo pétreo la idea de constituirse en criterio independiente frente a los encargados de crear el derecho positivo, con arreglo al cual éste último puede ser declarado *justo* o *injusto*. En síntesis, el *jusnaturalismo* significa dos cosas: 1) el simple

⁴⁹² DI TELLA, TORCUATO S.; *Diccionario de Ciencias Sociales y Políticas*, Emecé, 2001, Buenos Aires, págs. 319 a 325 y 341 a 342.

⁴⁹³ GARCÍA SAN MIGUEL, LUIS; *Presentación...*, cit., pág. XV.

⁴⁹⁴ DWORKIN, RONALD; *Los Derechos en Serio*, cit., pág. 88 y ss.

criterio de justicia cualquiera sea el modo como se lo conciba y 2) el mismo criterio prealudido pero entendido al modo escolástico⁴⁹⁵.

Esta presentación nos conduce, ahora sí, a posicionarnos en la cuestión propuesta al inicio. A lo largo del siglo XIX, la filosofía jurídica alemana era claramente de corte positivista, esto importaba tanto como decir que, a la llegada del nacionalsocialismo, se carecía de “reservas morales” que oponer al nuevo régimen⁴⁹⁶. Piénsese que, a grandes rasgos, esta teoría se reduce a admitir cualquier ordenamiento jurídico por el sólo hecho de ser sancionado conforme a las formas⁴⁹⁷, de allí, a carecerse de razones para rechazar a cualquier orden jurídico, injusto pero válido, hay un solo paso⁴⁹⁸. Sin ir más lejos, los siguientes asertos de Kelsen son sumamente ilustrativos de lo que decimos:

“Según el derecho de los Estados totalitarios, el gobierno está facultado a encerrar en campos de concentración a personas de ideología, religión o raza indeseables, constriniéndolos a cualquier labor, y hasta matarlos. Medidas semejantes pueden ser juzgadas moralmente con la máxima severidad, pero no se puede considerarlas como externas al régimen jurídico de esos Estados.”⁴⁹⁹ o

“Una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado; es decir, no vale porque su contenido pueda inferirse, mediante un argumento deductivo lógico,... sino por haber sido producida de determinada manera... De ahí que cualquier contenido que sea, puede ser derecho. no hay comportamiento humano que, en cuanto tal, por lo que es como contenido, esté excluido de ser el contenido de una norma jurídica.”⁵⁰⁰

Al final de la guerra se produjo, entonces, un renacimiento “virulento del jusnaturalismo”⁵⁰¹, se procuró construir criterios de justicia en los órdenes establecidos, lo contrario importaba reconocer la legitimidad de un ordenamiento jurídico como el

⁴⁹⁵ GARCÍA SAN MIGUEL, LUIS; *Presentación...*, cit., pág. XVI.

⁴⁹⁶ GARCÍA SAN MIGUEL, LUIS; *ibidem*.

⁴⁹⁷ HART, H.L.A.; *El concepto de Derecho*, cit., pág. 125 y ss.

⁴⁹⁸ Con esto, como señala GARCÍA SAN MIGUEL, no queremos sostener que el nacionalsocialismo se implantó por culpa y causa de los juristas alemanes; pero no es menos cierto que los mismos fueron posteriormente, a la finiquitación del régimen, acusados de conformismo. Sirvan los ejemplos de CARL SCHMITT, EDMUND MEZGER y los representantes de la escuela de Kiel (GEORG DAHM rector de Kiel entre 1935 y 1937, FRIEDRICH SCHAFFSTEIN en Derecho Penal y KARL LARENZ en filosofía jurídica) entre otros.

⁴⁹⁹ Kelsen, HANS; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 54.

⁵⁰⁰ Kelsen, HANS; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 205.

⁵⁰¹ GARCÍA SAN MIGUEL, LUIS; *Presentación...*, cit., pág. XVII.

nacionalsocialista⁵⁰². Por caso, RADBRUCH, que en 1932 efectuaba una defensa del positivismo jurídico, después de 1945 sostenía que:

“La ciencia del Derecho debe reflexionar nuevamente sobre la milenaria sabiduría que afirma que existe un Derecho divino, un Derecho nacional, según la cual la injusticia es siempre injusticia aun cuando se la vacíe en las formas de una ley; un Derecho ante el cual el fallo pronunciado de acuerdo con una ley injusta, no es justo sino injusto.”⁵⁰³

Junto a las tendencias *jusnaturalistas*, persisten en Alemania tendencias *positivistas* que atemperan a aquellas. Resumiendo sus postulados en forma por demás arbitraria, podemos destacar los siguientes axiomas: a) insisten en impugnar a los *jusnaturalistas* la posibilidad de arribar a soluciones unánimes; b) postulan como superior el argumento de la *seguridad jurídica*; c) conceder al Derecho natural primacía significa convertir al derecho positivo en algo secundario, relativo, esto implica que cada individuo, en nombre de su conciencia, iglesia, *et sit cétera*, es decir, en nombre de la concepción *jusnaturalistas* que profese tendría derecho a oponerse a las reglas vigentes, es la disolución de la sociedad y un retorno al “estado de naturaleza”, un estado en que cada hombre actúa por sí y sin sujeción a normas establecidas, máxime en una sociedad como la actual en que cada hombre tiene su propia concepción de justicia esto lisa y llanamente significaría periclitarse en la anarquía; d) como consecuencia de todo lo anterior, siendo que debe primar la seguridad jurídica, en la sociedad debe imponerse el *orden*, aunque dicho orden parezca

⁵⁰² No ingresaremos aquí, a los efectos de evitar la sobrecarga expositiva, en las peculiaridades del *jusnaturalismo* alemán, que teniendo en cuenta la pluralidad ideológica imperante en el país, presentó perfiles propios, como ser un *jusnaturalismo neoescolástico* contrapuesto a un *jusnaturalismo protestante*. Junto a estos *jusnaturalismos* de base teológica existieron otros intentos de fundamentación filosófica, centrados en presentar a los valores como constitutivos de un mundo de esencias ideales, eternas e inmutables; con un evidente parentesco con la filosofía platónica, donde los valores pueden realizarse en las cosas, aunque persistirán aun cuando no se realicen en ellas, ésta es la posición de la *filosofía de valores* de MAX SCHELER (KAUFMANN, ARTHUR; *Filosofía del Derecho*, cit., págs. 84 y 321). Los filósofos de los valores admiten cambios en el conocimiento de los valores, pero no en los valores mismos. Esta postura ha llevado a fundamentar un Derecho natural en la ética de los valores, el principal modelo de esto es HELMUT COING, quien en 1947 desarrolló una serie de “principios jurídicos supremos”, que, según éste profesor de Frankfurt, deben constituir el contenido necesario de todo ordenamiento jurídico (*Fundamentos de Filosofía del Derecho*, Asde ediciones previas, Río Cuarto, s.a., págs. 155 y ss.), WELZEL criticó a esta construcción que los principios en cuestión en realidad en nada enriquecen al *jusnaturalismo*, no son más que un catálogo de los derechos fundamentales que las constituciones modernas plasman en sus textos; en rigor, COING sólo efectúa, por alquimia jurídica, presentar como proposiciones eternas de Derecho natural, los deseos político-jurídicos de su época (WELZEL, HANS; *op. cit.*, pág. 182). También existe un *jusnaturalismo de orientación marxista*, del cual el mayor exponente es ERNST BLOCH (GARCÍA SAN MIGUEL, LUIS; *Presentación...*, cit., pág. XX).

⁵⁰³ WELZEL, HANS; *op. cit.*, pág. 179.

injusto; y e) ajustando la síntesis prealudida, la *seguridad* no es un valor que debe predominar sobre la *justicia* sino que aquella es un elemento integrante de esta, no hay justicia sin convivencia ordenada. Todo ello no importa afirmar que el *contenido* del orden jurídico sea indiferente, admiten la posibilidad de articular criterios de justicia, pero niegan que en nombre de la justicia pueda soslayarse la seguridad jurídica.

Así,

“...la línea divisoria entre el jusnaturalismo y el positivismo (en Alemania) es actualmente más imprecisa de lo que muchos creen. En teoría la diferencia es clara: ambos admiten el valor de la seguridad jurídica y el de la justicia; pero mientras uno, el jusnaturalismo, admite la posibilidad de alterar la seguridad cuando el orden sea injusto, el otro, el positivista, no admite nunca esta posibilidad. Pero, en la práctica esta línea divisoria es imprecisa.”⁵⁰⁴

Así, en casos de injusticia notoria, los jusnaturalistas y los positivistas harán a un lado la seguridad jurídica en pos de reafirmar valores fundamentales.

No puede decirse que ambas corrientes estén equiparadas, sino que el positivismo alemán de hoy día es menos radical que el de anteguerra. La diferencia, quizás, estribe en que el jusnaturalismo apuesta a la mayor confianza en la capacidad de la razón para descubrir criterios morales objetivos, acentuando el valor de la justicia por sobre el de la seguridad jurídica; en tanto que el positivismo albergará desconfianza en la factibilidad de postular aquellos criterios, concediendo más valor a la seguridad jurídica. Asimismo, debe señalarse que la mayoría de los seguidores del jusnaturalismo actual alemán, haciéndose eco del historicismo, ya no señalan la existencia de valores absolutos y atemporales, sino que aceptan el condicionamiento histórico y la finitud del hombre; se pondera lo justo aquí y ahora, en estas concretas circunstancias históricas; a lo sumo se discute si el modelo propuesto es válido para las circunstancias dadas, o si puede ser sustituido, pero ya no se señala si es válido para *todas* las circunstancias⁵⁰⁵.

Dentro de este esquema ENGISCH, puede ser considerado un *jusnaturalista relativista*, como él mismo se define⁵⁰⁶, aunque cabe destacar que esta última acepción es

⁵⁰⁴ GARCÍA SAN MIGUEL, LUIS; *Presentación...*, cit., pág. XXII.

⁵⁰⁵ GARCÍA SAN MIGUEL, LUIS; *Presentación...*, cit., pág. XXIII.

⁵⁰⁶ GARCÍA SAN MIGUEL, LUIS; *Presentación...*, cit., pág. XXV.

un tanto equívoca⁵⁰⁷. El autor examinado ha atravesado dos etapas diversas y una tercera dudosa, esquematizando: a) una primera etapa de *relativismo gnoseológico*, por cuanto entiende que los sistemas de valores son válidos para determinadas circunstancias y que por ello son válidos dentro de ciertos límites, ningún sistema puede pretender una validez absoluta; b) una segunda etapa de *relativismo sociológico*, donde se sigue ocupando del criterio de la justicia, pero advierte que el reconocimiento y protección de los intereses presenta dificultades, el que no existiría si los mismos fuesen compatibles, pero como muchas veces son contradictorios, se precisa recurrir a una “decisión moral” la que a su vez es una valoración en sí misma, esta valoración no puede ser arbitraria sino que debe apoyarse en las “valoraciones reales que tienen validez fáctica dentro de determinada comunidad”, ENGISCH no se inclina entonces por valoraciones puramente personales y cambiantes según el sentir de cada uno sino que admite un criterio de valoración claro, “los valores socialmente vigentes”; c) la última etapa, y no del todo clara, en donde sostiene que, la seguridad jurídica debe predominar sobre la justicia, es preciso que el Legislador diseñe reglas justas, pero en caso de no serlo, no por ello se le pueden negar obediencia, esta postura parece aproximarle a la posición *positivista atemperada* alemana moderna⁵⁰⁸.

En su posición jusnaturalista relativista sociológica, e ingresando específicamente a la problemática que estudiamos, ENGISCH ha entendido que,

“El hombre nace dentro de la comunidad, crece en ella y, salvo casos anormales, jamás es expulsado de la comunidad. Y el derecho es elemento esencial de la comunidad. Por tanto, afecta inevitablemente a todos.”⁵⁰⁹⁵¹⁰,

⁵⁰⁷ El *relativismo* puede entenderse como: a) una forma de *escepticismo*, sería aquella postura que niega la posibilidad de obtener conocimientos seguros en el orden moral; b) el *relativismo gnoseológico* es aquel que entiende que la razón puede aprehender conocimientos morales, pero la validez de estos es discutible, no es posible obtener conocimientos firmemente establecidos; c) el *relativismo historicista* no admite la posibilidad de obtener conocimientos morales absolutamente válidos, aplicables a todas las épocas, pero sí creen factible obtener conocimientos válidos para una época determinada, los principios y valores se definen en función de la época y d) el *relativismo sociológico*, que entiende que dentro de una misma época existen diversas estructuras sociales que tienen valores y principios diversos.

⁵⁰⁸ GARCÍA SAN MIGUEL, LUIS; *Presentación...*, cit., págs. XXV a XXVIII. GARCÍA SAN MIGUEL entiende que la tercer etapa reseñada aun no ha sido explotada completamente por ENGISCH, y que es dudoso insertarlo en la misma, aunque sus afirmaciones parecieran ubicarlo en tal medida.

⁵⁰⁹ HART admite también algo de esto al criticar la posición positivista de AUSTIN, en la pretensión de que en toda sociedad donde hay Derecho hay un soberano y que las potestades jurídicas son limitadas, afirma entonces, seguido, que “...ninguna persona o personas se encuentra fuera del derecho...” (*El concepto de Derecho*, cit., pág. 83). En igual sentido COING, quien señala que “El derecho positivo vincula a todos los miembros de la comunidad jurídica para la cual es válido...” (*op. cit.*, pág. 249).

⁵¹⁰ ENGISCH, KARL; *Introducción al...*, cit., pág. 2.

asimismo que las leyes son sólo formas que pueden y deben llenarse con el contenido personal que el Legislador les otorgue, tienen un sello individual

“...son culturalmente diferentes e históricamente cambiantes. No tienen validez universal ni obligatoriedad estricta.”⁵¹¹,

“...el derecho se refiere a nosotros en tanto seres que conforman su vida mediante acciones,... el derecho y la jurisprudencia práctica se refieren a nuestra vida, ya que día a día, hora a hora y hasta minuto a minuto determinan nuestras acciones y nuestras omisiones, con las que construimos nuestra vida. Podemos decir sin exageración que nuestro hacer está continuamente sometido al derecho, aunque, desde luego, no sólo al derecho..., para que el derecho pueda tener significación en nuestra vida, culmina en proposiciones concretas de deber ser.”⁵¹²

Llevado al límite, el Derecho no varía de comunidad a comunidad, sino que también los límites varían dentro de un mismo orden jurídico; así valiéndose de las normas del derecho alemán señala que, por caso, los parientes ilegítimos no son tratados con los mismos alcances en el ámbito civil (art. 1589, apartado 2º del Código Civil) que en el penal (art. 247, apartado 2º del Código Penal)⁵¹³.

El precitado es el espectro situacional del Derecho para el profesor de Heidelberg.

El *ámbito de lo no jurídico* es

“...un denso estudio de ontología aplicada..., cuestión de gran relieve para el problema de la justificación en su especialidad dogmática”⁵¹⁴,

la delimitación conceptual de las lagunas jurídicas es la base preparatoria del *espacio libre de Derecho*, esta concepción de que aquellas se relacionan con este ámbito es compartida en el presente trabajo como se verá en los próximos capítulos.

Ahora bien, en la obra señalada, ENGISCH analiza la posibilidad de que existan conductas no regladas a través de distintas concepciones del Derecho, pero ciertamente no termina decidiéndose por ningún camino a seguir; lo relevante en el

⁵¹¹ ENGISCH, KARL; *Introducción al...*, cit., pág. 4.

⁵¹² ENGISCH, KARL; *Introducción al...*, cit., págs. 47 y 48. De esta cita caben dos reflexiones, la primera es el hecho de que nuestro hacer “no esté sólo sometido al derecho”, lo que ya nos está diciendo algo acerca del ámbito no reglado por el Derecho; la segunda cuestión es acerca de las proposiciones del deber ser, de esto se hablará más adelante.

⁵¹³ ENGISCH, KARL; *Introducción al...*, cit., pág. 8.

⁵¹⁴ GUZMÁN DALBORA, JOSÉ LUIS; *Estudio Preliminar...*, cit., pág. 31.

esquema por él presentado es que, sea cual fuere la posición que se tome frente al Derecho como construcción, se presentarán ámbitos libres en él.

Pero examinando la posición estricta del autor, este considera al Derecho desde una teoría imperativista, donde también se presentan autorizaciones, y obviamente las normas conllevan consecuencias jurídicas, subyaciendo a ello normas de valoración; es decir, una mixtura entre todas las concepciones presentadas en “*El ámbito de lo no jurídico*”. Veamos.

La relatividad de la *regulación jurídica*, que aparece bajo la forma de *consecuencias jurídicas* diferentes con relación a una situación originaria idéntica; se debe a que el Legislador tiene la libertad de determinar de distintas maneras los *presupuestos de hecho*, en atención a las diferentes *consecuencias jurídicas* que desea producir, y poder considerar y juzgar siempre de distintas formas el supuesto de hecho natural. Así, en el Derecho, la *proposición jurídica* (v.g. el parentesco) significa sólo que cuando se da el supuesto de hecho se producen o no estas o aquellas consecuencias jurídicas. Al Derecho sólo le interesan en forma inmediata (en forma mediata pueden interesarle otro tipo de cuestiones)⁵¹⁵ los derechos y obligaciones que son reconocidos como *consecuencias jurídicas*⁵¹⁶.

Existen dos acepciones equivocadas de consecuencias jurídicas: a) el Derecho presenta factores negativos, consecuencias jurídicas negativas, que son las negaciones de derechos y obligaciones, a las que paradójicamente se las llama consecuencias jurídicas; b) unas veces se llama consecuencia jurídica a un elemento de la *proposición jurídica* (ésta última está formada por *supuesto de hecho* + *consecuencia jurídica*) y otras a lo establecido en la proposición jurídica (v.g. la aparición de un derecho). La equivocidad es insorteable pues el lenguaje jurídico se sirve indistintamente de todas las expresiones⁵¹⁷.

ENGISCH reduce las consecuencias jurídicas (obligaciones y derechos) sólo a obligaciones, pues entiende que no existen dudas respecto a que no hay derechos sin obligaciones; pero que la conclusión inversa es dudosa, de tal forma, las *consecuencias*

⁵¹⁵ Esta cuestión de intereses mediatos e inmediatos del Derecho se vincula a los propósitos que subyacen a las reglas y las reglas mismas que se verá más adelante. Ver *infra* subpárrafo 29.1 (“*Las normas en términos de “razones para la acción”*”).

⁵¹⁶ ENGISCH, KARL; *Introducción al...*, cit., pág. 13.

⁵¹⁷ ENGISCH, KARL; *Introducción al...*, cit., pág. 15.

jurídicas previstas en las *proposiciones jurídicas* consisten en obligaciones, y esto significa tener que conducirse de determinada manera, quien está obligado debe actuar de una manera específica u omitir algo. De aquí se concluye que, las proposiciones jurídicas son proposiciones de deber ser, en realidad, proposiciones hipotéticas de deber ser; expresan un deber ser condicionado precisamente por el “supuesto de hecho”⁵¹⁸.

Las proposiciones jurídicas, entonces, son imperativos⁵¹⁹, en el sentido de que expresan una voluntad de la comunidad jurídica (del Legislador); esta voluntad se dirige a una determinada conducta de los sometidos al Derecho, exige la conducta para lograr su realización, en la medida en que los imperativos están vigentes, tienen fuerza obligatoria. Las obligaciones son el correlato de los imperativos⁵²⁰.

Puede existir un *deber moral* (v.g. ayuda en caso de necesidad entre parientes), pero si el Derecho no establece una obligación (v.g. alimentos), el supuesto de hecho es jurídicamente irrelevante⁵²¹.

Ahora sí, es posible examinar el juego de las autorizaciones en el Derecho para el profesor de Heidelberg, sostiene que el principio de que “todo lo que no está prohibido está permitido”, puede trastocarse en “lo que está permitido no está prohibido”; de donde, las *determinaciones conceptuales de carácter legal* y las *autorizaciones*, no son

⁵¹⁸ ENGISCH, KARL; *Introducción al...*, cit., pág. 18. Acerca del “deber ser”, ENGISCH entiende que es una categoría, una forma originaria de pensar; citando a GEORG SIMMEL, entiende que el deber ser es una categoría que, al añadirse a la significación objetiva de la representación, le indica un determinado lugar en la *praxis*, no hay ninguna definición del deber ser, es un modo de pensar como el futuro y el pretérito.

⁵¹⁹ Si las proposiciones jurídicas son imperativos, corresponde a la luz del material conceptual kantiano preguntarse de qué clase de imperativos se trata. Los *imperativos hipotéticos* presentan la necesidad práctica de una acción posible como medio para algo que se procura; los *imperativos categóricos* son los que presentan una acción como objetivamente necesaria en sí misma sin relación a un fin. Dónde se sitúan las proposiciones jurídicas es la cuestión, en una primera visión aparecen como exigencias que utilizan determinados medios para determinados fines; el Derecho examina los fines hacia los cuales dirige las proposiciones, valora ciertos fines como positivos y se somete a principios morales –siempre que se preocupe de lo “recto”-. Así, la interpretación y el manejo de los imperativos jurídicos son medios para los fines que el Derecho ha encontrado buenos, dichos fines funcionan como directivas. Sin embargo, y a pesar de lo referido, ENGISCH concluye que los imperativos jurídicos son hipotéticos, pero claramente en un sentido diferente al kantiano; no lo son entonces en el sentido de que se tengan que seguir determinadas prescripciones cuando queremos alcanzar ciertos fines, esto no diría nada obligatorio con respecto a los fines mismos; son hipotéticos pues están vinculados a determinadas condiciones que en parte están fijadas de manera expresa y en parte tácita, de otra forma, las proposiciones jurídicas son imperativos hipotéticos a las proposiciones del deber ser; el antecedente (*supuesto de hecho*) contiene los presupuestos de cuya existencia depende el imperativo, el consecuente (*consecuencia jurídica*) el imperativo en sí, consiste siempre en la imposición de una obligación. ENGISCH reconoce que para evitar equívocos con el *imperativo hipotético* kantiano debería llamárselo *imperativo condicional* (ENGISCH, KARL; *Introducción al...*, cit., págs. 30 a 33).

⁵²⁰ ENGISCH, KARL; *Introducción al...*, cit., pág. 21.

⁵²¹ ENGISCH, KARL; *Introducción al...*, cit., pág. 12.

proposiciones independientes, sólo tienen sentido en conexión con *imperativos* que las explican o limitan, de la misma forma que los imperativos se completan a su vez cuando se conciben las explicaciones con las *definiciones legales* y las *limitaciones de las autorizaciones* o de otras *excepciones*. Lo que da sentido al orden jurídico son las prohibiciones y mandatos dirigidos a los sometidos al Derecho, formulados en proposiciones gramaticales⁵²².

En el imperativo se limita la voluntad del que está sometido a las leyes, en la proposición jurídica que lo deroga, se le deja nuevamente en libertad. Esto es de suma importancia, pues las proposiciones jurídicas derogantes tienen sólo una función restrictiva con relación a la totalidad de los imperativos jurídicos vigentes, sin introducir en el conjunto mismo nuevas proposiciones jurídicas. Por medio de las proposiciones jurídicas derogantes se sustraen determinadas conductas del ordenamiento jurídico y se las ingresa al “*ámbito de lo no regulado por el derecho*”⁵²³.

Las proposiciones jurídicas esenciales y completas son los imperativos, pero debe tenerse en cuenta que la voluntad imperativa del Legislador no puede ser arbitraria, los mandatos y las prohibiciones se hallan fundados en las *normas de valoración*, aquel no se concibe sin estas, quien quiere determinar debe saber antes a qué quiere determinarlo, ha de valorar ese algo en un sentido positivo. Lo antedicho se presenta sólo si al Derecho lo consideramos no como la expresión de una voluntad despótica y arbitraria sino como resultado de una reflexión razonable⁵²⁴. La remisión a las valoraciones, que están en la base de las proposiciones jurídicas, tiene importancia para comprender la determinación del contenido de dichas proposiciones.

Sin embargo, ENGISCH destaca que, en la auténtica proposición jurídica, la valoración se logra sólo a través del imperativo. A partir de simples normas valorativas el Derecho no podría ejercer ningún tipo de regulación comunitaria, sólo cuando las mismas

⁵²² ENGISCH, KARL; *Introducción al...*, cit., pág. 21.

⁵²³ ENGISCH, KARL; *Introducción al...*, cit., pág. 22. Al solo efecto de la completitud expositiva, junto a las *proposiciones jurídicas* y a las *derogantes*, ENGISCH incluye las *proposiciones jurídicas concesivas*, que son aquellas que confieren derechos subjetivos, cuyo ejemplo paradigmático suelen ser las garantías constitucionales; son más que meras autorizaciones, importan la concesión de auténticas esferas de poder para que dentro de ellas se puedan defender los intereses personales. Señala que su relevancia particularmente se percibe cuando los imperativos atentan contra la libertad, esto es, bajo el yugo de un Estado totalitario.

⁵²⁴ ENGISCH, KARL; *Introducción al...*, cit., pág. 27. El ejemplo que utiliza el autor es el del *aborto indicado*, allí hay una valoración previa, hay otros intereses que merecen preferencia por sobre la vida embrionaria.

se exteriorizan, es decir, devienen en mandatos, es cuando se convierten en normas jurídicas.

La vida, y particularmente la moderna, presenta la presencia de normas, que en definitiva son las que proporcionan la debida información sobre la cuestión del deber ser jurídico concreto. Nos vemos entonces obligados a vincular la vida con las reglas⁵²⁵. Sin embargo ENGISCH destaca que la vida no se encuentra circunscripta sólo por las reglas y los principios generales del Derecho, debe excluirse una idea positivo- normativista como esta, pues la comunidad estatal también se rige por principios de funcionalidad y de equidad, es decir, según un “criterio libre”⁵²⁶.

Ante el escenario preestablecido, corresponde entonces ingresar al examen del pensamiento jurídico en la aplicación de la ley a situaciones concretas. Existen dos formas: a) cuando la ley se presenta con la pretensión de determinar jurídicamente, en forma exclusiva y exhaustiva, el deber ser concreto; y b) los casos en los que la ley aparece conjuntamente con un criterio libre u otras combinaciones similares.

Esto último nos permite efectuar una síntesis de la posición de ENGISCH y de la postura que asumimos frente a la misma hasta aquí; debemos adelantar que comulgamos con la idea de ámbitos no reglados por el Derecho, configurados por acciones que se hallan sustraídas a la regulación de aquel por proposiciones jurídicas derogantes o por que sencillamente jamás se las reguló.

Con lo que no podemos coincidir es con la pretensión de exhaustividad, que pretende el profesor de Heidelberg, rescatar para las normas, entendemos que siempre habrán de presentarse casos en los que la ley precisará de criterios libres, ya sea por una problemática propia de la ciencia del Derecho y del modo de concluir en el mismo o por anacronismos del lenguaje que utilizan las normas, de ello hablaremos más adelante.

Yendo al examen de la idea de reglas exclusivas y exhaustivas, que nos viabilizará el engarce en otra etapa de este trabajo con el principio de legalidad, el que trataremos de presentar como más falible que lo que se entiende de él, ENGISCH concluye que, un buen ejemplo de pura aplicación de la ley lo proporciona el Derecho Penal cuando se trata de reglar un delito,

⁵²⁵ ENGISCH, KARL; *Introducción al...*, cit., pág. 48.

⁵²⁶ ENGISCH, KARL; *Introducción al...*, cit., pág. 49.

“El principio del Estado de derecho y el de la legalidad a él vinculado son formulados en los Estados civilizados modernos de una manera especialmente clara.”,

ello lleva a la idea de que nadie puede ser castigado sólo porque dada nuestra sensibilidad moral o la “sana sensibilidad del pueblo” merezca una pena, sino porque las características del supuesto de hecho han satisfecho los presupuestos fijados en la ley penal como condición de la pena⁵²⁷.

No es aquí el lugar para criticar esta tesis, ya se verá más adelante el yerro que creemos entrever en la misma, lo que nos llevará al desarrollo de los capítulos subsiguientes, nuestra pretensión es señalar que es en este punto donde disentimos con el profesor de Heidelberg y que estas son las pautas a examinar en adelante.

Sigamos con la tesis de ENGISCH, lo dicho es, lo que significa la aplicación estricta de la ley.

Sobre la base de la fórmula legal, el aplicador de la norma –el juez-, formula proposiciones declarativas, las deducciones y fundamentaciones del fallo judicial, sobre la base de la ley, son puramente cognitivas. La regla es la *proposición mayor* (el asesino debe ser castigado), es un verdadero juicio de deber ser en sentido lógico (con pretensión de verdad), la combina el juez con una *premisa menor* (“Sócrates es asesino”), para obtener la conclusión (“Sócrates debe ser castigado”), que también es un juicio lógico. Este silogismo es un razonamiento mediato, estrictamente teórico, un caso de aplicación del llamado *modus barbara*. De las implicaciones generales que contienen un deber ser se obtienen consecuentemente las proposiciones concretas de deber ser, que es de lo que se trata la *aplicación del Derecho*⁵²⁸.

El jurista fundamenta exteriormente su decisión concreta de deber ser en las normas, de esta manera es aparentemente suficiente el *principio de legalidad*; pero a

⁵²⁷ ENGISCH, KARL; *Introducción al...*, cit., pág. 51. Cita el ejemplo de la sustracción no autorizada de electricidad, por desvío de la corriente, el Tribunal del Reich no castigó como hurto la acción, no bastó el fraude o la mala acción a la que le hubiera correspondido una pena, para que pudiera haber sido considerado como hurto, tendría que haberse tratado del “apoderamiento de una cosa mueble de un tercero”; el Tribunal entendió que la electricidad no podía subsumirse dentro del concepto de cosa, por ello el legislador de 1900 dictó una ley especial para punir el apoderamiento de energía eléctrica sancionando el art. 248 c del Código Penal.

⁵²⁸ ENGISCH, KARL; *Introducción al...*, cit., págs. 54 y 55. Acerca de las conclusiones lógicas en el derecho y la subsunción ver *infra* parágrafo 34 (“La aplicación del Derecho. Las conclusiones lógicas en el Derecho”) y los subparágrafos subsiguientes.

menudo, aquel encuentra sus decisiones de una manera diferente, intuitiva e instintivamente en el sentimiento jurídico, en la razón práctica; esto no es aceptado por ENGISCH, pues concluye que, cualquiera que sea el papel que puedan desempeñar las fuentes irracionales en el pronunciamiento del fallo judicial, el juez sólo puede responder de aquellas decisiones fundadas en la ley⁵²⁹.

Esta idea de que el jurista recurre a fuentes irracionales no podemos más que rechazarla, procuraremos más adelante presentar un modelo en el cual, si bien el juez recurre a las normas para fundar sus decisiones, no es menos cierto que las conclusiones que extrae terminan siendo no meras deducciones sino auténticas aplicaciones analógicas. El aplicador, en verdad es un creador del Derecho, y las fuentes a las que recurre no son, en modo alguno, irracionales, sino proporcionadas por el propio Derecho.

Para ENGISCH, si el juez resuelve afirmativamente la cuestión de que la acusación está justificada, y resuelve condenar al demandado, debe comprobar una serie de hechos que configuran el delito; y *a posteriori* tiene que subsumir estos hechos singulares bajo los supuestos de hecho del delito fijados en la norma, a los que está vinculado *in abstracto* la consecuencia jurídica de la punibilidad⁵³⁰.

La comprobación de hechos como resultado parcial contiene la premisa menor y es el acto de conocimiento y de razonamientos complicados, lo mismo puede afirmarse de la subsunción. En una primera aproximación, dichas dificultades se deben al hecho de que numerosos conceptos que utiliza la regla poseen valoraciones, son los llamados *elementos normativos* (v.g. “alevosía”, “vil”); el problema desaparece, cuando la ley se vale para la descripción de la situación de hecho, de conceptos que no requieren una inmediata valoración, los denominados *elementos descriptivos*. Además el problema se encuentra en que la subsunción es la subordinación de un caso individual al supuesto de hecho legal, no de la subordinación de un grupo de casos o de un tipo de casos; es una subsunción nueva, única, no simple y rutinaria subsunción que ya se realizó a menudo en casos similares. Finalmente cabe entender que una cosa sólo puede ser subsumida bajo otra igual a ella, en un concepto únicamente puede subsumirse un concepto, la subsunción de un caso bajo un concepto jurídico se trata de una relación conceptual; en otras palabras, un

⁵²⁹ ENGISCH, KARL; *Introducción al...*, cit., pág. 55.

⁵³⁰ ENGISCH, KARL; *Introducción al...*, cit., pág. 56.

factum tiene que ser concebido intelectualmente, pues de otro modo no es conocido, mientras que los conceptos jurídicos son pensados, sin más, en forma conceptual. Por consiguiente se subsumen conceptos fácticos bajo conceptos jurídicos⁵³¹.

El problema de la construcción de ENGISCH estriba, como veremos, en que siendo rigurosos en el análisis de la aplicación de las normas por los jueces, estos no subsumen nada, sino que, de una forma más o menos velada, concluyen creando Derecho, esta es la clave de nuestra propuesta. Ello será más franco al momento de efectuar la intelección de los elementos normativos, pero de igual forma se efectúa al otorgar un entendimiento a los elementos descriptivos de las reglas y al conocimiento judicial frente a otros esquemas.

Para finalizar, y presentar más claramente la posición de ENGISCH en lo tocante a la subsunción, con la que ya hemos adelantado que disentimos, señalemos que, él entiende que la interpretación de conceptos jurídicos constituye el presupuesto lógico de la subsunción; la que a su vez, cuando está realizada, constituye un nuevo resultado de interpretación que puede servir como material de comparación. El profesor de Heidelberg sostiene que, puede creerse que ya se sabe lo suficiente con respecto a la clase en cuanto tal (estos son los supuestos de hecho fijados por la norma), lo que significa únicamente una serie de objetos similares entre sí; sin embargo, siempre será un problema difícil el saber si la ordenación en la clase de un objeto nuevo que hasta ahora no había sido considerado como perteneciente a la misma es justificada o no, si la equiparación es o no admisible (v.g. en el robo con armas, el ácido clorhídrico ¿es un arma?). En cada subsunción, el caso a subsumir se diferencia siempre en algo de los casos que hasta el momento están ordenados en la clase, y ello importa para el juez si dichas diferencias son fundamentales o no⁵³².

Que exista igualdad o diferencia fundamental entre el nuevo caso y los ya incorporados a la clase conceptual conduce a cuestiones acerca de qué es lo verdaderamente decisivo (v.g. ¿es la electricidad una cosa?; en el caso de “espacio cerrado” ¿lo fundamental es que sea una parte de la superficie terrestre o que el espacio esté totalmente cerrado?). indefectiblemente para ENGISCH se trata de una cuestión de interpretación acerca de qué es lo fundamental en un concepto, la interpretación no sólo

⁵³¹ ENGISCH, KARL; *Introducción al...*, cit., pág. 63.

⁵³² ENGISCH, KARL; *Introducción al...*, cit., págs. 64 y 65.

proporciona el material de comparación para la subsunción, sino también el punto de referencia para la comparación; asimismo decide acerca de los medios espirituales con los cuales es necesario efectuar la comparación, si debe hacerse *cognoscitivamente* o *emocionalmente*. Se busca saber si la interpretación misma debe ajustarse al “uso común del idioma”, a la “voluntad del Legislador” o al “fin racional de la ley” o a cualquier otro criterio⁵³³.

Sentado lo anterior, sólo resta presentar el esquema simple que ENGISCH plantea para la interpretación, esquema al que opondremos el que entendemos como viable en los capítulos siguientes.

El profesor de Heidelberg sostiene que no debe creerse que la ley es una construcción clara, firmemente determinada y hasta estática y que, por consiguiente, toda la dinámica del pensamiento jurídico se encierra en la premisa menor. La premisa mayor, a la cual se vincula la premisa menor es, a su vez, el resultado de una prolija actividad del pensamiento jurídico, al menos cuando se pretende interpretar el Derecho mediante una deducción y una fundamentación que tomen la ley como punto de partida. Incluso, entiende ENGISCH, la *teoría del método jurídico*, tiene por objeto en primer lugar la obtención de una premisa mayor, la sustitución contenida en la premisa menor remite a una “interpretación” de la ley y, de esta manera, a una reflexión sobre la premisa mayor.

Sin embargo, la creación de la premisa mayor sería una tarea intelectual muy primitiva si se limitase a transformar el imperativo condicional de la ley en un juicio hipotético en sentido lógico. La tarea que realiza el jurista, entonces, consiste –con el fin de obtener de la ley la premisa jurídica mayor- en reunir en un todo las partes constitutivas de un pensamiento jurídico de deber ser completo, que en la ley se encuentran separadas por razones técnicas. Cuanto más rica y sutil es la legislación, más complejas devienen las exigencias que la reunión y combinación de las partes esenciales de la norma jurídica plantea al conocimiento de las leyes⁵³⁴. Cuando se aplica un artículo de un Código, se está aplicando todo el Código, ello expresa el principio de unidad del orden jurídico; que implica que las premisas mayores han de ser construidas a partir de la totalidad de la ley y más allá de ella con la ayuda de otras leyes. Así se presupone que las proposiciones de un

⁵³³ ENGISCH, KARL; *Introducción al...*, cit., pág. 66.

⁵³⁴ ENGISCH, KARL; *Introducción al...*, cit., pág. 76.

orden jurídico contienen un complejo de ideas jurídicas vinculadas entre sí homogénea y armónicamente⁵³⁵.

Este es el problema de la interpretación que es la cuestión central del método jurídico. Como es dable observar, para ENGISCH, los problemas normativos se resuelven por dentro del orden jurídico, cuando una regla se torna insuficiente u oscura para efectuar una subsunción; es decir que la misma no se efectúa automáticamente, corresponde por el aplicador, proceder a la interpretación, y esta implica simplemente efectuar una integración cabal de un complejo normativo. Subyace en esto algo más que la idea de *unidad jurídica*, el concepto de *completitud jurídica*, con el que no podemos más que disentir.

Como veremos, entendemos que asiste razón a ENGISCH en cuanto a que existen conductas no regladas por el Derecho, pero la cuestión de aplicación normativa no se limita a una mera operación de subsunción, sea esta más o menos compleja según el caso, sino a un acto de verdadera creación por quien aplica la regla.

Entrevemos nosotros entonces que existen dos tipos de acciones donde el Derecho no alcanza con su regulación, pero examinables desde perspectivas diversas. Las primeras, con las que coincidimos con el profesor de Heidelberg son las actividades jurídicamente *adiaphoras*, las segundas, son aquellas actividades que no se encuentran regladas, pero que el intérprete, a partir de una valoración, introduce en una regla, de forma más o menos forzada, a través de un acto de creación al que se denomina equivocadamente subsunción. Estas últimas no pueden ser aceptadas por ENGISCH pues, como se ha venido destacando, el proceso de subsunción para él no implica creación sino hallazgo de solución dentro del propio ordenamiento jurídico aunque se vaya más allá de la regla. Sin embargo, importan la tesis que defendemos en estas líneas

Marginalmente queremos anotar otra cuestión –aunque anecdótica– con la que no coincidimos con ENGISCH. En su pretensión de exhaustividad del Derecho, comienza su análisis de los límites de este postulando que es objeto de varias antinomias, que se resumen en axiomas progresivos⁵³⁶, en este sentido destaca como primera tesis que “*El derecho se dirige sólo a los hombres*”, a la que avanza finalmente una crítica ya estudiada. Sin ingresar en mayores análisis que nos alejen de nuestra propuesta, decimos

⁵³⁵ *Ibidem*.

⁵³⁶ Ver *supra* parágrafo 7 (“El ‘ámbito de lo no jurídico’ para Karl Engisch”).

que el carácter de “persona”, que no debe confundirse con sus expresiones o manifestaciones exteriores y que es constitutivo de un cierto tipo de entes –los subsistentes intelectuales-, es la razón última y fundamental por la que puede considerarse a alguien como sujeto de derechos; en efecto, sólo las personas tienen la aptitud para una acción libre que hace posible no sólo el ejercicio de derechos, sino también la responsabilidad, es decir, la atribución a alguien de las consecuencias de sus decisiones y acciones. Ahora bien, como el carácter aludido no se reduce a un mero *factum* verificable empíricamente, sino que es constitutivo natural de un cierto tipo de entes, ese carácter de persona no se adquiere ni pierde junto con la capacidad efectiva de ejercer los derechos o de ser responsable de sus consecuencias, por el contrario la personalidad se adquiere con la existencia en cuanto subsistente intelectual y se pierde sólo con esa misma existencia (así no puede ponerse en duda el carácter de sujeto de derecho de los embriones, los fetos, débiles mentales, dementes, *et sit cétera*, todos ellos son sujetos de derecho). Sólo en vinculación con las personas puede predicarse el derecho de que las plantas y los ríos no sean contaminados, pero no porque estos entes tengan algún derecho moral propio a ser tutelado⁵³⁷.

⁵³⁷ R. ROUTLEY y R. FREY defienden los derechos de estos entes en tal sentido (ROUTLEY, R. y ROUTLEY, V.; *Against the Inevitability of Human Chauvinism*, en AA. VV., *Ethics and Problems of the 21st Century*, Norgre Dame University Press, 1979), citados por MASSINI CORREAS, CARLOS I.; *Filosofía del Derecho*, T. I, cit., pág. 127.

§22. Nuestra crítica a la posición de Max Ernst Mayer.

La indistinción entre adiaphorias y permisos legales. Otra vez la plenitud hermética del Derecho. El problema de cara a las “normas de cultura”.

El autor de mención cae en un error relevante, a saber, la no diferenciación entre conductas *adiaphoras* y permisos legales, a más de lo dicho, sobre esto ahondaremos más adelante⁵³⁸.

Su noción de actos libres de injerencia estatal carecen de una ubicación sistemática, pues trata en un concepto amplio diversas nociones; y ello aunque las incluya en el contexto de las causales de justificación, pues claramente no importa lo mismo el consentimiento para la eutanasia –cuestión de tipicidad o justificación según la tesis dogmático- penal que se sustente-, que el aborto indicado –igual que el anterior-, la participación en el suicidio –atipicidad- y la derogación de tipos penales anacrónicos –auténtica *adiaphoria*-.

En síntesis, se confunden dos tipos de permisos: a) por ausencia de constreñimiento o b) derrotabilidades de prohibiciones. Sobre esta distinción avanzaremos después⁵³⁹.

A ello se suma otro problema: como las *adiaphorias* terminan siendo una especie de salvaguardia de intereses, y éstas forman parte de las causales de justificación, entonces aquellas conforman el Derecho, de donde no se escapa de la plenitud de ésta disciplina. Es una forma encubierta de introducir la plenitud hermética del Derecho que rechazamos en éste trabajo y de la que procuraremos demostrar que es, en rigor, una falacia.

Finalmente, MAYER sustenta la “esfera libre de intervención estatal” en las llamadas *normas de cultura*; para aquel son materializaciones en el Derecho, de valores. Una herramienta que pretende sortear la unidad hermética del Derecho –sin éxito como vimos-, llevando a la Ciencia del Derecho más cerca de los problemas reales del hombre, congeniando lo normativo con todos los órdenes de la vida.

“...MAYER no sólo deniega enérgicamente a la entidad estatal toda injerencia sobre la cultura que vaya más allá de proteger la preexistente a través de su aparato de

⁵³⁸ Ver *infra* párrafos 26 (“¿Existe un ámbito vacío de derecho?”), 28 (“Presupuesto. El orden jurídico”) y 29 (“La norma jurídica”).

⁵³⁹ Ver *infra* párrafo 29 (“La norma jurídica”).

sanciones –con la correspondiente repulsa de una ‘cultura de Estado’-, sino que aplica el planteamiento a concretas cuestiones de su especialidad.”⁵⁴⁰

Estas *normas de cultura*, en definitiva, terminan destruyendo lo que pretenden salvar, pues son una sistematización específicamente jurídico- penal, de las realidades culturales ajenas al Derecho. Es la búsqueda de explicar desde lo jurídico, todas las cuestiones cotidianas, aunque apelando a criterios pretensamente supraleales.

Procuraremos en lo que sigue, señalar que tal finalidad es posible, desde un margen más sencillo y sin recurrir a axiomas jurídicos vagos y confusos.

⁵⁴⁰ GUZMÁN DALBORA, JOSÉ LUIS; *Prólogo* de Mayer, Max Ernst; *op. cit.*, pág. XXV. Existen otras críticas a estas normas de cultura pero que no acompañamos, procedentes del riñón de BINDING, BELING y Kelsen; especialmente el último, señalaba que el hecho de que los ciudadanos ignoraran de ordinario lo que dicen las leyes, es una mera *quaestio facti* tan irrelevante como la eventualidad de que los jueces u otros funcionarios las desconozcan, “el conocimiento del Derecho por los órganos del Estado se postula exactamente por la misma razón que el conocimiento del Derecho por parte de los súbditos. Aquellos deben conocer la ley por ser los llamados a aplicarla, éstos por estar obligados a obedecerla.”, y entonces, no constituiría indicio alguno, como suponía MAYER, de que el particular se rija por otros preceptos que los jurídicos.

KELSEN agregaba que la calificación de “culturales”, importaba abarcar una simple generalización de ideas, atendiendo sobre todo al faltante de una cultura objetiva de alcance general y ser ella misma una función individual que varía de sujeto en sujeto.

De más está decir que la mayor crítica kelseniana se direccionaba a que las normas de cultura eran en rigor principios suprajurídicos, o sea, ajenos al ordenamiento positivo; en definitiva se confundía Derecho con moral. En GUZMÁN DALBORA, JOSÉ LUIS; *Cultura y Delito*, Temis- Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2010, pág. 9.

Lo cierto es que la teoría mayeriana, ubicaba correctamente la distinción entre Estado y Derecho que Kelsen había perdido. Agudamente advertía que debía denegársele a aquel toda injerencia sobre la cultura que vaya más allá de proteger la preexistente mediante los mecanismos coercitivos de que dispone. Asimismo, MAYER observaba que es de la cultura de donde se extraen los bienes jurídicos que el precepto penal encapsula, es en las normas de cultura donde los bienes adquieren la categoría de valores que merecen protección. Para ello se procuraba una justificación –indudablemente- supraleal (En este sentido GUZMÁN DALBORA, JOSÉ LUIS; *Bien jurídico y normas de cultura: revisión de la teoría de Max Ernst Mayer*, en “Revista de derecho penal y criminología”, Madrid, núm. 3, 1993, págs. 227-240).

GUZMÁN DALBORA advierte que la relevancia de las normas de cultura es indudable, que recurrimos tanto desde la dogmática, como desde lo cotidiano a ellas. La supralealidad es inmanente a nuestro trato. Por esta vía, detecta que la “conciencia de la antijuridicidad”, no implica el conocimiento del precepto vulnerado, sino “que el autor sepa que su comportamiento contradice las exigencias del orden comunitario y que, por consiguiente, se halla prohibido jurídicamente... el punto de referencia de esta comprensión al modo del profano (no puede ser otra que) la norma de cultura que aprueba o rechaza el obrar de cada cual al compás de su correspondencia o desacuerdo con dicho orden comunitario. Que normas semejantes, y no las jurídicas, resultan perceptibles para una mente más bien ayuna de conocimientos legales...” GUZMÁN DALBORA, JOSÉ LUIS; *Cultura y Delito*, cit., pág. 16.

§23. Nuestra crítica a la posición de Karl Binding.

Las fallas de la “tesis de la neutralidad”. Las virtudes de la construcción welzeliana.

La *teoría de la neutralidad* ha sido una concepción ampliamente criticada.

La idea parte de una opinión intermedia entre la teoría de la unidad (justificación) y la teoría de la diferenciación (inculpabilidad). MAURACH supo bucear en ello creando una nueva categoría dogmática denominada “atribuibilidad”, pero la categoría epistémica de BINDING reporta muchos problemas.

Esta *tesis de la neutralidad* no es capaz de superar la mucho más técnica construcción welzeliana que permite dividir entre justificación (para el supuesto de un estado de necesidad justificante) y no exigibilidad (para el supuesto de un estado de necesidad exculpante); restando para el primer caso los permisos jurídicos y para el segundo la ausencia de reproche por la capacidad o no de dirigirse conforme al deber de que se trate⁵⁴¹.

El problema de la tesis de BINDING se halla en que analiza el propio *motivo* y no la *presión del motivo*, dicho de otra forma, en los casos de estado de necesidad el “motivo” del deber carece de eficacia y, por ello, excluye la capacidad de imputación del autor. La consideración valorativa del motivo, en virtud del interés del orden jurídico, conduce a BINDING a otra concepción según la cual: a) por una parte, no se exige el cumplimiento de la norma, y b) por la otra, no se admite un derecho a infringir la norma.

Lo decisivo, entonces, no es la situación de motivación (i.e. la presión que se ha ejercido sobre el ámbito de autodeterminación del individuo), sino su valoración.

“Como lo dice WELZEL correctamente, no se trata de ‘la cuestión psicológica de la presión sobre la motivación, sino de la cuestión valorativa ético social de si el acto de autoconservación, en ciertos casos de colisión, puede ser aprobado’. El instinto de conservación es, p. ej., motivo del acto realizado en estado de necesidad...”⁵⁴²

En los casos de estado de necesidad exculpante, el grado de reprochabilidad es codeterminado por la intensidad del desvalor de acto; de donde, el reproche que se podría formular en esos casos es tan pequeño que en la práctica resulta carente de significación, así, por “razones de limitación jurídica” el orden jurídico no formula en estos

⁵⁴¹ KAUFMANN, ARMIN; *op. cit.*, pág. 272, aunque con matices.

⁵⁴² KAUFMANN, ARMIN; *op. cit.*, pág. 273.

casos el reproche de culpabilidad. Esta es la tesis de WELZEL, que mantiene estructurada la construcción teórica del delito permitiendo analizar cada estrato sin distorsiones.

Pero BINDING, por razones constructivas de su teoría normativa, prefirió eliminar el análisis estratificado y dirigir su examen directamente a explicar qué ocurría con el “deber” correspondiente al autor que obra en estado de necesidad. Concluyendo que, en la cuestión referente al “deber” sólo es posible una decisión: o existe o no existe. BINDING seleccionó la última respuesta, pero olvidó que pueden jugar allí dos aspectos: permisos o reproche de acuerdo al diverso avance del devenir típico.

BINDING prefirió entender que no existía permisión, decantándose así por la “neutralidad” *sui generis* de la acción cometida en estado de necesidad.

La conclusión es que, el hecho realizado en estado de necesidad, no es totalmente adecuado a Derecho, aunque tampoco es completamente antijurídico.

Claramente la crítica a BINDING es injusta en términos metodológicos, pues le reprochamos una carencia fruto de entender, nosotros, los conceptos desde la óptica de la teoría final de la acción, herramienta con la que aquel jamás operó. Sin embargo, entendemos, desde lo constructivo la crítica mantiene su relevancia.

§24. Nuestra crítica a la posición de Ernst von Beling.

El alcance de las críticas a Arthur Kaufmann, Karl Binding y Ernst Mayer

Las *acciones jurídicamente irrelevantes* en este autor, en lo que hace a las causas de exclusión de la ilicitud, son auténticas causales de exculpación, esta construcción es pasible de las críticas referidas oportunamente a ARTHUR KAUFMANN⁵⁴³, en lo que hace a la esencia de estas eximentes y la errónea sistematización y utilización que se hace de ellas desde teorías como la que estamos analizando.

En segundo lugar, la teoría de las normas de BINDING utilizada en la construcción de BELING lo lleva a distorsiones, pues precisa de esta construcción para explicar la antijuridicidad extralegal, cuando en realidad son cuestiones fuera del Derecho, no de acceso permeable para este; de donde termina recurriendo a una suerte de normas de cultura como MAYER, aunque no de manera expresa, para señalar que existen criterios supralegales determinantes de la juridicidad o no de la conducta. No otra cosa implica la amalgama entre antijuridicidad material y formal que realiza, sosteniendo que la medida de lo antijurídico de una conducta humana, a la par del Derecho legislado es tributaria del *derecho no escrito* (instrumentalizado conforme con la doctrina general de la metodología jurídica).

Como ya criticáramos en MAYER, es este otro mecanismo sofisticado de búsqueda de explicar desde lo jurídico, todas las cuestiones cotidianas.

⁵⁴³ Ver *supra* parágrafo 19 (“Nuestra crítica a la posición de Arthur Kaufmann”).

§25. Nuestra crítica a la posición de Gustav Radbruch.

Las confrontaciones entre el “Primer Radbruch” y el “Segundo Radbruch”. El derecho supralegal y la injusticia legal.

La crítica al profesor de Heidelberg es relativamente sencilla de encarar, pues es él mismo quien se encarga de refutar, si bien de manera indirecta, sus postulados en torno a la negación de espacios libres de Derecho a partir de su giro iusnaturalista en el que ha dado en llamarse “Segundo RADBRUCH”.

RADBRUCH impugna el dominio del positivismo que ha imperado en Alemania bajo la doctrina de que *ley es ley*. El positivismo restó inerte frente a las injusticias nacionalsocialistas en forma de ley:

“...los partidarios de esta doctrina fueron obligados a reconocer como derecho leyes tan injustas. La ciencia del derecho debe de nuevo recordar la milenaria sabiduría común a la antigüedad, a la edad media cristiana y a la época de la ilustración, esto es, que hay un derecho más alto que la ley, un derecho natural; un derecho divino, un derecho racional, en una palabra, un derecho supralegal, ante el cual lo injusto permanece injusto, así sea promulgado en forma de ley, ante el cual también una sentencia pronunciada con fundamento en semejante ley, no es administración de justicia, sino más bien injusticia...”⁵⁴⁴.

Con el objeto de no recaer en un iusnaturalismo (al que entiende por un Derecho proveniente de la razón que aspira a fundar un Derecho igual para todos los tiempos y todos los pueblos) recalcitrante, RADBRUCH, apela a la *naturaleza de la cosa* que evidencia las variedades de construcciones jurídicas nacionales e históricas; es más adecuada para la aplicación inmediata del Derecho, y ello es factible a través de la equidad como herramienta flexible de cara a la rigidez de las normas. Esta noción es el sustrato, la materia, el elemento que conforma al Derecho, pero el Derecho no toca directamente las relaciones naturales de los hombres, sino las formas sociales que dichas relaciones naturales adoptan⁵⁴⁵.

Las nociones de *derecho supralegal* e *injusticia legal*, no escapa a RADBRUCH, conllevan peligros para la seguridad jurídica. Sería conveniente que las

⁵⁴⁴ RADBRUCH, GUSTAV; *Relativismo y Derecho*, cit., pág. 13.

⁵⁴⁵ RADBRUCH, GUSTAV; *Relativismo y Derecho*, cit., págs. 56 a 58.

injusticias legales fueran eliminadas por el propio Legislador por medio de una ley, y no por el juez⁵⁴⁶.

Por esta vena, llega a afirmar el autor glosado que los jueces no pueden invocar la ley ni dictar sentencias sirviéndose de leyes injustas. Debe apelarse a los derechos humanos que están por encima de las disposiciones escritas, hasta llegar a sostener que una ley que contraviene los principios básicos de la moralidad no es Derecho, aunque sea “formalmente válida”⁵⁴⁷.

El positivismo, ante la debilidad presentada frente a la injusticia legal nacionalsocialista, no es capaz de fundar por sí mismo la validez de las leyes⁵⁴⁸. No es suficiente para configurar la validez, que el Legislador tenga la potestad de imponerla

“...en el poder se puede quizá fundar un ‘tener que’ (*müssen*) pero nunca un ‘deber’ (*sollen*) o un ‘valor’ (*gelten*). Estos se fundan más bien en un valor inherente a la ley.”⁵⁴⁹.

Junto a la seguridad jurídica aparecen entonces, otros valores: conveniencia y justicia. Pero algo resta claro, que de ninguna manera es Derecho todo lo que es *útil para el pueblo*, sino que sólo es útil al pueblo lo que es Derecho (i.e. lo que crea seguridad jurídica y transmite justicia). La ley positiva resta así a horcajadas entre dos cuestiones: el interés público y la justicia.

“Donde se origine una pugna entre seguridad jurídica y justicia, entre ley discutible en su contenido, pero positiva, y un derecho justo, pero no plasmado en forma de ley, se presenta en verdad un conflicto de la justicia consigo misma, un conflicto entre justicia aparente y verdadera.”⁵⁵⁰.

El conflicto entre la justicia verdadera y la aparente, debe resolverse por la primacía del derecho positivo. La ley como tal, aun la peor, tiene siempre el valor de asegurar, en la duda, el Derecho⁵⁵¹. Pero cuando la contradicción de la ley positiva con la justicia llegue a niveles insoportables, hay que considerar que se está ante un “falso

⁵⁴⁶ Esta construcción del profesor de Heidelberg halla fulcro en la responsabilidad por sentencias inhumanas, aunque legales, de la etapa nacionalsocialista. Conf. RADBRUCH, GUSTAV; *Arbitrariedad legal y Derecho supralegal*, (trad. María Isabel Azareto Vásquez), Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1962, pág. 30 a 31.

⁵⁴⁷ RADBRUCH, GUSTAV; *Arbitrariedad legal...*, pág. 31.

⁵⁴⁸ Este aserto fue duramente criticado por HART, pues para él, la existencia de una ley válida no elimina el problema moral de la decisión individual de obedecerla o no, en razón de su justicia o injusticia. El Derecho, para el profesor de Oxford, no puede reemplazar a la moral.

⁵⁴⁹ RADBRUCH, GUSTAV; *Arbitrariedad legal...*, cit., pág. 35.

⁵⁵⁰ RADBRUCH, GUSTAV; *Arbitrariedad legal...*, cit., págs. 36 a 37.

⁵⁵¹ RADBRUCH, GUSTAV; *Relativismo y Derecho*, cit., pág. 73.

Derecho” y ceder el espacio a la justicia. A pesar del contenido incorrecto, la ley será válida, pero si el núcleo de justicia se niega conscientemente en la regulación positiva, ya no puede decirse que se esté ante un “derecho incorrecto”, sino que lisa y llanamente no puede definirse, en absoluto, como Derecho⁵⁵².

El concepto de *Arbitrariedad legal* y de *Derecho supralegal*, entendemos, da por tierra la construcción proscriptora de los “espacios libres de Derecho” construidos en el “Primer RADBRUCH”, abre las puertas a través de baremos laxos como el de “justicia” a regulaciones amplias, a la par que deconstruye la estructura del derecho positivo. A su vez, la idea de *naturaleza de la cosa* destaca que el aspecto natural de las relaciones humanas no es aprehensible por el Derecho, sino cuando ellas ingresan en el plano de lo social (i.e. de lo estatalmente conformado), además, esta noción plasma lo transitorio de las formas del Derecho

“...hay una diferencia cuando una nueva regulación jurídica sustituye un derecho en sentido contrario y cuando se construye sobre tierra hasta ahora vacía, y al revés, cuando se elimina una institución, por ejemplo, la pena de muerte...”⁵⁵³.

La idea de *naturaleza de la cosa* decide ya sobre los límites a que puede aspirar la validez jurídica, aquella proviene de una realidad fáctica y se refleja sobre la idea del Derecho, toda validez es tal simplemente con respecto a determinado sustrato⁵⁵⁴. Es la *ultima ratio* de la interpretación y el perfeccionamiento de la fría norma, que sólo se utiliza cuando para regular una relación fáctica, el Legislador concreto no suministra solución.

En lo tocante a la tesis de la interpretación del Derecho, el “Segundo RADBRUCH”, emite un rechazo rotundo a la exégesis filológica (i.e. un método empírico dirigido a la comprobación de los hechos), para involucrarse con la idea de que las normas son más que quien las redacta

“...quien interpreta (lo hace para) una norma (de) la vida y no como un monumento de la historia, no puede estacionarse meditando en los pensamientos preimpuestos que su autor haya consignado en ella. Una ley moderna no es obra de un autor, pues muchas personas contribuyen a su nacimiento, y estas pueden profesar otras tantas opiniones sobre su contenido...”⁵⁵⁵.

⁵⁵² RADBRUCH, GUSTAV; *Arbitrariedad legal...*, cit., pág. 39.

⁵⁵³ RADBRUCH, GUSTAV; *Relativismo y Derecho*, cit., pág. 63.

⁵⁵⁴ RADBRUCH, GUSTAV; *Relativismo y Derecho*, cit., pág. 69.

⁵⁵⁵ RADBRUCH, GUSTAV; *Relativismo y Derecho*, cit., pág. 43.

El Legislador no es el autor de la ley, por ello no sirve escudriñar su voluntad: el Estado lo es. De hecho, el intérprete está obligado a “entender mejor” la ley que su propio creador, pues la ley exige ser aplicada a casos no previstos por estos. La interpretación jurídica no es descubrir sus raíces, sino razonar para lo actual, es un proceso cognoscitivo y creativo, productivo y reproductivo. Ahora bien, la interpretación jurídica se diferencia de otras interpretaciones por su naturaleza racional, no es mera intuición, sino un método lógico; de donde el intérprete no indaga la voluntad del Legislador sino un pretendido significado, un significado que retorna de la ley a pesar de no estar incluido en ella⁵⁵⁶.

⁵⁵⁶ RADBRUCH, GUSTAV; *Relativismo y Derecho*, cit., pág. 49.

§25. ¿Existe un ámbito vacío de derecho?

Las actividades jurídicamente adiaphoras. Las actividades jurídicamente neutras. El ámbito indeterminado o libre de valoración jurídica. Una propuesta para el Derecho Penal y de la filosofía jurídica.

Para algún ámbito de la dogmática penal, en tesis que hemos aceptado, es factible reconocer la existencia de un espacio situado fuera del Derecho de manera previa a los tipos, y que halla fulcro en la ontología de la libertad humana (v.g. el suicidio, modernamente no está ni prohibido ni permitido, se halla en el espacio fuera del Derecho, pero es posible extraer consecuencias jurídicas de tal acción, para terceros involucrados – instigador o auxiliador del autor-). No son viables las objeciones lógicas y de la teoría del Derecho, pues es posible una tercera posibilidad.

Una vez posicionados en el ámbito del injusto (i.e. la conducta ha sido tipificada) no puede predicarse la construcción de un espacio por fuera del Derecho para la acción de que se trate; ya que, cuando el Derecho ha decidido valorarla típicamente por entender que vulnera un bien jurídico, ya no es posible sustraerse a la valoración por el sistema, no existe una “retirada de normas” posible, sino que se da una regulación permisiva expresa (v.g. en el aborto indicado, donde la conducta primitiva se halla prohibida, concurriendo determinadas indicaciones, el hecho puede devenir no antijurídico). Son viables las objeciones lógicas y de la teoría del Derecho, no es posible una tercera posibilidad.

En síntesis, vamos a sostener que, a partir del análisis preplantado, las conductas o actividades del hombre pueden ser:

- I. Actividades *jurídicamente adiaphoras*, o sea, conductas cuya ejecución u omisión por los interesados resultan indiferentes para el Derecho y que, por ello, se encuentran libres de las consecuencias que aquel suele deparar para determinados extremos. Estas acciones se hallan en un auténtico *ámbito no alcanzado por el Derecho*, no es admisible sostener que poseen una relevancia periférica como le adjudican HIRSCH o GUZMÁN DALBORA, de que el Derecho no puede llegar a una regulación parcial sin tomar posición, la crítica a ésta tesis la presentamos al tratar el parágrafo 20.
- II. Acciones *jurídicamente neutras*, es la acepción que corresponde a la teorización efectuada por ARTHUR KAUFMANN y sobre las que BINDING ya había trabajado. Se

trata de conductas jurídicamente relevantes pero a las que el Derecho no valora por determinadas circunstancias; no puede considerarlas jurídicas ni antijurídicas. En rigor se trata de auténticas *causales de exculpación*⁵⁵⁷ que no pueden resolverse por una claudicación del Derecho, de allí que no concluyamos que se trata de acciones no valoradas o no regladas por el Derecho, sino de conductas relevadas especialmente, la crítica a esta posición la presentamos al tratar el parágrafo 19.

En la crítica a KAUFMANN, hemos destacado, que el autor trae a colación el problema de las razones últimas que hacen a la exención de pena, sostuvimos que la doctrina penal suele situar usualmente la respuesta a éste punto en el ámbito de lo que se conoce como la naturaleza jurídica de una eximente, donde el fundamento de una eximente plantea una cuestión de orden filosófico- moral, que es previa a su sistematización en una u otra categoría del delito. Generar una categoría de “no prohibición”, lejos de solucionar problemas, los agrava. Veamos una cuestión a tal efecto.

GEORGE P. FLETCHER ha señalado que en occidente existen dos grandes modelos de discurso jurídico, a los que denomina *plano* y *estructurado*. El primero ocurre en un único nivel, marcado por la aplicación de una norma legal que invoca todos los criterios relevantes para resolver la disputa; el segundo ocurre a dos niveles, primeramente, una norma absoluta es declarada, y luego se introducen calificaciones para restringir el propósito de la norma supuestamente dispositiva. El discurso plano corresponde al derecho anglosajón, y el estructurado al europeo-continental (su mejor modelo es el alemán)⁵⁵⁸.

Como ejemplo demostrativo del pensamiento estructurado, puede señalarse el de los límites a la legítima defensa. La ley alemana trata la cuestión con un estilo de discurso jurídico estructurado, así, todos los que sufren una agresión injusta en sus derechos tienen el privilegio absoluto de utilizar la fuerza necesaria para impedir la lesión (StGB § 32); para limitar los excesos de tal derecho, en un segundo nivel de

⁵⁵⁷ En las exculpaciones, una persona merece una indulgencia del ordenamiento, cuando en atención a la entidad del peligro amenazado y a la implicación del autor en el conflicto, la conducta aparece como una reacción comprensible a la situación de necesidad. En el estado de necesidad exculpante (§ 35 StGB alemán y art. 34.2º del C.P. argentino) el ordenamiento jurídico reconoce la existencia de especiales comportamientos de solidaridad en estrechas comunidades sociales. VARONA GÓMEZ, DANIEL; *op. cit.*, pág. 219.

⁵⁵⁸ FLETCHER, GEORGE P.; *Lo justo y lo razonable*, (trad. Francisco Muñoz Conde y Paulo C. Busato), Hammurabi, Buenos Aires, 2005, págs. 28 y 29.

análisis se recurre a una ulterior verificación, invocando por caso el “principio del abuso del derecho” (v.g. no se puede ver amparado por el estado de necesidad, el inválido que observa como un niño le sustrae frutos de un árbol, y al sólo disponer de un arma de fuego para ahuyentarlo, hace uso efectivo de ella⁵⁵⁹). El derecho ejercido abusivamente, pierde su eficacia, nada en el Código Penal prevé esa restricción, pero el método del pensamiento estructurado permite un nivel adicional de argumentación, donde consideraciones extrajurídicas pueden limitar las previsiones explícitas de los Códigos⁵⁶⁰.

El discurso del *common law*, evita la bipartición preresenada, no se sostiene en un primer paso que existe un derecho, para en un segundo nivel, derrotar el primer enunciado sobre la base de argumentos suprapositivos. Se unifican las dos dimensiones, bajo el recurso a la “razonabilidad”, se incluyen los criterios iniciales normativos, que son los mismos o similares a los del segundo nivel de análisis del pensamiento estructurado⁵⁶¹.

Ahora bien, con lo dicho, es posible señalar una cuestión. El modo con que el pensamiento jurídico anglosajón discurre,

“...funciona sin la distinción fundamental entre justificación y exculpación. Esa distinción es, en cambio, básica en el Derecho penal alemán [...] La distinción entre justificación y exculpación no es particularmente difícil de entender. Las alegaciones en pro de la justificación se refieren a lo que es correcto o, como mínimo, está legalmente permitido en un acto que viola nominalmente la ley [...] En cambio, en las causas de exculpación no se habla de lo que es correcto o deseable en el acto, sino de la culpabilidad personal del autor. Estas causas vienen en consideración solamente cuando se ha decidido que el acto es inconveniente (errado o ilegal) y se pide por ello, excusa o disculpa.”⁵⁶²

⁵⁵⁹ Fallo del 20 de septiembre de 1920, *Reichsgericht, Ger.*, 55, donde la Corte Suprema confirmó la absolución del sujeto activo, sosteniendo la fórmula de que el Derecho, debe prevalecer sobre el anti-Derecho. La doctrina alemana posterior rechazó esta decisión. En FLETCHER, GEORGE P.; *op. cit.*, pág. 29 (notas 18 y 19).

⁵⁶⁰ Sobre el recurso a estándares por fuera de la ley como justificación de las decisiones judiciales, ver en éste trabajo *infra*, parágrafo 36 (“La corrección de los enunciados normativos. El Derecho correcto”).

⁵⁶¹ FLETCHER, GEORGE P.; *op. cit.*, pág. 32.

⁵⁶² FLETCHER, GEORGE P.; *op. cit.*, págs. 34 a 35.

La distinción entre justificación y exculpación es fundamental, para elaborar una teoría de la responsabilidad racional, poseen un orden léxico⁵⁶³ indudable –el análisis de la justificación debe preceder al de la exculpación–, y su importancia estriba en los conceptos afirmativos negados por cada eximente: a) la justificación niega una aserción de conducta errada y b) la exculpación niega una aserción de que el agente es personalmente culpable por la conducta errada⁵⁶⁴.

El discurso estructurado subraya que el orden de los asuntos está lógicamente determinado. Para aquellos es natural examinar en primer lugar la ilicitud y luego la responsabilidad (“Para los juristas alemanes parece natural considerar (ese orden)... ni siquiera se detienen a explicar(lo)...”).

El pensamiento jurídico plano, en cambio: a) o no determina ningún orden entre los dos asuntos (trata la justificación y la exculpación con los mismos criterios, definiendo *prima facie* la responsabilidad, todos los elementos son de igual significación, si cualquier elemento, sea positivo o negativo, está ausente, el acusado no es culpable, carece de relevancia analizar los elementos en un orden particular); o b) se permite indagar sobre la responsabilidad antes que sobre la licitud de la conducta (esto por cuanto en el derecho anglosajón se trata la responsabilidad como equivalente del asunto general de la capacidad personal)⁵⁶⁵.

El análisis de las causas de justificación precede lógicamente, la consideración de la exculpación. La Responsabilidad importa no como capacidad general, sino como reprochabilidad por realizar un acto en particular, y aquí se halla una clave relevante, la cuestión sobre culpabilidad no sirve analizarla para casos fortuitos o eventos naturales, sino para una particular clase de actos humanos: los dañinos.

Entre las conductas humanas, sólo aquellas que dan lugar a una evaluación negativa requieren atención, en el caso específico de infracciones legales se deduce *prima facie* una evaluación negativa. Esta evaluación *prima facie* es un tópico que se refuta en caso de justificación, si la infracción es justificada en el balance general, entonces es correcta. No hay necesidad de argumentar sobre culpabilidad o

⁵⁶³ Un orden que requiere la satisfacción del primer precepto, antes de moverse para el segundo, y así sucesivamente.

⁵⁶⁴ FLETCHER, GEORGE P.; *op. cit.*, pág. 41.

⁵⁶⁵ FLETCHER, GEORGE P.; *op. cit.*, pág. 45.

exculpación de un acto justificado, del mismo modo que no sirve argumentar sobre ello en el caso de los actos que ni siquiera son infracciones legales (inocuos o benéficos).

Un método conformado con la estructura lógica adecuada, considera primeramente todos los asuntos relativos a la valoración negativa que afectan luego también a la exculpación.

En el razonamiento plano, los criterios de justificación y de exculpación se someten a la misma cuestión. En ese modelo es dable moverse hacia atrás y hacia delante entre justificación y exculpación con facilidad. No discurre en una estructura lógica con dos grados de análisis. Para FLETCHER ello acaece porque

“El concepto de lo *razonable*, -el modificador omnipresente en el sistema del *common law*- favorece una argumentación plana de la responsabilidad. El concepto de lo razonable obscurece la línea entre justificación y exculpación, entre ilicitud y culpabilidad, y así imposibilita cualquier orden en la determinación de la responsabilidad.”⁵⁶⁶

Esta forma de discurrir y argumentar es la que emplea KAUFMANN, su razonamiento es plano, y si bien no utiliza el concepto de “razonabilidad”, reduce todo al principio de tolerancia. Claramente, da por tierra con los notables aportes del que FLETCHER denomina razonamiento estructurado, pero al solo efecto de posibilitar la adecuación a su rígida tesis.

Además, un razonamiento plano, nos lleva a la posibilidad de que más de una acción sea justificada, lo que se opone a toda lógica (FLETCHER denomina a esto “Tesis de la Incompatibilidad”⁵⁶⁷), ante una acción justificada, podría llevarse adelante otra acción justificada, el agredido podría ser agresor, y viceversa, todo ello bajo el amparo de lo permitido. Es la crítica de HIRSCH ya analizada. El razonamiento plano equipara la “creencia razonable”, con la efectiva existencia de una causal de justificación, de donde, como lo razonable se equipara a lo justificable, ambos actores tienen derecho a ampararse bajo una causal de justificación.

⁵⁶⁶ FLETCHER, GEORGE P.; *op. cit.*, pág. 51.

⁵⁶⁷ FLETCHER, GEORGE P.; *op. cit.*, pág. 80.

III. Actividades regladas o no, pero que el intérprete, por una valoración social actual o personal, es incapaz de dejar sin sanción o con sanción respectivamente. Son los llamados casos difíciles, las lagunas normativas, las cláusulas generales del Derecho, las reglas injustas y la derrotabilidad; que en materia penal, especialmente, se manifiestan con relevancia particular al momento de ingresar a la determinación del alcance que se debe otorgar a los elementos descriptivos y normativos de cualquier tipo penal. Aquí, entendemos, las acciones se hallan en un *ámbito indeterminado o libre de valoración jurídica*.

Las dos primeras acepciones las hemos venido tratando y criticando, a través del estudio efectuado por los autores y monografistas dedicados al examen del problema reseñado.

Particularmente respecto de la primera acepción, en lo que hace a las normas, entendemos que estas no valen en virtud de su contenido, de hecho, cualquier contenido puede formar parte de las mismas. No existe conducta humana que como tal esté excluida, en virtud de su sustancia, de convertirse en contenido de una norma jurídica. Una norma vale como tal, sólo porque fue dictada de una forma determinada, porque fue producida de acuerdo con una regla bien determinada, porque fue establecida según un método específico. Las normas son el Derecho instituido. Esta necesidad de *estar instituido*, resalta la independencia de su validez respecto de la moral y de sistemas normativos del mismo género. Consiste en la positividad del Derecho, la regla fundamental kelseniana o la regla de reconocimiento en HART, son el punto de partida de un procedimiento, tiene un carácter dinámico- formal; de esta manera esencial no se pueden deducir lógicamente las normas singulares del sistema jurídico, tienen que estar producidas por un acto especial de institución, que no es un acto intelectual sino de voluntad. El fracaso de la pretensión de completitud demuestra que la limitación de la pretensión jurídica a la legalidad es un lema del liberalismo sin validez universal. La presencia de leyes retroactivas es también un argumento que encubre las pretensiones del Derecho ante el pasado. Sin embargo, como se señaló, aun cuando se conciba la libertad del orden jurídico como una cualidad completamente negativa, como un no estar determinado jurídicamente, no hay sin embargo ningún límite determinable *a priori* del grado hasta donde el orden jurídico puede abarcar la conducta de los hombres; pero ello no debe llevar

a esgrimir la tesis de la completitud de los ordenamientos jurídicos, pues la susceptibilidad de la regulación futura no torna por ello, jurídicas o normativas actualmente a las conductas que en el presente son *adhiaporas*. Esta postura la desarrollaremos *in extenso* más adelante⁵⁶⁸.

Por otra parte, los propios alcances del concepto de Derecho que hoy mayoritariamente se siguen⁵⁶⁹, vienen ya a imponer la exclusión de determinadas realidades. Sin perjuicio de avanzar sobre esto en los capítulos siguientes, baste decir que si entendemos que esta ciencia, se dirige a reglar *conductas humanas*, esto es, efectuadas con discernimiento y voluntad, un obrar consciente⁵⁷⁰, es porque ya se dejan de lado actos no humanos o meramente reflejos (v.g. el respirar); asimismo se reglan conductas *exteriorizadas* de donde el *forum internum* (*cogitationis poenam nemo patitur* –según la sentencia de ULPIANO-) no puede ser materia del Derecho, sino, y en todo caso, pasible de reproche moral⁵⁷¹. En un tercer nivel, el Derecho se dirige a reglar *alteridades*, es decir las referencias a otros sujetos jurídicos, nada se reprocha en lo que hace a los daños o injusticias autoinfligidos. En cuarto lugar la conducta debe ser *debida* u *obligatoria*, es decir que es exigible o requerible inexcusablemente, deónticamente necesaria, ello a pesar de que no se realice la conducta materialmente pues esto hace a la esencia del hombre como tal, y por tanto, de su libertad, pero jurídicamente no por ello dejará de ser exigible. Finalmente, la conducta que el Derecho exige es *coercible*, susceptible de constreñimiento

⁵⁶⁸ Ver *infra* Capítulo III (Sistema y conceptos jurídicos básicos).

⁵⁶⁹ MASSINI CORREAS, CARLOS I; *op. cit.*, t. I, págs. 44 y ss.

⁵⁷⁰ La Autodeterminación es un ámbito de posibles conductas de una persona en una situación constelacional dada. Nadie tiene que probar éste ámbito porque sin éste no podría haber sujetos procesales. Es inherente a la persona.

La objeción a la autodeterminación, que desechamos en estas líneas, impone la consagración de la verificación como único criterio verdadero, pero olvida que ello también responde a una posición metafísica como lo critica.

Además, la autodeterminación no tiene nada que ver con un libre albedrío: *indeterminismo* sólo puede ser entendido antropológicamente como autodeterminación.

No se entiende como un ámbito de libertad absoluta, humanamente inconcebible e irracional.

La autodeterminación es: a) un dato jurídico, b) una vivencia y c) un reconocimiento empírico de cómo se desarrollan las relaciones sociales (el propio lenguaje humano lo indica). Es un dato óntico. Conf. ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO; *op. cit.*, págs. 672 y ss. También y relativo específicamente a la utilización del lenguaje como referido a la autonomía en el Derecho occidental y de lo embebido que está el propio discurso de esta noción SCHÜNEMANN, BERND; *Cuestiones básicas del Derecho Penal...*, cit., págs. 226 y ss.

⁵⁷¹ Esto en modo alguno implica desconocer las motivaciones internas, las intenciones, que rigen a las conductas externas.

de cualquier tipo, aunque no sea posible llevarla adelante en lo concreto (v.g. por fuga, falta de prueba, *et sit cétera*), no por ello deja de ser deónticamente exigible.

La tercera acepción señalada *supra*, es nuestra posición respecto a la cuestión, un aspecto del tema que hasta ahora no ha sido analizado en este marco y con los alcances que nos proponemos, lo que nos llevará a poner en crisis el *principio de legalidad*, examinar el método de interpretación judicial y las conclusiones lógicas en el derecho, entre otros extremos a los fines de arribar a una construcción y conclusión en torno al que hemos denominado: *ámbito indeterminado o libre de valoración jurídica*.

A diferencia de las puntualizaciones de KAUFMANN, HIRSCH, GUZMÁN DALBORA y los demás autores sobre los que trabajamos *supra*, que se involucran en cuestiones propias de uno de los estratos de la Teoría del Delito, nosotros efectuaremos un análisis vinculado a algunos de los principios que iluminan dicha teoría: legalidad e interpretación judicial, que es propio de las digresiones de KARL ENGISCH, aunque disintiendo con el mismo conforme lo ya explicado. Es aquí donde entendemos se presenta con toda su fuerza el *ámbito de lo no jurídico*.

En términos generales podemos decir que, los juristas dogmáticos reseñados en éste Capítulo, han analizado el problema que nos ocupa referido a figuras o instituciones de carácter más específico (con la sola excepción de ENGISCH), lo que ha conllevado las críticas aportadas aquí por la innecesariedad de las construcciones en cuestión. Nosotros abordaremos el planteo desde una perspectiva más general de la teoría del Derecho, pero con especial vinculación al Derecho Penal, por entender que es allí donde las tensiones del *ámbito de lo no jurídico* son relevantes, o cuanto menos más interesantes. Lo haremos con el objeto de elucidar su significado, sus relaciones y sus criterios de aplicación.

Obsérvese que en las elucubraciones de los autores prereseados se da por sobreentendido que las cuestiones en crisis se hallan regidas por el Derecho, pero en circunstancias especiales, como las diseñadas por aquellos, el Derecho debe retirarse. Incluso quienes no admiten esta claudicación (v.g. HIRSCH), estudian la problemática presuponiendo todo un esquema pétreo jurídico de aplicación de reglas o permisos que “derrotan” a esas reglas por una suerte de juego de prohibiciones y permisos aceitado que se da en cualquier circunstancia dada; en ningún momento se examinan las dificultades que la articulación de esta mecánica, en lo concreto, puede aparejar. En lo que sigue

procuraremos señalar que, si bien el Derecho se conforma mayoritariamente por reglas, existen numerosos espectros situacionales que no lo están, son estos auténticos ámbitos no regidos por el Derecho, permisos con toda la amplitud, pero que deben diferenciarse de los permisos jurídicos. Cabe entonces indagar si es plausible la idea de un sistema jurídico sin reglas, y además, si las decisiones de acuerdo con reglas (de suficiente generalidad) son aplicadas sin más en las disputas entre los ciudadanos o se resuelven sobre bases *ad hoc*.

SCHÜNEMANN ha advertido, con acierto entendemos, que la construcción de un sistema para el Derecho (penal), consiste en comprobar la compatibilidad recíproca de los innúmeros juicios valorativos concretos y en determinar la existencia de contradicciones valorativas, pero los sistemas no permanecen aislados,

“...sino que... proporciona(n) una ordenación lógica, cualquier contradicción que no pueda resolverse mediante la reforma y modificación del sistema acaba por provocar una aporía valorativa...”⁵⁷²,

la aparición de nuevos problemas somete a los sistemas a duras pruebas, de allí que deba tratarse de *sistemas abiertos*⁵⁷³ que permitan que los nuevos conocimientos o casos que se presentan, no se hallen de cara a un sistema pétreo e inflexible que otorgue soluciones prácticas a los problemas.

Por otra parte, en lo que hace a los permisos jurídicos, entendemos que se ha superado la noción de una antijuridicidad como categoría meramente formal, a la que sólo las decisiones soberanas del Legislador dotan de contenido. Ya el neokantismo, mediante la doctrina de la *antijuridicidad material*, que definía al hecho materialmente antijurídico como “comportamiento socialmente dañoso”, y desarrollaba para la exclusión de la antijuridicidad fórmulas regulativas como el “medio adecuado para un fin justo” o el “principio de más provecho que daño”, viabilizó la elaboración sistemática de numerosas respuestas a los problemas de la antijuridicidad, no advertidos o dejados pendientes por el Legislador⁵⁷⁴.

⁵⁷² SCHÜNEMANN, BERND; *Cuestiones básicas del Derecho Penal...*, cit., pág. 32.

⁵⁷³ Para la noción de “sistema abierto”, ver *supra* parágrafo 1 (Palabras previas. Sobre la “ciencia del Derecho”).

⁵⁷⁴ SCHÜNEMANN advierte que en la sentencia del Tribunal Supremo Imperial del 11 de marzo de 1927 (*RGS*, 61, 242, 253 y ss), sobre la interrupción del embarazo a fin de salvar a la embarazada, la jurisprudencia principió a abandonar la concepción positivista- naturalista de antijuridicidad. SCHÜNEMANN, BERND; *Cuestiones básicas del Derecho Penal...*, cit., pág. 44.

Hablamos de un *ámbito indeterminado*, pues examinaremos ámbitos en los que intervienen un número elevado de variables empíricas o premisas. Por oposición, un ámbito determinado es aquel en que interviene un número reducido de dichas variables.

“En los primeros reina la explicación estadística o probabilística; en los segundos, la causal.”⁵⁷⁵

Ciertamente el Derecho, como analizaremos más adelante, procura explicarse causalmente, pero en estricta rigurosidad, numerosas de sus conclusiones son sólo probabilísticas.

La *indeterminación* es una característica del Derecho, y en lo que sigue procuraremos señalar distintos problemas a él vinculados: a) la insuficiente fuerza motivadora de las normas jurídicas en relación con las decisiones judiciales, es decir, la incidencia causal de las normas jurídicas en el razonamiento de los jueces a la hora de adoptar decisiones, a partir de ello destacaremos una actitud escéptica de la capacidad de las reglas para hacer derivar respuestas jurídicas determinadas (realismo)⁵⁷⁶; b) el Derecho visto como sistema normativo orientado a la justificación de sus decisiones, en tanto su contenido resulte deductivamente derivable del contenido de las normas generales, en ésta acepción, la indeterminación afecta a cuestiones de regulación o calificación deóntica, el Derecho resulta indeterminado porque no es posible precisar exactamente cuál es el estatus jurídico de determinadas acciones⁵⁷⁷; c) puede haber casos en los que no es posible identificar qué es lo que el Derecho requiere, debido a problemas del lenguaje mediante el que éste se expresa, la indeterminación lingüística puede tener su origen tanto en problemas de ambigüedad como de vaguedad⁵⁷⁸; y d) cuando se percibe al Derecho, no en función

⁵⁷⁵ PÉREZ BARBERÁ, GABRIEL; *Infracción punible de deberes de tolerancia: el problema de la causalidad*, Discusiones (“Derechos de necesidad y deberes de tolerancia”), nro. 7, Edicions, Bahía Blanca, marzo 2007, pág. 96.

⁵⁷⁶ Gran parte del Capítulo IV (“Interpretación y Aplicación de las normas penales”) se dedica a éste objetivo. Asimismo, como nuestra propuesta se enmarca y señala su toma de posición reiteradamente en un realismo jurídico moderado, hemos introducido un anexo explicativo de la corriente, y qué se entenderá por tal en este trabajo –véase Anexo II (“El realismo jurídico”)–. En adelante se utilizarán indistintamente las voces “realismo” cuanto “realismo jurídico”.

⁵⁷⁷ En alguna medida, los parágrafos 28.1 (“*El sistema jurídico como sistema normativo*”) y 50 (“La actividad creadora del juez ante las ‘lagunas’ y las ‘reglas injustas’”) se vinculan con esta cuestión; pero como se verá, los defectos lógicos de los sistemas jurídicos, entendemos, tienen mucha menos relevancia que la que se les otorga desde una de las visiones del Derecho (la lógica deóntica de VON WRIGHT), si bien hemos mantenido su análisis en virtud de la relevancia de su examen para el entendimiento de las lagunas normativas.

⁵⁷⁸ Observaremos estas cuestiones y su relevancia para el método jurídico en el parágrafo 30 (“Lenguaje y Derecho”), en el Capítulo IV (“Interpretación y Aplicación de las normas penales”), y en los parágrafos 44 (“*El Principio de Máxima Taxatividad Legal Interpretativa*”) y 49 (“La actividad creadora del juez ante los conceptos normativos, indeterminados y las ‘cláusulas generales del derecho’”).

unitaria de guía de conducta (como mecanismo para el establecimiento unívoco de cuáles son los deberes sociales), sino como una forma de protección de un cierto sistema de bienes o valores jurídicos, aquí cobra sentido la idea de coherencia, entendida como un planteamiento sobre la compatibilidad entre los diferentes fines o valores que el Derecho incorpora⁵⁷⁹.

Nos va a importar, en lo que sigue, el modo en que realmente se produce un razonamiento judicial, y la manera en que es presentado después. Procuraremos redefinir el silogismo judicial y examinar la forma en que se diseña la decisión judicial, cómo toma el juez sus decisiones (visión constructivista). El análisis de los autores preseñalados, por el contrario, se avoca a la perspectiva del Legislador, o de las reglas generales; su interés está en el fenómeno desde la perspectiva *a priori*, y no de cómo se solucionará cuando llegue a los órganos de aplicación, se presenta una confrontación clara entre el discurso filosófico (sobre el que proyectaremos nuestra propuesta) que destaca la imposibilidad fáctica por la carencia de omnisciencia en el hombre, de efectuar reglas exhaustivas, y el discurso penal que habla precisamente de esto al blandir el principio de legalidad. Esto impone preguntarnos en torno a la argumentación jurídica, al criterio de corrección de los argumentos jurídicos, si el Derecho suministra una única respuesta correcta, cómo se justifican racionalmente las decisiones jurídicas, en definitiva ¿cuáles son las razones del Derecho? No su razón de ser, sino las razones jurídicas que sirven de justificación para una determinada decisión. Estos son, además de jurídicos, aspectos esenciales de la sociedad.

El cruce de unos criterios con otros, a menudo pertenecientes a niveles distintos, ha contribuido a generar perplejidades que todavía luchamos por resolver. El debate de los universales, el fundamento de las ciencias formales, la aporía de la inducción, la teoría del lenguaje, el discurso moral y sus presupuestos metaéticos, la construcción del fenómeno jurídico y las controversias acerca de su descripción, la interpretación de la ley y su relación con la política y la moral, las reglas con las que los jueces deciden en las causas y el modo en que los juristas describen y critican esas decisiones; son ejemplo muy diversos entre sí de controversias acerca del uso de criterios, cuando no se dispone de metacriterios (v.g. la moral, los principios, *et sit cétera*) para resolverlas. Algunas de estas

⁵⁷⁹ A esta acepción se puede vincular la idea de Derrotabilidad, ver *infra* parágrafo 51 (“Derrotabilidad y conocimiento del Derecho”).

cuestiones pretenden enfrentarse en el presente trabajo, en tanto hacen al éxito de análisis de nuestra propuesta.

Por encima de su diversidad, estas controversias persiguen como resultado final, la construcción, adquisición o determinación de criterios, esto es, disposiciones para preferir un estado de cosas a otro, como base para constituir nuestras creencias o apoyar en ellas nuestras actitudes. Procuraremos en lo que sigue, antes que resolver estas cuestiones, presentar el que entendemos es el auténtico cuadro de disposición de éstas en las resoluciones judiciales y su repercusión en el esquema jurídico de los agentes.

Siendo nuestra propuesta jurídico- filosófica, en modo alguno nos involucraremos con la hipótesis que bucea en los *ámbitos libres de regulación jurídica* desde la perspectiva de la ciencia política, en donde, la desaparición del Derecho es presentada por quienes la sustentan conjuntamente con la desaparición del Estado, dada la íntima vinculación entre Derecho y Estado; aunque tal unión circunscribe, en cierto modo, o de modo preferente, el problema al derecho estatal, que no en todos los casos coincide con el derecho escrito. La teoría de la desaparición del Derecho conjuntamente con el Estado, como es sabido, es sustentada por el socialismo (especialmente desde el marxismo científico: MARX y ENGELS), el individualismo exagerado, el comunismo (LENIN, KAUTSKY, TROTSKY, *et sit cétera*)⁵⁸⁰ y también el anarquismo (BAKUNIN) que coinciden en la liberación del individuo encadenado para el uno, por lazos sociales entre los cuales el Estado es el más fuerte y el que más coacciona sus manifestaciones.

Finalmente y como cierre de este capítulo, adelantamos oportunamente que no coincidíamos con el análisis gráfico efectuado por ENTELMAN⁵⁸¹, y visto el escenario que nos proponemos analizar de aquí en adelante, podemos a su vez graficar nuestra propuesta:

⁵⁸⁰ Claramente no STALIN con su teoría del *comunismo en un solo país*.

⁵⁸¹ Ver *supra* parágrafo 14 (“El ámbito libre de valoración jurídica en el esquema de pensamiento de otros autores”).

ESQUEMA “A”:

Fig. 2.2. Lo regulado por el Derecho y el ámbito libre de regulación jurídica

ESQUEMA “B”:

Fig. 2.3. Los ámbitos del deber y de la libertad jurídica

CAPÍTULO III

SISTEMA Y CONCEPTOS JURÍDICOS BÁSICOS

§27.- Cuestiones preliminares. El Derecho.

Necesidad de explicar qué se entiende por Derecho. Interrogantes acerca de qué es el Derecho. El Derecho como “puesto”. La imposibilidad de definir ostensiblemente al Derecho. La ubicación de Kant. Las lecturas de Windscheid. La opinión de Kelsen. Las instituciones creadoras y aplicadoras del Derecho para Raz. Alf Ross y la indistinción entre el Derecho y el conocimiento sobre este. La escuela analítica. Las características del Derecho. La obligación. La distinción superadora de Hart y Kelsen. La normatividad.

Un estudio sobre la cuestión de los límites del Derecho, como el que aquí nos proponemos llevar adelante bajo el nombre de *ámbito indeterminado o libre de valoración jurídica*, necesariamente conlleva el análisis, discusión y planteo de temas varios. Por caso ¿cierta disposición jurídica es parte del orden jurídico o no?, entre muchas otras; el teórico del Derecho se esfuerza por mostrar una unidad de los diversos problemas jurídicos, y aquí no podemos hacer la excepción, y por otro lado, cada solución acarrea diferentes consecuencias jurídicas y se presenta en diversos contextos.

“El Derecho es un fenómeno social de enorme complejidad, sobre el cual, sin embargo, todo el mundo tiene alguna idea intuitiva. Sabemos que hablar de Derecho significa hablar de normas, que es tanto como decir hablar de comportamientos que de alguna manera no son opcionales, conductas cuya realización se prohíbe o se obliga.”⁵⁸²

Proporciona un marco general, dentro del cual se producen los acontecimientos de la vida social,

“Es un sistema para guiar el comportamiento y para resolver las disputas el cual pretende suprema autoridad para intervenir en cualquier tipo de actividad... pretende proporcionar el marco general para la conducta en todos los aspectos de la vida social y erigirse en el supremo guardián de la sociedad.”⁵⁸³

El interrogante acerca de qué es Derecho ha generado variedad de respuestas, se ha hablado de la “naturaleza”, del “origen”, del “fin” de aquel, esto ha

⁵⁸² MORESO, JUAN JOSÉ y VILAJOSANA, JOSEP MARÍA; *Introducción a la teoría del derecho*, Marcial Pons, Barcelona, 2004, pág. 15.

⁵⁸³ RAZ, JOSEPH; *La autoridad del Derecho...*, cit., pág. 156.

conllevado un arsenal muy nutrido de doctrinas explicativas de aquellos ítems. Ahora bien, es claro que no siendo un onomatopoyético, la palabra “Derecho”, nombra algo, cuando como en el caso, no se cuenta con una definición ostensiva, debe observarse cómo se usa la expresión para saber qué nombra –“las convenciones que gobiernan su uso” de HART-. Como determinar de forma absoluta qué es Derecho no es posible, al conocer las condiciones que gobiernan su uso, es posible señalar qué es lo que generalmente designa y conocer en qué contexto y bajo qué circunstancias es usada esta expresión⁵⁸⁴.

Una clara dificultad en la delimitación del vocablo se relaciona con la *polisemia* propia de la palabra, “Derecho” identifica desde el vocabulario del lego, como desde el lenguaje técnico realidades tan diversas como “normas”, “facultades”, “conductas”, *et sit cétera*⁵⁸⁵. El Derecho aparece con diverso carácter deóntico con lo que se torna perentorio en ocasiones preguntarse sobre qué alcance y qué naturaleza tiene, cuál es el fundamento de su obligatoriedad, entre otros; además como identifica una realidad intersubjetiva que se expresa en el lenguaje y al que se aprehende racionalmente devienen interrogantes en torno a cómo se conoce, si existe un método para conocerlo, *et sit cétera*. Finalmente el Derecho se vinculó con la idea de lo justo, de donde se impone la duda de si los contenidos del Derecho son justos porque así han sido establecidos, o bien han sido establecidos de esa forma porque son justos; dicho de otra forma, la idea de lo justo procede del hombre o de una instancia superior.

Por irrefrenable intuición, el Derecho es “establecido”, “puesto”, de donde es algo artificial. Es *puesto no supuesto*. Los actos creadores y aplicadores son temporales y, por ello, implican duración (en ello reside la positividad del Derecho)⁵⁸⁶.

En un comienzo, los rasgos distintivos del Derecho, sus características definitorias, fueron sólo perceptibles como creación judicial. La ciencia jurídica desde su origen ha tenido muy claro qué es el Derecho, sin embargo, para algunos autores contemporáneos, aquel, es inasible, inefable, indefinible. Ello se debe, en importante medida, a los numerosos escritos que han oscurecido su descripción al convertirlo en

⁵⁸⁴ TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO; *El derecho y la ciencia del derecho*, cit., págs. 19 y 20. En el Capítulo 1, apartado 2, el autor efectúa un interesante paneo del uso del Derecho en la antigüedad.

⁵⁸⁵ Kelsen recomienda partir de un análisis lingüístico para establecer una definición del Derecho, por caso, el significado que la palabra *Recht* tiene en alemán. Kelsen, HANS; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 44.

⁵⁸⁶ TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO; *Indeterminación del Derecho. Las paradojas de la interpretación jurídica*, en MALEM, JORGE, *et. al.* (coord.), “La función judicial”, Gedisa, Barcelona, 2003, pág. 61.

expresión de sentimientos o emociones; de virtudes o valores. Por el contrario, para la profesión jurídica, la descripción del Derecho no trae las mismas dificultades, su descripción es clara e inteligible. La perplejidad proviene de ciertas particularidades del objeto Derecho; algunos objetos (o características) se pueden definir ostensiblemente⁵⁸⁷, basta con mostrarlos (v.g. un perro); pero muchas cosas no pueden definirse ostensiblemente, sin más, para mostrar sus características se requiere crear las condiciones para su observación, ello ocurre especialmente con aquellas propiedades que indican tendencia, inclinación o disposición (precisa de las que han dado en llamarse *propiedades disposicionales*), esto es lo que acaece con el Derecho⁵⁸⁸.

Por fuera de la positividad, podemos ubicar, por ejemplo, a KANT; en él el Derecho tiene su lugar sistemático en la ética, en cuanto ciencia de las leyes morales, a las que el maestro de Königsberg divide en jurídicas y éticas; de donde la ética tiene una acepción amplia y otra estricta, dado que la ética en sentido amplio trata de hallar y deducir la legalidad de la voluntad y de la sociedad en general, la ética es válida tanto para la sociedad jurídica como para la comunidad moral. KANT niega el empirismo jurídico y exige que la Teoría del Derecho se funde también en principios⁵⁸⁹. La caracterización de la ética como “ciencia de las leyes de la libertad” abarca bajo ella tanto a las leyes jurídicas como a las éticas en sentido estricto. Ahora bien, como el fin del Derecho no es en KANT empírico, sino ético en sentido amplio, la naturaleza, por estar subordinada a la legislación ética en general, lo está también a la legislación jurídica (v.g. si el hombre en la ética, vale como fin en sí mismo, esto implica para el derecho privado, que el hombre, por ser sujeto de las leyes morales, y por tanto sujeto del derecho, no puede contarse entre los objetos del derecho de propiedad. También para el derecho penal, el hombre en cuanto fin final, no puede ser utilizado, mediante el castigo, simplemente como un medio para promover la felicidad de la sociedad)⁵⁹⁰.

“...en KANT el derecho no reglamenta la vida social...sino la vida antisocial que le precede sistemáticamente en el estado de naturaleza... En la teoría del derecho

⁵⁸⁷ Del latín *ostendere*: “mostrar”, “que puede manifestarse o mostrarse”. TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO; *Jurisprudencia y formulación judicial del Derecho*, cit., pág. 194, nota 2.

⁵⁸⁸ TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO; *Jurisprudencia y formulación judicial del Derecho*, cit., págs. 193 a 194.

⁵⁸⁹ LISSER, KURT; *El concepto del Derecho en Kant*, (trad. Alejandro Rossi), Centro de Estudios Filosóficos Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1959, pág. 104.

⁵⁹⁰ LISSER, KURT; *op. cit.*, pág. 109.

KANT incluyó... los dos conceptos fundamentales de la filosofía crítica: el *factum* de la ciencia y el método trascendental relacionado con él, el cual, partiendo de este *factum*, tiene que formular y mostrar en él los conceptos puros fundamentales que exponen sus condiciones de posibilidad.”⁵⁹¹

El *factum* es el derecho positivo (derecho estatutario en KANT), y sus principios se hallan en el Derecho natural⁵⁹², el derecho positivo entonces es simplemente una vía para la investigación de los principios, la idea de Derecho no se agota en él.

El Derecho va unido con la facultad de coaccionar, así, la coacción, como el Derecho mismo, surge de la razón y se justifica en ella; aquella es la negación de la negación del Derecho, pues cuando la conducta del ciudadano se presenta como ilegal – siendo que es un obstáculo para la libertad según leyes universales-, la coacción, que se opone a la conducta ilegal, hace a un lado el obstáculo restableciendo el orden jurídico (cabe aquí resaltar que en KANT el Derecho sólo debe habérselas con lo externo de las conductas de los hombres)⁵⁹³. De donde el Derecho se reduce a una exterioridad, claramente.

WINDSCHEID, quien según WOLF vivió

“...en el último crepúsculo del mundo espiritual de KANT y de la cultura de la época de GOETHE.”⁵⁹⁴,

exploraba aun el sentido ético del Derecho,

“El valor y la dignidad del Derecho los veía en que éste ‘prepara el terreno al orden moral mundial y es el que hace posible su realización’. Ciertamente, que ‘acabó ya el sueño del Derecho Natural’, pero, no obstante, el Derecho positivo es ‘algo más que paja, algo más que un soplo que se lleva el viento’.”⁵⁹⁵;

el Derecho no era, entonces, sólo el *factum* diseñado por el Legislador, sino

⁵⁹¹ LISSER, KURT; *op. cit.*, pág. 116.

⁵⁹² Que en KANT no es un derecho de la naturaleza. El Derecho se guía en último término, por la legalidad ética universal. Si, por el contrario, se negara tal legalidad en general, y sólo valiera la legalidad natural; entonces, sólo restaría un mecanismo de la naturaleza y así, al par que la ética, el Derecho también sería un pensamiento vacuo.

También, como el Derecho natural no es un derecho de la naturaleza, en el sentido de una ciencia formal, tampoco precisa fundamentárselo en la naturaleza biológica del hombre.

LISSER señala en conclusión, que en KANT no es claro, pese a las concepciones negativas previas, sólo debe ser un fundamento de toda la teoría positiva del Derecho o si debe al mismo tiempo ser un sistema completo de leyes junto a las leyes positivas (*op. cit.*, pág. 118).

⁵⁹³ LISSER, KURT; *op. cit.*, pág. 146.

⁵⁹⁴ Cit. LARENZ, KANT; *op. cit.*, pág. 42.

⁵⁹⁵ Cit. LARENZ, KANT; *ibidem*.

“... ‘la sabiduría de los siglos que nos han precedido’; lo que se ha expresado en la ley como Derecho lo había ‘reconocido antes como Derecho’ la comunidad jurídica.”⁵⁹⁶

En WINDSCHEID, la idea del Derecho, es como sentido inmanente de los institutos jurídicos, como conjunto de principios jurídicos fundamentales; que, a pesar de lo mutable históricamente, precisa de aquella. El Derecho, si bien empieza a identificarse con la ley, no se concibe como mera arbitrariedad, sino como expresión de la voluntad, dirigida esta por juicios razonables.

Un análisis superficial de esta cuestión llevaría simplemente a señalar y examinar las normas jurídicas que forman el derecho positivo de una determinada sociedad, por caso la Argentina; por tal vena Kelsen quien señala que:

“...si comparamos entre sí los objetos que, en los más variados pueblos, y en los más distintos tiempos, fueron designados como ‘derecho’, resulta por de pronto que todos aparecen como ordenamientos de la conducta humana. Un ‘orden’ es un sistema de normas cuya unidad ha sido constituida en cuanto todas tienen el mismo fundamento de validez; y el fundamento de validez de un orden normativo es una norma fundante de la cual deriva la validez de todas las normas pertenecientes al orden. Una norma aislada sólo es norma jurídica en cuanto pertenece a un determinado orden jurídico, y pertenece a un determinado cuando su validez reposa en la norma fundante de ese orden.”⁵⁹⁷

Sin embargo nuestra propuesta es distinta, se enmarca en la Teoría del Derecho, pues no nos ocupamos del análisis de normas jurídicas específicas sino de cuestiones generales que reconducirán a la intelección de la cuestión que nos hemos propuesto. El Derecho no se reduce simplemente a las leyes,

“...no podría coincidir con la norma; está más allá de la regla, no debe sacarse de la norma: *ius non a regula sumatur*.”⁵⁹⁸,

para que las leyes posibiliten al Derecho se requiere algo más, pues las reglas dispuesta por la autoridad tiene una forma necesariamente rígida, con lo que se aparta de la movilidad propia de lo justo natural; frente a ello, es preciso autorizar al juez a tomar ciertas libertades frente al texto de las fuentes,

⁵⁹⁶ Cit. LARENZ, KANT; *ibídem*.

⁵⁹⁷ Kelsen, HANS; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 44 a 45.

⁵⁹⁸ VILLEY, MICHEL; *Compendio de Filosofía del Derecho*, t. II, EUNSA, Pamplona, 1979, pág. 228 y ss.

“El oficio del intérprete desborda el examen de los textos.”⁵⁹⁹

En este sentido JOSEPH RAZ señaló que, si bien las reglas de derecho no existen aisladas, sino formando conjuntos o sistemas; esta característica del Derecho ha sido sobreestimada, el *enfoque autónomo del Derecho* (referido a conceptos y reglas jurídicas solamente) peca por insuficiente, se presentan consideraciones de índole muy diversa aparte de la normativa, como consideraciones sociales y políticas. Lo que no escapa al discípulo de HART es que la naturaleza sistemática del Derecho, depende del hecho de que éste se basa esencialmente, en la existencia de instituciones creadoras y aplicadoras del Derecho⁶⁰⁰.

ALF ROSS señaló un problema del idioma inglés, pero que podemos trasladar creemos, sin problemas, al idioma español; esto es, la dificultad para distinguir entre el Derecho mismo en tanto que reglas jurídicas y el conocimiento acerca del Derecho⁶⁰¹. Esta escisión es relevante para poder comprender el sistema de un país y su análisis ulterior; podemos marcar la distinción entre lo que ha de entenderse por norma jurídica y lo que lo distingue de otro tipo de reglas con sanciones diversas (v.g. normas sociales o normas morales), también viabiliza distinguir entre aquellas y las proposiciones doctrinarias⁶⁰². Las proposiciones doctrinarias no pueden fusionarse con las normas jurídicas, tal que se considere que ambas son de la misma naturaleza –expresiones de una actividad cognoscitivista-⁶⁰³; pero sí puede entendiérselas como un conocimiento que se dirige a establecer normas –postulado *jusnaturalista*- o como enunciados descriptivos, conocimiento de lo que las normas son –postulado *positivista*⁶⁰⁴-. A lo largo de estas líneas,

⁵⁹⁹ VILLEY, MICHEL; *op. cit.*, pág. 239.

⁶⁰⁰ RAZ, JOSEPH; *El concepto de sistema jurídico*, (traducción de Rolando Tamayo y Salmorán), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1986, pág. 6.

⁶⁰¹ ROSS, ALF; *op. cit.*, pág. 32.

⁶⁰² Las *reglas jurídicas* son directivas, en tanto que las *proposiciones doctrinarias* son aserciones que expresan que ciertas directivas son derecho válido. ROSS, ALF; *ibidem*.

⁶⁰³ Posición de la escuela egológica de CARLOS COSSIO.

⁶⁰⁴ Hay numerosas maneras de caracterizar al positivismo, lo que repercute en la inflación de distinciones al respecto. “Así por ejemplo, es frecuente distinguir entre positivismo positivo y negativo, positivismo presuntivo y formalismo; positivismo simple y sofisticado; positivismo ‘blando’ (*soft positivism*) y positivismo duro, positivismo incluyente y positivismo excluyente. Todas estas distinciones intentan articular de la mejor manera las tesis centrales que caracterizan al positivismo jurídico. Sin embargo, no estoy convencido de que esta multiplicación de distinciones muestre refinamiento antes que confusión conceptual.” (NAVARRO, PABLO E.; *Tensiones conceptuales en el Positivismo Jurídico*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 24, Alicante, 2001, pág. 136).

si bien no es nuestra pretensión directa, trabajaremos sobre la idea de que si bien las proposiciones doctrinarias no son normas, sus pretensiones del *deber ser* influyen de manera decisiva sobre las normas (postulados del “ser”), pues estas últimas pretenden avocarse a describir premisas, ciertas realidades sociales, contenidos como son realmente experimentadas y por ello realmente efectivas, pero las proposiciones doctrinarias, una vez que se aplica una norma a un caso inciden de forma definitiva insertando para el supuesto argumentos morales⁶⁰⁵.

Dentro del acatamiento de un mismo sistema moral, la identificación de las propias normas es susceptible de controversias, y tales controversias, no disponen de un criterio intersubjetivo consensuado que permita resolverlas de forma definitiva. Como en cada sociedad coexisten dos o más sistemas morales, parcialmente conflictivos entre sí (y a menudo internamente inconsistentes), con el agravante de que cada uno es aprehendido por sus adherentes con un sesgo individual, aparece el Derecho con el objetivo de sortear este problema:

En lo que sigue, cada vez que se hable del positivismo en este trabajo, se estipularán sus lineamientos de manera más o menos discrecional, teniendo en cuenta aquellos baremos que consideramos representativos y relevantes para marcar una aproximación o diferenciación con nuestra construcción.

Aunque la visión de JOSEPH RAZ es bastante clara a este respecto cuando explica que la forma más sencilla de abordar la problemática de aprehensión del positivismo es a través de sus tesis particulares: a) la tesis social que persigue la identificación del Derecho, donde lo que es y lo que no es Derecho es una cuestión de hechos sociales; b) la tesis moral que analiza su valor moral o el mérito moral de una norma aislada o de todo el ordenamiento; y c) la tesis semántica que discurre sobre el significado de sus términos básicos. La primera tesis sería la más fundamental, y para RAZ las otras dos tesis no se siguen necesariamente de ella. RAZ divide la tesis social en dos versiones, una fuerte y una débil, reservando para la primera una Teoría del Derecho que es aceptable únicamente cuando sus criterios para identificar el contenido jurídico y su existencia dependen exclusivamente de hechos de conducta humana susceptibles de ser descritos en términos valorativamente neutros; en tanto que la segunda para determinar lo que es Derecho depende en ciertos casos de consideraciones morales.

Una completa exposición de esto requiere explorar elaboraciones teóricas que superan en mucho nuestra propuesta, baste decir que la tesis asume que hay un vocabulario suficientemente rico de términos valorativamente neutros y tampoco está demostrado que los hechos sociales son condiciones suficientes o necesarias de la existencia e identidad del Derecho, aunque nosotros en el texto partiremos de un análisis del Derecho iluminado por el positivismo para demostrar después la posibilidad de coexistencia con estándares más laxos, pese a ello. RAZ, JOSEPH; *La autoridad del Derecho...*, cit., págs. 55 a 65.

⁶⁰⁵ Debe distinguirse entre el Derecho, como aquí lo entendemos, de la Ciencia del Derecho, cuyo objeto es la descripción o explicación de aquel. La Ciencia del Derecho es una disciplina metajurídica.

Nivel	Disciplina	Objeto
2	Filosofía del Derecho	Análisis de los conceptos y procedimientos de la Ciencia del Derecho
1	Ciencia del Derecho	Descripción o explicación del Derecho
0	Derecho	---

Conf. TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO; *El derecho y la ciencia del derecho*, pág. 141.

“A partir del sistema moral dominante en cada momento, interpretado por quienes ejerzan el poder efectivo, se traza un sistema normativo parecido pero más minucioso, que introduce varios factores de mayor certeza: criterios públicos para la identificación de sus normas y hasta de su contenido, maneras formales para la creación, modificación y derogación de tales normas, mecanismos también públicos y formales para dirimir las controversias y, por encima de todo, un repertorio de sanciones destinado a asegurar la preeminencia del sistema jurídico por encima de las preferencias individuales...”⁶⁰⁶

En esta vena, señalaremos en los parágrafos y capítulos subsiguientes insistentemente, con el objeto de demostrar nuestra tesis, que el Derecho y la moral no se encuentran tan escindidos como se pretende, restando todas las respuestas institucionalizadas para el primero y todo el reproche social para la segunda⁶⁰⁷. A través de los fallos, que receptan proposiciones doctrinarias o baremos sociales de coyuntura, el Derecho en gran cantidad de casos es mucho menos aplicación de reglas que de postulados o estándares de otro orden. Por caso, ALF ROSS señala que las fuentes del Derecho⁶⁰⁸ si bien puede ser completamente objetivada (i.e. la legislación), esto es formulaciones revestidas de autoridad comprensivas de la Constitución, las leyes, reglamentos, *et sit cétera*; también puede ser parcialmente objetivada, abarcaba a los precedentes (i.e. las decisiones anteriores de los Tribunales y el papel motivador de estos en las decisiones jurisdiccionales) y la costumbre (una esfera de vida que está o puede llegar a estar sometida a regulación jurídica), o una fuente no objetivada o libre que invoca la tradición de cultura o razón, esta última impacta cuando el juez se encuentra en la imposibilidad de hallar entre las fuentes positivas alguna regla que pueda tomar como fundamento de su decisión,

“...en tal caso, el juez decidirá en la forma que estime justa, pero intentará respaldarse racionalizando ‘consideraciones prácticas’ en donde estarán presentes tradición de cultura (del pueblo de que se trate)... tradición compuesta por variadas

⁶⁰⁶ GUIBOURG, RICARDO A.; *La certeza de los criterios*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 24, Alicante, 2001, pág. 607.

⁶⁰⁷ En éste último sentido MORESO, JUAN JOSÉ y VILAJOSANA, JOSEP MARÍA; *op. cit.*, pág. 23.

⁶⁰⁸ El sintagma “fuente del Derecho” es utilizado indistintamente por los juristas para referirse a los actos específicos de creación del Derecho (v.g. actos de la legislatura, de la administración, *et sit cétera*), como al resultado de esos actos (v.g. legislación, reglamentos, tratados, *et sit cétera*).

presuposiciones en forma de credo y prejuicios, aspiraciones, estándares y valoraciones...”⁶⁰⁹

Esta concepción no implica en modo alguno –y ello a pesar de nuestra aceptación de la existencia de conductas jurídicamente *adiáphoras*–, desconocer la importancia y necesidad del Derecho como instrumento de control y configuración social en la modernidad (puede ser que en una sociedad futura la existencia del mismo devenga irrelevante, pero en la actual, difícilmente se hallen acciones que carezcan de significado jurídico); aunque existen evidencias de que en sociedades primitivas las relaciones no se estructuraban por nada similar a lo que hoy se conoce por Derecho⁶¹⁰. En una relevante medida el Derecho se ocupa de la existencia continuada en la sociedad y ello no puede ser soslayado⁶¹¹; como señalan MORESO y VILAJOSANA, si bien las explicaciones funcionales para analizar la relevancia de las instituciones (en la especie el Derecho), no son contundentes; distinto sucede con las *teorías justificativas* como las de HART, pues señalan que existen buenas razones para tener sistemas jurídicos con un cierto contenido mínimo común, ello no será discutido en estas líneas, estas teorías son aceptables pero incompletas, buscaremos demostrar en lo que sigue que los sistemas jurídicos muchas veces son “falseados” en su contenido pues no aportan todo el material necesario o suficiente para explicar las regulaciones de la interacción social⁶¹².

Existe en la ciencia jurídica occidental, una insistente asignación de valor superlativo a la idea de que el Derecho es sólo un conjunto de normas sobre lo que se *debe hacer*; ello quizás con fulcro en el peso específico de la doctrina de Kelsen que puntualiza en torno a que las conductas para el Derecho son debidas, no se afirman sobre hechos reales. Las normas exponen conceptos no sobre lo que sea fácticamente una conducta, sino cómo debe ser (i.e. las normas no son conceptos, pues estos expresan que, cuando algo posee las propiedades determinadas en la definición, cae bajo tal concepto, y cuando no

⁶⁰⁹ VIGO, RODOLFO LUIS; *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, 2ª ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, págs. 57 a 58.

⁶¹⁰ MORESO, JUAN JOSÉ y VILAJOSANA, JOSEP MARÍA; *op. cit.*, pág. 26.

⁶¹¹ HART, H. L. A.; *El concepto de Derecho*, cit., págs. 113 a 115. COING, HELMUT; *op. cit.*, pág. 230 y ss.

⁶¹² En lo que hace a nuestro pensamiento, entendemos que el Derecho más allá de las pretensas justificaciones de su existencia como regulador de la violencia o monopolizador del uso de la fuerza física, sirve para regular la interacción social, específicamente los conflictos, entendidos estos en un sentido amplio, como relaciones de cooperación, competencia y confrontación. Conf. PAZOS CROCITTO, JOSÉ IGNACIO; *Análisis estructural de la Teoría del Conflicto y Derecho Penal*, Editor Fabián J. di Plácido, Buenos Aires, 2007, *passim*. La visión del ordenamiento jurídico como un método institucionalizado de administración de conflictos, en sentido amplio, es abordada con profundidad en ENTELMAN, REMO F.; *op. cit.*, *passim*.

posee esas propiedades, no encaja en ese concepto; es decir, no es lo que el concepto delimita)⁶¹³. También que el Derecho tiene como características esenciales el ser exhaustivo y consistente: un *corpus* ordenado. De donde, el jurista, puede presuponer que existe una solución jurídica “apropiada” para toda “cuestión jurídica”, el corolario es que siempre hay una forma de “hallar” el Derecho aplicable al caso de que se trate. Todo lo expuesto se suele reforzar con cantidad de criterios de clasificación que “organizan” el material jurídico de acuerdo a su “naturaleza”⁶¹⁴.

La característica más general y relevante del Derecho, en todo tiempo y lugar es que su presencia es indicativa de la reducción de las opciones de comportamiento de los individuos –como señalara HART, la conducta deja de ser optativa para tornarse obligatoria-.

“Este argumento es una generalización empírica respaldada por abundante evidencia histórica.”⁶¹⁵

Pero, como explica BOBBIO

“...definir el derecho como un instrumento para la realización de los más diversos fines sociales, caracterizado por la técnica de la coacción o de la eficacia reforzada, significa poner el acento sobre el conjunto de medios indispensables para la conservación duradera de un determinado grupo social: atribuir al intérprete del derecho una tarea de reconstrucción conceptual y sistemática, más que de valoración de los intereses y de los fines sociales, significa una vez más rendir homenaje, en el momento de la aplicación, a los ideales del orden, de la certeza, de la estabilidad, de la paz social, más que al de la justicia substancial.”⁶¹⁶,

a nuestros fines nos interesa utilizar este tipo de construcción del Derecho, que consideramos la más extendida, porque podremos señalar, aun incluso a partir de dicha matriz, que la valoración de los intereses y fines sociales, a pesar de todo, se filtran en la aplicación jurídica.

El Derecho de una comunidad puede ser considerado como el conjunto normativo que los jueces pueden invocar para justificar sus decisiones. Pero esta regla de identificación no puede ser tan reduccionista; pues si el verbo “pueden”, tiene un

⁶¹³ Kelsen, HANS; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 31, nota 12.

⁶¹⁴ TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO; *El derecho y la ciencia del derecho*, cit., pág. 148.

⁶¹⁵ TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO; *El derecho y la ciencia del derecho*, cit., pág. 25.

⁶¹⁶ BOBBIO, NORBERTO; *El problema del Positivismo Jurídico*, cit., pág. 169.

significado descriptivo, entonces es suficiente echar un vistazo a los vademecum jurisprudenciales para observar que la argumentación judicial esgrime referencias de Derecho comparado. Se apela a la realidad social, o se asumen criterios doctrinales, para los que no cabe decir que tienen un asidero directo en disposiciones legales identificables. Los jueces para justificar sus decisiones, invocan frecuentemente teorías dogmáticas a las que los códigos penales no hacen referencia alguna, y claramente no por ello se los considera incursos en prevaricato. Quienes se apoyan en un Derecho puramente normativo, pretenden que esto es una cuestión autoevidente, gran parte de este trabajo se dirige a refutar tal aserto⁶¹⁷.

La vida humana comunitaria no es un caos, adquiere carácter de tal a partir del hecho de que cada acción individual es relevante y tiene un significado en el marco del Derecho (sustrato óntico de las normas, estas no pueden regular la nada, han de aposentarse sobre los datos de la realidad). Los fenómenos sociales –salvo las *adiaphorias*- adquieren su carácter específico cuando son puestos en relación con las normas del Derecho vigente. Este es el papel de la *sociología jurídica*⁶¹⁸.

Nuestro foco de estudio es propio de la esencia de la *ciencia del Derecho*⁶¹⁹, no absolutamente escindible de la anterior, pero con su propio universo discursivo. No analizaremos en lo sucesivo el Derecho en acción sino que prestaremos atención al contenido abstracto de las directivas, en dicho esquema será donde efectuemos nuestro estudio y, conforme lo adelantamos al preguntarnos si existía un ámbito vacío de Derecho⁶²⁰; debemos subrayar *a priori*, que los jueces no están guiados en sus decisiones exclusivamente por normas jurídicas, sino también por fines sociales y baremos axiológicos, relevantes para el logro de los fines de que se traten.

Pero, insistimos, nuestras puntualizaciones sólo derivarán en digresiones sobre el contenido abstracto del Derecho, no sobre el papel concreto de las fuerzas sociales, las circunstancias económicas, *et sit cétera*.

El conocimiento sociológico es relevante en la especie, en tanto y en cuanto sirven para resaltar las metas y valores últimos que el Legislador reconoce como pautas

⁶¹⁷ Ver *infra* Capítulos IV (“Interpretación y Aplicación de las normas penales”) y VI (“El ámbito indeterminado o libre de valoración jurídica”).

⁶¹⁸ En este sentido ALF ROSS, *op. cit.*, pág. 43.

⁶¹⁹ Relativo a las normas, no compuesto de normas. ROSS, ALF; *ibídem*.

⁶²⁰ Ver *supra* parágrafo 26 (“¿Existe un ámbito vacío de derecho?”).

para la vida social; igualmente sirven para el juez en la medida en que no sólo se sostenga que aplica o interpreta las normas, sino que crea Derecho en lo concreto.

El Derecho es un instrumento idóneo para conseguir ciertas finalidades, y que puede justificar racionalmente la presencia de sistemas normativos. Esto no se pondrá en duda aquí, aunque elípticamente, y al sólo efecto de puntualizar cuál es la matriz epistémica que manejamos, cabe señalar algo referente a las funciones de aquel.

“Una respuesta muy frecuente acerca de las funciones del Derecho es la que las identifica... con el control social⁶²¹, la seguridad y la justicia.”⁶²²

Sin embargo, se ha dicho que no es evidente lo que con ello se viene a sostener, pues se oscila entre una *tesis descriptiva*, donde todo sistema cumple las funciones precitadas y es susceptible de predicar sobre su falsedad o verdad; o una *tesis valorativa*, en la cual todo sistema debería cumplir con aquellas funciones, que expresa un ideal regulativo⁶²³. En rigor, procuraremos en lo que viene, demostrar que se trabaja de hecho con una tesis valorativa en tanto se pretende sostener que se está ante una posición meramente descriptiva.

Hemos señalado como una de las posibles funciones del Derecho, la *justicia*. No es este el lugar para dilucidar los alcances del concepto, su estudio corresponde al campo de la “filosofía moral”. En lo que sigue, sin embargo, señalaremos algunas distinciones, pues como se indicará más adelante, los jueces al resolver, en muchas ocasiones recurren a baremos de orden distinto a las normas; y en no pocas ocasiones sustentan sus decisiones en la idea de justicia. Intuitivamente cabe sostener que los seres

⁶²¹ El Derecho puede ser visto como un sistema de control social, ya sea por que se lo entienda como resolutor de conflictos (*función integradora*), o como dirección y guía de conductas (*función reguladora*). Hay distintas posibilidades que se le presentan a la autoridad para regular los comportamientos, ya sea buscando incentivar o desincentivar diversas conductas; y ello lo puede efectuar antes o después de que el proceder tuviere lugar; combinando las variables se obtienen las siguientes posibilidades de actuación: a) Incentivar una conducta deseable antes de su producción –son los llamados *sistemas de promoción*-, b) desincentivar una conducta antes que se produzca – *sistemas de prevención*-, c) incentivar una conducta *a posteriori* de su realización – *sistema premial*-, y d) desincentivar una conducta indeseable después de producida esta –*sistema de represión*-, la última se ajusta al modelo de sanciones de las normas penales.

⁶²² MORESO, JUAN JOSÉ y VILAJOSANA, JOSEP MARÍA; *op. cit.*, pág. 43. Señalan los autores que un sistema puede ser seguro e injusto al mismo tiempo, de donde la justicia no es condición necesaria de la seguridad, pero en el caso inverso, sí es posible predicar que no es concebible un sistema jurídico que se califique como justo, sin que haya un mínimo de claridad normativa. Así, la seguridad jurídica es una condición necesaria – aunque no suficiente- de la justicia (*op. cit.*, pág. 54).

⁶²³ MORESO, JUAN JOSÉ y VILAJOSANA, JOSEP MARÍA; *ibidem*. Los autores critican también que a las funciones en cuestión se las conciba como conceptos manejables a la manera del todo o nada (v.g. un sistema jurídico ejerce control o no, es justo o no), sostienen que son conceptos eminentemente graduables (v.g. un sistema jurídico será más o menos justo, ejercerá más o menos control social según el caso).

humanos se caracterizan por tener “valores morales”, lo que define a estos valores es que son *últimos*, con lo que se quiere decir que dan razones para la acción sin que a su vez requieran un fundamento ulterior; de allí que uno de los criterios para valorar los sistemas jurídicos en general y las normas o decisiones jurisdiccionales en particular, sea su adecuación a la moralidad. Al hablar de valores morales resulta conveniente distinguir entre *moral positiva*, que es el conjunto de principios y valores morales que comparten los miembros de un determinado grupo social; de *moral crítica*, que es el conjunto de principios y valores morales que devienen de un proceso de justificación racional; los valores y principios de esta última clase pueden no formar parte de la primera, que unos valores sean los sustentados por la mayoría de los miembros de una determinada sociedad –moral positiva-, no importa inferir que sean los valores que deberían regular el comportamiento de esa sociedad –moral crítica-⁶²⁴.

Transitar la idea de que los aplicadores del Derecho no interpretan sino que crean normas nos llevará a examinar, de forma periférica, los criterios de “rectitud” o “corrección” de una norma jurídica. En general se considera que la *justicia* es la idea que ilumina el Derecho, de esto se ocupa la corriente del Derecho Natural que se toca tangencialmente siempre en el presente trabajo. Una cuestión que *a priori* debe destacarse, sin perjuicio de insistir sobre ello a lo largo de nuestro estudio, estriba en que nuestra propuesta es netamente procedimental; procuramos señalar cuál entendemos que es la auténtica *praxis* del método jurídico y cómo ello conlleva un *ámbito indeterminado o libre de valoración jurídica*, no nos involucraremos en señalar proposiciones concretas de justicia (o Derecho Natural). Creemos con HOBBS, que ello es peligroso, y en nuestro caso, innecesario. La afirmación de que pudiera hallarse *in natura rerum*, algo así como la recta razón, es improbable (para no sostener su imposibilidad), cuando en un caso de conflicto se apela a la recta razón, en verdad se está recurriendo a la *propia* razón de cada uno.

La idea de lo bueno y lo malo, las concepciones ético fundamentales, suscita enconados conflictos, usualmente, como lo enseñara HOBBS⁶²⁵; lo insoportable para el hombre no es la lucha, sino la falta de adhesión de los demás, pues quien no está de acuerdo

⁶²⁴ MORESO, JUAN JOSÉ y VILAJOSANA, JOSEP MARÍA; *op. cit.*, pág. 50.

⁶²⁵ FREUND, JULIEN; *Presupuestos antropológicos para una teoría de la política en Thomas Hobbes*, en MONTEZANTI, NÉSTOR LUIS (comp.), *Estudios sobre Política*, Ediuns, Bahía Blanca, 2001, pág. 10 y ss.

objeta a los otros su error. Por ello, si el objeto de discusión es contingente (la idea de justicia es variable en el tiempo y en el espacio)⁶²⁶ y no deducible de una manera racional de los principios de la razón, resulta menester si es el deseo procurar una coexistencia pacífica, establecer una instancia suprema; que decida con autoridad, acerca de los criterios que deben tener validez en el actuar social y que deban ser Derecho⁶²⁷. La contingencia de los contenidos éticos hace necesaria una toma de decisiones, nuestro examen de la cuestión discurrirá sobre cómo y quiénes son los que toman esas decisiones.

En los párrafos que siguen, en un primer avance de nuestra propuesta, efectuaremos algunas puntualizaciones, muy básicas por cierto, de la idea de *orden jurídico*, y ello pues de manera ineludible si hacemos referencia a conductas regladas o no, debemos involucrarnos en el estudio de conceptos fundamentales que se consideran esencialmente comprendidos en el concepto del Derecho, tales como, deber jurídico, norma jurídica, sanción, *et sit cétera*. Se trata de un enfoque estructuralista que se satisface con la pregunta acerca de qué se compone el Derecho; prescindiendo de toda preocupación teleológica, no nos involucraremos con un análisis funcional embarcado en responder el para qué sirve el Derecho (i.e. la relación medio a fin)⁶²⁸, no nos proponemos con ello nada nuevo, ya han buceado en dicho espacio, y con profundidad incomparable, diversos autores como IHERING hasta Kelsen y HART, concentrando su propósito de definir al Derecho marginando el fin y concentrando la atención en su carácter instrumental como coacción u organización de la fuerza. Si bien en HART ello es discutible en razón de su mínimo de Derecho Natural, no es menos cierto que la inserción de esta última temática en el Derecho, en modo alguno empece a un análisis de tipo estructural.

La línea o escuela de “filosofía del Derecho” que seguiremos principalmente en el examen de la cuestión precitada, es la conocida como *analítica*, pues cuando se trata de analizar y definir conceptos del tipo de los mencionados; la escuela fundada por el inglés JOHN AUSTIN, se revela con un notable esfuerzo de razonamiento, a cuyo derredor se ha forjado una experiencia que apareja un entrenamiento muy frondoso.

“Tomada en conjunto, la escuela analítica lleva el sello de un formalismo metódico.

El derecho es considerado como un sistema de normas positivas, esto es,

⁶²⁶ Ver párrafo 21 (“Nuestra crítica a la posición de Karl Engisch”).

⁶²⁷ Ver párrafo 16 (“La ubicación de Hans Welzel”).

⁶²⁸ La distinción en BOBBIO, NORBERTO; *Hacia una teoría funcional del derecho*, en “Derecho, filosofía y lenguaje”, Astrea, Buenos Aires, 1976, *passim*.

efectivamente vigentes⁶²⁹. La ‘ciencia del derecho’ sólo busca establecer la existencia de estas normas, sin atender a valores éticos o a consideraciones políticas.”⁶³⁰

Los distintos criterios sobre la existencia de las normas –aspecto ontológico del Derecho- tiene una doble relevancia, desde el *punto de vista práctico* incide en el análisis de cuestiones como la promulgación y la derogación de normas, la discusión sobre la naturaleza de las normas constitucionales, entre otros; desde el *punto de vista teórico*, el tópico señalado tiene consecuencias tanto sobre la mejor caracterización posible de conceptos tales como validez como pertenencia, validez como fuerza obligatoria, vigencia como disposición de los jueces a usar normas en la justificación de sus decisiones, *et sit cétera*⁶³¹.

Las tres características más importantes del Derecho son que es *normativo*, *institucionalizado* y *coactivo*⁶³². En lo primero, en tanto sirve como guía de las conductas humanas, se procura alentar las conductas deseables y desalentar las indeseables (ello no es que sean intrínsecamente deseables o indeseables, sino que la autoridad, por algún motivo, así lo considera). Es lo que antiguamente se denominaba *vis directiva* que importa una formalidad exterior de la conducta conforme con la regla (i.e. importa una tarea de causalidad ejemplar)⁶³³, dicho de otra forma, lo que caracteriza a un sistema normativo no es que esté compuesto sólo por normas, sino que prevea para un determinado comportamiento o supuesto de hecho una consecuencia normativa (prohibición, permiso u obligación). Un ejemplo paradigmático lo constituyen las normas del Derecho Penal que sancionan los delitos y faltas, es decir, aquellas conductas que de manera especial se procuran desalentar; esto sirve también para las instituciones del derecho privado, en donde la autoridad establece modelos de relaciones jurídicas en las que los individuos ingresan

⁶²⁹ La vigencia reconduce a la idea de reglas efectivamente vividas por los individuos de una comunidad, las que las vivencian como obligatorias. Para observar si las reglas son algo más que simples hábitos o pautas motivadoras, varios son los recursos, así para HART importará la referencia a reglas de orden superior y para ROSS la adhesión de los asociados. A nuestros fines ambos postulados son válidos.

⁶³⁰ ROSS, ALF; *op. cit.*, pág. 24. Sostiene ROSS que el formalismo halló su máxima expresión en la obra de HANS Kelsen, pues el reclamo de “pureza” para la ciencia del Derecho tiene un doble objetivo: a) liberar a dicha disciplina de todo condicionamiento moral o político y b) liberarla también de todo vestigio de sociología.

⁶³¹ LARIGUET, GUILLERMO; *Problemas del conocimiento jurídico*, cit., pág. 48.

⁶³² En este sentido FINNIS, JOHN; *Ley natural y derecho natural*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, pág. 300 y ss. También EHRLICH, cit. BOBBIO, NORBERTO; *El Problema del Positivismo Jurídico*, cit., pág. 176.

⁶³³ MASSINI CORREAS, CARLOS I.; *op. cit.*, t. I, pág. 60.

por propia voluntad, las normas jurídicas crean marcos dentro de los cuales los individuos llevan a cabo sus acuerdos y objetivos siempre que deseen gozar de tutela jurídica.

Es *institucionalizado*, en tanto su regulación y aplicación son en gran medida realizados por instituciones, es decir que hay ciertos individuos que realizan una específica función social, cumplen un rol social especial: crear o establecer la conducta obligatoria⁶³⁴; también esta característica, permite ver la región ontológica a la que pertenece el Derecho, pues califica la realidad jurídica como una realidad institucional, lo que importa tanto como decir que el Derecho no pertenece a la esfera de los hechos brutos, ni tampoco a la de los estados mentales,

“...sino a la de aquellos hechos sociales cuya existencia y persistencia depende de la aceptación colectiva de ciertas reglas constitutivas.”⁶³⁵

Además, presupone que ciertos órganos disponen del monopolio de la resolución autoritativa de disputas y usan de las normas para sus resoluciones aceptándolas como estándares públicos de la corrección de las mismas, y la población en general actúa en correspondencia con esas normas; finalmente con esta característica se alude

“...al carácter regimentado de los procedimientos jurídicos de resolución de disputas.”⁶³⁶;

el carácter institucional identifica al Derecho como tipo social, es un sistema para guiar y decidir que procura obtener suprema autoridad dentro de una sociedad⁶³⁷.

Es *coactivo*⁶³⁸ por cuanto la obediencia a él y su obligación se encuentran internamente garantizadas, en última instancia por el uso de la fuerza⁶³⁹. Hacer que otros hagan o dejen de hacer algo es tarea compleja, pues el comportamiento es resultado de motivaciones y causas persistentes que es difícil suprimir, así, para generar un

⁶³⁴ ALF ROSS entiende que el Derecho tiene carácter institucional pues funciona a través de una maquinaria jurídica, apareciendo a los ojos de los ciudadanos como algo objetivo y exterior (*op. cit.*, pág. 87).

⁶³⁵ ATIENZA, MANUEL y RUIZ MANERO, JUAN; *La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 24, Alicante, 2001, pág. 123.

⁶³⁶ ATIENZA, MANUEL y RUIZ MANERO, JUAN; *La dimensión institucional del Derecho...*, cit., pág. 124.

⁶³⁷ RAZ, JOSEPH; *La autoridad del Derecho...*, cit., págs. 62 a 63 y 138.

⁶³⁸ La coactividad es tan esencial a la idea del Derecho que, su ausencia, es lo que ha llevado a negar la calidad de Derecho al Derecho Eclesiástico, la Iglesia sólo puede aplicar castigos a aquellos que la confiesan, lo que exige a aquella el reconocimiento de “partidarios libres”. Conf. WALF, KNUT; *Derecho Eclesiástico*, (trad. Abelardo Martínez de Lopera), Biblioteca de Teología, Editorial Herder, Barcelona, 1988, pág. 22.

⁶³⁹ RAZ, JOSEPH; *El concepto de sistema jurídico*, cit., pág. 20. El autor señala que Kelsen fue el primero en tratar de forma explícita y comprensiva el concepto de sistema jurídico (*Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 40 y 46 a 47), aunque ya había en AUSTIN una teoría completa de aquel.

De hecho para Kelsen la coacción es la característica decisiva que diferencia el Derecho de otros sistemas sociales.

comportamiento en algún sentido se debe disponer de elementos enormemente persuasivos, el problema se complejiza si se entiende que no se procura motivar el comportamiento de un individuo aislado sino de una clase de estos, el elemento persuasivo es la coacción, para que alguien se comporte de conformidad con el deseo del Legislador o del juez, se lo amenaza con la aplicación de un castigo en caso de conducta contraria (v.g. para que los miembros de una comunidad no maten, lesiones o roben se establecen “sanciones”)⁶⁴⁰. Es lo que se ha denominado *vis imperativa* donde las normas cumplen una función de causalidad eficiente, sin embargo, el auténtico motivo por el que las personas siguen las reglas, carece de relevancia; importa en definitiva la mediación del motivo como las normas ejercen su causalidad motora sobre la conducta⁶⁴¹.

La noción de obediencia a las leyes positivas, no es una doctrina exclusivamente positivista, también el iusnaturalismo la ha afirmado, la idea es antigua en grado sumo y deriva de la verificación de que ningún orden jurídico puede sostenerse confiando simplemente en una obediencia basada en el temor de la sanción,

“Si por ‘obligación moral’ se entiende aquella basada en el *respeto a la ley* y por ‘obligación jurídica’ aquella fundada en el *temor* de la sanción, es un dato fáctico que todo orden cuenta también con la obligación moral de la obediencia, por lo menos por parte de aquellos a quienes se ha confiado la tarea de castigar a quien haya demostrado no sentir esta obligación ni temer la sanción.”⁶⁴²

KELSEN ha resaltado que sólo porque una acción y omisión, determinadas por el orden jurídico, se las califica de ilicitud o delito; esto es, sólo porque un acto coactivo es establecido por el orden jurídico como consecuencia de una acción u omisión determinada,

⁶⁴⁰ TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO; *El derecho y la ciencia del derecho*, cit., pág. 27. Para el autor el Derecho es en gran medida una cuestión de *hechos sociales*, de ello se desprende que la identificación de aquel, requiere de la identificación de los hechos sociales relevantes que producen la limitación de conductas. El establecimiento de conductas obligatorias es una cuestión de actos y voliciones humanas, supone la acción de ciertos individuos que quieren que otros hagan o dejen de hacer algo y, la de aquellos que aplican o ejecutan las sanciones si estos se rehúsan.

La sanción misma es un acto coactivo, un recurso de fuerza. El orden jurídico, como orden coactivo, en la modernidad, es monopolizado por órganos especializados estatales que lo mantienen centralizado sustrayéndolo a los sujetos participantes inmediatos al conflicto; en cambio, en comunidades primitivas, y en los casos de defensa propia la coacción se descentraliza, resta librada a los individuos lesionados en sus intereses por la ilicitud. Conf. KELSEN, HANS; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 49 a 52.

⁶⁴¹ MASSINI CORREAS, CARLOS I.; *op. cit.*, t. I, pág. 62.

⁶⁴² BOBBIO, NORBERTO; *El Problema del Positivismo Jurídico*, cit., pág. 181. También BENTHAM, cuando señala que una expresión de la voluntad del Legislador, como prescripción dirigida a los individuos para procurar determinado comportamiento, equivale a la imposición de un deber y, consecuentemente, a la creación de una disposición jurídica, sólo si ésta es respaldada por una sanción. Conf. RAZ, JOSEPH; *El concepto de sistema jurídico*, cit., pág. 101.

tiene tal acto coactivo carácter de sanción⁶⁴³. La relación entre acto ilícito y consecuencia no consiste en que existe sanción porque se lo ha conectado con un acto coactivo como consecuencia de la ilicitud, sino que una acción u omisión es un acto ilícito o delito, porque se le ha conectado un acto coactivo como consecuencia; no se trata de relaciones con normas metajurídicas o naturales (i.e. relación con un mundo trascendente al derecho positivo), lo que hace que una conducta sea un acto ilícito, sino su exclusiva captación por el orden jurídico positivo,

“No hay *mala in se*, sino solamente *mala prohibida*... no (es) más que una consecuencia del principio generalmente reconocido en el derecho penal: *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*.”⁶⁴⁴

En HART se va por esta vena, superando el esquema de AUSTIN de que toda norma es un mandato general y que una persona está obligada por una norma si es susceptible de ser sancionada en caso de desobedecerla; HART señalaba que así se borraba la distinción entre “*verse obligado a*” (*being obliged to*) hacer algo y “*estar obligado a*” (*being obligated to*) hacerlo. Si uno está limitado por una norma, está obligado (no se ve simplemente obligado) a hacer lo que esta describe; de donde, estar limitado por una norma es distinto a verse sometido a una sanción si uno desobedece una orden. Una norma difiere de una orden, entre otras cosas, por ser normativa, por establecer un estándar de comportamiento que plantea al sujeto una exigencia que trasciende la amenaza capaz de hacerla cumplir. Una norma no puede ser obligatoria simplemente porque una persona que tiene fuerza física quiere que lo sea. Tal persona debe tener autoridad para dictar la norma, porque sino, no es norma, y una autoridad tal sólo puede provenir de otra norma que es ya obligatoria para aquellos a quienes se dirige. Tal es la diferencia entre una ley válida y las órdenes de un pistolero⁶⁴⁵.

KELSEN también explicaba que cuando una conducta es exigida por una norma objetivamente válida, entonces ello apareja que el hombre actúa como la norma lo exige, cumple con su obligación –i.e. acata la norma-, con el comportamiento opuesto; en

⁶⁴³ KELSEN, HANS; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 125.

⁶⁴⁴ KELSEN, HANS; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 126 a 127. Los juristas penales suelen divergir con esto, ya sea a través de “normas de cultura” (MAX ERNST MAYER) o a través del análisis de “normas de valoración” (KARL BINDING), las ideas de “objeto de protección”, “bien jurídico”, “escalones de protección”, “juicios de valor” y otras acompañan tal intelección. Conf. KAUFMANN, ARMIN; *op. cit.*, págs. 93 a 96.

⁶⁴⁵ HART, H. L. A.; *El concepto de Derecho*, cit., págs. 102 y ss.

cambio, viola la norma, esto es, viola su obligación⁶⁴⁶. La diferencia entre la orden de un pistolero y la de un órgano de Derecho no es el sentido subjetivo, sino el objetivo de la orden; este sentido objetivo es el de una orden obligatoria, una es objetivamente válida –la segunda-, la otra no⁶⁴⁷. Además, la orden de un pistolero es un acto aislado, en tanto que la de un órgano de Derecho pertenece a un sistema, y una norma jurídica sólo puede ser considerada tal si pertenece a un orden.

Se ha dicho que, si bien la normatividad es una característica importante del Derecho, algunas disposiciones jurídicas no son normas; esta posición de JOSEPH RAZ, que no hace al meollo de nuestro problema, es mencionada aquí a efectos de presentar nuestra posición en el tema. RAZ señala que tanto BENTHAM, como AUSTIN, Kelsen y el propio HART, concluyen que toda disposición jurídica es una norma y ello se deriva de los principios de individuación de dichos autores y del concepto de disposición jurídica por aquellos manejado. La idea de normatividad del Derecho que maneja RAZ depende de las relaciones internas entre las disposiciones jurídicas, descansa en el concepto de sistema jurídico y no en el concepto de disposición jurídica en sí. No coincidimos con ésta postura, como se verá, RAZ sostiene la existencia de dichas disposiciones no normativas para el juego de los permisos en un sistema jurídico, nosotros propondremos otra línea argumental⁶⁴⁸.

⁶⁴⁶ Kelsen, Hans; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 29.

⁶⁴⁷ Kelsen, Hans; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 58.

⁶⁴⁸ Ver parágrafo 29 (“La norma jurídica”).

§28.- Presupuesto. El orden jurídico.

Caracterización del “orden jurídico”. El alcance. Características según Raz. Formalismo y escepticismo.

Los sistemas jurídicos. El Derecho en Kelsen, Hart y Bentham. Las normas relacionadas. Relaciones normativas de carácter orgánico, lógico y dinámicas. Caracterización del sistema jurídico como una unidad: Kelsen y la norma fundamental, Hart y la regla de reconocimiento, Raz y la superación de los criterios de membresía. La institucionalización de los ordenamientos jurídicos. Los órdenes sin sentido y predatorios. La existencia de las normas. Los sistemas normativos como prácticas complejas.

Si bien no es objeto de nuestro estudio, por su vinculación a la temática estudiada y en vías de articular la matriz epistémica sobre la que trabajamos, podemos partir de definir un concepto como el de *orden jurídico*. Entendiendo por tal el conjunto de normas vigentes en un tiempo y lugar determinados, esto introduce *ab initio* la utilización de dos ideas: *normas* y *vigencia*⁶⁴⁹; además debe tenerse en cuenta que aquel no es un término jurídico técnico, sino que se usa cuando se piensa sobre el Derecho y no cuando se lo aplica o usa⁶⁵⁰.

Una apropiada descripción del orden jurídico debe determinar satisfactoriamente qué entidades lo componen y cómo funcionan; el problema es que la

“...mecánica jurídica muestra precisamente que las entidades de un orden jurídico, en analogía con las partículas en física, sufren de indeterminación irresoluble.”⁶⁵¹

Las sociedades desarrolladas están regidas por un desmesurado bagaje de normas de todo tipo: sociales, morales, religiosas, familiares, *et sit cétera*; limitándonos a las normas jurídicas, el actual Estado social ha provocado que las necesidades normativas sean numerosas, y que los órganos con capacidad para producir normas jurídicas sean muchos y, consecuentemente, el número de normas jurídicas que componen un ordenamiento jurídico moderno sea desmesurado.

El Derecho de un Estado moderno no sólo es creado por diversos órganos legislativos sino que, además, está formado por normas de muchos tipos y de diversa temporalidad; cualquier ordenamiento jurídico se caracteriza tanto por su amplitud, como por su complejidad; tal complejidad deviene de la imposibilidad de que un único órgano satisfaga todas las necesidades normativas de una sociedad desarrollada, por ello, las

⁶⁴⁹ HART, H. L. A.; *El concepto de Derecho*, cit., págs. 1 y ss. y 125 y ss. No ingresaremos al análisis de la idea de *vigencia*, sino a un somero análisis de las cuestiones normativas como conformantes del ordenamiento jurídico, pues extendernos sobre aquella cualidad importaría ingresar a temáticas ajenas a ésta propuesta.

⁶⁵⁰ RAZ, JOSEPH; *La autoridad del Derecho...*, cit., pág. 106.

⁶⁵¹ TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO; *Indeterminación del Derecho...*, cit., pág. 57.

organizaciones jurídicas modernas acuden a distintas técnicas de delegación en diversos órganos de la potestad legislativa atribuida al parlamento. Además, los ordenamientos jurídicos sostienen diferentes ideales de justicia, mantienen distinto equilibrio de los intereses en conflicto, y además persiguen objetivos diversos; los ordenamientos jurídicos existen en diferentes sociedades, bajo diferentes condiciones, de donde no es extraño que aporten distintas soluciones.

Para RAZ las características, son que el sistema sea *comprehensivo*, es decir que pretenda autoridad para regular cualquier tipo de comportamiento (i.e. si bien no regulan necesariamente todos los comportamientos, sí *pretenden* hacerlo); *supremos*, implicada por la anterior conlleva que se procura por el sistema someter a otros sistemas institucionalizados; y *abierto* en el sentido de que contiene normas cuyo propósito es otorgar fuerza obligatoria dentro del sistema a normas que no pertenecen a él (v.g. reconociendo contratos, costumbres, *et sit cétera*)⁶⁵².

No podemos ingresar aquí, por los alcances del trabajo propuesto, a efectuar una teorización sobre esta cuestión, en tal sentido, la obra de HART, “*El concepto de derecho*” y la de HANS KELSEN “*Teoría Pura del Derecho*”; por sólo nombrar los estudios más representativos, ya se han ocupado magistralmente del tema, por ello, haciendo a un lado el escepticismo y el formalismo ante las reglas⁶⁵³ como negación del aparato conceptual positivista⁶⁵⁴, veremos de manera simple qué entenderemos, en adelante, por ordenamiento jurídico y al sólo efecto de señalar sobre qué base estaremos hablando en lo sucesivo cuando a él nos refiramos, con esto adelantamos que en modo alguno rebatiremos o discutiremos ninguna de las teorías que se han ocupado del funcionamiento de los sistemas jurídicos y del concepto de norma jurídica, pero claramente, debemos explicar sobre cuál teorización, a este respecto, estamos parados cuando hablamos de las ideas precitadas⁶⁵⁵.

⁶⁵² RAZ, JOSEPH; *La autoridad del Derecho...*, cit., págs. 151 a 154.

⁶⁵³ Tomado aquí el *formalismo* en su vertiente interpretativa según BOBBIO, donde las respuestas del juez son meramente mecánicas o automáticas, excluyéndose todo juicio de valor, tesis que se critican en estas páginas en numerosas ocasiones. BOBBIO agrega tres clases más de formalismo: el de la justicia, el del Derecho y el de la ciencia del Derecho, de estos; en nuestra propuesta, y bajo la óptica del positivismo, sólo sobrevolamos la segunda. Conf. BOBBIO, NORBERTO; *El problema del Positivismo Jurídico*, cit., pág. 165 y ss.

⁶⁵⁴ HART, H. L. A.; *El concepto de Derecho*, cit., págs. 155 y ss.

⁶⁵⁵ Desde ahora, y dado el acotado margen de nuestro estudio, adelantamos que el examen que nos proponemos, tiene por norte a los ordenamientos jurídicos evolucionados de un estado moderno, y no a aquellos ordenamientos rudimentarios que sólo viabilizan el examen histórico del Derecho, por caso el

Toda norma jurídica pertenece necesariamente a un *sistema jurídico*⁶⁵⁶ (alemán, inglés, romano, *et sit cétera*)⁶⁵⁷, pero es imposible penetrar la naturaleza del Derecho si se limita la atención a una sola norma aislada.

Un orden jurídico, en una primera aproximación es el nombre de un conjunto individual de normas que constituyen un todo coherente de significado, no son definidas pero pueden ser señaladas; es un cuerpo integrado de reglas que determinan las condiciones bajo las cuales debe ejercerse la fuerza física contra una persona (la relación entre las *normas jurídicas* y la *fuerza* consiste en el hecho de que ellas se refieren a la aplicación de ésta y no en el hecho de que están respaldadas por la fuerza)⁶⁵⁸.

Para la profesión jurídica, el Derecho es manejado como si fuera una “clase de cosas”, esto es, un *orden*, de donde, se concibe al Derecho como un conjunto, a cuyas entidades se las denomina *normas*; en síntesis, el Derecho no es una cosa singular, sino un *conjunto de normas*.

BIERLING afirmaba, con propósito científico que debía hallarse lo que pertenece al género “Derecho”, por oposición a todos los Derechos particulares concretos; entendiendo entonces el concepto de Derecho como un concepto abstracto-general en el sentido de la lógica formal,

“Derecho, en sentido jurídico, es todo lo que los hombres que conviven en una comunidad cualquiera reconocen mutuamente como norma y regla de esta vida común.”⁶⁵⁹;

derecho primitivo o el derecho internacional (ver en tal sentido HART, H. L. A.; *El concepto de Derecho*, cit., págs. 4 y 5).

⁶⁵⁶ La expresión “sistema jurídico” es la traducción literal de *legal system*, que dentro de la tradición jurídica del *common law* es el término canónico que corresponde a “orden jurídico”, propia de la tradición romano-germánica (en este sentido ROLANDO TAMAYO Y SALMORÁN, nota “a” en RAZ, JOSEPH; *El concepto de sistema jurídico*, cit., pág. 17).

⁶⁵⁷ No es pauta de éste trabajo desarrollar una teoría general para todo sistema jurídico –en tanto que pretende ser verdadera para todo sistema jurídico–, una teoría completa de este tipo consiste en la solución de cuatro problemas: a) El problema de existencia: ¿cuáles son los criterios de existencia de un sistema jurídico?, debe distinguirse entre sistemas jurídicos existentes, que dejaron de existir o que nunca existieron (v.g. el Derecho propuesto por PLATÓN para un Estado ideal); b) El problema de identidad: ¿qué disposiciones jurídicas forman un sistema dado?; c) El problema de estructura: ¿existe una estructura común a todos los sistemas jurídicos o a ciertos tipos de sistemas jurídicos?; y d) El problema del contenido: ¿hay algún contenido común a todos los sistemas jurídicos o que determinen tipos importantes de sistemas?. Todo sistema jurídico tiene que dar una respuesta a los dos primeros interrogantes, pero no necesariamente a los últimos dos. (RAZ, JOSEPH; *El concepto de sistema jurídico*, cit., pág. 18).

⁶⁵⁸ ROSS, ALF; *op. cit.*, págs. 56, 60 y 80. El profesor escandinavo aclara que el problema de la definición sólo surgiría si tuviéramos que clasificar diversos órdenes individuales bajo el título Derecho.

⁶⁵⁹ LARENZ, KARL; *op. cit.*, pág. 54.

los elementos esenciales del Derecho son la *norma* y el *reconocimiento mutuo*, la primera era

“expresión de un querer que espera de otros su realización”⁶⁶⁰,

en tanto que el reconocimiento implica un comportamiento continuo y habitual.

KELSEN entendía que los órdenes jurídicos son conjuntos complejos que resultaban de la interdependencia recíproca de sus entidades (i.e. normas); de igual forma HART, para quien la descripción de una norma precisaba una descripción del funcionamiento de la totalidad del sistema; y el antepasado dogmático común, BENTHAM, quien explicaba que el Derecho es un *pannomion*, un buen entendimiento de aquel presupone el de sus entidades

“Un cuerpo de normas es una vasta y complicada pieza de mecanismo de la cual ninguna de las partes puede ser completamente explicada sin el resto.”⁶⁶¹.

El Derecho es un conjunto de normas:

$$\Delta = \{n, n, n, n, \dots\}$$

Fig. 3.1. El Derecho como conjunto de normas (Tamayo y Salmorán)

Δ es cualquier derecho positivo y “n” cualquier cosa devenida norma jurídica. Conforme lo antedicho, el Derecho no es un mero aglomerado de elementos, sino una “intrincada urdimbre de normas”⁶⁶².

Se acostumbra a pensar que las normas jurídicas no se hallan aisladas o desagregadas entre sí, sino que forman algún tipo de unidad, que tienen algún tipo de relación que permite concebirlas como un sistema⁶⁶³; modernamente, el conjunto de preceptos que forman un ordenamiento jurídico concreto es concebido, no como una mera adición, sino como un sistema⁶⁶⁴ (sistema aquí no es la labor de sistematización del ordenamiento llevada a cabo por la dogmática jurídica, sino el objeto de conocimiento del

⁶⁶⁰ *Ibidem*.

⁶⁶¹ BENTHAM citado por TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO; *Indeterminación del Derecho...*, cit., pág. 59.

⁶⁶² TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO; *Indeterminación del Derecho...*, cit., pág. 60.

⁶⁶³ Entendemos por sistema a un conjunto de elementos relacionados entre sí. Un conjunto es una colección de elementos, por lo que no conforma aun un sistema, para serlo precisa de una estructura.

⁶⁶⁴ La teoría de sistemas, cuando fija su objeto de estudio, distingue dos formas del término “sistema”: a) para referirse a una realidad empírica, observada, acerca de la que se espera desarrollar algún constructo explicativo; o b) para referirse al conjunto de símbolos por medio de los que se procura identificar, describir, delimitar y explicar el comportamiento de un sistema empírico.

jurista, es decir, el conjunto de preceptos dictados por el Legislador)⁶⁶⁵. Existe una distinción entre quienes entienden que la interpretación debe ser sistemática porque el sistema jurídico posee una lógica interna propia (i.e. el sistema jurídico tiene coherencia interna lo que justifica acudir a determinados preceptos para aclarar otros dudosos), y quienes señalan que la sistematicidad del ordenamiento, de existir, sería en todo caso un resultado y no un presupuesto de la interpretación⁶⁶⁶; esta segunda postura es, entendemos, la más realista, pues subrayan la dificultad de hallar coherencia en un conjunto de normas nacidas bajo regímenes políticos diversos y, consecuentemente, portadoras de finalidades, posiblemente, contradictorias,

“...la creencia en la sistematicidad objetiva e intrínseca del ordenamiento se convierte en una cuestión de fe en un legislador intemporal, ‘ministro de un sistema jurídico inhistórico y armonioso’, que como toda cuestión de fe ‘es de difícil justificación’.”⁶⁶⁷

Lo cierto es que, calificar como “sistema” a un conjunto de normas, no es una mera cuestión lingüística, ni son baladí los intentos de los juristas de predicar ello de los ordenamientos; pues más allá de las connotaciones propias de dicho concepto, el caracterizar a un ordenamiento jurídico como tal, conlleva la valoración de entender que se trata de un plexo de elementos dotados de unidad, plenitud y coherencia. Los autores de la Escuela Histórica del Derecho –cuyo principal ponente fuera FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY- sostenían que las *relaciones entre los elementos del Derecho eran de carácter*

⁶⁶⁵ GIOVANNI TARELLO enumera seis acepciones de “sistema” en que el Derecho puede concebirse:

- (a) *Como identidad de las fuentes de producción*: forman un sistema todas las normas producidas por una única fuente.
- (b) *Como común derivación material*: forman un sistema todas las normas derivables del contenido de una norma.
- (c) *Como común derivación formal*: forman un sistema todas las normas derivables de una única norma que delega a un sujeto o clase de sujetos el poder de producir normas ulteriores.
- (d) *Como común proyección institucional*: forman un sistema todas las normas que regulan la misma institución.
- (e) *Como comunidad de usuarios*: forman un sistema todas las normas usadas por un sujeto o por un órgano.
- (f) *Como común asunción analítica*: forman un sistema todas las normas que una tradición cultural reúne como sistema.

TARELLO, GIOVANNI; *La nozione di Diritto: un approccio prudente*, en Uberto Scarpelli (dir.); “La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio”, Ed. di Comunità, Milán, 1983, pág. 356.

⁶⁶⁶ TARELLO, GIOVANNI; *op. cit.*, pág. 359.

⁶⁶⁷ EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER; *La argumentación en la justicia constitucional*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, DIKE - Biblioteca Jurídica, Bogotá, 2008, pág. 126.

orgánico, los elementos que integraban el Derecho no eran las normas sino los institutos jurídicos (v.g.: el error, el pago, la compraventa, *et sit cétera*).

Otra postura entiende que entre las normas existe una *relación lógica* – SAMUEL PUFFENDORF o CHRISTIAN THOMASIIUS entre otros-; de donde, puede afirmarse que si se ha dictado una norma, entonces también se han dictado, implícitamente, todas sus consecuencias lógicas. La teoría puede aplicarse al positivismo (una autoridad dicta una norma de la cual se derivan diversas consecuencias) o al iusnaturalismo (de los principios evidentes para la razón humana, los axiomas, se derivan sus consecuencias lógicas –los teoremas-). Según PUCHTA, las proposiciones jurídicas individuales que constituyen el Derecho de un “pueblo”, se hallan entre sí en conexión orgánica, cuya unidad deriva precisamente de proceder del espíritu de tal pueblo,

“Sin embargo, de modo totalmente inesperado y como si fuese algo evidente, esta conexión ‘orgánica’ de las proposiciones jurídicas (no, como en SAVIGNY, de los institutos jurídicos) se transforma en la conexión lógica de los conceptos, considerándose, además, que esta conexión lógica es fuente de conocimiento de proposiciones jurídicas de las que antes no se tenía conciencia”⁶⁶⁸

Lo importante para el Derecho es que se conozcan esas proposiciones en su conexión sistemática, con el objeto de elevarse desde las mismas hasta sus principios, y posteriormente descender de estos para hallar nuevas proposiciones jurídicas no explícitas, sólo a partir de la deducción científica se hacen perceptibles (i.e. este es el Derecho de los juristas, que no es el Derecho del espíritu nacional, ni el dictado por el Legislador). Todo este entramado lo denomina PUCHTA la “genealogía de los conceptos”, una pirámide conceptual del sistema formado según las reglas de la lógica formal⁶⁶⁹. IHERING también habla de proposiciones jurídicas, lógicamente posibles a partir de la mecánica de extraer nuevos conceptos de los conceptos productivos primigenios, pero a diferencia de PUCHTA, no parte de un concepto fundamental anterior al derecho positivo, sino que su proceso de formación de proposiciones es igual al de las ciencias formales, siendo exclusivamente inductivo⁶⁷⁰.

⁶⁶⁸ Cit., LARENZ, KARL; *op. cit.*, pág. 35.

⁶⁶⁹ Cit. LARENZ, KARL; *op. cit.*, pág. 36.

⁶⁷⁰ Cit. LARENZ, KARL; *op. cit.*, pág. 40. LARENZ considera a la construcción de IHERING un extravío pseudocientíficonatural.

En tercer lugar puede entenderse a las normas como *relaciones dinámicas*, sobre esto señalaremos algunas cuestiones más adelante.

Si las reglas de Derecho han de constituir un sistema, ellas tienen que referirse a acciones definidas, realizadas por personas definidas⁶⁷¹. Los criterios para identificar un sistema jurídico dentro de los sistemas normativos, vienen dados por reglas que reportan la pertenencia de las normas al sistema jurídico; dicho de otro modo, son reglas que establecen qué requisitos debe satisfacer una norma para que sea considerada parte del sistema jurídico. Cuando esos criterios de pertenencia son respetados se considera que una norma jurídica es válida y, consecuentemente, al cumplir todas las normas que forman parte del sistema, unos mismos requisitos de validez se considera que éste constituye una unidad⁶⁷². El carácter común de ciertas normas (o actos) es la clave de bóveda que permite la construcción de los órdenes jurídicos, todos los actos y las normas que comparten al menos una norma (o acto) forman un solo orden jurídico; por ello, en cualquier orden jurídico (este es parte del criterio de identidad) existe, al menos, un acto jurídico que es común a todas las secuencias de facultamiento del sistema.

La caracterización del sistema jurídico como una unidad es uno de los ítems esenciales en los que se apoya la tesis iuspositivista (aunque también formaba parte de la corriente iusnaturalista pero desde un planteamiento distinto). Desde una visión general, un sistema jurídico implica que todas las normas que lo componen están conectadas entre sí y son, todas ellas, reconducibles, en última instancia, a una única norma relevante final del sistema, que cumpliría una doble función: a) ser el criterio de identificación del sistema y b) establecer los criterios de pertenencia de las normas al sistema jurídico. Dicho de otro modo, las normas, así como los actos que las crean y aplican, son interdependientes unos respecto de otros; las normas se encuentran relacionadas de tal forma que para que el orden jurídico opere, es necesario que los actos que crean y aplican las normas se realicen en una secuencia específica, sin la conexión específica, la creación jurídica “escalonada” no es posible.

⁶⁷¹ ROSS, ALF; *op. cit.*, pág. 58. El autor señala que un “orden jurídico” nada tiene que hacer con la aprobación o reprobación moral, pues puede considerarse a determinado orden como un “orden jurídico” y considerar que el deber moral es derrocarlo.

⁶⁷² Kelsen, HANS; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 204. Las normas pertenecen al sistema, en tanto han sido producidas en la manera que determina la norma fundante básica, y no porque tengan determinado contenido.

La identidad del sistema jurídico se basa en el criterio o conjunto de criterios que determinan qué disposiciones jurídicas pertenecen al sistema y cuáles no, en este sentido BENTHAM, AUSTIN, KELSEN y HART se ocuparon de qué disposiciones jurídicas e instituciones formaban el orden jurídico antes que proponerse indagar sobre sus características distintivas, no pensaban que la unidad de los sistemas jurídicos dependiera del contenido o espíritu de sus leyes, tampoco necesitaban una lista completa y precisa de las disposiciones jurídicas del sistema⁶⁷³. La validez jurídica es el resultado de la conformidad a las “reglas de formación” del sistema, y no tiene nada que ver con valores, ni con ninguna consideración metafísica; validez es una cuestión de pertenencia, así, n^2 es válida si n^1 faculta a O a crear n^2 y O efectivamente lo hace (y O lo hace si su acto se conforma a n^2).

El problema de identidad tiene dos aspectos diversos: el del alcance o extensión de un sistema jurídico y el de la continuidad. El primero surge cuando se toma en consideración si un contrato válido, las regulaciones de una sociedad, *et sit cétera*; son parte del sistema jurídico. En el segundo se refieren a procedimientos a través de los cuales los sistemas jurídicos dejan de existir y son reemplazados por un sistema nuevo⁶⁷⁴. RAZ advierte sobre la aplicación mecánica de las soluciones admitidas a nuevos casos, el teórico no puede simplemente enumerar los criterios jurídicos, sino más bien inquiere en sus justificaciones para –conforme a ello- realizar una recta generalización que ayude a solucionar razonablemente casos difíciles⁶⁷⁵.

Observar a las normas como en un proceso de “encadenamiento” que conforma un orden, apareja que las normas o actos que preceden (*acta anterioria* o *normae anteriorae*) funcionan como condición o “fuente” de los actos jurídicos subsecuentes (*acta posteriora*) y de sus correspondientes normas (*norma posteriorae*). Los actos jurídicos determinan cómo deben ser los actos subsecuentes en la secuencia, puesto que las secuencias normativas no son sólo una sucesión de normas y actos jurídicos, sino también una secuencia de condicionamientos. Las normas y actos jurídicos posteriores (como consecuentes) tienen que satisfacer las condiciones establecidas por las normas y actos

⁶⁷³ Esta raza de autores no se interesaba en la solución correcta de cualquier conjunto de problemas jurídicos específicos, sino que querían encontrar los criterios para identificar las disposiciones jurídicas de cualquier sistema jurídico.

⁶⁷⁴ RAZ, JOSEPH; *La autoridad del Derecho...*, cit., pág. 109.

⁶⁷⁵ RAZ, JOSEPH; *La autoridad del Derecho...*, cit., pág. 113.

jurídicos anteriores para ser reconocidos como actos de la secuencia. Pero no debe caerse en el yerro de entender que la determinación de los rasgos característicos de los actos jurídicos futuros (o normas jurídicas futuras) está completamente establecida con anterioridad.

Sobre la identidad, puede partirse de un esquema sintético como el de KELSEN, quien a partir de la “*norma fundamental*”, procura explicar la interrelación sistemática de las normas jurídicas. Las normas jurídicas pertenecen a un sistema como consecuencia de una combinación de actos humanos y de otras normas jurídicas; la existencia de una norma positiva presupone la existencia de otra norma autorizando su creación. El regreso al infinito se evita presuponiendo la existencia de una “norma fundamental” para cada orden normativo⁶⁷⁶, la cual no ha sido creada efectivamente pero es necesaria; es un presupuesto epistemológico utilizado implícitamente por los juristas al determinar la validez de las normas que componen el ordenamiento jurídico, se trata de una norma ficticia, un mero postulado teórico que es menester suponer para otorgar validez a la primera Constitución⁶⁷⁷. Además, tal norma fundamental sólo sería relevante presuponerla en los sistemas jurídicos eficaces, es decir, en aquellos en que generalmente las normas son obedecidas y aplicadas. Para KELSEN, la validez objetiva de una norma –la cual constituye la significación subjetiva de un acto de voluntad de que los hombres deben comportarse de cierta manera- no se sigue del acto fáctico, de un “ser”, sino de una norma que autoriza dicho acto, es decir, de un “deber ser”⁶⁷⁸,

“En la medida en que las normas, que constituyen el fundamento de los juicios de valor, son establecidas por actos de voluntad humana, y no por una voluntad sobrehumana, los valores que a través de ellos se constituyen son arbitrarios... constituyen sólo valores relativos. Es decir: la validez de semejante norma, que instituye como debida una determinada conducta, y el valor constituido a través de ella, no excluye la posibilidad de la validez una norma que instituya como debida a

⁶⁷⁶ KELSEN, HANS; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 22.

⁶⁷⁷ Esta “norma fundante” sólo se vincula con la cuestión del fundamento de la validez del Derecho positivo, no con una justificación ético- política del orden coactivo. La norma fundante no provee de patrones morales de justificación, sino que establece condiciones de la validez objetiva del Derecho (i.e. sirve de fundamento a la validez de todo orden jurídico positivo). “El contenido de un orden jurídico positivo es enteramente independiente de su norma fundante básica. Puesto que, como debe subrayarse enfáticamente, de la norma fundante cabe derivar solamente la validez, pero no el contenido del orden jurídico.” KELSEN, HANS; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 228.

⁶⁷⁸ KELSEN, HANS; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 19 y 201.

la conducta opuesta.”⁶⁷⁹ (esta es la base del *dualismo lógico* donde el valor como debido se contrapone a lo real como lo entitativo; valor y realidad, como ser y deber ser, se escinden en dos esferas diversas).

BIERLING, en su análisis de la validez jurídica, también, como Kelsen, recurre a un “deber ser” lógico y no ético, la norma verdaderamente reconocida es aquella que el individuo *debe* reconocer como consecuencia lógicamente necesaria de una norma fundamental que él verdaderamente reconoce⁶⁸⁰.

De acuerdo con Kelsen, entonces, una norma es válida en tanto que su producción se corresponda a la norma superior determinante (i.e. se desenvuelva dentro del marco de posibilidades ofrecidos por ésta). La autorización para producir normas (determinación en la terminología kelseniana), de parte de las normas superiores, a la producción normativa inferior, puede asumir dos modalidades: limitarse a señalar el órgano y el procedimiento para producir normas jurídicas de grado inferior, pero también puede determinar el contenido de las normas de grado inferior, ya sea mediante una determinación positiva del contenido, o estableciendo límites al contenido admisible de las normas de grado inferior (es el caso de las normas constitucionales que disciplinan la producción de las leyes). Esto último trae un problema que analizaremos a continuación.

La teoría de Kelsen presenta varios flancos débiles, por caso, que para determinar el contenido de la norma fundamental es necesario saber antes cuál es la Constitución y, además, que el sistema jurídico que surge a partir de ella sea eficaz; de donde no se comprende bien para qué sirve finalmente aquella⁶⁸¹. También, aun asumiendo la discutible tesis de que la norma fundamental otorga validez a la primera Constitución, aun podría cuestionarse qué hace a su vez que la propia norma fundamental sea válida, a lo que Kelsen respondió que debe presuponerse de todas formas y aceptársela dogmáticamente; de donde se está diciendo que, si la norma fundamental tuviera un fundamento es porque no es la norma fundamental, pasando a serlo otra norma de orden superior de la cual dependería; con lo que se termina saliendo del ordenamiento jurídico para buscar el fundamento último. Dicho de otra forma, no se trata de un problema jurídico,

⁶⁷⁹ Kelsen, Hans; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 31.

⁶⁸⁰ Cit., Larenz, Karl; *op. cit.*, pág. 55.

⁶⁸¹ Kelsen, Hans; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 209.

sino relacionado con el origen primitivo del poder (v.g. contrato social, ley natural, Dios, *et sit cétera*)⁶⁸².

Además, como adelantáramos, existe otro problema, puede ocurrir que el órgano habilitado para la producción normativa inferior, o bien se aparte del procedimiento establecido para ello, o bien emita normas cuyo contenido se sitúe fuera de la determinación positiva o negativa, que imponen las normas de grada superior,

“La respuesta que encajaría con mayor naturalidad en los parámetros kelseniano sería que tales normas, que se han producido con vulneración de lo ordenado respecto de su producción por normas superiores, no son, sencillamente, normas válidas, puesto que, de acuerdo con KELSEN, ‘una norma sólo pertenece a un determinado orden jurídico porque y en tanto su producción corresponde a una norma superior determinante... recuérdese que, para KELSEN, respecto de cualquier norma, las propiedades de ‘ser obligatoria’ y ‘corresponder a la norma superior determinante’ son –bajo el rótulo indiferenciado de ‘ser válida’- necesariamente coextensivas.”⁶⁸³;

en la teoría de KELSEN de la validez jurídica, la dimensión del Derecho como regulador de su propia producción resulta completamente anulada en pro de su dimensión constitutiva – la que suele confundirse, en los países en que la costumbre es una fuente relegada, con su dimensión autoritativa-.

La cadena kelseniana de validez se reduce a una cadena de autoridades, cada una de las cuales puede constituir como Derecho cualquier contenido siempre que esté presente el procedimiento adecuado. Aquí se percibe otro problema que trae la teoría del maestro vienés; si bien el Derecho, desde luego, es un sistema de autoridades y competencias, también lo es de contenidos normativos que vinculan a dichas autoridades en el ejercicio de sus competencias,

“En Derecho...es capital la pregunta de quién puede (o debe) decidir sobre un cierto caso genérico (como lo hace la legislación) o individual (como lo hace la jurisdicción). Pero es también capital la pregunta acerca de cómo –a través de qué procedimiento, con qué contenido- deben ser decididos los casos (genéricos o

⁶⁸² KELSEN, HANS; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 202.

⁶⁸³ ATIENZA, MANUEL y RUIZ MANERO, JUAN; *Tres problemas de la validez jurídica*, en MALEM, JORGE, *et. al.* (coord.), “La función judicial”, Gedisa, Barcelona, 2003, pág. 87.

individuales) para que la decisión pueda considerarse ajustada a Derecho, jurídicamente correcta.”⁶⁸⁴

KELSEN disuelve la segunda cuestión –la de fondo- en la primera –la de forma-, pero no permite ir más allá de que ciertos órganos tengan la competencia para determinar qué es lo jurídicamente debido, explicando la corrección jurídica de las decisiones⁶⁸⁵.

HART reporta una teoría más refinada, por la vena de solucionar las deficiencias de la norma fundamental, la sustituyó por la noción de *regla de reconocimiento*, pero distinguiendo los dos planos confundidos por KELSEN: a) la validez la entiende como mera pertenencia, y b) la regla de reconocimiento es una norma jurídica positiva que establece esos criterios de validez de las normas. Por ello, carece de sentido indagar si la regla de reconocimiento es válida o no, esto es, si el criterio de pertenencia al sistema pertenece él mismo al sistema⁶⁸⁶. La ventaja de esta construcción es la evitación de precisar presuponer al criterio último de validez, es comprobable empíricamente; la regla de reconocimiento es un hecho social empírico que surge de la efectividad del sistema jurídico en su conjunto: el hecho de que las normas jurídicas sean generalmente obedecidas por los funcionarios, ciudadanos y jueces, demuestra la existencia de un criterio que les permite reconocer las normas y considerarlas obligatorias.

También puede utilizarse para entender la idea de ordenamiento jurídico, una teoría más sofisticada como la de JOSEPH RAZ (aunque acepta que la utilización de requerimientos metateóricos como los que esgrime en su teoría, es necesariamente vaga); para él, las clases y patrones de relaciones internas que existen entre disposiciones jurídicas en un sistema jurídico dependen de dos factores: a) principios de individuación –esclarecen conexiones importantes entre varias partes de un sistema jurídico-; y b) la riqueza, variedad y complejidad del sistema jurídico. Un sistema jurídico es un sistema normativo sólo si tiene un cierto mínimo de complejidad (esto se vincula con el contenido mínimo de los sistemas jurídicos)⁶⁸⁷.

⁶⁸⁴ ATIENZA, MANUEL y RUIZ MANERO, JUAN; *Tres problemas...*, cit., pág. 88.

⁶⁸⁵ Sobre esto versará *infra* el parágrafo 36 (“La corrección de los enunciados normativos. El Derecho correcto”). ATIENZA y RUIZ MANERO distinguen ambas formas de validez, reservan para la formal el rótulo de *existencia institucional* o *validez constitutiva*, y para la sustancial el rótulo de *regularidad* o *validez regulativa* (Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan; *ibidem*).

⁶⁸⁶ RAZ en modo similar. RAZ, JOSEPH; *La autoridad del Derecho...*, cit., pág. 94.

⁶⁸⁷ RAZ, JOSEPH; *El concepto de sistema jurídico*, cit., pág. 173 y ss.

En síntesis, para RAZ, los sistemas jurídicos son intrincadas urdimbres de disposiciones jurídicas interconectadas⁶⁸⁸. Para el discípulo de HART, si bien un sistema jurídico consiste en normas jurídicas válidas, esta última noción no puede reducirse a la membresía a un sistema jurídico; es sabido que muchos sistemas jurídicos reconocen y aplican normas que no son parte del sistema (v.g. normas del derecho internacional privado, o reglas de grupos étnicos o tribales que los componen). Validez entonces es más amplio que membresía a un sistema jurídico, ya que aunque todas las disposiciones jurídicas son jurídicamente válidas, no toda norma jurídicamente válida es una disposición jurídica del sistema⁶⁸⁹.

“El mejor camino para el entendimiento de ‘jurídicamente válido’ es atendiendo al hecho de que se usa de manera intercambiable con ‘jurídicamente obligatorio’. Una norma válida es la que tiene efectos normativos.”⁶⁹⁰

Esto es similar a Kelsen, pues el profesor de Viena identifica validez de las normas con su existencia y afirma que decir que una norma es válida importa que debe ser obedecida; por ello RAZ explica que hay dos sentido por los que el Derecho debe entenderse como social⁶⁹¹: a) un sistema jurídico puede hallarse en vigor en un grupo comunitario o no, pero tal vigor se predicará si es efectivamente seguido, observado y aplicado en aquel grupo, sin ir más allá en esta tesis, baste decir que la vigencia es el resultado de la eficacia del Derecho en tal sociedad, pero con ello nada se sumará pues tal aserto es válido también para las normas morales; y b) todas las disposiciones jurídicas tienen una fuente, la validez de cualquier disposición jurídica está condicionada por el advenimiento de ciertos hechos sociales (v.g. actos del parlamento, de un consejo municipal, *et sit cétera*).

En síntesis, para concebir al Derecho como un hecho social debe entenderse que la existencia de un sistema jurídico es una función de su eficacia social, pero también

⁶⁸⁸ RAZ, JOSEPH; *El concepto de sistema jurídico*, cit., pág. 220.

⁶⁸⁹ Pero permite entender que una norma no es ni verdadera ni falsa, sino que sobre ella sólo cabe predicar su validez o invalidez. Por el contrario, el enunciado jurídico que describe un orden jurídico, afirmando que tal o cual norma vale o no, sí es susceptible de evaluar veritativamente. Kelsen, HANS; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 214.

⁶⁹⁰ RAZ, JOSEPH; *La autoridad del Derecho...*, cit., pág. 191.

⁶⁹¹ Obviamente rechaza la validez jurídica de una norma como establecida sobre argumentos de valor y justificación (propio del iusnaturalismo). Prefiere que los criterios de validez devengan de los criterios señalados por las normas del sistema.

que toda disposición jurídica tiene una fuente⁶⁹². La validez jurídica de las disposiciones que prohíben, por caso, el robo, no reposan en argumentos referidos a la propiedad y a lo incorrecto de infraccionarlo, sino a la necesidad de tener un Derecho efectivo:

“La validez presupone membresía y aplicabilidad. Los juicios de membresía y de aplicabilidad son juicios sobre hechos sociales. Los juicios sobre la validez jurídica son juicios normativos parcialmente fundamentados en tales hechos.”⁶⁹³

Este autor señala una idea importante, cualquier cambio significativo del Derecho puede ser suficientemente importante como para establecer una alteración en la identidad de la entidad social de la cual el sistema jurídico es parte, pero además deben tomarse en cuenta otros factores,

“...la identidad de los sistemas jurídicos dependen de la identidad de las formas sociales a las cuales estos pertenecen. El criterio de identidad de los sistemas jurídicos es, por tanto, determinado no únicamente por consideraciones teórico jurídicas o consideraciones jurídicas, sino también por otras consideraciones, consideraciones que pertenecen a otras ciencias sociales.”⁶⁹⁴

KELSEN ha señalado que los sistemas jurídicos pueden ser estáticos o dinámicos. Ejemplos de los primeros son los sistemas morales, a partir de normas consideradas autoevidentes, es posible inferir otras normas que son sus consecuencias lógicas. Los sistemas dinámicos se caracterizan porque sus primeras normas únicamente establecen los hechos productores de normas, confieren autorización para dictar normas, ejemplo de ello son los sistemas normativos⁶⁹⁵. Para KELSEN, un sistema jurídico es un sistema coactivo, esto importa que establece determinadas sanciones (v.g.: pena); si bien se afirma que todo sistema jurídico tiene como rasgo definitorio la coactividad, es obvio que no todas las normas jurídicas establecen sanciones (v.g.: las normas de competencia), sólo algunas de las normas jurídicas –las prescriptivas- contienen en su solución normativa una acción que es una sanción⁶⁹⁶.

⁶⁹² RAZ, JOSEPH; *La autoridad del Derecho...*, cit., pág. 194.

⁶⁹³ RAZ, JOSEPH; *La autoridad del Derecho...*, cit., págs. 195 a 196.

⁶⁹⁴ RAZ, JOSEPH; *El concepto de sistema jurídico*, cit., pág. 227.

⁶⁹⁵ KELSEN, HANS; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 201 y ss.

⁶⁹⁶ En lo referente a los sistemas jurídicos como sistemas normativos, su relevancia para éste trabajo estriba en una perspectiva global de las relaciones normativas que se utilizarán en lo ulterior, véase *infra* parágrafo 28.1 (“*El sistema jurídico como sistema normativo*”).

Más allá de la naturaleza coactiva de los ordenamientos jurídicos, nosotros aquí seguimos también la posición que entiende que, su fundamentación, estriba también en su institucionalización, que es lo que distingue a aquellos de cualquier otro sistema. La naturaleza institucionalizada del Derecho se manifiesta en la existencia de tribunales y su función como aplicadores de aquel⁶⁹⁷. Un ordenamiento jurídico puede ser identificado como el conjunto normativo que los jueces pueden invocar para justificar sus decisiones, aunque esto permearía en su comprensión estándares diversos como se verá más adelante⁶⁹⁸. Un ordenamiento jurídico se identifica a partir de circunstancias contingentes o rasgos fácticos que varían de comunidad a comunidad (v.g. los jueces bolivianos no pueden esgrimir, salvo circunstancias especialmente previstas, lo que ha decidido el Legislador paraguayo para justificar sus decisiones).

“Las leyes no describen conductas sino que expresan decisiones de la autoridad normativa. En tanto que esas decisiones sean las pautas que exclusivamente cuentan como derecho en un cierto dominio normativo, nada garantiza la coincidencia entre las exigencias jurídicas y los ideales morales. Cualquier legislador puede equivocarse en sus decisiones y obligar o prohibir conductas que no tienen justificación a la luz de la moral crítica.”⁶⁹⁹

Algo que debe quedar claro es que existen dos tipos de órdenes sociales que no pueden considerarse sistemas jurídicos por razones conceptuales, sin importar si tienen o no validez. El orden sin sentido y el orden predatorio⁷⁰⁰.

Un orden es sin sentido, cuando un grupo de individuos se rige de tal manera que no revela consistencia la intención de quienes establecen las reglas, ni tampoco permite una prosecución continua de los intereses de los súbditos (v.g. un grupo de personas regidas por un grupo de forajidos, donde dentro del grupo último se permite cualquier acción, y con excepción de esto no existe ninguna otra regla general, los forajidos dan a sus súbditos órdenes cambiantes, concretas y en ocasiones de difícil cumplimiento).

⁶⁹⁷ A diferencia de las postulaciones de BENTHAM y AUSTIN, que prefirieron involucrarse con los órganos creadores del Derecho, considerando particularmente los modos de creación; nuestro trabajo se centra en los aplicadores del Derecho. Máxime que el Legislador, como creador del Derecho, puede perder su monopolio en tal actividad si se concluye que son los tribunales los que en definitiva reconocen todo el Derecho de un sistema.

⁶⁹⁸ Ver *infra* Capítulo IV (“Interpretación y Aplicación de las normas penales”).

⁶⁹⁹ BOUZAT, ANDRÉS; CANTARO, ALEJANDRO S. y NAVARRO, PABLO E.; *op. cit.*, pág. 120.

⁷⁰⁰ ALEXY, ROBERT; *Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral*, en VÁZQUEZ, RODOLFO (comp.) *Derecho y Moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, 1ª reimpresión, Gedisa, Barcelona, 2003, pág.126.

Un orden se convierte en predatorio, cuando, si bien hay una organización embrionaria (de la que se carece en un orden sin sentido), las reglas no establecen, sin embargo, ningún derecho respecto a un sector; hay un propósito de explotación que alcance a otro sector y es conocido por todos, respecto del primer sector puede haber una suerte de sistema jurídico, pero claramente no lo hay para la totalidad (v.g. en el ejemplo de la banda de forajidos, se transforman en bandidos organizados, se supone, al menos, la prohibición de la violencia y la jerarquización entre los bandidos; la explotación respecto de los súbditos no se procura encubrir, aunque respecto de ellos mismos, como se vio, hay una organización pero no existe limitación de derechos)⁷⁰¹.

Una cuestión debatida en torno a los sistemas jurídicos, y que aquí simplemente señalamos, es la de su existencia. Ello se vincula a determinar si un determinado sistema jurídico existe; si se pretende solucionar problemas normativos es relevante que las normas existan empíricamente, pero que estas existan empíricamente, liminarmente, parece un concepto complicado de aprehender y que exige tomar conciencia de los compromisos ontológico- conceptuales que se asumen sobre la naturaleza de las normas y el fundamento veritativo de las proposiciones dogmáticas jurídicas asumidas⁷⁰².

Lo cierto es que las normas, entendidas como una modelización deóntica de una conducta, son términos intencionales no observables, de allí que al hablarse de las proposiciones normativas como descriptivas se abren tantos interrogantes; el interrogante estriba en cómo es posible describir entidades no observables, y ello es así porque es preciso explicar epistemológicamente cómo es posible entender –en términos empíricos- enunciados característicos de los dogmáticos (v.g. el homicida debe cumplir de 8 a 25 años de prisión), que expresan enunciados tan abstractos y ambiguos que no se sabe si expresan una norma o una proposición sobre una norma. En rigor, la idea de que se lo pueda entender como un enunciado descriptivo se sustenta en el hecho de que los dogmáticos intentan describir el estatus deóntico de una clase de acciones, estatus que, en definitiva, depende de la “existencia de las normas”. Con ello tampoco se avanzó mucho, pues no se advierte aun qué clase de existencia es ésta, máxime que los hechos de la proposición de

⁷⁰¹ Similar a esto la posición de RADBRUCH respecto del sistema nacionalsocialista. RADBRUCH, GUSTAV; *Introducción a la Filosofía...*, cit., pág. 52.

⁷⁰² CARACCILO, RICARDO; *Existencia de normas*, Isonomía nro. 7, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, octubre 1997, pág. 159 y ss.

que se trate dependen, generalmente, de constatar el cumplimiento de ciertas prácticas convencionales (v.g. promulgación, publicación, derogación, *et sit cétera*), que a su vez tienen que estar conceptualmente establecidos por otras normas; en rigor, para saber si una norma pertenece al Derecho X hay que “identificar”⁷⁰³.

Parece indudable que, gran parte de la dificultad en determinar el “tipo de existencia de las normas” involucrada en la operación de identificación reposa en la diversidad de sentidos en que el término *existencia* puede entenderse; en una primera aproximación hay dos niveles de existencia a distinguir⁷⁰⁴: a) un nivel de existencia de las normas en el nivel del lenguaje, i.e. a la identificación dogmática de qué material legislativo “debe” considerarse lingüísticamente admisible, dicho de otra forma, se habla de que la norma, cuya existencia interesa, fue creada de acuerdo con una autoridad competente y conforme a un procedimiento establecido; b) una suerte de metanivel, en que la existencia de normas no reducibles a términos puramente factuales permite mostrar las condiciones formales de pertenencia de las normas del primer nivel, la identificación de formulaciones del primer nivel, tiene un paralelo con la noción epistemológica de interpretación empírica.

Se suele fundamentar la existencia, en la *eficacia* del sistema, esto es, un sistema jurídico existirá si es eficaz, si se obedecen sus disposiciones (i.e. las normas son aplicadas y acatadas); por esta vena, KELSEN vincula la eficacia del sistema con la legitimidad, pues sólo en el marco de un gobierno legítimo de una comunidad (aunque lo fuera por la fuerza de una revolución que impone un nuevo sistema, o por el natural principio de que la norma de un orden jurídico vale durante el tiempo que transcurra hasta que su validez no sea terminada en la manera determinada por ese orden jurídico), hay eficacia de las normas:

“El principio de legitimidad está limitado por el principio de efectividad”⁷⁰⁵

Varias cuestiones se suscitan aquí y que JOSEPH RAZ ha bosquejado magistralmente, dice:

⁷⁰³ CARACCILO, RICARDO; *Existencia de normas*, cit., pág. 174. Puede efectuarse otro distingo que no nos interesa aquí, la identificación de normas en rigor se refiere a las *formulaciones normativas* y no a las *normas*: éstas son *resultado de la identificación*. Este distingo es poco claro en muchas ocasiones, ver *infra* subpárrafo 29.2 (“La Ley y la Norma, una distinción del Derecho Penal”).

⁷⁰⁴ CARACCILO, RICARDO; *Existencia de normas*, cit., pág. 160.

⁷⁰⁵ KELSEN, HANS; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 217 a 219.

“¿Cómo deben contarse los casos de desobediencia? Supóngase que uno conduce un automóvil excediendo por 50 millas la velocidad límite. ¿Qué tantas veces violó uno el derecho? ¿cómo deben contarse el número de oportunidades para obedecer el derecho? ¿cuántas oportunidades de no cometer homicidio tiene uno durante un año?... ningún método de contabilidad puede tener mucho sentido [...] ¿Tienen todas las violaciones de las disposiciones jurídicas la misma importancia para la existencia de un sistema jurídico?... más aun, ¿todas las violaciones de la misma disposición jurídica son de igual importancia para la existencia de un sistema jurídico?... Compárese por ejemplo, el efecto de no pagar impuesto como un acto de desobediencia civil con el mismo ilícito cometido por un evasor ordinario.”⁷⁰⁶

Nosotros, junto con el autor precitado, entenderemos aquí que un sistema jurídico existente no es siempre aquel al cual se le presta un mayor grado de obediencia, por caso, la mera conformidad no puede ser equiparada con la obediencia; si bien la obediencia es importante para la existencia de un sistema jurídico, se deben tomar en cuenta cuestiones como las de valorar circunstancias e intenciones jurídicamente irrelevantes, tomar en cuenta el conocimiento del Derecho y su influencia en el comportamiento de los individuos, atribuir mayor importancia a disposiciones constitucionales, *et sit cétera*⁷⁰⁷.

Para concluir, un sistema jurídico existe siempre en cierto momento o durante cierto período, la prueba de la eficacia produce resultados únicamente si son aplicados durante un cierto período mínimo de tiempo.

Existe una confusión, ya de antigua data, entre conocimiento del Derecho y objeto del conocimiento. Es posible encontrar distinciones entre ambos sistemas, pero, desde el hontanar del positivismo, son los sistemas normativos, y no los sistemas teóricos, los que resultan prioritarios para el examen de coherencia y completitud del ordenamiento;

“Pero aunque fuese correcto afirmar que esta prioridad y estrecha relación son síntomas de la naturaleza genuina del derecho entendido como el resultado de una práctica compleja construida conjuntamente por legisladores, dogmáticos y jueces, no sería verosímil pensar que la existencia de un defecto en un sistema normativo, por ejemplo una laguna de reconocimiento, se extrapola inmediatamente a un sistema teórico correlativo.”⁷⁰⁸

⁷⁰⁶ RAZ, JOSEPH; *El concepto de sistema jurídico*, cit., pág. 244.

⁷⁰⁷ RAZ, JOSEPH; *El concepto de sistema jurídico*, cit., pág. 245.

⁷⁰⁸ LARIGUET, GUILLERMO; *Problemas del conocimiento jurídico*, cit., pág. 203.

Piénsese en el concepto de “cosa mueble” para el Derecho Civil y para el Derecho Penal y las desarticulaciones entre los mismos, existen dudas acerca de si la norma del primero es de aplicación sin más al segundo, dudas que condicionan la aplicación del principio de bivalencia; sobre la base de las normas existentes no es dable predicar si la norma en cuestión es o no aplicable, entonces cabe preguntarse qué sentido tiene decir que la teoría del concepto de cosa es *descriptiva de una norma*.

El tema viene de antiguo, ya BENTHAM había descubierto que las disposiciones jurídicas⁷⁰⁹ no son idénticas a una ley o artículo concreto, y que muchas leyes de todas las ramas jurídicas (civil, penal, *et sit cétera*), contribuyen al contenido de toda disposición jurídica; de allí que la identidad y completitud de las disposiciones no sea cuestión sencilla: el compuesto es lógico, ideal e intelectual, no físico, por ello

“No es en ningún sentido sorprendente que la división dogmática de un sistema jurídico en disposiciones jurídicas difiera de la división ordinaria en leyes, secciones, subsecciones, reglamentos, estatutos, *et sit cétera*. Estas se distinguen de conformidad a la autoridad que las emite, la ocasión en la cual fueron creadas, la materia y varias consideraciones de estilo. Los propios abogados y el público en general cuando desean conocer el derecho sobre un punto particular usualmente prefieren consultar un libro (e.g. el derecho constitucional de TENA RAMÍREZ)...”⁷¹⁰

Si son los sistemas normativos los relevantes, el sistema teórico no puede, entonces, ser descriptivo de una norma, a menos que contenga una proposición normativa falsa que sostenga que no existe la laguna señalada en el sistema; sería una proposición que ocultaría un procedimiento de modificación del sistema normativo. La realidad es que el positivismo apunta al carácter reflejo o subalterno de los sistemas teóricos en la ciencia del Derecho, estos sólo deben constreñirse a registrar los defectos en los sistemas normativos, son instrumentos observacionales.

Nosotros nos enrolamos entre quienes creen que los sistemas teóricos, ante imperfecciones semánticas, lógicas o axiológicas relativas a sistemas normativos, los juristas no usan sus teorías en forma observacional sino práctica, aunque aquel carácter sea prominente en ocasiones; los sistemas normativos son materiales brutos que el jurista

⁷⁰⁹ Sobre la noción de disposición jurídica en el filósofo inglés véase el Anexo I (“La jurisprudencia analítica”).

⁷¹⁰ RAZ, JOSEPH; *El concepto de sistema jurídico*, cit., pág. 97.

concluye de moldear con sus conceptos, los sistemas normativos son producto de tareas interpretativas en las que los juristas, muy rara vez, prescinden de sus conceptos o teorías. Cuando se detectan defectos del sistema normativo, los juristas, recurriendo a sus teorías, reemplazan un sistema por otro⁷¹¹.

Avanzaremos sobre esto más adelante⁷¹², pero no podíamos soslayar el tema en este aparte para destacar nuestra concepción intersistemática del ordenamiento jurídico; pues es claro que, si se procura analizar los límites que el Derecho posee, debe restar claro cuál es la noción que se maneja precisamente de éste.

⁷¹¹ Según LARIGUET, esta actividad permite reformular una “idea algo oscura” que hay en Kelsen, la de que ante la existencia de lagunas, se aplica “todo el orden jurídico”, lo que llevaría a colegir que este último autor está distinguiendo dos cuestiones no siempre advertidas: por una parte que las deficiencias son relativas a un sistema normativo determinado –son *intrasistemáticas*–; y por otra parte, que del hecho que esta deficiencia se verifique en un sistema normativo determinado, no significa que no exista otro sistema alternativo que supletoriamente pueda ser aplicado. Kelsen no se estaría ajustando al carácter intrasistemático de los defectos, la metáfora de aplicar “todo el orden jurídico” supone que Kelsen estudia el problema desde una perspectiva *intersistemática*. LARIGUET, GUILLERMO; *Problemas del conocimiento jurídico*, cit., pág. 210.

⁷¹² Ver *infra* Capítulo IV (“Interpretación y Aplicación de las normas penales”).

§28.1.- El sistema jurídico como sistema normativo⁷¹³.

La lógica de normas. Las normas jurídicas conformando sistemas. Pertenencia al sistema. Clases de sistemas. Criterios de validez. Pertenencia y aplicabilidad. La construcción de Alchourrón y Bulygin. El problema normativo. Enunciados de Derecho. Concepto de sistema. Relevancia y crítica de la noción de sistema. Relación con el ordenamiento jurídico. Propiedades estructurales del sistema.

Cualquier conjunto de normas promulgadas por una autoridad jurídica puede ser concebido como un sistema normativo, como un conjunto de normas que contiene todas sus consecuencias lógicas.

La lógica de normas (con carta de ciudadanía a partir de la obra de VON WRIGTH, *Deontic Logic*), entiende que el Derecho no sólo es el mero resultado de la sumatoria de una pluralidad de normas jurídicas individuales, sino que éstas constituyen un “sistema”; en punto a que se trata de elementos que poseen relaciones entre sí. Los teóricos del Derecho han propuesto muchas y variadas formas de relaciones entre normas, una de dichas propuestas es aquella que afirma que entre las normas existen relaciones lógicas, relaciones que se encuentran estructuradas en función de la noción clásica de consecuencia deductiva⁷¹⁴.

⁷¹³ Medularmente, en lo que sigue, se utiliza la obra de CARLOS E. ALCHOURRÓN y EUGENIO BULYGIN, *Introducción a la metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales* (traducción del inglés de los autores, *Normative System*), Astrea, 2002. Esa obra puede considerarse la expresión más desarrollada de la corriente denominada “análisis lógico del Derecho”, corriente que surge de la confluencia de dos escuelas filosóficas bien distintas: la lógica de normas y el positivismo jurídico. En 1951 VON WRIGTH publica “Deontic Logic”, artículo que puede ser considerado la “partida de nacimiento” de la lógica de normas. A partir de los avances registrados en el siglo XIX por la lógica modal, VON WRIGTH no sólo analiza la posibilidad de una lógica de normas sino que, además, delinea y propone una lógica específica aplicable a las normas. Al mismo tiempo a mediados del siglo XX, el positivismo jurídico (cuyas bases ya estaban sentadas en las obras de BENTHAM y AUSTIN –en el siglo XVIII-) adquiere contornos precisos con las obras de KELSEN y HART.

La posibilidad de la existencia de una lógica de normas generó la atención del iuspositivismo en razón de una cuestión obvia: para el iuspositivismo, uno de los objetos centrales de estudio de la ciencia jurídica son las “normas jurídicas”, y como ellas son una especie del género “normas”, las relaciones lógicas existentes entre estas últimas resultan de interés para la ciencia jurídica.

La confluencia de estas corrientes, provenientes de departamentos filosóficos distintos (la lógica por un lado, la iusfilosofía, por el otro), dio lugar a esta forma de metodología jurídica denominada “el análisis lógico del derecho”, siendo sus principales exponentes ALCHOURRÓN, BULYGIN, VON WRIGTH, OPALEK, WOLENSKY, RAZ, CASTAÑEDA, HILPINEN, VÁZQUEZ, VILAJOSANA, CARACCILO, MORESO, NAVARRO, RODRÍGUEZ, RÓDENAS, entre otros.

⁷¹⁴ No ingresaremos en lo que sigue a las críticas planteadas a esta teoría, pues la misma sólo nos sirve para presentar algunas relaciones que se plantean entre las normas; nuestro trabajo no se basa en el análisis lógico del Derecho, al que utilizamos en este acotado margen. Baste decir que se ha señalado como ataque esencial que la existencia de relaciones lógicas entre normas es aquella que sostiene que, como la noción de consecuencia lógica se asienta en los valores de verdad y falsedad, la lógica sólo sería aplicable a las normas si éstas fueran susceptibles de verdad o falsedad; pero como para la mayoría de los autores, las normas no son

“... la temática del sistema normativo, es decir de la posibilidad o, en casos extremos, la necesidad de considerar a las normas jurídicas como formando parte de un único sistema formalizado, similar a aquellos en que se encuentran estructuradas las matemáticas o la lógica formal, es una temática típicamente moderna... Esto significa que no se trata... de una noción de carácter universal y permanente, sino que se corresponde, al menos principalmente, con un determinado modo de pensar y con la época concreta –la llamada ‘modernidad’– de su desarrollo.”⁷¹⁵

Adelantándonos a cuestiones sobre las que ampliaremos más adelante⁷¹⁶, pero al solo efecto de explicitar la noción de norma manejada por los analistas lógicos del Derecho, digamos que norma es en términos sintácticos, una estructura condicional, un enunciado que correlaciona un caso con una solución normativa; ello no supone asumir la concepción sintáctica: una cuestión es definir “norma” en términos sintácticos con el fin de analizar la estructura lógica “caso/solución”, y otra, muy distinta, es asumir la concepción sintáctica de las normas, donde la noción prealudida se equipara con la de formulación normativa. Por ejemplo:

Art. 79 del Código Penal argentino: “Se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro”

HMC $\Rightarrow$ OS (8a/25a)

Donde (estando a los elementos con que debe contar el núcleo normativo de las normas hipotéticas):

HMC = *Condición de aplicación* (la condición de aplicación, compuesta por las circunstancias fácticas o jurídicas seleccionadas por el legislador, las que si se presentan en un caso concreto tornan operativa la solución normativa contenida en el consecuente).

[$\Rightarrow$] = “entonces”.

Obligatorio [O] = *Carácter* (esto es, las distintas regulaciones deónticas posibles de un contenido normativo).

Imponer una sanción de 8 a 25 años [S(8a/25a)] = *Contenido normativo* (conformado por las acciones reguladas deónticamente como permitidas, prohibidas u obligatorias).

susceptibles de valores de verdad ya que su función lingüística no consiste en aseverar sino en prescribir lo que debe ser o lo que puede ser, entonces, la lógica no sería aplicable a las normas.

⁷¹⁵ MASSINI CORREAS, CARLOS I.; *op. cit.*, t. I, pág. 63.

⁷¹⁶ Sobre la noción de norma ver *infra* parágrafo 29 (“La norma jurídica”). Allí analizaremos de manera más amplia otras nociones de norma, y fijaremos nuestra posición acerca de cuál concepto manejaremos en lo sucesivo, la conceptualización que se plasma en el texto pertenece a ALCHOURRÓN y BULYGIN a los efectos de su análisis de la idea de “sistema jurídico”.

Una norma pertenece a un sistema normativo si y sólo si, satisface sus criterios de pertenencia. En un sistema normativo hay dos clases de normas: a) *dependientes*, que son las que satisfacen relaciones sistemáticas⁷¹⁷; y b) *independientes*, éstas no satisfacen las relaciones de pertenencia, se pueden identificar *intensionalmente* o *extensionalmente*.

Si la identidad de un sistema normativo depende de la identidad de las reglas que lo integran, y los criterios de pertenencia (e.g. legalidad y deducibilidad) explican cómo pueden introducirse nuevas reglas en el sistema o eliminarse viejas reglas del mismo, entonces de estas operaciones de introducción y eliminación de reglas surge un sistema normativo diverso al sistema de origen.

Si los sistemas jurídicos cambian con el tiempo, entonces debe distinguirse entre un *sistema jurídico* momentáneo, un conjunto de reglas que forman parte del Derecho de un Estado en un momento *t* determinado y *sistemas jurídicos no momentáneos*, con reglas que pertenecen a un sistema jurídico en algún lapso temporal.

Vale la pena distinguir, entonces, entre los sistemas de normas, con todas sus consecuencias lógicas, en un momento *t* determinado, y las secuencias de sistemas de normas a través de un período de tiempo. Al primero se lo denomina *sistema jurídico*, al segundo *ordenamiento jurídico*⁷¹⁸. De aquí se deduce que un sistema jurídico es un sistema normativo estático, pertenecen a él aquellas normas formuladas, identificadas mediante algún criterio que permite asociarlas a un momento *t* determinado, y todas sus consecuencias lógicas. Un orden jurídico, por el contrario, no es un sistema normativo, sino una secuencia de sistemas normativos en un período de tiempo determinado; cada vez que se crea o elimina una o más reglas, surge un nuevo sistema jurídico. Entre los sistemas

⁷¹⁷ Estas relaciones pueden estructurarse por la relación de consecuencia lógica establecida por el *criterio de deducibilidad*, que identifica a las normas como normas del sistema, al concebirlas como estructuradas mediante la relación de consecuencia lógica; todas las consecuencias lógicas de estas normas también son miembros del sistema (establece la siguiente relación, la regla R¹ se relaciona con R² si y sólo si R², es una consecuencia lógica de R¹). El *criterio de legalidad* importa la identificación de una norma como norma del sistema, al concebirla como estructurada mediante relaciones genéticas, las normas cuya creación ha sido autorizada por las primeras, son reglas del sistema (establece la siguiente relación, R² se relaciona con R¹ si y sólo si R¹ ha autorizado a algún autoridad "A" la creación de R², y A ha creado efectivamente R²).

⁷¹⁸ ALCHOURRÓN, CARLOS E. y BULYGIN, EUGENIO; *Sobre el concepto de orden jurídico*, en ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO, *Análisis Lógico y Derecho* (Prólogo de G.H. von Wrigth), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, págs. 393 a 407.

jurídicos existen actos de creación y eliminación de reglas, actos normativos autorizados por reglas del sistema anterior. Las reglas de un sistema de un orden jurídico, pertenecen a todos los sistemas sucesivos hasta que son eliminadas –derogadas-, ello explica un rasgo importante de los órdenes jurídicos como ser su persistencia a través del tiempo.

Graficando, donde “OJ” es el ordenamiento jurídico, “S” y siguientes son los sistemas que lo componen y “t” es el tiempo en que el sistema ha aparecido –sobre esto ahondaremos más adelante-⁷¹⁹:

$$\text{OJ} = \frac{\begin{matrix} \{S^0\} & \{S^1\} & \{S^2\} & \{S^3\} & \dots & \{S^n\} \end{matrix}}{\begin{matrix} \{t^0\} & \{t^1\} & \{t^2\} & \{t^3\} & \dots & \{t^n\} \end{matrix}}$$

Fig. 3.2. Ordenamiento jurídico: sistemas y tiempos

Completando el gráfico con algunas ideas preseñaladas, el sistema jurídico S¹, está integrado por las reglas {R¹} y {R²}, a dicho sistema pertenecen esas reglas y todas sus consecuencias lógicas –de cualquier conjunto de reglas se derivan infinitas consecuencias lógicas-. Si bien S¹ es un sistema estático, tiene relaciones con el sistema anterior S⁰ y con el sistema posterior S². En tal sentido, S⁰ estaba integrado sólo por R¹, pero R¹ otorgaba a la autoridad A, competencia para sancionar R², al sancionarse esta última surgió S¹; si posteriormente se deroga R², surgirá S², que tiene el mismo contenido que S⁰, pero es un sistema diverso pues se hallan asociados a momentos temporales distintos.

Esto nos introduce en la idea de *criterios de validez* de un ordenamiento jurídico, i.e. los criterios que establecen las condiciones necesarias para que una regla forme parte de un sistema jurídico. Los juristas elaboran esos criterios a partir de dos relaciones entre normas: a) legalidad, de donde una norma es válida si, y sólo si ha sido promulgada por una autoridad competente; y b) deducibilidad, de donde una norma es válida en un sistema cuando se deriva lógicamente de otras normas del sistema⁷²⁰. Se distingue entonces entre las normas cuya validez depende de la pertenencia de otras normas a algún sistema jurídico y las normas válidas por definición –normas soberanas del primer

⁷¹⁹ MORESO, JOSÉ JUAN y VILAJOSANA, JOSEP MARÍA; *op. cit.*, pág. 116.

⁷²⁰ NAVARRO, PABLO E.; *Tensiones conceptuales en el positivismo jurídico*, cit., pág. 141 a 142.

sistema originario-. Las primeras son las ya mencionadas *normas dependientes* que sólo pertenecen al conjunto en tanto que satisfacen ciertas relaciones con otras normas del sistema y las segundas las *normas independientes* cuya pertenencia al conjunto no se establece a partir de la satisfacción de las relaciones premencionadas; autores como KELSEN, entienden que éstas últimas, al no tener su fundamento de validez en otras normas, no son consideradas ni válidas ni inválidas⁷²¹, sin embargo, se ha señalado con criterio que la misma idea puede expresarse distinguiendo en el conjunto de las normas válidas, las normas independientes y las dependientes⁷²².

De lo antedicho es dable extraer algunas consecuencias: a) el carácter descriptivo de los enunciados de validez, pues estos enunciados simplemente describen la existencia de determinadas relaciones entre normas de un sistema jurídico dado; b) la relatividad de los enunciados de validez, ya que estos enunciados son relativos a determinados conjuntos de normas (v.g. el enunciado que afirma que N¹ es válida, puede ser verdadero si se refiere a un sistema S¹, pero falso si se refiere a otro sistema S²), y c) el trasfondo empírico de los enunciados de validez, pues son analizados, en última instancia, como afirmaciones acerca de ciertos hechos sociales complejos (v.g. la promulgación de ciertas normas)⁷²³.

La idea de validez de las normas suele utilizarse de forma diversa, reportando dificultades epistemológicas. Así, se la suele equiparar a *vigencia*, en el sentido de que, si se dan las circunstancias adecuadas, será aplicada por los jueces para resolver conflictos. También se la suele equiparar a *eficacia*, en tanto se concluya que son seguidas por la generalidad de las personas sujetas a un mismo Derecho. Otras veces se la equipara a *obligatoriedad*, donde sus destinatarios tiene el deber de obedecerla y aplicarla; según este último aspecto, las normas válidas tienen fuerza vinculante, se trata de un concepto normativo de validez (especie de positivismo ideológico, pues atribuye relevancia moral a las normas válidas por el simple hecho de formar parte de un sistema jurídico vigente, esta construcción suele enmascarse bajo “...complejas doctrinas acerca de la autoridad del

⁷²¹ KELSEN, HANS; *Teoría Pura del Derecho*, cit., págs. 68 a 69.

⁷²² MORESO, JOSÉ JUAN y VILAJOSANA, JOSEP MARÍA; *op. cit.*, pág. 117. También RADBRUCH, GUSTAV; *Introducción a la Filosofía...*, cit., pág. 50.

⁷²³ NAVARRO, PABLO E.; *Tensiones conceptuales en el positivismo jurídico*, cit., pág. 143.

derecho o de las creencias morales de las autoridades normativas.”⁷²⁴). La última tesis presenta el valladar de socavar la tesis de las fuentes sociales del Derecho y conduce al positivismo a una dicotomía, pues o bien las normas jurídicas tienen fuerza moral, o bien compiten con la moral ofreciendo justificaciones concluyentes y diferentes a lo que establece la moral.

Para un adecuado entendimiento de los sistemas jurídicos en su dinámica, conviene entender validez como venimos señalándolo, como norma dictada por un órgano competente; de donde, siguiendo a HART, del enunciado acerca de la validez de una cierta norma jurídica sólo se sigue que esa norma forma parte del sistema jurídico. Para cerrar esta cuestión debe aclararse que, hablamos de reglas, no de formulaciones normativas; por ello, es factible atribuir a éstas últimas algunos significados que son válidos, y otros, que no son normas válidas (v.g.: la interpretación que de las reglas hace un Tribunal). Que un órgano sea competente significa que, dicho órgano, respete las normas procedimentales y materiales que regulan la posibilidad de creación de normas. Se suele distinguir aquí entre *validez formal* –cuando un órgano que ha dictado una norma ha seguido las normas de procedimiento que regulan la creación de normas- y *validez material* –cuando el órgano que ha dictado la norma no viola ninguna de las restricciones de contenido que determinadas normas superiores a aquella dictada, imponen-.

Una recensión en este punto es necesaria. La perspectiva de validez en estos términos fija al criterio en el mero respeto a un procedimiento⁷²⁵. Sin embargo, las explicaciones puramente procedimentales, como por ejemplo la de NIKLAS LUHMANN pierden la posibilidad de invocar argumentos últimos, pues si bien refieren la validez de las normas del sistema a la coincidencia con los criterios establecidos en última instancia por una norma fundamental (KELSEN) o de reconocimiento (HART); tendrá que aceptarse de todos modos que ella está vinculada con el punto de vista interno de, al menos, la parte oficial del sistema (legisladores y funcionarios); es decir, de su adhesión a esa regla por razones no prudenciales (v.g. coerción, amenazas de sanciones, *et sit cétera*).

⁷²⁴ NAVARRO, PABLO E.; *Tensiones conceptuales en el positivismo jurídico*, cit., pág. 145.

⁷²⁵ Las raíces ya se hallan en BENTHAM para quien una norma jurídica es válida si: a) ha sido creada en la forma establecida por el orden jurídico al cual pertenece, y b) no ha sido anulada, ya sea por las formas establecidas por el ordenamiento jurídico, por desuetudo, o porque el orden jurídico en su totalidad haya perdido eficacia. Conf. RAZ, JOSEPH: *El concepto de sistema jurídico*, cit., pág. 83.

Esto ya lo había visto BIERLING, quien concebía el deber jurídico psicológicamente y no éticamente (o como hizo Kelsen, normológicamente):

“Una norma jurídica se le presenta al miembro de la comunidad jurídica como el contenido de su deber jurídico, en cuanto que sabe, por un lado, que esta norma está dirigida a él por otros miembros de la comunidad jurídica, y, por otro lado, que su propia voluntad la reconoce”⁷²⁶

Además, si se quiere describir qué es lo que realmente hacen quienes dictan y aplican el Derecho, no se puede dejar de tomar en cuenta la pretensión de corrección normativa que detentan estas personas y que no puede basarse, en última instancia, en una especie de mandato presupuesto, moralmente neutro que obligaría a obedecer a la norma fundamental, siempre que no se quiere caer en las dificultades de la construcción kelseniana. El criterio de corrección es por tanto extrajurídico y está colocado a un nivel tal que sirva como justificación última. Este tipo de justificaciones es la que suelen llamarse justificaciones morales. La diferencia entre “tener una obligación” y “sentirse obligado” que esbozara HART sólo cobra sentido si se entiende que quienes afirman tener una obligación lo hacen porque piensan que las normas que las imponen son correctas también desde la perspectiva ética⁷²⁷. La cuestión excede con mucho nuestra propuesta, por lo que simplemente la señalamos, sobre la pretensión de corrección avanzaremos más adelante⁷²⁸ respecto de aspectos particulares, en tanto que a los efectos de la concepción de la validez podemos manejar, en lo que sigue, una construcción meramente procedimental como la del positivismo sin desestructurar por ello nuestra pretensión.

Dirigiendo nuestra atención, en éste apartado que hemos propuesto, a la *pertenencia* y *aplicabilidad* de las normas, decimos que, una regla R¹ es aplicable si y sólo si otra regla R² del sistema, impone el deber de usarla como fundamento de una decisión. Los enunciados de aplicabilidad son relacionales, establecen una relación entre dos reglas y un caso C. La regla R² que impone el deber de aplicar R¹ en C, es el *criterio de*

⁷²⁶ LARENZ, KARL; *op. cit.*, pág. 56. LARENZ explica que para BIERLING, “El deber jurídico es, se podría decir..., la pretensión de otro conocida y reconocida por el obligado.”, la similitud con el punto de vista interno de HART es irresistible.

⁷²⁷ GARZÓN VALDÉS, ERNESTO; *Algo más sobre la relación entre derecho y moral*, en Vázquez, Rodolfo (comp.) *Derecho y Moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, 1ª reimpresión, Gedisa, Barcelona, 2003, pág. 143.

⁷²⁸ Ver *infra* parágrafo 36 (“La corrección de los enunciados normativos. El Derecho correcto”).

aplicabilidad de R¹. Una norma puede ser aplicable sin pertenecer al sistema jurídico, sin embargo, el *criterio de aplicabilidad* tiene que pertenecer al sistema jurídico.

Algunos antipositivistas como LON FULLER, sostienen que no sería posible determinar si una norma se aplica a un cierto caso sin considerar previamente los fines o propósitos que se espera obtener mediante dicha norma, esto implicaría tanto como no poder distinguir entre lo que una norma debe regular y lo que ella regula; la identificación de las normas estaría abierta en todo momento a la discusión acerca de la relevancia de posibles excepciones implícitas, esta postulación se vincula con la tesis de que la interpretación de las normas jurídicas es inevitable para determinar lo que el Derecho dispone para los casos particulares, avanzaremos más adelante sobre ello⁷²⁹.

Aunque la norma se aplica a un caso particular, todavía permanece abierta la cuestión acerca de si las autoridades deben aplicarla. La explicación positivista señala que los juristas usualmente asumen una conexión normativa entre normas y deberes judiciales, así, normalmente se presupone que los jueces tienen que aplicar sólo normas aplicables para justificar sus decisiones. Este presupuesto de que los jueces deben aplicar todas y únicamente las normas aplicables compromete con una extraña teoría del lenguaje, pues parte de la aplicabilidad, para los positivistas implica tomar una decisión en torno al alcance de los conceptos, así, las palabras tienen un significado relativo a cada caso (i.e. episódico). Es necesario distinguir entre lo que una norma prescribe y lo que los jueces deben hacer, debe separarse *identificación* de las normas de su *aplicabilidad*.

Un sistema jurídico es un conjunto de elementos. Cada cambio de elementos genera un conjunto diferente. Luego de la derogación de una regla R¹, es usual introducir una nueva regla R² que es incompatible con la primera. A efectos de evitar una reconstrucción inconsistente, resulta menester relativizar la noción de sistema jurídico al conjunto de normas en un cierto momento *t*. Este momento *t*, está acotado por la introducción y/o eliminación de normas del conjunto. Cada acto de promulgación o derogación de una norma produce un cambio de sistema jurídico, ya que la identidad de un sistema está determinada por los elementos que forman parte de ese conjunto de normas. Por consiguiente, dos sistemas jurídicos consecutivos, nunca son idénticos, aunque dos sistemas no- consecutivos puedan no ser distintos.

⁷²⁹ Ver *infra* Capítulo IV (“Interpretación y Aplicación de las normas penales”).

Un sistema jurídico es un conjunto de normas en un cierto momento. Un orden jurídico es el conjunto de sistemas jurídicos. El intervalo entre los momentos de introducción o eliminación de una norma es el *tiempo externo* de un sistema jurídico.

La existencia de una regla R^1 , puede ser caracterizada como la secuencia de todos los momentos temporales externos en los cuales R^1 pertenece a algún sistema jurídico de un determinado orden jurídico. La existencia de una regla no tiene porque ser continua, una regla puede existir en un tiempo t y desaparecer en t^1 , reapareciendo en t^2 . El intervalo de tiempo durante el cual una regla existe en un sistema jurídico es el *tiempo externo* de una regla. Por otra parte, las reglas no sólo existen durante un período de tiempo sino que también se refieren a acontecimientos temporales, el tiempo en que se producen los diferentes acontecimientos relevantes para la decisión de un caso es determinante para la aplicabilidad de las reglas a ese caso. La secuencia de todos los momentos temporales en los que la regla es aplicable a algún caso se llama *tiempo interno* de las reglas.

Tiempo externo y tiempo interno de una regla no tienen porqué coincidir necesariamente (v.g. el juego de los arts. 2º y 303 del Código Penal argentino). Una norma puede existir en uno o varios sistemas sin ser aplicable y viceversa.

El enfoque de ALCHOURRÓN y BULYGIN preserva la independencia entre *pertenencia* y *aplicabilidad* de las normas pero también destaca en qué sentido una reconstrucción sistemática del Derecho es necesaria para identificar las normas aplicables. La reconstrucción sistemática tiene una primacía conceptual respecto de la aplicabilidad de las normas ya que ésta última propiedad sólo puede ser atribuida en base a los criterios de aplicabilidad pertenecientes al sistema jurídico.

El problema de la determinación del conjunto de normas aplicables a un caso consiste en seleccionar un conjunto de normas a partir de una familia de diferentes conjuntos normativos⁷³⁰.

En el diagrama que sigue, la aplicabilidad de una norma en el caso C es representada mediante una elipse sombreada. La aplicabilidad es una relación triádica entre dos normas N_i y N_j y un caso C. Las normas N_i y N_j forman una “cadena de

⁷³⁰ En lo que sigue, la construcción responde a BULYGIN, EUGENIO; *Tiempo y validez*, en ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO, *Análisis Lógico y Derecho* (Prólogo de G.H. von Wrigth), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, págs. 195 a 214. Los gráficos son de PABLO NAVARRO (inéditos).

aplicabilidad”⁷³¹. Nj pertenece al sistema jurídico y establece que Ni debe ser aplicada al caso C.

Fig. 3.3. Criterios de aplicabilidad del sistema (P. Navarro)

BULYGIN ejemplifica con los criterios de aplicabilidad del Código Penal, el problema que venimos examinando. Así:

Criterio 1: *Irretroactividad de la ley penal* (art. 18 C.N.)-----→*Ultraactividad de la ley penal*

El uso de este criterio resulta típicamente en la aplicación de normas que ya no son válidas.

Criterio 2: *Ley penal más benigna* (art. 2 del C.P.P)-----→*Retroactividad de la ley penal más favorable al imputado*

El uso de este criterio resulta en la aplicación de una ley que no era válida al momento de cometerse el hecho ni al momento de dictarse la sentencia.

Criterio 3: *Leyes temporales*-----→ Excepción a la ley penal más benigna

Estos criterios de aplicabilidad pueden conducir a que se obtenga una acción no incriminada, de donde procederá la absolución; o una acción incriminada *a posteriori* de comparar las diferentes normas referidas al hecho (leyes temporales y leyes penales más benignas).

Los *criterios de aplicabilidad*, como es dable observar, son reglas que pertenecen al sistema jurídico. Por consiguiente, surge la duda acerca de si las reglas que proporcionan los criterios de aplicabilidad en un sistema jurídico han de ser también aplicables, si un juez intenta justificar jurídicamente su decisión en un caso, ¿debe utilizar criterios de aplicabilidad meramente pertenecientes al sistema jurídico correspondiente al momento en que se resuelve el caso, o tiene que emplear criterios de aplicabilidad que pertenecen al ordenamiento jurídico y son también aplicables?. Para BULYGIN, una norma

⁷³¹ La metáfora se vincula con el “encadenamiento” del orden jurídico según Kelsen, pues las normas no se hallan en un mismo plano, ordenadas equivalentemente, sino que se trata de una construcción escalonada de diversos estratos de normas jurídicas. La unidad la configura la relación resultante de la validez, donde una norma se produce conforme a otra, la que a su vez encuentra su producción determinada por otra; un regreso que sólo concluye en la “norma fundante”.

válida –concepto descriptivo y relativo- se usa en el sentido de norma aplicable, lo que es relativo a la existencia de otra norma del sistema; para él, los últimos criterios de aplicabilidad son aplicables cada vez que existen, siempre hay criterios de aplicabilidad últimos, y ellos, tienen que pertenecer al sistema jurídico del momento en que se toma la decisión; esto le permite a BULYGIN afirmar la obligatoriedad de los últimos criterios de aplicabilidad y la obligatoriedad de las normas del sistema que son declaradas aplicables por normas inaplicables.

En el diagrama que sigue se señala que la cadena de normas aplicables finaliza en una norma Nk, que proporciona los últimos criterios de aplicabilidad del sistema, y Nk, no es aplicable con relación a ninguna otra norma del sistema.

Fig. 3.4. Criterios de aplicabilidad del sistema II (P. Navarro)

Que una norma jurídica sea aplicable importa la *relatividad de aquella a la existencia de una norma superior*, esto destaca un aspecto *estructural*, que remite a las circunstancias necesarias para distinguir entre normas aplicables de aquellas que no lo son. Asimismo importa la *aptitud para justificar decisiones institucionales*, esta característica hace hincapié en los aspectos *funcionales*, y destaca qué propósito está intrínsecamente asociado a la aplicabilidad de las normas jurídicas.

Los criterios de aplicabilidad pueden estar establecidos en la Constitución, las leyes ordinarias, la práctica judicial o la doctrina; sin embargo, la forma de los criterios de aplicabilidad son siempre directivas dadas a los jueces.

La función de estos criterios es seleccionar los momentos relevantes a los que se refieren las reglas (identifican los sistemas jurídicos comparables), imponen obligaciones a los jueces y ordenan jerárquicamente las normas jurídicas; las relaciones jerárquicas pueden establecerse a partir del contenido de las normas, o a partir de datos formales (v.g. la fecha de promulgación o la posición de la autoridad normativa).

De las cuestiones prereseadas se destaca que no debe confundirse *pertenencia* con *aplicabilidad*. La existencia de una norma es una función de su aplicabilidad, no de su pertenencia a un sistema. Una norma derogada, pero aplicable, no es eliminada del sistema sino que es privada de aplicabilidad para los casos futuros, no afecta la pertenencia de la norma. Una norma es eliminada del sistema únicamente cuando ya no es aplicable a ningún caso. Las reglas derogadas coexisten con las que no han sido promulgadas, pero los conflictos se evitan al tener distinto ámbito de aplicación.

Podemos señalar los supuestos de normas que, aunque pertenecen a un sistema jurídico en el momento *t*, no son aplicables en dicho momento para resolver los casos que regulan: a) las normas en período de *vacatio legis* –cuando los sistemas jurídicos establecen que las normas no entrarán en vigor hasta que transcurra un determinado período de tiempo desde su publicación, durante dicho lapso las normas no sirven para resolver conflictos, aunque pertenecen al sistema jurídico, su pertenencia puede afirmarse si se considera que, pese a no ser todavía aplicables, pueden ser derogadas-; b) las normas canceladas –se da cuando se presentan determinadas medidas excepcionales previstas en las constituciones, es habitual en dichos casos proceder a suspender algunos derechos fundamentales, por caso, el estado de sitio; esto no implica que las disposiciones que establecen los derechos fundamentales dejen de pertenecer al sistema jurídico, sino que su aplicabilidad resta suspendida provisionalmente, de manera similar sucede con dos normas antinómicas, como el caso de la *lex specialis* que cancela la ley general a favor de la especial-; c) las normas derogadas –es el caso ya destacado de la norma penal más favorable pero ya derogada que posee ultraactividad-; y d) las normas extranjeras –el Derecho Internacional Privado se ocupa de las reglas que establecen toda una tipología de casos con elementos de extranjería, en los cuales los tribunales nacionales tienen la obligación de aplicar normas de otro Estado-.

Ahora bien, retornando a la construcción de sistema normativo, dentro de un orden jurídico; como se destacó *supra*, un sistema normativo no es todo el Derecho, pero permite averiguar cómo se regula determinado caso y los problemas que se pueden dar a la hora de aplicar las reglas a dicho caso⁷³².

⁷³² Retornamos aquí a la obra de CARLOS E. ALCHOURRÓN y EUGENIO BULYGIN, *Introducción a la metodología de las...*, cit.

La noción de *sistema normativo* no deriva simplemente de las consecuencias en general, y de las consecuencias normativas para una materia determinada en particular. Frecuentemente los juristas procuran encontrar una base axiomática nueva, más reducida, y por ello más fácilmente manejable que la anterior (es lo que se sobreentiende cuando se habla de la presentación ordenada y sistemática del material jurídico). Si la sistematización de un conjunto de enunciados consiste –en una primera etapa– en la determinación de las consecuencias normativas para una materia, ésta actividad presupone la presencia de ciertos elementos a partir de los cuales el jurista emprenda su tarea sistematizadora⁷³³. En la teoría de ALCHOURRÓN y BULYGIN estos elementos son los que siguen, y su importancia deviene de la capacidad de aquella para explicar el concepto de *sistema normativo* para analizar luego las propiedades formales de tales sistemas: completitud, coherencia e independencia. La pretensión de los autores estriba en tornar un concepto inexacto y vago (como varios de los postulados jurídicos), en un concepto más exacto, sustituir conceptos más vagos por otros más rigurosos⁷³⁴; aprovechando para ello los adelantos metodológicos alcanzados en la fundamentación de la matemática y la física⁷³⁵. Desde el punto de vista lógico, la completitud, la consistencia y la independencia son consideradas propiedades deseables o ideales, que no siempre son satisfechas por los sistemas jurídicos positivos. Cada propiedad posee su defecto correlativo: cuando el sistema es incompleto es porque existe una o varias lagunas normativas; cuando el sistema es inconsistente es porque existe una o varias contradicciones normativas; cuando el sistema no es independiente es porque existe una o varias redundancias⁷³⁶.

A) Un *problema normativo*, o conjunto de problemas, cuya regulación por el Derecho interesa al jurista. Es una pregunta acerca del status deóntico de ciertas acciones o conductas, es decir, su permisión, prohibición u obligatoriedad. Algunas de esas acciones son básicas, en el sentido de que todas las demás son compuestos veritativo- funcionales de ellas. A la ciencia del Derecho le interesa determinar el *status* normativo que el Derecho confiere a ciertas conductas (*Universo de Acciones* –UA-); en ciertas circunstancias, estado

⁷³³ ALCHOURRÓN, CARLOS E. y BULYGIN, EUGENIO; *Introducción a la metodología de las...*, cit., pág. 114.

⁷³⁴ ALCHOURRÓN, CARLOS E. y BULYGIN, EUGENIO; *Introducción a la metodología de las...*, cit., pág. 29.

⁷³⁵ ALCHOURRÓN, CARLOS E. y BULYGIN, EUGENIO; *Introducción a la metodología de las...*, cit., pág. 92.

⁷³⁶ Una forma de determinar la existencia de defectos lógicos es mediante la construcción de la “matriz” del sistema; la “matriz” es el gráfico que hace explícitas las consecuencias lógicas del sistema en cuestión.

de cosas o conjunto de situaciones (*Universo del Discurso* –UD-, los estados de cosas que pertenecen al UD son los elementos del UD, todos los elementos del UD comparten una cierta propiedad común que es la propiedad definitoria del UD, el UD puede identificarse entonces como el conjunto de todos los elementos –estado de cosas- identificados por una determinada propiedad).

Los dos universos (UA y UD) delimitan el ámbito del problema normativo⁷³⁷. Toda variación del UA y del UD varía el ámbito del problema. La extensión de la materia depende del interés científico y es, por lo tanto, en cierto sentido arbitraria (v.g. el ámbito de aplicación del instituto de suspensión de juicio a prueba –art. 76 bis del C.P. argentino-).

Para la dilucidación de un problema normativo, no todas las circunstancias posibles son relevantes, pero la selección de las circunstancias o propiedades relevantes es un problema valorativo; si ciertas propiedades parecen ser totalmente irrelevantes para el problema (v.g. color de piel, raza, *et sit cétera*), ocurre porque existe cierto consenso más o menos unánime, en un determinado grupo social, acerca de ciertos valores. Pero ello es un hecho contingente. Una norma que hiciera depender una agravante del homicidio por el color de piel del sujeto activo, podría parecer injusta, pero no por ello sería irrazonable en otro tiempo y espacio.

Toda propiedad divide los elementos del UD en dos clases: la clase de aquellos elementos en los que la propiedad está presente y la de los que está ausente. La ausencia de una propiedad equivale a la presencia de su propiedad complementaria, la propiedad complementaria es la negación de la propiedad en cuestión (v.g. promesa remuneratoria en la agravante del art. 80.3° del C.P. argentino). Todo conjunto de propiedades que puedan estar presentes o ausentes en los elementos de un UD es lo que se llama *Universo de Propiedades* (UP).

⁷³⁷ La sistematización requiere de la existencia de un problema jurídico previamente acotado; ello se efectúa mediante la determinación del Universo del Discurso (UD). El UD delimita el marco de lo analizable: sólo interesan aquellas normas que se refieran a casos incluidos en el UD preseleccionado.

Lo interesante en lo que hace a nuestro análisis es que el acotamiento de un problema es una técnica muy usual en varias formas de análisis jurídico, como la dogmática, donde la determinación del UD es previa a la identificación de las normas. Ello así, porque el UD establece el criterio para la selección de las disposiciones jurídicas, que deben referirse a ese UD.

Pero no es así como operan los jueces, en una sentencia judicial, el punto de partida no lo constituye el UD sino el caso individual traído a conocimiento del juez. De ahí una de las importantes distorsiones que se observan en el análisis dogmático.

El conjunto de todos los casos posibles determina el *ámbito fáctico del modelo*. Ello trae el *Universo de casos* (UC), que presupone que son casos que se pueden ejemplificar en la realidad.

“En efecto, los casos son circunstancias o situaciones en las cuales interesa saber si una acción está permitida, ordenada o prohibida, por un determinado sistema normativo. Esto supone que los casos no sean lógicamente imposibles (contradictorios), ni tampoco necesarios (tautológicos), pues circunstancias que se dan siempre o no se dan nunca, obviamente, no interesan en éste contexto. De ahí la necesidad de caracterizar el concepto de tal manera, que las combinaciones de propiedades que constituyan la característica definitoria de un caso y que son tautológicas o contradictorias, queden excluidas de la noción de caso.”⁷³⁸

El término “caso” es ambiguo, pues se puede hablar tanto en abstracto del “caso del homicidio político” como del “caso del homicidio de Gandhi”, éste último es un acontecimiento real que ocurrió en un lugar y tiempo determinados, en tanto que el primero no alude a ningún acontecimiento concreto; es una mera descripción de ciertas propiedades que determinados acontecimientos pueden tener, la propiedad de ser un homicidio político puede ejemplificarse en un número indeterminado de situaciones reales; a fin de eliminar tal ambigüedad, ALCHOURRÓN y BULYGIN introducen las expresiones *casos individuales* y *casos genéricos*, los primeros son casos individuales que se producen en una determinada ocasión espacio-temporal precisa y son los elementos del UD, los segundos son las subclases del UD definidos por una propiedad⁷³⁹. Dicho de otra manera, un caso individual es un evento concreto ubicado en el tiempo y en el espacio, cuyos protagonistas son individuos; un caso genérico es una propiedad o conjunto de propiedades que pueden ejemplificarse en un número indefinido de casos individuales⁷⁴⁰.

En este punto, ALCHOURRÓN y BULYGIN introducen una distinción interesante. Un sistema normativo que no soluciona casos empíricamente imposibles es *lógicamente incompleto*, pero es completo en el sentido de que soluciona todos los casos que de hecho pueden darse. Para caracterizar esa situación introducen la idea de *completitud empírica* a fin de distinguirla de la *completitud lógica*. La completitud empírica

⁷³⁸ ALCHOURRÓN, CARLOS E. y BULYGIN, EUGENIO; *Introducción a la metodología de las...*, cit., pág. 52.

⁷³⁹ ALCHOURRÓN, CARLOS E. y BULYGIN, EUGENIO; *Introducción a la metodología de las...*, cit., pág. 58.

⁷⁴⁰ BULYGIN, EUGENIO; *Los jueces ¿crean derecho?*, Isonomía nro. 18, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, Abril 2003, pág. 11.

es compatible con la incompletitud lógica, un sistema empíricamente completo puede ser lógicamente incompleto, pero la inversa no se da, un sistema lógicamente completo es por definición empíricamente completo. Los autores destacan que los juristas suelen conformarse con la completitud empírica, pero la que importa es la lógica.

La importancia de la completitud lógica estriba en que, a diferencia de la completitud empírica, no requiere del conocimiento empírico, que es obviamente deficiente pues precisa de un conocimiento completo de las leyes naturales. Así, el conocimiento lógico es posible por contarse con la información necesaria.

Cuando un UC es proyectado sobre un UD, el resultado es un conjunto de casos genéricos del UD que presentan dos características fundamentales: a) son conjuntamente exhaustivos del UD, y b) mutuamente excluyentes. Por ello, todo caso individual del UD pertenece necesariamente a uno y sólo a uno de los casos genéricos determinados por un UC. De ello los autores reseñados extraen una conclusión importante: la solución de todos los casos genéricos de un UC, soluciona también todos los casos individuales del UD. Este hecho es el que posibilita la legislación (la creación de normas generales para solucionar casos individuales). Así el Legislador puede solucionar un número infinito de casos individuales mediante un número finito de normas generales, incluso puede solucionar todos los casos individuales de un UD, para ello sólo precisa clasificar el UD mediante un UC (un conjunto de casos que forman una división) y solucionar todos los casos del UC. Sólo si no soluciona algún caso genérico, tendrá el ordenamiento una *laguna normativa*, y esto es lo que nos interesa para el presente trabajo, como se verá⁷⁴¹.

Para ALCHOURRÓN y BULYGIN lo antedicho demuestra que el problema de las lagunas se plantea en el nivel de los casos genéricos y no en el de los casos individuales, tesis que sostienen aquellos que entienden que el Derecho siempre tiene lagunas pues el Legislador es humano (ser finito con previsibilidad limitada). Para ellos, que la realidad sea infinitamente variable es irrelevante para el problema de las lagunas, pues el Legislador no precisa prever todos los casos individuales, no se legisla para tal supuesto, sino que se crean normas generales para solucionar casos genéricos.

⁷⁴¹ Ver *infra* parágrafo 50 (“La actividad creadora del juez ante las ‘lagunas’ y las ‘reglas injustas’”).

B) El segundo elemento determinante de un sistema jurídico es el conjunto de *enunciados de derecho* que constituyen su base axiomática. Señalan ALCHOURRÓN y BULYGIN que los juristas usualmente llaman *válidos*, a los enunciados que se consideran admisibles para figurar en la base de un sistema jurídico y también las consecuencias de tales enunciados⁷⁴².

Para identificar a los enunciados válidos, los juristas utilizan criterios que los autores que venimos reseñando denominan *criterios de identificación*. Dentro de los enunciados considerados admisibles, los juristas sólo consideran aquellos que tienen consecuencias normativas para la materia elegida. Entienden asimismo que no puede haber sistema si no se acota un conjunto determinado de enunciados de Derecho.

Los criterios de identificación establecen qué requisitos debe reunir un enunciado de Derecho para que sea válido. La noción de *validez*, es por tanto *relativa* a un criterio o conjunto de criterios de identificación. Los criterios de identificación comprenden dos clases de reglas: a) *reglas de admisión* que estipulan las condiciones bajo las cuales un enunciado es válido; y b) *reglas de rechazo*, que establecen cuando un enunciado de Derecho, válido de acuerdo con las reglas de admisión, deja de serlo. Las reglas de admisión señalan las diversas *fuentes del Derecho* (v.g. jurisprudencia, costumbre, *et sit cétera*), en tanto que las reglas de rechazo postulan la forma en que un enunciado válido puede perder dicha calidad (v.g. derogación, desuetudo, *et sit cétera*). Esto permite señalar a ALCHOURRÓN y BULYGIN una falacia muy poco vista,

“...muchas de las controversias entre distintas escuelas jurídicas no se refieren a problemas metodológicos, sino a la elección de criterios de identificación... (por ejemplo) gran parte de la polémica entre iusnaturalismo y el positivismo jurídico tiene su origen en la discrepancia acerca de las fuentes admisibles; el positivismo sólo admite como válidos los enunciados emanados de alguna autoridad empírica, mientras que los partidarios de la doctrina del derecho natural admiten otras fuentes supraempíricas...”⁷⁴³

Aquí hallamos las respuestas posibles al ámbito fáctico del problema normativo. Como la cuestión es normativa, importa el status normativo de ciertas acciones, el ámbito de todas las respuestas posibles a esa pregunta es el *ámbito normativo del*

⁷⁴² ALCHOURRÓN, CARLOS E. y BULYGIN, EUGENIO; *Introducción a la metodología de las...*, cit., pág. 115.

⁷⁴³ ALCHOURRÓN, CARLOS E. y BULYGIN, EUGENIO; *Introducción a la metodología de las...*, cit., pág. 119.

problema (normas son para este esquema los enunciados que correlacionan casos con soluciones).

Una respuesta satisfactoria a la pregunta planteada es una “solución” al problema, las respuestas posibles constituyen el conjunto de las soluciones posibles. Del conjunto de todos los enunciados deónticos –correspondientes a un UA-, excluidos los deónticamente tautológicos y contradictorios, se obtiene el conjunto de todas las soluciones posibles para el UA. Solución es por tanto, todo enunciado deóntico posible, no tautológico ni contradictorio. Los caracteres deónticos más usados son P (permitido), O (obligatorio), Ph (prohibido) y F (facultativo), los lógicos deónticos no se ponen de acuerdo si todos ellos pueden ser definidos a partir de uno de ellos o si “permitido” es un carácter autónomo no definible en términos de “prohibido”. ALCHOURRÓN y BULYGIN consideran que todos los demás operadores deónticos pueden ser definidos en términos del operador P:

D-1	$Op = - P - p$
D-2	$Php = -Pp$
D3	$Fp = Pp . P - p$

Cuando la solución es tal que determina todos los contenidos que corresponden a un UA, se trata de una *solución maximal*. El conjunto de todas las soluciones maximales, relativas a un UA, es el *Universo de soluciones maximales*, en el esquema señalado antes, son las tres soluciones maximales posibles para “p”:

$$US_{max} = \{Op, Php, Fp\}$$

El Universo de soluciones maximales es el conjunto de todas las respuestas completas a la pregunta planteada.

“Una solución maximal es una respuesta completa en el sentido de que, cuando ella está correlacionada con un caso, todas las acciones posibles están deónticamente determinadas en ese caso. Si la solución no fuese maximal, la respuesta no sería completa, porque entonces habría alguna acción cuyo status deóntico no estaría determinado.”⁷⁴⁴

⁷⁴⁴ ALCHOURRÓN, CARLOS E. y BULYGIN, EUGENIO; *Introducción a la metodología de las...*, cit., pág. 37.

El Universo de soluciones maximales es relevante a los efectos de determinar la *completitud* de un sistema, ya que sólo los elementos del USmax determinan - cuando están correlacionados con cada uno de los casos correspondientes de un UC- que el sistema sea completo.

Por otro lado se puede recurrir al *Universo de soluciones minimales*, es decir si el UC tiene “alguna” consecuencia normativa, pues en tal situación no importa que las soluciones no sean maximales, y que por ende se presenten lagunas parciales; lo que interesa es determinar si hay *alguna* solución⁷⁴⁵.

Puede distinguirse entre *soluciones genéricas* que son tipos o clases de acciones caracterizadas normativamente (v.g. obligatorio, permitido), y *soluciones individuales*, que son actos u omisiones realizados por individuos determinados, localizados espacial y temporalmente, calificados como obligatorios, prohibidos o permitidos. Ni los casos genéricos, ni las soluciones genéricas, se refieren a hechos reales, sino tan sólo a hechos posibles. En cambio los casos y las soluciones individuales se refieren a hechos reales⁷⁴⁶.

La noción de “casos” se proyecta sobre la noción de “normas” –expresiones que correlacionan un *caso* con una *solución*-. Las normas pueden ser divididas en normas simples y normas complejas, en función de que ellas resuelvan casos genéricos elementales o casos genéricos complejos. Tanto las normas simples como las complejas son normas expresamente formuladas por las autoridades normativas. Sin embargo, las normas simples establecen una solución normativa para un caso genérico que es definido por una combinación de todas las propiedades que el Legislador ha considerado relevantes para la solución del problema normativo, mientras que las normas complejas sólo mencionan expresamente alguna de esas propiedades.

Puede definirse también a las *normas generales* como aquellas expresiones que correlacionan casos genéricos con soluciones genéricas, y las *normas individuales* como expresiones que correlacionan una cierta descripción de un caso individual con una solución individual. Kelsen sostiene que las sentencias judiciales son normas individuales, ya se verá que esto no puede sostenerse sin un previo análisis⁷⁴⁷.

⁷⁴⁵ ALCHOURRÓN, CARLOS E. y BULYGIN, EUGENIO; *Introducción a la metodología de las...*, cit., pág. 78.

⁷⁴⁶ BULYGIN, EUGENIO; *Los jueces ¿crean derecho?*, cit., pág. 12.

⁷⁴⁷ Ver *infra* parágrafo 48 (“La creación de Derecho por los jueces”).

C) Es un hecho clásico que los juristas consideran Derecho no sólo a los enunciados identificados como válidos (de conformidad con los criterios de identificación), sino también a los enunciados que son su consecuencia (v.g. si una ley establece que todos los ciudadanos tienen derecho al voto a partir de los 21 años, se acepta también como Derecho válido el enunciado de que los ciudadanos de 30 años, tienen derecho a voto; es un enunciado que se infiere del primero).

Los juristas no son conscientes, la mayoría de las veces, de ésta regla de inferencia. Ello se debe según ALCHOURRÓN y BULYGIN a que la lógica del discurso normativo no fue objeto de preocupación, hasta el acaecimiento de un hecho específico, la aparición del clásico trabajo de VON WRIGHT, *Deontic Logic*⁷⁴⁸.

Es posible ahora, luego de examinadas las tres premisas anteriores, analizar cuál es la noción de *sistema jurídico* para los autores reseñados. Parten de las definiciones de TARSKI de sistema deductivo en general (conjunto de enunciados que contiene todas sus consecuencias)⁷⁴⁹ y de sistema axiomático en particular (totalidad de las consecuencias de un conjunto finito de enunciados). Teniendo en cuenta que la función del sistema normativo es establecer correlaciones entre casos y soluciones, entonces un *sistema normativo* es un conjunto normativo que contiene todas sus consecuencias.

El método de la sistematización se encuentra presente tanto en las ciencias formales como en las empíricas, ya que refleja un aspecto esencial de todo pensamiento racional del cual no puede prescindirse; no obstante el precio del alejamiento de la realidad que implica la abstracción. En efecto, en esta etapa, las normas son expresiones bien formadas en un lenguaje artificial; la representación en lenguaje artificial aumenta la precisión de las expresiones, pero a costa del inevitable empobrecimiento del lenguaje -en general natural- utilizado por el Legislador⁷⁵⁰. Esto último no es un problema, pues la sistematización es tan sólo una de las etapas o niveles del conocimiento jurídico en general.

⁷⁴⁸ ALCHOURRÓN, CARLOS E. y BULYGIN, EUGENIO; *Introducción a la metodología de las...*, cit., pág. 116.

⁷⁴⁹ La consideración de que los sistemas jurídicos son sistemas deductivos presupone la posibilidad de una lógica de las normas.

⁷⁵⁰ Sobre la relación entre Derecho y Lenguaje, *infra* parágrafo 30 (“Lenguaje y Derecho”).

Las ventajas de ésta construcción estriban en que, el caracterizar un sistema normativo por sus consecuencias, nada dice acerca de los enunciados que componen a aquel. Expresándolo de otra manera, todo lo que se exige para un sistema normativo así concebido es que tenga consecuencias normativas, no se prejuzga acerca de la naturaleza lógica de los demás enunciados del sistema; si decimos que un sistema normativo está compuesto por normas, parece seguirse de ello que todos los enunciados que integran el sistema son normas, sin embargo, no es inusual que dichos sistemas estén compuestos por otros enunciados que difícilmente puedan considerarse normas, como las “definiciones jurídicas” (v.g. art. 77 del C.P. argentino)⁷⁵¹.

Otra ventaja, es que estando a la definición de sistema normativo que se viene analizando, nada se dice acerca de las fuentes del Derecho (enunciados de base del sistema). Esos pueden tener distinta procedencia y número. Los criterios que hacen a la elección de dichos enunciados carecen de relevancia. Así, se pueden utilizar las normas de un código, reglas consuetudinarias, mezclar cuerpos legales y fallos jurisprudenciales, *et sit cétera*. La elección depende de quien construya el sistema, lo que dará por resultado que el sistema siempre será diferente. Además, como el proceso de interpretación no se agota nunca, pues siempre pueden surgir nuevas dificultades que obliguen a reinterpretar el material jurídico, ningún sistema es definitivo, pues está sujeto potencialmente a nuevos cambios⁷⁵².

Tampoco se prejuzga sobre el status ontológico de las normas (v.g. si son entidades lingüísticas), lo único que se presupone es que son expresables en el lenguaje.

Cuando se habla de sistemas normativos, señalan ALCHOURRÓN y BULYGIN, que se lo suele hacer en el sentido de *ordenamiento*, es decir, refiriéndose a la totalidad de las normas válidas según un criterio de identificación. Sostienen los autores citados que, sin embargo, es la idea de sistema la que se usa en la ciencia jurídica, la que permite reconstruir la práctica científica de los juristas, pues estos construyen sus sistemas a partir

⁷⁵¹ Para Kelsen, las definiciones normativas, que son aquellas que determinan más específicamente el sentido de otras normas al definir un concepto utilizado, son normas no independientes. Kelsen, Hans; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 70. Sobre esto ver *infra* parágrafo 29 (“La norma jurídica”).

⁷⁵² Bulygin, Eugenio; *Sistema deductivo y Sistema interpretativo*; Isonomía nro. 13, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, Octubre 2000, pág. 60. Esta noción denota la particular tesis que sustenta el autor acerca de la concepción de *sistema normativo*, como parcela del Derecho subjetivamente diseñada por el operador, no se condice con la noción que trabajamos en el resto de nuestro texto como sinónimo de ordenamiento jurídico, pero deviene interesante para demostrar el relevante rol del intérprete como configurador jurídico.

de un subconjunto del ordenamiento formado por aquellos enunciados que devienen relevantes para la materia que les interesa analizar, nadie opera con todos los enunciados válidos⁷⁵³. Lo que interesa al jurista es determinar las consecuencias normativas para una materia, y ello importa recortar la extensión de los enunciados a manejar, descartando los que carecen de relevancia para la materia elegida.

El seleccionar todos los enunciados relevantes para la materia varía según las fuentes del Derecho; así, en el caso de la *legislación*, el problema ya viene resuelto, pues fue el Legislador el que ordenó las leyes de acuerdo a la materia. Pero en el caso de la *jurisprudencia*, la selección de los enunciados de la base es más dificultosa, pues los fallos judiciales no se hallan sistematizados. En otro orden, el factor temporal también es relevante, pues los enunciados pueden perder validez o adquirirla, en ello los sistemas normativos son momentáneos, dependen de un momento cronológico.

Para ir cerrando éste esquema que nos permitirá analizar posteriormente algunas cuestiones relevantes de nuestro estudio, debemos analizar en este momento, las *propiedades estructurales del sistema*.

Cuando dentro del USmax, no aparezca ninguna solución respecto a un caso, nos enfrentamos al problema de la *incompletitud* del sistema. Es el caso de las llamadas *lagunas normativas*. Un sistema normativo es incompleto si, y sólo si, tiene por lo menos una laguna. Un sistema que no tiene lagunas es completo.

Cuando en un sistema normativo, figuran dos o más soluciones incompatibles, para un caso, se entiende que el sistema es *incoherente*. Un sistema es coherente si, y sólo si, no existe ningún caso en que el sistema sea incoherente. Se ha destacado que

“... la mayoría de los lógicos han centrado sus esfuerzos en el par deónico “Op & Php” (ambas normas categóricas) como paradigma de contradicción normativa; sin embargo, esta forma de contradicción es muy poco usual en el ámbito jurídico. Ello se debe a que los legisladores en pocas ocasiones dictan normas categóricas, y es difícil que esas pocas normas encuentren, en el mismo sistema jurídico, otras normas categóricas contradictorias. Esta forma de ver las contradicciones normativas ha traído múltiples discusiones sobre las consecuencias lógicas de un sistema inconsistente, llevando a algunos autores a descartar la aplicabilidad misma

⁷⁵³ ALCHOURRÓN, CARLOS E. y BULYGIN, EUGENIO; *Introducción a la metodología de las...*, cit., pág. 122.

de la lógica para el análisis de los sistemas jurídicos [...] La forma más usual de contradicciones normativas, en el ámbito jurídico, es resultante de la conjunción de dos normas hipotéticas, como por ejemplo, la norma que obliga a los ciudadanos a votar y la que prohíbe votar a los menores de 20 años.”⁷⁵⁴

N1: $F \Rightarrow Op$ (Si es ciudadano debe votar)
N2: $G \Rightarrow \neg Op$ (Si es menor de 18 años no puede votar).

Un conflicto normativo, que es en definitiva lo que patentiza una incoherencia, existe cada vez que el agente no puede satisfacer o cumplir todas las exigencias impuestas por el sistema normativo. ALCHOURRÓN ejemplifica con un sistema que por una parte obliga al conductor a detenerse frente a una luz roja, en tanto que por otra parte prescribe que no debe detenerse en zona militar; si el sujeto, se halla frente a una luz roja en una zona militar, haga lo que haga no satisfará plenamente las exigencias normativas del sistema. Este es un enfoque pragmático del conflicto, que se suma al lógico explicitado antes.

MARTÍNEZ ZORRILLA destaca que el esquema anterior presente dos problemas: a) contempla el caso de una sola norma, que por la razón que fuere, el agente no puede cumplirla, pero esto es contraintuitivo, pues para calificar a una situación como de conflicto normativo, ha de tratarse de supuestos en que existen al menos dos normas que, simultáneamente aplicables, el sujeto puede cumplir por separado, y la imposibilidad de cumplir una de ellas se debe precisamente al cumplimiento de la otra; b) no se incluye referencia alguna a los permisos, lo que parecería postular la inexistencia de conflictos cuando simultáneamente para el mismo caso el sistema prohíbe una conducta pero permite otra incompatible con esta, con el argumento de que las permisiones no pueden ser cumplidas ni incumplidas, o de que existe un curso de acción que no vulnera ninguna norma (v.g. cumplir la prohibición y no hacer lo que se faculta). Para evitar estos dilemas, el profesor de la Universidad Pompeu Fabra señala que

“...por ‘conflicto normativo’ se entiende cualquiera de las situaciones siguientes: a) toda situación en la que resulten aplicables al menos dos mandatos (obligaciones o prohibiciones), que el agente empíricamente puede cumplir individualmente, pero en la que el cumplimiento de cualquiera de ellos elimina la posibilidad empírica de

⁷⁵⁴ ALONSO, JUAN PABLO; *op. cit.*, pág. 115.

cumplir con los demás; o b) toda situación en la que resulten aplicables al menos un mandato y un permiso, en la que el agente empíricamente puede cumplir el/los mandato/s y ejercitar el permiso individualmente, pero en la que el cumplimiento del algún/os mandato/s elimina la posibilidad empírica de ejercitar el permiso, o el ejercicio del permiso elimina la posibilidad empírica de cumplir con los demás mandatos.”⁷⁵⁵

Finalmente, si un caso tiene en un sistema más de una vez la misma solución, el sistema será *redundante*. Un sistema es independiente si, y sólo si no existe ningún caso en el cual el sistema sea redundante. Para eliminar esto es preciso reformular el sistema para restringir su alcance.

Para rechazar la aplicabilidad de la lógica al análisis jurídico se ha dicho que “...la ciencia del Derecho actúa al margen de la lógica más elemental... afirma que el Derecho tiene contradicciones, ignorando que un teorema elemental de la lógica establece que de una contradicción todo es deducible... el Derecho no puede ser a la vez un sistema lógico, contradictorio e incompleto.”⁷⁵⁶

Es posible ver que algunos juristas confunden el caso de las lagunas (ausencia de solución) con el de incoherencia (superabundancia de soluciones). Si bien, en ocasiones las consecuencias prácticas de ambas situaciones pueden ser similares, son dos fenómenos distintos. En el caso de las lagunas los juristas están ante el dilema de introducir nuevas normas o extender el alcance de las existentes para solucionar el problema, para ello se suele echar mano de argumentos analógicos, principios generales del derecho, *et sit cétera*. En el caso de las incoherencias, el problema consiste en la eliminación de las soluciones superfluas, aquí los juristas procuran restringir el alcance de algunas normas, para ello se utilizan procedimientos como la regla de *lex specialis*, *lex superior*, *lex posterior*, *et sit cétera*.

Hay autores que entienden que todos los problemas anteriores se pueden solucionar mediante el recurso del argumento *a contrario*, pero ello ofrece dificultades importantes que veremos más adelante⁷⁵⁷.

⁷⁵⁵ MARTÍNEZ ZORRILLA, DAVID; *Dilemas morales y Derecho*, en revista *Discusiones* (“Dilemas morales y Derecho”), nro. 8, Edius, Bahía Blanca, marzo 2008, pág. 22.

⁷⁵⁶ HERNÁNDEZ MARÍN, RAFAEL; *Teoría General del Derecho y de la Ciencia Jurídica*, PPU, Barcelona, 1989, págs. 468 a 469.

⁷⁵⁷ Ver *infra* parágrafo 34.4 (“La analogía”).

La cuestión acerca de las lagunas⁷⁵⁸ es siempre relativa a un sistema normativo, el mismo caso puede tener soluciones diferentes en sistemas diversos,

“Pero tampoco cabe preguntar si un sistema normativo es completo o coherente antes de haber determinado primero el ámbito de todos los casos posibles (UC) y el de todas las soluciones posibles (US_{max})... la idea de completitud requiere, no sólo que todos los casos tengan una solución, sino también que las soluciones correlacionadas con los casos sean completas, en el sentido de que todas las acciones posibles estén normativamente determinadas...”⁷⁵⁹

Una manera de evitar los defectos, es solucionar caso por caso mediante normas elementales, este mecanismo da lugar a una tendencia dentro de la técnica legislativa que se denomina *casuismo*. La ventaja de ésta técnica es que favorece la creación de sistemas completos, coherentes e independientes; pero su defecto es la proliferación de normas, así en una materia compleja el número de enunciados de la base será extenso en grado sumo. ALCHOURRÓN y BULYGIN señalan que, además de la carencia de lagunas, inconsistencias, *et sit cétera*, los juristas suelen valorar en los sistemas que los enunciados que los componen sean lo más reducidos posibles, es lo que se llama el *principio de economía*, así se prefieren normas lo más generales posibles⁷⁶⁰. Los enunciados generales tienen como ventaja una mejor visión de conjunto y de manejo práctico de las cuestiones, pero corre el riesgo de generar sistemas redundantes, incoherentes e incompletos.

Los defectos de los sistemas se erradican de distinto modo y tienen diversa importancia. La incompletitud y la incoherencia afectan al sistema mismo, y su erradicación requiere una modificación del sistema, la construcción de un nuevo sistema. La redundancia y el casuismo afectan a la presentación del sistema, para eliminar el problema basta eliminar la base del sistema pero no modificar el sistema mismo. La eliminación de las redundancias y el principio de economía son sentidos opuestos, a mayor generalidad mayor peligro de redundancias, como suele ser considerado preferible el

⁷⁵⁸ Cabe destacar que éste adelantamiento de la cuestión es al solo efecto de presentar la teoría de los autores que se vienen reseñando, nos avocaremos al tema más adelante, por su importancia para nuestra construcción. Ver *infra* parágrafo 50 (“La actividad creadora del juez ante las ‘lagunas’ y las ‘reglas injustas’”).

⁷⁵⁹ ALCHOURRÓN, CARLOS E. y BULYGIN, EUGENIO; *Introducción a la metodología de las...*, cit., pág. 48.

⁷⁶⁰ ALCHOURRÓN, CARLOS E. y BULYGIN, EUGENIO; *Introducción a la metodología de las...*, cit., pág. 125.

segundo, los juristas prefieren trabajar con algunas redundancias que en definitiva no es un defecto grave.

§29.- La norma jurídica.

La norma jurídica como componente del ordenamiento jurídico. Fundamento de su existencia. La necesidad de normas generales. Normas categóricas e hipotéticas. Razones para actuar y guías de interpretación. Función de motivación de la norma. Los mandatos respaldados por amenazas de Austin. La teoría de los imperativos. Los tipos de proposiciones jurídicas para Larenz. Kelsen y la coacción. Los tipos de normas para Kelsen, von Wright, Hart, Merkel, Alf Ross, Bobbio, Radbruch, Raz, Alchourrón y Bulygin, Moreso y Vilajosana, Schauer. La importancia de la diversidad tipológica de normas. El modelo de mandato. La relevancia de las estructuras lógico-objetivas. La parquedad del enfoque imperativo: necesidad de distinguir entre reglas de deber y facultades. Facultad y derecho subjetivo. Los permisos. La idea de libertad. La distinción entre permisos expresos y adiaphorias. Las normas individuales. La crítica de Bulygin: la creación de normas generales por los jueces; el yerro kelseniano (los conceptos de obligatoriedad, vigencia, validez, eficacia). La redefinición de los conceptos. Las normas como programación de comportamientos futuros. El escepticismo ante las normas. Alcance y fuerza de las normas.

Como se señalara, el ordenamiento jurídico es un conjunto de normas, estas conforman la estructura del Derecho, son los componentes del ordenamiento jurídico. Los juristas romanos reconocían como normas jurídicas (i.e. *iuris precepta*) únicamente aquellos *precepta* establecidos en: *leges*, *senadoconsulta*, *plebiscita*, *constitutionis principium*; los *iuris precepta*, eran parte del Derecho precisamente porque habían sido creados por los actos jurídicos apropiados⁷⁶¹. Cualquier orden jurídico se compone de normas, las normas jurídicas son las partículas básicas de aquel.

Ahora bien, la utilización de ésta última voz no ha sido manejada de forma unívoca por los juristas⁷⁶², de nada sirve tampoco reducir el problema a la ambigüedad del término utilizando para ello voces como “regla” o “ley” (que utilizamos de forma indistinta en nuestro desarrollo), sino en el contenido mismo del Derecho o en la manera en que se examina su objeto⁷⁶³.

Suele entenderse por tales al medio oral o escrito por el cual se establece que una conducta no es ya optativa. Es el instrumento por el cual cierta instancia social (v.g. poder legislativo) establece qué conducta es obligatoria. Kelsen explicaba que, aquello que hace de un suceso ubicado en el tiempo y en el espacio (i.e. “un trozo de la naturaleza”), un

⁷⁶¹ TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO; *Indeterminación del Derecho...*, cit., pág. 61.

⁷⁶² KAUFMANN, ARTHUR; *Filosofía del Derecho*, cit., págs. 275 y ss.

⁷⁶³ En lo que sigue, hablaremos indistintamente de “reglas”, “leyes” y “normas”; en un sentido amplio, nos referiremos a *derechos jurídicamente considerados*, no nos ocuparemos en éste apartado de “derechos naturales”, “derechos morales” o de algún tipo de “derechos” basados en consideraciones extrajurídicas.

acontecimiento conforme a Derecho (o contrario a él), no reside en su facticidad (i.e. en su ser encerrado en el sistema natural y sujeto a leyes causales), sino en el sentido objetivo que a él se liga; el suceso obtiene su significación en Derecho a través de una *norma*

“...que se refiere a él con su contenido, que le otorga significación en derecho de suerte que el acto puede ser explicitado según esa norma. *La norma funciona como un esquema de explicitación.*” (el resaltado nos pertenece)⁷⁶⁴

No son los individuos, sino sus acciones u omisiones (i.e. las conductas) y quizás algunos hechos (pero siempre que se hallen unidos con una conducta humana), lo que configura el contenido de las normas, ello se expresa señalando que una “relación jurídica” enlaza una obligación jurídica y su derecho subjetivo reflejo correspondiente, y no una relación entre sujeto obligado y sujeto de derecho⁷⁶⁵.

Su relevancia estriba, en primer lugar, por el importante papel que ellas desempeñan en nuestras vidas; pues a pesar de nuestra postulación en torno a las *adiaphorias*, es difícil pensar en alguna esfera de conducta que no se halle regida por reglas. En segundo lugar, porque el uso de reglas para orientar nuestras acciones parece, en una primera aproximación, sujeto a un problema fundamental, que es el de la justificación racional del seguimiento de reglas; es dable destacar que, una regla prescriptiva destaca como relevantes ciertas circunstancias para calificar deónticamente una acción (v.g. “no avanzar con el vehículo ante el paso de escolares”), pero al hacerlo, deja de lado necesariamente otras muchas circunstancias a ponderar⁷⁶⁶.

El propósito de una norma, dado como se presentó, es hacer que los individuos hagan algo; se procura incidir de una manera determinada en los comportamientos de los individuos de una sociedad. En este sentido, las normas *dan razones para actuar*, guían el comportamiento, prescriben; se alude a que algo deba ser o producirse, que un individuo deba comportarse de determinada manera, proponen u ordenan los comportamientos⁷⁶⁷.

Mediante la formulación de normas, las autoridades intentan motivar el comportamiento de los miembros de cierta comunidad, una manera de motivar la conducta

⁷⁶⁴ Kelsen, Hans; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 17.

⁷⁶⁵ Kelsen, Hans; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 176.

⁷⁶⁶ Schauer, Frederick; *Las reglas en juego* (trad. Orunesu, Claudina y Rodríguez, Jorge L.), Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid, págs. 57 y ss.

⁷⁶⁷ Kelsen, Hans; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 18.

de un individuo es ordenarle específicamente realizar cierta acción, ésta es una *norma individual* (v.g. la orden dada por un policía a un conductor para que se detenga); pero a pesar de la relevancia de éstas normas, es aceptado sin mayores reparos, que el Derecho necesita también de *normas generales*, que regulan clases de acciones para clases de individuos:

“En el derecho contemporáneo, la legislación es la manera paradigmática de formular normas generales”⁷⁶⁸

Se ha indicado que el Derecho tiene autoridad, si la existencia de una norma jurídica que requiere cierta acción es una *razón protegida* para realizar tal acción,

“...una norma jurídica es autoritativa si su existencia es una razón para realizar una acción y para excluir consideraciones en contra. ‘Razón’ significa aquí una razón válida o justificable... El derecho goza de autoridad si... sus súbditos o algunos de ellos, consideran su existencia como una razón protegida para obedecer.”⁷⁶⁹

La formación del Derecho en normas se impone al amparo de la necesidad de expresar con palabras la regla como tal, desvinculada del “caso concreto”, fijando de modo *general* lo que rige o ha de regir para todos los casos similares. Se abstrae lo que hace en cada caso un caso *especial*. En el Derecho continental europeo, este se concibe en reglas, a través de leyes bien formuladas, el orden jurídico se transforma

“...de orden existente de la vida en una suma de ‘proposiciones jurídicas’: la relación de la vida jurídicamente ordenada, típica, el ‘instituto jurídico’ (por ejemplo: matrimonio, propiedad, contrato de permuta, es más: incluso el Estado), se manifiestan ahora como ‘complejo de normas’, y el caso individual en el que el orden es sometido a prueba se convierte en un acontecimiento ‘en sí’ extraño al Derecho, que sólo se convierte en jurídicamente relevante porque es ‘afectado’ por una norma.”⁷⁷⁰

Lo cierto es que una red de reglas, por más tupida y extensa que sea, no puede nunca aprehender todas las impensables variedades de la vida. Una codificación general coloca

⁷⁶⁸ NAVARRO, PABLO; *Acerca de la inevitabilidad de la Interpretación*, Isonomía nro. 22, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, Abril 2005, pág. 99.

⁷⁶⁹ RAZ, JOSEPH; *La autoridad del Derecho...*, cit., pág. 46. Para RAZ, lo dicho patentiza que tiene sentido referirse a la autoridad del Derecho, y que la noción de *autoridad* está inescindiblemente ligada con la de *Derecho*. El Derecho pretende que la existencia de normas jurídicas sea ya una razón de la conducta obediente, lo que no debe confundirse con la pretensión errada de que el Derecho sólo requiere obediencia motivada por el reconocimiento de su validez. El Derecho puede aceptar obediencia por otras razones (v.g. prudenciales, de conveniencia, *et sit cétera*).

⁷⁷⁰ LARENZ, KARL; *op. cit.*, pág. 161.

simplemente, un punto en el desarrollo; pero nunca, ni siquiera por breve tiempo, puede determinar exhaustivamente el contenido del orden jurídico: aquí aparecerá la relevancia del derecho judicial, pero esto es materia de nuestro análisis ulterior⁷⁷¹.

Las normas se dirigen hacia las consecuencias de las posibles conductas, replegándose de la tesis que afirma que lo importante es sólo la intención con la que se haga algo, propia de la “ética de la convicción” contrapuesta a la “ética de la responsabilidad” weberiana, que son en definitiva categorías éticas y no normativas.

Las prescripciones directas no sujetas a ninguna condición, del tipo “deténgase” o “pague \$ 10.000”, responden a lo que usualmente se denominan *normas categóricas*. En el ámbito jurídico, las sentencias judiciales (su parte resolutive) son claros ejemplos de normas categóricas (v.g. “Sempronio debe pagar a Calpurnia \$ 3.000 de cuota alimentaria” o “Ticio debe ir a prisión tres meses en orden al delito de hurto”). Pero las normas generales contenidas en los códigos o leyes especiales, no responden a esta estructura categórica, ya que suelen estipular la obligatoriedad (prohibición, o permisión) de ciertas conductas genéricas en la medida en que se presenten determinadas circunstancias. Tales normas responden a la estructura “si sucede p entonces es obligatorio q”, y suelen ser denominadas *normas hipotéticas*.

Sin embargo, las normas no son sólo *razones para actuar*, son también una pauta de interpretación del comportamiento humano; en este entendimiento, una acción adecuada a la norma es lícita, en tanto que de ser contraria a aquella será ilícita. El hecho ilícito es entonces el acto contrario a la conducta debida, cuyo acaecimiento condiciona la aplicación de una sanción. El hecho ilícito es la conducta que la norma prohíbe.

El propósito inmediato de una norma es, según el esquema prediseñado, que cierta conducta se convierta en obligatoria. A la conducta así definida se la denomina *deber* u *obligación*. Una norma implica que un individuo debe comportarse de cierta manera, el significado específico de una norma se expresa por el concepto de “deber ser”⁷⁷²; devienen estándares de evaluación que guían el comportamiento humano. Lo que convierte a un acto en lícito o ilícito no es su existencia misma sino el significado objetivo que resulta de su interpretación –la norma funciona como esquema de interpretación-⁷⁷³. La obligación de

⁷⁷¹ Ver *infra* Capítulo IV (“Interpretación y Aplicación de las normas penales”).

⁷⁷² RAZ, JOSEPH; *El concepto de sistema jurídico*, cit., pág. 152.

⁷⁷³ RADBRUCH, GUSTAV; *Introducción a la Filosofía...*, cit., pág. 53.

cumplir determinada conducta no constituye un contenido objetivo distinto de la conducta que ordena la norma, decir que un individuo está jurídicamente obligado a efectuar determinada conducta, es tanto como sostener que lo ordena una norma

“...una norma jurídica ordena determinada conducta en tanto enlaza al comportamiento opuesto un acto coactivo como sanción.”⁷⁷⁴

Pero obligación jurídica no debe equipararse con la conducta debida; *deber* y *obligación* no son equiparables, la primera nada dice sobre si es contenido de una obligación jurídica, una permisión o un facultamiento; el “deber” puede predicarse para designar no sólo el que obliga sino también el que permite positivamente y el que faculta determinada conducta⁷⁷⁵.

Un acto individual

“...se encontrará dentro del alcance de una norma si, y sólo si, es realizado por un sujeto normativo en circunstancias que son una instancia de la realización de las condiciones de la norma y si es una instancia del acto genérico que es el acto normativo o una instancia de la omisión de tal acto.”⁷⁷⁶

Así la norma sirve como un estándar directo, la evaluación de estos últimos es parte de la función de los jueces, de ahí que las decisiones de estos se presenten como tan esenciales en el devenir diario⁷⁷⁷. Es claro que las guías de comportamiento existen únicamente, si están acompañadas por una razón estándar para seguirlas; que hace preferir la conducta prescripta a otras alternativas,

“Considerada desde un punto de vista psicológico- sociológico, esa es la función de todo sistema social: obtener un determinado comportamiento del hombre sujeto a ese orden; provocar que el hombre se abstenga de ciertas conductas consideradas perjudiciales socialmente, es decir, para los otros hombres, y en cambio realice ciertas conductas consideradas como socialmente útiles. Esta función de motivación la cumplen las representaciones de las normas que ordenan, o prohíben, determinadas conductas humanas.”⁷⁷⁸

⁷⁷⁴ KELSEN, HANS; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 129. KELSEN destaca que no existe ninguna obligación que sea un impulso interno del hombre, una suerte de sujeción a una norma natural o divina, que el Derecho sólo asegura estatuyendo una sanción. La obligación es simplemente una norma jurídica positiva que ordena la conducta de un individuo al enlazarle una sanción al comportamiento. La obligación existe aun cuando el hombre no tenga ningún impulso para cumplir la conducta exigida.

⁷⁷⁵ KELSEN, HANS; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 132.

⁷⁷⁶ RAZ, JOSEPH; *El concepto de sistema jurídico*, cit., pág. 154.

⁷⁷⁷ No todo estándar de evaluación es una guía para el comportamiento, por caso, es factible evaluar estados de cosas que no son ni acciones, ni consecuencias de actos.

⁷⁷⁸ KELSEN, HANS; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 38.

También la norma sirve como principio para guiar comportamientos prescribiendo un curso de acción.

Las normas, así concebidas, son creadas por actos de voluntad y están “respaldadas” por sanciones⁷⁷⁹; estas últimas son desventajas estipuladas por las normas, que se seguirá para el acto que importe violar la prescripción de aquella, éstas son las razones estándar a que recurre el Derecho⁷⁸⁰.

JOHN AUSTIN, por ejemplo, entendía que las normas jurídicas eran prescripciones coactivas emanadas de una autoridad superior, reconstruibles bajo el esquema “mandatos respaldados por amenazas”; el Derecho es el conjunto de normas dictadas por el Legislador soberano o por algún Legislador delegado autorizado por el primero. El carácter autoritario, coactivo y sancionador es el elemento diferenciador entre las simples “normas” y las “normas jurídicas”⁷⁸¹.

La descripción de una norma que se viene postulando, se adscribe a la Teoría de los Imperativos⁷⁸² y a la Teoría Pura del Derecho⁷⁸³, como las corrientes más

⁷⁷⁹ La necesidad de la “eficacia” de la totalidad del sistema jurídico se suele insertar en éste punto.

⁷⁸⁰ De nada sirve sostener que esto lo hace la voluntad que crea la norma para que la obedezcan, o que ello implica que usualmente se obedece a la autoridad, o que de ello se seguirá una justificación para las acciones. Lo único que aquí interesa es que la “desventaja” es una razón para conformarse a la norma. RAZ, JOSEPH; *El concepto de sistema jurídico*, cit., pág. 157.

⁷⁸¹ Hemos introducido un Anexo referente a la Jurisprudencia Analítica con el objeto de no sobrecargar el texto, y por cuanto esta corriente no es por sí objeto de nuestro trabajo; pero su análisis, cuanto menos superficial, puede clarificar nuestro marco contextual. Véase Anexo I (“La Jurisprudencia Analítica”).

⁷⁸² La corriente imperativista o modelo del mandato proviene de los creadores de las doctrinas iusnaturalistas racionales (GROCIO, PUFENDORF y THOMASIIUS). En sus construcciones teóricas, partían del supuesto de que el Derecho era un mandato, una formulación verbal por la que se manifestaba la voluntad de un sujeto, dirigida a obtener de otro sujeto, un determinado comportamiento o conducta. Esta concepción fue receptada por HOBBS, BENTHAM y AUSTIN; en el siglo XX, especialmente Kelsen y HART atacaron la idea de normas entendidas como simples mandatos, pero al momento de determinar su objeto de conocimiento recurrieron al modelo criticado, si bien practicando sobre él un conjunto de modificaciones y complementaciones con la finalidad de que se reflejara con exactitud las características observables de los Derechos positivos. La principal crítica de los últimos autores mencionados se halla en que el modelo simple no contempla las llamadas *normas potestativas* o *normas de competencia*, si bien puede diferenciarse la terminología, sí se considera necesario describir el orden jurídico señalando la existencia de normas que otorguen facultades (SCHMILL, ULISES O.; *El modelo del mandato, el orden jurídico y las normas de competencia*, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 25, Alicante, 2002, págs. 371 a 372).

SCHMILL señala que los autores que consideran adecuado al modelo de mandato, para la comprensión del derecho positivo, han tomado una decisión metodológica importante, han hecho que el derecho positivo sea su objeto de estudio; todo mandato es una norma positiva, si se prescinde de entidades metafísicas, las consideraciones teóricas habrán de concentrarse en hechos y acontecimientos empíricos. En síntesis, la Teoría de los Imperativos llega a la conclusión de que el objeto de conocimiento de la Jurisprudencia o ciencia del Derecho Positivo es el Derecho establecido por actos humanos. Nosotros discurriremos aceptando esta postura, pero es del caso aclarar que puntualizaremos en que el objeto de conocimiento preindicado en numerosas oportunidades será alterado por la jurisprudencia.

emblemáticas que, pretendiendo explicar el funcionamiento de todo un sistema jurídico, ensayaron a modo de conceptualización de la idea de *norma jurídica* un esquema simple en que se entiende a aquellas como mandatos o prohibiciones pues en su base se encuentra o bien una sanción o bien un mandato⁷⁸⁴.

El deseo uniformador es muy fuerte en la teoría jurídica, ambas versiones, intentan reducir variedades distintas de reglas jurídicas a una forma única, que tendría en sí la explicación de la naturaleza del Derecho,

“...hacen de la sanción un elemento centralmente importante, y ambas fracasan si se demuestra que es perfectamente concebible el derecho sin sanciones.”⁷⁸⁵

Para BENTHAM, AUSTIN y Kelsen, las normas son guías de comportamiento, y la única forma que el Derecho lo hace es prescribiéndolo. El fundador de la teoría de los imperativos, AUGUST THON, sostenía, en lo que respecta al carácter de las proposiciones jurídicas, el monismo; esto es, que todas las proposiciones jurídicas tienen que tener el mismo carácter,

“Si se encuentran proposiciones del derecho positivo que no tienen la forma de imperativos –cosa que sucede la mayoría de las veces–, entonces estas proposiciones, o bien pueden ser transformadas sin mayor dificultad y sin modificación de contenido, es decir, sin modificación alguna de su enunciado, en imperativos, o bien sólo tienen significado en conexión con imperativos; este

⁷⁸³ Kelsen insiste en que la ciencia pura del Derecho tiene que ver con la estática (Nomoestática), no con la dinámica del Derecho (Nomodinámica); la pureza de su teoría requiere una especial asimilación del Estado al Derecho. Al depurar la Teoría del Derecho, se debe diluir al Estado en el Derecho: por una parte en una dimensión dinámica referida a la autoproducción, concebido como un orden o conjunto de normas que se autogenera y, por otra, una estática, independiente de su producción, donde las normas jurídicas se consideran, aunque sea provisionalmente, como “dadas”, son el producto ya realizado del acto de emisión de la norma, es decir, son las normas mismas (Kelsen, Hans; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 203).

Con Kelsen, la Teoría del Derecho se orientó definitivamente hacia el estudio del ordenamiento jurídico en su conjunto, considerando como concepto fundamental para una construcción del campo del Derecho, no ya el concepto de norma, sino el del ordenamiento como sistema de normas (Bolívar Espinoza, Augusto; *op. cit.*, pág. 5). Similar hace Hart al considerar que el derecho positivo está constituido por dos clases de normas: las que establecen obligaciones respaldadas por amenazas (normas primarias) y las normas de competencia (normas secundarias).

Una crítica sobre la que no avanzaremos, con motivo en la índole de éste trabajo, es lo usual de hacer abstracción de las circunstancias de creación de las normas; esta es la justificación para considerar a las disposiciones jurídicas como entidades abstractas. Respecto a lo antedicho, puede verse el ataque de Raz a Kelsen (*El concepto de sistema jurídico*, cit., pág. 160).

⁷⁸⁴ Las teorías son más complejas, pero en el sustrato pueden reducirse a la idea presentada y a nuestros fines carece de relevancia complejizar la exposición en esta cuestión.

⁷⁸⁵ Hart, H. L. A.; *El concepto de Derecho*, cit., pág. 48.

último sería el caso de las llamadas ‘proposiciones jurídicas conceptuales’ y el de las proposiciones jurídicas permisivas.”⁷⁸⁶

Así puesto, la teoría de los imperativos es coincidente con la teoría pura del Derecho de Kelsen, donde todas las proposiciones jurídicas son normas –no “normas” en el sentido de BINDING, sino en el sentido de “juicios hipotéticos”⁷⁸⁷-. Como se verá, este esquema adolece por pobre⁷⁸⁸. LARENZ, con agudeza, advirtió que, si bien el esquema fundamental de la proposición jurídica es el que dice: cuando el supuesto de hecho (S) se realiza en un hecho concreto (H), entonces rige para este hecho la consecuencia jurídica (C); no todas las proposiciones son de ese tipo (i.e. completas); hay también proposiciones jurídicas incompletas, es decir, que participan del sentido de validez de la ley: proposiciones jurídicas aclaratorias (que delimitan o aclaran un concepto aplicado en otras proposiciones jurídicas –proposiciones jurídicas definitorias-, o bien completan una expresión que en principio ha quedado indeterminada –proposiciones jurídicas complementarias); proposiciones jurídicas limitativas (para los casos en que la proposición jurídica atrape supuestos de hecho tan amplios para los que no debería regir la consecuencia jurídica, aparece este segundo tipo de reglas que limitan la regla primeramente dada); proposiciones jurídicas de remisión (las que determinan no inmediatamente, sino mediatamente, la consecuencia jurídica del supuesto de hecho en ella mencionado, a través de una remisión a otras proposiciones jurídicas), y las ficciones legales (que consisten en la equiparación deliberada de algo que se sabe desigual, son remisiones encubiertas, persiguen, por lo general, la aplicación de la regla dada para un supuesto de hecho (S¹) a otro supuesto de hecho (S²), la ley “finge” que el segundo supuesto es la instanciación de un supuesto del primero)⁷⁸⁹.

Soslayamos por cómodo, la tesis que supone que son sólo normas jurídicas aquellas hacia las que el *insider* (hombre del sistema), tiene una actitud interna, es decir, una aceptación moral para decidir cuáles de las reglas son jurídicas y cuáles no lo son; las normas deben cumplir un criterio material de justicia, y ante la insuficiencia de ello se añade un criterio complementario de identificación de normas jurídicas por normas de

⁷⁸⁶ KAUFMANN, ARMIN; *op. cit.*, pág. 347.

⁷⁸⁷ Ver *infra* subparágrafo 29.2 (“La Ley y la Norma, una distinción del Derecho Penal”).

⁷⁸⁸ JOSEPH RAZ entiende que lo ideal es una norma que guíe el comportamiento sin prescribirlo, para ello se apoya en HART. RAZ, JOSEPH; *El concepto de sistema jurídico*, cit., pág. 191.

⁷⁸⁹ LARENZ, KARL; *op. cit.*, págs. 174 a 188.

competencia, pero estas no deben emanar de cualquier autoridad sino de una autoridad moralmente legítima. Es la tesis iusnaturalista, que en el plano normativo no receptamos en éste trabajo, de un criterio fuerte de juridicidad (justicia, bien común, *et sit cétera*), para entender que una norma es tal.

Una norma para ser jurídica, vinculante, no precisa ser justa, sino seguir las pautas normativas de vigencia (normas de competencia/ *power- conferring rules*), es decir, pautas metajurídicas como criterio de identificación, es decir, en síntesis, deben existir condiciones de validez como se viera anteriormente⁷⁹⁰. Esta pauta sitúa a las normas en un plano definicional que es congruente con la naturaleza de la cuestión, pues normas que metalingüísticamente definen la validez jurídica son seguramente el instrumento idóneo para explicar la normatividad o no de las reglas, sin recurrir a pautas morales. Este plano es diverso al de la introducción de pautas morales *a posteriori* en el punto de decisión judicial que se verá más adelante.

Varios materiales jurídicos (v.g. leyes, ordenanzas, códigos, *et sit cétera*), limitan las opciones de conductas de los individuos a través de órdenes coactivas. Puede sostenerse entonces que aquella es una característica que acompaña usualmente al Derecho. Esta relación fue señalada férreamente por JEREMÍAS BENTHAM, JOHN AUSTIN y HANS KELSEN, caracterizando al Derecho como un conjunto de mandatos⁷⁹¹.

KELSEN, por ejemplo, sostenía que las normas jurídicas genuinas son entidades abstractas de tipo condicional⁷⁹², con la particularidad que su consecuente consiste en una sanción cuya aplicación era obligatoria:

“Cuando un sistema social, como el orden jurídico, obliga a una conducta en cuanto estatuye para el caso de la conducta opuesta una sanción, cabe describir la situación mediante una proposición que enuncia que, en caso de una determinada conducta, debe producirse una determinada sanción. Con ello ya queda dicho que la conducta que es condición de la sanción se encuentra prohibida, y su contraria es obligatoria.”⁷⁹³

⁷⁹⁰ Ver *supra* parágrafo 28 (“Presupuesto. El orden jurídico”).

⁷⁹¹ Véase Anexo I (“La jurisprudencia analítica”).

⁷⁹² ARMIN KAUFMANN en igual sentido entiende que la norma, como el juicio de valor que precede su existencia, describe las situaciones en abstracto, aunque pretenda facilitar su aplicación mediante descripciones lo más “cercanas a la vida” posible. Kaufmann, Armin; *op. cit.*, pág. 184.

⁷⁹³ KELSEN, HANS; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 39.

En lo esencial, KELSEN sostiene una tesis similar a AUSTIN: la coacción es el rasgo distintivo de las normas jurídicas; siendo así, las disposiciones jurídicas emanadas por el Legislador que no se adecuan a esta estructura no son normas jurídicas genuinas (o completas), sino fragmentos de normas jurídicas⁷⁹⁴. Ejemplificando: como las reglas de la legítima defensa (art. 34.6º, del código penal argentino) no estipulan sanción alguna, entonces no serían normas jurídicas, pero formarían parte de otras normas que estipulan en su consecuente una sanción, son

“...normas no independientes que se encuentran en unión esencial con normas que estatuyen actos coactivos.”⁷⁹⁵,

de esta forma, una norma completa respecto del delito de homicidio podría configurarse del siguiente modo:

“Al que matare a otro, y no obrare en legítima defensa, es obligatorio imponerle una pena de...”. (art. 79 + 34.6º)

KELSEN distingue entre *normas primarias* y *normas secundarias*, lo que en el ámbito del Derecho Penal, puede aparejar ventajas. Las normas primarias son las normas que estipulan sanciones y están dirigidas a los jueces, las disposiciones de los Códigos Penales en su “Parte Especial” responden a este patrón (v.g. “si mata es obligatorio imponer tal sanción”). La norma secundaria expresa el deber jurídico que, según KELSEN, es el acto opuesto al acto antijurídico, siendo éste último el antecedente de la sanción (v.g. la norma secundaria establecería el deber de no matar). BINDING ha efectuado una construcción asimétrica similar, pero que el profesor austriaco critica⁷⁹⁶. Para el maestro austriaco las normas tienen una doble función, por un lado determinar los órganos y procedimientos a observar, y por el otro determinar el contenido de las normas individuales producidas en esos procedimientos administrativos y judiciales; lo cierto es que las normas se dirigen en esta perspectiva sólo a los jueces, en un reduccionismo insoslayable⁷⁹⁷.

⁷⁹⁴ KELSEN, HANS; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 42. “La distinción únicamente relevante entre los sistemas sociales no radica en que unos estatuyan sanciones y los otros no, sino en los diversos tipos de sanciones.”

⁷⁹⁵ KELSEN, HANS; *Teoría Pura del Derecho*, cit., págs. 63 a 64. Con esta construcción, el maestro austriaco rechaza una definición del Derecho que no lo determine como un orden coactivo, “...sólo adoptando el momento coactivo como elemento del concepto de derecho se distingue a éste nítidamente de otros sistemas sociales: el elemento coactivo es un factor mucho más significativo para el conocimiento de las relaciones sociales...”, *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 66.

⁷⁹⁶ Ver *infra* subparágrafo 29.2 (“La Ley y la Norma, una distinción del Derecho Penal”).

⁷⁹⁷ KELSEN, HANS; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 240.

GEORG HENRIK VON WRIGHT distingue tres tipos de reglas, aunque cabe reflexionar que no se tratan de especies del mismo género sino de *sentidos* diferentes del término “norma” o “regla”: a) reglas que definen o determinan los movimientos correctos en una actividad determinada –pueden denominarse normas constitutivas-; b) prescripciones que son órdenes o permisos dados por alguien desde una posición de autoridad a alguien en una posición de sujeción –pueden denominarse normas prescriptivas-, ocupan un lugar destacado entre las normas jurídicas; y c) normas técnicas que establecen las condiciones necesarias para alcanzar un determinado fin, no son ni aserciones ni prescripciones, presuponen que algo es o no es condición necesaria para otra cosa (v.g. las reglas para otorgar un testamento ológrafo). Es difícil concebir la existencia de éstas últimas pues el Derecho suele regular el comportamiento indicando que si se desea conseguir una cosa, entonces debe hacerse otra⁷⁹⁸. VON WRIGHT añade a las tres clases preexplicitadas, otras tres clases de normas que se sitúan entre los grupos anteriores: a) las *costumbres o normas consuetudinarias*, las que se asemejan a las prescripciones pues ejercen presión normativa, pero se diferencian de estas en que no son dictadas por autoridad alguna y en que no se promulgan por ningún tipo de signos simbólicos⁷⁹⁹; b) las *normas morales* se asemejan a las prescripciones (ello para los seguidores de una ética teológica) o a las normas técnicas (para los seguidores de alguna ética consecuencialista como el utilitarismo); y c) las *reglas ideales* se vinculan con el “deber ser”, establecen el patrón de excelencia de algo⁸⁰⁰.

Este esquema sirve para señalar que la idea de puras normas prescriptivas no agota la estructura de las normas jurídicas.

La cuestión es más compleja, el modelo simple preexplicitado ostenta múltiples objeciones a más de la presentada; es patente que no todas las normas ordenan hacer o no hacer algo, así y haciendo nuestras las palabras de HART:

“...se hizo claro que aunque entre todas las variedades de derecho son las leyes penales, que prohíben o prescriben ciertas acciones bajo castigo, las que más se

⁷⁹⁸ MORESO, JUAN JOSÉ y VILAJOSANA, JOSEP MARÍA; *op. cit.*, pág. 66.

⁷⁹⁹ MORESO, JUAN JOSÉ y VILAJOSANA, JOSEP MARÍA señalan que estos tipos de reglas suelen ser aceptadas en su existencia jurídica, para ello requieren de dos elementos, uno externo o *usus* que es la existencia de un comportamiento reiterado en algún grupo social, y otro interno u *opinio iuris*, que es la conciencia de que se trata de una práctica vinculante (*op. cit.*, pág. 67).

⁸⁰⁰ MORESO, JUAN JOSÉ y VILAJOSANA, JOSEP MARÍA; *op. cit.*, pág. 68.

parecen a órdenes respaldadas por amenazas dadas por una persona a otras, tales leyes, sin embargo, difieren de dichas órdenes en un aspecto importante, a saber, que por lo común también se aplican a quienes las sancionan y no simplemente a otros...[asimismo] hay otras variedades de normas, principalmente aquellas que confieren potestades jurídicas para decidir litigios o legislar o para crear o modificar relaciones jurídicas, que no pueden, sin caer en el absurdo, ser interpretadas como órdenes respaldadas por amenazas...”⁸⁰¹

HART construye una de sus tesis más difundidas y aceptadas: la diversidad tipológica de las normas jurídicas⁸⁰². A diferencia de los sistemas jurídicos primitivos, los modernos se caracterizan por presentar reglas de diverso tipo, con estructuras, funciones y propósitos distintos⁸⁰³. En su propuesta, HART distingue entre “reglas primarias” y “reglas secundarias” y; dentro de estas últimas, las “reglas de cambio”, “de adjudicación” y “de reconocimiento”.

Las “reglas primarias” son las prescripciones (o normas) en sentido estricto: se trata de enunciados cuyo propósito es que determinadas personas realicen determinadas conductas. Las normas imperativas son una especie de este género.

Las “reglas secundarias” son reglas referidas a las reglas primarias. Las “reglas de cambio”, permiten el cambio de las reglas primarias; estipulando las condiciones personales, materiales y procedimentales para la creación o eliminación de reglas primarias. Dentro de estas reglas se encuentran, por un lado, las que confieren potestades a órganos públicos (competencia) para promulgar y derogar normas generales; por otro lado, las que confieren potestades a los particulares (capacidad) para celebrar contratos, a través de los cuales se crean nuevas reglas particulares que afectan el status deóntico de ciertas conductas de los contratantes. Las “reglas de adjudicación” confieren facultades a determinados órganos para dirimir conflictos relativos al cumplimiento o la infracción de reglas primarias; se trata de las reglas que otorgan las competencias judiciales, estableciendo las condiciones personales, materiales y procedimentales para arribar a una

⁸⁰¹ HART, H. L. A.; *El concepto de Derecho*, cit., pág. 99.

⁸⁰² HART, H. L. A.; *El concepto de Derecho*, cit., págs. 100 y ss.

⁸⁰³ Esta tesis pretende (y con éxito) ser superadora de antiguas concepciones positivistas reductivistas, que sostenían una tipología única de normas jurídicas y que señalaremos *supra* en el texto, ya sea en la versión de AUSTIN y BENTHAM (como mandatos respaldados por amenazas), como en ciertas tesis de Kelsen (como juicios hipotéticos de deber ser cuyo antecedente consiste en la descripción de ciertas circunstancias y cuyo consecuente consiste en la obligación de imponer una sanción jurídica).

sentencia sobre el litigio involucrado. Las “reglas de reconocimiento” establecen los criterios de pertenencia de reglas a un sistema jurídico.

El monismo normativo ha sido criticado también por MERKEL quien sostuvo que aquel

“...no se corresponde con la doble faz del Derecho, por medio de la cual él funda de ordinario, en la conformación de las relaciones de vida, de un lado un deber [*sollen*] o un tener que [*müssen*] y por el otro un ser permitido [*dürfen*] o un poder [*können*], y de tal manera une en sí las funciones de mandar y vincular con las de permitir y conceder. El significado propio del permitir en el ámbito del derecho no se deja deducir, sin más, desde el concepto del mandato o del deber...”⁸⁰⁴

Para ALF ROSS las normas jurídicas pueden ser divididas en dos grupos según su contenido inmediato: *normas de conducta* y *normas de competencia*. El primer grupo comprende a las reglas que prescriben una determinada línea de acción, el segundo a las reglas que crean una competencia, son directivas que disponen que las normas que se creen de conformidad con un modo establecido de procedimiento serán consideradas normas de conducta⁸⁰⁵.

BOBBIO distingue entre *normas de conducta* y *normas de organización*, lo que no indica una diferencia entre dos tipos de Estado, sino entre dos distintas funciones del Derecho; la de hacer posible la convivencia de individuos (o grupos) que persiguen cada uno fines particulares, y la de hacer posible la cooperación de individuos (o grupos) que persiguen un fin común. Pero desde el punto de vista jurídico, para representar el paso del Estado liberal clásico, al Estado asistencial contemporáneo, es más útil distinguir no ya desde la óptica estructural del Derecho, sino funcional (a la que el profesor de la

⁸⁰⁴ Citado por MAIER, JULIO B. J.; *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*. T. I, 2ª edición, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1996, pág. 10.

⁸⁰⁵ ROSS, ALF; *op. cit.*, pág. 59. Sin embargo el autor cae en el monismo reduccionista pues concluye explicando que las normas de conducta no le dicen a los ciudadanos qué les está prohibido, por caso, matar, sino que indican al juez cuál ha de ser su sentencia en un caso de tal índole; para él, un orden jurídico, considerado como un sistema vigente de normas, puede ser definido como el conjunto de normas que efectivamente operan en el espíritu del juez, porque ésta las vive como socialmente obligatorias y por ello las obedece (pág. 61).

En Kelsen se afirma que las normas penales constituyen normas de motivación directa para los jueces, a quienes la norma les exige qué conducta deben realizar (sancionar) en caso de comprobar el acaecimiento de los hechos estipulados en el antecedente; para los ciudadanos, en cambio, se trata de normas de motivación indirecta, ya que no se establece qué conducta es la deseada sino que se establece una sanción para la conducta indeseada (i.e. no se alude a la conducta como deónticamente debida, sino al carácter debido de la consecuencia de esa conducta, esto es, la sanción); conf. Kelsen, HANS; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 39.

Universidad de Turín es afecto), aludiendo al peso de un control social fundado primordialmente en *normas provistas de sanción* que evolucione hacia un control confiado en *normas técnicas* cuya fuerza deriva de la ligazón medio- fin (i.e. el hecho de realizar o no ciertas acciones permite o no permite al Derecho alcanzar el fin propuesto)⁸⁰⁶.

Incluso GUSTAV RADBRUCH discurre en torno a la escisión entre normas imperativas y normas facultativas, desprendiéndose de las primeras los deberes jurídicos, y de las segundas los derechos subjetivos para tutelar a aquellas⁸⁰⁷.

JOSEPH RAZ distingue también entre *disposiciones que imponen deberes* y *disposiciones jurídicas que confieren facultades*⁸⁰⁸; en lo sustancial, no difiere del esquema de su maestro HART. Sin embargo, señala que este último, no distingue claramente entre tipos normativos y funciones sociales, de donde, la teoría de HART apareja una relación simple entre tipos de normas y funciones sociales, de acuerdo con la cual las normas que impone deberes realizan la primera función primaria, en tanto que las normas que confieren facultades realizan la segunda función primaria.

“Más aún, esta simplificada imagen de correlación uno a uno entre tipos de normas y tipos de funciones, oscurece el hecho de que los sistemas jurídicos realizan otras dos funciones primarias, las de proveimiento de servicios y resolución de disputas no reguladas.”⁸⁰⁹

Lo dicho se vincula con la clasificación de funciones normativas que RAZ especifica⁸¹⁰: a) *funciones primarias*, las que se dividen en: 1) *prevención de comportamiento indeseable y obtención de comportamiento deseable*, esta función la lleva primordialmente a cabo el Derecho Penal y el de responsabilidad civil extracontractual, cuando se habla de conducta indeseable no se implica que ella sea realmente indeseable, sino que así la considera el Derecho; 2) *proveimiento de medios para la celebración de acuerdos privados entre individuos*, por ella los individuos, de propia voluntad, establecen y regulan sus derechos y deberes, se establecen reglas que imponen deberes y confieren facultades (v.g. establecer sociedades, celebrar matrimonios, *et sit cétera*); a través de la función analizada en “1”, al prohibir un comportamiento indeseable, el Derecho dirige las

⁸⁰⁶ BOBBIO, NORBERTO; *Derecho y ciencias sociales*, op. cit., pág. 227 a 233. También BOBBIO, NORBERTO; *El problema del Positivismo Jurídico*, cit., pág. 159.

⁸⁰⁷ RADBRUCH, GUSTAV; *Introducción a la filosofía...*, págs. 85 a 86.

⁸⁰⁸ RAZ, JOSEPH; *El concepto de sistema jurídico*, cit., págs. 180 a 200.

⁸⁰⁹ RAZ, JOSEPH; *La autoridad del Derecho...*, cit., pág. 224.

⁸¹⁰ RAZ, JOSEPH; *La autoridad del Derecho...*, cit., pág. 216 y ss.

actividades del hombre en la forma procurada, es el Derecho el que decide los fines deseables y limita la opción individual para garantizar el logro de los fines apropiados; en la función analizada en “2”, el Derecho sólo proporciona los medios para la celebración de acuerdos privados entre los individuos, ayuda a perseguir los fines que estos eligieron, no impone su voluntad –queda claro que no se puede invocar la protección del Derecho para cualquier acuerdo que ellos puedan desear; el Derecho crea marcos dentro de los cuales los individuos tienen que realizar sus acuerdos y perseguir sus objetivos, las restricciones son necesarias para proteger a una de las partes del convenio de ser explotada por la otra, o proteger a terceros de consecuencias injustas-; 3) *proveimiento de servicios y redistribución de bienes*, el Derecho realiza esta función haciendo arreglos de defensa contra enemigos externos, proporcionando educación, servicios de salud, *et sit cétera*, en general no es sencillo distinguir entre distribución de bienes y proveimiento de servicios; y 4) *resolución de disputas no reguladas*, las disposiciones jurídicas que regulan el funcionamiento de los tribunales o árbitros, realizan tanto funciones sociales primarias como secundarias, los tribunales realizan una función primaria al estipular procedimientos para la disolución de disputas no reguladas (i.e. no previstas), realizan una función secundaria cuando establecen procedimientos para la resolución de disputas reguladas (i.e. previstas). Y b) *funciones secundarias*, que tienen que ver con el funcionamiento del propio sistema jurídico, estas funciones proveen a su adaptabilidad, a su eficacia y al funcionamiento; hay dos funciones secundarias, la de la determinación de procedimientos para cambiar el Derecho y la regulación del funcionamiento de los órganos aplicadores del Derecho. La explicación de RAZ demuestra la importancia del sistema judicial en los sistemas jurídicos: realiza la función primaria de resolver disputas no reguladas, dos funciones secundarias al aplicar y crear el Derecho, y también realiza funciones indirectas importantes,

“En muchas sociedades los tribunales son las instituciones jurídicas más respetadas. Son frecuentemente, las instituciones más directamente conectadas con la idea del derecho y del Estado de derecho en la mente del público.”⁸¹¹

ALCHOURRÓN y BULYGIN, se embarcan en la tarea de definir a las normas jurídicas, partiendo de la conceptualización de sistema jurídico, pues éste deviene tal porque contiene normas jurídicas, y las partes son entendibles si se entiende primeramente

⁸¹¹ RAZ, JOSEPH; *La autoridad del Derecho...*, cit., pág. 221.

el todo, en función del cual están. Este giro de definir la parte desde el todo, halla fulcro, según ellos, en el escepticismo del procedimiento inverso; las dificultades con que tropieza el intento de definir la norma jurídica con independencia del sistema, esto es patente en la *Teoría Pura del Derecho* de HANS Kelsen. Kelsen entiende que todas las normas jurídicas tienen una estructura común, prescriben sanciones, Alchourrón y Bulgin destacan que una teoría monista como ésta, responde a un esquema uniforme, y que el Derecho así enunciado debe dar cuenta del hecho de la diversidad de enunciados que suelen figurar en los cuerpos legales.

Cualquier examen demuestra que no todos los enunciados que figuran en dichos cuerpos son normativos, en el sentido de que prescriban acciones,

“de hecho sólo algunos artículos del Código Penal (en su parte especial) se ajustan directamente al esquema kelseniano. Todo o casi todo el resto de las disposiciones jurídicas no responde *prima facie* al esquema canónico y debe ser objeto de una reconstrucción.”,

la reducción de los enunciados jurídicos a la forma canónica es una tarea de toda doctrina monista y Kelsen era bien consciente de ello, de allí que a dichos enunciados los tratara como entidades distintas, aunque no independientes, de las normas jurídicas propiamente dichas.

Kelsen se ve obligado a reconocer que no todas las normas jurídicas que integran un sistema establecen sanciones, esto es entendido por Alchourrón y Bulgin como abono para su tesis, equivale al abandono de la

“...pretensión de dar una definición de norma jurídica, de tal modo que la característica distintiva del derecho en general sea la característica distintiva de todas y cada una de las normas jurídicas y que el orden jurídico se defina a partir de la norma jurídica.”,

así se renuncia a definir el Derecho desde las normas, para sustituirlo por una definición a nivel del sistema.

De este modo, los citados, definen a las normas jurídicas como aquellas que forman parte de un sistema jurídico, ello permite dar cuenta de la diversidad de enunciados jurídicos: a) enunciados que prescriben actos coactivos; b) enunciados que ordenan, prohíben o permiten conductas pero que no establecen sanciones; c) enunciados que no son normativos, pero que influyen en los efectos normativos de otros enunciados, si bien ellos

mismos no son normas, tales enunciados tienen relevancia normativa en conexión con otras normas y son jurídicos porque integran un sistema jurídico (v.g. las definiciones legales); y d) enunciados que no tienen consecuencia alguna sobre las consecuencias normativas de un sistema (v.g. que presentan teorías políticas, invocan la protección de Dios, *et sit cétera*), carecen de toda relevancia normativa en general y en particular, no es irrazonable eliminarlos de los sistemas jurídicos⁸¹².

MORESO y VILAJOSANA destacan que existen *normas prescriptivas*, que son las que constan de dos partes, la primera que puede denominarse supuesto de hecho (traducido de la expresión alemana *tatbestand*) –descripción de una clase de personas, objetos, acciones humanas o estado de cosas–; y la segunda que es la consecuencia o efecto jurídico, que es la calificación normativa de una acción humana como obligatoria, prohibida o permitida⁸¹³. Las normas prescriptivas correlacionan un caso con una solución normativa, gobiernan el comportamiento humano y/o guían las conductas. Otro tipo de normas son las *normas constitutivas*, que califican determinados supuestos de hecho con una determinada propiedad institucional, éstas correlacionan un caso con otro caso (v.g. correlacionan el supuesto de hecho –tener más de 18 años– con una propiedad institucional –mayoría de edad–), no guían nuestro comportamiento. Los autores españoles, siguiendo a HART, sostienen que, junto a las anteriores existen también las denominadas *normas de competencia*.

SCHAUER, *a posteriori* de entender que cuando se toman decisiones en la vida cotidiana, muchas actividades por las que se opta se ven influidas por reglas de muy diferentes tipos, señala que la presión que ejercen las reglas sobre las conductas difiere en cada caso, pues algunas reglas clausuran por completo las opciones que se pretenden

⁸¹² ALCHOURRÓN, CARLOS E. y BULYGIN, EUGENIO; *Introducción a la metodología de las...*, cit., págs. 103 a 107.

⁸¹³ Los autores sostienen que, las *normas permisivas*, están bien caracterizadas por el carácter deóntico de la permisión y sus relaciones con los otros caracteres deónticos. Hasta ahí, nuestra propia tesis no se contradice con lo antedicho, pero MORESO y VILAJOSANA van más allá, pues exigen la eficacia de los permisos, la que sólo se da si los mismos son utilizados; nosotros entendemos que los permisos son eficaces se haga o no uso de ellos, la salvedad inserta por los autores, los conduce a una distinción innecesaria: habrá un *permiso débil* si no hay ninguna norma que prohíba el comportamiento, y existirá un *permiso fuerte* cuando una norma explícitamente consagre el permiso. Mientras los permisos débiles se refieren a la ausencia de determinadas normas prohibitivas en un cuerpo normativo, los permisos fuertes se refieren a la presencia de determinadas normas permisivas en dicho cuerpo (*op. cit.*, págs. 80 y 81). Nosotros preferimos hablar de *adiaphorias* y *permisos*, en el primer caso, como ya se estudió, son conductas no regladas, los segundos revocan prohibiciones, sobre esto ahondaremos más adelante.

seguir, en tanto otras insertan obstáculos que deben sortearse si se pretende alcanzar los objetivos perseguidos, y finalmente otras sólo se toman en cuenta cuando resultan útiles para la obtención de ciertos fines.

De los diversos tipos de reglas, el profesor de la Universidad de Harvard, específicamente se ocupa de las *reglas prescriptivas*, y de las reglas *descriptivas*; las primeras son empleadas para orientar, controlar o cambiar la conducta de los individuos con capacidad para tomar decisiones (v.g. “no se admiten perros en este restaurante”), en tanto las segundas no regulan el comportamiento, sino que describen regularidades observables o generalizaciones empíricas (v.g. “el vino alemán es más dulce que el francés”)⁸¹⁴.

La modalidad normativa de las reglas prescriptivas se manifiesta en que ellas pueden ejercer presión sobre los agentes para que se comporten en un modo dado: a) en el sentido de una prohibición, b) en el sentido de una obligación; obligación y prohibición no deben concebirse como dos términos discretos (intelección de la lógica de normas), sino como conformando un continuo de fuerza normativa, cuyos extremos son precisamente la prohibición y la obligación. Tal continuo estaría determinado por las sanciones⁸¹⁵ previstas para los casos de incumplimiento y las actitudes hacia las reglas de sus destinatarios; es decir, por las condiciones de aplicabilidad, aceptabilidad y eficacia en el cumplimiento de las reglas que imponen tales calificaciones deónticas sobre las acciones. La existencia de una regla que califica normativamente cierta acción, parece independiente de las medidas previstas para garantizar su eficacia. Una conducta puede hallarse prohibida de conformidad con alguna regla, a pesar que, desde el punto de vista del destinatario de la misma, las sanciones previstas carezcan de todo peso motivacional.

SCHAUER clasifica a las reglas prescriptivas en dos subclases: a) las *reglas imperativas o regulativas (mandatory rules)* y las *reglas de experiencia o instrucciones (rules of thumb)*. En una primera aproximación, lo que distingue a ambos tipos de reglas, se

⁸¹⁴ SCHAUER, FREDERICK; *op. cit.*, págs. 58 y 59.

⁸¹⁵ SCHAUER se encarga de señalar expresamente que no pretende confundir una regla con las sanciones que trae aparejada su violación. Las sanciones le sirven al autor no ya para examinar el funcionamiento de las reglas, sino para examinar el problema de la autoridad, temática que por cierto excede la pretensión de nuestro trabajo (SCHAUER, FREDERICK; *op. cit.*, pág. 65). Además SCHAUER destaca que no puede confundirse a las reglas con las sanciones previstas para los casos de violación, pues destaca que, una regla que en su forma establece una prohibición, puede en los hechos no hacerlo si el destinatario considera que el castigo a sufrir por su transgresión es un “precio razonable” a pagar por realizar la acción prohibida (*op. cit.*, págs. 65 a 66).

centra en la distinta presión o fuerza que imponen sobre la conducta. Las reglas imperativas ejercen presión normativa debido a su carácter de reglas, mientras que las reglas de experiencia sólo ejercen presión normativa por su utilidad indicativa en una ocasión dada (similar a las *reglas técnicas* en VON WRIGHT). Las reglas de experiencia son optativas, ya sea porque sólo se aplican si un agente desea lograr el éxito en determinada tarea (son hipotéticas, pues contienen una cláusula condicional, explícita o implícita, que limita su aplicación a aquellos casos en los que se persiga el éxito en alguna actividad); o bien porque su fuerza para motivar conductas se debería a que se estima que el resultado deseado se alcanzará si se cumple con lo que la regla prescribe. Las reglas de experiencia suministran directivas útiles para los casos habituales, pero ni siquiera cuando se desea alcanzar el objetivo al que ellas apuntan, ejercen presión normativa alguna en cuanto reglas, si se estima que, a pesar de realizar el deber que ellas imponen, no se logrará el objetivo deseado⁸¹⁶. Por el contrario, las reglas imperativas, cuando son aceptadas, establecen razones para la acción⁸¹⁷ por el solo hecho de su existencia en cuanto reglas, y

“... generan así una presión normativa incluso en los casos en los que las justificaciones subyacentes a las reglas indican el resultado contrario.”,

SCHAUER entiende que de todas formas una regla imperativa puede ser violada, pues si bien suministra razones para la acción, otros aspectos de la situación pueden brindar razones para actuar de algún otro modo⁸¹⁸.

SCHAUER señala que, los filósofos, comúnmente distinguen entre *reglas regulativas* y *reglas constitutivas*. Conforme con ella, las primeras regulan conductas previamente existentes y que podrían definirse sin hacer referencia a la regla que las regula (v.g. prohibir la venta de alcohol a menores); en tanto que las segundas crearían la posibilidad misma de llevar a cabo ciertas acciones, por lo que definirían actividades, que no existen con independencia de las reglas que a ellas se refieren (v.g. la regla que establece cómo enrocar en el ajedrez, no resulta claro si tal regla regula el enroque, o lo define primeramente y luego establece una regulación). El profesor de la Universidad de Harvard sostiene que, se trata de una distinción en cierto sentido esclarecedora, pero al propio

⁸¹⁶ SCHAUER, FREDERICK; *op. cit.*, pág. 60.

⁸¹⁷ Sobre las “normas como razones para la acción” avanzaremos más adelante. Ver *infra* parágrafo 29.1 (*Las normas en términos de “razones para la acción”*).

⁸¹⁸ SCHAUER, FREDERICK; *op. cit.*, pág. 61.

tiempo confusa, y ello porque las reglas constitutivas, en estricta rigurosidad, poseen un doble aspecto, primero definen cierta actividad y luego la regulan⁸¹⁹.

Asimismo, el autor en estudio puntualiza que, las reglas regulativas ejercen presión sobre la conducta humana; en principio parece que dicha presión puede ser ejercida en dos direcciones: la conducta puede ser *prohibida* o *exigida*. Pero la lógica de normas no es bivalente, subraya, puesto que la negación de la prohibición no es sólo la obligación sino también la *permisión*. Para SCHAUER, aunque tanto la obligación como la permisión, implican la ausencia de prohibición, afirma que no es evidente que la ausencia de prohibición sea necesariamente o bien una permisión o bien una obligación. La permisión puede significar algo deónticamente más fuerte que la mera ausencia de prohibición, de donde, es probable que exista un componente normativo en una permisión y, en consecuencia, habrá también otra categoría deóntica que representa la *indiferencia*, semejante a un vacío deóntico⁸²⁰. Sobre ésta cuestión crucial para nuestro trabajo, avanzaremos más adelante.

Finalmente, SCHAUER indica que la idea de regla regulativa no importa necesariamente un mecanismo insoslayable en el marco de los mecanismos políticos estatales de control social y resolución de conflictos. Para él, la relación entre las reglas y un sistema jurídico, es contingente, pues la decisión de acuerdo con reglas no es sino una entre varias formas que puede asumir el proceso de toma de decisiones; podría por caso establecerse un sistema basado en los actos discrecionales de funcionarios gubernamentales no controlados por reglas.

Si bien podemos coincidir con la idea de SCHAUER de la posibilidad de un sistema jurídico que opere sin la concepción de reglas, lo traemos a colación para no desvirtuar la presentación del autor, pero escapa a nuestra propuesta circunscripta a un sistema jurídico occidental codificado. Sin embargo, existe otra razón para haber señalado éste aspecto del trabajo de SCHAUER, y ello consiste en el hecho de que, por ésta vía, el profesor de Harvard, examina que las tomas de decisiones jurídicas no se basan absolutamente en la ponderación de reglas (argumento receptado en éste trabajo que proponemos), afirmando que

⁸¹⁹ SCHAUER, FREDERICK; *op. cit.*, pág. 63.

⁸²⁰ SCHAUER, FREDERICK; *op. cit.*, pág. 64.

“... voy a partir del supuesto de que la toma de decisiones gobernada por reglas no es meramente compatible con la toma de decisiones jurídicas, sino que constituye un subconjunto de ésta.”⁸²¹,

algunos ejemplos del autor son esclarecedores respecto a esto: a) el régimen de tutela de menores, donde una pauta de final abierto incorporada a algunos sistemas jurídicos actuales alude al “interés superior del niño”, sirve de guía para el juzgador, mejor que cualquier conjunto de reglas más restrictivas; b) el sistema de equidad, que indudablemente conforma el sistema jurídico, e incorpora la flexibilidad y la particularidad como método. De éste argumento plenamente receptable, SCHAUER extrae una herramienta que descartaremos, que consiste en rotular bajo la idea genérica de “regla”, tanto a las prescripciones canónicas, específicas y concluyentes, como a los denominados principios (v.g. la Regla de Oro), en éste trabajo nosotros distinguiremos en todo momento, rigurosamente ambas cuestiones.

La tesis sobre la diversidad tipológica de normas jurídicas ha sido ampliamente aceptada. Sin embargo, se ha sostenido que estos ejemplos de distinción en uno o dos niveles, son clasificaciones poco “finas”, sosteniéndose que la diversidad de tipologías de disposiciones jurídicas es mucho mayor. Por caso, la tipología de HART es de dos niveles: en el primero se distinguen dos géneros (primarias y secundarias); en el segundo se distinguen, dentro de un género (secundarias) tres especies (cambio, adjudicación y reconocimiento).

“Un ejemplo de clasificación de cuatro niveles sería aquella que considera varios géneros (nivel 1), dentro de ellos varios subgéneros (nivel 2), dentro de estos varias especies (nivel 3), y dentro de estas últimas varias subespecies (nivel 4). [...] Un ejemplo reciente de ello, es la propuesta de ATIENZA y RUIZ MANERO en *Las piezas del Derecho* donde los autores, luego de analizar las normas de mandato, las reglas que confieren poderes, los enunciados permisivos, los valores y la regla de reconocimiento, efectúan una propuesta de clasificación de ocho niveles, distinguiendo diecinueve tipos distintos de enunciados jurídicos.”⁸²²

A pesar de las citas de todos los autores prereseados, el modelo de mandato implica el concepto de positividad y tiene ventajas indudables para la construcción de una ciencia sobre el derecho positivo: a) el objeto de conocimiento de la jurisprudencia son las

⁸²¹ SCHAUER, FREDERICK; *op. cit.*, pág. 68.

⁸²² ALONSO, JUAN PABLO; *op. cit.*, pág. 23.

normas positivas, sólo se consideran como objeto de estudio las normas que hayan sido creadas o producidas por actos verbales específicos, empíricamente existentes; b) se excluye del objeto de conocimiento de la ciencia del Derecho toda norma que no sea el producto de un acto verbal, ello implica el rechazo del iusnaturalismo en todas sus variantes, si por tal se entiende la tesis que afirma la existencia de normas no positivas⁸²³; c) las normas son hechos sociales, queda excluida entonces la posibilidad de una lógica de normas, pues entre hechos no hay relaciones lógicas, las lógicas de normas suponen considerar a las mismas como sustratos de sentido, como proposiciones específicas que guardan entre sí relaciones⁸²⁴; d) la restricción autoimpuesta por la ciencia del Derecho respecto de su objeto de conocimiento a las normas positivas reconduce al examen de la determinación de las condiciones precedentes a la realización de los actos, que tienen significación jurídica y de las consecuencias correspondientes a los actos de ejecución o cumplimiento de las normas; y e) el material dado a la ciencia jurídica son actos de poder más o menos sistematizados en los ordenamientos jurídicos⁸²⁵.

Superando el esquema analítico predetallado, la materia jurídica debe respetar las estructuras lógico-objetivas, que la atraviesan íntegramente. Estas estructuras tienen una función de limitación, vale decir que obligan al Legislador cuando este quiere ocuparse de una regulación de un determinado tipo y sólo lo obligan lógicamente, cuando desea que su regulación responda a la realidad de las cosas. La violación de éstas estructuras no significa que la regulación no sea válida, sino que no logrará su fin; es decir, que se ha dictado una regulación con lagunas, contradictoria y no objetiva (v.g.: el Legislador puede o no sancionar una conducta dolosa, pero si decide hacerlo, queda obligado a respetar aquello que constituye el contenido objetivo del dolo). No hay ningún poder en el mundo que pueda ordenar modificar la naturaleza de las cosas (v.g. se puede transformar a Judas en un santo, pero no santificar una piedra)⁸²⁶, quien quiera imponer

⁸²³ Éste tópico conviene señalar desde ahora, que no lo percibimos como absoluto en modo alguno, ciertamente el objeto de conocimiento de la ciencia del Derecho, se ve conformado por las reglas; pero dicho objeto también se ve alterado por la existencia de normas no positivas, no ya en cuanto objeto en sí, sino en el producido ulterior (v.g. resolución de un caso).

⁸²⁴ Éste tópico también cabe rechazarlo, pues las relaciones entre las normas no se limitan a relaciones entre actos correspondientes a las significaciones consubstanciales a las mismas, van más allá y sólo una interrelación entre las mismas viabiliza una intelección clara.

⁸²⁵ La construcción corresponde a ULISES O. SCHMILL; *El modelo del mandato...*, cit., págs. 372 y 373.

⁸²⁶ WELZEL, HANS; *op. cit.*, págs. 193 a 195.

normas a la acción, tiene que presuponer la estructura categorial del hacer humano, ningún Legislador puede modificarla.

Siendo rigurosos, la función del Derecho no se agota en la tarea de fijar los presupuestos del deber jurídico, ni en separar dentro de un universo de acciones de las personas que viven en una comunidad, las acciones u omisiones antijurídicas de aquellas jurídicamente libres.

Para el Derecho, no toda acción que se emprende dentro de la zona jurídicamente libre tiene el mismo valor, en ciertos espectros situacionales no limita la libertad natural de las personas, sino que, por el contrario, posibilita el ejercicio con sentido de la libertad jurídica, al reglar un acto mediante el cual, pueden obtenerse determinados efectos o consecuencias jurídicas (v.g. testamentos, contratos, *et sit cétera*). En estos supuestos el Derecho describe ciertas clases de comportamientos, mediante los cuales el ser humano se relaciona con otros en forma jurídicamente válida, conectando a dichos comportamientos, consecuencias jurídicas precisas; esas normas posibilitan a las personas conexiones con sus semejantes. Tales normas, no sólo disponen para el hombre en cuanto persona privada, sino también como conformando una organización social, son las reglas que conceden potestades jurídicas en HART⁸²⁷. La importancia conceptual de estas reglas consiste en la validez o invalidez de los actos para producir efectos jurídicos; y la concesión de facultades, potestades o competencias para actuar. Claramente estas reglas no pueden ser confundidas con aquellas que imponen deberes.

Así, las reglas de deber (prohibiciones y mandatos) separan lo jurídico de lo no jurídico; y las potestativas, operan en el campo de lo jurídico conectando determinadas clases de acciones a una consecuencia jurídica y posibilitando así el ejercicio de la libertad jurídica remanente. Quien no cumple con estas reglas no ingresa en el campo de lo antijurídico, sino que sus actos carecerán de validez, ergo, no podrán alcanzar su finalidad.

El Derecho trabaja con ambos géneros de normas, de allí el rechazo de HART a las teorías uniformadoras que buscan reducir todas las reglas a un único género lógico.

El enfoque imperativista concentra su atención en la idea de obligación y en sus implicaciones. Revela que ahí, donde hay Derecho, existe una reducción de las

⁸²⁷ HART, H. L. A.; *El concepto de Derecho*, cit., págs. 35 a 37.

opciones de comportamiento y, consecuentemente, aparecen conductas que, en ese sentido, son consideradas obligadas. Lo que es insoslayable es que existen hechos, materiales, conductas, normalmente reconocidos como jurídicos, que difícilmente pueden explicarse desde el punto de vista del enfoque imperativo. El Derecho suele indicar qué hacer sin necesidad de imponer obligaciones.

Las teorías imperativas concentran su atención en las instancias creadoras legislativas del Derecho. Es claro que una apropiada ciencia jurídica debe dar cuenta de los procesos a través de los cuales aquel es creado. No cabe duda que el enfoque imperativo es útil en tal sentido, pues evidencia el carácter institucional, coactivo y normativo del Derecho. Sin embargo existen instituciones que asociamos con la expresión “Derecho” de manera más normal y espontánea que aquello último.

El enfoque de las teorías imperativas, por caso, no otorga particular atención a los tribunales y a su funcionamiento, no obstante su estrecha vinculación con el Derecho.

El elemento central en el enfoque alternativo, no imperativo, lo constituye el concepto de “facultad”, que implica el poder o posibilidad de realizar algo. Lo *facultativo* se asocia con aquello que es *potestativo*. El concepto jurídico de “facultad”, presupone la aptitud o potestad de una persona para modificar la situación jurídica existente de uno mismo o de otros⁸²⁸.

En éste punto es importante distinguir entre *facultad* y *derecho subjetivo*; el primero importa algo que se puede hacer u omitir como en el caso del derecho subjetivo, pero a diferencia de éste último, no se trata sólo de realizar hechos lícitos, permitidos, sino de producir actos válidos. Asimismo, la facultad no se agota en el acto facultado, su propósito es que los actos que se realizan en virtud de la misma, tengan los efectos que pretenden; por el contrario, el derecho subjetivo se agota en su ejercicio⁸²⁹. Otra distinción observable radica en la carencia de aquellas funciones en el sujeto que las lleva a cabo, de éste modo, cuando alguien no está facultado para celebrar un determinado acto jurídico, el acto es nulo; pero cuando se carece de determinado derecho subjetivo (v.g. ingresar a un domicilio), el acto no es nulo, es ilícito.

⁸²⁸ TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO; *El Derecho y la Ciencia del Derecho*, cit., pág. 60.

⁸²⁹ KELSEN, HANS; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 145.

El concepto jurídico de facultad indica que alguien está investido jurídicamente –por una norma–, para realizar un acto jurídico válido, para producir efectos jurídicos (v.g. testamentos, contratos, *et sit cétera*). El concepto de facultad jurídica presupone la posesión de una potestad o capacidad jurídica, idónea para modificar válidamente situaciones jurídicas. Estas facultades no son correlativas de deberes algunos, que alguien tenga una facultad no importa generar deberes.

La importancia de las facultades en el Derecho ha sido resaltada por H. L. A. HART, éstas normas que confieren facultades, no imponen deberes ni obligaciones, no establecen tampoco formas de conductas “ilícitas” o “delitos”; realizan las funciones sociales ya señaladas *supra*. El no conformarse con éstas normas no produce una violación del Derecho ni acarrea sanciones. En rigor proporcionan a los individuos *medios* para realizar sus fines y deseos sociales, para crear a través de ciertos procedimientos, derechos y obligaciones.

Finalmente, el orden jurídico, junto a las reglas de deber y las normas potestativas, presenta *permisos* (causales de justificación). Los permisos inciden de manera directa en el alcance concreto del ámbito del deber; como éste último no logra abarcar en la prohibición, todas las particularidades, sobre todo cuando dichas particularidades son ejercicio de libertades por el agente, el relevamiento específico de estas circunstancias lo efectúan los preceptos permisivos; consisten en la necesidad de circunstanciar lo antinormativo para que no existan prohibiciones donde se podría afectar la libertad del agente. El orden jurídico, entonces, no se agota en lo normativo, pues una acción antinormativa puede ser parte del ejercicio de un derecho. No se trata de un juego de reglas y excepciones, sino que el precepto permisivo es confirmatorio de una regla, no su excepción; garantiza el ámbito de libertad natural desde lo jurídico. La norma y el precepto permisivo son la tesis y la antítesis de un mismo capítulo dialéctico, que como engranajes de un mecanismo, evitan que la norma –necesariamente abstracta– lleve al ámbito de lo prohibido, conductas que la violan por ejercer derechos que no pueden negarse⁸³⁰.

Decir que un acto es permitido es decir que no se encuentra guiado de cierta forma: no está prohibido.

⁸³⁰ ZAFFARONI, EUGENIO; SLOKAR, ALEJANDRO y ALAGIA, ALEJANDRO; *op. cit.*, págs. 589 y 590.

“El principio de que los actos están permitidos a menos que estén prohibidos por una disposición jurídica, expresa la decisión de considerar la forma por la cual el derecho guía el comportamiento en una cierta manera, sin referencia a la posibilidad de que pueda ser guiado por otros factores.”⁸³¹

Debe aclararse que, todo acto- situación que no se encuentre prohibido por el Derecho, no es considerado como el núcleo de una disposición jurídica que lo permite; decir que un acto es permitido no es dar una descripción de una norma, significa no que el acto es guiado sino que no es guiado. JOSEPH RAZ entiende que los enunciados tendentes a demostrar que a tal sujeto *le es permitido* llevar adelante tal acción, deben ser considerados como describiendo disposiciones jurídicas que no son normas, a las que llama *disposiciones jurídicas que otorgan permisiones*⁸³². Para el discípulo de HART, las permisiones suelen considerarse como una nominalización del verbo deóntico “poder”, pero en el discurso común, permisión significa un acto que concede permiso, sólo así una persona puede actuar,

“La ‘permisión explícita’ está destinada a explicar esta noción de permisiones otorgadas u obtenidas. ‘Me permitió entrar al cuarto’ supone que había una razón por la que yo no debía hacerlo, la cual, justamente, cancela esta permisión. Pero una permisión puede ser otorgada no sólo para cancelar una razón existente, sino, también, para prevenir posibles razones, cancelándolas de antemano...”⁸³³

Creemos que no se precisa complejizar en tanto la idea, los permisos pueden ser normativos o provenir de fuera del ordenamiento jurídico, pero para un positivista como RAZ ello importaría admitir el juego de parámetros externos a las reglas, avalar la tesis de DWORKIN.

Expresándolo de otro modo y en clave penal, para determinar si un comportamiento –acción u omisión- está penalmente prohibido, no basta determinar que el mismo importa una instancia de un caso genérico descrito por una disposición penal, hace falta que aquel no sea una instancia de los casos genéricos descritos por las causas de justificación⁸³⁴. Un comportamiento típico pero no antijurídico, es un comportamiento –“al margen de la concepción que se defiende acerca de las relaciones entre antijuridicidad y tipicidad”- penalmente permitido⁸³⁵.

⁸³¹ RAZ, JOSEPH; *El concepto de sistema jurídico*, cit., pág. 206.

⁸³² RAZ, JOSEPH; *El concepto de sistema jurídico*, cit., pág. 207.

⁸³³ RAZ, JOSEPH; *La autoridad del Derecho...*, cit., pág. 89.

⁸³⁴ MORESO, JUAN JOSÉ; *Principio de legalidad y causas de justificación*, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 24, Alicante, 2001, pág. 526.

⁸³⁵ *Ibidem*.

La conducta típica, que ya es valorada de manera negativa, no es antijurídica, aunque sí contraria a la norma; porque aun debe constatarse que no existan las llamadas causas de exclusión del injusto, que tienen por fin hacer que esa conducta típica, termine siendo jurídica. La existencia de la contrariedad a la norma, todavía no dice nada sobre la antijuridicidad, un comportamiento es antijurídico cuando es adverso a la norma y no justificado⁸³⁶.

Estas causas de justificación no son otra cosa que “metanormas” que vienen a regular la colisión entre bienes jurídicos que se encuentran en conflicto entre sí (v.g. la muerte del agresor en el caso de la legítima defensa). Ello importa señalar que no existe un conflicto formal, ya que la colisión sólo surge en relación a los bienes o intereses jurídicos afectados; de allí que las causas de justificación rigen sólo en cuanto conflicto material, pero en modo alguno dirigen instrucciones de acción a los afectados por el conflicto, esto es, no son ni mandatos ni prohibiciones. En el sentido aludido, las normas de permisón no son normas de deber o conducta, porque son sólo normas de colisión. Por esto se afirma que las causas de justificación son normas autónomas y de permisón que actúan independientemente de las normas de conducta y que hacen retroceder a éstas derogando las prescripciones impuestas⁸³⁷.

Ahora bien, antes de la reducción de opciones de comportamiento que el Derecho implica, la conducta es optativa, el sujeto se encuentra “libre”⁸³⁸ de realizarla u

⁸³⁶ HIRSCH, HANS JOACHIM; *Derecho Penal. Obras Completas*, T. II, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires- Santa Fé, 2005, pág. 16.

⁸³⁷ DONNA, EDGARDO A.; *La necesidad como base del aborto justificado y la reciente jurisprudencia sobre las eximentes*, en Revista de Derecho Penal, 2006-2, Rubinzal Culzoni, 2006, págs. 693 a 694.

⁸³⁸ La idea de *libertad* está absolutamente discutida, dada su complejidad y que no hace a la esencia de nuestra propuesta pero que es una noción que se menciona en diversas oportunidades a lo largo de éstas líneas, simplemente señalamos que trabajamos con una idea de libertad forjada en las teorizaciones kantianas; como una propiedad de la voluntad de todos los seres racionales, “...todo ser que no puede obrar de otra manera que bajo la idea de libertad es, por eso mismo, verdaderamente libre en sentido práctico, es decir, que valen para tal ser todas aquellas leyes que están unidas inseparablemente a la libertad, exactamente igual que si su voluntad fuese definida como libre en sí misma... a todo ser racional poseedor de voluntad debemos atribuirle necesariamente la idea de libertad bajo la que obra, pues en tal ser pensamos una razón que es práctica, es decir, que introduce una auténtica causalidad con respecto a sus objetos.”.

La libertad es la que permite entender la idea de voluntad y está regida por la razón, pues si la voluntad estuviera regida por impulsos y no por la razón, no habría libertad; no sería la voluntad la autora de sus principios, sino que se atribuiría a influjos ajenos; KANT, IMMANUEL; *Metafísica de las Costumbres*, cit., pág. 117. El maestro de Königsberg entiende que no es preciso demostrar la existencia de libertad, basta con suponerla si se quiere pensar en un ser como racional, además la causalidad de la voluntad sólo es entendible si se concibe la existencia de la libertad, “...pues ésta no es otra cosa que la independencia de las causas determinantes del mundo sensible... A la idea de libertad, por otro lado viene vinculada necesariamente el concepto de *autonomía*, y con ésta, el principio universal de la moralidad que sirve de fundamento a la idea de

omitirla. Si una conducta es “libre”, en éste sentido, su realización u omisión no se ha visto limitada por el Derecho –no se ha hecho obligatoria su realización u omisión-. A la luz de esto cabe preguntarse, ¿una conducta que se encuentra libre de constreñimiento está permitida?, ¿constituye un derecho?⁸³⁹.

La respuesta se encuentra en el funcionamiento mismo de la permisión. Debemos distinguir entre un *derecho subjetivo*, en el que se presupone que sin la permisión expresa, la conducta no se encuentra permitida⁸⁴⁰; de la conducta permitida por ausencia de constreñimiento, donde no existe una fuente jurídica de la permisión. Dicho de otra manera, se trata de un hecho negativo en que la conducta del individuo no se halla jurídicamente

todas las acciones de los seres racionales...” (KANT, IMMANUEL; *Metafísica de las Costumbres*, cit., pág. 122).

Rechazamos una idea de libertad con significación puramente negativa, que entiende la ausencia de toda sujeción, de toda autoridad capaz de imponer obligaciones, que sólo puede ser relativa; pues la sociedad implica un orden, y tal orden supone ciertas limitaciones. El Estado es un orden social en el que los individuos se hallan obligados a observar determinados comportamientos.

En un sentido originario, “libertad” para un individuo, bajo ésta óptica, sólo es posible cuando éste vive fuera de la sociedad y del Estado (tal libertad sería anarquía). La libertad que resulta posible dentro de la sociedad y, especialmente, dentro del Estado, no puede ser libertad de todo vínculo; entonces, un ciudadano es políticamente libre en la medida en que su voluntad individual se encuentra en armonía con la “general” del orden social. Esta armonía entra la voluntad general y la individual, solamente resta garantizada cuando el orden social es creado por los individuos sujetos al propio orden; así, el orden social implica la determinación de la voluntad del individuo, de donde la libertad política, esto es, bajo un orden social, es *autodeterminación* del individuo por participación en la creación del orden social.

En éste sentido absolutamente reglado de libertad conf. KELSEN, HANS; *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Maynez, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1995, págs. 337 a 338; el autor destaca que la libertad implícita en lo que llamamos libertad política es, en el fondo, autonomía; puede percibirse el diverso alcance de la autonomía kelseniana de la kantiana. También en su otra gran obra, el maestro vienés destaca que un orden jurídico, como todo sistema social normativo, sólo puede obligar a algunas específicas acciones; no puede procurar apuntalar la totalidad de la existencia, “...puede limitar en más o en menos la libertad humana, en cuanto obliga a más o menos. Pero un mínimo de libertad, es decir, de independencia jurídica, una esfera de la existencia humana en que ningún orden o prohibición interviene, permanece siempre resguardada... En ese respecto, los denominados derechos y libertades constitucionalmente garantizados tienen un especial significado político.” (KELSEN, HANS; *Teoría Pura del Derecho*, cit., págs. 56 a 57).

Más ajustada nos parece la concepción del libre albedrío que sostiene SCHÜNEMANN al apuntalar la categoría dogmática de la culpabilidad, señalando que poner en duda a aquel es dar la espalda a la realidad, pues el libre albedrío “...no es un mero dato biofísico, sino una parte de la llamada *reconstrucción social de la realidad* e incluso, según creo, pertenece a una capa especialmente elemental, al menos de la cultura occidental, cuyo abandono sólo sería concebible en caso de liquidación de esta cultura en su globalidad.” (SCHÜNEMANN, BERND; *Cuestiones básicas del Derecho Penal...*, cit., pág. 210). El profesor de la Universidad de Munich reflexiona que la propia estructura gramatical básica de las lenguas SAE (noción introducida por WHORF para aludir al estándar de la lengua media europea: Standard Average European) tiene una estructura en términos de sujeto, predicado y objeto (señala que en las lenguas nootka y wintu no existe separación entre sujeto y predicado, pudiendo referirse a un estado del ser en el que no se ha pensado en el individuo actuando libremente), y tal estructura lingüística tiene su presencia real en la sociedad, así las cosas, no es posible prescindir de él en la planificación de modificaciones sociales (*op. cit.*, págs. 212 a 213).

⁸³⁹ TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO; *El Derecho y la Ciencia del Derecho*, cit., pág. 66.

⁸⁴⁰ KELSEN, HANS; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 139.

prohibida y, por tanto, en ese sentido negativo, le está permitida. La permisión expresa necesita de un acto por el cual es otorgada, al ser “expresa”, se manifiesta de alguna forma comunicativa –es formulable lingüísticamente: v.g. una norma-, de donde un derecho subjetivo existe si, y sólo si, hay una fuente que determine su contenido y existencia⁸⁴¹.

La distinción no es banal, pues los derechos son concedidos precisamente cuando la realización de la conducta no está permitida, o para evitar que se prohíba. Este es el sentido de investir a alguien con una permisión. Cuando la permisión está expresamente concedida por el Derecho, éste se convierte en el fundamento jurídico de la realización de la conducta.

La concesión de una permisión, pretende que ciertas cosas ocurran, los actos que confieren derechos no reflejan un estado de cosas, tienen una función normativa.

La referencia a las permisiones en el Derecho no sólo corresponde ampliamente al uso lingüístico de derechos en el contexto jurídico, sino que se conforma con la idea común que asocia a la libertad con cualquier alegato de Derechos. Si bien la descripción de derechos en términos de permisiones es un dato de la realidad, no es menos cierto que las nociones de permisiones o libertades son tanto o más complejas que la de Derecho.

Resumiendo⁸⁴², si una conducta no está prohibida, está permitida.

a. *permisión = no prohibición = no deber.*

Si una conducta no está prohibida, ni prescripta, es llamada “libre”.

b. *Libertad = no prohibición + no prescripción = no deber + no no deber*

La conducta permitida y la conducta libre tienen en común el hecho de que no están prohibidas. La diferencia radica en que la primera está prescripta en tanto que la segunda no puede estarlo. Una permisión puede ser inferida de la ausencia de una prohibición, o puede ser el resultado de una norma que directamente lo confiere; en el

⁸⁴¹ Algo interesante acaece con el caso de quien tiene un derecho subjetivo, consistente en un poder otorgado para llevar adelante una acción por incumplimiento de una obligación. El ejercicio del derecho no está codeterminado en la conducta que constituye el contenido de la obligación, cuyo incumplimiento se hace valer jurídicamente mediante el ejercicio de un derecho. Pero el problema se halla en creer que todo derecho subjetivo contiene una pretensión con respecto a la conducta de un tercero que está obligado frente al primero, olvidando que la pretensión sólo se constituye en el ejercicio del poder jurídico con que debe contar el derecho reflejo para ser un derecho subjetivo en el sentido técnico de la expresión. Cuando el individuo, no cuenta con el poder jurídico de accionar en caso de incumplimiento de la obligación, el acto por el que requiere el cumplimiento de esa obligación no tiene ningún efecto jurídico, se trata de un *acto jurídico irrelevante*. Kelsen, Hans; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 148.

⁸⁴² Ross, Alf; *op. cit.*, pág. 203.

segundo caso las permisiones tienen fuentes, pero en el primero pueden no tenerla. Dicho de otro modo, las permisiones explícitas siempre se basan en fuentes, las concluyentes nunca: el dictado de una norma que deroga una prohibición jurídica es una permisión explícita o expresa, cancela una razón,

“...es un hecho con fuerza para cancelar la fuerza de ciertos hechos como razones. Una libertad constitucionalmente garantizada otorga una inmunidad en contra de la legislación parlamentaria.”⁸⁴³

Decir que un acto es libre es igual que decir que tal acto se halla fuera del alcance de las normas. Es jurídicamente indiferente. Ni su realización, ni su no realización da lugar a reacciones jurídicas.

Es imposible enumerar las libertades de que goza una persona, la esfera de libertades está definida negativamente como todo aquello que no es objeto de regulación jurídica.

Los permisos, en cambio, sí pueden ser enumerados, pues se presentan como excepciones a prohibiciones conocidas.

La necesidad de mencionar las libertades no es al sólo efecto de revocar prohibiciones en circunstancias específicas, sino también para reafirmar el goce de la ciudadanía de diversas libertades en tanto que esferas protegidas frente a la intervención del Legislador.

Otra distinción relevante entre permisos expresos y permisos por ausencia de constreñimiento o *adiaphorias* como ya las hemos encasillado, estriba en algunas cuestiones más, aparte de las señaladas. La norma que establece permisos introduce ciertas direcciones tanto para el beneficiario como para los demás; los derechos subjetivos son una señal práctica, que indica que alguien tiene una razón jurídica para llevar a cabo algo, y que los demás no tienen fundamento jurídico para impedirselo, por tanto se encuentran en el perímetro jurídico del tenedor del derecho subjetivo; así, si Sempronio hace uso de su derecho subjetivo, ello se convierte en una razón para que los demás se abstengan de interferir, además Sempronio tiene la facultad de exigir que los demás realicen la conducta

⁸⁴³ RAZ, JOSEPH; *La autoridad del Derecho...*, cit., pág. 92. El autor extrae, sin embargo, una conclusión discutible; que, normalmente, cuando se tiene una permisión explícita, se tiene también una permisión concluyente. Por ello, enunciados sobre libertad, derechos o permisiones no distinguen entre los dos tipos de permisiones. Lo único que distingue a los dos tipos de permisiones, para RAZ, es que las expresas dependen de fuentes, en tanto que las que él denomina concluyentes nunca lo hacen.

correspondiente. En el supuesto de los permisos por ausencia de constreñimiento, o libertades, su valor para el individuo puede ser más problemático; la libertad, en definitiva, significa que otros no tienen facultades sobre el sujeto, que no puede interponerse obstáculos jurídicos en su camino que impidan gozar de la libertad. Por otra parte, en las libertades no va implícita facultad alguna frente a los demás a fin de que le acuerden la oportunidad de actuar plenamente; ALF ROSS clarifica esto con un ejemplo preciso, si un sujeto tiene la libertad de sentarse en un banco de una plaza pública, tal libertad no sirve de nada si el banco está ocupado, no existe una facultad correlativa de que el otro ceda el asiento⁸⁴⁴. KELSEN discurre de manera similar

“Cierta conducta de un hombre puede estar no prohibida por el orden jurídico y, en ese sentido, estar permitida, sin que la conducta contrapuesta a esa conducta de otro hombre esté prohibida por el orden jurídico, de suerte que también esa segunda conducta está permitida.”⁸⁴⁵,

de esta forma podrían darse conflictos sobre los cuales el ordenamiento jurídico no reporta ninguna solución, pues, en definitiva, aquel no puede evitar todos los conflictos posibles.

Finalmente, los permisos expresos tienen otra característica que los diferencia de los permisos por ausencia de constreñimiento. No obstante la existencia de la norma que confieren derechos, aun no es posible sostener que un sujeto tenga derecho a realizar una conducta determinada; no es una descripción completa, toda vez que es preciso introducir otros aspectos para que ese enunciado sea verdadero. Así, si dos sujetos pretenden que tienen derecho en virtud de la existencia de la norma respectiva que se los confiere, no obstante, aun, no es posible decir algo concluyente sobre el conflicto de derechos, esto sólo puede ser resuelto concluyentemente por los tribunales. Si no estamos en condiciones de decir algo concluyente sobre los derechos de alguien, pero también es verdad que la específica fuente del derecho que se le concede, existe efectivamente, ello permite afirmar el carácter *prima facie* de los derechos subjetivos; tal concepción no altera ni reduce su función normativa, no implica un “aparente derecho” o un “pseudo derecho”, significa que puede ser superado por otras consideraciones jurídicas⁸⁴⁶. Esta característica

⁸⁴⁴ ROSS, ALF; *op. cit.*, pág. 205.

⁸⁴⁵ KELSEN, HANS; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 56.

⁸⁴⁶ TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO; *El Derecho y la Ciencia del Derecho*, cit., pág. 74.

no es predicable de los permisos por ausencia de constreñimiento, desde el principio son absolutos y concluyentes.

Hasta aquí, aquello que se relaciona con el ordenamiento jurídico como compuesto por *normas generales*. Pero el sistema jurídico no acaba allí, los actos de aplicación del Derecho, estando a la definición tradicional sobre el tema –que corresponde a KELSEN y su *Teoría Pura del Derecho*–, importan *normas individuales*; así, las sentencias judiciales y las decisiones de todo organismo con competencia constituyen normas, vinculantes para aquellos a quienes se refieren⁸⁴⁷.

Nuestra coincidencia con la anterior aserción sólo puede alcanzar a la idea de que, el Derecho como derecho a sancionar, implica integrar el orden jurídico con algo más que las leyes, normas o reglas que el Legislador dicta. Los actos de interpretación y aplicación del Derecho son afirmaciones de la voluntad normativa de quien decide, similar al acto del Legislador e integran, junto a las reglas, el orden jurídico. Pero de ahí a afirmar que, la regla general, dictada por el Legislador, contiene una solución que determina la decisión judicial al caso concreto, debiendo el juzgador limitarse a subsumir este en aquella creando así, para el solo supuesto fáctico, una norma individual, resta mucho trecho, y desde ya adelantamos que no lo seguiremos.

En la concepción de un fallo como *norma individual*, se entiende que aquel es un razonamiento lógicamente válido; y su premisa principal es una norma jurídica general que fundamenta la decisión, la fundamentación de la decisión es una característica del Derecho moderno, de donde, los jueces, tiene la obligación de motivar sus fallos con arreglo a las normas con las que el Legislador dotó al sistema todo; la norma individual se limita en su validez a un caso concreto⁸⁴⁸. Se divide de manera tajante al *órgano creador de normas* y al *órgano aplicador de las normas*, restan así bien delimitados los roles de cada organismo –legislativo y judicial– en el Derecho como institución social. KELSEN introduce la potestad creadora de normas judicial, pues es obvio que si los jueces crean normas individuales, tal acto se asocia, indisolublemente, a la novedad de su contenido; pero al mismo tiempo se trata de una aplicación, pues el contenido de la norma individual se

⁸⁴⁷ KELSEN, HANS; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 129. Las obligaciones generales fluyen de las normas jurídicas; en tanto que la sentencia judicial, que es para un caso concreto, estatuye una norma jurídica individual.

⁸⁴⁸ KELSEN, HANS; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 33.

deduce de la norma general, estas normas individuales no tuvieron validez anteriormente, sino hasta ser creadas por sentencia judicial. Las normas jurídicas individuales serían la continuación del proceso de producción de Derecho⁸⁴⁹. En las elucubraciones que siguen nos apoyamos en la crítica de EUGENIO BULYGIN a esta concepción, en tanto que la creación de normas individuales es el paradigma de las decisiones arbitrarias⁸⁵⁰.

Lo que los jueces crean son *normas generales*, y es importante destacar esto pues el ulterior desarrollo de nuestro tema, entendemos, detentará un mejor acabado si utilizamos un marco referencial idóneo como el planteado por BULYGIN.

La idea de que los jueces crean normas individuales parte de dos bases, por un lado, con motivo de la influencia de KELSEN y la identificación entre obligatoriedad, pertenencia y existencia de las normas⁸⁵¹; y por otro, por que las normas individuales son el

⁸⁴⁹ KELSEN, HANS; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 248.

⁸⁵⁰ BULYGIN, EUGENIO; *Sentencia judicial y creación de derecho*, L.L. 1966, t. 124, pág. 1307 y ss.

⁸⁵¹ Discusión conceptual riquísima pero que a nuestros efectos carece de relevancia. Para BULYGIN, en prieta síntesis, la *obligatoriedad* importa el deber de aplicar una norma, la *vigencia* es la disposición de aplicar dicha norma, la *eficacia* se vincula a la obediencia a la norma y la *validez* parte de la creación normativa por una autoridad competente. La vigencia y la eficacia admiten grados, no así la validez y la obligatoriedad; estas dos últimas y la primera son propiedades independientes. Para ALF ROSS, coherente con su perfil monista en la materia, la *vigencia* es un esquema de interpretación que permite predecir las decisiones de los jueces, es una cualidad atribuida a un orden jurídico como un todo (*op. cit.*, pág. 60 y 63); pero sostiene que tiene una perspectiva dual –con indudable complicaciones lógicas y epistemológicas– pues puede ser entendida tanto como *efectividad* como *obligatoriedad* (pág. 64). Al igual que BULYGIN, entiende que la vigencia admite grados, que varía con el grado de probabilidad con el que podemos predecir que la norma será aplicada (pág. 72).

Sabido es que en KELSEN, *validez y obediencia al Derecho* se confunden, porque es válido el Derecho o porque se lo obedece; se responde con la misma base: “en razón de la norma fundamental”, KELSEN no puede derivar su sistema al llegar a la *norma fundamental*, de la adecuación a determinadas normas morales, porque esto lo llevaría a una postura iusnaturalista de la que procura distanciar a su teoría. Tampoco puede derivar la primera Constitución del hecho de que sea eficaz, pues su noción de validez, netamente normativa, colapsaría al enredarla con una noción fáctica; su teoría se llama pura por la idea de que permanezca incontaminada de elementos valorativos y fácticos (RAZ, JOSEPH; *El concepto de sistema jurídico*, cit., pág. 166).

KELSEN rechaza la reducción externa de la ciencia jurídica a una ciencia empírica, el cometido teórico de los juristas se caracterizaría por la formulación de enunciados verdaderos acerca de normas *válidas*; la “fuerza obligatoria” de las normas aparea características no observables de las normas, la *validez* de las normas es un recurso utilizado para explicar conceptualmente la normatividad o “sentido objetivo” –inobservable– que debe diferenciarse del “sentido subjetivo” –directamente observable– de los actos creadores de normas, y que como tales, implican una realidad específica de la que deben dar cuenta las teorías dogmáticas (LARIGUET, GUILLERMO; *Problemas del conocimiento jurídico*, cit., pág. 141).

Ahora bien, la *eficacia* en KELSEN, contrariamente a lo anterior, es un predicado empíricamente observable, de donde no hay una total desatención a este tipo de contenidos en las teorías dogmáticas en aquel autor; la asignación de la propiedad eficacia a las normas es independiente de la *validez* de ellas (v.g. una norma recién promulgada es válida aunque no se haya comprobado su eficacia) (LARIGUET, GUILLERMO; *Problemas del conocimiento jurídico*, cit., pág. 142 y KELSEN, HANS; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 24 y 220 a 223 –donde impugna la tesis de división de ROSS entre la *validez* y *eficacia* ya que el Derecho estaría sólo formado por hechos empíricos, de donde lo único relevante es lo segundo y no lo primero que no puede ser incorporado al Derecho en virtud de su desapego con la “realidad”–).

producto de un acto de voluntad, pues las normas generales dejan parcialmente indeterminado el resultado. Las normas generales correlacionan casos genéricos con ciertas consecuencias normativas, en tanto que las normas individuales solucionan casos individuales (eventos que se producen en un lugar y tiempo determinado) de manera específica. En este sentido, la parte resolutive de una sentencia judicial es un ejemplo típico de norma individual y la legislación es un ejemplo claro de normas generales; de acuerdo con esto, una norma es o bien una norma general o bien una norma individual según sea que solucione un caso genérico o un caso individual.

Asimismo, el concepto de “norma individual”, busca expresar que la decisión que resuelve un caso concreto, aplicando las “normas generales”, es el último eslabón de la cadena normativa. Cuando un juez decide, en un caso concreto, porque entiende que “X” llevó a cabo una acción que resta comprendida en la clase general de acciones previstas como prohibidas o, no realiza una acción ordenada por una norma, ha

Para BOBBIO, *vigencia* es aquel complejo de normas emanadas según procedimientos establecidos, que son habitualmente obedecidas por los individuos y aplicadas por los jueces; el hecho de que la actividad del jurista no sea únicamente lógica, sino también valorativa, y se halle éticamente orientada, no modifica la circunstancia de que sus valoraciones llegan a ser Derecho, no por el hecho de ser buenas o justas, sino porque son reglas válidas del sistema; no es que se excluyan las valoraciones personales del Legislador, del jurista y del juez, sino que estas valoraciones se convierten en Derecho cuando son recogidas por procedimientos establecidos y verificables objetivamente (i.e. no debido a su mayor o menor conformidad con ciertos ideales de justicia) (BOBBIO, NORBERTO; *El Problema del Positivismo Jurídico*, cit., págs. 175 y 188); en tanto que *efectividad* permite entender por Derecho al conjunto de reglas, independientemente del motivo de su eficacia y, consecuentemente, se tiene como tal tanto a las que son efectivas por consenso como a las que lo son por la fuerza (*op. cit.*, pág. 187).

Dice LARIGUET que podría ser tentador “...construir relaciones necesarias y conmutativas entre el enunciado ‘N es válida’ y el enunciado ‘N es eficaz’ bajo la forma de un bicondicional: ‘N es válida si y sólo si N es eficaz’. Desafortunadamente, la validez como fuerza obligatoria no es reducible, para KELSEN, a fenómenos empíricos. Siendo así, habría que admitir que –para KELSEN- las expresiones ‘norma con fuerza obligatoria’ y ‘norma eficaz’ sólo pueden ser plausiblemente representadas por un enunciado bicondicional contingente.” (LARIGUET, GUILLERMO; *Problemas del conocimiento jurídico*, cit., págs. 142 a 143).

Podemos entonces volver a ALF ROSS; en KELSEN se ve una tensión entre dos teorías jurídicas: una dimensión empírica y otra puramente conceptual; en tanto que el maestro danés prefiere un análisis de las normas referido a hechos observables empíricamente: la propiedad “inobservable” *validez obligatoria* de las normas es eliminada a favor de una propiedad fácticamente observable: su *vigencia*. Conforme con ello, la dogmática puede reconstruir conceptualmente la existencia de normas a partir de hechos empíricamente discernibles, con esto se evita un “parloteo metafísico” según ROSS, “Este reemplazo de las normas en ‘sentido objetivo’ por normas ‘vigentes’ se concretiza mediante una interpretación factualista de éstas que conduce a asignar contenido empírico a los enunciados teóricos que utilizan los dogmáticos del derecho. Se trata, ahora, de enunciados teóricos del ‘ser’ y no del ‘deber ser’.” (LARIGUET, GUILLERMO; *Problemas del conocimiento jurídico*, cit., pág. 145).

La vigencia es un test encaminado a mostrar la existencia “fáctica” del Derecho en un tiempo determinado, y su indicador es la aplicación efectiva que de ellas realice el juez, estas afirmaciones pueden reconstruirse más tarde en un modelo explicativo que dé razones acerca de por qué los jueces usan o no ciertas normas en la justificación de sus decisiones: de aquí a las predicciones de las normas que usarán los jueces en las sentencias hay un paso.

cambiado el plano óntico de discusión, la forma de referirnos a un objeto; el juez ha llevado adelante una acción valorable jurídicamente, ya no se trata de una exigencia o de una valoración de un comportamiento posible y futuro.

El esquema usual de explicación del fenómeno plantea que, la norma general —o regla—, se expresa ordinariamente describiendo una conducta como prohibida, a la que conmina con una sanción (v.g.: al que robare se le impondrá prisión)⁸⁵². Se trata de la descripción abstracta de una clase de acciones, por notas características, a las cuales, se le adosa una valoración jurídica. Se trata de una *hipótesis*, algo no ocurrido, algo posible en el futuro. Para los sostenedores de la tesis de la “norma individual”, los jueces, no mentan una clase genérica de acciones de posible acaecimiento futuro, sino que reconstruyen, una acción singular ya sucedida que, con fundamento en una regla, acarrea una consecuencia jurídica determinada⁸⁵³.

Para sustentar lo anterior, se sostiene, apodócticamente, que el deber ser, o el sentido prescriptivo, no están en las decisiones judiciales, aun cuando ella pueda revelarlos, sino en la norma general que le sirve de fundamento. El problema surge de no diferenciar correctamente los conceptos de *validez* por un lado y *obligación* por el otro, el orden jurídico trabaja con ambas categorías, pero no las confunde ni las reduce a una sola, pero la doctrina ha buscado en más de una ocasión un monismo reductor⁸⁵⁴. La concepción es que el juez nada prohíbe, manda o permite, sino que conecta una clase de acciones descriptas genéricamente a una consecuencia o solución normativa, el Derecho ha pasado del plano normativo al fáctico, de lo prescriptivo a la decisión individual.

El planteo anterior se queda a medio camino, en lo meramente formal, la realidad es que los jueces, como ya se dijo, de crear, crean normas generales; hay tres principios que regulan las decisiones judiciales: legalidad, justificación e inexcusabilidad. En los casos en que el Derecho no es completo, los jueces deben introducir una nueva norma para resolver el caso individual, los procedimientos usuales son la analogía o la redefinición de los conceptos. Esto vincula la noción de norma (especialmente de norma

⁸⁵² No pretendemos, como ya se adelantara, discutir la estructura y el contenido de la norma jurídica completa, pero buscamos, sí, explicitar el esquema del ordenamiento jurídico sobre el que discutiremos posteriormente.

⁸⁵³ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO; *Búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Hammurabi, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2000, pág. 37.

⁸⁵⁴ MAIER, JULIO B. J.; *op. cit.*, t. I, pág. 31.

individual), con nuestro constructo en torno a un *ámbito indeterminado o libre de valoración jurídica*.

Por otro lado, esta última idea de *redefinición de los conceptos* nos introduce en las ideaciones de ALCHOURRÓN y BULYGIN, el tema lo analizaremos desde otro margen al hablar de la problemática existente en la relación entre *Derecho y lenguaje*⁸⁵⁵; pero aquí nos importa resaltar las cuestiones normativas a su respecto. Ahora bien, los citados autores principian su análisis a partir de la crítica a la llamada *tesis normativista*, ésta última entiende que el Derecho está exclusivamente compuesto por normas cuya función es prescribir conductas (obligar, prohibir o permitir comportamientos); las disposiciones que no reglan comportamientos son, desde el punto de vista de la ciencia del Derecho, un material jurídicamente irrelevante. Es fácilmente advertible que, muchos de los textos insertos en los cuerpos legales no prohíben ni mandan nada, por caso el art. 77 del C.P.; ello sin embargo no ha impedido a los juristas el referirse a aquellos como “normas” y esto se debe a que, la promulgación de una cierta definición en un texto legal, por ello sólo, parece conferirle un carácter oficial y vinculante. Para los normativistas, las definiciones son obligaciones, pues imponen su utilización a quienes usan y aplican las normas, la obligación que imponen estas reglas es la de usar las definiciones, es decir, atribuir a las expresiones el significado que el Legislador ha dispuesto⁸⁵⁶.

Hay una diferencia crucial entre, las definiciones oficiales y aquellas que formulan los teóricos, las primeras mantienen su carácter oficial y son vinculantes, en tanto que las segundas no son obligatorias⁸⁵⁷. Ahora bien, la norma que impone la obligación de usar una definición ALCHOURRÓN y BULYGIN la denominan “*norma definitoria*”; esta no es una definición en sí, sino que establece que los usuarios del Derecho deben usar una cierta definición⁸⁵⁸. Lo antedicho implica que, en caso de no ser posible identificar a la definición,

⁸⁵⁵ Ver *infra* parágrafo 30 (“Lenguaje y Derecho”).

⁸⁵⁶ ALCHOURRÓN, CARLOS E. y BULYGIN, EUGENIO; *Definiciones y normas*, en ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO, *Análisis Lógico y Derecho* (Prólogo de G.H. von Wrigth), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pág. 440.

⁸⁵⁷ ALCHOURRÓN, CARLOS E. y BULYGIN, EUGENIO; *Definiciones y normas*, cit., pág. 441.

⁸⁵⁸ Se pueden distinguir tres formas distintas de *definiciones jurídicas*, según su origen: a) las definiciones jurídicas legislativas, b) las definiciones jurídicas jurisprudenciales, y c) las definiciones jurídicas dogmáticas. La creación de cada una de las distintas formas obedece a sus distintos propósitos.

En el texto se desarrollan las definiciones del primer tipo. Las segundas se presentan en los casos en que un juez se encuentra ante un problema de subsunción, generalmente debido a la vaguedad o textura abierta de las normas, de éste tipo de problemas nos ocupamos más adelante (ver *infra* Capítulo IV –“Interpretación y Aplicación de las normas penales-), aunque no las tratamos como puro problema definitorio sino de

entonces tampoco será factible cumplir con la norma definitoria⁸⁵⁹. Las definiciones jurídicas pueden concebirse como enunciados condicionales que correlacionan predicados genéricos con predicados genéricos o, si se prefiere, casos genéricos con casos genéricos; se trata de una técnica muy utilizada en los sistemas jurídicos contemporáneos, y ha sido objeto de numerosas consideraciones iusfilosóficas que escapan a nuestra propuesta.

ALCHOURRÓN y BULYGIN a efectos de analizar qué son las definiciones precisan algunas cuestiones previas que nos resultan de interés, así, si una de las principales funciones del Derecho, se concluye, es la procura de motivar comportamientos, entonces, la autoridad ha de “comunicar” sus directivas; dicha comunicación presupone la existencia de un lenguaje compartido –una comunidad lingüística-, de esta forma, las normas deben manifestarse en un lenguaje compartido por autoridades y destinatarios. Ahora bien, aquí es donde corresponde distinguir entre las normas y sus formulaciones, captar el sentido de las palabras utilizadas por el Legislador es una condición necesaria para que su directiva pueda cumplir la función ya mencionada.

Las normas se formulan en un lenguaje que comparten las autoridades y destinatarios ya que, de otro modo, el Legislador no podría tener éxito en la motivación del comportamiento. Tal vez por ésta razón, en el lenguaje ordinario, no es frecuente distinguir entre las normas y los textos en los que ellas se expresan (la distinción importa desde el punto de vista analítico, pues en la práctica judicial se confunden como se verá). Sin embargo, no hay que confundir las expresiones que usa el Legislador para promulgar una norma con el significado de esas expresiones. Si las normas tienen capacidad de motivar conductas esto se debe a que los destinatarios saben qué significan las palabras que ha empleado el Legislador. Si la autoridad formulase sus normas en un idioma desconocido, entonces, aunque los destinatarios fuesen capaces de identificar los textos relevantes, su

interpretación; según ALCHOURRÓN y BULYGIN estas definiciones no son ni totalmente estipulativas ni totalmente informativas, sino que se trata de definiciones aclaratorias: van más allá del sentido que el término tiene, pero no en forma arbitraria, sino sobre la base del significado preexistente; por lo tanto, sólo parcialmente pueden ser consideradas verdaderas o falsas.

Finalmente, las definiciones jurídico- dogmáticas son articuladas por la ciencia del Derecho en función de objetivos diversos, permiten una presentación del Derecho más económica (v.g. el denominar a la figura que fluye del art. 165 del Código Penal argentino, como “Latrocinio”, es una mera construcción dogmática), pero equivalente en cuanto a las consecuencias normativas del sistema jurídico analizado, en ocasiones la reconstrucción basada en definiciones dogmáticas puede estar erróneamente articulada.

⁸⁵⁹ ALCHOURRÓN, CARLOS E. y BULYGIN, EUGENIO; *ibídem*.

falta de conocimiento del lenguaje que utiliza la autoridad impediría que sean motivados por esas directivas.

Siendo que las palabras no presentan un único significado fácilmente aprehensible, sino que depende de la forma en que se utilizan en cierta comunidad, la determinación del significado de una palabra es una difícil tarea empírica.

Si el significado de las palabras depende de su uso, entonces se abren dos posibilidades: a) las palabras empleadas por el Legislador tienen el significado que normalmente detentan en una comunidad lingüística, o bien b) las palabras empleadas por el Legislador tienen un significado diferente, atribuido especialmente por aquel, a la expresión⁸⁶⁰. Dicho de otro modo, todo lenguaje es un sistema o conjunto de símbolos convencionales, es decir, no hay ninguna relación entre las palabras y los objetos, circunstancias, hechos o sucesos, en relación con los cuales aquellas cumplen sus múltiples funciones,

“la convención que acuerda a una palabra o expresión una función determinada puede ser explícita y *ad hoc*, como ocurre en el caso de un lenguaje artificial cualquiera, o tácita y general, como ocurre en el caso de los lenguajes naturales.”⁸⁶¹

El significado de una palabra depende entonces de una convención⁸⁶², definir, es hacer explícitas las reglas de uso de una palabra (para qué sirve), y señalar cuáles son las oportunidades y/o circunstancias en presencia de las cuales debe utilizárselas⁸⁶³. Sin embargo, en los lenguajes naturales, las palabras son actual o potencialmente vagas⁸⁶⁴, por

⁸⁶⁰ ALCHOURRÓN, CARLOS E. y BULYGIN, EUGENIO; *Definiciones y normas*, cit., pág. 443.

⁸⁶¹ CARRIÓ, GENARO R.; *op. cit.*, pág. 91.

⁸⁶² No puede soslayarse que existen posturas teóricas que se afanan en buscar el significado “intrínseco”, “verdadero” o “real” de las palabras, “...como si en ellas residiera algún valor propio, independiente de las reglas de uso que les asignan tal o cual función.”, esta creencia implica un peligroso equívoco pues lleva “...insensiblemente a la presuposición adicional de que el análisis de las palabras y de las formas lógicas podía por sí proporcionar información sobre cuestiones de hecho. Se creía que con sólo pensar, sin ninguna observación o consideración de casos concretos, era posible hallar los significados verdaderos de las palabras, y que este proceso, por alguna vía indefinible, tenía que dar información sobre la naturaleza y relaciones de las cosas a las que las palabras se refieren [...] La investigación, sin embargo, está condenada a la esterilidad, porque las palabras no tienen significado en ese sentido; simplemente tienen usos. No hay nada divino o mágico acerca de ‘justicia’ o ‘libertad’; solo son parte del aparato verbal del que nos valemos para describir y criticar ciertos tipos de conducta humana. Ellas no son el nombre de Ideas o arquetipos... Conocer su significado es saber cómo usarlas correctamente, esto es, de modo de ser generalmente inteligibles.” (WELDON, *The vocabulary of politics*, citado en CARRIÓ, GENARO R.; *op. cit.*, pág. 118).

⁸⁶³ Tales reglas alcanzan su máxima expresión en los lenguajes de las ciencias formalizadas, la regla de uso incluye un conjunto de condiciones siempre necesarias y suficientes para el empleo de la palabra, cualquiera sea el contexto en que ella aparezca.

⁸⁶⁴ Ahondaremos sobre esto más adelante. Ver *infra* parágrafo 30 (“Lenguaje y Derecho”).

ello, cualquier definición que intente recoger con fidelidad sus reglas en vigor, tendrá necesariamente que recoger la imprecisión de la palabra definida. Si por alguna razón particular se desea dar a una palabra, una precisión que ella no tiene (v.g. la violencia incluye los medios hipnóticos y narcóticos), entonces se está haciendo algo distinto de lo que se hace cuando alguien se limita a recoger el significado de la palabra para los usos lingüísticos vigentes,

“...estamos *estipulando* un significado o, si cabe la expresión, legislando una nueva regla de uso, de aplicación circumscripta.”⁸⁶⁵

Esto es lo que ocurre con las normas, ellas receptan usualmente las definiciones del primer tipo, las llamadas *léxicas*, simplemente describen un uso lingüístico vigente, y por ello pueden ser tildadas de verdaderas o falsas. Las *normas definitorias* usan las definiciones del segundo orden, las llamadas *estipulativas*, que son las que delimitan para ciertos fines el campo de acción de alguna palabra vaga, o se deciden por uno de los significados múltiples de una palabra ambigua, o simplemente introducen un nuevo símbolo en reemplazo de uno preexistente; estas definiciones carecen de valor de verdad, no son aserciones sino decisiones, a lo sumo puede predicarse de ellas su utilidad o no.

En éste punto es donde ingresa a operar la *interpretación*. Para ALCHOURRÓN y BULYGIN, aquella consiste en la identificación o determinación del significado de un texto, para ello, existen dos métodos tradicionales, la *interpretación subjetiva* y la *interpretación objetiva*, acerca de los que nos referiremos con más amplitud posteriormente al ocuparnos de la “interpretación” de las normas. Los autores premencionados sostienen que el último de los métodos, es en verdad, una manera subrepticia de modificar las normas que introdujera el Legislador, la razón es que si el Legislador uso las palabras en el sentido que ellas poseen en cierta comunidad, entonces ambas modalidades de interpretación coinciden; pero si el Legislador uso las palabras en un sentido especial, entonces, atribuirles el significado que ellas tienen en dicha comunidad, ignorando de tal forma, la decisión del Legislador en otro sentido, importa tanto como identificar una norma diferente a la que introdujo el Legislador⁸⁶⁶.

Como ya indicáramos, el presente párrafo tiene sólo por norte presentar la concepción de ordenamiento jurídico y de norma sobre la que trabajaremos; pero podemos

⁸⁶⁵ CARRIÓ, GENARO R.; *op. cit.*, pág. 92.

⁸⁶⁶ ALCHOURRÓN, CARLOS E. y BULYGIN, EUGENIO; *Definiciones y normas*, cit., págs. 444 y 445.

desde este instante, más allá de posteriormente avocarnos al tema en profundidad, señalar que la idea de interpretar por el juzgador normas diferentes a las introducidas por el Legislador, trasciende en mucho el manejo discrecional del lenguaje. De hecho, como procuraremos demostrar, el aplicador del Derecho es un auténtico creador de normas por la atribución personal de significado a una expresión y por el aprovechamiento de las problemáticas propias de las construcciones legales. Sin embargo, la tesis de ALCHOURRÓN y BULYGIN, entendemos, es relevante e importante para indicar uno de los primeras cuestiones que señalan el rol creador del juez al “aplicar” el Derecho.

Un juez está facultado para dictar normas, ello implica que otro sujeto estará sujeto a dicha norma, será el destinatario de la norma creada. No estar facultado para dictar una norma tiene la relación conversa de no estar sujeto o sometido a la norma creada sin tener facultades para ello. Esto tiene paralelismo con el esquema de ROBERT ALEXY cuando analiza el concepto de competencia. Un sujeto “a” tiene competencia frente a un sujeto “b” cuando puede crear para éste una posición jurídica determinada; el que “a” pueda modificar la posición jurídica de “b” significa que aquel, a través de su acción, puede crear una posición jurídica para éste que, en circunstancias similares, no existiría sin esa acción. Ahora, si “a” tiene frente a “b” la competencia para modificar una posición, el último se encuentra frente al primero con respecto a esta posición en una relación de sujeción. Las posiciones de un sujeto se ven creadas o modificadas mediante la creación de normas generales o particulares, la creación de una posición de un sujeto se traduce en la creación de una norma que crea dicha posición, en virtud de que tal posición, no es otra cosa que el predicado atribuido a un sujeto derivado de una norma que se refiere a él⁸⁶⁷.

ALCHOURRÓN y BULYGIN continúan su análisis con la función e identificación de las definiciones, cuestiones que escapan a la finalidad de éste trabajo, pero basta indicar que compartimos con aquellos la concepción de que, junto a las normas, existen definiciones legales conformando el ordenamiento jurídico y su importancia para el presente estriba en las puertas que abren las mismas, en lo que respecta a la creación del Derecho por quien ha de aplicarlas: el juez. Así, si el Legislador define el término “menor” en el antecedente de una norma como “persona que no cumplió 21 años” (art. 126 Código

⁸⁶⁷ SCHMILL, ULISES O.; *El modelo del mandato...*, cit., págs. 395 a 396.

Civil argentino)⁸⁶⁸ y en otro lugar como la “persona que no cumplió 18 años” (ley 22.278 del digesto argentino), estamos ante dos normas distintas, pues con la primera definición se identifica una norma y con la otra una distinta, de donde nos hallamos ante dos sistemas distintos; entonces, en el contexto de la instancia de identificación los sistemas son modificados cuando son modificados sus elementos: las normas, pudiendo haber distintos sistemas, piénsese sino en el concepto de “menor” en el caso del art. 41 quater C.P., según a cuál de las normas premencionadas se recurre distinta será la punibilidad del “mayor” que tipifica⁸⁶⁹.

Por otra parte, las definiciones de la ciencia jurídica (i.e. los conceptos científicos), sólo pueden implicar conceptos teóricos, pero no normas, sostiene LARIGUET. Y ello porque los conceptos teóricos (i.e. los de la dogmática jurídica), son metalingüísticos, de donde, sólo “mencionan normas”; no se puede hablar de implicación entre enunciados que pertenecen a niveles distintos del lenguaje: el metalingüístico del dogmático y el lingüístico del Legislador, y agrega que

“si se insiste en que es posible ‘implicar’ normas de conceptos jurídicos, la pregunta es ¿qué tipo de normas sería implicado? Si de definiciones se trata, se podría defender la idea, aunque también esto se puede discutir, de que lo implicado serían normas de conducta lingüística del tipo ‘el término comerciante’ o ‘defensa en juicio’ etc., deben entenderse de la forma x. Todavía más: esta norma lingüística podría reformularse en una norma técnica del tipo ‘si quieres comunicar el contenido de la norma n, entonces debes aclarar su significado’. Con todo, parece difícil pensar en que se impliquen ‘normas’ de conducta como ‘obligatorio no defraudar’ a partir de conceptos como el de ‘deber jurídico’. En todo caso, este concepto parece definir una inferencia válida pero no implicaría válidamente una norma.”⁸⁷⁰

No estamos exactamente de acuerdo con ello, los conceptos que se proponen a nivel teórico intervienen en las actividades interpretativas, son conceptos que coadyuvan a identificar normas, los conceptos teóricos son de suma importancia en la identificación de normas, ya lo reconocían ALCHOURRÓN y BULYGIN, la interpretación extrae qué significan los términos

⁸⁶⁸ Antes de la reforma introducida por la ley 26.579 (B.O. 22/12/09), estableciendo en el art. 126 que: “Son menores las personas que no hubieren cumplido la edad de DIECIOCHO (18) años.”

⁸⁶⁹ Ver Anexo IV acápite XII, se traen ejemplos precisamente de la cuestión aludida en el texto en la jurisprudencia argentina.

⁸⁷⁰ LARIGUET, GUILLERMO; *Problemas del conocimiento jurídico*, cit., pág. 297.

tanto deónticos como no deónticos que aparecen en los textos legales. Según la instancia, los conceptos actúan con funciones diferentes, no se usan sólo para sistematizar normas sino también para identificar, de donde, la idea de que los conceptos teóricos modifican el contenido del Derecho es planteable tanto a nivel de sistematización como de identificación⁸⁷¹.

Un análisis del Derecho puede conducir, para su mejor comprensión, a analizar su objeto, aclarar su sentido, la función práctica social que cumple, su finalidad. Qué fin cumplen las reglas o cuál es su función racional dentro de una organización social, puede conducir a respuestas muy diversas; algo se señaló al analizar las ideaciones de ALCHOURRÓN y BULYGIN: motivar comportamientos; o bien pueden ser un regulador del poder o la fuerza que aplica un gobierno⁸⁷², o tal vez la expresión de la voluntad estatal de ejecutar forzosamente cada vez que un súbdito transgrede su deber siendo esta la condición de la aplicación de la fuerza por el Estado⁸⁷³. Esto escapa a nuestro objeto de estudio, pues el mismo gira, en lo que nos hemos propuesto luego de examinar el *ámbito libre de regulación jurídica* en el análisis que del tema han efectuado los monografistas de la cuestión, no ya respecto a la problemática de la finalidad u objeto del Derecho, sino al acto concreto por el que se aplican las normas; llámese *norma singular, decisión judicial constitutiva, interpretación de las normas, tarea creadora del juez* (no gnoseológica).

Resumiendo el análisis del mundo normativo sobre el que operamos. Es claro que, en lo cotidiano, el hombre para vivir en comunidad precisa referir –sin hablar de conocimiento o comprensión- su accionar a las reglas del espectro normativo. La única manera de programar acciones futuras desde lo normativo, es referirla, por anticipado, a

⁸⁷¹ LARIGUET ejemplifica con el homicidio con alevosía, en dicho supuesto, el jurista tiene que interpretar dos clases de términos: a) no deónticos estrictos (aparecen en el antecedente de la norma operando como condiciones de aplicación) y b) deónticos estrictos (afectan el estatus deóntico de una clase de acción). Para ello debe servirse de los conceptos que articulan ciertas teorías jurídicas, muchos de los términos *no deónticos* surgen de una tecnificación parcial del lenguaje natural, más allá de ello, el jurista ha de interpretar qué significa “alevosía” y qué “ensañamiento”; lo que es importante pues determina las condiciones de aplicación de la norma. Agrega LARIGUET: “En este marco es probable que, por diferentes motivos, el jurista no utilice los conceptos de ensañamiento o alevosía para *identificar* normas sino para *proponer* aquellas normas que se adecuan a su visión acerca de cómo debe ser el derecho para esta clase de casos.” (LARIGUET, GUILLERMO; *Problemas del conocimiento jurídico*, cit., págs. 299 a 300).

En este sentido es cierto que los juristas van más allá que el sistema propuesto por el Legislador, lo que nos lleva a distanciarnos de la escueta tesis de ALCHOURRÓN y BULYGIN en cuanto que no se implican normas a partir de conceptos, en la sistematización o identificación lógica de normas; según los nombrados, los conceptos sólo ayudan a ver mejor las relaciones de interdefinición de términos deónticos.

⁸⁷² DE JOUVENEL, BERTRAND; *El Poder*, Editorial Nacional, Madrid, 1956, pág. 325.

⁸⁷³ NINO, CARLOS S.; *Introducción al análisis del derecho*, cit., pág. 190 y ss.

reglas abstractas de comportamiento, cualquiera sea su fuente (consuetudinarias, precedentes, reglas escritas, *et sit cétera*), pues sólo por referencia a ésta puede conocerse cuál es el valor y la consecuencia normativa que cabe esperar de la acción. Si bien puede tenerse un conocimiento imperfecto del mundo normativo, si la programación es errónea o incompleta, fracasará al llevarse a cabo la acción⁸⁷⁴. Este planteo permite también examinar el comportamiento de los terceros en la acción cotidiana respecto de otro, la posibilidad de injerencia, las expectativas, *et sit cétera*.

Así, los conceptos normativos se refieren a abstracciones que, con palabras, mentan el valor de una acción futura, valiéndose para ello de una clase de acciones – descripción de clases genéricas de acciones u omisiones por sus notas relevantes-, prescribiendo si está prohibida, ordenada o permitida e, imponiendo una consecuencia jurídica, que apareja el incumplimiento de aquellas. Son patrones de comportamiento que se dirigen al mundo de lo posible.

Se determinan valorativamente acciones u omisiones concretas, no acaecidas, pero susceptibles de llevarse adelante en el futuro. Las normas, aunque son entidades del deber ser, pretender alcanzar el ser, determinarlo, sin por ello desconocer la existencia de los cursos causales y la autonomía humana con capacidad para proponerse y realizar fines.

Un ordenamiento normativo no es, entonces, una aprehensión o conocimiento de lo correcto o incorrecto, sino un sistema dirigido a la praxis humana.

Este esquema es claramente la perspectiva *ex ante* que el ordenamiento jurídico se propone, y sobre el que nada discutiremos en el presente trabajo. Una vez más subrayamos que los lineamientos preindicados en éste parágrafo importan al sólo efecto de saber de qué hablamos cuando hablamos de normas en una aproximación, por cierto, simple en grado sumo. Poco menos que infecunda sería toda propuesta sobre los límites del Derecho si, precisamente, no se explicitara hasta dónde se entiende que dicha noción abarca y cómo está compuesta; de acuerdo a la corriente que se adopte, muy distintos serán dichos alcances distorsionando la hipótesis que se maneje.

Sin embargo, nuestro ámbito de discusión, al que hemos llamado *ámbito indeterminado o libre de valoración jurídica* implosiona cuando se mira al Derecho

⁸⁷⁴ MAIER, JULIO B. J.; *op. cit.*, t. I, pág. 17.

después de que la acción se ha llevado a cabo. Es el ámbito de observación del juez, pues por principio éste valora una acción que ya ha sucedido, el problema reside aquí en la respuesta a la pregunta por el patrón que se utiliza para medir la acción que ya se llevó a cabo.

La cuestión no es baladí, pues nuestra posición ulterior nos llevará a suscribir, en alguna medida –aunque esperamos delimitarla correctamente-, al que HART denominara el *escepticismo ante las reglas*. Como procuraremos demostrar, las normas, en gran medida, sirven a modo de predicciones de lo que los jueces harán llegado el caso de resolver frente a una hipótesis dada; en cierta forma entendemos que nada obliga a los jueces a decidir en los casos en la forma en que lo hacen, puede existir una pauta o criterio de conducta judicial más o menos correcto, pero esto no puede absolutizarse de ningún modo. Si bien las decisiones judiciales procuran ajustarse a las reglas, y ello por la obligación de fundar los fallos en normas preexistentes que tienen los jueces, muchas veces se decide en forma intuitiva, en todo caso, siempre habrá un

“...importante y amplio campo abierto a la discreción por los tribunales..., quienes lo ejercen fijando el contenido de criterios o pautas inicialmente vagos, resolviendo la incertidumbre de las leyes, o desarrollando y acondicionando las reglas que sólo han sido comunicadas en forma muy general por los precedentes revestidos de autoridad.”⁸⁷⁵

Descartamos *ab initio* discutir sobre la infalibilidad y definitividad de la decisión judicial, acerca de la cual se explaya el profesor de Oxford al atacar la posición escéptica⁸⁷⁶.

Nuestra posición no es extrema, no negamos aquí el carácter de Derecho de las leyes, como en alguna oportunidad se sostuvo desde el realismo jurídico radical, considerando a aquellas no más que un factor de motivación, un mero intento de crear Derecho, pues nada se puede saber de ellas hasta que las aplique el tribunal y cómo la interpretan; bajo ésta óptica, todo el Derecho sería de creación judicial, y las leyes también lo serían sólo en tanto y en cuanto fueran aplicadas por los tribunales⁸⁷⁷. Nuestra digresión se orienta, a la idea de que, en los lindes –no en los casos absolutamente claros-, los jueces van más allá de las reglas, apelan a la razón apoyándose en actitudes culturales

⁸⁷⁵ HART, H. L. A.; *El concepto de Derecho*, cit., págs. 169 a 175.

⁸⁷⁶ HART, H. L. A.; *El concepto de Derecho*, cit., págs. 176 y ss.

⁸⁷⁷ Es la postura de JOHN CHIPMAN GRAY mencionado en ROSS, ALF; *op. cit.*, pág. 134.

fundamentales, estándares y valores, proponemos una explicación descriptiva –cómo se comporta el juez en los hechos-, antes que normativa –cómo está obligado a comportarse-. Que las leyes tienen una fuerza obligatoria fundamental y que son el principal material a tener en cuenta por los tribunales al decidir, es algo que no pretendemos discutir, todas las otras fuentes se subordinan a ellas, pero claramente, estas “otras fuentes” tienen una relevancia que en el discurso tradicional se tiende a atemperar y moderar desde una explicación normativista.

Es claro que la incertidumbre normativa no puede ser absoluta y total, máxime en el Derecho Penal, donde el infractor debe tener un conocimiento actual y efectivo del tipo (*dolo*) y la posibilidad de comprender la criminalidad de su acto (*culpabilidad*); el ejecutar la acción mandada y omitir la prohibida no puede estar sometido a un tal azar que torne inviable la convivencia y una suerte de “ruleta” las decisiones judiciales, pero no es menos cierto que, en determinado espectro constelacional de conceptos normativos (v.g.: elementos normativos del tipo, cláusulas generales, lagunas) que analizaremos posteriormente, la conducta del infractor sí se halla frente a una situación en la que el juez resuelve el caso concreto conforme a una norma que él deriva, en el momento del fallo, de su voluntad. En dichos casos, ello deviene insoslayable, la “norma” –general⁸⁷⁸- del juez juega un importante papel respecto de los ciudadanos, pueden guiarse por ella para calcular un comportamiento futuro; sin embargo, la realidad indica que para configurar tal situación ideal se debería presentar un supuesto asimilable en sus aspectos relevantes y por ante el mismo magistrado, sino, el azar de la calificación deóntica del comportamiento futuro será insorteable.

Como es dable observar, si bien el cálculo y la crítica jurídica son bastante difusos y aleatorios, un mínimo es siempre posible⁸⁷⁹.

No puede sostenerse que las normas, de alguna manera, controlan las decisiones de los funcionarios, y en particular, de los órganos judiciales. En general, el modo en que el Derecho interviene en el razonamiento justificatorio de los jueces es una función del *alcance* y de la *fuerza* de una norma. El *alcance* de una norma se refiere a los

⁸⁷⁸ Ver lo sostenido por BULYGIN *supra*.

⁸⁷⁹ MAIER, JULIO B. J.; *op. cit.*, t. I, pág. 21.

casos que esa norma regula, mientras que la *fuerza* depende de la aptitud para justificar una decisión institucional. En ocasiones estas dos dimensiones son pasadas por alto⁸⁸⁰.

La existencia de reglas viene ya a destacar, que el juez tiene la obligación de tomar sus decisiones de conformidad con las mismas. Un juez “creador” de Derecho –como el que presentaremos a lo largo de éste trabajo- no significa que se resuelva por el mero azar, sino que se siguen y obedecen reglas que son conocidas de antemano y que delimitan, abstractamente, cuáles acciones son permitidas y cuáles prohibidas. Es deber del juez aplicar dichas reglas y la posibilidad del *error* en la decisión judicial subyace siempre al sistema. Sin embargo, la idea de error judicial se vincula a problemáticas diversas a las que aquí nos importan (v.g. revisabilidad de la decisión, impugnabilidad, anulación, *et sit cétera*). Nuestro interés se centra no ya en dicho extremo ni en un desechable, *ab initio*, azar absoluto en cualquier decisión judicial, como así tampoco con el menosprecio de las reglas por el juez, sea ello por cuestiones de conciencia o decisión política, sino en la tensión, en los lindes (v.g. cuando se utilizan conceptos normativos en el tipo, cláusulas generales, *et sit cétera*) entre el plano abstracto en el que se mueven las reglas y los hechos concretos.

HART destaca la importancia de las reglas ejemplificando con un juego y su árbitro, si en el juego imaginario, no hubiera reglas, los jugadores se hallarían en un dilema, pues, en definitiva, el juego sería el del *arbitrio del juzgador*, no habría manera de referir los comportamientos. Con las reglas de que se halla munido el juez, los jugadores pueden tener ciertas expectativas sobre cómo serán las decisiones ulteriores, cierta previsibilidad en la toma de decisiones⁸⁸¹.

Los sistemas jurídicos se generan con una pretensión motivacional, que las personas de una comunidad dirijan sus acciones de tal forma o no lo hagan de otra manera, o bien valiéndose de reglas para modificar o extinguir situaciones de la vida de relación⁸⁸².

⁸⁸⁰ Lo dicho se vincula con la aplicación de las normas. Ver *infra* parágrafo 34 (“La aplicación del Derecho. Las conclusiones lógicas en el Derecho”).

⁸⁸¹ HART, H. L. A.; *El concepto de Derecho*, cit., págs. 176 a 182.

⁸⁸² Para JOSEPH RAZ, en su explicación de porqué le atribuimos a una autoridad la capacidad para vincularnos mediante normas, aquella nos presta un servicio al aplicar en fórmulas canónicas –normas-, aquellas razones subyacentes que deberían integrar el balance de razones para nuestra acción; es lo que él llama la *tesis de la dependencia*, así, la autoridad nos otorga pautas que nos permiten actuar de conformidad con razones que deben guiar nuestras acciones de un modo mejor o más acertado que el que podríamos conseguir sin ellas (*concepción de la autoridad como servicio*).

Con ello,

“... el plano óntico en que se mueven las normas y el de su destinatario queda resuelto. No se trata de imperativos dirigidos una vez a los ciudadanos en general y otra a los funcionarios que deben aplicar las consecuencias jurídicas establecidas, sino, en cambio, de reglas cuyo esquema lógico consiste en conectar la descripción abstracta de una clase de acciones u omisiones con alguna consecuencia jurídica... Las normas son así, esquemas hipotéticos dirigidos al único ámbito que le pertenece al hombre –el mundo futuro y posible–, que no es determinado... de antemano por la causalidad natural, sino determinable por el hombre... para proponerse fines...”⁸⁸³

Retornando al juez, en el cuadro prediseñado, su obligación, consiste en decidir los casos concretos que le son presentados⁸⁸⁴. Este deber del juez, nada dice acerca de la validez de su acto, la sentencia, pues esta última puede anularse sin que por ello aquel se haya apartado de su deber⁸⁸⁵. No deben confundirse, entonces, las condiciones de validez de un acto con las condiciones en las que emerge un deber; la sentencia es un acto humano, valorable jurídicamente, ante un conjunto de reglas que predicen sobre su validez, es una decisión confrontable a la luz de ciertas reglas que la regulan. El Derecho no puede predicar la infalibilidad de estos actos, sino su validez, como regulador práctico debe fijar un límite a la discusión.

Este es el esquema básico de aquello que entendemos por *ordenamiento jurídico*, y sus componentes, las normas; sobre el cual especularemos en las líneas que

La autoridad “servirá” entonces, en la medida en que cumplamos mejor con las razones subyacentes cuando guiamos nuestros comportamientos por las directivas dictadas por aquella antes que por nuestra propia deliberación sobre las razones aplicables en un caso determinados (*tesis de la justificación normal*). En esta forma, reconocer autoridad a un órgano importa considerar sus normas como razones para desplazar o excluir nuestro propio balance de razones (*razones excluyentes*); las normas de la autoridad no vienen a ser una razón más en nuestra deliberación sino que simplemente reemplazan dicha deliberación (*tesis del reemplazo*), aun cuando el comportamiento en cuestión vaya en contra de nuestros intereses, en su función normativa, las autoridades ordenan, no recomiendan, un determinado comportamiento.

En general, las autoridades procuran resolver conflictos sociales mediante sus normas, y la justificación de sus normas se relaciona con las razones que usualmente motivan a los individuos ante una situación por el estilo. RAZ elude en todo momento recurrir a argumentos morales para justificar el fenómeno de la autoridad en el Derecho; nosotros entendemos que la construcción del discípulo de HART si bien es prolija y robusta en lo tocante al proceso de génesis normativo, no halla fuerza en el punto de aplicación de las normas, el recurso a normas morales en tal encrucijada, es ineludible como lo estudiaremos. (citado en MORESO, JOSÉ JUAN; *op. cit.*, págs. 542 y 543)

⁸⁸³ MAIER, JULIO B. J.; *op. cit.*, t. I, pág. 24.

⁸⁸⁴ No puede favorecer o perjudicar dolosamente a nadie, en el primer caso puede existir *cohecho* y en el segundo *prevaricato*, según el caso.

⁸⁸⁵ HART, H. L. A.; *El concepto de Derecho*, cit., pág. 38.

siguen, sobre ésta base es en torno a la cual podemos, ahora sí, procurar diseñar y ubicar aquel espectro jurídico problemático al que hemos dado en llamar *ámbito indeterminado o libre de valoración jurídica*.

§29.1.- Las normas en términos de “razones para la acción”.

El aporte de Joseph Raz. Las razones para la acción. Schauer: el particularismo y la toma de decisiones basadas en reglas. Las reglas y las justificaciones subyacentes. Las reglas como razones prudenciales. Las razones morales. Las normas como razones genuinas. La distinción universalista y particularista; elección de la segunda como base de análisis.

Una de las principales contribuciones de JOSEPH RAZ a la Teoría del Derecho es su análisis de las normas en términos de razones para la acción. Es decir, el de la relevancia práctica de las normas generales. Las disposiciones jurídicas guían el comportamiento humano, ayudan a planificar y decidir cursos de conducta, suministran estándares para valorar las acciones pasadas; una disposición jurídica que no se conoce, que no se ejecuta o no se aplica, no guía el comportamiento, ni siquiera el de los obedientes, de suerte que

“...parece no haber razón para considerarla como parte del sistema jurídica; su completa ineficacia le ha privado de la característica esencial de una disposición jurídica la de guiar el comportamiento.”⁸⁸⁶

Muchas veces se sostiene que una violación al Derecho es, también, una violación a la obligación de obedecer al Derecho. Cuando se habla de obedecer al Derecho, se supone que es más que una razón *prima facie* para obedecer, se supone que las razones para obedecer tienen peso y consecuencias que el Derecho les ha determinado; dicho de otra manera, implica una razón para obedecer en todas las circunstancias, que sólo pueden ser vencidas por consideraciones jurídicamente reconocidas como excusas de la persecución (v.g. legítima defensa, estado de necesidad, *et sit cétera*). El individuo, se supone por esta vena, debe dejar de tomar en cuenta las consideraciones en contra, en otras palabras, el Derecho pretende que sus normas y decisiones son autoritativas⁸⁸⁷.

Concebir las reglas en término de razones para la acción coloca en escena el concepto de valor o propósito de una práctica, se debe suponer que la regla en cuestión posee algún significado o valor para quienes participan en ella, dicho de otra manera

⁸⁸⁶ RAZ, JOSEPH; *La autoridad del Derecho...*, cit., pág. 115. La eficacia, como puede verse, no afecta la validez y existencia de la disposiciones jurídicas, sino se confundiría, por caso, una disposición jurídica con las costumbres sociales. También KAUFMANN, ARMIN; *op. cit.*, pág. 184 y ss.

⁸⁸⁷ RAZ, JOSEPH; *La autoridad del Derecho...*, cit., pág. 293.

“...las prácticas sociales, esto es, las prácticas constituidas por conjuntos de normas sólo son inteligibles sobre la base de la suposición de fondo de un propósito o valor que se considera que la práctica promueve.”⁸⁸⁸

Una razón para la acción es cualquier factor relevante a favor o en contra de la realización de una cierta acción.

“Ahora bien, si se acepta que las normas generales tienen por finalidad básica intentar influir sobre la conducta de sus destinatarios para que se comporten de cierto modo, parecen intuitivamente candidatos ideales para configurar razones para la acción. Es característico de nuestros razonamientos prácticos el acudir a normas de carácter general como premisas para justificar nuestras acciones.”⁸⁸⁹

El problema de las normas generales, en una primera aproximación, es el que señala RODRÍGUEZ: el de la justificación racional para el seguimiento de las normas. Pues una norma destaca como relevantes ciertas circunstancias para calificar deónticamente una conducta, pero al hacerlo deja de lado muchas otras; por razones de las limitaciones propias del conocimiento humano y del lenguaje, dadas las infinitas descripciones posibles de las conductas, es plausible sostener lo irrealizable de plasmar en una norma todas las propiedades posibles hasta arribar a una *especificación* muy fina⁸⁹⁰.

Para SCHAUER, el atrincheramiento es lo que permite a una regla resistirse al impulso de modificación centrado en que la toma de decisiones podría razonablemente guiarse más por la óptima aplicación particularizada de la justificación que subyace a la formulación. Importa para el profesor de Harvard, guiarse por el significado de la generalización formulada. SCHAUER señala que existen dos formas de toma de decisiones⁸⁹¹: a) *particularismo* donde la toma de decisiones deja a las reglas un rol meramente indicativo, carente de peso propio, no permitiéndoles interferir en la consideración plena de todas las características relevantes del suceso que requiere una

⁸⁸⁸ MARMOR, ANDREI; *Interpretación y Teoría del Derecho*, (trad. Marcelo Mendoza Hurtado), Gedisa, Barcelona, 2001, pág. 62. El autor señala que no todos los fenómenos sociales en que las acciones de los individuos se conforman a reglas, son *prácticas sociales*, lo que permite distinguir a estas últimas que son propias de las reglas de las reglas que reflejan hábitos sociales. En éste trabajo, siempre que nos referimos a reglas, lo hacemos de manera indistinta con el concepto de norma o ley, no hemos incluido a los hábitos sociales.

⁸⁸⁹ RODRÍGUEZ, JORGE L.; *Introducción. Normas y razones: aspectos lógicos y sustantivos*, Discusiones (“Razones y Normas”), nro. 5, Ediuns, Bahía Blanca, diciembre 2005, pág. 10.

⁸⁹⁰ MORESO, JOSÉ JUAN; *Cristina Redondo sobre razones y normas*, Discusiones (“Razones y Normas”), nro. 5, Ediuns, Bahía Blanca, diciembre 2005, págs. 76 y 77.

⁸⁹¹ SCHAUER, FREDERICK; *op. cit.*, pág. 137 a 139.

decisión; se centra en el caso particular, abarcando todos los aspectos del acontecimiento particular que motiva la decisión; b) toma de decisiones *basada en reglas*, por medio de la cual se excluye de la consideración algunas propiedades del hecho particular.

Se han procurado respuestas a la impugnación particularista, proponiendo la posibilidad teórica de existencia de reglas que poseyeran maleabilidad continua y especificidad ilimitada (que incorporara toda distinción relevante concebible); con ello, se ofrecería el mismo resultado que si se apelara directamente a las justificaciones subyacentes a las reglas (DAVID LYONS). SCHAUER responde a ello que, una regla semejante sería regla sólo en su forma, mas no en sus efectos, se trata de un enfoque estático de las reglas, contemplándolas desde la perspectiva de un agente que considera en simultaneo qué regla adoptar y qué acción realizar. Al no tomar en cuenta la perspectiva dinámica de las reglas, se desdibuja el límite entre la creación de una regla y su aplicación específica; una construcción al momento de la decisión equivale a la maleabilidad constante de las reglas, ello también distorsiona el entendimiento de la esencia misma de lo que es una regla, pues se entiende como una característica fundamental de su calidad, la forma en que desde el pasado a través de generalizaciones, rige para el presente. Si por el contrario se puede hacer de una regla que sea lo que “ahora” se pretenda de ella, se soslaya el componente esencial que distingue a las reglas de las decisiones sin restricciones

“Las reglas son necesariamente rígidas, ya que resisten los esfuerzos actuales para moldearlas a las necesidades del momento”⁸⁹²

Pero además, también resultaría vulnerable al problema de la textura abierta: frente a un caso anómalo podría plantearse la cuestión de si la regla puede ser modificada al tiempo de su aplicación y, de ser la respuesta afirmativa, entonces las decisiones de acuerdo con esa regla resultarían extensionalmente equivalentes con las decisiones tomadas a partir de sus justificaciones subyacentes⁸⁹³.

Para SCHAUER, como consecuencia de lo antedicho, resulta condición necesaria y suficiente para la toma de decisiones basadas en reglas, no ya la especificidad fina sino la ausencia de maleabilidad constante. La maleabilidad limitada es fundamental para trazar la diferencia entre las decisiones basadas en reglas y las decisiones particularistas, las decisiones basadas en reglas existen sólo en la medida en que la

⁸⁹² SCHAUER, FREDERICK; *op. cit.*, pág. 142.

⁸⁹³ SCHAUER, FREDERICK; *op. cit.*, pág. 143.

instanciación resiste las modificaciones continuas al servicio de la justificación que las genera⁸⁹⁴. La raíz de nuestro disenso con el profesor de Harvard estriba en que las restricciones que imponen las reglas ante un acto de decisión, pueden ejercer su fuerza excluyendo de la toma de decisiones correspondiente factores que la teoría justificatoria habría tomado en cuenta, o viceversa incluir en la toma de decisiones factores que de otro modo se habrían considerado irrelevantes. Las reglas cierran el camino a hechos o factores que de acuerdo con la teoría justificatoria, habrían sido relevantes. El efecto de las reglas deviene restrictivo o expansivo de los hechos o factores que orientan las decisiones, y lo hacen de una manera tal que puede parecer artificial.

En un sentido fuerte de toma de decisiones basadas en reglas, se excluye el recurso a las justificaciones subyacentes, y además que la evaluación de la fuerza de las justificaciones para generar reglas tal como se aplican al caso concreto no se deje únicamente en manos del decisor. Esto destaca una cuestión importante, si bien es relevante que las reglas cuenten en las tomas de decisiones, un sistema comprometido con decisiones exclusivamente sustentadas en ellas resigna las aspiraciones a una toma de decisiones ideal: es tomar a las reglas como si fuesen necesariamente *subóptimas*⁸⁹⁵. Que las reglas sean subóptimas implica que, en muchos de los casos, el resultado que ellas imponen, si bien puede ser similar al señalado por la aplicación directa de las justificaciones subyacentes a la regla, puede también ser

“...inferior al resultado indicado por la aplicación directa de su justificación. Y estos casos no se verán acompañados por ningún caso que los compense en la dirección opuesta: aunque habrá ocasiones en las que el resultado indicado por la regla será inferior al indicado por la justificación, no habrá ninguna ocasión en la que el resultado indicado por la regla sea superior al indicado por la justificación.”⁸⁹⁶

Como muchas de las tesis positivistas, ésta de la decisión basada en reglas, no es una afirmación empírica sino lógica, no se condice con la realidad de lo que los jueces hacen usualmente al tener que resolver una cuestión.

⁸⁹⁴ SCHAUER, FREDERICK; *op. cit.*, pág. 144.

⁸⁹⁵ SCHAUER, FREDERICK; *op. cit.*, pág. 160.

⁸⁹⁶ SCHAUER, FREDERICK; *op. cit.*, pág. 161.

La construcción de la toma de decisiones basadas en reglas es similar a la tesis de JOSEPH RAZ, como el mismo SCHAUER se encarga de reconocer. RAZ entiende que las reglas funcionan como razones excluyentes, en todo proceso de toma de decisiones, además de las razones de primer orden, pueden hallarse razones de segundo orden, que son aquellas que suministran razones para actuar o abstenerse de actuar en virtud de una razón de primer orden. Entre las razones de segundo orden, RAZ sostiene que se encuentran aquellas que excluyen razones de primer orden, a las que denomina “razones excluyentes”, y que obligan a dejar de lado razones que de otro modo serían aplicables. En síntesis, una regla imperativa, para RAZ sería una combinación entre una razón de primer orden para llevar a cabo cierta acción y una razón excluyente que exige dejar de lado otras razones de primer orden en conflicto con la primera⁸⁹⁷.

Esta construcción raziana no parece elaborar una representación real de la naturaleza de la toma de decisiones, si bien siempre es posible puntualizar que cualquier desplazamiento en estricta rigurosidad está fuera del alcance de la norma en cuestión, comúnmente se emplean normas no absolutas que poseen un alcance amplio; en vez de normas estrechas que incluyen en su seno todas las posibilidades, incidencias, calificaciones y excepciones (v.g. el hurto en un supermercado de un padre de familia en estado de miseria absoluto). Cuando las reglas excluyen de su consideración ciertos factores, empleando construcciones amplias, siempre mantienen abierta la posibilidad de desplazamiento en virtud de factores no previstos pero relevantes en la ponderación general⁸⁹⁸. Además, la posibilidad de especificación suma que RAZ parece reservar para las razones excluyentes no se condice con la característica de generalidad que poseen las reglas, sólo cuando se consideran razones excluyentes generales y no particulares es posible examinar el problema de si esas razones han de ser tratadas como atrincheradas⁸⁹⁹.

Ni siquiera Kelsen consideraba a las normas en un sentido tan exclusivo, pues si bien el Derecho, estableciendo sanciones, puede motivar a los hombres en el sentido de la conducta requerida ya que se procura evitar aquellas, lo cierto es que esa motivación es

⁸⁹⁷ SCHAUER, FREDERICK; *op. cit.*, pág. 149.

⁸⁹⁸ Sobre esto avanzaremos *infra*, parágrafo 51 (“Derrotabilidad y conocimiento del Derecho”).

⁸⁹⁹ SCHAUER, FREDERICK; *op. cit.*, pág. 153.

“...sólo una función posible del derecho, pero no una función necesaria, dado que la conducta conforme a derecho, la obligatoria, puede ser producida por otros motivos, y muy frecuentemente es producida por otros motivos, como representaciones religiosas o morales.”⁹⁰⁰

La justificación de tener una regla se aposenta en el reconocimiento de que, de aplicarse directamente la justificación subyacente, periclitaría la seguridad al generarse incertidumbre en los casos en que la conducta procura regularse. SCHAUER trae un ejemplo

“supóngase... que bajo ciertas condiciones, conducir en cierta ocasión a cinco millas por hora por encima del límite de velocidad establecido por la regla es tanto o más seguro que conducir a la velocidad máxima o por debajo de ella. Aunque la aplicación directa de la justificación sustantiva que subyace a la regla produce en este caso un resultado diferente (no violación) de la que produce la aplicación de la regla (violación), esto podría no ser así cuando se toma en consideración la justificación generadora de la regla consistente en reducir la incertidumbre del destinatario.”⁹⁰¹;

de acuerdo con el balance de razones, en dichos casos, resulta preferible entender que se ha producido una violación, pues de no hacerlo, podría para lo futuro disminuirse los baremos de predecibilidad pues se colocaría en manos de los conductores –continuamente- el calcular si el suyo es un caso en el cual las justificaciones subyacentes aportan motivos para apartarse de la regla.

Pero el problema del análisis del profesor de Harvard consiste en extraer de ésta construcción (irreprochable), diseñada en virtud de a quienes se dirigen las reglas⁹⁰²,

⁹⁰⁰ Kelsen, HANS; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 48.

⁹⁰¹ SCHAUER, FREDERICK; *op. cit.*, pág. 156.

⁹⁰² Queda claro que nos enrolamos en esto en la postura que entiende que las reglas se dirigen a los súbditos, desechando de esta forma la tesis reduccionista que sostiene que las normas se dirigen, en todo supuesto, a los jueces (tesis kelseniana).

Por otra parte SCHAUER también así lo entiende. Además es sabido que las normas son derrotables también a nivel de los súbditos, aunque si bien ello se da más raramente, se puede ver para ello las explicaciones del “derecho a disentir”, por *desobediencia civil* u *objeción de conciencia* en RAZ, JOSEPH; *La autoridad del Derecho...*, cit., págs. 323 y ss.; también KAUFMANN, ARTHUR; *Filosofía del Derecho*, cit., págs. 375 a 382; RADBRUCH, GUSTAV; *Introducción a la filosofía...*, cit., págs. 54 y 55 y HIRSCH, HANS JOACHIM; *op. cit.*, t. II, págs. 171 a 207; un análisis provocador y siempre agudo en DWORKIN, RONALD; *Los Derechos en Serio*, cit., págs. 279 a 326.

SCHAUER, desde el punto de vista del súbdito que no es nuestro enfoque del problema, distingue entre *ser guiado por una regla* que requiere que el agente tome a su existencia como una razón para la acción (no necesariamente concluyente o absoluta); *seguir una regla*, que por el contrario, requiere tanto ser guiado como actuar de conformidad con ella, la conformidad es entonces distinta del seguimiento porque sólo el segundo exige ser guiado por la regla.

DWORKIN, analizando precisamente el derecho a desobedecer las normas por el súbdito, supone tres supuestos: a) si la ley es dudosa, y por consiguiente no es claro si permite que alguien haga lo que quiera, debe suponer el súbdito lo peor y actuar en el sentido de que no se le permite; b) o si es dudosa, puede seguir su propio juicio, y hacer lo que quiera si cree que es más defendible la afirmación de que la ley le permite hacer algo, antes que entender que se lo prohíbe; c) finalmente también ante la duda, el ciudadano puede seguir su propio juicio incluso después de una decisión en contrario de la suprema instancia judicial competente. Este último supuesto es muy fuerte, pues supone que no puede entenderse que la Constitución es siempre lo que la Suprema Corte dice que es, lo que termina labilizando también este tramo. DWORKIN, RONALD; *Los Derechos en Serio*, cit., págs. 310 y 311.

Como se dijo, éste no es nuestro enfoque de análisis, pero al sólo efecto de sentar nuestra postura, señalaremos un par de cuestiones. Liminarmente decimos que una acción no puede ser guiada por una regla en el sentido de SCHAUER, ya lo señalaba KANT: "...una acción hecha por deber no tiene su valor moral en el propósito que por medio de ella se quiere alcanzar, sino en la máxima por la cual ha sido resuelta: no depende pues, de la realidad del objeto de la acción, sino meramente del principio del querer según el cual ha sucedido la acción, prescindiendo de todos los objetos de la facultad de desear. Por lo anteriormente dicho se ve claramente que los propósitos que podamos tener al realizar las acciones, y los efectos de éstas, considerados como fines y motores de la voluntad, no pueden proporcionar a las acciones ningún valor absolutamente moral." (KANT, IMMANUEL; *Metafísica de las...*, cit., pág. 69). Si existe un principio práctico supremo respecto de la voluntad humana, debe ser tal que, por lo que es representación de lo que es un fin necesario para todos –por ser un fin en sí mismo– constituya un principio objetivo de la voluntad; el fundamento de esto es que la naturaleza racional existe como fin en sí misma (KANT, IMMANUEL; *op. cit.*, pág. 97).

Se podrá objetar a esto que el maestro de Königsberg se está refiriendo a la moral y no a los deberes que fluyen de las reglas. Sin embargo, hasta para el estudiante menos avisado de filosofía se sabe que esto no es así, pues para aquel, ha de distinguirse entre lo *propriadamente moral del deber* de lo que simplemente es *conforme al deber* (*op. cit.*, pág. 81); de donde sólo un ser racional puede derivar la facultad de obrar por la representación de las leyes pues posee voluntad, sin embargo, las condiciones objetivas (*motivos*) no siempre coinciden con las subjetivas (*estímulos*) (*op. cit.*, pág. 96), y para determinar la voluntad de conformidad con las leyes objetivas, se precisa de la *constricción*, dicho de otra forma y con palabras del propio KANT: "...la relación de las leyes objetivas para con una voluntad no enteramente buena se representa como la determinación de la voluntad de un ser racional por medio de fundamentos racionales, pero a los cuales esta voluntad no es por su naturaleza necesariamente obediente." (*op. cit.*, pág. 82).

Obsérvese que para constreñir a una voluntad en sus estímulos, se precisa de *mandatos* (su fórmula son los imperativos, que mandan: a) o bien *hipotéticamente* cuando representan la necesidad práctica de una acción posible como medio de conseguir otra cosa que se procura, b) o bien *categoricamente* que representa una acción por sí misma como objetivamente necesaria sin referencia a ningún otro fin), pues una voluntad objetivamente buena no podría representarse como coaccionada para realizar acciones conforme al deber; en esos casos una ley objetiva de la razón no precisa determinar una constitución subjetiva que ya viene determinada, a su vez, no por causas subjetivas sino objetivas, esto es, fundamentos que son válidos para todo ser racional en cuanto tal.

Volviendo a SCHAUER, y bajo una construcción kantiana, sólo quedaría que el súbdito siga una regla, pero difícilmente se vea guiado por ella si no es determinado por algo más que dichas reglas, por fundamentos objetivos, fundamentos no limitados por ninguna condición, más que la universalidad de una ley general a la que ha de adecuarse la máxima de acción (ello conduce al imperativo categórico –*op. cit.*, pág. 89).

Para concluir, y siguiendo en nuestro lineamiento a KANT, un mandato debe dirigirse a la voluntad como fundamento y no como efecto. Debe dominar las sensaciones (los estímulos), o cuanto menos descartar aquellas del cómputo de elecciones (desecharlas del balance de razones) no estar al servicio de los mismos; que como se sabe suele ser el fundamento de numerosa legislación espasmódica (lo que a su vez permite el notorio impulso actual a la resistencia al Derecho por la vía de la objeción de conciencia o de la desobediencia civil), "Una acción realizada por deber tiene que excluir completamente, por tanto, el influjo de la inclinación, y con éste, todo objeto de la voluntad. No queda, pues, otra cosa que pueda determinar la voluntad más que, objetivamente, la ley, y subjetivamente, el respeto puro a esa ley práctica, y, por lo tanto, la máxima de obedecer siempre a esa ley, incluso con perjuicio de todas mis inclinaciones." (*op. cit.*, pág. 70).

Hay una última cuestión que resalta la inviabilidad de la construcción de SCHAUER en esto. Como indica KANT, si se espera que la legislación tenga alguna influencia en nuestras acciones, no puede más que expresarse en imperativos categóricos, nunca en hipotéticos (*op. cit.*, pág. 93); como es fácil de constatar, la

conclusiones aplicables también al decisor (incluso el particularista), quien deberá plantearse en cada caso si, considerando el efecto que producirá sobre las conductas futuras, si se decidiera de acuerdo con la justificación sustantiva más que de acuerdo con la regla.

SCHAUER entiende que el decisor puede aplicar directamente las justificaciones subyacentes, lo que podría darse en casos en que la probabilidad de que otras personas se enteraran del debilitamiento de la regla fuera insignificante (de donde la característica de la regla de predecir resultados para lo futuro no se vería vulnerada), o bien en los casos en que la disparidad entre la regla y la justificación sustantiva fuese tan grande, que las consecuencias de la disminución se vieran contrarrestadas por los valores que sustenta la justificación sustantiva. Nosotros entendemos que no es necesario recurrir a estos supuestos límites para hallar casos en los que el decisor inaplica la regla⁹⁰³, avanzaremos sobre ello más adelante⁹⁰⁴.

De mayor interés para nuestra posición es la idea de un *particularismo sensible a las reglas* que postula SCHAUER

(ciertamente un particularismo puro relega las reglas a una "...posición absurda de importancia puramente formal por la formalidad misma."⁹⁰⁵),

es un procedimiento que reconoce los valores formales de las reglas, y al mismo tiempo toma en cuenta los factores relevantes en cada caso particular. En dichos casos, la regla no

legislación punitiva es en su mayor parte precisamente hipotética. Para KANT es una imposibilidad lógica que un principio sea objetivamente necesario como ley universal, pero que no valga como tal subjetivamente, que contenga excepciones, pues sería tanto como decir que, en algunas ocasiones nuestras acciones se consideren desde el punto de vista de una voluntad adecuada a la razón, pero en otras oportunidades se evalúe esa misma acción desde el punto de vista de una voluntad afectada por las inclinaciones (*op. cit.*, pág. 92).

Excursus. Por otra parte, y en lo que hace a las normas como razones para la acción desde el punto de vista de los súbditos, entendemos, hay algo interesante para destacar, y sólo en ésta nota marginal, pues como se señalara *infra* no hace a nuestro foco de estudio.

Señala JULIUS EVOLA, en digresión que compartimos, que se ha hecho lugar común en nuestra cultura occidental, "...a causa de la extraversión imperante,... la convicción de que toda acción tenga que tener una 'razón suficiente', es decir que deba existir un motivo o una causa para su acontecer o no acontecer, para su acontecer así y no de otra manera... Es precisamente un tal modo de acción que es denominado impuro. En efecto en el mismo la acción recaba la propia iniciativa no a partir de sí mismo, sino a partir de un motivo, de una razón, impulso, objeto a través de apetito o aversión, etc. En el mismo la voluntad en lo querido no se quiere tan sólo y crudamente a sí misma, sino a otro, por lo que debe propiamente decirse que la misma es querida *por otro*." (EVOLA, JULIUS; *La superación del romanticismo* (trad. Marcos Ghio), Ediciones Heracles, Buenos Aires, 2006, pág. 70).

⁹⁰³ Ver Anexo IV acápite XVII, donde se presenta un supuesto de inaplicabilidad de regla por aplicación de un estándar axiológico.

⁹⁰⁴ Ver *infra* Capítulo IV ("Interpretación y Aplicación de las normas penales").

⁹⁰⁵ SCHAUER, FREDERICK; *op. cit.*, pág. 157.

carecería totalmente de *fuerza normativa*, pues su infracción no devendría irrelevante con independencia de las justificaciones que subyacen a ella; al poseer fuerza normativa, la regla brinda razones para decidir, más allá de toda otra razón, la diferencia con un particularismo puro estriba en que la regla carece de toda fuerza normativa. Por el contrario, un particularismo atemperado como el que nosotros entendemos que se percibe en lo usual de las resoluciones de los jueces, trae la noción de que, de infringirse una regla, ello ya conlleva por sí críticas o consecuencias negativas, más allá de que *a posteriori* otros estándares o las justificaciones subyacentes impongan una resolución no del todo conforme con la formulación normativa de la regla.

Sin embargo, el profesor de Harvard rechaza este camino que compartimos, pues entiende que un modelo fuerte de toma de decisiones basado en reglas es relevante, pues la importancia de éstas se establece en el nivel de la creación de las mismas y no quedan abiertas para su revisión en el nivel de la aplicación de las reglas; el fundamento de ésta opción no se basa en la posibilidad de predecir resultados o en la seguridad jurídica, claves que de un modo u otro el particularismo también puede adjudicarse, sino en el mecanismo de *distribución del poder*. No es claro que pueda atribuírsele sin más al aplicador de una regla la facultad para determinar si de conformidad con el balance de razones es aconsejable seguir la regla en la ocasión de que se trate. Afirma SCHAUER que si

“...las reglas funcionan al servicio de una división de la responsabilidad entre los agentes o instituciones, si desempeñan un papel en la distribución de la jurisdicción, entonces la toma de decisiones basada en reglas puede custodiar los límites entre las jurisdicciones de un modo en el que ningún otro procedimiento de toma de decisiones puede hacerlo [...] si quien diseña un entorno de toma de decisiones está preocupado porque ciertos decisores no tomen cierta clase de decisiones, parece psicológicamente contraintuitivo –aunque no sea lógicamente inconcebible– autorizar a los decisores para determinar en cada caso si éste es el tipo de decisión que no debería confiárseles.”⁹⁰⁶;

la cuestión se vincula con la de la legitimidad de los órganos aplicadores para tomar las decisiones que en definitiva resuelven, nos hemos adelantado, pero sobre ello se volverá más adelante⁹⁰⁷.

⁹⁰⁶ SCHAUER, FREDERICK; *op. cit.*, pág. 159.

⁹⁰⁷ Ver *infra* parágrafo 52.1 (“La legitimidad de los órganos aplicadores para crear Derecho”).

Un sentido fuerte de toma de decisiones basado en reglas, impide recurrir a las justificaciones subyacentes, a otros estándares; pero principalmente, y desde un punto de vista formal, pretende que la decisión sobre el alcance de las reglas no sea dejado en manos del órgano decisor. La propuesta de SCHAUER si bien puede resultar seductora, es irreal y no se condice con lo que los jueces hacen en lo cotidiano. Nuestra propuesta en lo que sigue pretende refutar asertos como éste.

Un sistema de decisión basado exclusivamente en reglas implica una inevitable sub o sobreinclusión, lo que apareja resultados subóptimos. SCHAUER evalúa una serie de argumentos que podrían esgrimirse, sin embargo, en apoyo de las reglas, lo presentamos, añadiéndoles las críticas a cada argumento, con la aclaración de que las críticas a cada argumento proceden del mismo SCHAUER para los cuatro primeros casos, aportando argumentos pro- particularistas, que hacemos nuestros⁹⁰⁸. En el quinto supuesto señalaremos nuestra propia crítica, si bien se desarrollará el tema en otra parte:

- a. *El argumento de la equidad.* Según éste, las reglas promoverían la equidad, pues la toma de decisiones de acuerdo con ellas deviene de aplicación general, son impersonales, y por ello las reglas son vías para que las decisiones dependan de qué se hizo y no de quién hizo qué; las decisiones se patentizan como acontextuales. *Crítica:* al generalizar, las reglas soslayan diferencias importantes, y tratan a los casos diferentes como si fueran iguales; el atrincheramiento de las generalizaciones no favorece su objetivo de tratar de manera similar casos similares y de manera divergente los casos disímiles,

“Por lo tanto, si se pretende encontrar argumentos que justifiquen la toma de decisiones basadas en reglas, no deberá buscárselos en la fuerza moral de la consistencia, la equidad o la justicia, sino en otra parte.”⁹⁰⁹

- b. *El argumento de la confianza.* Un sistema de decisiones basado exclusivamente en reglas proveería predecibilidad en los resultados a alcanzar, aparejando confianza en los súbditos, el seguimiento de reglas permitiría a cualquier persona anticipar las decisiones futuras con un alto grado de probabilidad antes de que fueran tomadas efectivamente. *Crítica:* si bien la capacidad de predecir decisiones ayuda a la reducción de incertidumbres, también es cierto que petrifica la

⁹⁰⁸ SCHAUER, FREDERICK; *op. cit.*, págs. 197 a 228.

⁹⁰⁹ SCHAUER, FREDERICK; *op. cit.*, pág. 200.

maleabilidad para el cambio ante un futuro móvil. La importancia de éste argumento será entonces una variable dependiente del cambio del entorno de toma de decisiones, dicho de otro modo, el valor confianza debe ser sopesado frente a los beneficios de un resultado subóptimo en un contexto decisorio concreto.

- c. *El argumento de la eficiencia.* Un sistema de decisiones basado en reglas permite una mejor distribución de los recursos para la toma de decisiones en sí, pues quitan ciertos factores de la agenda de consideración de los órganos decisores, eliminando de tal forma el abigarramiento de baremos a ponderar, repercutiendo en la facilitación de la tarea de aquellos órganos. El argumento entiende que se evita la duplicación de esfuerzo liberando recursos que pueden destinarse a otros fines. *Crítica:* la eficiencia importa pagar el precio de impedir a los órganos decisores que tomen en cuenta factores relevantes –no tenidos en cuenta en la generalización atrincherada- para la solución del caso de que se trate. Dicho de otro modo, al maximizar la eficiencia se puede llegar a resultados equivocados, pues la realidad,

“...a diferencia de los predicados fácticos de las reglas, es probabilística y no universal, variable y no determinada, fluida y no atrincherada.”⁹¹⁰

- d. *El argumento de la estabilidad.* Los tres argumentos prereseados se relacionan con la idea de que las reglas promueven la estabilidad. Un resultado subóptimo ocasional es tolerable, una ventaja que se obtiene al restringir lo variable y flexible de lo cotidiano a la rigidez de las reglas. La toma de decisiones basadas en reglas acota el ámbito de decisiones potenciales; y consecuentemente torna más dificultoso los cambios en el *status quo* que si los decisores gozaran de la facultad para apartarse de las prescripciones que las reglas imponen desde el pasado. *Crítica:* la idea de estabilidad se halla ligada a la noción de *aversión al riesgo*, lo que presupone una valoración positiva del estado de cosas existente; pero al atrincherar las reglas el estado de cosas, premian la estabilidad por la estabilidad misma, no siendo posible apreciar si ese fin merece ser fijado sin tener en cuenta una concepción sustantiva acerca de si ese estado de cosas merece ser defendido.

⁹¹⁰ SCHAUER, FREDERICK; *op. cit.*, pág. 212.

- e. *El argumento de la distribución del Poder.* Un decisor no limitado por reglas tiene en sus manos la potestad para tomar en cuenta cualquier factor potencialmente relevante, mientras que de hallarse limitado por las reglas pierde tal potestad – cuanto menos en parte-. Subyace en éste argumento una crítica a la atribución de facultades a instituciones no democráticamente elegidas. *Crítica:* éste argumento también carece de fuerza, pero la relevancia de la cuestión nos llevará más adelante a sumergirnos en el tema⁹¹¹.

Como para la evaluación de lo que se debe hacer en determinada situación, se requiere tomar en cuenta todos los factores posibles que pueden tener incidencia en la calificación deóntica de la conducta, el apelar a normas generales se presenta como irrazonable,

“...esto es, si en cada situación de posible discordancia entre lo que expresa una norma y el balance completo de las razones en juego ha de estarse al resultado de este último, las normas como tales resultarían herramientas inútiles.”⁹¹²,

el uso de normas generales pareciera impugnabile desde la racionalidad y desde una ponderación de relevancia.

Ahora bien, caracterizar a las normas jurídicas como razones protegidas significa simultáneamente dos cosas⁹¹³: a) que las reglas constituyen para los tribunales, razones de primer orden para dictar sus sentencias, su contenido se debe corresponder con el de la regla, y b) la regla es también una razón excluyente para prescindir del resultado al que llevaría una deliberación independiente por parte del tribunal sobre los argumentos en pro y en contra de dictar dicha resolución, dicho de otro modo,

“...una razón para excluir que el contenido de la resolución se fundamente en la apreciación por parte del órgano jurisdiccional de cuál fuera, atendiendo a los méritos del caso, la mejor resolución a dictar.”

La idea tiene que ver con la relevancia práctica de las normas, es decir, acerca de en qué medida las normas jurídicas constituyen razones para la acción capaces de

⁹¹¹ Ver *infra* parágrafo 52.1 (“La legitimidad de los órganos aplicadores para crear Derecho”).

⁹¹² RODRÍGUEZ, JORGE L.; *Introducción. Normas y razones*, cit., pág. 10.

⁹¹³ RÓDENAS, ÁNGELES; *En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas*, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 24, Alicante, 2001, pág. 70.

desplazar otras pautas. En principio, para la pregunta, existen tres respuestas que mencionaremos seguido, con sus respectivas críticas⁹¹⁴.

a. Las reglas sólo ofrecen *razones prudenciales* para la acción, fundadas en el deseo de los seres humanos de evitar las sanciones que aquellas imponen coactivamente.

Las *razones prudenciales* tienen que ver con la forma más adecuada de conseguir las metas personales. En un ejemplo, ante una prohibición de aparcar un rodado en determinado sitio, se efectúa un cálculo de la probabilidad de ser sancionado por dicha conducta. Este es el sentido en que las normas intervienen en el razonamiento práctico como razones prudenciales: para evitar una sanción.

A una construcción como esta (la de AUSTIN), HART le ha señalado diversos errores, pero en lo que aquí interesa, lo relevante resulta que, cuando las normas jurídicas son obedecidas, no se lo hace únicamente por la razón de evitar una sanción que es establecida por la autoridad para el caso de incumplimiento de la misma. La mayoría de las personas se comporta de esta manera, independientemente de normas que establezcan dichos deberes. Se lo hace para cumplir con los deberes morales (esto conducirá al estudio de otra respuesta).

Más allá de lo antedicho, HART ha efectuado una presentación de la dimensión social del Derecho y de la tesis de la normatividad del Derecho, muy importante como para mostrar cómo las normas jurídicas funcionan en sociedad. En su tesis es factible ver que muchas pautas jurídicas no se siguen por razones morales, cuanto por motivos internos de internalización de las reglas, donde bastará que la mayoría de los miembros de la sociedad sigan las reglas, critiquen a los que no lo hagan, y acepten las reglas como pautas de comportamiento (aspecto interno de las reglas)⁹¹⁵. HART, adopta en su esquema una prioridad descriptiva del punto de vista de un observador, aunque ello no es sencillo postularlo sin más, precisamente porque el profesor de Oxford asumió que estaba proponiendo un “giro hermenéutico”, escindiendo una captación teórica de “aspectos internos”, de una captación teórica de “aspectos externos”, ello procurando distinguir *hábitos sociales de reglas*; para HART, tener el hábito de obedecer a un soberano, no es lo

⁹¹⁴ La digresión ha sido tomada de MORESO, JOSÉ JUAN y VILAJOSANA, JOSEP MARÍA; *op. cit.*, págs. 207 y ss.

⁹¹⁵ Aclaremos que el hecho de que alguien asuma el punto de vista interno respecto de una regla, no implica que tenga que estar de acuerdo con su contenido.

mismo que aceptar que ese soberano dicta reglas con pretensiones de autoridad, identificaba los “hábitos” con el aspecto externo, en cambio, la aceptación de la fuerza autoritativa de las reglas suponía captar el aspecto interno.

La distinción entre hábitos y reglas se funda en la base de una teoría que sólo intenta captar regularidades sociales (i.e. aspectos conductistas del mundo social), de otro tipo de teorías que procuran captar, además; intenciones, creencias o propósitos con los que los participantes interpretan sus prácticas⁹¹⁶. Se ha dicho, también, que la tesis de HART, en rigor, es prescriptiva, pues, al referirse al “punto de vista del hombre malo” por HOLMES, sostiene que es un ejemplo de punto de vista externo; para PERRY, ello no se sigue sin más, y el “punto de vista del hombre malo” es un punto de vista interno, pero, en HOLMES este tendría un carácter *prudencial*, en tanto que en HART sería *categorico*; y, después de todo, de *naturaleza moral*. Por ello, para evitar este último distingo, explica LARIGUET que si HART quiere salvar su teoría,

“...lo mejor sería reconocerle funciones *prescriptivas* (en buena medida de índole moral)... Los criterios prescriptivos de esta clase permiten al teórico *seleccionar*, de todos los puntos de vista internos posibles de una práctica, aquellos que sean *ejemplos florecientes de buen derecho* (el positivismo de HART peligra aquí pues)... porque los ejemplos florecientes de buenos derechos se basan en una compleja argumentación que apela a *hechos normativos* que están *más allá o detrás* de las prácticas sociales y jurídicas... una teoría que defienda *hechos normativos* pretende ofrecer como ganancia para el enfoque del derecho la posibilidad de dar cuenta de los *desacuerdos genuinos* de los juristas; una concepción que quizás una posición convencionalista de las prácticas como la de HART no podría satisfacer.”⁹¹⁷

En la concepción hartiana es posible hallar dos tipos de enunciados normativos: a) aquellos que son hechos por personas que creen en la validez del sistema normativo –enunciados normativos genuinos-; y b) aquellos que son hechos como enunciados acerca de “a” por alguien que no necesariamente cree en la validez de las

⁹¹⁶ Esto último en LARIGUET, GUILLERMO; *Problemas del conocimiento jurídico*, cit., pág. 61. El autor menciona que, ya antes, filósofos de la línea de DILTHEY, procuraban diferenciar las ciencias con propósitos explicativos de las ciencias hermenéuticas con propósitos de comprensión; AUSTIN sería de los primeros y HART de los segundos.

⁹¹⁷ LARIGUET, GUILLERMO; *Problemas del conocimiento jurídico*, cit., pág. 65.

normas⁹¹⁸. Posteriormente introdujo una tercera categoría intermedia, los “enunciados desprendidos” (*detached*), que se formulan desde el punto de vista de quien acepta la validez de las normas sin comprometerse; sería una suerte de aceptación en sentido débil⁹¹⁹.

De todo esto es factible señalar que, si bien algunas reglas pueden importar razones prudenciales para la acción, tal ámbito está por cierto seriamente acotado.

b. Las *razones morales* son siempre predominantes, son aquellas que permiten justificar nuestras decisiones, después de considerar todos los factores relevantes. Esta concepción presupone que el razonamiento práctico es unitario, sólo las razones morales son las razones últimas en las deliberaciones prácticas; el resto de razones sólo pueden figurar como determinaciones circunstanciales de actualización de nuestros deberes morales (como razones auxiliares).

Ésta es una teoría de la estructura de nuestros razonamientos morales, compatible con muy diversas concepciones de la naturaleza del Derecho. El iusnaturalismo (en una de sus versiones) entiende que sólo existe el deber de obedecer las normas jurídicas cuya fuerza obligatoria deriva directamente o por determinación de la moralidad. El positivismo jurídico (en una de sus versiones), entiende que las pautas morales dominantes en nuestra deliberación práctica, tienen una naturaleza objetiva.

La consecuencia de ésta tesis es que las normas carecen de fuerza normativa en un sentido fuerte, las reglas no constituyen razones autónomas para la acción. Si bien algunos autores señalan ésta tesis o la siguen (es la mayoritariamente aceptada), en ocasiones se lo hace bajo una óptica dogmático- académica. En las líneas de éste trabajo, nosotros no la seguimos, sino que la presentamos como un dato de la realidad: es lo que los jueces hacen efectivamente al tomar sus decisiones; las reglas no importan razones concluyentes para la acción, sino que están sometidas a las tensiones de otros estándares axiológicos en la toma de decisión.

⁹¹⁸ DWORKIN postula que cuando las personas que participan de un determinado sistema normativo, efectúan afirmaciones acerca de lo que éste ordena no hacen afirmaciones sobre las creencias de otras personas relativas a lo que debe hacerse, sino que simplemente señalan lo que debe hacerse. La cuestión se vincula con la noción de interpretación que se maneje. En MARMOR, ANDREI; *op. cit.*, pág. 68.

⁹¹⁹ GARZÓN VALDÉS, ERNESTO; *Algo más sobre la relación entre derecho y moral*, cit., pág. 148.

c. Las normas ofrecen genuinas razones para la acción. Es un argumento que trata de presentar que, en algunas ocasiones al menos, las razones jurídicas pueden desplazar a cualquier otro tipo de razones y devenir razones operativas para actuar. Hay tres concepciones.

El *positivismo ideológico*⁹²⁰ es la posición según la cual, existe el deber moral de obedecer a las normas jurídico-positivas; el positivista ideológico no se limita a la descripción de las normas jurídicas, sino que también adhiere a lo que ellas disponen, el Derecho siempre tendría fuerza moral, incluso si la aplicación de las normas jurídicas condujera a un resultado injusto. Esta tesis es criticable por cuanto no se explica de dónde procede ese deber moral, o tal deber se hace depender de consideraciones ambiguas (v.g. mantenimiento de la paz social), a lo que, más allá de las dudas de que éste sea un requisito necesario, no se explica por qué la consideración elegida debe primar sobre otra, por qué debe seguirla (v.g. ¿por qué debe ser mantenida la paz social a toda costa?), *et sit cétera*.

Otra concepción apunta a desafiar la tesis de la *unidad del razonamiento práctico*, para tal concepción, las razones morales no son predominantes sobre otras razones. En el universo de las razones para la acción, hay razones morales, prudenciales, pero también jurídicas, religiosas, *et sit cétera*. Dicho de otro modo, el razonamiento práctico está fragmentado.

“En las deliberaciones prácticas concretas es obvio que debe establecerse un procedimiento para determinar cuál de las razones en conflicto resulta vencedora. Pero esto no significa que, por definición, las razones vencedoras sean razones morales...”

El problema de esta concepción es responder al interrogante de cuál es la naturaleza de los criterios que nos permiten ordenar nuestras razones en conflicto para tomar una decisión. *Prima facie* parece que sólo las razones morales pueden aportar tales criterios, pues si se sostiene que una norma jurídica vence sobre una norma moral, ha de darse razones para ello, y las razones no pueden ser que la norma jurídica ha sido promulgada por una autoridad jurídica.

⁹²⁰ La denominación es de NORBERTO BOBBIO y se contrapone al *positivismo conceptual* (o positivismo metodológico o positivismo como *approach*) que esgrime la “tesis de la separación” conceptual entre Derecho y moral; y la “tesis de las fuentes sociales”, que afirma que la existencia del Derecho depende exclusivamente de hechos sociales complejos: el Derecho se identifica sólo a partir de circunstancias fácticas.

La última concepción es la concebida por JOSEPH RAZ (y también por SCHAUER) en cuanto que las normas jurídicas son *razones protegidas*, esto es, razones de primer orden que prescriben comportarse como la norma establece y, a la vez, razones de segundo orden de carácter excluyente que desplazan cualquier tipo de otras razones de primer orden. Esta concepción va unida a una noción de la autoridad como “servicio”, según la cual las normas de las autoridades legítimas sirven como mediadoras entre las razones subyacentes para actuar (razones morales) y aquello que se debe hacer. En esta concepción, el hecho de que las autoridades jurídicas legítimas hayan promulgado determinadas normas, cambia nuestras razones para actuar, es decir, que las normas jurídicas tienen relevancia práctica pues están dotadas de autoridad. Las reglas tienen autoridad independiente del contenido, se las sigue por su vinculación estrecha con cuestiones relativas a la legitimidad de la autoridad, y no por la legitimidad de su contenido⁹²¹. La crítica a ésta noción estriba en que, en primer lugar, no es claro que las razones operativas en este caso no sean también, y precisamente, las razones morales subyacentes y; en segundo lugar, a pesar de que RAZ sostiene que en estos casos debemos seguir las razones de la autoridad aunque sean erróneas, ésta es una conclusión discutible: puede haber casos en los que nosotros seamos expertos en esa materia (v.g. un ingeniero que diseñó la carretera en la que se prohíbe una circulación superior a 60 km/h) y, entonces, ¿cuáles son nuestras razones para deferir a la autoridad en los casos en los que sabemos con total seguridad que la autoridad se ha equivocado?.

CRISTINA REDONDO avanza sobre una tesis ineludible para el análisis y toma de posición en éste trabajo, respecto a las normas como razones para la acción. Para ello diferencia entre una *posición universalista* y otra *particularista*, en lo que hace a la

⁹²¹ La tesis posee dos derivaciones. La primera, de la que nos ocuparemos más adelante (ver *infra* parágrafo 52.1 –“La legitimidad de los órganos aplicadores para crear Derecho”-) se vincula con la cuestión relativa a la división de poderes, de donde se reserva el balance de razones que hacen a la importancia de una regla a la autoridad de creación del Derecho, privando de ello a la autoridad de aplicación.

La segunda, que no hace a nuestra propuesta, tiene por norte la relación autoridad/súbdito, en los casos en que existiera desacuerdo entre ambos, lo racional para el súbdito (destinatario de la regla) sería desobedecer, en tanto que lo racional para la autoridad sería exigir obediencia. En tales escenarios habría una *asimetría* entre la autoridad y el súbdito, pues es posible que frente a una determinada regla el último entienda que es irracional seguirla, pero el primero creerá que es racional requerir su cumplimiento. En dichos casos el súbdito, señala SCHAUER, “...intentará *erróneamente* sustituir la evaluación de la autoridad por la suya.”; como la autoridad prevé por anticipado estas situaciones, decide desalentar este tipo de actitudes mediante la imposición de premios y castigos (SCHAUER, FREDERICK; *op. cit.*, pág. 195).

relevancia que cada una de ellas atribuye a las razones; lo que por otra parte no debe confundirse con el peso específico (absoluto o *pro tanto*) que dichas razones pudieran tener. El debate no es propiamente jurídico, sino que se trata de dos concepciones diversas de la racionalidad práctica⁹²², pero la reflexión sobre la naturaleza de las razones para la acción general es una cuestión de interés sumo en la teoría jurídica moderna. Si el Derecho es entendido como un conjunto de normas que pretenden ofrecer razones justificativas, resulta menester tomar partido acerca de qué tipo de razones ofrece aquel y, en consecuencia, por qué modelo de toma de decisiones se inclina. Como se viera, posee identidad con el análisis de SCHAUER al respecto⁹²³.

REDONDO señala, que su estudio implicará una presentación de modelos ideales, pues desde un punto de vista fenomenológico, es posible observar que los jueces operan alternativamente con distintos modelos argumentativos (universalistas o particularistas)⁹²⁴. Para nosotros, el modelo argumentativo de los jueces es, principalmente, particularista⁹²⁵; en lo que sigue señalaremos nuestra adhesión a dicha noción lo que viabilizará rechazar la idea de normas como razones para la acción.

Analizando primero el *Universalismo*, para ésta noción la relevancia de las razones es uniforme e invariable y, en ese sentido, universal; para REDONDO, ésta característica se explica porque las razones tienen su fuente en normas y éstas son el contenido de condicionales universales (correlacionan la presencia de ciertas propiedades o circunstancias con determinadas consecuencias deónticas). Sin embargo, una visión universalista nada dice acerca del peso específico de las normas o de su fuerza; pueden tener fuerza absoluta o *pro tanto*⁹²⁶, o pueden carecer por completo de peso (v.g. una norma

⁹²² MORESO, JOSÉ JUAN; *Cristina Redondo sobre razones y normas*, cit., pág. 68. MORESO contrapone lo dicho en el texto a la idea de que las concepciones son en gran medida "... una discusión metafísica sobre la posibilidad de establecer relaciones nomológicas entre ciertas propiedades naturales...", que propugna REDONDO (REDONDO, MARÍA CRISTINA; *Razones y normas*, Discusiones ("Razones y Normas"), nro. 5, Edius, Bahía Blanca, diciembre 2005, pág. 30).

⁹²³ Ver *supra* en éste mismo apartado.

⁹²⁴ REDONDO, MARÍA CRISTINA; *op. cit.*, pág. 32.

⁹²⁵ A ello se dedica gran parte del Capítulo IV ("Interpretación y Aplicación de las normas penales").

⁹²⁶ Como se verá en lo que sigue, nuestra preferencia y objeto de estudio se relaciona con el *particularismo*, además esta última triunfa en varios frentes, por caso, como sostiene CELANO, y coincidimos; el *universalista* pluralista que admite la posibilidad de razones conflictivas, indeterminadas e incommensurables (razones *pro tanto*), y sostiene que el conflicto ha de resolverse en cada caso sobre la base del "peso" de las razones relevantes (ponderación), no puede distinguirse significativamente del particularista. Cuando se reconoce que las razones son *pro tanto*, y que en caso de conflicto no existe un orden léxico de prioridad, ni existen reglas de resolución predeterminadas, no se percibe diferencia seria con la corriente confrontada: el particularismo

injusta carece por completo de peso y no constituye una razón), pero entre las normas justificadas, aquellas de más alto rango (o peso insuperable) son razones absolutas, que vencen cualquier otra razón posible. Las que tienen fuerza limitada o superable, son razones *pro* tanto que pueden ser vencidas o derrotadas⁹²⁷ por otras consideraciones⁹²⁸.

Señala REDONDO que hay al menos tres sentidos diferentes de universalidad⁹²⁹: a) como *generalidad semántica*, una norma universal no se refiere a un caso particular sino a una clase de circunstancias; b) en un *sentido lógico*, cuando la forma lógica atribuida a una norma es la de un condicional universalmente cuantificado, como opuesta a la de un condicional derrotable, conforme con éste sentido, las normas establecen una correlación –entre la presencia de ciertas condiciones y una consecuencia deóntica- que admite la aplicación de la ley de *refuerzo del antecedente* y el esquema de razonamiento *modus ponens*; es decir, en todas las ocasiones que se dan las condiciones mencionadas en el antecedente podemos obtener el consecuente; c) analizando la *relevancia de las normas en la deliberación práctica*, afirmar que una norma es universalmente relevante significa que, dadas sus condiciones de aplicación, ella constituye una razón uniforme e invariablemente relevante, la instanciación del antecedente de la norma comporta siempre una contribución (positiva o negativa) en relación a un resultado práctico.

En consecuencia, para un universalista, las normas jurídicas son contenidos semánticos universales, que tienen la forma lógica de un condicional estricto; y que si válidas, expresan razones invariables y uniformemente relevantes. Toda vez que las normas representan razones preexistentes (ya consideradas por la autoridad que las otorga), al momento de decidir, dichas razones deberían ser excluidas. Las normas jurídicas representan de por sí un modelo para la toma de decisión. En todo caso, como señala REDONDO, para un universalista, decidir un caso siguiendo normas, implica decidir tomando siempre en consideración (como uniforme e invariablemente relevantes), las propiedades previstas en el antecedente de la norma en cuestión. Las razones independientes que obren en la toma de decisión, no deben alterar la relevancia de la

(CELANO, BRUNO, *¿Podemos elegir entre Particularismo y Universalismo?*, Discusiones (“Razones y Normas”), nro. 5, Ediuns, Bahía Blanca, diciembre 2005, pág. 125).

⁹²⁷ Sobre esta noción nos explayaremos *infra*, ver parágrafo 51 (“Derrotabilidad y conocimiento del Derecho”).

⁹²⁸ REDONDO, MARÍA CRISTINA; *op. cit.*, pág. 33.

⁹²⁹ REDONDO, MARÍA CRISTINA; *op. cit.*, págs. 35 a 36.

norma⁹³⁰, las razones constituidas por las normas jurídicas son excluyentes en relación a cualquier consideración contextual⁹³¹.

El *Particularismo*, desafía y se opone al universalismo. Ninguna propiedad es uniformemente relevante, pues una misma característica dependerá de las circunstancias, constituirá una razón a favor o en contra de realizar una acción, o puede ser irrelevante. Es el contexto

“... el que determina si una propiedad es relevante (es o no una razón), en qué sentido lo es (a favor o en contra) y qué peso tiene (limitado o insuperable). Por este motivo las razones para la acción existen y se pueden identificar sólo en relación a cada situación particular en la que se debe decidir cómo actuar. Ello explica el valor mutable que una misma propiedad asume en nuestro razonamiento práctico.”⁹³²

Los particularistas no son escépticos respecto de la existencia de razones, ni de la posibilidad de responder cómo se debe actuar. Su impugnación se direcciona a que las normas universales establezcan una correlación necesaria entre circunstancias de hecho y ciertas consecuencias deónticas. No tiene sentido indagar sobre relaciones normativas, ésta postura defiende una concepción contextualista en la que cualquier propiedad o circunstancia puede adquirir o perder relevancia según los perfiles del caso concreto.

Las normas ofrecen material primario, pero no son condición necesaria para brindar función práctica. De acuerdo con SCHAUER,

“...incluso un procedimiento de toma de decisión particularista emplea generalizaciones prescriptivas, las que en un procedimiento como éste tienen la apariencia de reglas aunque se las trate como guías transparentes. Así, ambas especies de tomas de decisiones, la particularista y la basada en reglas, proyectan las generalizaciones del pasado sobre las realidades del futuro de ese pasado. Sin embargo, las dos difieren cuando un decisor, aplicando las generalizaciones... se enfrenta con una experiencia recalcitrante... En casos semejantes, la toma de decisiones particularista adapta la generalización previa como si no mereciera peso

⁹³⁰ REDONDO, MARÍA CRISTINA; *op. cit.*, pág. 51.

⁹³¹ Un universalista podría sostener que las normas jurídicas siempre triunfan o impiden siquiera considerar a cualquier otra razón. Pero esta no es una tesis necesaria del universalismo. Entonces, “Una razón universal... no requiere la exclusión de ninguna razón que sea relevante al momento de decidir, excluye sí que dichas razones puedan alterar su existencia y contenido.” (REDONDO, MARÍA CRISTINA; *op. cit.*, pág. 52).

⁹³² REDONDO, MARÍA CRISTINA; *op. cit.*, pág. 38.

intrínseco alguno en el cálculo de la decisión. La toma de decisiones basada en reglas rechaza, en cambio, la revisión continua de las generalizaciones y, consecuentemente, les atribuye fuerza, incluso en aquellos casos en los que parece no merecerla.”⁹³³

Un modelo correcto de razonamiento práctico no sigue normas y no es deductivo. Sólo frente a un caso individual es factible identificar si hay razones para llegar a una conclusión sobre cómo se debe hacer; pero el razonamiento y la conclusión, no se aplican a casos diferentes.

El carácter derrotable de las normas es una de las características necesarias para hacer compatible la admisión de normas y de un razonamiento práctico apoyado en normas, para la concepción particularista. Desde ésta perspectiva, el razonamiento basado en normas sería derrotable⁹³⁴ y también analógico.

“La aplicación analógica de normas muestra por qué, aun si las condiciones de aplicación de la norma no se dan, en presencia de condiciones similares podríamos igualmente aplicar la norma y obtener la conclusión.”⁹³⁵

Por el contrario, la concepción universalista se vincula con el modelo deductivo de razonamiento, que nosotros rechazamos más adelante⁹³⁶; ello se debe a que

“... en una situación individual, una razón universal existe si, y sólo si, tal situación es un caso de aplicación del antecedente de una norma universalmente válida. Podemos decir que en esta hipótesis el silogismo deductivo ofrece un modelo para reconstruir la existencia de una razón para la acción a partir de la aplicación de una norma.”⁹³⁷

SCHAUER acepta para la tesis particularista que, al tratar como iguales casos que no lo son, no se está dando al proceso un carácter *descriptivo* sino *adscriptivo*; es decir, que se la emplea para resaltar una decisión de tratar como similares a individuos que no lo son

⁹³³ SCHAUER, FREDERICK; *op. cit.*, pág. 138.

⁹³⁴ Ver *infra* parágrafo 51 (“Derrotabilidad y conocimiento del Derecho”).

⁹³⁵ REDONDO, MARÍA CRISTINA; *op. cit.*, pág. 42. La idea de la autora es similar a la que desarrollamos nosotros, más adelante, en torno a las conclusiones analógicas a las que arriban los jueces al momento de interpretar las normas. Ver *infra* parágrafo 34.4 (“La analogía”).

⁹³⁶ A ello se dedica, entre otras cosas el Capítulo IV (“Interpretación y Aplicación de las normas penales”).

⁹³⁷ REDONDO, MARÍA CRISTINA; *op. cit.*, pág. 43. La autora sin embargo, reconoce que si bien para los universalistas detrás de una razón hay siempre una norma universalmente válida que expresa un conjunto de propiedades relevantes, ello no significa que: a) dicha norma exprese *todas* las propiedades relevantes para el caso individual; y b) que a pesar de que las normas son universalmente válidas y constituyen razones universales, ello no importa que tengan peso absoluto o concluyente. En síntesis, existen otras razones universales, y cuando existe un conflicto entre dichas razones, y no hay una norma jerarquizadora, entonces cómo debemos actuar no puede ser respondido por una única norma, sino que requiere un balance de razones.

(descriptivamente diversos); en éste sentido, identificar dos casos particulares como si fueran “lo mismo”, constituye un acto de determinación que implica, a pesar de las diferencias, tratar el supuesto como si no existieran, en tal sentido adscriptivo de la expresión “lo mismo”, no implica que

“...el universo expandido de actos relevantes deba ser idéntico, incluso dentro de una cierta teoría que determine lo que es relevante...”⁹³⁸

En el ámbito jurídico, el particularismo, se involucra con preocupaciones morales vinculadas con la equidad. Usualmente estos problemas pueden presentarse como dificultades semánticas, cuando no lo son.

Precisando, el particularismo puede presentar dos problemas importantes: a) la identificación- interpretación del Derecho, y b) la conexión entre Derecho y moral. Para el primer problema es claro destacar que para un particularista carece de relevancia el tipo de razones que constituyen o pretenden constituir las reglas, cuanto el problema de la identificación del Derecho; entre las teorías de la interpretación jurídica que se hallan comprometidas con una tesis particularista en lo que hace al análisis de las normas como razones para la acción, está el *realismo jurídico*, por el cual sólo a través de la interpretación es dable conferir significado a los textos jurídicos, las *posiciones hermenéuticas* según las cuales las normas adquieren identidad a partir de la labor del intérprete, o las corrientes *contextualistas*, donde una correcta identificación del Derecho exige tener en cuenta el contexto de aplicación⁹³⁹.

Desde la conexión entre Derecho y moral, en KANT, la mera concordancia o no de una acción con el Derecho (sin referirse al incentivo de la acción), es llamada “legalidad”; pero cuando la idea de deber llegando de la ley es a la vez incentivo de la acción, entonces la concordancia es llamada moralidad de la acción⁹⁴⁰, cuando lo que requiere el Derecho es contrario a lo requerido por la moral, la identidad de las normas jurídicas resta incólume, pero su relevancia práctica se ve afectada⁹⁴¹.

“...esta es la relevancia de la moralidad en el Derecho: para pasar de los principios y normas jurídicas, que contienen conceptos evaluativos, a premisas que puedan ser adecuadas en el razonamiento jurídico justificativo, es necesario acudir al

⁹³⁸ SCHAUER, FREDERICK; *op. cit.*, pág. 140.

⁹³⁹ REDONDO, MARÍA CRISTINA; *op. cit.*, pág. 55.

⁹⁴⁰ FLETCHER, GEORGE P.; *op. cit.*, pág. 79, nota 113.

⁹⁴¹ MORESO, JOSÉ JUAN; *Cristina Redondo sobre razones y normas*, cit., pág. 84.

razonamiento moral. No se trata en este caso de que las normas jurídicas sean derrotadas por normas morales, sino que el contenido de las normas jurídicas ha de ser identificado mediante el uso del razonamiento moral.”⁹⁴²,

este último análisis afecta en alguna medida nuestra toma de postura a favor del particularismo en lo que sigue, para nosotros no importa tanto cuando el *Derecho remite a la moralidad*, como sostiene MORESO; pues en esos casos siguen siendo las normas las que dan las razones para la acción, y la moralidad es relevante por expresa disposición legal, de donde nada cambia, y no es esto lo relevante del estudio de cómo resuelven efectivamente los jueces, sino que importa que cuando lo que el *Derecho requiere está en contra de la moralidad*, entonces las reglas entran a ser sometidas a la tensión de otros estándares a ponderar en las decisiones judiciales.

Esto nos lleva al análisis final de REDONDO en cuanto destaca que, en la teoría jurídica, las diferencias entre las concepciones universalista y particularista ha sido presentada en los términos del contraste entre reglas y principios (DWORKIN)⁹⁴³. La mayor parte de las teorías jurídicas subrayan el carácter universal de los principios, pero ello no implica que se adopte una posición universalista. Como las normas jurídicas pueden ser derrotadas por los principios, debe reconocerse que aquellas, no constituyen razones universales; son sólo formulaciones provisorias, que ante principios morales oponibles, impiden que se constituyan en razones. Por el contrario, si se insiste en que las reglas constituyen razones universales, entonces se debe concluir que los principios morales no pueden derrotarlas.

Frente a la interpretación judicial, sobre la que después ahondaremos, una concepción universalista apela a la estabilidad de los contenidos normativos, sin la cual no es posible la uniformidad e invariabilidad de la relevancia. Una concepción particularista, ve a las normas en su contenido como dependientes de quién debe decidir en la situación particular.

“Un universalista debe presentar su reinterpretación como fruto de un esfuerzo cognoscitivo en relación con una norma preexistente, y admitir que el abandono de una interpretación precedente está basado en un error; mientras que la misma operación llevada a cabo por un particularista puede ser abiertamente presentada

⁹⁴² MORESO, JOSÉ JUAN; *Cristina Redondo sobre razones y normas*, cit., pág. 85.

⁹⁴³ REDONDO, MARÍA CRISTINA; *op. cit.*, pág. 57.

como un cambio de norma y de las razones jurídicas por el intérprete, teniendo en cuenta las características del caso que toca resolver...

“... de acuerdo al ideal particularista las consideraciones relevantes para tomar una decisión no deben estar basadas en una exigencia de coherencia con el pasado...

“...En este modelo (el particularista) el decisor debe verse a sí mismo, no como aplicador de criterios establecidos... sino como autoridad competente en el establecer en cada caso cuáles son las razones para decidir en un modo u otro. En este modelo, el decisor puede ayudarse con la invocación de normas, pero dichas normas son siempre derrotables, y su contenido exige revisión a la luz del caso individual.”⁹⁴⁴

En la concepción universalista, la decisión de un caso individual, se vincula a la coherencia con las decisiones precedentes en casos similares conforme con las propiedades relevantes; además, las propiedades relevantes que permiten entrever a dos casos como similares, están dadas por el hecho de que ambos supuestos caen bajo la aplicación de la misma norma. El juez es un mero aplicador de lo que las normas establecen. Tampoco se presenta a las normas como derrotables, o que su contenido dependa del caso particular.

CELANO, con razón entendemos, destaca que en tanto que el Derecho incorpora principios y valores éticos⁹⁴⁵, y toda vez que el razonamiento moral tiene un carácter particularista; entonces, en la mayoría de los casos en que los jueces deciden, aplican el Derecho, y como para identificar a éste último hace falta recurrir a estándares diversos a las reglas (v.g. principios morales), entonces que el razonamiento jurídico asuma un carácter particularista es una necesidad, no una opción⁹⁴⁶.

La idea de una estrategia de decisión que se base por completo en reglas no parece plausible, es insoslayable el recurso por el Legislador a normas con conceptos indeterminados o conceptos valorativos⁹⁴⁷; además, también constituye una constante del Derecho, la derrotabilidad de las reglas sobre la base de consideraciones éticas no

⁹⁴⁴ REDONDO, MARÍA CRISTINA; *op. cit.*, pág. 62.

⁹⁴⁵ El iusnaturalismo entenderá que las conexiones –conceptuales o sustanciales- entre el Derecho y los principios o valores éticos es necesaria. El positivismo incluyente entenderá que tal conexión es contingente.

⁹⁴⁶ CELANO, BRUNO; *op. cit.*, pág. 104. El profesor de la Universidad de Palermo (Italia), señala que esto importa (y compartimos tal tesis) un confronto con la postulación de REDONDO, en cuanto a que ambas tesis son modelos ideales conceptualmente equivalentes.

⁹⁴⁷ Ver *infra* parágrafo 49 (“La actividad creadora del juez ante los conceptos normativos, indeterminados y las ‘cláusulas generales del derecho’”).

susceptibles de especificación previa. Es posible ciertamente, que haya sectores del Derecho en los cuales estos fenómenos pierdan fuerza, ya sea por un diseño de reglas que eluda la apelación a conceptos como los predetallados, o por cualquier otro motivo. Pero como indica CELANO, una cosa es que dichos fenómenos permanezcan latentes, y otra que su posibilidad, bajo cualquier hipótesis, pueda excluirse, además, si se contempla el Derecho en su conjunto, la hipótesis de que aquella posibilidad se excluya por completo parece artificial, pareciera que

“... el recurso a la equidad no es un elemento opcional en el derecho considerado en su conjunto.”⁹⁴⁸

Resumiendo, si bien es posible que en un cierto sector del Derecho, se adopte un estilo de razonamiento que parezca instanciar el modelo universalista, la opción a favor de los modelos que se vienen trabajando, es guiada en última instancia por un razonamiento particularista.

Los fenómenos como conceptos indeterminados, normativos, estándares morales, *et sit cétera*; confirman que el recurso a una estrategia de decisión universalista, es provisorio. El razonamiento particularista es en definitiva el que explica el desatrincheramiento por razones varias, de generalizaciones atrincheradas, que es lo que efectivamente se suele hacer en el Derecho. El método de mera subsunción es definitivamente irreal, sobre esto avanzaremos más adelante⁹⁴⁹, lo que nos llevará además a indagar sobre la forma de *razonamiento correcto* que aplican los jueces al decidir⁹⁵⁰.

De otro lado, debe fijarse la noción de que las reglas efectivamente ofrecen guías o criterios para evaluar el comportamiento, sino sería imposible evaluar una acción. No cualquier propiedad es relevante, y tampoco las propiedades justificadas como relevantes por la autoridad pueden no serlo. Esto no es una impugnación al particularismo

⁹⁴⁸ CELANO, BRUNO; *op. cit.*, pág. 106. Hay una mención del autor citado que no queremos soslayar. Señala que puede objetarse a lo dicho en el texto que es factible concebir la *posibilidad lógica* de un sistema jurídico que esté exento de los fenómenos en cuestión (derrotabilidad, apelación a motivos éticos, *et sit cétera*). Esto indudablemente es cierto, y como indica CELANO es un argumento del positivismo jurídico; pero también es cierto, y vale la pena tenerlo en cuenta, pues muchas de las referencias que desarrollamos en éste trabajo apuntan a una noción realista de la metodología jurídica, y no a factibilidades lógicas, que una posición teórica como la positivista es débil en grado sumo, “... o de todos modos poco interesante. Su verdad termina dependiendo de la respuesta a un interrogante análogo, por ejemplo, a la pregunta de si un tigre sin bigotes, ni rayas, ni patas... no pueda no obstante ser un tigre. La precariedad de la distinción analítico- sintético debería desalentar el planteo de interrogantes de tal género y, con mayor razón, el hacer depender de la respuesta a interrogantes así planteados elecciones teóricas significativas.” (*ibidem*, nota 13).

⁹⁴⁹ Ver *infra* capítulo IV (“Interpretación y Aplicación de las normas penales”).

⁹⁵⁰ Ver *infra* parágrafo 36 (“La corrección de los enunciados normativos. El Derecho correcto”).

como pretende REDONDO⁹⁵¹, sino que señala la relevancia de las normas como orientadores de relevancia primarios, pero debe visualizarse, que al momento de decidir, los tribunales hacen valer múltiples otros estándares que pueden ir más allá, o restringir los extremos de la regla⁹⁵². Las reglas permiten decidir linealmente un curso de acción y en tal sentido, constituyen razones para la acción en el marco de un razonamiento jurídico; pero los principios, si bien tienen menos fuerza como premisas de un razonamiento jurídico, tienen mayor fuerza expansiva que las normas; al tener un mayor poder explicativo poseen, también, un mayor alcance justificatorio. Un modelo particularista se presenta como superior en nuestro esquema de estudio.

Nosotros, en lo que sigue del desarrollo de este trabajo, entenderemos que las normas no constituyen razones concluyentes para la acción; si se pretendiese esto, el Derecho estaría generando una expectativa que no puede, y tampoco es razonable que satisfaga⁹⁵³. En gran medida, nuestras preferencias se inclinarán por una tesis particularista, aunque las reflexiones que en adelante se brindarán no hagan referencia expresa a ésta tesis que, siguiendo a REDONDO, nos ha permitido rechazar nuestro enrolamiento con la postura de las *normas como razones para la acción*.

⁹⁵¹ REDONDO, MARÍA CRISTINA; *op. cit.*, pág. 152.

⁹⁵² Por citar sólo un ejemplo, la Cámara Nacional de Casación Penal, en su composición de la sala I, en la causa nro. 31.292, “Benítez, Luis Alberto y otro”, rta. el 16 de mayo de 2007, condenó a dos hombres por considerarlos coautores de robo con armas, para ello, los magistrados consideraron al gas pimienta (en extensión analógica del art. 5.3° del decreto 395/75) utilizado por los delincuentes como arma de uso civil, y a un destornillador, como “arma impropia”.

⁹⁵³ REDONDO, MARÍA CRISTINA; *op. cit.*, pág. 63.

§29.2.- La Ley y la Norma, una distinción del Derecho Penal.

La teoría penalista de Binding. El concepto de Norma. La necesidad lógica de las normas. Mecanismos para hallar las normas. Bentham y la distinción entre norma y disposición jurídica. La teoría de los imperativos: mandatos. La norma como elemento de la ley penal. El contenido de la norma. Normas de sanción y normas de conducta. Mayer y las normas de cultura. Normas de determinación. Juicios de valor. La posición de Armin Kaufmann. El ataque de Kelsen. Los problemas de la teoría de Binding.

En la Teoría del Derecho, y en lo que hace a éste trabajo, se emplea la expresión norma en un sentido lato.

Un importante grupo de los penalistas, sin embargo, continúan aferrados a una rareza peculiar, pues distinguen en la especie donde nadie distingue en lo general. Desde los tiempos de BINDING, reconocido representante del positivismo normativista⁹⁵⁴, suele diferenciarse entre *ley* y *norma*; para la primera es dable reservar el sentido lato de norma, es decir, un conjunto de leyes y disposiciones legisferantes en general, en tanto para la segunda voz se reservaría la idea de norma *strictu sensu*. En esta consideración la norma resulta ser un *prius* lógico, respecto de la ley penal, así como parejamente, el juicio de valor precede lógicamente a la norma; que la norma se encuentre formulada junto a la ley penal, no es necesario, se relaciona con aspectos de técnica legislativa,

“...no se puede negar,... que existen normas que no se corresponden con ninguna ley penal. Tales ‘normas sin sanción’ no sólo dan lugar a un ilícito, cuando un comportamiento cae bajo el juicio de desvalor que está contenido en ellas, sino también a una culpabilidad, en el supuesto en que el autor, a pesar de su capacidad para motivarse mediante la norma, no ha cumplido el deber. Con esta reprobación, sin embargo, se agota la consideración valoradora de tales comportamientos; una materialización en la forma de la pena no surge de aquí.”⁹⁵⁵

También a una norma pueden corresponder varias leyes penales, pues hay normas cuya transgresión sólo está penalizada en parte.

⁹⁵⁴ BINDING defendía una teoría objetiva de la interpretación; tomaba como referencia el derecho positivo –no la ley positiva–; y, por ello, el centro de su construcción dogmática no eran las leyes penales, sino las “normas”, que pueden ser no escritas. “El positivismo de BINDING subraya la independencia de la ciencia del Derecho (positivo) frente a la filosofía, las ciencias sociales y –no en último término– frente a la legislación. En este sentido SILVA SÁNCHEZ señala que BINDING no sostenía una vinculación estricta del dogmático a la ley... (siguiendo) un método dogmático ‘teleológico’”, conf. CARDENAL MOTRAVETA, SERGI; *El tipo penal en Beling y los neokantianos*, Editorial PPU, Barcelona, 2002, pág. 174 nota 315.

⁹⁵⁵ KAUFMANN, ARMIN; *op. cit.*, pág. 262. Aquí radica la diferencia entre “delito” como referido a la violación culpable de la norma, y “crimen” que se refiere al delito punible

Las normas son siempre proporciones jurídicas, aun cuando no hayan sido formuladas expresamente (como suele ser común) por una fuente del Derecho. pertenecen al Derecho Público, y en tanto ninguna ley las contenga expresamente, son proposiciones del Derecho no legislado. El aserto de que *todas* las normas jurídicas (como las entiende BINDING), sean proposiciones jurídicas, ha sido criticado, entendemos, con éxito; pues dichas normas, en ocasiones pueden ser proposiciones jurídicas, pero la más de las veces serán normas éticas,

“No son una consecuencia del derecho en sentido estricto, sino de la justicia en tanto represalia compensadora.”⁹⁵⁶

Las teorizaciones de MAX ERNST MAYER respecto de las *normas de cultura*, también van por esta vena, distanciándose de BINDING, entiende que las normas que el delincuente vulnera no están en el Derecho, sino en la cultura; una norma cultural tiene que ser transformada en norma jurídica a través del orden jurídico⁹⁵⁷. La idea de normas como *proposiciones del Derecho no legislado* es la aplicación, en sentido formal, de la tesis inicial de BINDING de prioridad lógica de la norma respecto de la ley.

Para BINDING, el delincuente no infringe leyes, sino que, en estricta rigurosidad, cumple lo que aquellas dicen, llena su contenido vacuo (i.e. entre el delito y el contenido de la ley penal no existe una relación de oposición sino de concordancia)⁹⁵⁸. Lo que viene a quebrantar es algo distinto que se halla por encima y por detrás de la ley: la norma. BINDING parte de la supuesta comprobación de que el delincuente no puede, en modo alguno, actuar en contra de las distintas leyes penales particulares, sino que actúa

“...precisamente conforme a la primera parte de la ley penal. Con otras palabras: el delincuente realiza el tipo penal de la ley, es decir, no viola para nada la ley penal.”⁹⁵⁹

⁹⁵⁶ GEYER cit. KAUFMANN, ARMIN; *op. cit.*, pág. 313. También con cita de LUCAS: “BINDING se equivoca cuando considera... a todas las normas como normas *jurídicas*, pues sólo una parte de aquellas es de naturaleza *jurídica*; la otra pertenece a otros ámbitos del ordenamiento social, tales como la moral, la política, la economía, la policía.” (*op. cit.*, pág. 314).

⁹⁵⁷ KAUFMANN explica con agudeza que el distanciamiento no sería tal, pues las *normas culturales* de MAYER no se corresponden necesariamente con las *normas* de BINDING; en tanto aquellas responden a un núcleo deontológico que una sociedad promueve en respuesta a sus intereses, entendiendo por sociedad, no la estatal, sino un grupo con intereses compartidos del que puede haber incontables muestras –una inmensa pluralidad-. De todas formas la discusión excede en mucho a nuestra propuesta. Conf. KAUFMANN, ARMIN; *op. cit.*, pág. 315.

⁹⁵⁸ SOLER, SEBASTIÁN; *Derecho Penal Argentino*, t. I, 5ª ed., Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1987 (1992), pág. 141.

⁹⁵⁹ KAUFMANN, ARMIN; *op. cit.*, pág. 3.

KAUFMANN explica que la idea de *transgresión* o *violación* a la ley penal está fundada a pesar de ello, pues indica que hay otras leyes que el agente viola y que son falsamente identificadas con las leyes penales; la primera parte de la ley penal procura caracterizar la acción que merece pena, describe la transgresión de una ley:

“La ley que el delincuente transgrede precede conceptual y regularmente, pero no necesaria y temporalmente, la ley que dispone la forma de su condena.”⁹⁶⁰,

a estas proposiciones jurídicas, como ya lo señalamos, BINDING las llama *normas*

“...porque el delincuente sólo puede transgredir la proposición que le prescribe el modelo de su conducta.”⁹⁶¹;

el conocimiento de estas proposiciones jurídicas tiene que ser previo a cualquier otra teoría del Derecho Penal (v.g. teoría del delito o de la culpabilidad).

Para BINDING, la necesidad de las normas –según lo explicado- es lógica, pero también es real; esto último es más difícil de hallar reconoce aquel, pues en la época de la codificación, se tiende a buscar esas normas en el Derecho legislado, pero si se acepta la distinción aludida, la búsqueda no puede dar resultado alguno: la norma, por lo general, no se halla codificada. El mecanismo para hallarla es variado⁹⁶²: a) el desarrollo mediato a partir de la ley penal misma, b) la demostración a partir de las necesidades de la legislación, c) la investigación de las normas del Derecho escrito y d) la consideración de la historia del Derecho. El primer supuesto es clásico pero presenta dificultades, por caso, del art. 79 del C.P. argentino, puede deducirse la norma que subyace de dos formas: “No debes matar” o “no debes matar, so pena de castigo”; la segunda proposición tiene el problema de unir la prohibición a la amenaza del castigo, con lo que, al presentar al súbdito la alternativa la prohibición se diluye dejando sólo un consejo de omitir el delito en consideración al Estado, como imperativo sería un absurdo tanto desde su forma como de su contenido; si se concibiera al imperativo como incondicionado, pensando la amenaza de pena como una mera referencia a la consecuencia penal, pero esto último puede llevar dos posibilidades, o se entiende la amenaza como indicación a los súbditos de la ley o como un deber que surge para el Estado en virtud de la acción delictiva del agente, el agente sería castigado no porque actuara como actuó sino porque sabía cómo actuaría el Estado, esto reconduce a una

⁹⁶⁰ KAUFMANN, ARMIN; *op. cit.*, pág. 4.

⁹⁶¹ KAUFMANN, ARMIN; *ibídem*.

⁹⁶² KAUFMANN, ARMIN; *op. cit.*, págs. 5 y ss.

teoría psicológica de la coacción (FEUERBACH) y a valoraciones sobre las expectativas del agente (v.g. escapar a la sanción), como norma no es fundable; sólo resta fundar la norma en la primera parte de la norma sin el agregado (i.e. “No debes matar”). Es decir que sólo cabe derivar el imperativo a partir de la primera parte de la ley penal

“Tal prohibición y mandato satisfaría totalmente la exigencia de ser una norma de formas de acción. En este caso, el delincuente (hace) precisamente aquello que la prohibición quiere que se omita; su acción y la conducta que le está ordenada se hallan en oposición contradictoria... La norma es, pues, una orden pura, no motivada, especialmente no motivada por la amenaza de la pena.”⁹⁶³

Las normas de prohibición sólo rezan “No debes matar”, “No debes robar”, *et sit cétera*, si bien BINDING lo rechaza, podemos adelantar una crítica y es que estos imperativos no se distinguen de las leyes éticas.

En BENTHAM puede hallarse de forma embrionaria una construcción similar. Para el filósofo inglés, toda disposición jurídica⁹⁶⁴ es una norma que prescribe cierto comportamiento como obligatorio en determinadas circunstancias, pues esas disposiciones son la expresión del Legislador de que ciertos actos deben ser hechos por ciertas personas en determinadas circunstancias⁹⁶⁵; todas las operaciones de que el Derecho se ocupa son reducibles a la idea de “crear deberes”. Pero los términos *norma jurídica* y *disposición jurídica*, si bien han sido usados como si tuvieran el mismo significado, debe diferenciárselos, así: *disposición jurídica* es usada para designar la unidad básica en la que un orden jurídico es dividido, y *norma jurídica* se la utiliza para designar una disposición jurídica dirigida al comportamiento de los seres humanos imponiéndole deberes o confiriéndole facultades.

“Toda disposición jurídica tiene que tener una prescripción la cual es un mandato o una prohibición. Esto significa que todas las otras prescripciones y secciones en el sistema jurídico tienen que ser arreglados alrededor de estas prescripciones principales y ser relacionadas con ellas como explicaciones, cualificaciones, advertencias, etcétera.”⁹⁶⁶

⁹⁶³ KAUFMANN, ARMIN; *op. cit.*, págs. 6.

⁹⁶⁴ Para la noción de “disposición jurídica” en BENTHAM ver el Anexo I (“La jurisprudencia analítica”).

⁹⁶⁵ Para la noción de “actos” en BENTHAM puede verse el Anexo I (“La jurisprudencia analítica”).

⁹⁶⁶ RAZ, JOSEPH; *El concepto de sistema jurídico*, cit., pág. 101.

Siguiendo con BINDING, las otras formas de demostración de las normas, mencionamos que son “*mediata de la norma a partir de las necesidades del Legislador*” donde, como el Legislador formula obligaciones que los súbditos tienen que cumplir de una forma personal, entonces debe decir exactamente qué es lo que reclama; de allí resulta el contenido y la forma de las normas

“Su forma es la de la orden; su contenido, prohibición o mandato, acción que debe ser realizada u omitida.”⁹⁶⁷,

las normas coinciden plenamente en su forma y contenido con las derivadas de la ley penal; la tercer forma de demostración es “*la investigación de las normas del Derecho escrito*”, suelen existir muchas normas escritas, se hallan parcialmente en la misma ley penal o en otra parte, algunos tipos penales suelen hacer referencia a prohibiciones o mandatos que se encuentran fuera de ellos; y finalmente se puede recurrir a “*la demostración a partir de la historia del Derecho*”, en el pasado, señalaba BINDING, han existido mandatos y prohibiciones: normas expresas, ejemplo de esto era el Decálogo, posteriormente, ya en el derecho romano primitivo, la norma se formuló juntamente con la ley penal para sus transgresores, hasta que finalmente, desapareció la norma y sólo restó la ley penal con sus dos partes.

“El Decálogo es un libro de normas. La norma crea lo antijurídico; la ley, el delito. La disposición penal se compone de preceptos y de sanciones y la Norma es prohibitiva o imperativa; de ahí nacen la acción y omisión que el Derecho penal castiga.”⁹⁶⁸

Se sostiene que con esta distinción se procura reducir el puro legalismo del Derecho, y evitar que la norma jurídica escrita tenga tal extensión que todo esté en ella⁹⁶⁹.

KARL BINDING es, entonces, el creador de la *teoría de las normas*, insuflada por una fundamentación de la moral en el Derecho Penal. BINDING fundamentaba la Teoría del Delito en un concepto de norma proveniente de la *teoría de los imperativos*, la distinción aludida entre norma y ley penal deriva hacia que, las normas, son un imperativo dirigido a los ciudadanos, que preceden conceptualmente a la ley penal y pertenecen al Derecho Público en general. Por el contrario, la ley penal es un mandato hipotético dirigido

⁹⁶⁷ KAUFMANN, ARMIN; *op. cit.*, pág. 8.

⁹⁶⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS; *op. cit.*, pág. 83.

⁹⁶⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS; *op. cit.*, pág. 84.

al juez para que ejerza el derecho subjetivo del Estado a sancionar al sujeto que ha cumplido con el presupuesto de la ley penal.

La norma no constituye un elemento de la ley penal,

“...sino que, al lado de ella, es una ‘proposición jurídica totalmente independiente’ que no participa ‘necesariamente del destino de la ley penal’. Esta independencia de la norma con respecto a la ley penal, resulta también de ‘fines fundamentalmente diferentes’. Además hay normas cuya sanción se encuentra en leyes totalmente distintas de la ley penal; y, finalmente, la norma prohíbe más acciones que las que la ley penal amenaza con pena...”⁹⁷⁰

La independencia de la norma patentiza que ésta es obligatoria por sí misma, y lo seguirá siendo aunque falte la correspondiente ley penal.

Determinar el contenido de la norma no es sencillo. Si bien puede partir de la primera parte de la ley penal, en otras ocasiones su alcance es un asunto discutible. BINDING advierte sobre el peligro de generalizaciones, como asimismo de formulaciones numerosas o estrechas. Las normas sólo pueden ordenar o prohibir, sin tener en cuenta la finalidad de la acción, por caso, no podría ser una norma “No debes matar *dolosamente*”, este último elemento no forma parte de la norma⁹⁷¹.

La norma se concreta en órdenes prohibitivas o preceptivas, cuyo objeto está constituido sólo por acciones u omisiones y no por el resultado de las mismas.

“Desde esta perspectiva, el bien jurídico carece de valor, es algo inherente a la norma y su lesión no puede entenderse diferenciada de la norma, de su desobediencia. En efecto, BINDING considera que la norma tiene como principal tarea la de fundamentar los deberes eminentemente personales de acción u omisión; por ello, su contenido no puede ser otro que exigir el cumplimiento del deber de obediencia o sumisión al Derecho soberano. Pero, el motivo último de la prohibición reside en el efecto de la acción prohibida, en su resultado perjudicial para la vida del Derecho y, a la inversa, mediante el mandato de una acción debe lograrse un resultado ventajoso. Por ello, como las normas también cumplen una

⁹⁷⁰ KAUFMANN, ARMIN; *op. cit.*, pág. 12.

⁹⁷¹ KAUFMANN, ARMIN; *op. cit.*, pág. 10.

función protectora de bienes jurídicos, se establece la exigencia a las personas de ‘organizar sus acciones de manera tal que no pueda producirse tal perjuicio’⁹⁷²

El fundamento y fin de las normas es la inadmisibilidad jurídica de las acciones u omisiones. Cuando se dicta una prohibición, es porque la conducta prohibida se presenta como inadmisibile para el orden jurídico; y cuando se dicta un mandato, es porque dicho mandato deviene indispensable (i.e. su omisión es inadmisibile). El presupuesto para la formulación de toda norma proviene del conocimiento de la inadmisibilidat de determinadas formas de comportamiento humano en relación con las necesidades del ordenamiento jurídico. Congruentemente con esta concepción de la norma, el delito es definido como la infracción culpable de la norma, como una lesión de un derecho subjetivo del Estado al sometimiento.

Debe destacarse que, una teoría de las normas es el motor de la elaboración de cualquier sistema. La teoría de las normas de BINDING, se dirige a las implicaciones lógicas de las leyes penales, destacando dos puntos fijos:

- (a) *Norma de sanción*: ley penal dirigida al juez. Implica una determinada toma de postura negativa del Legislador respecto al comportamiento del autor.
- (b) *Norma de conducta*: referida al comportamiento del autor. Cuya existencia, aun sin formulación expresa, debe ser afirmada en la medida en que es lógicamente necesaria.

De lo dicho se extrae que, existen *normas de valoración* que se refieren al comportamiento del autor, caracterizándolo negativamente y que precede lógicamente a la norma de sanción formulada en la ley. El presupuesto conceptual de todo dictado de una norma, y al mismo tiempo su único motivo es un

“...juicio acerca de la inadmisibilidat jurídica de determinadas acciones y omisiones. Expresa, pues, la concepción de que necesariamente la norma está precedida lógicamente y realmente por un juicio de valor. Más aun, BINDING pretende distinguir en todas las normas dos cosas: una declaración de que lo que está prohibido en la norma es inadmisibile para el orden jurídico, y lo que está ordenado,

⁹⁷² PÉREZ ALONSO, ESTEBAN JUAN; *Las revoluciones científicas del Derecho Penal: evolución y estado actual de la dogmática jurídico- penal*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Vol. L, 1997, Portal Iberoamericano de Ciencias Penales (www.cienciaspenales.net), pág. 188. También KAUFMANN, ARMIN; *op. cit.*, pág. 13.

indispensable, para separar tajantemente de esto una orden que crea deberes de acción y de omisión.”⁹⁷³

MAX ERNST MAYER hablaba de las “normas de cultura”⁹⁷⁴, donde las normas de Derecho, antes de ser positivas, eran ya válidas en otros grupos diferentes de la sociedad estatal, MAYER no excluye la idea de valoración pero la reduce, no habla de una relación lógico-objetiva como BINDING sino conceptual.

También puede hablarse de *normas de determinación*, no escritas y dirigidas a los ciudadanos, prohibiéndoles la comisión de acciones punibles. Fluyen de la función del Derecho Penal de protección de los bienes jurídicos, que sólo puede realizarse haciendo surgir en los ciudadanos una motivación leal al Derecho.

Con el “dictado de las normas” se produce el paso de la pasividad a la actividad, de la “valoración” a la “orden”; es decir, el cambio del *juicio de valor* al *juicio de deber ser*, cuando la valoración deviene motivo legislativo, ingresa la idea de finalidad en el ámbito de la teoría del Derecho.

“El único fin de la norma es prohibir determinadas acciones a causa de su naturaleza o efectos nocivos para el derecho y ordenar otras a causa de su indispensabilidad.”⁹⁷⁵;

el paso del juicio de valor a la norma no es contingente, sólo se puede alcanzar mediante el aseguramiento de los valores positivos del acto, de allí que la conducta prohibida es socialmente no ética; un momento del deber ser pertenece ya a la esencia de su valor, por lo tanto tiene que estar contenido en su ser ideal.

El objeto de la norma es idéntico con el correspondiente juicio de valor, que expresa un “deber hacer” y no un “deber ser”, más allá de que se refiera a la realización de valores subjetivamente posibles. Ahora bien, el juicio de valor puro puede ser “válido” pero no “obligatorio”, el objeto de un juicio de valor tiene que ser concebido como objetivo, a fin de poder hablar de obligatorio,

“Pero el momento teleológico va más allá aun: quien concibe a la norma como motivo posible de una conducta conforme a la norma, se verá, por lo general,

⁹⁷³ KAUFMANN, ARMIN; *op. cit.*, pág. 88.

⁹⁷⁴ Algo más de esto en el parágrafo 8 (“La ‘esfera libre de intervención estatal’ de Max Ernst Mayer”).

⁹⁷⁵ KAUFMANN, ARMIN; *op. cit.*, pág. 97.

inducido a preocuparse también por esta posibilidad de motivación; es decir, la norma es expresada para dirigirse también de esta manera al sujeto normativo.”⁹⁷⁶, para BINDING se tiene que decir claramente a los súbditos qué se exige de ellos, sólo así “...la norma realiza su salto a realidad del derecho.”⁹⁷⁷

Según que la columna vertebral del Derecho Penal se sitúe en la norma de valoración o en la de determinación, el concepto sistemático de injusto aparecerá definido preferentemente mediante elementos objetivos o subjetivos, ello denota las implicancias no baladíes de la construcción de BINDING. Por caso, el observar a la tentativa inidónea como paradigma de lo que es una conducta disvaliosa (como puro desvalor de acción, donde el desvalor de resultado se reduce a una simple condición de punibilidad)⁹⁷⁸, fue la consecuencia lógica de la absolutización de la norma de determinación y de la doctrina del injusto personal pretendida con ella.

En el moderno pensamiento teleológico (funcional), los enunciados de deber que mandan o prohíben un comportamiento determinado (*imperativos*), a diferencia de las expresiones relativas al ser, pueden derivarse de *juicios de valor* y viceversa. Sin embargo, no debe ignorarse que, a partir de una *norma de valoración*, pueden desarrollarse muy diversas *normas de determinación*. Por ello ni el sistema del Derecho Penal, ni con mayor motivo las cuestiones materiales, pueden verse prejuizadas por la adhesión a una norma de determinación, que se deriva de modo no necesario sino contingente.

Teorías de las normas fundadas puramente en normas de determinación, amenazan con producir en el marco de un sistema penal orientado a fines, consecuencias radicales aun peores que las ocasionadas por el finalismo.

La vuelta a BINDING se confirmó con la publicación de la obra de ARMIN KAUFMANN y las importantes consecuencias que obtiene este autor sobre lo vivo y lo muerto en la teoría de las normas de BINDING. Destaca aquel discípulo de WELZEL que existe una comprobación evidente y es que

⁹⁷⁶ KAUFMANN, ARMIN; *op. cit.*, pág. 99.

⁹⁷⁷ KAUFMANN, ARMIN; *ibidem*. Según MEZGER el Derecho tiene una doble función, al determinar la antijuridicidad objetiva, funciona como *norma de valoración*, y al determinar la culpabilidad, funciona como *norma de determinación*. La diferencia con BINDING es que para MEZGER en ambos casos funciona como normas del deber ser, pero en el primer caso diría “se debe” (antijuridicidad) y en el segundo “tu debes” (culpabilidad).

⁹⁷⁸ En este sentido SANCINETTI, MARCELO; *Ilícito personal y participación*, 2ª ed., Ad-hoc, Buenos Aires, 2001, págs. 19 y ss.

“...a menudo, uno suele representarse al derecho en general y al derecho penal material en especial, utilizando una formulación cautelosa, como mandato o como prohibición. *Pensamos con normas*. Este hecho empírico de la vida del derecho es indiscutible, como también lo es, por ello, la existencia de la norma en tanto forma del pensamiento.”⁹⁷⁹ (resaltado en el original).

Adelantándonos a la crítica a la teoría de BINDING, el aserto de KAUFMANN es superfluo, pues nada dice aun acerca de la necesidad de las normas, y por otra parte tampoco se involucra con su construcción conceptual, sino que simplemente puntualiza sobre un aspecto de la realidad psicológica –no empírica-, que ha explorado con mayor profundidad la noción de las normas como razones para la acción de la mano de JOSEPH RAZ; y además, podemos pensar con normas al estilo de BINDING, pero también al estilo de Kelsen como veremos.

Toda esta construcción, entendemos con Kelsen, adolece de errores, es inexacto decir que la norma que impone una obligación (v.g. cumplir el servicio militar) se *deduce* de la que impone un castigo al que no lo cumple,

“En realidad hay identidad entre la proposición que afirma que un individuo está jurídicamente obligado a cumplir el servicio militar y la que dice que debe ser sancionado si no lo cumple. La primera expresa exactamente la misma idea que la segunda, y esa identidad es la consecuencia de nuestra definición del derecho que hemos considerado como un orden coactivo, y de nuestra definición de la regla del derecho, en la cual vemos una proposición según la cual en ciertas condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado con carácter de sanción.”⁹⁸⁰

Desde el punto de vista de la ciencia del Derecho no existe diferencia entre la norma que prohíbe matar y la norma que prohíbe el homicidio con una pena de 8 a 25 años,

“...en realidad, si la primera es una norma jurídica, es en la medida en que esté integrada sin residuos en la última.”⁹⁸¹

Sólo desde un punto de vista psicológico cabría sostener que existen dos clases de normas (o ley y norma en la terminología de BINDING), pues la presión se siente diferente en cuanto dirigida al ciudadano y en cuanto dirigida al funcionario. VON HIPPEL y JULIUS BINDER discurren de manera similar; el primero señala que es un sinsentido sostener

⁹⁷⁹ KAUFMANN, ARMIN; *op. cit.*, pág. 52.

⁹⁸⁰ RODILLA, MIGUEL ÁNGEL; *Dinamismo y coactividad. Sobre una incongruencia en la teoría pura del derecho*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 28, Alicante, 2005, pág. 204, nota 37.

⁹⁸¹ RODILLA, MIGUEL ÁNGEL; *op. cit.*, pág. 204.

que quien viola el Derecho actúa conforme al Derecho Penal, al que en realidad no viola, sino que cumple; y que habría que buscar las normas más allá de la ley penal,

“En verdad, la ley penal misma, en virtud de la vinculación entre tipo penal y consecuencia penal, contiene mandatos y prohibiciones, es decir, la norma que viola el delincuente. No tiene aquí ninguna importancia que la ley elija técnicamente la fórmula ‘Esto o aquello está prohibido. Quien viole esta prohibición, será castigado de tal o cual manera’...”⁹⁸²

BINDER, similarmente explica que, que el delincuente viole la ley, no significa otra cosa que no sea que aquel realiza la acción a la que la ley impone pena, y la razón de este proceder de la ley no es que el delincuente ha violado algún mandato o prohibición que haya que rastrearse en otra parte, sino que la acción ha puesto en peligro las condiciones de existencia de la comunidad⁹⁸³.

KELSEN advierte que los códigos penales no suelen contener ninguna norma que establezca –como en los Diez Mandamientos- no matar, o prohíba el adulterio u otros delitos, sino que

“...se limitan a enlazar ciertas sanciones penales a determinados hechos... se ve claramente que la norma que establece: ‘No debes matar’ es superflua, si existe una norma válida que establezca que: ‘Quien mate, será sancionado penalmente’;... el orden jurídico justamente prohíbe determinada conducta, en cuanto enlaza a esa conducta una sanción...”⁹⁸⁴

“BINDING, dice KELSEN, de una cuestión de palabras hace toda una doctrina... Pero, sea o no así, esa doctrina olvida que el deber contenido en la ley penal es tan intangible o inviolable como el de la norma. Lo que ataca, quebranta o destruye el acto ilícito no es una norma ni una ley, sino un estado real ‘de paz’, en el sentido de equilibrio y mantenimiento de los bienes que el derecho tutela. El hecho es contrario a la norma cuando es lo contrario de lo que la norma quiere que ocurra, cuando es opuesto al *fin* de la norma. El delito modifica el orden fáctico, es de la naturaleza del ser; y la norma pertenece a un orden télico, es de la naturaleza del deber ser. Lo que engaña a BINDING es que la norma formula el fin más claramente que la ley penal; pero, según KELSEN, la ley penal tiene el mismo fin, aunque no lo exprese. La norma es, pues, para BINDING, la formulación autónoma del fin del

⁹⁸² KAUFMANN, ARMIN; *op. cit.*, pág. 54.

⁹⁸³ KAUFMANN, ARMIN; *ibídem*.

⁹⁸⁴ KELSEN, HANS; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 68.

derecho; pero del fin del derecho no juzga la dogmática, sino la sociología o la política: *finis legis non cadit sub legem...*”⁹⁸⁵

Si bien Kelsen se basa en la tesis de la coactividad para liquidar la terminología de BINDING y disolver la distinción entre normas primarias (normas que imponen deberes) y normas secundarias (normas que estipulan sanciones)⁹⁸⁶, y ello sirve efectivamente para soslayar la absurda distinción a que se alude, lo cierto es que aquel, y esto vale la pena resaltarlo aquí nuevamente para guardar coherencia con lo ya dicho, no observa como HART y autores posteriores⁹⁸⁷, que las normas son de diferentes géneros lógicos, de donde la reducción de todas las normas jurídicas a un solo tipo triunfa allá, pero falla aquí.

Tan artificiosa es esta construcción de BINDING, que lleva a precisar algunas distinciones de forma muy trabajosa, que la filosofía jurídica ya resolviera por otros andariveles. Nos referimos en primer lugar a las reglas como formulaciones que aparejan un deber jurídico, BINDING explora la necesidad de equiparar el “tener obligación a” con el “estar obligado a” para fundar el deber jurídico concreto, este deber jurídico lo construye una proposición jurídica que tiene efecto obligatorio, esto es, una norma⁹⁸⁸; el positivismo moderno no precisa tal equiparación, por el contrario distingue ambos conceptos para poder reportar la normatividad del Derecho y diferenciarlo así de las simples órdenes de un pistolero⁹⁸⁹, ya analizamos antes esta cuestión por la que no ahondaremos más sobre el punto⁹⁹⁰.

Otra distinción que nos trae es la existencia de “dos deber ser” distintos, por un lado existiría el deber ser como “declaración de la voluntad” (donde se dice “Sempronio debe cerrar la puerta”, significa que “Ticio quiere que Sempronio cierre la puerta) que es un “querer”, un acto de voluntad dirigido a la imposición del acto de la orden, aquí

“...la proposición de deber ser misma contiene sólo un juicio acerca de la existencia de una orden, un ‘juicio categórico de deber ser’.”⁹⁹¹;

⁹⁸⁵ SOLER, SEBASTIÁN; *Derecho Penal Argentino*, t. I, cit., págs. 142 a 143.

⁹⁸⁶ Kelsen, HANS; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 67.

⁹⁸⁷ Ver *supra* parágrafo 29 (“La norma jurídica”).

⁹⁸⁸ KAUFMANN, ARMIN; *op. cit.*, pág. 63 y ss.

⁹⁸⁹ HART, H. L. A.; *El concepto de Derecho*, cit., págs. 102 y ss.

⁹⁹⁰ Ver *supra* parágrafo 27 (“Cuestiones preliminares. El Derecho”).

⁹⁹¹ KAUFMANN, ARMIN; *op. cit.*, pág. 66.

el otro sentido de “deber ser” es la expresión lingüística de la corrección futura (donde se dice “Sempronio debe cerrar la puerta”, significa que “es correcto que Sempronio cierre la puerta”), aquí no se precisa que la futura corrección se atribuya a nadie, el deber ser fluye de la validez objetiva de la corrección, no de la orden de alguien⁹⁹². Esta última distinción es errónea, en rigor no se trata de una solución al problema de la validez donde se analiza si se precisa saber si la norma es una voluntad impuesta o un valor correcto, no son dos planos del deber ser, sino derechamente dos análisis diversos, propio de dos enfoques sobre la validez provenientes de matrices epistémicas diversas: positivista (validez como reglas autoritativas) e iusnaturalista (validez como pretensión de corrección), no hay ninguna ambigüedad en el deber ser⁹⁹³, sino en el propio analista de la cuestión.

Además, se descuida el aspecto material del delito, en la medida en que el significado especial de la tipicidad no ha encontrado plena consideración junto a la antinormatividad. Esto es lo que condujo al discípulo de BINDING, ERNST BELING⁹⁹⁴, a destacar el aspecto formal del delito, mediante el resalto de la existencia de los tipos, los que ya responden a una valoración definitiva de intereses realizada a partir del proceso legislativo⁹⁹⁵. Sin embargo, más allá de lo anterior, BELING entiende que la ley penal no es ningún tipo de norma, no es identificable con una proposición que establezca: “tú no debes actuar de éste o aquel modo”, sino que, frente a esto contiene un *plus*,

“Según BELING, las normas son previas y están por encima de las leyes penales. La ley penal establece el castigo que deba aplicarse a la conducta que realice un tipo de modo antijurídico, pero no da respuesta a la pregunta sobre cuándo la conducta típica es antijurídica; presupone la antijuridicidad de la conducta pero no decide sobre la misma, por lo que resulta necesario que el Derecho esté dotado de proposiciones con el siguiente contenido: ‘Matar a alguien –por ejemplo- es antijurídico cuando...; no es antijurídico cuando...’. Tales proposiciones son, precisamente, las normas, y lo antijurídico es lo antinormativo. Por lo tanto, para determinar si una conducta es antijurídica y poder aplicar la ley penal es necesario

⁹⁹² KAUFMANN, ARMIN; *op. cit.*, pág. 67.

⁹⁹³ KAUFMANN, ARMIN; *op. cit.*, pág. 68.

⁹⁹⁴ De hecho BELING afirmaba que “es BINDING quien ha hecho que yo sea penalista”, en CARDENAL MOTRAVETA, SERGI; *op. cit.*, pág. 23 nota 19.

⁹⁹⁵ CARDENAL MOTRAVETA, SERGI; *op. cit.*, págs 18 a 19, nota 11.

acudir a las normas, que son las que establecen cuándo no se debe realizar la conducta típica.”⁹⁹⁶

En estricta rigurosidad, nada de esta construcción determina la subyacencia de normas a los tipos, sino permisos que derrotan prohibiciones, el que dichos permisos no estén plasmados en el ordenamiento jurídico, en numerosas ocasiones suscita dudas, sin embargo, los permisos, al contrario que las prohibiciones en esta materia, violan sistemáticamente el principio de máxima taxatividad legal interpretativa, lo que es beneficioso al sistema todo, sobre esto se hablará más adelante⁹⁹⁷.

Para BELING,

“...tampoco puede irse a buscar las normas a la fluctuante zona extrajurídica (normas de cultura) que pueden interesar al legislador, pero no a la dogmática. La normalidad o anormalidad de una acción debe ser deducida de su referencia a las disposiciones del derecho positivo. Las normas no deben, pues, concebirse como vagos principios supraleales, sino como preceptos jurídicos.”⁹⁹⁸

La construcción de BINDING distorsiona los elementos del tipo y desdibuja el nivel sistemático de la antijuridicidad en “elementos de la contrariedad a la norma”. Aquel, parte del análisis de la antijuridicidad, identificando al delito con la acción antijurídica, lo que conduce a contradicciones y problemas como los explicados.

También descarta como esencial que la sanción forme parte de la norma, ya que aquella sólo integra el tipo penal. Por otra parte, a la norma se le confiere una función de prevención, en tanto que la ley penal le otorga al Estado un derecho de coacción, pero esta duplicidad de fines no importa aceptar la duplicidad de ley y norma; en la norma subyacen ambos fines, y además, en numerosas oportunidades, el fin preventivo (i.e. razón para la acción) no es debido a la influencia de aquella sino a la presión que ejercen otros órdenes normativos (v.g. religiosos, éticos, *et sit cétera*). Para Kelsen, en tesis que compartimos, es errada la concepción de una norma sin sanción, porque su observancia tendría que ser impuesta por otra autoridad, que es en definitiva la capacidad para determinar en otros cierta conducta, la autoridad específica del Estado descansa sobre la representación de la sanción y de la coacción. Si así no fuera, la ley se reduciría a un mero catálogo de buenas intenciones.

⁹⁹⁶ CARDENAL MOTRAVETA, SERGI; *op. cit.*, págs. 59 a 60.

⁹⁹⁷ Ver *infra* parágrafo 44 (“El Principio de Máxima Taxatividad Legal Interpretativa”).

⁹⁹⁸ SOLER, SEBASTIÁN; *Derecho Penal Argentino*, t. I, cit., pág. 145.

BINDING pretende construir el Derecho Penal sólo sobre la base de las normas típicas, sin respetar los tipos de carácter jurídico- positivo; sin embargo, debe partirse precisamente de esos tipos, de donde su afinidad en cuanto a la antinormatividad carece de relevancia para la construcción del delito, bastando con la comprobación de que la acción típica es antijurídica⁹⁹⁹. Que la ley penal vincule la punibilidad con una conducta dada, *cuando y en la medida* en que sea antijurídica (como *prius* lógico, la antijuridicidad de la conducta es un presupuesto de la punibilidad), no implica referirse a normas antepuestas a las leyes; ciertamente la determinación acerca de *si y en qué medida* es antijurídica una conducta, no es cosa propia del Derecho Penal, ni puede advertirse de la ley penal como tal, pues el Derecho Penal es un sector del Derecho que se construye atendiendo al resto del Derecho, que se pone en relación con él y sólo en conjunto con él está listo para ser utilizado, pero ello importa tanto como decir que, las normas del resto del ordenamiento, completan a los tipos penales para configurar definitivamente las prescripciones prohibitivas eventualmente derrotables por permisos. El ordenamiento jurídico en su conjunto aporta las normas de conducta, que responden sobre el ámbito de antijuridicidad de la acción que llevó adelante el agente delimitado por la ley penal, pero esto no abona la tesis de las normas subyacentes a los tipos, sino de construcciones complejas compuestas por tipos y normas del resto del ordenamiento que configuran en definitiva *normas de deber* completas para los actores, entendemos que en este punto Kelsen tiene razón.

En síntesis, la terminante separación conceptual entre “ley” y “norma” es artificiosa, y nada aporta a la necesaria construcción de una antijuridicidad como infracción a la norma (en sentido amplio) y punibilidad como consecuencia de dicha infracción. La afirmación de BINDING de que la prohibición o el mandato, la orden legal contra la que actúa el delincuente, es la norma que precede conceptualmente a la ley penal y que es hallado transformando la primera parte de las proposiciones penales en una orden, es una afirmación que nada aporta, de hecho se mueve en el mismo sentido que la teoría de la tipicidad como fundamento de la antijuridicidad: no existe ninguna norma decisiva penalmente para la fundamentación de la pena que no sea parte del tipo. Negamos por tanto

⁹⁹⁹ CARDENAL MOTRAVETA, SERGI; *op. cit.*, pág. 58.

la necesidad de ulteriores indicaciones mediatas o inmediatas de la determinación de las normas a partir de los tipos jurídico- penales.

Finalmente, también es irrelevante la distinción desde la lógica. Conforme las reglas lógico- deductivas, estando a la regla de sustitución, conforme a la cual se debe reconocer como nueva norma del sistema a todas aquellas que resulten construidas sobre la base de expresiones homeomorfas (de forma semejante) a las ya definidas dentro del sistema; la distinción entre leyes y normas viene a crear algo así como expresiones metahomeomorfas hiperdefiniendo las reglas del propio sistema, dicho de otra forma, estructuran una redundancia por disponer lo mismo que se prescribe desde la regla pero de forma hipotética. Obsérvese:

a) norma: “no matarás”

b) regla: “Al que matare a otro se le aplicará prisión de 8 a 25 años”

La distinción entre ambas estriba en que la segunda es más completa porque apareja la sanción y resalta la coercibilidad del sistema, pero al mismo tiempo destaca un dato mucho más relevante, el cual es la estructuración de los sistemas jurídicos desde los ejercicios de derechos o permisos por ausencia de constreñimiento, dicho de otra manera, no está prohibido matar, pero si se da muerte a otro se es pasible de sanción, por el contrario, la norma, directamente recorta el marco de las libertades. En definitiva, tanto a los efectos lógicos, sistemáticos como axiológicos es mejor operar sin la distinción de BINDING.

De hecho, modernamente, este tipo de discurso se filtra también cuando se distingue entre la *disposición* como soporte lingüístico utilizado por el Legislador para promulgar una norma, y la *norma jurídica* que sería el resultado de la interpretación de la disposición. Norma y disposición no tienen porque escindirse, y el fruto de la construcción del intérprete es un más y un menos respecto de las normas jurídicas, aunque, en definitiva, configuran parte del material del Derecho como se seguirá viendo en adelante.

Es de absoluta necesidad dar cuenta de nuestra posición respecto a la tesis de BINDING, pues entre los penalistas suele utilizarse o receptarse, sin mayores discusiones (v.g. la tesis de la tipicidad conglobante de ZAFFARONI). Nuestro ámbito de estudio precisa de una adecuada conceptualización y explicitación del concepto de “norma” que manejamos. Si se discute en el campo de lo punitivo, y se discurre sobre las normas, creemos, no puede avanzarse sin dejar perfectamente claro qué se entiende en lo relativo a tal voz; y

parejamente, debe señalarse cuál es la postura que se adoptará de cara a la siempre presente construcción de KARL BINDING.

*Versátil es la lengua de los mortales; en ella hay razones
de toda índole, y el pasto de palabras es copioso aquí y allá**

§30.- Lenguaje y Derecho.

El “giro lingüístico”. Dimensión semántica y dimensión pragmática: significado y designación. El lenguaje del Derecho. El rechazo del ortolenguaje. Lenguaje natural –relevancia-. La superposición del lenguaje coloquial (Schünemann). Los esquemas mentales inherentes al lenguaje (Esser). Las affecting significant (White). El núcleo de significado y el halo (Hart). Los casos fáciles y los casos difíciles. Las formulaciones normativas. Las proposiciones normativas. Kelsen y los enunciados y normas jurídicos. Las proposiciones del Derecho para Dworkin. El significado normativo de los conceptos. El uso descriptivo y prescriptivo del lenguaje. La distinción etic-emic. Descripciones desnudas y cargadas. La falacia naturalista (Moore). Las tesis naturalista e intuicionista. El emotivismo como respuesta. El uso de palabras generales: selecciones y supresiones. Las reglas como generalizaciones. Sobre e infrainclusión. Textura abierta del lenguaje. Experiencias recalcitrantes. Modelo conversacional y modelo atrincherado de toma de decisiones. La autonomía semántica. Las teorías realistas semánticas. Rechazo de la indexicalidad en el Derecho. El rechazo del “aguijón semántico” de Dworkin. Fórmulas canónicas. Variabilidad del significado de los conceptos en las normas. El Wittgenstein del Tractatus y el Wittgenstein de las Investigaciones Filosóficas. La bidimensionalidad del lenguaje. Los conceptos jurídicos para Lorenz. Perplejidades. Usos del lenguaje. Funciones de los signos lingüísticos. Significados descriptivos y emotivos. Definición persuasiva. Pseudo disputas en torno a significados de palabras. Las normas y el lenguaje natural: características. La “zona de penumbra”. La tesis de la transformación del sentido natural de las palabras en técnico de Soler. El umbral (Soler). La crítica de Carrió. Las implicaturas. Las normas como expresiones directivas. La discrecionalidad como herramienta de determinación del lenguaje. El principio de legalidad: la imposibilidad de una legislación formalizada. Las teorías del acercamiento entre el lenguaje normativo y el descriptivo (John L. Austin y Hare). La legislación en términos del lenguaje natural.

Gran parte de los problemas que se presentan al examinar los límites del Derecho y su masa positivizada crítica (i.e. las normas); son lingüísticos. Si bien prácticamente la mayoría de las cuestiones normativas se analizan en el marco de dicho contexto ordenador, lo cierto es que muchos tópicos hallan cauce en fenómenos propios del lenguaje. De allí que, cualquier estudio que se dirija a examinar esos límites debe necesariamente bucear, cuanto menos superficialmente, sobre la base epistémica lingüística que utiliza o que recepta.

* HOMERO, *Iliada*, canto XX, versos 248 a 249 (trad. Emilio Crespo), Biblioteca Gredos, Madrid- Barcelona, 2006.

Una cuestión que se plantea en el campo de la filosofía en general es precisar si, todas las cuestiones filosóficas, para ser tales, necesitan ser lingüísticas. Para nosotros, adelantamos: no. Sin embargo la diferencia entre cuestiones lingüísticas (cuestiones acerca del significado de las palabras) y no lingüísticas (acerca de distintos hechos en general), no puede ser tajante.

Especialmente, debido a los filósofos analíticos, la relevancia del lenguaje se ha vuelto ineludible. El llamado *giro lingüístico* indica que todas las afirmaciones que se hacen sobre el mundo pueden ser analizadas tomando en consideración la compleja fenomenología del lenguaje.

Sin embargo, el análisis en la tradición analítica, puede presentar formas variadas, dentro de aquella tradición, el “giro”, ha tomado caminos diversos, examinando tipos puros (aunque en la realidad es dable detectar combinaciones de ellos), pueden distinguirse¹⁰⁰⁰: a) un tipo de lenguaje que involucra la construcción de lenguajes artificiales, la idea es que es posible obtener, utilizando un examen lógico de expresiones y proposiciones, un conjunto más preciso de significados, la “precisión” del lenguaje se obtiene mediante la “reformulación” de los términos que conforman el *explicatum* en términos con significados más claros (v.g. la obra de ALCHOURRÓN y BULYGIN, *Introducción a la Metodología de las Ciencias Sociales*, y la reconstrucción racional de la voz “laguna” que efectúan); b) un tipo de análisis como el efectuado por el *segundo* WITTGENSTEIN, que admite que las nociones utilizadas en el lenguaje ordinario son vagas y ambiguas, y por ello flexibles y mutables, lo que se ve no ya como una patología del lenguaje, sino como una característica inerradicable, cualquier utilización de un lenguaje ideal distorsiona los conceptos ordinarios antes que ponerlos de manifiesto, en este marco, comprender una palabra es atender al modo en que la misma es usada (de donde, más que problemas lingüísticos sólo hay pseudo problemas sin resolver); y c) un tipo de análisis propio de la filosofía oxoniense, v.g. JOHN L. AUSTIN, que, si bien van por la vena de la tesis anterior, antes que simplemente limitarse a utilizar el lenguaje para resolver los problemas filosóficos, estaban interesados en su estudio. Es posible agregar una cuarta distinción caracterizada por un análisis conceptual que propone una suerte de “giro

¹⁰⁰⁰ La distinción es de URMSON, traída en LARIGUET, GUILLERMO; *Problemas del conocimiento jurídico*, cit., pág. 68 y ss.

ontológico”¹⁰⁰¹, que entiende que las propiedades del ser deben hallar correspondencia con el lenguaje que se usa, un posible ejemplo es JOSEPH RAZ, cuando sostiene que el objeto de la Teoría del Derecho no es analizar su “concepto”, sino su “naturaleza”, pero pese al compromiso metafísico, esta corriente no deja de lado el análisis conceptual. Abrevando en el conjunto de estos enfoques, es dable percibir el tipo de interacciones que se dan entre Derecho y Lenguaje, veamos.

Como se ha venido viendo hasta aquí, cuando en una sociedad determinada, se entiende o sostiene que existe un ordenamiento jurídico, es factible sostener que *algunas* acciones y omisiones están calificadas deónticamente como prohibidas, obligatorias o permitidas por parte de las normas.

El Derecho es claramente una creación humana, ahora bien, cómo proceden los hombres a dicha construcción: mediante las palabras;

“...de las tres dimensiones del fenómeno lingüístico que diferenciaba el pensamiento clásico: las palabras, las ideas y las cosas, buena parte de los pensadores contemporáneos se han quedado sólo con las palabras, relegando las ideas y las realidades al ámbito de lo incognoscible...”¹⁰⁰²,

aquí no se hace excepción, la *dimensión semántica*, referida a los significados (relación de las palabras con las ideas) y la *designación* (relación de las palabras con la realidad) de los términos y enunciados jurídicos, se dejan de lado en holocausto de la *dimensión pragmática*: referida a los usos del lenguaje por los operadores jurídicos. El análisis, en lo que sigue, no se limita a un mero análisis lógico o lógico- lingüístico, ni a una epistemología de la ciencia, sino que se lo analiza en cuanto práctica, es decir, susceptible de valoración y normación.

Sin embargo, antes de proseguir, la distinción entre *significación* y *designación* debe rescatarse para lo sucesivo. En tanto que la *significación* es la función semántica por la cual las palabras se relacionan significativamente, esto es, la referencia de una palabra a un concepto u otro producto mental (v.g. la significación de la palabra “gato”, será el concepto mental de gato); la *designación* consiste en la relación semántica existente entre las palabras y las realidades, de las que han sido abstraídos y se refieren los conceptos correspondientes (v.g. “gato” consiste en la referencia o relación designativa a un

¹⁰⁰¹ LARIGUET, GUILLERMO; *Problemas del conocimiento jurídico*, cit., pág. 72.

¹⁰⁰² MASSINI CORREAS, CARLOS I.; *op. cit.*, t. I, pág. 18.

animal determinado de esa especie, que deviene en su *designatum*). En este sentido, la designación no es dable sin la significación, así, nada se puede designar con la palabra “gato” si no se tiene previamente en el intelecto el concepto abstracto de dicho animal, contrariamente, sí es posible que una palabra tenga significación sin designación en sentido fuerte (v.g. la palabra “unicornio”), pues no se refiere a ningún ente real sino sólo a una creación del entendimiento. Esta imposibilidad de designar sin significar, no obsta a que KALINOWSKI defendiera la primacía de aquella estando a su función semiótica,

“algunos autores consideran a la significación como una función semiótica (semántica) más esencial que la designación, toda vez que los signos lingüísticos pueden no designar pero no pueden no significar (...); sin embargo, los hombres no elaboran sus lenguajes, naturales o artificiales, principalmente para significar sin designar, sino que, por el contrario, ellos lo crean, de un modo u otro y en la gran mayoría de los casos, para hablar de cosas o de estado de cosas (realmente) existentes’. Para KALINOWSKI, por otra parte, importa destacar que los significados de las palabras o bien son abstraídos (en el sentido etimológico) de la realidad, o bien son contruidos a partir de conocimientos abstraídos de la realidad; por lo tanto, ‘al acompañar el conocimiento al lenguaje y preceder a la construcción intelectual, las expresiones que a la vez significan y designan son anteriores a las expresiones que significan sin designar...si bien es exacto que no existe lenguaje sin significación...”¹⁰⁰³

La prevalencia de la designación sobre la significación destaca la importancia del conocer por sobre el mero hablar, de donde, es necesario conocer la designación de una palabra para alcanzar su significación: ya sea una noción abstracta o real, la comprensión del significado supone una remisión directa o indirecta a la dimensión cognoscitiva (i.e. a los entes reales).

El lenguaje¹⁰⁰⁴ en el que se expresan las normas jurídicas, puede ser entendido como el *lenguaje del Derecho*, y algo en torno a ello se ha venido refiriendo en éste capítulo. Procuraremos ahondar en la cuestión¹⁰⁰⁵.

¹⁰⁰³ KALINOWSKI, GEORGES; *Sémiotique et philosophie. A partir et à l'encontre de Husserl et de Carnap*, Hadès- Benjamin, Paris- Amsterdam, 1985, citado por MASSINI CORREAS, CARLOS I.; *Filosofía del Derecho*, t. III, cit., pág. 114.

¹⁰⁰⁴ Por lenguaje entenderemos –en una visión muy genérica del tema– el sistema de instituciones convencionalizadas. Es un código que establece relaciones entre un significante y un significado: entre un símbolo y su referencia. Todo signo lingüístico se compone de elementos constituyentes, que presentan una combinación de los mismos. *Conf. ECO, UMBERTO; Apocalípticos e Integrados*, (trad. Andrés Boglar), 5ª ed., Fábula Editorial Lumen y Tusquets Editores, Barcelona, 2003, pág. 105.

Todo Derecho tiene como condición de existencia la de ser formulable en un lenguaje¹⁰⁰⁶. A este lenguaje se lo puede denominar “lenguaje jurídico” o “lenguaje del Derecho”¹⁰⁰⁷, como hicimos *supra*. Desde la invención de la escritura se ha formulado al Derecho por escrito en mayor o menor medida, son conocidos los momentos de la historia institucional en que se ordenó y sistematizó el Derecho mediante grandes compilaciones y codificaciones, procurando en mayor o menor grado la *fijación* jurídica.

El Derecho guarda una íntima relación con el *lenguaje*, ya que de él dependen las normas. El problema es que el lenguaje cumple múltiples funciones y es utilizado para muchas cosas diversas¹⁰⁰⁸. Las normas jurídicas, al igual que toda otra manifestación de la cultura, no pueden ser entendidas si se las aísla de su medio originario, el Derecho está unido al lenguaje como vehículo para transmitir significado; y el significado atribuido a los términos jurídicos está condicionado en numerosas oportunidades por presuposiciones tácitas en la forma de credo y prejuicios, aspiraciones, estándares y valoraciones, que existen en la tradición cultural que rodea al juez y al Legislador¹⁰⁰⁹.

No adherimos en estas líneas a la idea constructivista de la necesidad de un lenguaje diseñado constructivísticamente, un “ortolenguaje”, tal idea fluye de la noción de que la filosofía práctica tiene, como primer tarea, la reconstrucción de un mínimo de vocabulario. Ahora bien, ponemos en duda que ello sea posible, o tenga algún sentido, por otra parte, los problemas de comunicación pueden ser perfectamente resueltos con los métodos de la filosofía analítica como veremos seguidamente.

¹⁰⁰⁵ Lo que sigue no se ocupa de la “estética del Derecho”, a este respecto RADBRUCH ha dicho que el lenguaje del Derecho esquivo el *estilo suaviorio* recurriendo a fórmulas matemáticas (no apelan a los afectos o los sentimientos, el volcar epítetos sobre la monstruosidad de los delitos u otras expresiones instrumentadas con la pompa de un lenguaje mayestático era propio del Legislador de tiempos pasados), rechaza el *estilo convictivo* por un lenguaje brusco (i.e. no explicita los fines perseguidos por la ley con el objeto de convencer a los ciudadanos de lo oportuno de la reglamentación, esto también era típico de tiempos pasados), y finalmente se descarta el *estilo didáctico* pues lo que se busca es hacer cumplir el Derecho y no ingresar en disquisiciones de corte académico. RADBRUCH, GUSTAV; *Introducción a la filosofía...*, cit., págs. 134 a 135.

¹⁰⁰⁶ J. R. CAPELLA citado en TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO; *El derecho y la ciencia del derecho*, cit., pág. 154.

¹⁰⁰⁷ Por “lenguaje jurídico” o sus símiles utilizados en el texto, entendemos, sin mayores precisiones; el lenguaje que se utiliza para realizar actos como prohibir, autorizar, mandar, justificar, atribuir o reconocer derechos; afirmar que alguien tiene o no una competencia, un deber o un derecho; imponer deberes u obligaciones; señalar que una acción o una omisión suponen determinada sanción, *et sit cétera* (en igual sentido CARRIÓ, GENARO; *op. cit.*, pág. 237).

¹⁰⁰⁸ MORESO, JUAN JOSÉ y VILAJOSANA, JOSEP MARÍA; *op. cit.*, pág. 61.

¹⁰⁰⁹ ROSS, ALF; *op. cit.*, pág. 130.

Cuando el Legislador formula normas se vale del lenguaje corriente. La ley utiliza conceptos extraídos de la cotidianeidad, con lo que la infinitud que caracteriza a esta, signa a aquella (v.g.: cosa, hombre, honesto, sustraer, violencia, vivienda, *et sit cétera*). En la Ciencia del Derecho, su objeto (i.e. las relaciones sociales), de antemano, sólo puede ser aprehendido y descrito mediante el lenguaje ordinario; por regla general no nos percatamos del enorme efecto de ordenación y sistematización inherente al lenguaje ordinario, ello se debe a que nos hallamos inmersos en él, sin embargo, la denominación con un mismo término de objetos que percibimos separadamente implica la decisión, adoptada según criterios de relevancia y funcionalidad, de que la similitud de los diversos objetos, es lo suficientemente amplia como para que quepa recogerlos, al modo de una familia, bajo el mismo nombre.

Esta ordenación y sistematización que el lenguaje común practica con los resultados de la experiencia del mundo puede tener lugar de modos completamente diferentes (v.g. ciertos dialectos africanos permiten señalar diferenciaciones entre posturas y movimientos corporales, que lenguajes como los de origen latino no distinguen); y ello se da con particular fuerza en el Derecho; por caso, la voz “apoderarse”, tiene en su aplicación cotidiana un núcleo completamente sólido, la aplicación o no de la expresión aludida al caso concreto es cuestión del uso del lenguaje específico y, por ello, no puede ser juzgada en términos de “erróneo”. Por el contrario, una discusión jurídico- dogmática del mismo tema se caracteriza por la pretensa mayor precisión del esquema clasificatorio empleado, por la más estricta comprobación de la admisibilidad de los argumentos empleados, y por una consiguiente suerte de “exactitud” de la consecuencia de emplear la voz en cuestión en un texto normativo. Sin embargo, este último aserto es susceptible de dos problemas, el lenguaje jurídico sigue formando parte del lenguaje ordinario conllevando todos sus problemas como se verá seguidamente, y en segundo lugar, los cambios de paradigmas valorativos en las interpretaciones de los dogmáticos respecto de los textos normativos son de incidencia no menor.

Un lenguaje natural posee inconsistencias estructurales, tales como paradojas, tautologías, contradicciones, aporías, antinomias, *et sit cétera*; son ellas fruto de las interferencias entre las reglas gramaticales y sintácticas pertenecientes al sistema de la lengua, y las reglas semánticas, propias del proceso del habla y del uso que de ellas hacen

los hablantes. Los lenguajes artificiales, en cambio, pretenden tener ventaja pues sobre ellos se ha efectuado un desambiaguamiento exhaustivo, pero aquella desaparece a poco que se observa su debilidad lingüística para la descripción de contextos situacionales complejos, mostrándose entonces como un calificador y designador ineficaz. El Derecho se basa en el primero.

SCHÜNEMANN sostiene que en el Derecho se da un fenómeno que denomina *superposición del lenguaje coloquial* y que consiste en que la separación entre lenguaje descriptivo y prescriptivo es completamente transparente, el fenómeno que él señala es el medio del Derecho, y con su ayuda es posible atribuir a conceptos empíricos conceptos de valor sin arbitrariedad. Sin embargo, pese a este intento científico, el profesor de Munich reconoce que esto se puede hacer hasta determinado grado, pues los conceptos empíricos (del lenguaje natural), son relativamente indeterminados,

“...por lo general tienen sólo un pequeño núcleo de significado (*Bedeutungskern*), pero un gran campo de aplicación del significado (*Bedeutungshof*). A su vez, la precisión dentro de ese campo de aplicación del significado sólo puede ser lograda con argumentos teleológicos, y en Derecho penal criminalpolítico- teleológicos. De ahí que en la dogmática penal nos hemos acostumbrado a caracterizar como normativos a conceptos que en sí son empíricos, pero que son todavía indeterminados y que por ello están destinados a ser precisados de un modo jurídico- teleológico. Eso también vale para aquellos conceptos que son precisados en su contenido o sentido (comprensión o intensión), pero que en su aplicación encuentran dificultades empíricas considerables, y por ello manifiestan un alcance (extensión) no claro, es decir una indeterminación respecto de los casos reales a subsumir en ellos.”¹⁰¹⁰

Como se ve, la primacía del lenguaje natural en la formulación normativa, pese a los intentos de reducción científica desde la dogmática, es insoslayable.

A su tiempo JOSEPH ESSER ha constatado que el lenguaje es un “trozo de precomprensión”, las modalidades de contemplación social propias de un lenguaje son continuamente actualizadas con cada uso del lenguaje, sin que nos demos cuenta, con estos *esquemas mentales inherentes al lenguaje* se construye un “contexto tradicional” que permanece a menudo durante generaciones, y que la jurisprudencia no ha logrado hasta

¹⁰¹⁰ SCHÜNEMANN, BERND; *Cuestiones básicas del Derecho Penal...*, cit., pág. 158 a 159.

ahora dar cuenta de su poder (inconsciente). Sin embargo, todos estos marcos de referencia deberían ser tenidos en cuenta si las condiciones de nuestro procedimiento para encontrar soluciones jurídicas han de ser racionales¹⁰¹¹.

D. M. WHITE ha hablado de las *affecting significant*, traducible al castellano (aunque sin gran certeza) como expresiones que tienen la virtud –o problema- de afectar a su propio significado. MORKEN y STOKMAN han señalado que, con palabras como “enfermedad” (que por cierto nuestra legislación penal utiliza en varias ocasiones –v.g. arts. 10, 91, 119, 202, 203, 208 y 295 del C.P., arts. 32, 85, 130, 150, 165, 166, 186 y 187 de la ley 24.660, art. 56 ley 24.051), si bien todos sabemos lo que significamos cuando las usamos, sin embargo, parece imposible definir las de una manera satisfactoria¹⁰¹².

Además, como enseña HART, un margen de incertidumbre es benéfico en el diseño de las reglas jurídicas, pues así, pueden tomarse resoluciones judiciales informadas

“...cuando la composición de un caso imprevisto es conocido y los problemas en cuestión en esta decisión pueden ser identificados y, así, racionalmente resueltos.”¹⁰¹³

La formulación de las normas jurídicas en un lenguaje natural, tiene como consecuencia que su significado, dependa del significado de las palabras empleados en dichas formulaciones¹⁰¹⁴. Como el significado de una palabra es una función de su uso, siempre existirán ejemplos en los que la aplicación de la misma carezca de problemas, es lo que HART denomina *núcleo de significado*. Pero como todas las palabras de los lenguajes naturales, son en alguna medida un poco vagas, y carecen de un significado rígidamente determinado, su aplicación a los hechos implicará casos dudosos, a los que el profesor de Oxford rotula *halo*, que dicho de manera sencilla consiste en la carencia de acuerdo respecto de la aplicabilidad de la palabra de que se trate¹⁰¹⁵. En casos como estos, el ajuste entre palabra y hecho no será una cuestión a dilucidar a partir de consideraciones lingüísticas, sino de pautas extrañas a este marco como las razones subyacentes a las

¹⁰¹¹ ALEXY, ROBERT; *Teoría de la Argumentación Jurídica*, cit. pág. 174 a 175, nota 355.

¹⁰¹² Cit. por ENTELMAN, REMO; *op. cit.*, pág. 120.

¹⁰¹³ HART, H. L. A.; *Post Scriptum...*, cit., pág. 28.

¹⁰¹⁴ Para no sobrecargar en demasía este punto, partimos de entender que las palabras son, ante todo, signos vicarios (i.e. representativos de algo, *están en lugar de*) espejan algo diferente a ellas mismas. Esto es el significado de la voz “significado”, “...las palabras significan porque evocan o denotan de alguna manera una imagen.”. SARTORI, GIOVANNI; *op. cit.*, pág. 35.

¹⁰¹⁵ En igual sentido, aunque menos técnico LARENZ, KARL; *op. cit.*, pág. 197.

reglas¹⁰¹⁶. Cuando los hechos se ajustan al núcleo de significado de la palabra, y su aplicación no presenta mayores problemas, se habla de *casos fáciles*.

Este es un aspecto de su análisis, para nosotros en esta propuesta la idea de caso fácil involucra aspectos del razonamiento judicial que exceden el meramente lingüístico, pero a los efectos de este apartado basta la idea prealudida. La verdad es que la distinción entre “casos fáciles” y “casos difíciles” ha sido objeto de digresiones erróneas, pues por caso, no se relaciona con la cantidad de esfuerzo intelectual que se precisa para decidir un pleito, todo implica que la aplicación del Derecho en los casos fáciles sea más o menos “mecánica” o “automática”; no es dable sostener que exista nada mecánico en la aplicación de una regla, ni que exista nada particularmente complejo en la resolución de los casos difíciles, finalmente tampoco es posible vincularla al formalismo jurídico que sugiere que el razonamiento judicial (la aplicación de las normas), constituye una cuestión de simple inferencia lógica que puede expresarse mediante verdades analíticas,

“...más allá de qué pueda ser aquello que conecta una norma con su aplicación, no puede consistir en mera lógica o analiticidad.”¹⁰¹⁷

En HART, los “casos difíciles”, son casos controvertibles, no en el sentido de que juristas razonables e informados, puedan estar en desacuerdo respecto a cuál es la respuesta jurídicamente correcta, sino que el Derecho en tales casos es esencialmente incompleto,

“Estos casos son jurídicamente no regulados y para pronunciar una resolución los tribunales tienen que ejercer la restringida función judicial que llamo: ‘discreción judicial’.”¹⁰¹⁸;

no podemos más que estar de acuerdo con esto, apuntando que, para nosotros, estos casos no regulados implican más que las insuficiencias prealudidas como se verá más adelante y hace precisamente al eje de nuestro estudio.

Adelantándonos un poco a lo que se desarrollará, las normas son los contenidos significativos de las formulaciones normativas. Las *oraciones deónticas* o *enunciados deónticos* tienen la inerradicable característica de la ambigüedad, por caso: “*Prohibido circular con vehículos*”.

¹⁰¹⁶ Ver *infra* el desarrollo que efectuamos de SCHAUER en este mismo apartado.

¹⁰¹⁷ MARMOR, ANDREI; *op. cit.*, pág. 168 a 169.

¹⁰¹⁸ HART, H. L. A.; *Post Scriptum*..., cit., pág. 29.

Ahora bien, cuando dichos enunciados se emiten en determinado contexto, expresan una norma que procura dirigir el comportamiento, y acerca de la cual no puede predicarse sobre su verdad o falsedad (v.g. “*Prohibido circular con vehículos*” colocado en un cartel a la entrada de un parque). Sin embargo, puede darse el caso que alguien comente que está prohibido circular con vehículos en un parque, anoticiando de tal forma de la existencia de una norma en ese sentido, ello viene a expresar una proposición que transmite información, apta para falsearla o no, asimismo, al referirse a una norma en el sentido prealudido es metalingüística a su respecto¹⁰¹⁹.

Para explicarlo de forma más sencilla, cuando se lee el art. 79 del Código Penal argentino (“se aplicará reclusión o prisión de 8 a 25 años, al que matare a otro, siempre que en este Código no se estableciere otra pena”), estamos frente a una formulación normativa¹⁰²⁰; lo que no consiste como su tenor literal pareciera mostrarlo, en enunciar algo sobre un acontecer fáctico, sino que es una norma, una orden o una autorización para que el homicidio sea castigado¹⁰²¹. Cuando la expresión antedicha se examina en un tratado de Derecho Penal, importa una oración asertiva que expresa una

¹⁰¹⁹ Ello permite distinguir los diversos *niveles del lenguaje*. Cuando se habla de un lenguaje a través de otro, entendemos que el primero es el *lenguaje- objeto* y el segundo su *metalinguaje*.

¹⁰²⁰ Vale aclarar en éste punto que, formulación normativa y norma son equiparables en éste trabajo. El positivismo jurídico traza una distinción precisa entre ambas en el nivel de la *identificación interpretativa*. VON WRIGTH distingue entre “*formulación normativa*” como la oración que expresa la norma (una disposición legislativa determinada, por ejemplo) y la “*norma*” expresada en dicha oración (VON WRIGTH, GEORG HENRIK; *Norma y acción*, Tecnos, Madrid, 1963, pág. 109 y ss. –trad. García Ferrero, P.).

La identificación de las normas es el pasaje de una formulación normativa a una norma concebida sintácticamente con estructura condicional; esto es, como un enunciado que correlaciona un caso con una solución normativa, la identificación de las normas jurídicas es el paso que lleva de las distintas fuentes del Derecho (legislación, precedentes, costumbre, *et sit cétera*) a normas jurídicas.

De ésta manera, para el positivismo, las *normas* cobran su verdadera entidad *a posteriori* del proceso interpretativo, antes lo que viene dado son las *formulaciones normativas*.

En éste trabajo entenderemos que las normas/ formulaciones normativas, vienen dadas, el juez, al concluir el proceso interpretativo, trabajará con ese material ineludiblemente, al que, según el caso, dotará de alcance variable a través de la ponderación de otros estándares; el resultado del proceso en cuestión no genera normas (tesis de la norma individual).

RAZ indica que los enunciados jurídicos pueden ser expresados en oraciones deónticas (i.e. oraciones sobre lo que se tiene o no que hacer, qué derechos, obligaciones, permisiones, facultades tiene la gente) y por oraciones obtenidas de éstas mediante operaciones de lógica proposicional, cuantificacional y modal, esas oraciones pueden considerarse como la forma canónica de los enunciados jurídicos. Debe quedar claro que un enunciado del Derecho no lo es en abstracto, sino de un ordenamiento específico (v.g. del Derecho argentino). RAZ, JOSEPH; *La autoridad del Derecho...*, cit., pág. 87.

¹⁰²¹ KELSEN, HANS; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 21.

proposición. La ciencia jurídica es desde este punto de vista un metalenguaje del Derecho¹⁰²².

Apartándonos un poco de nuestra propuesta, pero con el objeto de clarificar nuestro aparato conceptual, avanzaremos algunos aportes sobre la noción de “proposiciones normativas”. Sostener que las *proposiciones normativas* deben ser entendidas como enunciados descriptivos de ciertos hechos, constituye una afirmación comúnmente aceptada por quienes defienden posiciones positivistas sobre el concepto de Derecho. Para ALCHOURRÓN y BULYGIN las proposiciones normativas son descriptivas de ciertas reglas, y las principales diferencias entre normas y proposiciones normativas son: a) las proposiciones normativas son verdaderas o falsas, mientras que las normas carecen de valores de verdad; b) la verdad de una proposición normativa es relativa a un sistema jurídico; c) el término “permitido”, cuando se utiliza en las proposiciones normativas es ambiguo, pues puede significar que no existe una norma que prohíba la conducta en cuestión, o que existe una norma que expresamente la permite; d) las proposiciones normativas admiten dos tipos de negación llamadas respectivamente interna y externa; y e) los términos deónticos (prohibido, permitido u obligatorio) son interdefinibles cuando figuran en las normas, pero no cuando lo hacen en las proposiciones normativas¹⁰²³. Esta distinción pone en evidencia que la norma, en cuanto tal, no puede ser ubicada meramente en el nivel del lenguaje que la transmite, sino en el del pensamiento, las normas son el contenido de los juicios, pero se expresan a través de lo que en la lógica se denominan *proposiciones*, que son productos de la razón, de existencia cognoscitiva. Una proposición es el significado de un enunciado susceptible de ser verdadero o falso, y los únicos enunciados capaces de cumplir esta exigencia son los enunciados descriptivos.

KELSEN, de forma similar, distingue entre *enunciados jurídicos* y *normas jurídicas*, las primeras son proposiciones condicionales que expresan que, conforme con un ordenamiento jurídico dado –teniendo en cuenta el conocimiento jurídico-, deben producirse circunstancias determinadas por aquel bajo determinadas condiciones que el

¹⁰²² Con esto tomamos posición en torno a la bizantina discusión acerca de qué es la Ciencia del Derecho, entendemos que es razonable concluir para ella que es lo que hacen los juristas, “...en vez de penetrar *secundum modum teologicum* en la esencia, naturaleza, fin, etcétera, de la ciencia del derecho, averigüemos mejor, qué es lo que hacen los juristas.” (TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO; *El derecho y la ciencia del derecho*, cit., pág. 99).

¹⁰²³ ALCHOURRÓN, CARLOS E. y BULYGIN, EUGENIO; *Norma Jurídica*, en GARZÓN VALDÉS, ERNESTO y LAPORTA, F. (eds.), *El Derecho y la Justicia*, C.S.I.C., Madrid, 1996, pág. 142.

orden jurídico determina. En cambio, las normas jurídicas no constituyen proposiciones (i.e. enunciados declarativos) sobre un objeto dado al conocimiento: son mandamientos – i.e. órdenes imperativas-, permisiones, autorizaciones, según su sentido; pero en ningún caso son información instructiva.

“En la diferenciación entre enunciado jurídico y norma jurídica se expresa la distinción entre la función del conocimiento jurídico, y la función, enteramente distinta, que cumple la autoridad jurídica representada por órganos de la comunidad jurídica. La ciencia del derecho tiene que conocer el derecho –por decir así, desde fuera-, y fundándose en ese conocimiento, describirlo. Los órganos jurídicos tienen, como autoridad jurídica, ante todo que producir el derecho para que pueda luego ser conocido y descrito por la ciencia jurídica.”¹⁰²⁴

KELSEN señala que los enunciados deónticos que formula la ciencia del Derecho, ciertamente no obligan ni facultan, pero pueden ser verdaderos o falsos; mientras que las normas producidas por la autoridad, que sí obligan y facultan a los sujetos de derecho, no son ni verdaderas ni falsas, sino sólo válidas o inválidas, como, por caso, los hechos empíricos, que no son ni verdaderos ni falsos, sino que existen o no existen (los enunciados sobre estos últimos sí son susceptibles de falsación o veritación).

Las normas jurídicas, en cuanto prescripciones, no son ni verdaderas ni falsas, por ello, uno de los grandes temas del Derecho es si se les pueden aplicar los *principios de no contradicción* y las *reglas de inferencia* a las relaciones entre normas, pues tales principios sólo pueden aplicarse a expresiones susceptibles de falsación; según KELSEN se los puede aplicar indirectamente¹⁰²⁵. Otra cuestión es que, frecuentemente, se produce un acto ilícito sin que se produzca consecuencia alguna aunque el orden jurídico establezca alguna sanción, nada cambió aquí el que las normas de un orden jurídico, que la ciencia jurídica describe, sólo vale cuando tal orden jurídico tenga efectividad; la efectividad es sólo la condición de validez, pero no la validez misma del sistema

“Cuando la ciencia jurídica tiene que expresar la validez del orden jurídico, es decir, el sentido específico en que el orden jurídico se dirige a los individuos sujetos a él, sólo puede declarar que, conforme a determinado orden jurídico y bajo

¹⁰²⁴ KELSEN, HANS; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 85. KELSEN señala que las expresiones *Rechtsnorm* (norma jurídica) y *Rechtssatz* (enunciado jurídico) se utilizan como sinónimos en el Derecho alemán, y ello por cuanto se suele confundir la función normativa de la autoridad jurídica con la función cognoscitiva de la ciencia jurídica.

¹⁰²⁵ KELSEN, HANS; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 87.

la condición de que se haya cometido un acto ilícito determinado por el orden jurídico, debe llevarse a cabo la consecuencia de lo ilícito que determina el orden jurídico... que el enunciado jurídico describa algo, no se sigue que lo escrito sea un hecho empírico... En especial, el enunciado jurídico no es un imperativo; es una proposición, una declaración sobre un objeto dado al conocimiento.”¹⁰²⁶

DWORKIN cuestiona la validez de éste supuesto, para el profesor de Oxford, que las proposiciones de derecho sean consideradas como puramente descriptivas, implica vallar la posibilidad de dar cuenta satisfactoriamente de las disputas que se generan en torno a la verdad de las proposiciones de derecho que expresan la validez constitucional de ciertas normas, sobre todo en aquellos casos en los que ni el texto constitucional ni la historia jurídica determinan claramente una solución. Para DWORKIN, las proposiciones de derecho son los diferentes enunciados y afirmaciones que la gente (los juristas) realiza en relación con lo que el Derecho les permite, les prohíbe o les da derecho a hacer¹⁰²⁷; la gente se guía por un conjunto de reglas, pero la gente también formula ciertas proposiciones especificando las conductas que se consideran obligatorias en ciertas circunstancias en virtud de dicho conjunto de reglas, la gente *acepta* (se alude al contenido del conjunto de las reglas para el marco de que se trate) e *insta a aceptar* (para formular o reformular las reglas), a partir del conjunto de reglas, se exigen ciertas conductas a los miembros de la comunidad y se respaldan las afirmaciones que sobre dicho conjuntos se formulan¹⁰²⁸.

Para DWORKIN la mejor alternativa

“...es construir una teoría interpretativa del Derecho que permita reconocer que las proposiciones de derecho, en tanto proposiciones interpretativas de la historia jurídica, no son ni descriptivas ni valorativas, sino que pertenecen a un género intermedio que comparte elementos de ambos tipos de proposiciones pero que no pueden identificarse exclusivamente con ninguno de los dos. Esta necesidad es la que lo lleva a explorar una concepción de la interpretación capaz de entenderla como una forma específica de conocimiento.”¹⁰²⁹

Lo que procura DWORKIN (a pesar de que se lo acuse de confundir normas y proposiciones normativas), es negar que las proposiciones sean entendidas como

¹⁰²⁶ Kelsen, Hans; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 93.

¹⁰²⁷ Citado por Bonorino, Pablo Raúl; *Proposiciones de derecho, ¿es realmente ininteligible la teoría de Dworkin?*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 23, Alicante, 2000, pág. 485.

¹⁰²⁸ Bonorino, Pablo Raúl; *Proposiciones de derecho...*, cit., pág. 487.

¹⁰²⁹ Bonorino, Pablo Raúl; *Proposiciones de derecho...*, cit., pág. 489.

expresiones descriptivas de ciertas reglas, de lo contrario su teoría sería indistinguible de la posición positivista. El argumento del profesor de Oxford puede reconstruirse de la siguiente manera¹⁰³⁰: a) la determinación de qué es el Derecho requiere siempre la formulación de “proposiciones de derecho”; b) todas las “proposiciones de derecho”, no importa el grado de abstracción que posean, son proposiciones interpretativas; c) las proposiciones interpretativas no son ni descriptivas ni valorativas, sino una categoría intermedia que combina ambos elementos; d) las “proposiciones de derecho” no son ni descriptivas ni valorativas sino una categoría intermedia que combina ambos elementos.

Para DWORKIN, en su posicionamiento frente al positivismo, las proposiciones de derecho son “proposiciones interpretativas”, no son ni valorativas ni descriptivas, pues interpretar es mostrar al objeto interpretado como el mejor que puede ser dentro de su género. Quien interpreta lo hace a partir de ciertas creencias inarticuladas sobre la identidad del objeto a interpretar y sobre aquello que hace valiosos a los objetos de esa clase.

“Los dos tipos de creencias están presentes en las proposiciones interpretativas, razón por la cual, no pueden ser consideradas ni descriptivas ni valorativas, sino una categoría intermedia.”¹⁰³¹

Todo lo dicho, nos permite señalar nuestro acuerdo primario con el profesor de Oxford, en lo que hace a la cortedad de análisis del positivismo en éste tema, las proposiciones normativas no pueden limitarse al perfil de compuestos veritativos sobre las reglas, ello claro está es congruente con el pensamiento positivista pero no con nuestra propuesta en éstas líneas. Sin embargo, debemos destacar que, pese a coincidir con DWORKIN en cuanto hace a la equiparación de las proposiciones de derecho, con las proposiciones interpretativas, y su consecuente naturaleza, disentimos con la idea de una única interpretación posible que aquel esgrime, se volverá más adelante sobre esto¹⁰³².

Al sólo efecto de la completitud de ésta exposición, es dable destacar que el autor de mención se compromete con una descripción de la labor interpretativa en la que tiene sentido considerar a ciertas interpretaciones como mejores que otras, para ello resulta menester mostrar que es la mejor perspectiva al mismo objeto de interpretación. Para

¹⁰³⁰ Citado por BONORINO, PABLO RAÚL; *Proposiciones de derecho...*, cit., pág. 483.

¹⁰³¹ BONORINO, PABLO RAÚL; *Proposiciones de derecho...*, cit., pág. 493.

¹⁰³² Ver *infra* Capítulo IV (“Interpretación y Aplicación de las normas penales”).

arribar a tal aserto el profesor de Oxford debería sostener que los objetos de interpretación se encuentran en la realidad, son “hechos duros” y no el producto de una interpretación; debe reconocer que la determinación del Derecho no requiere siempre la formulación de proposiciones interpretativas, extremo que nosotros rechazaremos oportunamente más adelante, indicando a su vez que la interpretación puede conducir a soluciones diversas.

Retornando al lenguaje de los juristas, éste no es corriente, aunque tampoco científico, existe algo así como un mundo de los juristas¹⁰³³. El Derecho toma los conceptos de la realidad, pero no los utiliza siempre con su significado corriente, aquel debe fundamentar un *deber ser*, de allí que los conceptos tengan un *significado normativo* impregnado.

Para iniciar el análisis de esto, abordaremos, el ya señalado estudio de SCHAUER cuando diferencia entre reglas prescriptivas y descriptivas¹⁰³⁴. En su enfoque, centra su atención en la conexión entre las reglas y su formulación en un lenguaje. El profesor de Harvard, se vale de esta estrategia corriente para caracterizar a las reglas, apoyándose en el *uso descriptivo y prescriptivo* del lenguaje, remarcando (a diferencia de otros enfoques teóricos respecto de las normas) una característica, que a su criterio, los dos tipos de reglas comparten: su *generalidad*¹⁰³⁵. Tanto las reglas prescriptivas, como las descriptivas, se fundan en generalizaciones y, en cuanto tales, se dirigen a tipos y no a particulares. Al generalizar no se percibe a los individuos en forma aislada, sino como miembros de una clase. Las generalizaciones resultan selectivas en un doble sentido: a) seleccionan un limitado espectro de propiedades y b) al hacerlo, necesariamente excluyen o suprimen otras. El predicado fáctico de las reglas prescriptivas, al tomar a los individuos como miembros de una categoría más general, escogen aquella propiedad que se estima causalmente relevante respecto de la meta u objetivo que se quiere lograr o evitar mediante el dictado de la regla, y que constituye lo que SCHAUER (y nosotros también), llama: su *justificación subyacente*.

Antes de proseguir con la noción de generalidad, y prosiguiendo con la línea impuesta por el uso descriptivo y prescriptivo del lenguaje, resulta importante destacar la

¹⁰³³ ENGISCH, KARL; *Introducción al...*, cit., págs. 10 a 12. ENGISCH sostiene que aun cuando los datos jurídicos coinciden con los naturales, ello no implica que el concepto jurídico signifique exactamente lo mismo que el concepto natural.

¹⁰³⁴ Ver *supra* parágrafo 29 (“La norma jurídica”).

¹⁰³⁵ SCHAUER, FREDERICK; *op. cit.*, pág. 76.

falacia denunciada por HUME. El error en cuestión, consiste en derivar una prescripción (*lato sensu*) de premisas puramente descriptivas, es decir,

“... argumentar a partir de premisas que sólo contienen palabras descriptivas y alguna inflexión del verbo ‘ser’ como cópula, para arribar a una conclusión que contiene como cópula, alguna inflexión del verbo ‘deber’. Esta es una falacia en sentido estricto: los argumentos de este tipo no pueden ser válidos, pero a menudo se los hace aparecer como plausibles mediante el uso ambiguo de palabras tales como ‘razonable’, ‘adecuado’, ‘autoridad’, ‘beneficioso’, ‘valeroso’, ‘moderado’, ‘justo’ y ‘correcto’ y aun la misma palabra ‘bueno’. Cualquiera de estas palabras puede ser usada primero en un sentido puramente descriptivo e interpretada luego en un sentido parcialmente descriptivo y prescriptivo.”¹⁰³⁶

KENNETH PIKE en *Language in Relation to a Unified Theory of the Structure of Human Behavior*, efectuó la distinción “etic-emic”, categorías formadas de los sufijos de las voces *phonetic* (fonético) y *phonemic* (fonémico);

“Las descripciones fonéticas de los sonidos de un lenguaje se basan en una taxonomía de los órganos corporales que intervienen en la producción de emisiones lingüísticas y de las ondas sonoras, que constituyen sus efectos ambientales característicos. Desde este punto de vista (el observador externo)... realiza discriminaciones en las preferencias verbales que los nativos no realizan. En cambio, las descripciones fonémicas se basan en el sistema implícito o inconsciente de contrastes fonológicos inscriptos en las mentes de los hablantes nativos y que estos utilizan para identificar el significado de las expresiones de un lenguaje.”¹⁰³⁷

La visión *etic* permite evaluar el sentido de las creencias de los participantes de una práctica con los criterios del teórico, en tanto que la *emic* evalúa el sentido de las creencias de los participantes a partir de las propias consideraciones de estos, y no del observador – juez de dichas creencias-.

LARIGUET explica que lo dicho es parasitario de la cuestión, que en el nivel del jurista, venimos explicando: la distinción entre el plano descriptivo y el prescriptivo, y permite plantear a su vez la distinción entre descripciones “desnudas” y “cargadas”, y entre prescripciones “epistemológicas” y “morales”. Las *descripciones desnudas* direccionan a los enunciados teóricos y observacionales, en tanto que las *descripciones cargadas* son

¹⁰³⁶ J. L. MACKIE, “The Encyclopedia of Philosophy”, citado por CARRIÓ, GENARO R.; *op. cit.*, pág. 270.

¹⁰³⁷ LARIGUET, GUILLERMO; *Problemas del conocimiento jurídico*, cit., pág. 54, nota 26.

enunciados sobre los hechos y sobre el valor. Por su parte, las *prescripciones epistemológicas* sirven para recortar un objeto de determinada manera, asumiendo valores epistémicos determinados como la sistematicidad de la teoría, la consistencia de los enunciados, *et sit cétera*. En tanto que las *prescripciones morales* atrapan evaluaciones morales propiamente dichas y también de índole política, el investigador de mención puntualiza que, para autores como MACCORMICK y ATRIA, distinguir entre enunciados descriptivos y prescriptivos, no es una naturaleza epistemológica sino política, es decir, que los fines del teórico no son del primer tipo, sino de “reforma institucional”, lo cierto es que lo adecuado es no absorberse en ninguno de los dos planos. Aprovechar ciertos esquemas descriptivos, puede permitir explicitar distintas posiciones sobre un problema, sin condicionar el análisis, es posible combinar el análisis –sin confundirlos- de herramientas descriptivas y prescriptivas¹⁰³⁸, según LARIGUET, esto es lo que han hecho BOBBIO, BENTHAM y KELSEN¹⁰³⁹. Lo relevante es evitar los riesgos del subjetivismo o la pura emotividad, es dable detectar que en ocasiones, se camuflan bajo el ropaje de descripciones, auténticas propuestas ideológicas o evaluativas.

Tesis como la *naturalista*, entienden que expresiones normativas como “bueno” o “correcto”, pueden ser definidas a través de expresiones descriptivas, si esto fuera así, dichas voces podrían ser sustituidas por enunciados descriptivos, pudiendo consecuentemente ser comprobados por un procedimiento de las ciencias naturales o empírico de las ciencias sociales. El deber se podría derivar del ser, MOORE ha criticado esto denominándolo “falacia naturalista” a partir de la tesis de la “cuestión abierta”:

“Si se define ‘bueno’ mediante un predicado empírico, por ejemplo, como ‘aquello a lo que aspira la mayoría’, entonces ‘bueno’ puede sustituirse siempre por ‘aquello a lo que aspira la mayoría’. Ahora se puede plantear la cuestión: La mayoría aspira a A, pero ¿es A también bueno? Si la tesis definicionista fuera válida, esta pregunta tendría tan poco sentido como la siguiente: La mayoría aspira a A, pero ¿aspira la mayoría también a A? Sin embargo esto no es así. La primera pregunta tiene pleno

¹⁰³⁸ Combinar, puede llevar a que, en algún punto, de todas formas se priorice un aspecto sobre el otro, lo que terminaría de todas formas soslayando lo que se procuró evitar. Sin embargo, la prioridad de uno sobre el otro es variable y compleja; describir, muchas veces puede ser, en rigor, dependiente de una evaluación epistemológica previa acerca de qué hay que describir y cómo hay que hacerlo.

¹⁰³⁹ LARIGUET, GUILLERMO; *Problemas del conocimiento jurídico*, cit., pág. 58.

sentido; la segunda no. Por tanto, el significado de ‘bueno’ puede no coincidir, por lo menos no completamente, con el de ‘aquello a lo que aspira la mayoría’.”¹⁰⁴⁰

Por otra parte, la tesis *intuicionista* discurre que expresiones como las señaladas no pueden definirse como expresiones empíricas, sino no empíricas (i.e. no pueden ser reconocidas por los cinco sentidos), son reconocidas por una mera capacidad de intelección apriorística, MOORE enseña la forma en que se manifiesta esta posición:

“Es falso porque es falso, y no hay otra razón: pero lo declaro falso, porque su falsedad es evidente para mí, y yo considero que ello es una razón suficiente para mi aserción.”¹⁰⁴¹,

el argumento más fuerte contra esta tesis es que las diferentes personas viven evidencias diferentes, y el intuicionismo no brinda criterios para distinguir las auténticas de las falsas, ante la carencia de criterios de decisión, el intuicionismo degenera en un subjetivismo absoluto.

ALEXY señala que ninguna de las tesis de mención aporta nada relevante, inclinándose por el *emotivismo* de CH. STEVENSON en el sentido de que las expresiones que nos ocupan cumplen una función distinta a la de designar, la que consiste en expresar y/o provocar actitudes; el emotivismo, munido de elementos subjetivistas y descriptivos, no consiste en referirse a hechos, sino en influir en alguien, son instrumentos de influencia psíquica, el *definiens* tiene dos partes: a) la primera es una proposición sobre la actitud del hablante, expresa el significado *descriptivo* del término analizado, b) la segunda es un imperativo, expresa el significado *emotivo*¹⁰⁴². La influencia psíquica de las expresiones como “bueno” o “correcto”, no es algo de lo que el oyente sea consciente generalmente (v.g. la palabra “democracia” tiene un significado claramente emotivo, unido con las concepciones políticas más diferentes puede ser usado para influir). La cuestión se vincula con la necesidad de recurrir a la argumentación para construir una decisión, claramente el

¹⁰⁴⁰ ALEXY, ROBERT; *Teoría de la Argumentación Jurídica*, pág. 68 y 69. Se ha objetado a la objeción de MOORE que: a) es posible que su argumento sea válido respecto de definiciones actuales, lo que no excluye que un día se halle una definición contra la que no pueda ser utilizado; b) la posibilidad de la sinonimia encubierta, es decir, que dos significados de dos expresiones puedan ser idénticos sin que esto se vea fácilmente; y c) voces como “bueno”, en determinados contextos, adquieren un fuerte significado descriptivo. No se puede avanzar en esto pues escapa a nuestra propuesta, baste señalar que las críticas sólo pueden puntualizar en torno al peso de las objeciones pero no son determinantes, en el supuesto de la tercer crítica claramente es una cuestión abierta susceptible de dudas y diferencias de opinión.

¹⁰⁴¹ ALEXY, ROBERT; *Teoría de la Argumentación Jurídica*, cit., pág. 72.

¹⁰⁴² ALEXY, ROBERT; *Teoría de la Argumentación Jurídica*, cit., pág. 75.

naturalismo y el intuicionismo, por el peso de sus propios argumentos, no precisarían de una teoría de la argumentación, sobre esto se avanzará más adelante¹⁰⁴³.

El uso de las palabras generales, que son palabras clasificadoras, es la raíz de ciertas incertidumbres que pueden y suelen frustrar una comunicación lingüística. La pretensión prometedora de éste mecanismo entiende que, los distintos objetos designados por una misma palabra no están agrupados arbitraria o casualmente, existe un criterio tras el uso del término. Las agrupaciones se producen porque se alude a objetos con una misma palabra, en tanto ellos tienen una propiedad en común, la presencia de éstas, justifica el agrupamiento. Estas palabras generales tienen una doble función: a) *denotan (extensión)* el conjunto de objetos que exhiben las características o propiedades por cuya virtud les aplicamos la misma palabra, y b) *connotan (intensión)* las propiedades por virtud de las cuales aplicamos a tales objetos la misma palabra¹⁰⁴⁴.

“...la pertenencia de un objeto al grupo de objetos denotados por una palabra queda determinada por el hecho de que el primero exhibe las propiedades connotadas por la segunda.”¹⁰⁴⁵

Si a los objetos que tienen las propiedades se les aplica la palabra, y a los otros no, y toda vez que, si bien cuando se utiliza la palabra general, se puede no ser consciente de el mecanismo señalado, pero no existe dificultad alguna en hacer explícitos los criterios de aplicación (es decir, *definir* la palabra que usamos), ¿qué problemas de clasificación pueden presentarse? ¿cómo es posible que surjan auténticos desconciertos?. Sin embargo, la cuestión no es sencilla, pueden presentarse problemas de ambigüedad, textura abierta y vaguedad, se volverá sobre esto¹⁰⁴⁶.

Generalizar, enseña SCHAUER, es

“... involucrarse en un proceso que es parte de la vida misma. Cuando confrontamos la realidad comúnmente lo hacemos con individuos –esta persona, aquella construcción, estas rocas, esas palabras- pero nos aferramos al mundo organizando esos individuos dentro de agrupamientos mayores.”¹⁰⁴⁷

¹⁰⁴³ Ver *infra* parágrafo 37 (“Derecho y argumentación jurídica como discurso racional”).

¹⁰⁴⁴ SARTORI, GIOVANNI; *op. cit.*, pág. 293.

¹⁰⁴⁵ CARRIÓ, GENARO R.; *op. cit.*, pág. 28.

¹⁰⁴⁶ Ver *infra* parágrafo 31 (“La interpretación jurídica”).

¹⁰⁴⁷ SCHAUER, FREDERICK; *ibidem*.

Algunas de las particularidades de las generalizaciones, es la posibilidad de que un individuo sea miembro simultáneamente (*simultaneidad*) de numerosas categorías que se intersectan (v.g. Este perro Angus, es simultáneamente un terrier escocés, negro, un animal, un mamífero, una mascota, una posesión de Herb, *et sit cétera*), cada una de las propiedades de un individuo lo proyecta en direcciones diferentes y potencialmente conflictivas; además, al elegir la dirección de las generalizaciones, los hablantes seleccionan generalizaciones más o menos excluyentes dentro de una misma dirección. Elegir una dirección y un grado de generalización son actos subsecuentes respecto de la previa decisión de generalizar¹⁰⁴⁸.

Quien busca describir, debe tomar la decisión, de si va a generalizar, en qué dirección y hasta qué grado, de donde la generalización deviene contingente. Asimismo, las generalizaciones son selectivas, pero así como son inclusiones selectivas, las generalizaciones son también exclusiones selectivas, pues al concentrarse en un número limitado de propiedades, una generalización simultáneamente suprime otras propiedades, incluso aquellas que marcan diferencias reales entre los individuos que las propiedades seleccionadas tratan como semejantes. Al analizar los componentes de las reglas prescriptivas, SCHAUER afirma que la generalización, con sus selecciones y supresiones, es tan importante para prescribir de acuerdo a reglas como para el proceso de descripción¹⁰⁴⁹.

Una parte de toda regla, está compuesta por el *predicado fáctico*, que son las condiciones fácticas que dan lugar a la aplicación de una regla, es una “hipótesis”, pues las reglas prescriptivas pueden ser formuladas de tal modo que comiencen con “si x”; donde “x” es un enunciado descriptivo cuya verdad es condición necesaria y suficiente para la aplicabilidad de la regla. Las reglas también contienen un *consecuente*, que prescribe lo que habrá de ocurrir cuando se verifiquen las condiciones especificadas en el predicado fáctico. Habitualmente, las reglas no se formulan de un modo tal que la separación del predicado fáctico del consecuente resulte nítida, una u otra de las partes pueden no ser explícitas. Una vez que se separa el predicado fáctico de una regla prescriptiva, de su consecuente, puede verse, señala SCHAUER, al predicado fáctico como una generalización, igual a las generalizaciones descriptivas, ejemplificando, “Angus no debe entrar en este restaurante en

¹⁰⁴⁸ SCHAUER, FREDERICK; *op. cit.*, pág. 78.

¹⁰⁴⁹ SCHAUER, FREDERICK; *op. cit.*, pág. 81.

este momento”, no es una regla sino una orden; un término que se utilizara para referirse sólo a las prohibiciones y obligaciones particulares, a diferencia de una orden, las reglas dependen de una generalización que prohíbe el ingreso de *todos* los perros en *todo* momento¹⁰⁵⁰.

La generalización prescriptiva comienza usualmente con un individuo, al que se toma como ejemplo de una categoría más general, y *a posteriori* se busca aquella propiedad de ese individuo que es causalmente relevante para la ocurrencia de la categoría más general. SCHAUER denomina al mal que se pretende erradicar, o la meta que se pretende lograr: la *justificación*¹⁰⁵¹. La justificación determina cuál de entre las muchas generalizaciones lógicamente equivalentes de algún hecho desencadenante particular será elegida como el predicado fáctico de la regla resultante (v.g. la justificación de evitar las molestias a los clientes de un restaurante, guía a quien crea la regla a generalizar; a partir del hecho desencadenante del perro Angus ladrando, comiendo la comida de los clientes y saltando, el hecho de que Angus sea de color negro, falla como predicado fáctico porque esa generalización no es causalmente relevante respecto de las molestias). El predicado fáctico importa una generalización a partir de la propiedad que en cuanto hecho desencadenante es causalmente relevante para la incidencia del problema (v.g. la regla que prohíbe el ingreso de perros al restaurante se basa en el hecho desencadenante de las molestias a los clientes y no en el color negro del animal)¹⁰⁵².

Lo dicho hasta aquí nos posiciona en una cuestión importante. Aunque sólo las generalizaciones causalmente relacionadas con la justificación de una regla califican como predicados fácticos legítimos para ella, tal conclusión se apoya en una concepción específica de la causalidad que ha de ser explorada. SCHAUER indaga ahora en un problema insoslayable: ¿En qué consiste el que una generalización sea causalmente relevante

¹⁰⁵⁰ SCHAUER, FREDERICK; *op. cit.*, pág. 82.

¹⁰⁵¹ Una justificación, puede tener a su vez, su propia justificación (v.g. las no molestias de los clientes, justificación de la regla: “prohibido el ingreso de perros al restaurante”, puede tener su justificación en el mayor placer de los clientes). Al interrogante de por qué debe valorarse esta nueva justificación, la respuesta estriba en que existe algo más profundo como justificación de esta justificación (v.g. aumentar la rentabilidad del restaurante). Puede irse más allá, hasta arribar a niveles de justificación última (SCHAUER, FREDERICK; *op. cit.*, pág. 133 y 134).

Esto último es interesante, pues estos niveles superiores (a los que SCHAUER pretende atrincherar en cada estrato para reforzar su noción de las reglas como formulaciones no derrotables), son los fundamentos o baremos permeables que el decisor (el juez), pondera, entre otros, al momento de resolver un conflicto.

¹⁰⁵² SCHAUER, FREDERICK; *op. cit.*, pág. 84.

respecto de una meta perseguida?. Por caso, la condición de perro de Angus, no es una condición suficiente ni necesaria para la ocurrencia de comportamientos molestos; así, otros animales o niños pequeños podrían igualmente ser relevantes para la incidencia del problema. Si la condición de perro no es ya una condición necesaria ni suficiente para la producción de las consecuencias temidas, puede decirse entonces que el predicado fáctico (perro en restaurante) representa un conjunto de hechos que se hallan en una relación de *causalidad probabilística* con la justificación,

“Decir que existe una relación de causalidad probabilística entre una propiedad y una consecuencia no es lo mismo que decir que la ocurrencia de la propiedad es necesariamente seguida por la ocurrencia de la consecuencia, ni tampoco es decir que el acaecimiento de la consecuencia requiere la ocurrencia de la propiedad. Simplemente es decir que la incidencia de la consecuencia será mayor en una población que posee la propiedad en cuestión que en una población idéntica en todos los demás aspectos en la cual esta propiedad está ausente.”¹⁰⁵³

SCHAUER indica que podrían excluirse tales generalizaciones probabilísticas de nuestra vida lingüística, empleando el lenguaje de la generalización sólo cuando ésta representara, en la medida de nuestro conocimiento, una verdad universal. Pero admite también que, para hacer esto, deberíamos hablar un lenguaje inconcebiblemente engorroso que no serviría a los propósitos del habla ordinaria. Por el contrario, se generaliza de manera probabilística, admitiendo el uso de generalizaciones descriptivas en la medida en que sean estadísticamente justificables; las convenciones del comportamiento lingüístico cotidiano no requieren más que esta relación estadísticamente justificada entre causa y efecto, o entre una propiedad y la clase en la cual ella se presenta. En la medida en que la generalización identificada (vino alemán, fumar, filósofo), tenga algún valor predictivo o indicativo en términos de lo que interesa en última instancia (dulzura, cáncer, inteligencia), la generalización es conversacionalmente permisible¹⁰⁵⁴.

Esta generalización, que es el predicado fáctico de una regla, puede presentar, respecto de su justificación subyacente, dos problemas: a) *sobreinclusión*, cuando la categoría o tipo, que está relacionada de manera probabilística con la justificación subyacente a la regla, en casos particulares no se configure la consecuencia

¹⁰⁵³ SCHAUER, FREDERICK; *op. cit.*, pág. 88.

¹⁰⁵⁴ SCHAUER, FREDERICK; *op. cit.*, pág. 90.

prevista para su justificación (v.g. ante la regla “no se admiten perros en este restaurante”, cuya justificación es evitar molestias a los clientes, puede haber perros debidamente amaestrados –perros lazarillos-, que no infrinjan la justificación); b) *infrainclusión*, cuando el predicado fáctico no cubre ciertos estados de cosas en que en determinadas circunstancias resultarían comprendidos por su justificación subyacente (v.g. ante la regla “no se admiten perros en este restaurante”, cuya justificación es evitar molestias a los clientes, un oso ingresado por un cliente, por caso, no es atrapado por el texto de la norma, pese a infringirse la justificación). Los casos de sub e infrainclusión son casos en los que la generalización que conforma el predicado fáctico de la regla, falla respecto de la justificación que la genera¹⁰⁵⁵.

Otra situación en la que una regla se torna inadecuada a la luz de su justificación, se presenta cuando una generalización supuestamente universal y excluyente, resulta en realidad probabilística y no excluyente en virtud del fenómeno de la *textura abierta*¹⁰⁵⁶. La conclusión empírica que lleva a construir la generalización del predicado fáctico, se basa en la percepción actual del mundo actual,

“...pero algo en ese mundo podría cambiar mañana, o podríamos mañana descubrir algo previamente desconocido... este nuevo conocimiento falsaría la precisión de la regla presupuesta previamente... la posibilidad existe, tanto como existe la posibilidad de excepciones adicionales hoy ni siquiera concebibles.”¹⁰⁵⁷

La textura abierta es la posibilidad de que incluso un término preciso se revele como vago frente a un caso no previsto, debido a nuestro imperfecto conocimiento del mundo o a nuestra imposibilidad de predecir el futuro; las reglas que se basan en una relación empírica entre generalización y justificación resultan vulnerables frente a descubrimientos o hechos futuros que falsarían lo que antes era considerado una verdad universal o excluyente, de allí

¹⁰⁵⁵ SCHAUER, FREDERICK; *op. cit.*, págs. 90 y 91. Los problemas de sobre e infrainclusión no son equivalentes a los problemas de vaguedad. Podría existir vaguedad si una persona pretende ingresar a un restaurante (para usar el ejemplo de SCHAUER) con un animal que es indeterminablemente un perro, pues podría surgir la duda sobre si ese animal es o no es un perro. En los casos de sobreinclusión, nos encontramos con un caso individual (v.g. un lazarillo o los perros de la reina) que se subsume claramente en la norma (es un perro), pero las dudas surgen (no por vaguedad) sino en función de los propósitos o razones subyacentes de dicha regla. En los casos de subinclusión tampoco hay problemas de vaguedad (v.g. un tigre claramente no es un perro). Las dudas surgen debido a que, si bien el caso individual no se subsume en la regla, en función de los propósitos de la misma el caso debería estar incluido en la prohibición contenida en ella.

¹⁰⁵⁶ Volveremos sobre éste concepto desde otro ángulo de análisis. Ver *infra* parágrafo 31 (“La interpretación jurídica”).

¹⁰⁵⁷ SCHAUER, FREDERICK; *op. cit.*, pág. 93.

que incluso respecto de las reglas que actualmente parecen no ser ni sub ni sobreincluyentes respecto de sus justificaciones subyacentes, resta la posibilidad de que lo sean en el futuro.

“La más precisa de las reglas es potencialmente imprecisa.”¹⁰⁵⁸

Otro caso de divergencia entre la regla y su justificación, se produce debido a que, al generalizar y enfatizar determinadas propiedades, dejando otras de lado, en el examen de un cierto caso puede ser que se considere que la generalización omitió tomar en cuenta una propiedad que ahora parece relevante para la decisión. A los tres tipos de generalizaciones inadecuadas: a) generalización garantizada de manera probabilística que es incorrecta en la ocasión, b) generalización supuestamente universal que resulta no serlo, y c) propiedad soslayada que ahora es relevante; que son sucesos que hacen dudar en caso particulares de las generalizaciones que normalmente son de utilidad, SCHAUER las denomina *experiencias recalcitrantes*¹⁰⁵⁹.

El dilema que surge es, o bien se aceptan las orientaciones que ofrecen las reglas, lo cual resulta en última instancia una forma de descalificación por anticipado de ciertos factores potencialmente relevantes en el discernimiento de lo que se debe hacer, y consiguientemente una forma de *irracionalidad*; o se deja de lado la guía que ofrecen las reglas y la concentración se dirige a lo particular de cada situación para decidir cómo actuar de conformidad con el plexo completo de razones en juego, con lo que las reglas devienen *irrelevantes*¹⁰⁶⁰.

Cómo se reacciona frente a estos casos, depende de si se asume un *modelo conversacional* o un *modelo atrincherado* de toma de decisiones. El modelo conversacional ofrece una gran tolerancia a las experiencias recalcitrantes, sean ellas provocadas o fenómenos de sub o sobreinclusión, textura abierta, o por supresiones equivocadas al momento de crear la generalización; ya que el discurso, en el modo conversacional, admite que se suministren precisiones o se refinan conceptos, siempre que ello resulte necesario. El modelo conversacional se caracteriza por la aptitud de los participantes para adaptarse casi instantáneamente a las confusiones y equívocos, de manera ideal, cada participante en una conversación reacciona a las necesidades del otro, y las necesarias imperfecciones y

¹⁰⁵⁸ SCHAUER, FREDERICK; *op. cit.*, pág. 94. De manera similar, aunque sin denominar específicamente al fenómeno: LARENZ, KARL; *op. cit.*, pág. 204.

¹⁰⁵⁹ SCHAUER, FREDERICK; *op. cit.*, pág. 98.

¹⁰⁶⁰ ORUNESU, CLAUDINA y RODRÍGUEZ, JORGE L.; “Estudio Preliminar” a SCHAUER, FREDERICK; *op. cit.*, pág. 14.

simplificaciones del lenguaje no representan más que impedimentos temporarios en la comprensión y la comunicación; ello marca el carácter singular de éste modelo, su plasticidad conceptual¹⁰⁶¹.

Sin embargo, pese al atractivo del modelo conversacional, SCHAUER duda que refleje la realidad del uso del lenguaje normativo, ya que en ella es mucho más corriente que las generalizaciones no sean maleables sino que se vuelvan *atrincheradas*. En el modelo atrincherado, frente al acaecimiento de una experiencia recalcitrante, no se produce una modificación o reformulación de la generalización como ocurre en el modelo conversacional. Por caso, en el supuesto de una generalización probabilística, el atrincheramiento convierte a la generalización en una de carácter universal. Los individuos que resultan suprimidos por generalizaciones conceptualmente atrincheradas, son susceptibles en la práctica de ser mucho menos asequibles que lo que el modelo conversacional supone. El atrincheramiento importa que las propiedades que no se tuvieron en cuenta para la generalización, resulten menos factibles de ser tenidas en cuenta al momento de necesitárselas (v.g. decidir en un conflicto judicial). Así, destaca SCHAUER,

“...las generalizaciones parten de lo que en su origen consideraron similitudes relevantes y las proyectan en tiempo y espacio más allá de los individuos que sirvieron como arquetipo para la construcción de la generalización. A la inversa, las mismas generalizaciones soslayan diferencias potencialmente relevantes, proyectando también estas supresiones. En la medida en que las generalizaciones se vuelven atrincheradas, las inclusiones de las generalizaciones anteriores tornan más sencillo dar cuenta del futuro cuando éste es similar al pasado, pero las supresiones de las generalizaciones anteriores impiden dar cuenta del futuro cuando éste se aleja de nuestras expectativas previas.”¹⁰⁶²

Esto permite entender el por qué de describir a menudo a las reglas como sobre o infraincluyentes con respecto a las justificaciones que les dan origen, cuando las generalizaciones, que son parte necesaria de una regla, devienen atrincheradas, ellas comprenderán (actual o potencialmente) individuos no comprendidos por la aplicación

¹⁰⁶¹ SCHAUER, FREDERICK; *op. cit.*, pág. 100.

¹⁰⁶² SCHAUER, FREDERICK; *op. cit.*, pág. 102.

directa de la justificación que subyace a la regla, y no comprenderá individuos que sí estarían comprendidos por la aplicación directa de las justificaciones de la regla¹⁰⁶³.

Para resumir los modelos preferenciados, en el modelo de toma de decisiones al que SCHAUER califica como “conversacional”, los conflictos provocados por las experiencias recalcitrantes deben resolverse siempre a favor de la justificación de la regla y no de lo que esta última expresa. Por el contrario, en el modelo al que el profesor de Harvard rotula “atrincherado” de toma de decisiones, el conflicto se resuelve en todo momento a favor de las reglas, y el decisor ha de considerar al hecho de su existencia como constitutivo de una razón para la acción¹⁰⁶⁴, incluso cuando se presenten experiencias recalcitrantes¹⁰⁶⁵.

Recapitulando algunas nociones junto a SCHAUER, previamente a introducir las últimas nociones referentes al lenguaje legal en éste autor. Detrás de las generalizaciones hay una justificación, éstas últimas existen porque las generalizaciones normativas son meramente instrumentales y no últimas, son las justificaciones aquello para lo que resultan instrumentales (v.g. los perros no se admiten en el restaurante no porque esto sea un fin último, sino para evitar molestias a los clientes). El profesor de Harvard señala que, uno de los aspectos más significativos de la relación entre generalización y justificación, se encuentra en el hecho de que aquella *limita* el alcance de las propiedades que, de otro modo, serían indicadas por la aplicación de la justificación. En éste sentido,

“...la generalización –perros- es una *simplificación*, y es también una *especificación*. Las generalizaciones *especifican* el resultado que usualmente se obtendría de la aplicación directa de sus justificaciones. En consecuencia, una generalización sirve para hacer más específica o concreta una justificación... ‘No se admiten perros’ es más específico que ‘no ocasionar molestias’”¹⁰⁶⁶

Esto último nos permite introducirnos en la idea de que, SCHAUER, defiende una concepción incompatible con una visión particularista del significado¹⁰⁶⁷; el significado no se explica por completo remitiéndose a los propósitos del hablante o al contexto en

¹⁰⁶³ SCHAUER, FREDERICK; *op. cit.*, pág. 109.

¹⁰⁶⁴ Sobre la noción de “normas como razones para la acción”, ver *supra* párrafo 29.1 (“Las normas en términos de ‘razones para la acción’”).

¹⁰⁶⁵ SCHAUER, FREDERICK; *op. cit.*, págs. 110 y 111.

¹⁰⁶⁶ SCHAUER, FREDERICK; *op. cit.*, pág. 114.

¹⁰⁶⁷ Acerca del *particularismo*, ya hemos vertido algunas nociones y tomado posición. Ver *supra*, párrafo 29.1 (“Las normas en términos de ‘razones para la acción’”).

particular en el que es usado el lenguaje. Para el profesor de Harvard, la posibilidad de una divergencia entre la regla y su justificación presupone que el lenguaje y el significado son, al menos, parcialmente acontextuales, dicho de otro modo, no están totalmente determinados por las circunstancias o por el contexto inmediato en el cual se los utiliza en un momento en particular.

De allí que para SCHAUER, el lenguaje posea *autonomía semántica*, los símbolos que lo conforman, son capaces de portar significados sin depender para ello de los propósitos que persigan los hablantes en ocasiones particulares¹⁰⁶⁸. El autor señalado, sin embargo, aclara que considerar que el significado es parcialmente acontextual no significa que se rechace la necesidad de tomar en cuenta el contexto, por el contrario, debe discriminarse entre el contexto que constituye la ocasión específica de uso y el contexto entendido en términos de comunidad lingüística. Asimismo, la acontextualidad viabiliza señalar el hecho de que todos los usuarios de un lenguaje comparten un gran número de presupuestos contextuales, los que configuran un contexto básico invariable dentro de una determinada comunidad hablante. Si el significado de una expresión, destaca SCHAUER, estuviese determinado únicamente por el modo en el que ella fue usada en un momento particular, sería imposible establecer cómo se transmite el significado y por qué se emplea una y no otra palabra en diferentes contextos comunicacionales. SCHAUER expresa que una teoría del significado completamente particularista, según la cual el significado de una expresión es enteramente una función de lo que se pretende que ella produzca en una ocasión particular, no puede explicar cómo es posible la comunicación¹⁰⁶⁹.

Las nociones de presupuestos e implicaciones conceptuales representan un doble papel, negativo y positivo. Negativamente son herramientas que los pensadores contemporáneos utilizan para evitar el reduccionismo de visualizar el mundo a la luz de modelos conceptuales simplistas. Positivamente funcionan como instrumentos para la disección y comprensión última de ciertas actividades humanas, especialmente aquellas que

¹⁰⁶⁸ SCHAUER, FREDERICK; *op. cit.*, pág. 115.

¹⁰⁶⁹ SCHAUER, FREDERICK; *op. cit.*, pág. 118. Estamos de acuerdo con esta crítica a la tesis del particularismo, pero porque la misma implica una visión de una especie de particularismo extremo. Nuestra aceptación de ésta corriente se circunscribe al momento de la toma de decisiones y la relevancia del contexto, y no a la necesidad de determinar el significado de las palabras en cada contexto particular, caso contrario, no ya la comunicación sería imposible, sino la misma tarea de dictar normas.

suponen los esfuerzos de los seres humanos por comunicarse entre sí, como ocurre al prometer, aseverar, dar a entender, *et sit cétera*.

“Hablar de presuposiciones y hablar de lo que está contextualmente implicado por las palabras de alguien que dice algo, tienen en común una referencia al trasfondo de condiciones que normalmente esperamos que estén presentes cuando emitimos una expresión lingüística.

“La presuposición y la implicación contextual pueden ser concebidas como elementos que forman parte del trasfondo de la situación esto es, como factores que permanecen implícitos a menos que se los haga explícitos, pero que no obstante ello son factores esenciales en la comunicación...

“El de presuposición es un concepto que se refiere a aquellas condiciones que deben satisfacerse para que una expresión pueda ser un enunciado, si ‘enunciado’ se define de manera tal que los enunciados tienen que ser necesariamente verdaderos o falsos... entonces el concepto de presuposición se aplica a aquellas condiciones que tienen que estar satisfechas para que un enunciado sea verdadero o falso. El de implicación contextual, por otra parte, es un concepto que se aplica a aquellas condiciones que deben hallarse satisfechas para que una expresión lingüística pueda ser tenida por ‘normal’ en las circunstancias en que es emitida...”¹⁰⁷⁰

La tesis de la autonomía semántica, ha tenido objetores, como LON FULLER, quien señala que los términos como “vehículo”, no pueden poseer siquiera un núcleo de significado que no sea independiente de los propósitos específicos para los que se emplea¹⁰⁷¹. SCHAUER observa que, el atractivo de este punto de vista es obvio, si el

¹⁰⁷⁰ AVRUM STROLL (“*The Encyclopedia of Philosophy*”), citado por CARRIÓ, GENARO; *op. cit.*, págs. 265 a 266.

¹⁰⁷¹ Las digresiones de FULLER se dirigen a impugnar la tesis de HART del “núcleo de significado” y “el halo”, utilizadas para distinguir entre *casos fáciles* y *casos difíciles*. FULLER entiende que la tesis de HART se basa en tres suposiciones: a) la interpretación de una norma jurídica consiste en la interpretación de las palabras-conceptos que presenta, b) la interpretación de las palabras-conceptos que aparecen en las normas, están determinadas por el uso ordinario de las mismas en el lenguaje natural, y c) el significado de las palabras-conceptos no depende del contexto jurídico particular en el que estas palabras están destinadas a funcionar. (citado por MARMOR, ANDREI; *op. cit.*, pág. 170 a 171).

La tercera crítica ha de ser rechazada *in limine*, la idea de que las palabras-conceptos que se emplean en las formulaciones normativas, deben ser interpretadas mediante la atribución del mismo significado a todas sus utilizaciones, sin importar el contexto en el que ella se emplea, es una noción que no puede prosperar y ni el mismo HART parece haberla seguido, máxime si se tiene en cuenta su apoyo conceptual en el segundo WITTGENSTEIN (v.g. la voz “vehículo”, no se utiliza, claramente, en el mismo sentido en un cartel que prohíbe el ingreso de aquellos a un parque, que en una regla que impone un seguro a rodados).

significado puede diferir del propósito entonces la aplicación de ese significado puede dar lugar a resultados inconsistentes con el propósito. El ataque de SCHAUER es contundente, subyace en las críticas como las de LON FULLER una confusión entre lo que el lenguaje significa y lo que se podría querer del ordenamiento jurídico de que se trate; por ejemplo, y tomando el caso de la prohibición de ingreso de perros al restaurante, sea lo que fuere que se pudiera decir en torno a los perros de buen comportamiento (v.g. perros lazarillos), estos siguen siendo perros y, en consecuencia, siguen literalmente comprendidos en el ámbito semántico de la prohibición, ello más allá, de que en tales circunstancias, quien deba tomar una decisión (v.g. el juez), rehúse aplicar la regla, pero la conveniencia de evitar resultados absurdos, no deben disfrazarse bajo insostenibles teorías del significado.

Una cosa es que el significado dependa del modo en el que es usado por una cierta comunidad lingüística, y otra que el significado dependa de cómo se usa en una ocasión particular¹⁰⁷². Así, a la pregunta en torno a si la regla “no se admiten perros en el restaurante”, excluye a los perros lazarillos, no es una pregunta cuya respuesta requiera una referencia directa a las prácticas de la comunidad; la regla se basa, en que, para quien sigue la regla, el significado de la frase prealudida, existe independientemente de la cuestión de si la comunidad cree que los perros lazarillos deban ser admitidos en dicho restaurante.

Es tentador, señala SCHAUER, entender que cada entorno de todo acto de habla, es constitutivo de su propia comunidad lingüística, y que los hablantes de continuo

Respecto de la segunda crítica, esta tampoco se condice con el apoyo wittgensteniano de HART, el profesor de Oxford, en modo alguno procuró construir una teoría del significado para un lenguaje natural. Para HART, una explicación adecuada del significado y el lenguaje, no debe ocultar el hecho de que el significado de las palabras que empleamos es manifiesto en el modo de su empleo. Para WITTGENSTEIN (tomado por HART), no todas las expresiones pueden tener un sentido determinado, ello no tiene sentido en absoluto, no hay más en lo que hace al significado de las palabras que aquello que se muestra en las prácticas de emplearlas.

Pero tampoco puede sostenerse que todas las palabras sean vagas (cosas distinta que sostener que todas son potencialmente vagas- textura abierta-), pues las palabras- conceptos que empleamos deben tener un núcleo de significado (“ejemplos estándar (que) se emplean en nuestras explicaciones cotidianas del significado de las palabras...” –MARMOR, ANDREI; *op. cit.*, pág. 176-), en tanto son las que proporcionan los criterios para la comprensión correcta de las expresiones. Quien no reconoce cómo se aplica una palabra a sus ejemplos, denota que no ha denominado su empleo.

La última crítica de FULLER parece sostener que toda regla, si es interpretada literalmente, puede llevar a consecuencias absurdas, de lo que deduce que ninguna regla puede ser interpretada literalmente, esta es por cierto es evidente; la aplicación de una norma jurídica a cualquier marco fáctico, requiere que el juez considere los propósitos subyacentes a las reglas, y que éste se pregunte si ellos no se verían frustrados en caso de interpretar literalmente a la última. Pero la crítica yerra el golpe a HART, pues confunde *en qué consiste una regla* con la cuestión de *si se debe aplicar una regla en determinadas circunstancias*, aun cuando esto último fuera cierto, no se sigue sin más que las reglas no puedan ser entendidas sin referencia a sus propósitos. MARMOR, ANDREI; *op. cit.*, pág. 178.

¹⁰⁷² SCHAUER, FREDERICK; *op. cit.*, pág. 119.

elaboran y reelaboran las reglas del lenguaje, al menos en lo que hace al caso particular. También puede hablarse de la existencia de subcomunidades lingüísticas que hablan su propio lenguaje técnico. Pero ambos supuestos son parasitarios de un lenguaje común, estos especiales contextos comunicativos, sólo surgen si los participantes de la comunicación son miembros de una comunidad lingüística más amplia.

Otra crítica a la tesis de la autonomía semántica, es la establecida por las *teorías realistas* (KRIPKE, LINSKY y PUTNAM son utilizados en este contexto por SCHAUER). Conforme con ello, el predicado fáctico de una regla no debe definirse convencionalmente sino, de acuerdo con la mejor interpretación actual de los términos involucrados. Tales teorías, ante predicados fácticos referidos a clases naturales o productos artificiales, no sostendrían que los términos varían de acuerdo con la pragmática de su aplicación específica,

“La circunstancia de que el significado de palabras como ‘vehículo’, ‘perro’ o ‘agua’ pueda variar cuando varía nuestra comprensión de su real naturaleza no trae aparejada la conclusión de que el significado de esos términos varía de un contexto específico a otro. Sin embargo, cuando el predicado fáctico incorpora un término que tiene claramente mayor carga teórica, tal como ‘vida’, ‘muerte’ o ‘causa’, el desafío realista diría que esos términos presuponen los propósitos de una cierta empresa en la cual operan las reglas, tal como el derecho.”¹⁰⁷³

La respuesta de SCHAUER a esta impugnación radica en que, necesariamente los conceptos últimos señalados tienen significados fuera de cualquier contexto, estas teorías procurarían introducir en una teoría del significado cuestiones propias de una teoría sustantiva de los fines de un tipo particular de entorno de toma de decisiones. Nuestra toma de posición en esto último, y para lo que viene, estriba en señalar que, si bien compartimos la tesis de SCHAUER a éste respecto, la impugnación realista ciertamente introduce una perspectiva insoslayable en lo que hace a la teoría del significado; precisamente en el momento de la toma de decisiones, los hablantes se hallarán bajo el paraguas de una comunidad lingüística, el contexto decisorio (v.g. el juez, en lo que aquí interesa), al momento de la toma de decisiones, puede otorgarle alcances propios, piénsese sino en el desacuerdo acerca del significado de conceptos más complejos aun, los llamados normativos (v.g. “debido

¹⁰⁷³ SCHAUER, FREDERICK; *op. cit.*, págs. 120 a 121.

proceso”, “castigo cruel”, *et sit cétera*), en ellos, los desacuerdos son resueltos no ya recurriendo al significado convencional, sino en el ámbito jurídico.

Las *teorías realistas* (en lo semántico)¹⁰⁷⁴ sostienen que

“...cada enunciado de la clase está determinado como verdadero o no verdadero, independientemente del conocimiento del sujeto cognoscente, por alguna realidad objetiva cuya existencia y manera de ser no dependen de nuestro conocimiento.”¹⁰⁷⁵

Como ya lo hemos señalado, el positivismo jurídico implica una postura antirrealista, pues una de sus tesis se basa en que el Derecho es esencialmente una cuestión de convencionalismo social,

“...no es posible concebir la verdad de las proposiciones jurídicas independientemente de las condiciones del conocimiento de su verdad. El convencionalismo defendido por el positivismo jurídico y el realismo acerca del significado de ‘derecho’ son directamente opuestos.”¹⁰⁷⁶

En esto aceptamos la tesis positivista, y rechazamos una postura realista semántica, y en igual medida a doctrinas del Derecho natural con ella vinculadas, pues una tesis realista apunta a que las proposiciones jurídicas pueden ser definidas como verdaderas o falsas, de donde tendría sentido afirmar que la verdad de los enunciados de un ordenamiento jurídico dado podrían ser descubiertos o revelados como se descubre una ley de la naturaleza: propio de una tesis del derecho natural escolástica; aunque ello no importa tanto como decir que todo aquel que desee sostener una tesis del Derecho natural, debe abreviar en el realismo semántico: de hecho DWORKIN no lo hace, y tampoco los iusnaturalistas modernos alemanes, por caso RADBRUCH, ENGISCH, *et sit cétera*.

Un autor como MICHAEL MOORE –influido por autores como KRIPKE y PUTNAM– entiende que el Derecho conforma una clase funcional, sostiene que una postura así compromete al juez y al Legislador a utilizar conceptos jurídicos, morales o políticos en sus genuinos términos (i.e. en términos de “correspondencia” con hechos normativos independientes de las convenciones), se cree que con una construcción así se puede erradicar el problema de la “discreción judicial”; en los casos difíciles, los jueces no estarían planteándose cosas distintas entre sí, sino que están disputando sobre los mismos

¹⁰⁷⁴ No se relaciona con la tesis que adscribimos acerca del realismo jurídico. Ver Anexo II (“El Realismo Jurídico”).

¹⁰⁷⁵ MARMOR, ANDREI; *op. cit.*, pág. 118.

¹⁰⁷⁶ MARMOR, ANDREI; *op. cit.*, pág. 123.

hechos¹⁰⁷⁷. Esto último, si bien entendemos que puede ser cierto en algunos casos, no podemos acompañar el realismo semántico de MOORE en estas líneas, pues hemos venido señalando que en este marco creemos en un Derecho caracterizado como un fenómeno histórico y socialmente contingente y, por tanto, carente de “naturaleza fija”; además, las tesis realistas debilitan la noción de “autoridad normativa”, pues esta carece de capacidad para describir y conceptualizar la realidad a normar en tanto que debe captar la “naturaleza de las cosas” o aprehender la “verdadera estructura del mundo”.

PUTNAM, en el marco de un enfoque realista, señala que suelen emplearse palabras de clases naturales, de un tipo que el llama *indexical*, para designar rígidamente clases específicas de entidades, cualquiera sea la naturaleza real que resulte finalmente. Implica que la realidad (la naturaleza real de las cosas), forma parte del significado. Las personas pueden emplear palabras indexicales cotidianamente, si bien son incapaces de especificar con precisión la extensión de dichas palabras (v.g. “plástico”, aunque la mayoría de nosotros desconozcamos su específica naturaleza), prima aquí, la denominada *división del trabajo lingüístico*, es decir, se puede eventualmente recurrir a expertos –subclase de hablantes– para lograr la identificación. Por cierto PUTNAM reconoce que existen palabras que no son indexicales¹⁰⁷⁸.

Ahora bien, la tesis putnamiana es atractiva para un importante sector de los filósofos del Derecho por cuanto, si “Derecho” fuera una palabra indexical, podría hablarse de la factibilidad de “descubrir” algo más acerca de la naturaleza de aquel, algo más aparte de lo que se manifiesta en las reglas o convenciones mismas y en la práctica de su aplicación,

“...la indexicalidad de(l) ‘derecho’ apoyaría la vieja doctrina del derecho natural: que es posible *descubrir* el derecho incluso allí donde no hay ninguna regla ni convención que dirima la cuestión.”¹⁰⁷⁹

La crítica a ésta postura estriba en que, dado lo antedicho, sería factible (lógicamente aunque no se de en la realidad) sostener que toda una comunidad, incluyendo

¹⁰⁷⁷ LARIGUET, GUILLERMO; *Problemas del conocimiento jurídico*, cit., pág. 85. El planteo de MOORE también se traslada, explica el autor, al ámbito legislativo, ya que los legisladores deberían definir términos jurídicos en correspondencia con el “verdadero concepto” que les corresponde, “Los jueces podrían, con arreglo a esta tesitura, dejar a un lado definiciones legislativas de ciertos términos y volver su mirada hacia las definiciones que se correspondan con la verdadera estructura del mundo.”

¹⁰⁷⁸ MARMOR, ANDREI; *op. cit.*, pág. 127 a 128.

¹⁰⁷⁹ MARMOR, ANDREI; *op. cit.*, pág. 129.

a los expertos, identifique mal la extensión de su Derecho. Si se supone que toda la comunidad *C*, reconoce una cierta norma *n*, como una parte esencial de su sistema jurídico, podría afirmarse que se ha cometido un error, pues, según la naturaleza del Derecho, *n* no estaría dentro de la extensión de su sistema jurídico, intuitivamente esto ya presenta algo problemático. MARMOR señala que en casos como el mencionado

“...la mala identificación extensiva en el derecho parecería profundamente misteriosa.”¹⁰⁸⁰,

además, si se sostiene una postura de relatividad cultural (que es la que preferimos en éste trabajo), no es dable predicar que los productos puramente culturales (como lo es el Derecho), pudieran ser mal identificados por toda una comunidad que integra una cultura. En la medida en que algo es un producto cultural, su extensión es una función de lo que los integrantes de la comunidad de que se trate piensan que es, entonces una mala identificación extensiva es imposible en sentido lógico. Debe distinguirse, en base a lo dicho entre conceptos que son producto de una cultura, y conceptos que son relativos a una cultura, el realismo putnamiano de los indexicales sólo podría aplicarse a los últimos, pero nunca a los primeros, el Derecho, como producto cultural paradigmático, importa que una explicación putnamiana de él sea inviable¹⁰⁸¹.

En las palabras indexicales (tales como los predicados que presentan clases naturales), el significado no determina la referencia, sino al revés, la “naturaleza real” de las entidades que las palabras indexicales designan determinan su significado. Para rebatir la relevancia de aquel tipo de palabras en el Derecho, MARMOR aporta un ejemplo (por cierto usual) en que las normas atribuyen determinados efectos jurídicos a palabras que podrían ser indexicales, por ejemplo la muerte; si se sigue una teoría interpretativa en la que la extensión o referencia de ese término fuera la causa eficiente de su aplicación, se daría la situación en el que no existiera ningún ejemplo estándar de la clase en cuestión (salvo claro está que no se supusiera la indexicalidad del término). Ciertamente nadie afirmaría el absurdo de que sea imposible certificar fehacientemente la muerte de una persona, pero la cuestión es mucho más delicada:

“...que sean cuales fueren los ejemplos que pudieran ser concebidos como ejemplos estándar relevantes de predicados indexicales, esos ejemplos son

¹⁰⁸⁰ MARMOR, ANDREI; *op. cit.*, pág. 130.

¹⁰⁸¹ MARMOR, ANDREI; *op. cit.*, pág. 135.

revocables en un sentido en que otros ejemplos no indexicales no lo son. Esta revocabilidad consiste en el hecho de que los ejemplos estándar que se emplean para explicar el significado de los indexicales son, a lo sumo, sólo aproximaciones a la referencia real de la palabra- concepto y no criterios para su empleo correcto (postura ésta última que nosotros abordamos).”¹⁰⁸²

Siempre sería posible aportar ejemplos que antes se consideraban estándar, pero que a la luz de predicados indexicales no pertenecen de hecho a la misma (v.g. si bien en décadas pasadas se podía considerar que una persona que sufriera un paro cardiorrespiratorio total durante treinta minutos, estaba muerto, hoy no es posible sostener tal aserto). Pero estando a una explicación wittgensteiniana, que es la que nosotros receptamos a este respecto en el presente trabajo, los ejemplos estándar de una palabra-concepto funcionan como criterios de su empleo correcto, son elementos constitutivos del significado de la palabra; por caso, que los automóviles comunes se consideren un ejemplo de vehículos, sólo aparece una referencia acerca del *significado* de la palabra- concepto “vehículo”, pero nada dice acerca del mundo, esto no es lo que respecta a las palabras indexicales, donde que algo se considere un vehículo dice algo respecto del mundo, y no del significado del término.

Ningún enunciado acerca de la referencia real de los términos indexicales, puede ser sostenido apodícticamente, toda afirmación en torno a la inclusión o no de un individuo en la extensión de un predicado indexical determinado, sólo es una probabilidad, pero no una certeza.

Si se sostiene la existencia de normas que contengan predicados indexicales (v.g. la muerte), cualquier decisión judicial precisará de un razonamiento respecto de la inserción o no de una situación dada en la extensión de aquel. Señala MARMOR que si se supusiera la indexicalidad de, por caso la palabra “muerte”, toda clasificación equivaldría a un enunciado empírico acerca del mundo, dicho de otro modo, sobre la referencia real de la noción de muerte¹⁰⁸³. La decisión debería basarse en la evidencia y ello conduciría a conclusiones, como ya se señaló, meramente probables. Pero además debe señalarse que el tipo de evidencia necesario, no es el propio de los convencionalismos lingüísticos, sino del tipo científico, y por ello, por principio, empíricamente revocable.

¹⁰⁸² MARMOR, ANDREI; *op. cit.*, pág. 181.

¹⁰⁸³ MARMOR, ANDREI; *op. cit.*, pág. 182.

Hay una réplica importante a la indexicalidad de los predicados. El hecho de que teorías fuertemente defendidas devengan empíricamente falsas con el devenir de nuevos descubrimientos o aportes, en poco afecta a las actividades rutinarias, a pesar de que nos apoyemos en aquellas (v.g. como dice MARMOR, las personas que compran y venden oro, no se encuentran especialmente preocupadas por la posibilidad de descubrimientos científicos que revolucionen la evidencia sobre las que actualmente se apoya la identificación del noble metal). En el Derecho ocurre lo mismo, si bien toda clasificación de un individuo en un concepto indexical, podría devenir revocable, ello parece aparejar escasa relevancia práctica,

“El nivel de certeza necesario en el derecho no es diferente del nivel de certeza necesario en un gran número de otras actividades en las cuales recurrimos como apoyo a la evidencia científica, y por lo tanto, derrotable.”¹⁰⁸⁴

En estricta rigurosidad, todos los criterios son revocables, no sólo los que involucran a predicados indexicales, y ello, porque todos los criterios para la correcta aplicación de una palabra- concepto dependen de las circunstancias (WITTGENSTEIN en este sentido). No es dable enumerar todas las circunstancias que pueden alterar un criterio. WITTGENSTEIN capta la cuestión, efectuando un distingo que permitirá demostrar lo irrelevante de la indexicalidad de los predicados (y en particular para las normas en lo que aquí nos interesa). Aquel distinguió entre *criterios* y *síntomas*, estos últimos se refieren a la evidencia empírica que fluye de la experiencia, un criterio en cambio, define aquello de lo cual es criterio,

“La fluctuación, en la gramática, entre criterios y síntomas hace que se produzca la apariencia de que sólo hay en suma síntomas.”¹⁰⁸⁵,

esta distinción muestra que ningún cambio en los síntomas (en la referencia de cualquier predicado indexical) produce un cambio en el significado de las palabras- concepto.

Cuando se sostiene que el significado de las palabras- concepto, varía con cada aplicación sucesiva de su referencia, de tal forma que las distintas explicaciones no son explicaciones de la misma cosa, se efectúa un reproche efectista que pasa por alto la útil distinción preresenada de WITTGENSTEIN entre síntomas y criterios, las teorías

¹⁰⁸⁴ MARMOR, ANDREI; *op. cit.*, pág. 183.

¹⁰⁸⁵ WITTGENSTEIN citado por MARMOR, ANDREI; *op. cit.*, pág. 186.

científicas producen efectos sobre los síntomas del empleo de los predicados indexicales, pero no sobre sus criterios.

Hay un sentido claro en el que puede decirse que las personas conocen el significado de una palabra o concepto, sin que sea posible articular una teoría acerca de lo que aquellos significan. Suelen emplearse numerosas palabras- concepto de acuerdo con las reglas del lenguaje, sin que se proporcione una explicación completa de la referencia de la palabra. Sin embargo, un empleo ordinario de las palabras revela una multiplicidad de cosas significadas por las personas, según los diversos usos que hacen las personas de ellas; en estos supuestos, como dice HART, corresponde efectuar una elección razonada entre los diversos usos puestos en juego, una elección que se basa en consideraciones teóricas, no semánticas.

Como el Derecho es una cuestión de convencionalismos para el positivismo, y las convenciones se basan en un patrón de acuerdo o convergencia de creencias, cuando la aplicación deviene problemática, no existe razón alguna para continuar argumentando en base a dichas convenciones (ha cesado su fuerza vinculante). No existe ley que en los casos controvertidos sea obligatoria, y en esto sí asiste razón a las tesis antipositivistas, pues precisamente en los lindes, el convencionalismo fracasa, pues los aplicadores del Derecho deben reconocer como jurídicamente obligatorio algo distinto que las normas identificables del sistema, algo más que el Derecho basado en las meras fuentes sociales.

En los lindes, el Derecho es algo más que una mera cuestión semántica, se dirige a si hay que atenerse a la ley o cambiarla. Pero las cuestiones semánticas sí son relevantes, y esto deviene insoslayable, vale la aclaración para descartar ya en este paso, el denominado *aguijón semántico* dworkiniano¹⁰⁸⁶ que entiende que los desacuerdos semánticos o son baladí o son un pretexto, son argumentos disfrazados acerca de cómo debería ser el Derecho, cómo debería cambiárselo, *et sit cétera*. Es decir que los juristas sólo debatirían sobre casos marginales, lo que en definitiva nada aporta. Como hemos señalado esto no es así, los problemas semánticos se manifiestan a lo largo de todas las cuestiones jurídicas, pero en los lindes, el problema deviene teórico, no ya semántico. Sin embargo, hay algo de verdad en la tesis de DWORKIN, tesis como las representadas por HART, devienen reforzadoras del paradigma convencionalista de la interpretación, y, como

¹⁰⁸⁶ MARMOR, ANDREI; *op. cit.*, pág. 17.

las convenciones parecen definir los límites del mundo jurídico, deviene casi imposible, desde el paradigma hartiano, dar cabida a desacuerdos genuinos (i.e. todos los desacuerdos son meramente semánticos); en cambio DWORKIN entiende que existen desacuerdos genuinos –con lo que no podemos más que estar de acuerdo- que son las discusiones sobre un mismo concepto¹⁰⁸⁷.

Ahora limitaremos este análisis a las reglas que encuentran ligado el significado de su formulación a una inscripción canónica. SCHAUER, va más allá, y destaca que una formulación revestida de autoridad puede tener tal carácter aun sin una expresión canónica y textual en forma escrita (v.g. las reglas de etiqueta), bastaría que, en el contexto de las instrucciones recibidas por el destinatario, hubiera patrones comunes percibidos por los miembros de la comunidad, que generara comprensiones compartidas¹⁰⁸⁸. En consecuencia, para SCHAUER, en la medida en que cierto número de personas haya internalizado la misma regla, una regla con el mismo significado, y todos hayan tratado a ese significado como atrincherado, puede decirse que la regla existe para esa gente por más que carezca de una formulación canónica,

“...podríamos entonces decir que el fenómeno del atrincheramiento, más que a formulaciones inscritas, se refiere en última instancia a la comprensión común, cuando ésta posee un contenido semántico. Las formulaciones inscritas de reglas facilitan el desarrollo de esa comprensión común con un mismo contenido semántico, pero no son necesarias para ello y, por lo tanto, existe atrincheramiento en la medida en que un decisor trata a una generalización o ejemplificación como si suministrara por sí misma una razón para la acción...”¹⁰⁸⁹

Este análisis último escapa a nuestro propósito, y es más útil para un sistema como el del *common law*, en lo que sigue, a nosotros nos importa el estudio preanalizado de SCHAUER en la sola medida de las reglas con formulación canónica, máxime si se tienen en cuenta las

¹⁰⁸⁷ Para sortear la crítica de DWORKIN, JOSEPH RAZ propone una *explicación criteriológica* de los conceptos:

- a) Determina una regla que establece el conjunto de condiciones para el uso correcto de un concepto.
- b) Es una explicación verdadera en virtud del hecho de que supone la existencia de un enunciado correcto acerca de las condiciones de uso correcto de un concepto, tal como éste es usado por aquellos que lo emplean en cierto contexto.

En la teoría criteriológica raziana, los conceptos jurídicos, son entendidos como complejos, no transparentes, interconectados, *et sit cétera*. Pueden dar cuenta de disputas genuinas (v.g. si una norma es buena moralmente), “La ventaja de esto es que no comprometería a postular una realidad metafísica constituida por hechos normativos.” En LARIGUET, GUILLERMO; *Problemas del conocimiento jurídico*, cit., pág. 83.

¹⁰⁸⁸ La noción es similar a la del *aspecto interno de las reglas* en HART.

¹⁰⁸⁹ Schauer, Frederick; *op. cit.*, pág. 131.

especiales problemáticas –objeto específico que nos proponemos- de éste tipo de reglas frente a la regla de clausura o el mandato de determinación legal¹⁰⁹⁰.

Más allá del estrato de la autonomía semántica de las normas en SCHAUER, que compartimos, la crítica realista, como se dijo, tiene relevancia práctica. La cuestión prealudida –utilización de conceptos normativos- del lenguaje del Legislador, conduce en ocasiones a violar el *mandato de determinación de la ley*, hay veces que aquel no utiliza conceptos sino criterios orientadores (v.g.: buena fe o buen padre de familia). Esto SCHAUER también lo ha visto. Aunque *ex profeso* confunde principios orientadores como estos, con las prescripciones formuladas canónicamente, bajo la idea genérica de reglas, algo que como ya se indicó, nosotros rechazamos¹⁰⁹¹. La concepción de que el Legislador debe prescindir de utilizar conceptos indeterminados no debe confundirse con la idea que los conceptos normativos puedan o deban ser evitados.

El Derecho debe establecer normas, en procura de alcanzar un orden del deber ser y ello no es posible con conceptos puramente empíricos, los conceptos jurídicos se encuentran cubiertos por un significado normativo. Esto, a pesar de habernos adelantado a partir del análisis de la teoría de SCHAUER, nos reconduce a señalar algunos aspectos relevantes del lenguaje en sí, previamente a retomar la relación de éste con las normas.

Los diversos ejemplos de un término general, están a menudo unidos entre sí de maneras totalmente diferentes de la postulada por la forma simple de definición, pueden estar unidos por analogía (vaguedad) o pueden estar unidos por diferentes relaciones con un elemento central (ambigüedad)¹⁰⁹².

Una misma palabra suele no ser utilizada con el mismo sentido en distintos sectores del ordenamiento normativo. Para WITTGENSTEIN¹⁰⁹³ los conceptos son relacionales, pues el significado de un concepto jurídico está determinado a través de la relación en que aparece, para él, el significado de un concepto jurídico depende de la relación jurídica dentro de la cual es utilizado. Lo que nos permite “despetrificar” la monolítica construcción de la autonomía semántica en SCHAUER.

¹⁰⁹⁰ Ver *infra* Capítulo V (“El Principio de Legalidad”).

¹⁰⁹¹ Ver *supra* parágrafo 29 (“La norma jurídica”).

¹⁰⁹² HART, H. L. A.; *El concepto de Derecho*, cit., pág. 18.

¹⁰⁹³ Como se verá, este aserto se inicia en el *Tractatus* pero es reforzado y pulido en las *Investigaciones Filosóficas*.

El *lenguaje jurídico*, en una primera aproximación, no parece ser unívoco, así, el lenguaje del legislador es lacónico y ordena, en tanto que el lenguaje del juez es más rico y concreto que el anterior, y no ordena nada sino que procura convencer¹⁰⁹⁴.

El tema que nos ocupa en esta instancia es, la teoría del lenguaje del Derecho, la demanda sobre la estructura del lenguaje jurídico. Que el Derecho se sirve del lenguaje es una obviedad, pero la cuestión de si aquel se produce a través de este es diversa.

Semánticamente el lenguaje sirve para designar objetos y para la representación de diversas cuestiones, en lo que hace a la práctica, el lenguaje sirve para la comunicación entre los hombres, en este último sentido pueden distinguirse diversas funciones, ya sea la función de comprensión y comunicación (información), o la función social (generación de comunidad) o la función operativa (que viabiliza el pensar y calcular); ninguna de estas funciones, sino todas, hacen a la esencia del lenguaje y a su característica como constitutiva de la dignidad personal, pues el lenguaje es la expresión misma de la persona¹⁰⁹⁵.

Ahora bien, en la filosofía del lenguaje se han formado dos corrientes, ambas representadas por WITTGENSTEIN, un WITTGENSTEIN del *Tractatus*¹⁰⁹⁶ y un

¹⁰⁹⁴ KAUFMANN, ARTHUR; *Filosofía del Derecho*, cit., pág. 223.

¹⁰⁹⁵ WILHELM V. HUMBOLDT (*Über die Verschiedenheit des menschlichen Sprachbaues und ihren Einfluß auf die geistige Entwicklung des Menschengeschlechtes*) cit. por HEIDEGGER, MARTIN; *Lenguaje tradicional y lenguaje técnico*, trad. Manuel Jiménez Redondo, en [www.heideggeriana.com.ar/textos/tecnico_tradicional.htm#El lenguaje](http://www.heideggeriana.com.ar/textos/tecnico_tradicional.htm#El%20Lenguaje), punto "El lenguaje".

¹⁰⁹⁶

a) Las que representan hechos atómicos: son aquellas que forman parte del lenguaje significativo [*sinnvoll*], v. gr., "[Sócrates](#) es mortal". Dichas proposiciones, en tanto que se refieren a hechos, son contingentes y, *eo ipso*, susceptibles de ser verdaderas o falsas.

b) Las que no representan hechos atómicos: son aquellas que no pertenecen al lenguaje significativo o con sentido [*sinn*], es decir, que carecen de significación. Se subdividen a su vez en:

b.1.) Sin sentido [*sinnlos*]: v. gr., "Sócrates es Sócrates". Aquí están incluidas todas las tautologías y contradicciones, de modo que estas proposiciones serán siempre verdaderas las unas y siempre falsas las otras, aunque de un modo bastante distinto que las anteriores; puesto que "no representan ningún posible estado de cosas" (*ibid.*, § 4.462). Por ello, las proposiciones

sin sentido no serán, en rigor, auténticas proposiciones, ya que "pertenece a la esencia de la proposición poder comunicarnos un sentido *nuevo*" (*ibid.*, § 4.027).

b.2.) Absurdas o insensatas [*unsinnig*]: v. gr., "Sócrates es idéntico". Es claro que estas proposiciones no pueden ser ni verdaderas ni falsas, sino absurdas. Estas tampoco son proposiciones en sentido estricto, sino que se trata de pseudoproposiciones [*scheinsätze*].

leibniziana

WITTGENSTEIN de las *Investigaciones Filosóficas*¹⁰⁹⁷. Su *Gramática Filosófica* representa el punto de transición entre uno y otro momento, y no será tratada aquí. WITTGENSTEIN se refuta a sí mismo, no se trata de un mero error de análisis en que el autor se retracta¹⁰⁹⁸.

¹⁰⁹⁸ ALBANO, SERGIO; *Wittgenstein y el Lenguaje*, Editorial Quadrata, Buenos Aires, 2006, pág. 34.

¹⁰⁹⁹ ALBANO, SERGIO; *op. cit.*, pág. 7.

¹¹⁰⁰ ALBANO, SERGIO; *op. cit.*, pág. 19.

¹¹⁰¹ ALBANO, SERGIO; *op. cit.*, pág. 8. El autor destaca que en esta etapa de WITTGENSTEIN hay una reafirmación de la función descriptiva del lenguaje por sobre la interpretativa.

¹¹⁰² Ver *infra* Capítulo IV (“Interpretación y Aplicación de las normas penales”).

¹¹⁰³ ALBANO, SERGIO; *op. cit.*, pág. 10.

¹¹⁰⁴ ALBANO, SERGIO; *op. cit.*, pág. 11.

¹¹⁰⁵ En esta etapa WITTGENSTEIN señala que existe un significado, más o menos fijo del lenguaje. En tanto que la interpretación consiste en el pasaje de lo gramatical a lo enunciado, el sujeto a partir de su competencia es capaz de generar cambios en la estructura de superficie de la materialidad del lenguaje. El campo semántico de la proposición es determinado por el hablante. Algo más se verá de esto *Infra*, ver Capítulo IV (“Interpretación y Aplicación de las Normas Penales”).

¹¹⁰⁶ ALBANO, SERGIO; *op. cit.*, pág. 126.

¹¹⁰⁷ La matriz en ALBANO, SERGIO; *op. cit.*, pág. 28.

¹¹⁰⁸ Ver *supra* en este mismo apartado.

¹¹⁰⁹ ALBANO, SERGIO; *op. cit.*, pág. 51.

verdad

W1 se esfuerza por un *lenguaje ideal*, artificial, estrictamente formal, en el cual se utilizan símbolos claros, pues utilizando un marco de tal naturaleza se protege a la ciencia de usos lingüísticos sin sentido y de los problemas que ello trae aparejado.

W2 parte del *lenguaje normal hablado*, su finalidad estriba en reducir las palabras provenientes de la esfera metafísica a su significado original, y a través de la utilización correcta del lenguaje natural, eliminar ambigüedades conceptuales.

Se ha sostenido que ninguna de las dos corrientes ha podido triunfar, y ello con motivo de la *bidimensionalidad del lenguaje*. El lenguaje vivo se mueve entre dos planos, el primero es racional categorial (lenguaje digital) donde existe claridad lógico-formal y de exactitud, alcanzables a través de la abstracción; el segundo plano es intencional- metafórico (lenguaje analógico), trata el sentido lógico- trascendental del lenguaje, que excluye claridad. Un lenguaje unidimensional sería o bien ambivalente hasta el punto de no poder nombrar o comprender, o bien unívoco, no viviente y que sólo podrían utilizar seres insensibles como el computador¹¹¹⁰.

Modernamente se ha presentado una teoría alternativa, denominada *teoría prototípica de los conceptos*, que recepta en alguna medida la idea de WITTGENSTEIN de los “parecidos de familia”, niega categorías como las de verdad y necesidad *a priori*, y destaca que las conexiones de significado interesantes entre los conceptos (o prototipos), no son

¹¹¹⁰ KAUFMANN, ARTHUR; *Filosofía del Derecho*, cit., pág. 232.

analíticas ni deductivas necesariamente, sino “probabilísticas” e “inductivas”; se cree contar así con una teoría de los conceptos que pueda lidiar con la variabilidad y contingencia de los hechos del mundo, se la presenta como una posición flexible, frente a la rigidez de las teorías clásicas. Tal flexibilidad señala que las distinciones entre conceptos no pueden ser ni cualitativas ni tajantes, sino graduales,

“Son más bien conexiones del tipo ‘en la mayoría de los casos, los conceptos x e y se conectan’”¹¹¹¹

LARENZ ha procurado rediseñar metódicamente el proceso de captación lingüístico por el Derecho. Señala que de los objetos y acontecimientos que se hallan frecuentemente en la realidad, el hombre se construye primeramente una *representación general*, pero aun no un “concepto”, y los designa con una palabra determinada. La formación de conceptos es tarea de la ciencia. Los conceptos se forman por *definiciones* (i.e. mediante una indicación exhaustiva de los elementos que lo forman) lo que determina su contenido y delimita su campo de aplicación¹¹¹². Dicho de otra manera, las personas pueden tener una representación general de lo que es un “árbol”, una “silla” u otra cosa, lo que le permite distinguir las cosas que percibe dentro de su especie general y clasificarlas; pero la mayoría de las veces no tendrá un concepto de ellas

“Si veo pasar un automóvil o un tranvía, no me imagino primero las características conceptuales, para examinar si concurren todas, sino que enjuicio, en base a la representación que de ello tengo: esto es un automóvil, un tranvía. Las representaciones que de ordinario tienen las personas pueden ser más limitadas o más amplias...”¹¹¹³

Como la cuestión no podría quedar, según LARENZ, al arbitrio del juzgador, las difusas representaciones, sea por la ley o por los juristas, se transforman en conceptos precisamente delimitados; la cuestión es que los conceptos no son los naturalistas, sino “el” concepto que permite una aplicación plena de sentido y adecuada al fin que procura la disposición legal: se trata entonces de un *concepto jurídico*. Si se logra la definición, y ésta encuentra reconocimiento en la jurisprudencia (el protagonismo de los jueces, si bien se procura sortear, termina cobrando de todas formas relieve), se habrá consumado finalmente la

¹¹¹¹ LARIGUET, GUILLERMO; *Problemas del conocimiento jurídico*, cit., pág. 93.

¹¹¹² Similar a las nociones de *denotación* y *connotación* que veremos *infra* -ver parágrafo 31 (“La interpretación jurídica”)-, y que se adelantara en este mismo apartado *supra*.

¹¹¹³ LARENZ, KARL; *op. cit.*, pág. 197.

transformación de la representación general, que el Legislador tomara primigeniamente, en un concepto jurídico¹¹¹⁴. Pero el Legislador puede evitar dejar en manos de la ciencia o de la jurisprudencia la formulación de la definición, delimitando él mismo la representación (i.e. definiendo), sin embargo tendrá que partir de la correspondiente representación general y tratar únicamente de precisar ésta tanto como sea necesario para el fin de la norma.

Como se observa, si bien LARENZ procura reducir la relevancia del lenguaje natural, procurando una suerte de ortolenguaje¹¹¹⁵, lo cierto es que los conceptos vienen dados naturalísticamente y ello no puede ser obviado. Continúa el catedrático de la Universidad de Munich señalando que, junto a los conceptos obtenidos por definiciones de las representaciones generales referidos a acontecimientos naturales (a los que denomina *conceptos jurídicos secundarios*), se hallan en la ley conceptos referidos a acontecimientos o relaciones de significación específicamente jurídicos (*conceptos jurídicos primarios*); estos últimos, exceptuando los conceptos auxiliares meramente técnicos (v.g. “impugnación”, “resolución”, “ratificación”, *et sit cétera*), tampoco pueden ser formulados arbitrariamente por el Legislador, sino que se enlazan con “representaciones jurídicas” comunes a todos los que participan en el tráfico jurídico, y que han sido conformados por la ciencia del Derecho¹¹¹⁶. Finalmente, explica LARENZ que si bien el Legislador puede cambiar el nombre de las cosas (i.e. la designación), llamando, por caso “homicidio” a lo que es un “robo”, sólo se cambiarían las designaciones, los conceptos que conciernen a un determinado tipo o hecho no se verían por ello afectados. De allí que el Legislador, sólo realiza la conformación pormenorizada de un tipo jurídico o de una relación jurídica, cuyos rasgos fundamentales le vienen dados en las creaciones de la vida jurídica y por las representaciones¹¹¹⁷.

La relevancia del lenguaje es indudable, es

“...la más rica y compleja herramienta de comunicación entre los hombres...”,

pero no siempre esa herramienta funciona bien,

¹¹¹⁴ LARENZ, KARL; *op. cit.*, pág. 198.

¹¹¹⁵ *Vide supra* en este mismo apartado.

¹¹¹⁶ LARENZ, KARL; *ibídem*.

¹¹¹⁷ LARENZ, KARL; *op. cit.*, pág. 199.

“...una comunicación lingüística puede resultar frustrada: el destinatario de ella puede sentirse perplejo ante el alcance de las expresiones que ha escuchado o leído.”¹¹¹⁸

Las dos principales fuentes de posibles perplejidades pueden formularse a tenor de lo que sigue: a) ¿cómo debo tomar una expresión determinada? o ¿cuál es su fuerza? La pregunta consiste en qué cosa, de las muchas que se pueden hacer con palabras, es la que ha utilizado un interlocutor dado al decir lo que dijo, en las circunstancias y en la forma en que lo dijo (v.g. ¿se ha dado una orden?, ¿un consejo?, ¿una recomendación?, *et sit cétera*)¹¹¹⁹, b) ¿qué quiere decir lo que se dijo en el momento dado?, en este nivel ya se conoce la respuesta al primer interrogante, pero se desconoce, por caso, en el supuesto de una orden, qué se ha ordenado; o en el supuesto de un consejo, qué se aconsejó. Estos son los principales casos de perplejidades, y a pesar de su distinción explicativa, pueden presentarse unidas.

El primero importa una problemática relacionada con el llamado *uso del lenguaje*, lo que demuestra la riqueza y prodigalidad posible del lenguaje natural, hay un número infinito de géneros, una multiplicidad de diferentes símbolos; palabras o frases, a lo que se aduna que, dicha multiplicidad no es fija, pues pueden presentarse nuevos tipos de lenguaje, en tanto que otros pierden vigencia y se desusan. Una opinión común es la que entiende que, todas las expresiones con sentido, cumplen la sola función de describir o registrar estados de hecho, pero esa no es ni la principal ni el solo fin del lenguaje¹¹²⁰.

A propósito de lo preñado, IRVING COPI bosqueja una usual clasificación que, como destaca CARRIÓ, sirve para clasificar los casos paradigmáticos de uso del lenguaje y no los dudosos, pero a nuestros fines es de interés señalarlos: a) *uso descriptivo*, sirve para informar en torno a cierto fenómeno o estado de cosas, y las unidades lingüísticas utilizadas son aserciones, pues sólo de ellas es posible predicar sobre su verdad o falsedad (su paradigma es el lenguaje científico); b) *uso expresivo*, sirve como vehículo de expresión de sentimientos o sensaciones, usualmente se lo utiliza para procurar en el prójimo empatía o para infundir sentimientos análogos, sobre ellas no cabe predicar falsación alguna (el

¹¹¹⁸ CARRIÓ, GENARO; *op. cit.*, pág. 17.

¹¹¹⁹ Las nociones de “fuerza” o “significado de la expresión” son de JOHN AUSTIN, “podemos estar de acuerdo sobre cuáles fueron las palabras que efectivamente se pronunciaron, o incluso cuáles fueron los sentidos en los que se las usó y las realidades a las que ellas hicieron referencia, y sin embargo podemos todavía discrepar acerca de si, en las circunstancias, esas palabras constituyeron una orden, o una amenaza o simplemente un consejo o una advertencia.” (citado por CARRIÓ, GENARO R.; *op. cit.*, pág. 37).

¹¹²⁰ CARRIÓ, GENARO R.; *op. cit.*, pág. 40.

paradigma de ésta variante es el lenguaje poético); c) *uso directivo*, donde el propósito de las fórmulas verbales está puesto en inducir a otro a hacer algo determinado, a comportarse de una forma específica; no tiene sentido preguntarse si una orden es verdadera o falsa, cuando se califica, por caso, a una ley penal, se indica que es justa o injusta, útil o no, *et sit cétera*; d) *uso operativo*, sirve para realizar con palabras que, según ciertas convenciones en vigor, sirven para algo, por ejemplo, para otorgar un testamento ológrafo, el testador expresa su voluntad con palabras instituyendo un heredero, al hacerlo, no está efectuándose una descripción de lo que aquel hizo, sino que la función central es la de instituir beneficiario a alguien¹¹²¹.

Otra clasificación igualmente útil es la de BÜHLER traída por CARRIÓ, sostiene que los signos lingüísticos cumplen tres funciones distinguibles: a) en cuanto *símbolo*, ordena objetos y relaciones, b) en cuanto *síntoma* –indicio– depende del emisor, cuya interioridad expresa y, c) *señal*, apela al oyente cuya conducta interna o externa dirige; sobre tal base BÜHLER distingue tres funciones del lenguaje: a) *función representativa*, con identidad al uso descriptivo de COPI, b) *función expresiva*, análoga con el uso expresivo reseñado *supra* y, c) *lenguaje de mando*, el que puede definirse a partir de la reseña del *uso directivo* en COPI¹¹²².

Frente a la variedad de formas del lenguaje, el problema estriba en seleccionar la guía más adecuada para no equivocarse al interpretar cuál ha sido el uso del lenguaje en el momento dado. Señala CARRIÓ que es usual que la más de las veces se interprete correctamente el sentido de las palabras, pero no es extraño que también se yerre.

“La forma gramatical de la expresión no es, ciertamente, una guía segura. No siempre las órdenes, por ejemplo, se dan usando el modo imperativo.

“Si generalmente no nos equivocamos es porque manejamos muy bien, aunque no sepamos hacer explícito, el complejo sistema de reglas implícito en el uso de las palabras. Tales reglas, que relacionan ciertos giros y expresiones con situaciones sociales o interindividuales típicas, determinan con claridad, en la mayoría de los casos, qué clase de acto verbal es el que se ha ejecutado.”¹¹²³

¹¹²¹ COPI, IRVING; *Introducción a la Lógica*, (trad. Néstor Miguez), Eudeba, Buenos Aires, 1962, pág. 34 y ss.

¹¹²² CARRIÓ, GENARO R.; *op. cit.*, pág. 41.

¹¹²³ CARRIÓ, GENARO R.; *op. cit.*, pág. 22.

Una de las causas que tornan insegura a la forma gramatical, es la existencia de numerosas palabras, que con independencia de su llamado *significado descriptivo*, tienen la capacidad de provocar paralelamente respuestas emotivas en las personas (v.g. “libertad”, “oligarquía”, “democracia”, *et sit cétera*), CARRIÓ subraya que, entre estas palabras utilizadas con imprecisión, se encuentra la palabra “Derecho” y muchas con ella vinculadas, de ahí que la pretensión positivista de erradicar por decreto la carga emotiva de aquella, hayan sido infructuosas, tal carga está ya incorporada al lenguaje cotidiano. Esta dimensión del lenguaje es llamada *significado emotivo*¹¹²⁴, como cosa distinta del significado descriptivo, hace referencia a ciertas características disposicionales de algunos términos o expresiones¹¹²⁵.

El uso de ciertas palabras, en ocasiones, resulta poco menos que imposible señalar con qué estado de cosas se vincula. Por caso, referirse a que cierto libro es “pesado”, o que tal criterio es “plausible”, no permiten entender qué propiedades constituyen el criterio de aplicación de esas palabras, sólo transmiten sensaciones de conformismo o disconformismo. Con palabras como “Derecho” o “democracia”, no necesariamente acaece esto, en ciertos casos pueden tener un sentido descriptivo bastante claro, pero en otros ámbitos verse llenados por una alta carga emotiva (v.g. un debate o mitin político).

Cuando se procura redefinir el significado de un término o expresión, tratando de mantener intacto su valor emotivo, se está otorgando una “definición persuasiva”¹¹²⁶, esto es especialmente importante en los casos en que se “describa” un conjunto de hechos utilizando un lenguaje neutro o un lenguaje con distintas variantes emotivas, es una forma de usar las palabras bivalentemente: las palabras funcionan en un contexto descriptivamente y en otro emotivamente; pero cuando la duplicidad funcional no es explícita o clara, puede inducir a errores. CARRIÓ señala que en parte no desdeñable, las disputas entre los juristas se hallan plagadas por la falta de claridad acerca de cómo deben tomarse ciertos enunciados típicos de la teoría jurídica; sino se dilucida este tipo de errores,

¹¹²⁴ CARRIÓ trae a colación el Libro III de la *Retórica* de ARISTÓTELES como muestrario de lo dicho en el texto (*op. cit.*, pág. 43).

¹¹²⁵ CARRIÓ, GENARO R.; *op. cit.*, pág. 23.

¹¹²⁶ STEVENSON citado por CARRIÓ, GENARO R.; *op. cit.*, pág. 24.

deviene estéril cualquier esfuerzo de argumentación racional, pues las divergencias persistirán,

“Obtener claridad acerca de esto no es, por cierto, condición suficiente para eliminar el desacuerdo, pero sí condición necesaria.”¹¹²⁷

Muchas de las discrepancias o desacuerdos entre los juristas, son tributarios de inadvertir estos problemas, algunos ejemplos de pseudo- disputas se deben a variedades de cuestiones como éstas¹¹²⁸: a) desacuerdo previo sobre el significado que en una disputa se otorga a algunas palabras claves, es probable que una parte le otorgue un significado y la restante otro diverso, en el entendimiento de que la palabra de que se trate posee *un* significado intrínseco; b) otro tipo de problema estriba en las disputas basadas en enunciados que no son aserciones de hecho, enunciados que no suministran ninguna información sobre los fenómenos del mundo, son desacuerdos en torno a proposiciones analíticas, como la que puede darse entre un iusnaturalista y un positivista acerca de lo que ha de entenderse por “orden jurídico”; ambos desde su perspectiva de análisis tendrán validez, pero no podrán refutarse sus construcciones desde el atalaya del otro; c) las discrepancias en ocasiones giran sobre una creencia errónea sobre el papel o función que desempeñan las clasificaciones, ello suele deberse a que las teorías jurídicas suelen manejarse con clasificaciones heredadas, muchas de ellas avaladas por un importante prestigio; los juristas creen que esas clasificaciones constituyen la *verdadera* forma de agrupar las reglas y los fenómenos, en lugar de ver en ellas simples instrumentos para una mejor comprensión de estos. Los fenómenos –se cree- deben acomodarse a las clasificaciones y no a la inversa, gran parte de las discusiones jurídicas se deben a cuestiones de clasificaciones abordadas como si se tratase de cuestiones de hecho, pero las clasificaciones no son ni verdaderas ni falsas, sino útiles o no, los criterios para decidirse por una clasificación u otra están dados por consideraciones de conveniencia científica, didáctica o práctica; d) un cuarto problema está vinculado con el uso emotivo del lenguaje¹¹²⁹, en que, modificando el sentido descriptivo de una palabra, se la envuelve en juicios de valor encubiertos, ocultas tras la apariencia de definiciones, en dichos casos, las disputas parecen desacuerdos sobre hechos, cuando en rigor son discrepancias valorativas.

¹¹²⁷ CARRIÓ, GENARO R.; *op. cit.*, pág. 25.

¹¹²⁸ CARRIÓ, GENARO R.; *op. cit.*, págs. 95 y ss.

¹¹²⁹ Avanzaremos sobre él, más adelante en este mismo apartado.

El segundo interrogante de CARRIÓ funciona incluso habiendo dado una respuesta al primero, de donde, los problemas con él relacionados, no se vinculan con la fuerza de la expresión. La cuestión tiene que ver con la utilización de palabras generales en el lenguaje, y el sometimiento de las mismas a los problemas de ambigüedad, textura abierta y vaguedad vistos *supra e infra*¹¹³⁰.

Las normas jurídicas, conforme el análisis ya efectuado¹¹³¹, en cuanto califican deónticamente ciertos comportamientos, están compuestas por palabras, que tienen las características propias y los problemas a ellos relacionados del lenguaje natural, o son definibles en términos de ellas. CARRIÓ destaca que esto no es accidental, ni una insuficiencia, ni un defecto grave del Derecho, el uso eficaz de éste último precisa que las reglas jurídicas sean comprendidas por el mayor número posible de personas de una comunidad dada. La función social del Derecho (según hoy se lo concibe), estaría desarticulada, si sólo un grupo pequeño de sujetos pudiese comprender las reglas, dicho de éste modo

“...es legítimo decir que las normas jurídicas no sólo se valen del lenguaje natural sino que, en cierto sentido, *tienen* que hacerlo.”¹¹³²

A ésta postura se le ha replicado que, los juristas, suelen utilizar un lenguaje técnico especializado, compuesto por definiciones precisas, y que no forman parte del lenguaje natural (v.g. “acto jurídico”, “donación”, “compraventa”, *et sit cétera*).

Autores como SOLER (*Fe en el Derecho y La interpretación de la ley*), han llegado a postular que dichos conceptos, tienen el justo alcance otorgado por el Legislador, están compuestos por un número limitado de elementos puestos, de donde serían tan precisos como los conceptos matemáticos. KARL LARENZ visualizaba en parigual la construcción del lenguaje jurídico, para él, la ley se sirve de las representaciones generales que el lenguaje vincula a determinadas palabras y que se toman del lenguaje natural, las que por imperio de la propia ley o mediante la interpretación y el trabajo de la ciencia del Derecho, se transforman en *conceptos jurídicos*; estos conceptos son

“lo más precisamente delimitados que sea posible”¹¹³³,

¹¹³⁰ Ver parágrafo 31 (“La interpretación jurídica”).

¹¹³¹ Ver resto de este Capítulo y especialmente el análisis de FREDERICK SCHAUER en este parágrafo.

¹¹³² CARRIÓ, GENARO R.; *op. cit.*, pág. 49.

¹¹³³ LARENZ, KARL; *op. cit.*, pág. 196.

con lo que se procura poner un freno a las arbitrariedades del fluctuante lenguaje común aumentando la seguridad jurídica,

“Décadas y aun siglos pueden transcurrir antes de que un concepto se haya ‘clarificado’ (relevantemente) en el lenguaje jurídico...”¹¹³⁴

CARRIÓ critica ésta tesis, pues entiende, que si bien es cierto que los juristas se han esforzado por crear un lenguaje en cierto modo artificial, pero más preciso con el fin de procurar mayor rigor instrumental (v.g. “donar” tiene contornos más definidos que la palabra común “regalar”), no es menos cierto que existen profundas diferencias entre el lenguaje de los juristas y los lenguajes formalizados (v.g. matemáticas), el primero es una forma menos imprecisa de lenguaje natural, que los juristas se procuran con la pretensión de adoptar un lenguaje absolutamente riguroso, veamos las características que indica CARRIÓ¹¹³⁵:

- (a) No es verdad que los términos y conceptos jurídicos se asemejen a los conceptos de los lenguajes formales, pues ambos se identifican en la utilización de un número finito de elementos identificatorios. Es falso entonces, que las llamadas figuras jurídicas posean “purísimos perfiles indeformables” (SOLER, *Fe en el Derecho*). Da como ejemplo CARRIÓ –entre otros-, a la “compraventa”, si esta es una transacción que tiene que tener un precio, ¿cuánto precio hace falta para entender que se da la figura en cuestión?, pues si la cantidad de dinero a cambio de la cosa es insignificante, se dirá que hay una donación encubierta.

“Las reglas sobre la comprensión inmediata de las normas jurídicas no son más explícitas que las reglas del mismo tipo relativas al lenguaje cotidiano. El análisis de éste no ha avanzado aún lo suficiente para explicar su contenido y operación. Construir lenguajes artificiales diversos, tales como los de los cálculos formalizados de los distintos sistemas deductivos, es tarea más fácil que hacer explícitas las reglas subyacentes al uso del lenguaje cotidiano, con todas sus incertidumbres y faltas de precisión. Sin embargo, a pesar de ese inconveniente, usamos el lenguaje cotidiano sin trabas; éste funciona bien para la transmisión ordinaria de informaciones en el universo del discurso de nuestra vida diaria. Lo mismo puede decirse de las reglas de comprensión inmediata en el lenguaje

¹¹³⁴ LARENZ, KARL; *ibídem*.

¹¹³⁵ CARRIÓ, GENARO R.; *op. cit.*, pág. 52.

jurídico, que se encuentra ‘entre’ el lenguaje cotidiano y los lenguajes artificiales, más próximo quizás al primero que a los últimos.”¹¹³⁶

- (b) Como las palabras jurídicas de cierto nivel, están circundadas por una *zona de penumbra*, no son insólitos los casos dudosos o marginales. En estos casos los juristas desconocen si se enfrentan a casos ya catalogados o novedosos, claramente esto no se da en lenguajes como el de la geometría.
- (c) La complejidad de las situaciones que se dan cotidianamente, supera las clasificaciones tradicionales. Ejemplo de ello son los denominados “contratos atípicos” o “contratos modernos”, fruto de las necesidades cambiantes y de las creaciones optimizantes de los cocontratantes, para ello se idean nuevas rotulaciones (v.g. “contratos de edición”, “*franchising*”, “*leasing*”, “*underwriting*”, *et sit cétera*). Pero el arsenal terminológico será insuficiente indefectiblemente, y ello es así, pues la *textura abierta* es una característica inerradicable de los lenguajes naturales.
- (d) El problema se da también en los sectores aparentemente más formalizados y abstractos, los problemas de penumbra se presentan ni bien se intenta dar uso a las reglas correspondientes. Casos como “domicilio real”, “demente”, “dolo”, “cuasidolo”, “culpa”, *et sit cétera*, son fórmulas verbales claramente aplicables a unos supuestos de hecho, e inaplicables a otros; pero la duda se presentará frente a casos dudosos, atípicos o marginales.

“No podemos encerrarnos en la falsa seguridad de que los tecnicismos del lenguaje jurídico pueden eliminar esta última categoría de casos. La diaria experiencia de los tribunales y, en general, el contacto profesional con el derecho, nos enseñan que esa seguridad es quimérica.”

- (e) Hay también juristas, que no hesitan en reconocer que las categorías jurídicas no poseen identidad con los lenguajes formales, sino con los lenguajes comunes, fuerza hay en reconocer que ha de tropezarse necesariamente con la imprecisión o relatividad de los conceptos jurídicos. Las clasificaciones jurídicas sólo procuran agrupar distintos fenómenos con criterios aproximativos y flexibles, de donde nociones precisas como las prereseñadas son meras orientaciones útiles pero

¹¹³⁶ JERZY WROBLEWSKI (“*Semantic basis of the theory of legal interpretation*”), citado por CARRIÓ, GENARO R.; *op. cit.*, pág. 74.

siempre un poco arbitrarias, “...como toda tentativa de trazar una línea divisoria allí donde existen matices, gradaciones y zonas de transición” (GORLA, *El contrato...*).”.

En síntesis, el lenguaje jurídico, tiene básicamente las mismas características que los lenguajes naturales, por eso, deben distinguirse dos tipos de casos: a) aquellos cuyos hechos constitutivos están claramente contemplados por el área de significado central de los términos en que la regla consiste; y b) aquellos que no se hallan claramente incluidos en el área de significado central, allí, las palabras que se utilizan en las normas jurídicas (para aludir a hechos, sucesos o actividades humanas), poseen *zonas de penumbra*, es decir que son actual o potencialmente vagas, la vaguedad se manifiesta frente a los casos marginales o atípicos¹¹³⁷.

En los casos claros, suele decirse que el aplicador de la regla, sólo subsumió aquel en ésta. Sin embargo, asiste razón a CARRIÓ en que aun en estos supuestos, sólo es dable postular que el significado de la regla está supeditado a los contextos y situaciones semejantes que le acuerda hoy el uso lingüístico preponderante, ya sea en la comunidad toda, o en el sector judicial¹¹³⁸. En los casos marginales o de penumbra, no puede sostenerse sin más que se ha “descubierto” el significado de la regla, el intérprete habrá agotado los métodos cognoscitivos y no será posible dilucidar las dudas; ello no viene por la ignorancia de los hechos (cuestión de los medios probatorios, ajeno al análisis propuesto en éste trabajo), sino a la ignorancia del significado efectivo de la regla en relación al caso. En dichos casos, las decisiones de los jueces parecen no estar controladas por las reglas¹¹³⁹, para considerar al caso como excluido o incluido en la regla, el intérprete está forzado a decidir, a adjudicar un sentido a la regla¹¹⁴⁰.

Lo dicho nos permite adelantar algunas cuestiones sobre las que avanzaremos más adelante, la adjudicación de significado a las reglas, en los casos de penumbra (y por qué no, también en los casos claros, según los lineamientos mencionados).

¹¹³⁷ CARRIÓ, GENARO R.; *op. cit.*, pág. 55.

¹¹³⁸ Respecto a la crítica del método de subsunción, ver el Capítulo IV (“Interpretación y Aplicación de las normas penales”).

¹¹³⁹ CARRIÓ, GENARO R.; *op. cit.*, pág. 57.

¹¹⁴⁰ CARRIÓ entiende que ese sentido no está en la regla, es *puesto* por el intérprete, sobre la base de una adjudicación de sentido, donde, si la misma no es arbitraria, estará guiada por pautas de índole axiológicas o de oportunidad (*op. cit.*, pág. 57). Nosotros examinaremos el llamado sentido “puesto”, *infra* en el Capítulo IV, destacando la importancia de la analogía en esos supuestos (específicamente los parágrafos 34 – “La aplicación del Derecho. Las conclusiones lógicas en el Derecho”- y 34.4 –“La analogía”-).

Una de las consecuencias es que, es falsa la noción de que el sistema jurídico es un sistema cerrado, dotado de *plenitud hermética* o *finitud lógica*, cualquier orden jurídico tiene *lagunas*. Esto para CARRIÓ, no significa que el Legislador sea capaz de dar respuestas por anticipado a cualquier supuesto, sino una cuestión más profunda

“...aun admitiendo que el orden jurídico está integrado también por las pautas jurisprudenciales vigentes, fruto de la labor judicial que va llenando los ‘vacíos’ de la legislación y haciendo frente, con mayor o menor imaginación..., a las cambiantes necesidades del cuerpo social, y aun concediendo que de algún modo no clarificado ese orden se complementa con los conceptos dogmáticos elaborados por los juristas teóricos, siempre quedan y quedarán zonas de indeterminación, cuyos límites son indeterminables. Los casos que se susciten en ellas reclamarán, en su momento, auténticas decisiones (y no siempre deducciones). Una vez consolidadas, esas decisiones aportarán certeza a un área que, hasta entonces, carecía de ella.”¹¹⁴¹

Coincidimos con esto, pero el análisis de las lagunas —de relevancia para nuestro estudio—, será abordado más adelante¹¹⁴². CARRIÓ señala que no puede entenderse al orden jurídico como un sistema cerrado y finito, sino como un “sistema abierto”, o sino derechamente negarle el carácter de sistemático en cuanto estructura coherente de reglas y principios, por la de pautas y criterios marco.

Otra consecuencia estriba en que, si los jueces pretenden resolver de forma no arbitraria los casos de penumbra, deben estar dotados de un importante arsenal de pautas valorativas que fundamenten sus decisiones, como asimismo de una notable capacidad argumental que apoye la selección de pautas no normativas utilizadas en sus decisiones¹¹⁴³.

La última consecuencia que visualiza CARRIÓ, es que, pese a la importancia de los casos de penumbra cuya aparición sistemática es insoslayable, también es comprobable la existencia de numerosos casos en que las reglas que componen el ordenamiento jurídico, no suscitan problemas como los que aquellos traen aparejados,

¹¹⁴¹ CARRIÓ, GENARO R.; *op. cit.*, pág. 58.

¹¹⁴² Ver *infra* parágrafo 50 (“La actividad creadora del juez ante las ‘lagunas’ y las ‘reglas injustas’”).

¹¹⁴³ Más adelante nos ocuparemos de éstas cuestiones. Ver *infra* parágrafos 36 (“La corrección de los enunciados normativos. El Derecho correcto”) y 37 (“Derecho y argumentación jurídica como discurso racional”).

“Importantes sectores de la vida comunitaria están controlados por reglas cuyo significado cubre claramente la enorme mayoría de los supuestos de hecho que están destinadas a regular”¹¹⁴⁴

Si bien coincidimos con la existencia de casos “claros”, disentimos con los postulados del autor reseñado en cuanto destaca que la “enorme mayoría de los casos” responden a dichas características, y en que brinda como ejemplo de reglas que no requieren actitud crítico- valorativa, ni que se escudriñen sus finalidades o se coloque el juez en una posición análoga a la del Legislador, a las normas penales, sin mayores justificativos. Éste trabajo se direcciona precisamente a impugnar tal aserto infundado.

Para la dogmática jurídica, los conceptos jurídicos son fijos y nítidos. Si bien es cierto que el lenguaje natural es ambiguo y vago, la sola inserción de una expresión cualquiera en una norma, convierte en *expresión técnica* a la más común de las palabras. Tal pasaje, bastaría por sí para corregir las deficiencias del lenguaje común¹¹⁴⁵. Esta transformación del sentido vulgar de las palabras, en sentido técnico preciso, se debe a cinco procesos que SOLER explica¹¹⁴⁶:

a) *Operatividad*. La incorporación de un vocablo del lenguaje natural a una regla, hace que tal expresión adquiera un inequívoco sentido dispositivo.

“Cuando la ley emplea una expresión ésta tiene un sentido preciso y dispositivo”

b) *Definición*. Cuando la ley habla, en todo momento acota o limita.

“La ley no puede mandar y prohibir la misma cosa simultáneamente. El principio normativo de no contradicción lima las asperezas de las palabras comunes.”

c) *Cuantificación*.

“La cuantificación de lo cualitativo es uno de los procedimientos técnicos típicos del derecho.”

Si bien existen palabras vagas (v.g. “calvo”, “inimputable”, *et sit cétera*), en caso de ser receptadas por la ley se les fijan límites absolutamente precisos, se trata de un medio técnico para que la autoridad o el juez puedan decidir conforme a ellas.

d) *Tipificación*.

¹¹⁴⁴ CARRIÓ, GENARO R.; *op. cit.*, pág. 60.

¹¹⁴⁵ SEBASTIÁN SOLER (*Las palabras de la ley*), citado por CARRIÓ, GENARO R.; *op. cit.*, pág. 143.

¹¹⁴⁶ SEBASTIÁN SOLER (*Las palabras de la ley*), citado por CARRIÓ, GENARO R.; *op. cit.*, págs. 143 y ss.

“El objeto de la ley finca en la necesidad de tipificar para regular, es decir, en construir esquemas abstractos que constituyen efectivamente las hipótesis desencadenantes de la coacción jurídica.”,

cuando la realidad se tipifica, se la petrifica, aun en los casos en que las palabras son tomadas del lenguaje natural, la legislación actúa como si se hubiera forjado el término deliberadamente desde la ley,

“cuando la ley se expresa debe entenderse que ha querido decir algo y que, además, ha querido decir precisamente lo que dice.”

e) *Constitución*. El último procedimiento salva de todo posible flanco descubierto. La ley crea su propia terminología, inventa palabras, en dichos casos no puede hablarse de ambigüedades o vaguedades, porque

“...se trata de conceptos constituidos al modo como la geometría construye los suyos... Las palabras de éste tipo no nombran una realidad fluida, sino una estructura o figura precisa y cerrada.”

Con esto, para SOLER, las características del lenguaje del Derecho se refieren a un recorte de acciones “debidas” de entre todos los tipos de acciones “posibles”; por ello las reglas recurren a abstracciones conceptuales referidas a clases de acciones (el Derecho acota clases de actos que contienen determinadas notas relevantes y soslaya otras por innecesarias). Para cumplir con dicha función, las reglas deben ser fijas, inflexibles, sino no podrían regular lo que pretenden. Todo este marco conduce a SOLER a señalar que los objetos del conocimiento jurídico así dados son fijos, precisos y exactos: se asemejan a un objeto ideal; además, el conocimiento dogmático no toma en cuenta el principio de la infinitud de lo real (que es mudable, perfectible, revisable),

“los enunciados normativos, vistos desde adentro, son preceptos conclusivos, cerrados en sí mismos. Están constituidos exclusivamente por las notas que se consideran suficientes para fundar la consecuencia jurídica.”¹¹⁴⁷

En síntesis, las reglas carecerían para SOLER de la mencionada “zona de penumbra”, y a su respecto sólo cabe hablar de *umbral*, los conceptos jurídicos responden a la idea del sí o del no, están compuestos por una serie de notas que se dan o no; el penalista citado descarta por tanto, la noción de un juez que se mueve dentro de un marco libremente,

¹¹⁴⁷ SEBASTIÁN SOLER (*Las palabras de la ley*), citado por CARRIÓ, GENARO R.; *op. cit.*, págs. 146.

“...parece convenir más bien la idea de umbral; lo importante no es lo que haremos una vez que estemos dentro de la casa; lo importante es decidir si entramos o no entramos: estamos frente a un dilema.”¹¹⁴⁸,

de allí que las fórmulas jurídicas reguladoras de acciones, se encuentran ante una elección dilemática, que termina en sí o en no, dicho de otra forma, terminan en la absoluta precisión, se excluye un *tertium non datur*.

Coincidimos con la crítica de CARRIÓ a las digresiones señaladas de SOLER. La figura del *umbral*, que presenta metafóricamente una alternativa gobernada por el principio del tercero excluido, es inadecuada. Los conceptos y términos jurídicos para ser utilizados, tienen que ser definibles –conforme lo ya establecido en éste apartado- en términos del lenguaje natural, y éste, como se refirió, no tiene criterios de aplicación o perfiles nítidos,

“Todas ellas son actual o potencialmente vagas. No es verdad que su aplicación plantee necesariamente un dilema en el cual *tertium non datur*.”¹¹⁴⁹

Las afirmaciones de SOLER, entonces, son pasibles de una doble crítica, pues presuponen por un lado que un sistema jurídico está diseñado a semejanza de los sistemas de la geometría pura, no escapando así a las críticas del “realismo jurídico”, o soslaya las características de los lenguajes naturales.

Citando a BERTRAND RUSSELL, CARRIÓ va aun más allá a la crítica del dilema del *tertium non datur* que supuestamente plantea la noción de “umbral” de SOLER. Las palabras comunes son vagas, ello se puede ejemplificar con el famoso caso del calvo, se supone que la persona al principio no era calva y se volvió calva poco a poco, se argumenta entonces, que debe haber existido la pérdida de algún cabello que lo tornó calvo. El supuesto es claramente absurdo, pues la “calvicie” es un concepto indubitavelmente vago: hay gente efectivamente calva, otra no lo es, y en el medio se presenta un amplio espectro de casos en que no es dable predicar que sean uno u otro supuesto,

“La ley del tercero excluido es verdadera cuando se emplean símbolos precisos, pero no es verdadera cuando los símbolos son vagos, como lo son de hecho todos

¹¹⁴⁸ SEBASTIÁN SOLER (*La interpretación de la ley*) citado por CARRIÓ, GENARO R.; *op. cit.*, pág. 67.

¹¹⁴⁹ CARRIÓ, GENARO R.; *op. cit.*, pág. 68.

los símbolos. Todas las palabras que describen cualidades sensibles tienen la misma clase de vaguedad...”¹¹⁵⁰

Reforzando lo expresado, un texto que parece perfectamente claro, puede dejar de serlo cuando se aplica a situaciones que el Legislador no pudo prever. Precisamente una de las características de la legislación es su aplicación a situaciones impensadas, ello explica los cambios que se suscitan en la jurisprudencia: una nueva interpretación puede otorgar un giro a un texto legal añejo porque se entiende que la jurisprudencia pretérita es contraria a determinado instituto jurídico. ALF ROSS señaló que

“La inevitable vaguedad de las palabras y la inevitable limitación de la profundidad intencional hacen que, a menudo, sea imposible establecer si el caso está comprendido o no por el significado de la ley. El caso no es obvio. Es razonablemente posible definir el significado de las palabras de tal manera que los hechos resulten comprendidos por la ley. Pero también es posible, en forma igualmente razonable, definir el significado de las palabras de tal manera que el caso quede fuera del campo de referencia de aquélla. La interpretación (en sentido propio, es decir, como actividad cognoscitiva que sólo busca determinar el significado en tanto que hecho empírico) tiene que fracasar. Pero el juez no puede dejar de cumplir su tarea. Tiene que decidirse, y esta elección ha de originarse, cualquiera sea su contenido, en una valoración. Su interpretación de la ley (en un sentido amplio) es, en esta medida, un acto de naturaleza constructiva, no un acto de puro conocimiento. Sus motivos no se reducen al deseo de acatar una determinada directiva.”¹¹⁵¹

En otro orden de ideas, SOLER pretende que su noción de lenguaje preciso y rígido de las reglas debe examinarse desde el punto de vista de los hombres corrientes (“los miembros de la *polis*”), para los que las normas de cuya interpretación se trata son derecho positivo. Como se dijo, los objetos del conocimiento jurídico son, desde ese punto de vista, fijos, delimitados y exactos; para poder actuar, los hombres corrientes necesitan que el cálculo jurídico se funde en datos normativos sólidos, seguros. CARRIÓ hace algunas críticas agudas a éste planteo¹¹⁵², en primer lugar señala que

¹¹⁵⁰ CARRIÓ, GENARO R.; *op. cit.*, pág. 69.

¹¹⁵¹ ROSS, ALF; *op. cit.*, pág. 173 a 174.

¹¹⁵² CARRIÓ, GENARO R.; *op. cit.*, pág. 158.

“...ese arquetipo o paradigma del sujeto cognoscente del derecho es, lo digo sin vacilaciones, un personaje mítico. Una suerte de Superman jurídico, sembrador infatigable de precisiones y claridades.”;

la realidad es que el ciudadano corriente, que ha de tomar decisiones en situaciones concretas en las que se involucran reglas, se halla en una situación semejante a la del juez que tiene que decidir un conflicto aplicando dichas reglas, es decir, frente a numerosos casos, el ciudadano común sabrá a que atenerse, no debe consultar a su abogado para toda cuestión (v.g. que no debe dar muerte a su esposa si no media alguna eximente de responsabilidad, o que es lícito entregar un presente a su hijo), pero si la circunstancia de que se trate, tiene ingredientes más complejos, entonces es probable que el “miembro de la *polis*” se encuentre ante una duda y precise de la consulta a un letrado. Tanto el hombre corriente como el juez se encuentran frecuentemente ante casos dudosos ubicados en la zona de penumbra.

En segundo lugar, a más de lo dicho, puede sumarse a la crítica efectuada por CARRIÓ, otra cuestión, la cual estriba en que precisamente, todos los digestos punitivos codificados contemplan alguna regla para el ciudadano común en caso de que incurriere en error de apreciación de la situación típica de que se trate o del alcance o fuerza normativa de determinada regla (v.g. art. 34.1º del C.P. argentino o 14.1º, 2º y 3º del C.P. español); lo que da la pauta de que éste tipo de dudas no son irracionales de ningún modo. Finalmente, no es menos cierto que la construcción soleriana más allá de sostener apodícticamente su estudio desde la óptica del ciudadano común, efectúa sus digresiones, en concreto, desde la perspectiva de quien ha de aplicar las reglas. Sostener que quien aplica éstas últimas es el ciudadano común, es procurar por alquimia jurídica otorgar coherencia a una teoría, quienes aplican las reglas son los jueces y esto es insoslayable; un examen de las reglas desde la óptica del súbdito, tiene relevancia para el estudio de la construcción de las normas y el entendimiento de su función, pero no para el estadio de aplicación de las mismas, esta crítica ya la hemos destacado oportunamente¹¹⁵³, es un dato del estudio del Derecho, que gran parte de la teoría jurídica se ha direccionado a examinar la construcción normativa, sin involucrarse en el estudio de la aplicación de las reglas.

¹¹⁵³ Ver *supra* parágrafo 27 (“Cuestiones preliminares. El Derecho”), 28 (“Presupuesto. El orden jurídico”) y 29 (“La norma jurídica”).

Siendo así, el Derecho por sí, no elimina las áreas de indeterminación posibles. Criticando a los cinco procesos explicitados por SOLER, CARRIÓ examina algunas ideas que compartimos y hacen a nuestro marco conceptual, pues si hay una nota que caracteriza a la dogmática jurídica, es su necesidad de fijar los términos de las reglas; ello viabiliza el sostenimiento del *principio de legalidad* como garantía de lo penal, cuestión que será rebatida más adelante¹¹⁵⁴. Veamos las críticas¹¹⁵⁵.

- a) Respecto de la *Operatividad*, puede afirmarse que, ésta característica, no surte los efectos pretendidos. Dos críticas surgen palmarias, en primer lugar, aun suponiendo que las normas sólo introducen órdenes o mandatos, ello por sí no evitaría imprecisiones, ambigüedades o vaguedades (v.g. “No debes deshonrar o desacreditar a otro”, “No debes efectuar exhibiciones obscenas”). Además, las reglas, como ya se estudió¹¹⁵⁶, no importan solamente mandatos, también asignan competencias, otorgan facultades, o simplemente precisan conceptos (v.g. arts. 77 y 78 del C.P. argentino). En determinadas circunstancias puede constituir un problema dilucidar qué es lo que ha hecho la norma específicamente, problema vinculado con la “fuerza” del enunciado normativo. En síntesis, no es cierto que la mera inserción de una palabra o expresión en un texto dotado de autoridad, convierta *eo ipso* a dicha palabra en técnica y precisa.
- b) En lo tocante a la *Definición*, es un dato que fluye de la mera lectura de algunos textos legales, que cuando la ley habla no acota ni limita a las palabras (v.g. las figuras de los arts. 1 a 5 de la ley 23.592 –Régimen penal de sanción de los actos discriminatorios-, por sólo citar un ejemplo). Cabe preguntarse en figuras como las de la ley precitada, cuál ha sido la precisión añadida a las palabras o expresiones que figuran en ellas, por el “hecho político” de su inserción en la regla,

“...cuál es el territorio que esas expresiones ahora acotan, limitan y definen, de modo de eliminar los casos concretos dudosos.

“La pregunta tiene una respuesta sencilla. Obviamente ninguna de esas expresiones delimita o acota un territorio preciso, cuya clara delineación permita contestar

¹¹⁵⁴ Ver *infra* Capítulo V (“El Principio de Legalidad”).

¹¹⁵⁵ CARRIÓ, GENARO R.; *op. cit.*, pág. 160 y ss.

¹¹⁵⁶ Ver *supra* parágrafo 29 (“La norma jurídica”).

siempre con un rotundo ‘sí’ o con un rotundo ‘no’ a quien nos interroga si un caso concreto dado está o no incluido en las reglas respectivas.”

El principio de no contradicción, no contribuye a excluir las dudas, no posee un potencial autónomo que proscriba las zonas de penumbra.

- c) La *Cuantificación* es un proceso que efectivamente se utiliza en el Derecho, pero a diferencia de las afirmaciones de SOLER, no todas las palabras cualitativas son cuantificables, piénsese por caso en las voces “obsceno”, “gravemente ultrajante”, o “severidades, vejaciones, o apremios ilegales”.
- d) La concepción de SOLER acerca de la *Tipificación*, es correcta en sus líneas primarias, pero extraer de ello, sin más, que todas aquellas notas que la ley no recepta como relevantes, son automáticamente indiferentes

“...no pasa de ser un dogma, que puede muy bien ser postulado por un pensador decidido a construir sobre esa base un sistema para su uso personal o para recomendarlo a quienes deseen seguirlo, pero que no se compadece con lo que ocurre en la realidad.”

Es usual hallarse con casos a los que los jueces se rehúsan a incluir en el esquema rígido típico en atención a sus especiales características, o porque el marco de las circunstancias generales sobre las que el caso se proyecta es insólito, de donde, encasillar el caso en el tipo general, puede devenir cuanto menos un apresuramiento. Además, a la afirmación de SOLER, de que al receptarse por la ley un vocablo vago, ello importa aceptar como válidos todos los matices que cupieran en la zona de penumbra, vale confrontar, que en rigor lo que se ha hecho es simplemente ampliar el concepto hasta que abarque un mayor radio de acción, pero en modo alguno se han disminuido sus matizaciones.

- e) Si bien es cierta la característica de la *Constitución*, que destaca que el Derecho también está integrado por palabras inventadas o constituidas por él, ello no deriva sin más que aunque se enriquezca el arsenal conceptual con voces como “compraventa”, “precio falso”, *et sit cétera*, no se derivará para los casos concretos, la posibilidad de que haya dudas razonables acerca de si éste debe o no ser clasificado como un caso subsumible en aquellas. Conceptos como los prealudidos, carecen de límites precisos y definidos en lo que concierne a su aplicación a los casos concretos, tal como carecen de lo mismo conceptos como

“calvo”, “viejo” o “alto”; tal técnica puede reducir la vaguedad, pero no eliminarla, pues los conceptos técnicos introducen su propia zona de penumbra, subsistiendo entonces precisamente lo que se quiere evitar: la zona de penumbra.

La posición de CARRIÓ, por la que nos hemos inclinado, es preferible pues hace más justicia a los hechos y posee mayor poder explicativo. Colabora con mayor idoneidad al entendimiento de una importante cantidad de fenómenos de la experiencia cotidiana de la ciencia jurídica. Como sostuviera el autor citado, esta línea argumental explica mejor el por qué de los

“...votos en disidencia, sentencias revocatorias, dictámenes fiscales no coincidentes con los fallos, cambios de jurisprudencia, discrepancias de buena fe entre litigantes que no concuerdan en la forma de calificar los hechos sobre cuya ocurrencia coinciden, etcétera.”¹¹⁵⁷.

Lo hasta aquí señalado, no nos conduce a rechazar el indudable papel que las normas jurídicas desempeñan en la práctica cotidiana del Derecho. Si el Legislador pretende expresar sus intenciones expresadas en aquellas, entonces precisa que las palabras generales utilizadas posean algún ejemplo típico respecto del cual no existan dudas acerca de la aplicación de dichas palabras. Pero sí implica destacar que las normas no alcanzan a aportar todo el material para determinar deónticamente una conducta, pues en lo que hace a su relación con el lenguaje (más adelante analizaremos otra clase de problemas), éste tiene textura abierta o presenta zonas de penumbra, dentro de las cuales el intérprete sólo está vinculado a su decisión.

Las palabras no resultan obviamente aplicables ni obviamente no aplicables (la inventiva humana y los procesos naturales, aportan variaciones respecto a los casos típicos, de donde, al decidirse si esos casos caen o no bajo lo prescripto por las reglas existentes, será una cuestión de elección del intérprete, que por cierto no le es impuesta). Ésta decisión como veremos más adelante¹¹⁵⁸, no es una mera deducción que traiga una simple aplicación de la regla,

“Las situaciones de hecho no nos aguardan netamente rotuladas y plegadas; su clasificación jurídica no está escrita en ellas para que los jueces simplemente la lean. Por el contrario, al aplicar las reglas jurídicas alguien debe asumir la

¹¹⁵⁷ CARRIÓ, GENARO R.; *op. cit.*, pág. 167.

¹¹⁵⁸ Ver *infra* Capítulo IV (“Interpretación y Aplicación de las normas penales”).

responsabilidad de decidir que las palabras se refieren o no a cierto caso, con todas las consecuencias prácticas que esta decisión implica...”¹¹⁵⁹

CARRIÓ con una conclusión como ésta que presentamos, pretende efectuar una síntesis ecléctica entre el formalismo y el realismo jurídico, entendemos que, en estricto rigor, la intelección señalada es propia de la última de las tesis; máxime que, distanciándonos en esto del autor mencionado, no puede predicarse que las reglas del sistema rigen para los casos claros y la interpretación para los casos de penumbra. Las reglas sirven para ambos casos, y en los dos supuestos hace falta una tarea interpretativa, la diferencia radica en que, en el segundo caso se introducirán baremos o estándares más allá de las reglas para resolver el caso de que se trate, en tanto que en los casos claros se limitará a un análisis del alcance de las formulaciones normativas.

En verdad, en referencia a las reglas, no sólo el enunciado por el que se describe un mandato cobra interés, sino también la situación en la que se emite el mismo permite obtener inferencias de muy diversa índole, lo dicho se deriva de la teoría de GRICE sobre las *implicaturas*¹¹⁶⁰. En la conducta verbal, aunque no sólo en ella, es peculiar del hombre ser, además de un individuo actuante, un sujeto que, por vía de la retroalimentación que sus sentidos le proporcionan, percibe los elementos de su propia conducta y tiene la capacidad de nombrarlos y referirse a ellos¹¹⁶¹.

¹¹⁵⁹ HART, H. L. A.; *Derecho y Moral*, citado por CARRIÓ, GENARO R.; *op. cit.*, pág. 77.

¹¹⁶⁰ Sobre las *presuposiciones e implicaciones contextuales*, ver *supra* en éste mismo apartado.

¹¹⁶¹ Citado por SCHMILL, ULISES; *El modelo del mandato...*, cit., pág. 375 y 376. El autor inserta una secuencia de enunciados que describen el sentido de la conducta verbal del emisor de un mandato el que se ve progresivamente incrementado en su contenido semántico, por medio de la adición de palabras que introducen adecuadamente los elementos reales que se encontraban presentes en la situación, que por clarificante para la cuestión, los presentamos:

1. m0 O¹ (a) → V (el dinero)
donde “m0” simboliza el acto verbal del mandato; “O¹” es el sujeto que emite el mandato; “(a)” es el sentido normativo
2. m1 O¹ (a) → V (el dinero o la vida)
3. m2 O¹ (a) → V (entregame el dinero; si no lo entregas te quito la vida).
4. m3 O¹ (a) → V (O², entregame el dinero; si no lo entregas te quito la vida).
donde “O²” está por el sujeto receptor
5. m4 O¹ (a) → V (O², ahora y aquí entregame el dinero que posees; si no me entregas tú, O², el dinero que posees ahora y aquí, yo O¹, ahora y aquí te privo de la vida a ti, O², disparando esta pistola).

Se trata de una norma o mandato completo, no sólo respaldado por una amenaza, sino frente a una norma coactiva, una norma que dentro de su contenido prescribe o especifica un acto de aplicación del contenido de una amenaza. “La amenaza de un mal, para el caso de no ejecución del mandato, no es algo externo al mandato, que forma parte integrante del ambiente o del entorno, sino que se encuentra dentro del mandato, que ha sufrido una transformación fundamental, incluso en cuanto a su forma. En vez de ser una expresión verbal que señala la conducta que desea que realice el emisor del mandato, para lo cual utiliza una expresión

Entre las indagaciones en procura de establecer una línea de explicación del lenguaje y el Derecho, se ha sostenido que una expresión lingüística es un arreglo consciente del lenguaje, en el uso efectivo, oral o escrito. Distinto de la expresión lingüística es su significado, ello importa que expresiones diferentes pueden tener el mismo significado; así como, la misma expresión, puede según las circunstancias ostentar distintos significados. El significado puede ser de dos tipos: a) expresivo o sintomático y b) representativo o semántico; toda expresión lingüística tiene un significado expresivo –es el síntoma de algo-, esto implica que la expresión se refiere a la experiencia que la suscitó, aquella es causada por circunstancias emotivo-volitivas que la motivaron¹¹⁶².

Las expresiones pueden aunar ambos significados, lo que importará entonces una “aserción”, evaluable con independencia de la expresión y del contexto de experiencia asociado a ella, su verdad o falsedad puede ser verificada (v.g. *mi padre ha muerto*); o pueden tener únicamente un significado expresivo, no simbolizan nada, no tienen significado representativo, sólo soportan una “emoción”, exteriorizan una experiencia pero no representan nada (v.g.: *¡cierre la puerta!*).

ALF ROSS distingue entonces tres tipos de expresiones lingüísticas: a) de aserción, b) exclamaciones –expresiones sin significado representativo-, y c) directivas –expresiones sin significado representativo pero utilizadas para ejercer influencia-. Las reglas obviamente pertenecen a este último género, pues no se formulan para comunicar verdades teóricas sino para dirigir comportamientos. La regla jurídica no es verdadera ni falsa.

Hay en ROSS una presentación –aunque rudimentaria- de la diferencia entre el sentido de la expresión lingüística (dimensión locutiva del lenguaje) y la fuerza de la misma (dimensión ilocutiva del lenguaje). Sentido y fuerza determinan el significado de la expresión lingüística.

El lenguaje técnico jurídico, como el lenguaje corriente, no se fundamenta en un lenguaje científico, sintaxis y semántica no se fundamentan en reglas explícitas, y es asimismo bidimensional.

verbal que tiene la forma de un imperativo, aparece ahora como una expresión verbal compleja que, además de contener el imperativo, tiene adicionalmente una expresión de carácter condicional.”, SCHMILL, ULISES; *Derecho y moral: una relación externa*, en VÁZQUEZ, RODOLFO (comp.) *Derecho y Moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, 1ª reimpresión, Gedisa, Barcelona, 2003, pág. 271.

¹¹⁶² ROSS, ALF; *op. cit.*, pág. 28.

Aquí se percibe otra de las grandes cuestiones a analizar en lo que nos interesa, el lenguaje técnico jurídico, como el corriente, posee diversas funciones (comunicativa, comprensiva y social), las relaciones humanas se forjan precisamente a partir del entramado comunicacional. Se habla de comunidad a partir del lenguaje, y este último es brindado por aquella (el hombre utiliza el lenguaje de la comunidad a que pertenece). Así se presenta el entendimiento entre individuos, pero el problema se patentiza cuando se observa que ningún hombre relaciona con la misma palabra exactamente el mismo significado, de allí que estrictamente, sólo el emisor sabe qué alcance tienen sus palabras, que el entendimiento, a pesar de todo, sea posible, se debe a la función social del lenguaje.

La sociedad impone un significado promedio a las palabras, a causa de esta intersubjetividad del lenguaje y de la reciprocidad de perspectivas es que la comunicación es posible, pero como consecuencia de la vaguedad del lenguaje, en un determinado grado aquellas son borrosas en sus límites.

Con el lenguaje el hombre no sólo se comunica sino que aprehende las reglas que determinan la coexistencia de la sociedad en que se encuentra. Asimismo, las reglas expresadas en palabras no son magnitudes estáticas o cerradas, con contenidos definibles en abstracto, sino que su contenido normativo lo obtienen de la situación y devienen en el uso correspondiente a la respectiva situación. No pueden consolidarse con independencia de su uso, ellas sólo tienen su significado característico en un contexto de situación, esta equivocidad del lenguaje corriente no es superable, ello sin duda trae aparejado el riesgo del falseamiento de lo que se quiere decir, pero el precio de la univocidad y la exactitud significaría (como ya se mencionó y de ser ello posible) la petrificación del lenguaje.

La variabilidad de los modelos de conducta no precisa, visto lo anterior, en modo alguno, un pensamiento especial como la subsunción o el silogismo. Las representaciones sobre lo que es jurídico o no, no se mueven dentro de las categorías del lenguaje legal, sino que se hallan condicionadas por el lenguaje corriente. El autor de un ilícito no posee en el momento del hecho una representación especialmente jurídica sino

que su saber se halla impregnado por un significado social del hecho¹¹⁶³. Conciencia es conciencia del lenguaje, ambos son inseparables; palabra y significado no se pueden separar, este no es algo adicional de aquella, sino algo en la palabra misma¹¹⁶⁴. La forma en que el delincuente es consciente de su actuación no exceptúa el panorama preindicado.

Siendo que el principal medio de control social son las reglas, estas deben poder comunicar pautas generales de conducta sin necesidad de nuevas instrucciones; para ello el derecho se refiere a *clases* de personas, de actos, de cosas y de objetos, de tal forma, para ser eficaz se debe poder en la cotidianeidad, visualizar en los actos, cosas y objetos particulares un ejemplo de aquellas clasificaciones generales que el Derecho utiliza¹¹⁶⁵. Para comunicar tales pautas generales se han utilizado dos recursos: a) el *legislativo* que efectúa un uso máximo de las palabras clasificadoras, en él, las características que deben considerarse como guías generales de conducta son identificadas mediante palabras, separadas verbalmente y no son alternadas con otras en un ejemplo concreto, sólo deben reconocerse casos particulares y subsumirlos en las pautas clasificatorias generales, extrayendo una simple conclusión silogística, no existe la alternativa de elegir a riesgo o pedir nuevas instrucciones dotadas de autoridad, se cuenta con una regla que se puede aplicar por sí misma; b) el del *precedente* que efectúa un uso mínimo de las palabras clasificadoras, es una comunicación por el ejemplo en todas sus formas, ello aunque se lo acompañe de algunas instrucciones verbales de alcance general, deja abiertos campos de posibilidades y por ende suscita dudas acerca de lo que se pretende¹¹⁶⁶.

¹¹⁶³ La comprensión de la antijuridicidad es un paso superior al conocimiento del desvalor, por lo que lo presupone.

No se trata de un conocimiento de la ley formal (que ni los juristas tienen), sino *un conocimiento paralelo en la esfera del lego*, análogo al exigido para los elementos normativos del tipo objetivo.

La comprensión de la criminalidad supone:

A) El conocimiento de la contrariedad del acto con el derecho.

B) Pero además se requiere que el agente sepa que esa contrariedad está tipificada penalmente, es decir una *antijuridicidad con relevancia penal*.

Conf. ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO; *op. cit.*, pág. 681.

¹¹⁶⁴ WITTGENSTEIN en este sentido; *vide* notas 515 y 516 de este Capítulo.

¹¹⁶⁵ Ver *supra* en éste mismo apartado el análisis que puntualizáramos basado en los estudios de SCHAUER.

¹¹⁶⁶ HART, H. L. A.; *El concepto de Derecho*, cit., págs. 155 a 157.

PERELMAN ha señalado que, entre los *argumentos basados en la estructura de lo real*, específicamente, un tipo característico de argumento basado en la relación acto- persona (y en particular, en el prestigio de una persona o grupo de personas), está el “argumento de autoridad”; este último cumple un rol muy relevante, especialmente cuando la argumentación trata con problemas que no conciernen simplemente a la noción de verdad. En el Derecho, el precedente judicial, se basa precisamente en la noción de autoridad.

La construcción analizada precedentemente corresponde a HART, el que señala que, a pesar de la aparente contundencia del primer modelo, la certeza de la comunicación mediante el lenguaje general dotado de autoridad (legislación), no es tal; en los casos concretos pueden surgir dudas sobre cuáles son las formas de conducta que exige la regla. Ello se debe al límite inherente a la naturaleza del lenguaje, habrá casos obvios a los que las pautas generales se les aplicarán sin problema alguno, son casos familiares que se repiten en forma constante en contextos semejantes, pero habrá casos frente a los cuales no será claro si aquellas se aplican o no.

En casos como los reseñados en última instancia, el lenguaje general dotado de autoridad, se expresa en una regla que sólo puede guiar a la manera del precedente, nos enfrentamos a una crisis de la comunicación que importa que haya tanto razones a favor como en contra de que se utilice aquella y

“...no existe convención firme o acuerdo general alguno que dicte su uso o su rechazo a la persona ocupada en clasificar.”¹¹⁶⁷,

este último insorteablemente deberá efectuar una elección entre las alternativas posibles.

Resta para quien debe decidir un *ámbito discrecional*, donde la conclusión puede no ser arbitraria o irracional pero será una elección. Sostiene HART que aquel, todo lo que debe considerar al resolver es, si el caso se asemeja en “grado suficiente” y en “aspectos relevantes” al supuesto que la regla prevé. Por mucho que las pautas de conducta se apliquen sin hesitación a un importante bloque de casos, habrá supuestos en que su aplicación se cuestione y las pautas sean indeterminadas, es la manifestación de la *textura abierta* del lenguaje,

“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.”¹¹⁶⁸

Una Teoría jurídica *mecánica*, sostiene HART, pretende elaborar reglas cuya aplicación a los casos particulares nunca exigiera una nueva elección, todo podría ser

Entre los *argumentos que fundan la estructura de lo real*, PERELMAN inserta la argumentación por el ejemplo, el caso particular sirve para permitir una generalización, en el Derecho, la invocación del precedente equivale a considerarlo como un ejemplo que funda una regla nueva, que se expresa en la *ratio decidendi*.

PERELMAN, CHAIM y OLBRECHT-TYTECA, LUCIE; *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, (trad. Julia Sevilla Muñoz), Gredos, Madrid, 1989, págs. 404 y ss.

¹¹⁶⁷ HART, H. L. A.; *El concepto de Derecho*, cit., pág. 158.

¹¹⁶⁸ HART, H. L. A.; *El concepto de Derecho*, cit., pág. 159.

conocido, y por ende, las reglas podrían especificar por adelantado la solución a todos los problemas. Ello no es posible, pues el mundo en que vivimos no está caracterizado por un número finito de notas y éstas, junto con todos los modos en que pueden combinarse no nos son conocidas, sólo a un ser omnisciente le sería factible tal construcción, es una característica de la condición humana que en todos aquellos casos que tratan de regular esferas de conducta por medio de criterios o pautas generales, por adelantado y en forma no ambigua, halla dos obstáculos al instante de ser utilizadas en los casos particulares: a) la relativa ignorancia de los hechos y b) la relativa indeterminación de propósitos. Esto último es de sustancial importancia para la problemática que encaramos, el propósito al legislar, entiende HART, está determinado por la medida de la elección efectuada por el Legislador humano, resuelve inicialmente, por caso, que la paz y la tranquilidad deben ser preservadas en un determinado ámbito (v.g. un parque), al costo de la exclusión de determinadas cosas; es entonces cuando la pauta general, a través de la utilización de un lenguaje, fija las condiciones necesarias que todo objeto tiene que satisfacer para estar comprendido por la regla y para ello se tienen en mente algunos ejemplos de los que sin duda caen dentro de su ámbito (v.g. se excluyen del ingreso al parque los vehículos, de los que son casos claros los automóviles, los ómnibus y las motocicletas). Mientras no se coloque el *propósito general* de preservar la paz y la tranquilidad en conjunción con los *casos* que inicialmente se consideraron, los propósitos en esa dirección estarán indeterminados. No se ha resuelto, pues no ha sido posible preverlo, la cuestión que planteará el caso no contemplado cuando acaezca (v.g. un auto de juguete a propulsión eléctrica que utiliza un niño para divertirse)¹¹⁶⁹.

Otro problema a plantear es, cómo obtiene la consciencia lega relevancia jurídica. En el lenguaje técnico jurídico se destaca el valor operativo, de allí que el valor informativo retroceda, esta es la posición que ve en la regla en primer lugar una información dirigida al ciudadano, pero ciertamente el principio de legalidad no puede

¹¹⁶⁹HART, H. L. A.; *El concepto de Derecho*, cit., págs. 160 a 161. Hay dos vicios en la teoría jurídica que pretenden superar el dilema, entiende el profesor de Oxford: el *formalismo*, que es la actitud ante las reglas que procura minimizar la necesidad de la discrecionalidad judicial, congelando 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; y el *escepticismo ante las reglas*, que importa entender 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 las predicciones de ellas. Ver *supra* en éste mismo apartado el análisis que puntualizáramos basado en los estudios de Schauer.

basarse en esto pues sino la norma debería estar concebida de otra manera, más clara, más popular, utilizar expresiones más corrientes; sin embargo la ley tampoco está sólo para los juristas, sus disposiciones no son simples normas de decisión. La función de la ley está en la limitación del poder del Estado, del poder de castigar, dicha función de garantía es el sentido del principio de legalidad¹¹⁷⁰.

En síntesis, el lenguaje peculiar de la ley tiene en lo antedicho su razón de ser, no se trata de una información de contenido sino de garantía de seguridad jurídica, una forma que pone límites. Al proponer los supuestos de hecho, el Legislador debe esforzarse por la mayor exactitud posible, aun a costa de la claridad.

Existe un sector radicalizado de esto, que es la aspiración del racionalismo de utilizar un lenguaje digital, unívoco, unidimensional; cuestión que ya explicamos porque no acompañamos al reseñar las críticas a SOLER, entre otras. Para ello parte de entender al hombre como un ser racional y al conocimiento humano como una actividad racional, siendo el fin último llevar al mundo en su totalidad a un sistema cerrado de afirmaciones unívocas, siempre verdaderas y adecuadas a su representación. Para ello es menester un lenguaje sin imprecisiones y ambigüedades, un lenguaje formal depurado lógicamente.

Una formalización del lenguaje legal y de la interpretación legal, es sólo posible si la regla se traduce en un lenguaje de signos simbólicos, ello presupone que el Legislador sea omnipotente conociendo la totalidad de las decisiones correctas de casos y las fije a través de sus normas.

El anterior marco soslaya que el proceso de creación del Derecho precisa de las peculiaridades y particularidades de la vida social en permanente cambio, caso contrario se postularía una justicia “autómata”, sin equidad. Ciertamente la formalización del lenguaje es posible para un espectro reducido de problemas normativos, pero en el ámbito del Derecho Penal ello importaría una nivelación que excluyera la justicia en el caso concreto. La distinción entre un ámbito apropiado para la formalización y un ámbito inadecuado para ello no es una cuestión cuantitativa sino cualitativa, donde no hay fronteras definidas¹¹⁷¹.

¹¹⁷⁰ KAUFMANN, ARTHUR; *Filosofía del Derecho*, cit., págs. 239 a 240. Ver *infra* Capítulo V (“El Principio de Legalidad”).

¹¹⁷¹ Sobre la noción de la idea de “justicia” en el discurso judicial ver *infra* parágrafo 36 (“La corrección de los enunciados normativos. El Derecho correcto”).

Una legislación absolutamente formalizada pasa por alto la dimensión personal e histórica del Derecho, utiliza un lenguaje que no vive. Un lenguaje legal unívoco en sentido estricto sólo se alcanzaría con el más alto grado de abstracción, lo que excluiría toda relación con la realidad. Una ley así no requeriría interpretación pues no habría nada que interpretar, pero no sería ninguna garantía de seguridad jurídica.

El lenguaje aplicado a la realidad –y entre ellos el lenguaje legal- no apuntan a la univocidad. La norma jurídica formal debe venir en realidad concreta, para ello los conceptos abstractos de la norma deben abrirse hacia las circunstancias de hecho de la vida. Esto se observa patente en la decisión jurídica concreta, en la sentencia el Derecho adquiere forma, los conceptos se concretan en la decisión.

El lenguaje crea el Derecho de manera bifronte, a través del acto de la fijación normativa y a través del acto de la decisión jurídica. La norma para producir sus efectos precisa de la decisión, la decisión a su vez precisa de aquella para aspirar a tener validez.

El lenguaje legal debe ser bidimensional, viviente, no unívoco, de lo contrario no podría acercarse al lenguaje corriente.

Resumiendo, el concepto unívoco, unidimensional, definido en forma rigurosa, es una abstracción y un imposible; cuando dicho concepto se aplica a la realidad, debe concretarse en una decisión, ello implica deshacerse de los caracteres prealudidos. A partir de aquí, es evidente que el principio de legalidad no puede importar una proscripción estricta de la analogía, pues una prohibición tal tendría como condición que el delito en las circunstancias de hecho legales se pudiera definir en forma concluyente a través de conceptos unívocos; ello es imposible como ya se resaltó y se avanzará en lo que sigue¹¹⁷².

El principio de legalidad en verdad sólo puede enunciar que el tipo se halle fijado en una ley penal formal, es decir, que tiene que ser descripto en forma más o menos completa. La analogía en el Derecho Penal, halla sus fronteras no ya en el supuesto de hecho legal sino en la concreción decisoria. Merece especial consideración que el Legislador moderno se sirve cada día más, de un lenguaje analógico, esto es, del llamado “método ejemplificante”, precisamente en el ámbito del Derecho Penal (v.g. el hurto). A los conceptos indeterminados es posible “otorgarles”, con mayor frecuencia, “otro

¹¹⁷² Ver *infra* Capítulo IV (“Interpretación y Aplicación de las normas penales”).

significado”, sin embargo, algo heterogéneo no logra su objetivo de esta forma, el intérprete no suele declarar el resultado poniendo en evidencia los hechos. Nada puede objetarse a un lenguaje tal, sin representaciones un lenguaje carecería de flexibilidad y de figuración. En ocasiones una imagen, un símil, especifican la situación pensada en forma más precisa que un concepto¹¹⁷³; sin embargo, se debe ser cuidadoso al interpretar, si no se quiere que la manera de comunicarse mediante figuraciones, degeneren en arbitrariedad.

Ahora bien, se presenta entonces la pregunta acerca de cómo se puede llevar a cabo al realizar el Derecho la correspondencia entre el mundo cotidiano y el mundo jurídico –normativo-. Cómo se conecta el lenguaje corriente con el técnico.

La concepción de que el sujeto activo de un ilícito, sólo precisa para serle imputado el hecho punible hallar el significado –preadquirido por el sujeto- en la representación del autor, no se condice con ninguna configuración real. Las reglas de convivencia social no se le proporcionan al individuo a través de leyes penales, este las aprende en la comunicación cotidiana, ergo, sus representaciones respecto de lo jurídico o antijurídico no se mueven dentro de las categorías del lenguaje legal, sino que son determinadas por el lenguaje corriente (v.g.: el homicidio se concibe como un modelo de conducta social reprochable, no como un concepto definido jurídicamente).

La cuestión estriba entonces en cómo puede imputarse el hecho al autor, cuando este no tiene ninguna representación jurídica de su acto, sino que sólo comprende su significación social y ello a través del lenguaje corriente. La respuesta parece ser que el juez ha de elaborar la correspondencia –en una comunicación con el procesado- entre la infracción a la ley, de forma análoga con la consciencia en el lenguaje corriente que utiliza el autor (esto parece ser el núcleo de la *valoración paralela en el ámbito del lego*). En los casos sencillos no existen dificultades para elaborar la concordancia entre el conocimiento del acusado y la intención de la ley; en los casos difíciles, ello es un problema más arduo.

Una identidad entre los dos horizontes no puede lograrse de forma absoluta, para que la imputación tenga lugar basta tan sólo un grado suficiente de similitud. Ello pone sobre el tapete que la imputación penal siempre constituye un juicio problemático.

Por otra parte,

¹¹⁷³ Una idea como esta es la que procura rebatir la construcción de SCHAUER sobre la *autonomía semántica*, a la que se hiciera referencia *supra* en éste mismo apartado.

“...por mucho que el derecho se considere eminentemente ligado al análisis del lenguaje por una parte considerable de los teóricos del derecho, el hecho incontrovertible es que pertenece eminentemente al ámbito de las acciones humanas tal como las entendía KANT, en las que hay más que la comunicación, y que si bien hay que deslindarlas, no se pueden suprimir algunos aspectos esenciales sin consecuencias teóricas... (se trate de un concepto) más allá de las reglas y más acá de las reglas, y por supuesto, lo propio de las reglas, es lo que nos entrega en forma de discusión importante la filosofía del derecho contemporánea...”¹¹⁷⁴

Recapitulando, no siempre es posible descubrir el significado preexistente de una disposición jurídica (de la misma manera que no siempre es posible descubrir el significado preexistente de una oración del lenguaje ordinario), pues pueden existir casos de indeterminación semántica que impiden tal descubrimiento. Ello puede llevar al intérprete a asignar un significado de manera estipulativa, dicha estipulación no debe suponer, necesariamente, arbitrariedad, ya que ha de estar fundamentada, por ejemplo, en las intenciones legislativas o en algún método interpretativo reconocido, sobre esto se avanzará en el Capítulo siguiente.

También debe tenerse en cuenta que, en los actos de comunicación ordinarios, la inmediación de los hablantes exige que en la determinación del significado se tenga en cuenta las actitudes subjetivas de aquellos y el contexto¹¹⁷⁵. En la creación de

¹¹⁷⁴ BOLÍVAR ESPINOZA, AUGUSTO; *op. cit.*, pág. 7.

¹¹⁷⁵ A esto se refiere el llamado nivel *perlocucionario* (la producción de efectos mediante expresiones lingüísticas), la construcción es de JOHN L. AUSTIN, los otros niveles son: el *locucionario* (la expresión de un enunciado con un significado determinado), y el *ilocucionario* (lo que se hace diciendo algo) (cit. por ALONSO, JUAN PABLO; *op. cit.*, pág. 46, nota 38). Los mencionados son “actos de habla”, acciones que se realizan diciendo algo, lo auténticamente novedoso en la construcción es el *acto ilocucionario*, lo que se hace *diciendo* algo debe diferenciarse de lo que se hace *por decir* algo, lo primero depende de convenciones, lo segundo de los efectos prácticos en una situación determinada. El que los actos del habla sean acciones convencionales (ilocucionario) significa que los mismos no serían factibles sin las reglas que le sirven de base.

El concepto de acto de habla, como el de “juego de lenguaje” de WITTGENSTEIN, remite al concepto de regla. AUSTIN no formula estas reglas explícitamente, sino que se limita a una clasificación de los posibles defectos de los actos del habla, en la llamada *teoría de los infortunios* (*doctrine of the infelicities*) se representa la manera en que los actos de habla, en cuanto acciones, pueden tener éxito o fracasar. Por ejemplo, un acto de habla será fallido cuando alguien afirma algo en lo que no cree (v.g. “El gato está en la alfombra pero yo no lo creo), puede no haber defectos lógicos ni gramaticales, lo que viene a indicar que, además de dichas reglas, hay otras que sirven de base al lenguaje en cuanto acción.

La tesis de AUSTIN tiene como virtud el haber evidenciado la importancia de estas reglas que se pueden designar como reglas pragmáticas.

Un acto de habla puede ser defectuoso, no sólo porque lo que se dice sea falso o incorrecto, sino que también puede ser desafortunado (*unhappy*), por ello AUSTIN diferencia dos dimensiones de crítica: a) la dimensión, relativa al acto ilocucionario, de tener éxito o fracasar (*happiness/ unhappiness dimension*), y b) la dimensión

normas jurídicas esta cercanía e intermediación está ausente; no es improbable que una norma jurídica sea aplicable después de transcurrido un importante lapso desde su creación. Ello no distorsiona el paralelismo entre lenguaje ordinario y el jurídico, sino que, simplemente, impone el centrar la atención en todo el conjunto de datos relevantes en el caso. Por otro lado, las tesis de WITTGENSTEIN en *Investigaciones filosóficas*, mencionadas *supra* en éste mismo apartado, imponen la noción de que el significado es una función del uso de una palabra en una comunidad lingüística y que las condiciones de uso corriente y generalizado de una expresión determinan su significado.

Asimismo ciertos problemas recurrentes del lenguaje ordinario suelen ser, también, problemas del Derecho (v.g. vaguedad, textura abierta, ambigüedad). La legislación es un acto comunicativo que detenta las características básicas de cualquier otro

relativa al significado locucionario, de verdad o falsedad (*truth/ falsehood dimension*). En la teoría de AUSTIN de estas dos dimensiones, él defiende la concepción de que las proposiciones normativas pueden ser juzgadas en la dimensión de verdad o falsedad, de manera igual a las proposiciones descriptivas. Verdad y falsedad no son una cualidad sino una dimensión de crítica que viabiliza sostener que en determinadas circunstancias (de tiempo, auditorio, fines, intenciones, *et sit cétera*), lo que se ha dicho es propio o no. Este enjuiciamiento vale tanto para evaluar si un consejo es bueno como si una sentencia es justa.

Actos de habla como condenas, advertencias o consejos pueden examinarse en consideración a los hechos, y por otro lado, para el enjuiciamiento de proposiciones descriptivas son necesarias más consideraciones además de los hechos. Su investigación demuestra entonces que el lenguaje normativo no se diferencia en cuestiones esenciales del descriptivo. ALEX, ROBERT; *Teoría de la Argumentación Jurídica*, cit., págs. 93 a 98.

R. M. HARE también se ocupa del análisis de los términos valorativos (v.g. bueno y debido). Sostiene que tienen dos significados: a) el *significado valorativo* que consiste en que se usan para recomendar algo (es distinto al significado emotivo que designa el efecto de una expresión: el acto perlocucionario), y b) el *significado descriptivo* que consiste en las propiedades y relaciones en base a las cuales algo es designado con tales conceptos.

Ambos significados van unidos; así, por caso, el uso de la palabra “bueno”, va unido a la existencia de determinadas características, quien designa a algo como bueno, señala que esto corresponde a un determinado standard (i. e. criterios), estos criterios son el significado descriptivo de la palabra, este significado puede cambiar con el hablante, el objeto sobre el que se habla y la situación (el valorativo no).

En su versión originaria, para HARE, la presencia de un término valorativo es un indicador del papel ilocucionario de la expresión, es decir, de lo que se hace con esta expresión. Según ello, el significado descriptivo de HARE se equipararía al significado locucionario de AUSTIN (i.e. como lo que se dice con esta expresión).

Posteriormente varió el enfoque, y entendió que el significado valorativo no se agota en su función ilocucionaria, sino que también es parte del significado locucionario, ello incluye una caracterización general de lo que se dice (v.g. como proposición, imperativo o pregunta). Llama a esta caracterización *trópico*.

Así, en los casos de *juicio de valor*, se habla de un trópico prescriptivo o valorativo. En el caso de un *juicio de deber* este trópico se puede expresar mediante un operador deóntico (v.g. “es obligatorio...”).

Para concluir, las expresiones morales no siempre se usan para prescribir o recomendar, con ellas se pueden realizar numerosos actos del habla. Es posible expresar juicios de valor y juicios de deber en el acto de habla de la aserción. Con ello no se impugna el *prescriptivismo* (que sostiene, centralmente, que los juicios morales tienen como función propia guiar la conducta), la función que este sostiene puede ser realizada mediante tipos completamente distintos de actos de habla. Lo único importante es que exista siempre una relación con acciones.

ALEX, ROBERT; *Teoría de la Argumentación Jurídica*, cit., págs. 102 a 106.

acto lingüístico, características que permiten la satisfacción de ciertas necesidades comunicativas de la legislación: las normas se dictan con el propósito de que determinadas personas se comporten de determinada manera, y un presupuesto básico de este propósito es que los destinatarios comprendan qué es lo que de ellos se desea; de allí que el Legislador dicte las normas en términos del lenguaje natural de la comunidad de que se trate.

La determinación del significado de una formulación normativa suele considerarse una especie del género *interpretación*, sobre el que se avanzará en el Capítulo siguiente, pero la relevancia de la relación existente entre Derecho y lenguaje estriba en que el primer paso a desarrollar por el intérprete que debe decidir en un caso que se le presenta, consiste en trabajar con normas jurídicas, esto es, individualizar a las normas mediante la determinación del significado de cada formulación normativa concreta (*identificación*) tomada de forma aislada. Este es un paso previo e inicial, que permite, *a posteriori* continuar el proceso de interpretación y aplicación de las normas sumando excepciones, estándares varios u otro tipo de baremos relevantes para la decisión del caso.

La idea de *interpretación* se vincula, a más del premencionado, a otros fenómenos o métodos, en los que, justamente, se “interpreta” para modificar el sentido semántico, objetivo o literal de la disposición jurídica. Los positivistas procuran escindir claramente entre la *interpretación* como conjunto de metodologías previas a la aplicación de las reglas, y la *identificación* que es la determinación del significado de las normas. Nosotros en el presente trabajo, englobamos ambas actividades en el marco amplio de lo que se denomina interpretación, si bien la identificación puede ser un paso preliminar dentro de aquella, disintimos con posturas como la de ALCHOURRÓN y BULYGIN que entienden que la identificación se trata de una cuestión similar a la determinación del significado en el lenguaje ordinario, es decir, una cuestión que presenta problemas eminentemente empíricos. Siendo así, la determinación de un significado (preexistente) es una actividad empírica a pesar de que los significados no son entidades empíricas, el significado estaría dado, o bien por el uso común de la expresión en el lenguaje corriente o bien por la intención del autor de la expresión (a través de las definiciones legales), de donde podrían ser determinados mediante métodos empíricos¹¹⁷⁶. La realidad es que los

¹¹⁷⁶ ALCHOURRÓN CARLOS E. y BULYGIN, EUGENIO; *Definiciones y normas*, cit., *passim*.

jueces hacen algo más que meramente “descubrir” el significado de las palabras de la ley en la primera etapa de la interpretación, sobre ello es que hablaremos en lo que sigue.

CAPÍTULO IV

INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LAS NORMAS PENALES

*“¿Cómo luchar contra las pasiones?
Antes que juez de instrucción soy hombre, y,
por lo tanto, sujeto a ellas– Porfirio Petrovich-”**

§31.- La interpretación jurídica.

*Interpretación y significado. Conocimiento contextual e implicaturas. Intenciones del emisor y el intérprete. “Seguir una regla”. La necesidad de un puente entre la regla y su aplicación. El silogismo. Crítica: la construcción del objeto observado. La importancia de las reglas en la interpretación, recurso a otras prácticas. La interpretación como desenvolvimiento conceptual. El ámbito indeterminado o libre de valoración jurídica en el marco de la interpretación. La interpretación para el “análisis lógico del Derecho”. Sistema normativo legislado y sistema normativo ideal. El Derecho más allá de la legislación. Necesidad de interpretar. La interpretación jurídica. Interpretación en sentido amplio y restringido de las normas. Interpretación como actividad dianoética. Interpretando normas. Las normas como portadoras del significado primario. Necesidad de una doctrina descriptiva del método. La interpretación creadora. Significado y expresión. Dependencia contextual del lenguaje. Recepción del holismo semántico. Interpretación del lenguaje natural; conceptos generales: denotación y connotación. Problemas: ambigüedad, vaguedad y textura abierta. El paso sintáctico de la interpretación. El contar con un metalenguaje jurídico. Los problemas lógicos: inconsistencia, redundancia y presuposiciones. Solución de los problemas. Criterios *lex specialis*, *lex posterior* y *lex superior*. El sentido total. Enunciados interpretativos. Interpretación de textos claros y faltos de claridad.*

La más importante tarea de la ciencia jurídica consiste en la descripción del derecho positivo y su presentación en forma ordenada (sistemática). Es un componente esencial de la práctica legal. Parece claro, sin embargo, que la descripción del Derecho no consiste en la mera transcripción de reglas jurídicas, sino que comprende la operación que se denomina “interpretación jurídica” y que consiste, en lo que veremos, en la determinación de las consecuencias que se derivan de esas reglas.

En una visión liminar y elemental, la interpretación jurídica consiste en la indagación que se lleva a cabo sobre los textos normativos con el fin de conocer su significado, es decir, saber cuál es la proposición o proposiciones deónticas que esos textos

* DOSTOIEVSKI, FEDOR M.; *Crimen y Castigo*, (trad. María Rosa Phillips), 14ª ed., Editorial Porrúa, México, 2000, pág. 284.

significan, en definitiva saber cuál es la conducta prescripta, prohibida o permitida por la norma¹¹⁷⁷. En particular lo que se pretende es descubrir cuáles son las soluciones que el Derecho establece para los casos que se someten a decisiones judiciales. Así, en una primera aproximación, “interpretación” es la determinación de las consecuencias normativas de un conjunto de formulaciones normativas, para un problema dado.

Mas ciertamente, el concepto de “interpretación” es impreciso, es inevitable decir que para su aplicación, hay desacuerdos desde el punto de vista lingüístico. Además, el concepto prealudido adolece de una multiplicidad de utilizaciones, muchas de ellas erróneas; uno de ellos es confundir la noción de “interpretación”, con la de “explicación”, que si bien pueden utilizarse intercambiabilmente en ocasiones, en la más de las veces ello no es así, por ejemplo

“... cuando los músicos discuten sobre la manera adecuada de ejecutar una sonata de MOZART, no se describiría la situación diciendo que debaten sobre la explicación de la sonata...”,

en dichos casos se utiliza la idea de interpretación en un *sentido especial*¹¹⁷⁸. La “interpretación” es un concepto más ajustado que el de “explicación”, se halla estrechamente vinculado a la idea de “significado” pudiendo definirse a aquella como “...la atribución de significado a un objeto.”, de allí que sólo sean pasibles de interpretación los objetos que, como los textos o los productos de comunicación (aunque no sólo ellos) sean capaces de tener un significado¹¹⁷⁹.

ANDREI MARMOR señala dos sentidos de la voz “significado”. El primero es el significado *de* una expresión, que en el contexto lingüístico suele estar determinado por convenciones¹¹⁸⁰; una de las teorías predominantes en este campo es la semántica construida en *términos de condiciones de verdad*, ella entiende que es captable el significado de una oración sólo si pueden especificarse las condiciones que la hacen verdadera o falsa, como sólo de un número pequeño de oraciones puede predicarse su valor veritativo, se introdujo la distinción fregeana entre el *sentido* de una oración y su *fuerza*¹¹⁸¹.

¹¹⁷⁷ MASSINI CORREAS, CARLOS I.; *Filosofía del Derecho*, t. III, cit., pág. 117.

¹¹⁷⁸ MARMOR, ANDREI; *op. cit.*, pág. 27.

¹¹⁷⁹ MARMOR, ANDREI; *op. cit.*, pág. 28.

¹¹⁸⁰ Acerca del lenguaje natural forjado convencionalmente, ver *supra* parágrafo 30 (“Lenguaje y Derecho”).

¹¹⁸¹ También llamada *fuerza ilocucionaria*. Esta noción ya se mencionó antes, ver *supra* Capítulo III nota 594.

“La suposición es que toda oración bien formada tiene un sentido que es discernible de su fuerza ilocucionaria... La suposición es que el componente de sentido permanece básicamente inalterado a pesar de la fuerza ilocucionaria.”¹¹⁸²,

el problema es que no resulta sencillo determinar el significado de las palabras en una *ocasión de uso*, en dichos supuestos la intelección se torna equívoca, debe entonces restar claro qué se considera como dato y qué constituye el explanandum, pues caso contrario se corre el riesgo de inferir las creencias propias a partir de una emisión, sin conocimiento de aquello que se ha querido efectivamente decir.

La interpretación se considera en estos casos en términos de un metalenguaje que implica interpretaciones empíricamente correctas del lenguaje objeto¹¹⁸³. Pero una cuestión liminar estriba en que entre las emisiones lingüísticas deben existir relaciones sistemáticas, ya que de otro modo no habría manera de explicar las relaciones semánticas entre las palabras y las oraciones,

“si se emplea una palabra para significar *x* en una oración dada, debe, por lo general, significar *x* cuando es empleada en otras oraciones en el mismo lenguaje. Mediante la idea de que los significados primarios deben ser compartidos,... a menudo se denomina el aspecto público del significado. El lenguaje no podría ser empleado para la comunicación si los significados de las palabras y las oraciones no fueran conocidos tanto por el hablante como por el intérprete. (además) el requisito de que los significados primarios sean convencionales es de crucial importancia: apunta al hecho de que el empleo del lenguaje está regido por reglas.”¹¹⁸⁴

Para WITTGENSTEIN, el *seguir una regla*, viene a indicar que hay un aspecto de las mismas que es inmediatamente captable, no es pasible de interpretación. Hay alguna manera de entender un vocablo u oración sin interpretarla. Al explicar el significado de una expresión, no se está presuponiendo inmediatamente su interpretación, sino que se refiere usualmente a las reglas del lenguaje de que se trate,

“... pero casi nunca esas reglas son adecuadas como razones o justificaciones suficientes para una interpretación.”¹¹⁸⁵,

¹¹⁸² MARMOR, ANDREI; *op. cit.*, pág. 29.

¹¹⁸³ MARMOR, ANDREI; *op. cit.*, pág. 31.

¹¹⁸⁴ MARMOR, ANDREI; *op. cit.*, pág. 34.

¹¹⁸⁵ MARMOR, ANDREI; *op. cit.*, pág. 36.

si se necesita de la interpretación es porque el resultado no está determinado por las convenciones que rigen el lenguaje, en la mayoría de los casos las personas no reflexionan sobre los significados de las palabras que emplean:

“En suma, no se interpreta aquello que está determinado por reglas o convenciones”¹¹⁸⁶

En esto MARMOR es muy claro y viene al caso acompañar su tesis, la interpretación debe ser una excepción respecto de los ejemplos paradigmáticos de uso de expresiones, no sirve de nada reflexionar sobre el significado de palabras sin saber de antemano qué significado se les otorga en su uso cotidiano,

“esto conduce a la conclusión de que comprender o explicar el significado de una expresión e interpretarla son dos empresas distintas desde el punto de vista conceptual... la interpretación trata de aquellos aspectos de la comunicación que están subdeterminados por las reglas o las convenciones”¹¹⁸⁷

El segundo sentido de la voz “significado”, ya no semántico sino pragmático, es el hecho de que alguien signifique tal o cual cosa mediante una expresión, circunstancia descrita en términos de las intenciones comunicativas. Esta línea destaca la distorsión sobrevenida entre el “significado del emisor” y el “significado de la oración”, entre lo que se quiso decir y lo que las oraciones significan. El origen de la pragmática puede hallarse en GRICE que distingue dos sentidos de la voz “significado”, el significado de una expresión (campo de la semántica, analizado antes), y el hecho de que alguien signifique algo con una expresión determinada (campo de estudio de GRICE). En este segundo sentido a que se viene aludiendo, el “significar que...” no puede analizarse en los términos de significado de la expresión; el significado literal no es aquello que se comunica en muchas oportunidades, de allí que surjan discrepancias entre lo que las palabras u oraciones significan (*significado primario*) y lo que el emisor significa (*intención comunicativa*). La procura de conciliar esta distancia lo constituye el llamado *conocimiento contextual*¹¹⁸⁸, este conocimiento no puede comprenderse a partir de la estructura semántica de la oración, ya que son de un número indefinido (i.e. cualquier palabra puede variar según

¹¹⁸⁶ MARMOR, ANDREI; *op. cit.*, pág. 37.

¹¹⁸⁷ MARMOR, ANDREI; *op. cit.*, pág. 38 a 39.

¹¹⁸⁸ MARMOR, ANDREI; *op. cit.*, pág. 41.

un número indefinido de situaciones posibles contextuales), y además por cuanto cualquier enunciación literal de las suposiciones contextuales depende también del contexto.

Para los casos en que el éxito de la comunicación es una variable del contexto (no determinable por reglas o convenciones), GRICE acuñó el concepto de *implicatura*¹¹⁸⁹, referido a las suposiciones contextuales necesarias para dar cuenta de un caso exitoso en un supuesto de comunicación para el cual el contexto consiste en una situación que debe ser compartida entre el emisor y el receptor. MARMOR propone un ejemplo clarificante¹¹⁹⁰:

- A. -¿tiene hora?-.
B. -La conferencia comienza en 5 minutos-.

Suponiendo que la comunicación en el ejemplo precitado tuviera éxito, la implicatura, obviamente consiste en el conocimiento tanto de A como de B de que una conferencia dada comienza en un tiempo prefijado. La interpretación es importante aquí porque da cuenta del problema que se aborda al procurar comprender una expresión o aspecto de la misma no regida por reglas en el ámbito comunicacional. Sin embargo debe distinguirse entre alcanzar una “comunicación exitosa”, definible en función de las intenciones del hablante, de lo que procura la interpretación (que es en definitiva lo que nos interesa) que no se limita a procurar recuperar las intenciones comunicativas del emisor, sino comprender lo emitido (o un texto).

Los enunciados interpretativos no son fórmulas equivalentes de significados de un objeto *para* el intérprete, que sólo pueden expresar el impacto emocional sobre aquel. MARMOR indica que cuando se interpreta se logra la atribución de significado *a través de un enunciado contrafáctico*, este enunciado entiende que

“Bajo la suposición de que *x* es el significado atribuido, por ejemplo, a un texto *T*, y que *x* no es el significado literal de *T*, ni tampoco el significado de *T* en el que piensa su autor, entonces la atribución del significado *x* a *T* sólo puede ser

¹¹⁸⁹ Ver también *supra* parágrafo 30 (“Lenguaje y Derecho”).

¹¹⁹⁰ MARMOR, ANDREI; *op. cit.*, pág.43. El autor señala una crítica de los pragmáticos a la tesis de las implicaturas, para ellos es difícil hallar una condición de conocimiento mutuo sin caer en el regreso *ad infinitum*, pues el emisor y el receptor deben no sólo compartir el conocimiento contextual importante para la ocasión dada, sino también un *conocimiento de segundo orden*: cuál es el conocimiento que comparten. Como deben suponer que comparten estas suposiciones de segundo orden, se precisa tener suposiciones de tercer orden y así sucesivamente. El error de la crítica estriba en mezclar nociones de la ciencia vinculada a los procesos mentales en juego, y cuestiones de filosofía, que son las que aquí nos interesan en definitiva.

entendida como la afirmación de que, sobre la base de determinadas suposiciones, un supuesto hablante habría significado x al expresar T .”¹¹⁹¹,

dicho de otra manera, o bien se enuncian las intenciones del emisor (campo de la pragmática), o bien se expresa un enunciado contrafáctico que implica no apoyarse en la intención del autor real sino en una atribución a un supuesto autor caracterizado (v.g. la caracterización más concreta sería la que coincide con el emisor real, histórico, pero en otro nivel, puede hablarse de las intenciones que podría haber tenido aquel emisor en aquel contexto dadas tales o cuales circunstancias, o la intención de dicho emisor si fuera hoy cuando estableciera su mensaje considerando las variables modernas)¹¹⁹². Cuando se atribuyen intenciones de manera contrafáctica, las intenciones que priman son las del intérprete y no las del autor originario, se prefiere, en vez de señalar qué procuró decir realmente el autor, saber aquello que habría querido expresar sobre la base de ciertas suposiciones que se le atribuyen. Esto parece diluir la débil línea que separa la *interpretación* de la *creación* (*invención* en los términos de MARMOR),

“...es posible sostener que cuanto más abstracta es la caracterización del autor supuesto, tanto mayor es la tendencia que tiene la interpretación de llegar a ser una (creación). Y viceversa, cuanto más nos comprometemos a recuperar las intenciones del autor real,... tanto menos libertad creadora se permite el intérprete a sí mismo.”¹¹⁹³

Retornando a WITTGENSTEIN, este concebía la relación entre una regla y su aplicación como una relación gramatical (i.e. interna al lenguaje). Comprender una regla quiere decir ser capaz de especificar qué acciones están de acuerdo con ella (o en contra), no es posible decir que se ha comprendido una regla si no es posible identificar las acciones que están de acuerdo con ella; hay una captación de una regla que no es interpretación, sino que se manifiesta de caso en caso de aplicación, esto es “seguir una regla” en la concepción wittgensteiniana. Si una regla no pudiera determinar qué acciones están de acuerdo con ella, entonces tampoco podría hacerlo ninguna interpretación. En esto, la interpretación sólo sería otra formulación de la regla, vendría a sustituir una regla por otra.

¹¹⁹¹ MARMOR, ANDREI; *op. cit.*, pág.47.

¹¹⁹² Como se verá, esto implosiona en la interpretación judicial, de la mano de la llamada interpretación subjetiva y objetiva. La primera procuraría plasmar las intenciones del emisor, la segunda del intérprete.

¹¹⁹³ MARMOR, ANDREI; *op. cit.*, pág. 50.

Aprender a seguir una regla, en WITTGENSTEIN implica una técnica, hay una conexión normativa entre las reglas y las acciones que consiste en una costumbre de emplear la regla de una forma y no de otra. Pero esto, para el autor citado no consiste en una explicación causal o psicológica de cómo se aprende a seguir una regla, sino que es un empleo regular de un signo (la regla) para determinados propósitos, regularidad de empleo que proporciona el significado de la regla. Seguir una regla tampoco se trata de una costumbre, que supone una multiplicidad de usuarios, cuando en rigor, seguir una regla presupone una multiplicidad de empleos. Para WITTGENSTEIN lo relevante es sortear la interpretación en cuanto esta supone sustituir una expresión de la regla por otra, la acción no debe estar *mediada* por la interpretación, pues la separación entre una regla y su aplicación no puede ser sorteada mediante una nueva formulación de aquella.

Sin embargo, supondremos que se necesita la interpretación para determinar la aplicabilidad de una regla en ciertas circunstancias. La interpretación aporta razones que no deben confundirse con la mera comprensión del significado de la regla, que es el escalón preliminar de una actividad interpretativa pero no la interpretación misma¹¹⁹⁴. Si la formulación de una regla particular es inadecuada para determinar un resultado particular, entonces no debe bucearse en su significado, sino que el juez argumentará sobre la regla con el objeto de eliminar toda duda. La interpretación es un proceso complejo como se verá en todo este capítulo, insistiremos en la concepción de que siempre se necesita interpretar a fin de determinar qué actos están de acuerdo con la regla, esto quizás podría solapadamente insinuar que las reglas son indeterminadas, habría un vacío entre la regla (el signo) y su aplicación (una acción), un vacío que es salvado mediante el puente que importa la interpretación.

El punto de vista tradicional sostiene que la parte dispositiva de la resolución de un juez, es el resultado del razonamiento hecho en los considerandos. La sentencia es un simple silogismo, los considerandos contienen las premisas, la parte

¹¹⁹⁴ Kelsen no lo presenta como un paso previo sino como una variante de la interpretación, señala que "...el sentido lingüístico de la norma no es unívoco; el órgano que tiene que aplicar la norma se encuentra ante varios significados posibles... La discrepancia entre voluntad y expresión puede ser completa, o bien sólo una discrepancia parcial. Esto último se produce cuando la voluntad del legislador... corresponde por lo menos a uno de los varios significados que la expresión lingüística de la norma lleva consigo." (Kelsen, Hans; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 351).

dispositiva la conclusión¹¹⁹⁵¹¹⁹⁶. La inducción jurídica es una inferencia lógicamente válida pues el material que maneja el jurista es limitado, el conjunto de normas válidas con el que un tribunal opera es necesariamente finito¹¹⁹⁷.

La “interpretación” es la actividad tendiente a determinar qué casos genéricos regulan las normas jurídicas y qué soluciones genéricas (consecuencias jurídicas genéricas) se estipulan para tales casos genéricos¹¹⁹⁸.

El silogismo puede expresarse así:

$S \rightarrow C$ (Para todo caso de S, rige C).

$H = S$ (H es un caso de S).

$H \rightarrow C$ (Para H rige C).

Esta figura lógico abstracta es llamada por KARL LARENZ el “silogismo de la determinación de la consecuencia jurídica”; en él, como ya se dijo, la premisa mayor la constituye una proposición jurídica completa, la subordinación de un hecho concreto como un “caso”, en el supuesto de hecho de la proposición jurídica —éste es el resultado de la llamada “subsunción”—, la premisa menor. La conclusión produce la consecuencia jurídica concreta (i.e. la “aplicable” al hecho). Esto sirve para explicar el caso más sencillo, pero el mismo acontecimiento de la vida puede “caer” —si bien no con todos sus rasgos

¹¹⁹⁵ La interpretación puede dividirse en: a) *orgánica*, donde los materiales jurídicos se encuentran dirigidos a ciertos individuos, los cuales tienen que aplicarlos, los individuos que se encuentran en la situación de aplicar o ejecutar los materiales jurídicos los llamaremos “órganos”; la interpretación orgánica es el acto de significación mediante el cual el órgano determina el sentido de los materiales jurídicos, que él tiene que aplicar a fin de proseguir el proceso de creación del Derecho; en la interpretación orgánica la significación dada a los materiales que se aplican (leyes, reglamentos) se manifiestan en actos o voliciones humanas que establecen otros materiales jurídicos (sentencias, decisiones administrativas), estos materiales son parte de la experiencia jurídica y son Derecho al igual que los materiales jurídicos que aplican, b) *no orgánica*, donde la interpretación jurídica no es monopolio exclusivo de los órganos aplicadores del Derecho (v.g. profesores, juristas, particulares, *et sit cétera*), implosiona ante cualquiera que dote de significado al lenguaje jurídico; como el intérprete no tiene la posibilidad de aplicar el Derecho que interpreta, entonces este tipo de interpretación se agota, con la sola significación dada al lenguaje jurídico; en la interpretación no orgánica, la significación dada a los materiales jurídicos no se manifiesta en actos de aplicación del Derecho, la interpretación no acompaña la producción de nuevos materiales jurídicos, ésta interpretación es sólo significación (cognición, descripción, valoración, *et sit cétera*), no es parte de la experiencia jurídica. Nuestro estudio discurre por el examen de la *interpretación orgánica*.

¹¹⁹⁶ Kelsen, HANS; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 210. Según el maestro vienés la premisa mayor es una norma considerada objetivamente válida, según la cual se debe comportar conforme al sentido subjetivo de esos actos imperativos, la premisa menor afirma el hecho de que esa persona ha ordenado que uno debe actuar de determinada manera; la conclusión afirma la validez de la norma.

¹¹⁹⁷ Soler, Sebastián; *La Interpretación de la ley*, Ariel, Barcelona, 1962, pág. 178. El autor alude a la “finitud lógica del sistema”.

¹¹⁹⁸ Alonso, Juan Pablo; *op. cit.*, pág. 4.

individuales- en distintos supuestos de hechos legales, donde el silogismo puede expresarse así¹¹⁹⁹:

$$\begin{array}{ll} S^1 \rightarrow C & S^2 \rightarrow C \\ \hline H = S^1 & H = S^2 \\ H \rightarrow C \text{ (de } S^1) & H \rightarrow C \text{ (de } S^2) \end{array}$$

Pero tampoco basta con examinar si H cae bajo S; ya que en caso de que a esto haya que responder afirmativamente, hay que seguir examinando, antes de que se pueda llegar a una conclusión sobre la consecuencia jurídica, si H no es un caso de supuesto excepcional de S. Puede expresarse:

$$\begin{array}{l} S \rightarrow C, \text{ si no se da } S(x) \\ H = S \text{ y no a } S(x) \\ \hline H \rightarrow C \end{array}$$

La premisa menor exige aquí dos subsunciones, de las cuales, para que se pueda extraer la conclusión, la segunda (la subsunción en S(x)) ha de tener un resultado negativo. Si tiene un resultado positivo se impone una conclusión negativa (H no tiene la consecuencia jurídica C de S). Si ya el resultado de la primera subsunción es negativo –H no es un caso de S–, sobra realizar la segunda¹²⁰⁰. Debe tenerse en cuenta que el juicio “H es un caso de S” –que constituye la premisa menor del silogismo- tiene como presupuesto que al que enjuicia le venga “dado” un determinado hecho H y que sea capaz de llegar a conocer este hecho como un “caso” de S¹²⁰¹. Ante la presencia de un hecho, acompaña una elección de las proposiciones jurídicas que entran en consideración para la aplicación.

Para llegar al juicio de que un hecho dado es un “caso” de un supuesto de hecho legal (i.e. H = S; que forma la premisa menor del silogismo de la determinación de la consecuencia jurídica) se precisa un enjuiciamiento del hecho, a dicho enjuiciamiento se lo denomina “subsunción”. La *subsunción* es un proceso de juicio y de razonamiento

¹¹⁹⁹ LARENZ, KARL; *op. cit.*, pág. 211 a 212.

¹²⁰⁰ LARENZ, KARL; *op. cit.*, pág. 213.

¹²⁰¹ Analizar esta problemática es propia de la teoría de la prueba procesal que no es dable explorar aquí. Lo cierto es que el hecho no viene simplemente “dado”, sino que es ya el resultado de un proceso del pensamiento que discurre precisamente en atención al enjuiciamiento jurídico a realizar.

“Con otras palabras: el objeto de un juicio o apreciación específicamente *jurídicos* no es nunca el hecho real en su inmediatidad, el puro factum, sino siempre una imagen de representación preformada ya por la conciencia, fundamentada, ciertamente, en percepciones (...) Para poder enjuiciar un hecho jurídicamente, éste tiene que venirle ‘dado’ al enjuiciador de alguna forma; pero lo que por lo general le viene dado, no es, en principio, un hecho, sino un relato con más o menos lagunas, prolijo e inexacto...”, LARENZ, KARL; *op. cit.*, págs. 215 y 217.

meramente lógico- formal, es operar con representaciones o conceptos que vienen ya previamente dados, para H. COING es sólo un proceso racional¹²⁰².

Pero esta visión de la mera subsunción es muy aristotélica, que como ya hemos visto, es una versión científica que la ciencia jurídica ha superado¹²⁰³, se plasma antes lo general,

“...lo particular brotará de aquí o si no, ya encontrará un lugar debajo de lo general o como pueda. Según esto, vamos a determinar en primer término lo que corresponde al *ens*, a la *cosa absoluta*; después se deducirá gradualmente lo característico de las cosas aisladas con tanta perfección como nos sea posible.”¹²⁰⁴

ENGISCH dijo de ello que la conclusión, como tal, no le costaría el más mínimo esfuerzo al jurista, la dificultad radicaría en el hallazgo de las premisas¹²⁰⁵. Lo cierto es que, teniendo en cuenta la gran multitud de proposiciones jurídicas de que dispone el orden jurídico, el hallazgo de las premisas no parece tarea sencilla, además, ¿quién le garantiza al aplicador cuando ha encontrado algunas proposiciones aplicables que éstas son las únicas que en este caso deben ser tenidas en consideración o que son las correctas?; además, a los elementos del supuesto de hecho pertenecen también “predicados de valor”, de índole ética, cuya aplicación a un hecho determinado la ha de constatar el juez mediante un juicio de valor (v.g. si un negocio jurídico atenta o no contra las “buenas costumbres”, si un determinado comportamiento ha sido “negligente”, *et sit cétera*), al efectuar este enjuiciamiento se hace un análisis moral, no se toma –como entienden los defensores de la subsunción- como algo “dado”, sino que al aprobar o desaprobar se pronuncia a favor o en contra; así vistos, los “valores” son un acto de toma de posición interior de quien valora, no son aprehensibles de forma consciente sino a través de reacciones emocionales¹²⁰⁶.

Propondremos que, en estricta rigurosidad, el razonamiento que fluye de los considerandos puede ser un silogismo la más de las veces, pero en numerosas ocasiones provendrá de una racionalización de la parte dispositiva. El juez toma una decisión *a priori*,

¹²⁰² LARENZ, KARL; *op. cit.*, pág. 224.

¹²⁰³ Ver *supra* párrafo 1 (“Palabras previas. Sobre la ‘ciencia del Derecho’”).

¹²⁰⁴ SCHOPENHAUER, ARTHUR; *Historia de la Filosofía. De los Presocráticos a Hegel*, (trad. Edmundo González) Quadrata, Buenos Aires, 2007, pág. 50. Confronta el autor, las ventajas del método de FRANCIS BACON que procura primero conocer las cosas aisladas lo más perfectamente posible, para después conocer por fin las cosas generales (la cosa absoluta).

¹²⁰⁵ Citado por LARENZ, KARL; *op. cit.*, pág. 213, nota 8.

¹²⁰⁶ Sobre esto, más en extenso párrafo 49 (“La actividad creadora del juez ante los conceptos normativos, indeterminados y las ‘cláusulas generales del derecho’”).

sobre la base de intuiciones y consideraciones prácticas, y después que la conclusión se establece, el juez recurre a una argumentación jurídico- ideológica plausible para justificar su decisión. Es más, y sobre esto no avanzaremos en lo sucesivo bastando a nuestros fines la digresión que sigue, cuando se estudian los problemas de interpretación o de la aplicación del Derecho en general, se desprecia el problema de la interpretación de los hechos, se suele considerar que el hecho real se transporta tal cual del mundo físico al mundo jurídico —el hecho vivido simplemente es llevado a la audiencia de vista—, desde esta perspectiva, no tiene sentido preguntarse sobre los problemas de interpretación de aquellos¹²⁰⁷; sin embargo, hay muchos hechos, como, por ejemplo, la honestidad, que no pueden verificarse empíricamente, sino que son objeto de valoración, su existencia o inexistencia depende de las convicciones del juez, pero estos juicios de valor, se ocultan y son presentados como afirmaciones sobre hechos, se realiza una función de disimulación, pues todo desacuerdo que verse sobre los juicios de valor relativos a los hechos se presentará como un mero desacuerdo sobre los mismos hechos¹²⁰⁸. En rigor no puede soslayarse que: a) la mera observación de un hecho implica una construcción del objeto observado, el juez construye a este, y si bien esa construcción influirá notablemente en la idea que aquel se forme del mismo, no es menos cierto que la construcción dependerá, también, y en gran medida, de la idea preconcebida que el juez tenga del caso; y b) como consecuencia de lo anterior, entre el hecho real y el jurídico construido, no hay una continuidad, sino una ruptura¹²⁰⁹. El juez es un consumidor de los hechos de segunda mano, tiene limitado su conocimiento a la versión que se le brinda por medios externos, sólo como se los presentan las partes, los que resulten probados o presumidos; de donde, el juez, accede a hechos que tienen poco que ver con lo realmente acaecido, pero además, el juez reelaborará a su vez el hecho resultante de lo anterior, construyéndolo como objeto, el hecho final relevante para la calificación jurídica es una distorsión absoluta entre dos mundos inasimilables (el real y el jurídico).

Retornando al eje central, si bien se sostiene que el proceso por el cual, un juez decide fundar su decisión en una regla y no en otra, no es una cuestión arbitraria, sino

¹²⁰⁷ Críticamente con esta tesis que adjudica al positivismo IBAÑEZ, PERFECTO ANDRÉS; *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, págs. 47 a 48.

¹²⁰⁸ Ver Anexo IV acápite IV, se presenta un ejemplo paradigmático de lo dicho en el texto en la jurisprudencia argentina.

¹²⁰⁹ BACHELARD, GASTÓN; *El materialismo racional*, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1976, pág. 320.

que es un proceso determinado por conceptos forjados en una ideología normativa común presente en el espíritu de los jueces en su calidad de tales¹²¹⁰; lo cierto es que, lo que ocurre en el espíritu de los jueces consiste en directivas que no se refieren directamente al modo en cómo debe ser resuelta una controversia indicándole la manera de proceder al juez. La legislación (las reglas) entregan un producto terminado y listo para ser utilizado por los jueces, pero estos últimos suelen recurrir a otras fuentes que le ofrecen ideas, guías e inspiración para que el juez formule, en definitiva, la norma que él mismo necesita. Así, quien está llamado a resolver en una controversia, recurrirá en primer lugar a fuentes de tipo objetivo –formulaciones revestidas de autoridad–: las reglas, pero también a fuentes pragmáticas y axiológicas de las que el juez dispondrá libremente y basado en la mera razón. Por otra parte, la pretensión de hablar de una ideología normativa común entre los jueces, no es una visión realista sobre la práctica tribunalicia, pues es dable señalar importantes y fundamentales discrepancias en torno a la ideología que anima a los jueces, además, una concepción como la aludida, soslaya la posibilidad de nuevas ideologías fracturadoras de las viejas (la visión de ROSS de una estática, sólida y unitaria ideología normativa no se condice con la práctica judicial ni atrapa los disensos judiciales).

La fuente más importante de las decisiones judiciales, sin lugar a dudas son las reglas, de allí que nos explayáramos *in extenso*, antes, respecto a su contenido, ellas tienen una fuerza obligatoria insoslayable¹²¹¹. En la práctica, sin embargo, los tribunales, abierta o subrepticamente, se apartan de las reglas que no concuerdan con la conciencia jurídica social o propia. Claramente la escisión entre la conciencia jurídica institucional y la conciencia jurídica material no puede ser completa¹²¹², sino no existiría una comunidad posible. La idea de que el juez es sólo el “servidor de la ley”, imagen que HECK seguía con fuerza, obvia que el juez formula y conforma el Derecho, que principia en base a la ley, con la ley y también, si es preciso, más allá de la ley¹²¹³. El Derecho es el resultado de este proceso, en el que toma parte la ciencia del Derecho, pero también todos aquellos que dan pública expresión de su opinión sobre cuestiones jurídicas, codeterminando, de alguna

¹²¹⁰ ROSS, ALF; *op. cit.*, pág. 105.

¹²¹¹ Ver *supra* Capítulo III (“Sistema y Conceptos jurídicos básicos”).

¹²¹² ROSS, ALF; *op. cit.*, pág. 108.

¹²¹³ LARENZ, KARL; *op. cit.*, pág. 205.

manera, la “conciencia jurídica general”¹²¹⁴. La interpretación implica entonces un complemento y desenvolvimiento jurisprudencial de la ley, que hasta entonces se consideraba suficiente, puede implicar una limitación o un complemento, inclusive una nueva idea jurídica que hasta entonces no había encontrado expresión en la ley. Lo que el juez añade, no deja intacta la ley “tal cual rige”, sino que se la libera de su inevitable abstractividad para ordenar relaciones concretas de la vida. Es un dato cierto que los jueces interpretan “conforme a la ley”, pero también procuran hacerlo “correctamente”; de allí que

“Siempre que el juez decide por una interpretación de la ley, entre las muchas que, por lo menos a primera vista, son posibles, o que concretiza una ‘idea jurídica general’, lo hará, en definitiva, en atención a una decisión ‘justa’.”¹²¹⁵

“...el hecho de que los textos relevantes dejen abierto un espacio de interpretación más o menos amplio y que, además, la idea de la falta de vacíos del orden jurídico haya demostrado ser totalmente insostenible, aparentemente conducen a nuevas dificultades. Por tanto, se hace necesario complementar el sistema de normas vigente con prácticas interpretativas correspondientes. Eso significa en primera instancia que la verificación del orden jurídico efectivamente vigente no resulta tan fácil como cabría suponer.”¹²¹⁶

En sistemas jurídicos desarrollados, los jueces llegan a sus decisiones, habitualmente después de un proceso jurisdiccional regulado por el Derecho, la decisión misma, frecuentemente, es acompañada por una explicación de las razones que condujeron a ella. En ciertas circunstancias, deviene sencillo encontrar cuales son las disposiciones jurídicas reconocidas y en las que se basaron los órganos; es más difícil hacerlo cuando la decisión no es explicada o justificada. Aquí podemos ya, liminarmente, señalar un inicio de nuestro problema: las disposiciones jurídicas son sólo parte de las razones de las decisiones de los tribunales, otras razones también inciden en la decisión, por caso motivaciones de

¹²¹⁴ LARENZ señala que esta especial conciencia no es algo misterioso, tampoco representativo de un estamento especial, sino la conciencia de muchos individuos intercomunicados, y que tienen representaciones comunes de lo justo y lo equitativo (*op. cit.*, pág. 206). De todas formas, ese tipo de nociones no precisa ser definida, pues sea cual fuere la definición que se les otorgue, lo cierto es que vienen a indicar un amplio espacio de aprehensión axiológico supranormativo.

¹²¹⁵ LARENZ, KARL; *op. cit.*, pág. 206.

¹²¹⁶ ALBERT, HANS; *El concepto de jurisprudencia racional*, estudio corresponde al tercer capítulo del libro *Traktat über rationale Praxis* (Tratado sobre una praxis racional), Tübingen, 1978, en www.cepchile.cl, pág. 126.

justicia, directrices políticas, *et sit cétera*. Más compleja es la cuestión cuando el tribunal derechamente, crea nuevas disposiciones jurídicas y las aplica.

El que hemos denominado *ámbito indeterminado o libre de valoración jurídica*, se presenta en dicho marco. Frente a actividades no regladas, o que regladas, lo están de forma poco clara a partir de deficiencias del lenguaje, o de la oscuridad de los propósitos subyacentes, o por lo abigarrado de las reglas que componen un ordenamiento jurídico, o por la falta de certeza en la interpretación del texto; el juez, a partir de una valoración (individual o social), concluye aplicándole una sanción, no le es difícil a aquel justificar su decisión no proveniente de un silogismo –como pretende la teoría tradicional-, en vista de los problemas predetellados. La argumentación jurídica, a la que nos referiremos más adelante, es una máscara esgrimida para hacer creer en la objetividad de la decisión alcanzada. La cuestión se vincula con aquella zona del Derecho donde la clásica división entre actos de creación y de aplicación del Derecho se desdibuja, y que HART denominara “los intersticios del Derecho”.

Sin embargo, ningún juez aseverará en tales supuestos que el caso no se encuentra reglado o reglado deficientemente, sino que partirá de la premisa de que la conclusión a la que se arribó, surge de una mera subsunción del caso¹²¹⁷ al supuesto de hecho previsto por alguna de las reglas del ordenamiento jurídico.

Para invalidar este aserto debemos ingresar al análisis de algunas cuestiones.

La primera cuestión a elucidar es, qué casos están comprendidos en la ley y, desde qué punto de vista y en qué circunstancias, el nuevo caso, ha de ser equiparado a aquel.

KELSEN, HART y DWORKIN destacan que, en el Derecho, aparecen espacios donde aquel nada tiene que decir, si bien estos autores no se refieren a ningún *ámbito libre de regulación jurídica*, sí se refieren a estos escenarios como espacios donde las reglas son contradictorias o lisa y llanamente no existen. Allí se producen *lagunas* o *casos difíciles*, cuestiones éstas que nosotros compartimos en éste trabajo y a las cuales ofreceremos una suerte de solución conceptual o cuanto menos ubicación sistemática más adelante; por éste sendero, los autores citados destacan que las soluciones a los problemas en cuestión no son

¹²¹⁷ En el Anexo IV, acápite IX, señalamos uno de los clásicos ejemplos de esta manera de discurrir en la jurisprudencia Argentina, y conforme con lo que procuramos rebatir en el texto.

claras y suelen producirse perplejidades en los jueces; en ellos, la *interpretación* es el recurso último aunque en sentido diverso. Para KELSEN y HART, es necesaria la *creación judicial* del Derecho, para DWORKIN, sólo hay una solución razonada con apoyo en principios. JOSEPH RAZ sostiene una *interpretación objetiva*, que como adjudicación, no requiere que esté completamente determinada por una fuente externa al juez, sólo que esté acotada por reglas disciplinarias y la comunidad interpretativa, el pluralismo interpretativo, es completamente consistente con la objetividad de la interpretación¹²¹⁸.

Para los cultores de la corriente del “análisis lógico del Derecho”, a la que no adherimos en este respecto, la interpretación de las normas jurídicas es una actividad cognitiva compleja, pudiéndose distinguir, al menos, tres diferentes etapas: a) la identificación de las normas, b) la sistematización de las normas (previamente identificadas), y c) la determinación de la coherencia de las normas (previamente identificadas y sistematizadas),

“de estas tres etapas interpretativas, la última (la coherencia) no es pacíficamente aceptada por los pensadores del análisis lógico del derecho, debido a sus peculiares tesis sobre la posibilidad de reforma o ajuste del derecho”¹²¹⁹

En el nivel de la “identificación” cabe distinguir entre *formulación normativa* y *norma* expresada en dicha oración, distinción que ya hemos rechazado¹²²⁰; identificadas las normas, corresponde efectuar su “sistematización”, tal proceso permite elucidar ciertas propiedades lógicas de los sistemas normativos, como ser la completitud, la consistencia y la independencia; finalmente

“...la coherencia es una propiedad relacional: un conjunto de normas puede ser coherente con relación a un principio α , pero incoherente con relación a un principio β [...] dentro de la coherencia pueden distinguirse una función explicativa y dos funciones normativas. En la función explicativa la coherencia se limita a dar cuenta de ciertas relaciones de subsunción existentes entre un conjunto (vasto) de normas y un conjunto (reducido) de principios. En la primera función normativa de la coherencia se presupone la existencia de algún tipo de caso genérico difícil, sea por cuestiones de identificación (ambigüedades), sea por cuestiones de

¹²¹⁸ RAZ, JOSEPH; *¿Por qué interpretar?*, en RODOLFO VÁZQUEZ (comp.), *Interpretación Jurídica y Decisión Judicial*, 3ª ed., Fontamara, México, págs. 46 a 48.

¹²¹⁹ ALONSO, JUAN PABLO; *op. cit.*, pág. 5.

¹²²⁰ Ver *supra* parágrafo 30 (“Lenguaje y Derecho”).

sistematización (lagunas normativas o contradicciones normativas). En la medida en que se pueda determinar la coherencia del sistema, es posible estipular qué norma es la “más adecuada” (“coherente”) para solucionar el caso problemático. Se trata de una función de “resolución” de casos genéricos difíciles (por identificación o sistematización). En la segunda función normativa de la coherencia, no existen casos difíciles por cuestiones de identificación y/o sistematización: el sistema analizado es unívoco (no hay ambigüedades), completo (no hay lagunas normativas) y consistente (no hay contradicciones normativas)¹²²¹. No obstante ello, pueden surgir problemas de incoherencia: se trata de casos genéricos y soluciones genéricas del sistema de normas legislado (SNL) que no se adecuan a las exigencias coherentistas emergentes del conjunto de principios que rige o debería regir (el sistema normativo ideal –SNI-).”¹²²²

Estos problemas son inadecuaciones entre el sistema normativo legislado (SNL) y el sistema normativo coherente ideal (SNI). Frente a ello, y bajo ciertas condiciones (como por ejemplo, la mayor jerarquía del conjunto de principios –el SNI– respecto del conjunto de normas –el SNL–), los principios pueden derrotar a las normas incoherentes, debiendo el juez tornar coherente el sistema defectuoso. Se trata de una función de “ajuste” de sistemas normativos incoherentes.

La idea de coherencia es rechazada en éste trabajo, en la forma de una teoría de la interpretación¹²²³. Pero es posible distinguir otro nivel en el que tiene sentido aquella noción: el nivel de contenido, el cual se aplica como un valor fundamental de la moralidad política¹²²⁴. Se puede designar algo más que la mera consistencia lógica¹²²⁵, implicando una ordenación axiológica y armoniosa.

La *interpretación* de la ley no sólo es relevante en el contexto específico del Derecho, en las actividades de los tribunales, tiene cada vez mayor importancia explícita y reconocida. En el caso de Kelsen, ello se manifiesta especialmente en el *estado de excepción* donde se da un vacío de Derecho el cual sólo puede ser llenado por la política. No es éste nuestro ámbito de discusión, pues, a la luz de nuestra digresión hasta aquí,

¹²²¹ Ver Anexo IV acápite VIII, presentamos un caso de la relevancia de la coherencia conforme lo señalado en el texto en la jurisprudencia Argentina.

¹²²² ALONSO, JUAN PABLO; *op. cit.*, pág. 7.

¹²²³ Que es la variante de ALONSO en la línea de MACCORMICK.

¹²²⁴ MARMOR, ANDREI; *op. cit.*, pág. 87.

¹²²⁵ Sobre un modelo coherentista de interpretación ver *infra* subparágrafo 36.1 (“La moral y el Derecho”):

dichas cuestiones pueden solventarse con las propias herramientas del sistema legal, en modo alguno podríamos sostener aquí un *ámbito indeterminado o libre de valoración jurídica*, sino que lisa y llanamente se trata de conductas jurídicamente *adiaphoras* que el propio Estado se decide a regular o a prescribir en estados excepcionales.

Fuera de la función imperativa otorgada a los órganos políticos, la *interpretación* de la ley en el ámbito del Derecho privado o público, tiene consecuencias cada vez más relevantes.

La interpretación jurídica, como totalmente independiente de la política, tiene como ponentes a HART y a DWORKIN –en lo que aquí nos interesa–; para el primero, la interpretación se reduce al terreno donde las reglas secundarias dejan vacíos, en el caso del segundo, la interpretación

“...puede compararse a las razones o juicios reflexivos en términos kantianos, el contexto de éste tipo de juicio se encuentra en el conjunto de fuentes de interpretación prohibidas y permitidas que se han establecido de forma precisa por adelantado. Estas razones hacen explícitamente que la interpretación jurídica, en tanto actividad semántica, pueda compararse con la interpretación del lenguaje en general. Las fuentes del derecho forman parte del ‘centro duro’ del pensamiento jurídico. Y si este centro se pierde, el pensamiento jurídico perderá el control sobre el mismo.”¹²²⁶

No son las decisiones del Legislador, como se suele creer, las que imperan cuando desde el Derecho se hace referencia a una norma no suficientemente clara, en realidad el Legislador importa una serie de instancias técnicas que se dan en el aparato de diseño legislativo, del cual las leyes, son su resultado, pero nunca pueden corresponder a un criterio único, a lo más serán el fruto de polémicas, donde los principios juegan un papel indudable, es decir, las razones que justifican la adopción desde una disposición jurídica determinada, es el resultado complejo de la disputa por el predominio de principios¹²²⁷. Además, no es menos cierto que los problemas de toda comunidad son reales, sentidos y vividos, y en tal sentido, la sociedad impulsa ciertos criterios axiológicos en la construcción de las políticas jurisprudenciales.

¹²²⁶ BOLÍVAR ESPINOZA, Augusto; *op. cit.*, pág. 13.

¹²²⁷ BAYÓN, JUAN CARLOS; *Principios y reglas: legislación y jurisdicción el Estado constitucional*, en Revista “Jueces para la democracia. Información y Debate”, nro. 27, noviembre 1996, pág. 46.

El Derecho es, quizá con la Teología, la disciplina más inmanentemente abocada a la interpretación, “*interpretación*” es uno de los términos más repetidos y con más relevante protagonismo tanto en las obras teóricas sobre el Derecho como en su práctica de todo tipo, comenzando por la jurisprudencial.

Interpretar equivale a dotar de significado, mediante un lenguaje significativo, ciertas cosas, signos, fórmulas o acontecimientos. El intérprete es una especie de mediador que comunica a los demás –generalmente en lenguaje común– el significado que se le atribuye a ciertas cosas, signos o acontecimientos¹²²⁸.

Desde comienzos del siglo XX, por lo menos, se fue abriendo paso en la Teoría del Derecho la idea de que esta disciplina no se agota en el texto, en el puro enunciado legislativo, de que la labor interpretativa es una mediación irremplazable para la concreción del enunciado legal, a fin de poder aplicarlo a los casos que con él han de resolverse, y de que esa interpretación, que tiene un componente siempre creativo, contextual y personal, es constitutiva o co-constitutiva (según el radicalismo de la respectiva teoría) de la norma jurídica misma, del propio objeto Derecho.

En la práctica la interpretación es inevitable para identificar las normas que expresan los textos que ha promulgado la autoridad normativa, como para determinar el alcance de una norma general, como para aplicar las normas generales a casos individuales (entre una norma general y las controversias individuales que ella regula, existe un abismo conceptual que sólo puede ser salvado mediante una conexión interpretativa)¹²²⁹; en la

¹²²⁸ TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO; *El derecho y la ciencia del derecho*, cit., pág. 151. El autor destaca que “Los primeros jurisconsultos eran sacerdotes y esto no puede sorprender”, pues más allá de que el Derecho primitivamente se hallara vinculado de forma íntima con la religión, eran los augures, brujos y chamanes; quienes dotaban de sentido a ciertos hechos misteriosos, que en razón de su posición de poder, sólo ellos manejaban y entendían.

Es la situación en que se encontraban los “Pontífices Patricios”, únicos intérpretes de las XII Tablas, de cuyo repertorio de fórmulas procedimentales y negociales, hasta el siglo III a.c., fueron únicos custodios, antes de la “indiscreción” de CNEO FLAVIO, en relación con las fórmulas del Derecho, fórmulas que sólo ellos conocían e *interpretaban* a petición de los legos. Los métodos de aplicación del Derecho que ellos habían desarrollado y practicado eran sólo accesibles a sus miembros cuyos conocimientos se transmitían de generación en generación.

La concepción positivo- mecanicista de la interpretación, aun conserva en su raíz, algo de la idea de “aptitud del intérprete” para poder desentrañar y encontrar el sentido inmanente de las cosas.

¹²²⁹ NAVARRO señala que “...es fácil encontrar ejemplos de esta tesis no sólo en los estudios sobre interpretación jurídica sino también en las afirmaciones de jueces al momento de justificar sus sentencias.

Así, en el ‘*caso Vilchez*’, se decidió que el intento de sustraer una bicicleta que estaba atada con un candado en un lugar público constituía tentativa de robo agravado en razón de que la bicicleta es un vehículo y por ello se aplicaban las circunstancias que califican al robo...”, en dicho fallo, el juez TRAGANT expresó que: “Negar no sólo la posibilidad sino también la necesidad de interpretar las leyes es como negarles aplicación o como

práctica, todos los extremos prealudidos aparecen entrelazados, y así los presentamos nosotros; sin embargo se los ha distinguido con fines analíticos, así: a) la identificación de las normas importa la asignación de un significado a un texto, b) en el alcance de las normas, la interpretación es la determinación del contenido conceptual implícito en una norma formulada, y c) para aplicar las normas se precisa de la interpretación previa¹²³⁰; además, la interpretación da cuenta del rol que desempeñan estándares diversos (v.g. moral, principios), en la argumentación jurídica.

La necesidad de interpretar los textos jurídicos es una consecuencia de que los hechos no aguardan al intérprete etiquetados al momento de la aplicación de las normas. Resulta menester señalar que tanto en casos fáciles como en casos difíciles, los hechos no ofrecen etiquetas que puedan servir para evitar el proceso interpretativo.

Por “interpretación” se puede aludir tanto a una *actividad*, como al *resultado* de esa actividad. Los objetos susceptibles de ser interpretados pueden ser de distintos tipos, se habla de interpretar un acto o comportamiento humano, un hecho histórico, un papel en una obra de teatro, *et sit cétera*. De lo que venimos refiriendo nosotros, y lo que aquí interesa, es la *interpretación jurídica*¹²³¹, que principalmente consiste en interpretar textos, sea la actividad de descubrir o decidir el significado de algún documento o texto jurídico, o el resultado o producto de esa actividad: el significado al que se llega a partir de aquella

creer que la ley actúa por sí misma o como afirmar que el acto del juez no es espiritual sino mecánico, pues la interpretación aunque a veces parezca evidente es siempre necesaria, ya que la fórmula que expresa la voluntad de la ley tiene indefectiblemente carácter general y abstracto.”, de todo ello NAVARRO señala que la tesis de la *inevitabilidad de la interpretación* (sostenida en múltiples fallos como éste) remarca que la conexión entre normas generales y casos individuales resulta de las decisiones de los intérpretes; aunque sin embargo, las propiedades que menciona el Legislador son relevantes ya que su presencia o ausencia están asociadas con diferentes consecuencias normativas. NAVARRO, PABLO; *Acerca de la inevitabilidad de la Interpretación*, cit., págs. 117 y 118.

¹²³⁰ NAVARRO, PABLO; *Acerca de la inevitabilidad de la Interpretación*, cit., pág. 102.

¹²³¹ Suele haber consenso en lo que respecta a la clasificación acerca de los sujetos que llevan a cabo la actividad interpretativa.

Conforme esto, *interpretación auténtica* es la realizada por el autor mismo del documento interpretado; la *interpretación oficial* es aquella efectuada por un órgano del Estado en ejercicio de sus funciones; la *interpretación judicial* es la que llevan a cabo los órganos jurisdiccionales; la *interpretación doctrinal*, la llevan a cabo profesores y juristas del Derecho en obras académicas. (Conf. GUASTINI, RICCARDO; *La interpretación: objetos, conceptos y teorías*, en RODOLFO VÁZQUEZ (compilador), *Interpretación jurídica y Decisión judicial*, 3ª ed., Fontamara, México, pág. 35).

La que aquí interesa es la interpretación judicial, pues la oficial y la auténtica se suelen plasmar en reglas que vienen a conformar el propio aparato del ordenamiento jurídico, el que será a su vez interpretado por la administración de justicia. La interpretación doctrinal, sólo importa para nuestro objetivo, en tanto y en cuanto, es receptada jurisprudencialmente.

actividad. Que se entienda a la actividad de interpretar, como un descubrimiento o decisión o como una combinación de ambas, es lo que distingue a las teorías de la interpretación.

La voz “interpretación”, en otro orden de ideas, se utiliza de manera diversa. En un sentido restringido, implicaría la atribución de significado a un texto normativo, sólo cuando existen dudas o controversias en torno al mismo, *in claris non fit interpretatio*; conforme con lo dicho, únicamente serían objeto de interpretación los textos oscuros. En un sentido amplio la interpretación es cualquier atribución de significado a un texto legal, independientemente de las dudas y discusiones a su respecto, quienes adscriben ésta tesis entienden que atribuir un significado a un texto requiere algún tipo de valoración o decisión, de allí que la interpretación no sería una actividad puramente cognoscitiva. Se pone en duda a la luz de ésta idea la distinción entre textos claros y oscuros, estas dos últimas no son cualidades intrínsecas de un texto que precedan a la interpretación, sino que ellas mismas son fruto de la adscripción de un significado a un texto pues, por un lado, únicamente después de interpretado un texto puede decirse que es claro u oscuro, y por otro, porque predicar tales cualidades de un texto es una cuestión subjetiva; lo que es claro para uno puede ser oscuro para otro. Además, un texto es claro sólo si los intérpretes concuerdan sobre su significado, entonces, la claridad ya no es propiedad del texto sino fruto de un cúmulo de decisiones interpretativas coincidentes¹²³².

Nosotros adscribimos a la última posición, la interpretación es un presupuesto necesario de la aplicación del Derecho. Se parte de una noción de interpretación como actividad dianoética¹²³³, que es distinta de la formulación que se interpreta. Se adscribe un significado con el que se supera la indeterminación semántica *a priori*, en tanto que la interpretación tiende a reconstruir el significado *a posteriori*¹²³⁴. Esto último no implica, entendemos, fundar una doctrina escéptica del significado de las palabras (las palabras carecerían de significado hasta que el intérprete no tomara una decisión interpretativa), pues ello conduce a una tesis

¹²³² GUASTINI, RICCARDO; *La interpretación...*, cit., pág. 21 a 23.

¹²³³ Una *actividad dianoética* consiste en una actividad de captación de significado, que requiere un pensamiento discursivo, una argumentación. En oposición a las *actividades noéticas* que consisten en la captación intelectual inmediata de una realidad inteligible.

¹²³⁴ URSÚA, JOSÉ FRANCISCO; *Interpretación jurídica: una propuesta de esquematización de planteamientos*, Isonomía nro. 20, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, Abril 2004, pág. 256.

“...inaceptable... de las palabras no como portadores relativamente acontextuales de significados, sino como meros contenedores vacíos a los que simplemente ‘se atribuyen’ significados en cada una de sus ocasiones concretas de uso. Una concepción que, tomada realmente en serio, convertiría al acto mismo de legislar en un empeño vano.”¹²³⁵,

las decisiones interpretativas, son entre otras cosas, decisiones lingüísticas,

“...ocasionalmente puede resultar difícil determinar el significado de una expresión, pero la misma idea de lenguaje es incompatible con un escepticismo radical acerca del significado... Para que las decisiones interpretativas tengan relevancia práctica, el intérprete necesita comunicar su decisión a otros órganos e individuos, e.g. las autoridades de aplicación, y esta relación comunicativa presupone un lenguaje compartido entre autoridad y destinatarios. En ausencia de un lenguaje compartido, la decisión semántica del intérprete también resultaría indeterminada y sería necesario siempre otra decisión de un nuevo intérprete para darle significado a las estipulaciones del primer intérprete.”¹²³⁶

Las prácticas sociales sólo pueden ser inteligibles en relación con un cuerpo de información de fondo, cuyo conocimiento cualquier intérprete comparte. La naturaleza de la información de fondo puede variar de acuerdo con la naturaleza del concepto, puede tratarse de un trasfondo institucional específico (v.g. un juego, donde se comprende qué significa “jaque mate”), o una teoría particular (v.g. necesaria para comprender la noción de “caída libre”), en dichos ejemplos parece claro que el intérprete no está desarrollando ninguna actividad especial, sino que simplemente necesita conocer de qué se habla. Pero

¹²³⁵ BAYÓN, JUAN CARLOS; *Principios y reglas...*, cit., pág. 47.

¹²³⁶ NAVARRO, PABLO; *Acerca de la inevitabilidad de la Interpretación*, cit., pág. 104. El autor señala que una tesis de la inevitabilidad de la interpretación, frente a esta noción, se halla en un dilema: a) o bien se enfrenta a un regreso *ad infinitum* de decisiones interpretativas, o b) se admite que las palabras tienen significado con independencia de las decisiones del intérprete.

NAVARRO señala que la segunda parte del dilema, al reconocer que el significado de las palabras no depende de las decisiones del intérprete, socava la tesis de la inevitabilidad, pues si las palabras tienen un significado previo a las decisiones interpretativas, entonces las normas no dependen de decisiones interpretativas; el autor yerra en un punto, pues eleva a lo absoluto la conclusión que extrae de un caso aislado, ciertamente no puede negarse que, en la gran generalidad de los casos, las palabras tienen un significado propio, sino carecería de razón el legislar (como destaca BAYÓN), sin embargo, hay numerosos casos de ambigüedades, vaguedades y textura abierta que precisan ser dilucidados. A más de ello, la interpretación es siempre necesaria previamente a la aplicación de las normas, no ya para dotar de sentido a una palabra, sino para sostener argumentos que hacen a la toma de decisiones en el caso de que se trate, y posiblemente porque se introducen estándares valorativos diversos que los reportados por las normas para decidir en concreto. El problema de la tesis de NAVARRO, estriba en que, como toda postura positivista, reduce los análisis normativos a problemas de índole lingüística.

existen casos en que el trasfondo del conocimiento es más holístico, se halla distribuido en distintos sectores de nuestro conocimiento (v.g. el concepto de “contrato”), y los enunciados o proposiciones que emplean conceptos institucionales,

“...sólo son inteligibles dentro de un marco complejo... (en tales casos) las interpretaciones de los participantes y de los científicos deben adoptar uno y el mismo punto de vista *normativo*.”¹²³⁷,

en dichos supuestos ya no puede hablarse de una actividad meramente cognitiva, se precisa un *plus* y la interpretación cobra toda su relevancia.

Los enunciados interpretativos, puede decirse provisionalmente, están dirigidos a determinar el sentido de cualquier regla, indicando específicamente bajo qué circunstancias ha de ser aplicada, y en consecuencia, cómo ha de conducirse el juez¹²³⁸. Esto nos reconduce a señalar, previo a continuar con nuestra digresión en lo que hace a la finalidad de éste trabajo, la existencia de una ambigüedad relativa al *objeto* de la interpretación. En un *sentido amplio*, puede ser objeto de la misma cualquier entidad capaz de portar un sentido, y en un *sentido estricto* sólo se interpretan entidades lingüísticas. Las respuestas a la cuestión acerca de qué es lo que se interpreta, son tres: a) disposiciones jurídicas, b) normas jurídicas, y c) el Derecho. Ninguna equivale a una respuesta plenamente satisfactoria, la primera dejaría fuera la costumbre, en tanto que la tercera traslada el problema a la búsqueda de un concepto claro y compartido de Derecho. La segunda ha impuesto la noción de que las normas son el producto de la interpretación y no tanto su objeto, pues lo que se interpreta son disposiciones o expresiones jurídicas¹²³⁹. En lo que aquí interesa, debemos detenernos en la primera y segunda concepción, puesto que la tercera es ciertamente pasible de la crítica señalada y resulta amplia en exceso.

Como en el presente estudio adoptamos un concepto amplio de interpretación, para nosotros, interpretar es decidir el significado de un texto legislativo. Ciertamente no se “conoce” la norma, sino que, como se verá en lo que sigue, se crea Derecho por el aplicador del mismo –por ello resulta un proceso necesario-, pero éste último no crea disposiciones jurídicas, sino que al interpretar éstas, genera un espacio más amplio para el Derecho, al introducir otro tipo de estándares para la evaluación y resolución

¹²³⁷ MARMOR, ANDREI; *op. cit.*, pág. 71.

¹²³⁸ ROSS, ALF; *op. cit.*, pág. 143.

¹²³⁹ URSÚA, JOSÉ FRANCISCO; *op. cit.*, pág. 257.

del caso. No designamos con la palabra “norma” tanto al texto interpretado como al resultado de la interpretación, se interpretan aquellas y se genera Derecho.

La crítica al sentido amplio de interpretación postula que no hay problemas en considerar que el objeto de la interpretación son las normas, como entidades portadoras de significado, y no meros textos, y que dicha actividad consiste en mostrar o percibir ese significado¹²⁴⁰. A su vez, la crítica a la crítica prealudida, señala que no hay norma jurídica antes de la interpretación, mediante la cual el órgano de aplicación dota de significado a los enunciados normativos: el órgano aplicador es el único creador de Derecho. Nosotros postulamos una postura equidistante, pues entendemos que el órgano de aplicación no es el “único” creador de Derecho, mas sí un creador; y además, no es posible concluir que las disposiciones jurídicas carecen de absoluta relevancia, en alguna medida –importante-, aportan la mayor cantidad del material necesario para resolver un caso. Por consiguiente, aunque las normas generales son indispensables para la existencia del Derecho, su importancia prioritaria estriba en suministrar la “materia prima” con la que ha de trabajar el intérprete. KELSEN mismo reconoce esto cuando señala que

“Aplicación de derecho es de consuno producción de derecho. Ambos conceptos no expresan, como supone la teoría tradicional, una oposición absoluta. Es erróneo distinguir entre actos de producción y actos de aplicación de derecho. Puesto que si se hace abstracción de los casos límite, entre los cuales transcurre el proceso jurídico, todo acto jurídico es simultáneamente la aplicación de una norma superior y la producción, determinada por aquélla, de una norma inferior.”¹²⁴¹

¹²⁴⁰ Desde la óptica del positivismo analítico, el papel central que las normas legisladas cumplen en la motivación del comportamiento, se vincula al hecho de que suministran pautas que los individuos pueden aplicar por sí mismos, a diferencia de lo que ocurriría con las normas generales propias de un sistema como el del *common law* (normas por ejemplificación).

La característica de la existencia de normas legisladas es que los destinatarios de las mismas no precisan recurrir nuevamente a las autoridades para que resuelvan sobre la calificación jurídica de una determinada acción o situación. Por éste andarivel, HART ha dicho que a la luz de la regulación por normas generales, el destinatario “... 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.” (Conf. HART, H. L. A.; *El concepto de Derecho*, cit., pág. 157).

Esto no es lo que se postula en el presente trabajo, entendemos que es necesaria una decisión interpretativa para la aplicación de las normas generales, en particular, la interpretación es decisiva cuando deben justificarse decisiones en normas generales. De esta manera, las decisiones interpretativas se presentan como intermediarias entre las normas generales formuladas por la autoridad y las decisiones de los jueces. En lo que sigue el texto procura explicar esta posición.

¹²⁴¹ KELSEN, HANS; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 244.

No olvidemos que en la praxis de aplicación del Derecho, se pide a los jueces que obren con imparcialidad y objetividad, evitando en lo posible que su decisión esté condicionada por puros datos subjetivos, prejuicios, simpatías, *et sit cétera*. Se pretende que esa praxis de aplicación de las normas jurídicas sea, en una porción importantísima, práctica interpretativa de textos legales (y de hechos), lo que se busca es una metodología jurídica normativa que marque los criterios de la correcta -en el sentido de racional, objetiva, intersubjetivamente aceptable, respetuosa con la separación de poderes y el valor de las respectivas voluntades en el entramado del Estado de Derecho- asignación de significado a los enunciados legales.

Debe efectuarse en este punto un paréntesis, pues dada nuestra concepción de lo que es la interpretación, tenemos que procurar analizar la práctica de los tribunales y tratar de descubrir los principios y reglas que realmente los guían en el tránsito de la regla general a la decisión particular. Esta actividad es el *método jurídico*, o aplicación del Derecho formulado, “interpretación”.

Una doctrina del método que se proponga servir como guía de la interpretación, tiene que referirse a la manera como se comportan de hecho los tribunales en la aplicación del Derecho vigente a situaciones específicas. La doctrina del método debería ser descriptiva, no normativa, partiendo de algunos axiomas presupuestos, se establecen directivas acerca de cómo deben proceder los tribunales en la aplicación práctica del Derecho. Pero este camino no serviría como guía para el entendimiento de qué es lo que realmente hacen los tribunales, pues nosotros señalaremos en lo sucesivo, siguiendo liminarmente un camino descriptivo, que el método jurídico es normativo, pues los jueces, no sólo aplican las normas, sino que en sus decisiones concluyen creándolas.

Como la legislación es la fuente predominante del Derecho¹²⁴², el método tiene el carácter de interpretación de un texto dotado de autoridad. La atención se centra aquí en la relación existente entre una formulación lingüística dada y un complejo específico de hechos. La técnica de argumentación de éste método se dirige a descubrir el significado de la ley y a sostener que los hechos dados están comprendidos o no por el

¹²⁴² Ver *supra* parágrafo 29 (“La norma jurídica”).

mismo. Esta última es la forma típica que asumen los problemas del método en los sistemas continentales, como el nuestro¹²⁴³.

El aspecto físico del texto de la ley es la principal influencia en quien está llamado a resolver en un caso dado; esto es así, evidentemente, en razón de que ellos poseen un significado que nada tiene que ver con la sustancia física real. Tal significado es atribuido a lo impreso, por la persona, que mediante la aprehensión tiene la experiencia de dichos caracteres, la función de estos es la de ciertos “símbolos”, es decir, apuntan o designan a algo distinto de sí mismos¹²⁴⁴. Debe distinguirse entonces entre *símbolos*, que son convencionales, de donde la conexión entre el símbolo y lo que él simboliza es producto de los seres humanos mediante acuerdo o uso; de los *signos*, que son naturales, lo que representa es causal e independiente del acuerdo humano. Los significados de los símbolos, originalmente, no han sido descubiertos sino asignados.

De todos los sistemas de símbolos, el más rico es el *lenguaje*¹²⁴⁵, el más efectivo y el más complicado, puede manifestarse visual o auditivamente, y el significado atribuido a sus formas es claramente convencional. Las costumbres o reglas lingüísticas que establecen la función simbólica del lenguaje, sólo pueden ser descubiertas mediante un estudio de la forma en que la gente se expresa. Por “expresión” entendemos la unidad lingüística más pequeña que es soporte de significado por derecho propio¹²⁴⁶. No debe caerse en el error de entender que el significado de una expresión es el resultado de la suma

¹²⁴³ Las elucubraciones diseñadas en éste trabajo, utilizan como marco de referencia el Derecho europeo continental, sin tener en cuenta la toma de decisiones judiciales dentro del *common law* que se definen por el carácter no canónico y la revisión continua de la formulación de reglas. En una visión caricaturizada de éste sistema, no destinada a describir con precisión el proceso de toma de decisiones en el mismo, puede indicarse que no se percibe en él, a la función judicial, como si implicara primordialmente la aplicación e interpretación de textos canónicos. Los jueces del *common law*, por el contrario, toman decisiones aplicando principios jurídicos contenidos en colecciones de opiniones judiciales previas (que son la explicación y justificación escrita de la decisión en un caso particular). A medida que aumentan esas opiniones, ciertas justificaciones tienden a repetirse y por tanto a consolidarse, dando lugar al desarrollo de una serie de prescripciones generales. Es en este marco en que, las justificaciones consolidadas se parecen a auténticas reglas, son los *precedentes* y se entiende que los jueces del *common law* están obligados por ellos.

Desde ésta perspectiva nuestro trabajo puede aplicarse a éste sistema, sin embargo una característica distintiva del *common law* (a más de que las reglas serían creadas por los jueces y no por los legisladores) estriba en que, si bien los precedentes se consideran previos a los casos a elucidar y que deben ser conocidos por los litigantes, están sujetos a ser modificados cuando las características del caso así lo exigen, los jueces tienen abierta la posibilidad de modificar su aplicación si entienden que los antecedentes jurídicos son incompatibles o inconsistentes con la justificación del caso actual. De allí que la fuerza de los antecedentes sea más presuntiva que concluyente.

¹²⁴⁴ ROSS, ALF; *op. cit.*,pág. 147.

¹²⁴⁵ Ver *supra* parágrafo 30 (“Lenguaje y Derecho”).

¹²⁴⁶ ROSS, ALF; *op. cit.*,pág. 148.

total de los significados de las palabras individuales que la forman, éstas, carecen de significado independiente, sólo tienen un significado cuando es abstraído de la expresión en la que aparecen, el contexto demostrará el sentido con que la palabra ha sido usada en cada caso individual (el significado de las palabras está determinado por su uso en un determinado contexto).

Defender una postura como la de la dependencia contextual del lenguaje, nos lleva necesariamente a enrolarnos en alguna forma de *holismo*. Una posición *holista*, en líneas generales, afirma que si algo posee una propiedad, entonces muchas otras cosas poseen esa propiedad,

“que una creencia se considere justificada depende de que muchas otras creencias también lo estén (holismo epistemológico), y que una expresión posea significado depende del significado que posean el resto de las expresiones en ese lenguaje (holismo semántico)... En pocas palabras, el holismo respecto del significado sostiene que los únicos portadores de significado son los lenguajes (teorías o sistemas de creencias) como un todo, por lo que el significado que se pueda atribuir a unidades menores (palabras, enunciados, oraciones, textos, pensamientos, o similares) resulta meramente derivado...”¹²⁴⁷

El holismo semántico importa abandonar la idea de que son los enunciados aislados los que constituyen las unidades significativas, entendiendo en cambio, que son los grupos de enunciados (dominios, esquemas conceptuales, *et sit cétera*) los que cumplen esa función.

Entre las palabras del lenguaje con las que los hombres se comunican, se encuentran los llamados *nombres propios*, que se caracterizan por representar un determinado objeto y sólo a aquel. Como el mundo está constituido por una enorme cantidad de objetos, es imposible referirnos a ellos asignándoles un nombre a cada uno, además, un lenguaje que sólo estuviera formado por nombres propios –uno para cada uno de los objetos en los que solemos dividir el mundo–, tendría una limitación insoslayable; sólo podría hablarse *de* objetos pero no hablar *acerca* de ellos, pues no sería posible predicar sobre las semejanzas y diferencias entre las características de los mismos. Cada objeto fundaría su identidad no en sus diferencias o semejanzas con otros objetos o en su pertenencia a un mismo género, sino a través del nombre que se le aplicaría a ese y sólo ese objeto. Con el fin de sortear dicho problema, resulta menester apelar a las “clasificaciones”

¹²⁴⁷ BONORINO, PABLO; *Proposiciones de derecho...*, cit., pág. 496.

de los objetos del mundo, clasificar consiste en agrupar objetos de acuerdo con una o varias propiedades comunes, claramente toda clasificación es discrecional, ya que quien elige el criterio de agrupación de los objetos lo efectúa de acuerdo a sus preferencias o necesidades, no hay clases naturales de objetos.

Cuando nos referimos a un conjunto de objetos con características semejantes, lo hacemos a través de palabras de clase o generales. Una palabra de clase es el nombre que se da a un conjunto de objetos que representan propiedades semejantes. Las palabras de clase tienen dos funciones: a) la *denotación* o extensión de una palabra, está compuesta por los objetos por ella nombrados, los objetos que constituyen la clase y b) la *connotación* o intensión de la palabra, que consiste en el conjunto de propiedades que un objeto debe tener, según el criterio que se emplee, para ser nombrado por la palabra¹²⁴⁸.

Estas palabras tendrán un “centro”, en el que los elementos a que se refieren resultan más claros, pero hacia la periferia, la densidad decrecerá gradualmente. La referencia semántica de la palabra, tiene una zona central sólida donde su aplicación es predominante y cierta y un nebuloso círculo exterior de incertidumbre, donde su aplicación es menos usual y resulta más dudoso si se aplica o no.

Estas nociones se aplican relevantemente en los “lenguajes naturales” (v.g. castellano, alemán, italiano, inglés, francés, *et sit cétera*), que es el utilizado en la comunicación ordinaria, su particularidad es que suele cumplir una comunicación aceptable pero con un alto grado de imprecisión. Por ello en ciertos ámbitos se utilizan lenguajes formales, para eliminar, precisamente, dichas imprecisiones, pero a cambio, son poco adaptables a las necesidades de la comunicación cotidiana.

Los textos normativos están formulados en lenguaje natural para facilitar la comprensión del mensaje. De allí que todos los problemas de aquel, se trasvasen al momento de procurar determinar con precisión el significado de las expresiones utilizadas en los textos legales.

Los problemas aludidos son la ambigüedad, la vaguedad y la textura abierta, sobre los que ya nos hemos venido refiriendo pero que señalaremos, por su interés, nuevamente algunas características.

¹²⁴⁸ Sobre ello ya avanzamos oportunamente, *vide supra* parágrafo 30 (“Lenguaje y Derecho”).

La *ambigüedad* se presenta cuando, una palabra o expresión, es utilizada en una comunidad lingüística con más de un significado o, lo que es lo mismo, expresa más de un concepto (v.g.: la palabra “radio” expresa geométricamente una recta que marca la distancia del centro del círculo a la circunferencia, anatómicamente el hueso del antebrazo, químicamente un metal radiactivo y tecnológicamente un aparato que recoge las emisiones radiofónicas). Las palabras no son utilizadas en todos los contextos, para designar las mismas propiedades, con la misma connotación, el significado de las palabras está en función del contexto lingüístico en que aparecen y de la situación en las que se las utiliza; pero además puede suceder que una misma palabra tenga distintos criterios de aplicación, pero que, a diferencia de lo que ocurre en los casos de mera homonimia, dichos criterios están unidos entre sí por conexiones más o menos complicadas,

“...hay algo así como un significado originario central, y extensiones metafóricas o figurativas. Hablamos, por ejemplo, de una conferencia pesada, o de un escritor oscuro... obviamente una conferencia no es pesada en el mismo sentido en que lo es una caja de hierro, ni un escritor es oscuro en el mismo sentido en que lo es una habitación interna...”¹²⁴⁹

Los problemas a que puede referirse la ambigüedad son del tipo semántico, sintáctico y pragmático; la primera afecta a los términos, cuando un mismo término es susceptible de asumir diversos significados. La ambigüedad sintáctica afecta a la estructura lógica de los enunciados, al modo en que las palabras están conectadas entre sí. La ambigüedad pragmática se produce cuando un mismo enunciado puede cumplir diferentes usos o funciones del lenguaje, sin que del contexto sea posible esclarecer de qué se trata, por ejemplo, la frase “corresponde al Decano convocar la Junta de Facultad”, podría entenderse como el establecimiento de una condición necesaria y/o suficiente para la convocatoria de la Junta de Facultad, o bien como una norma de mandato que obliga al Decano a convocar la Junta de Facultad¹²⁵⁰. Es común en el Derecho encontrarnos ejemplos de esto¹²⁵¹.

¹²⁴⁹ CARRIÓ, GENARO R.; *op. cit.*, pág. 29. El ejemplo de WITTGENSTEIN de la palabra “juego” es claro en grado sumo, sólo el contexto y la situación pueden eliminar las dudas allí; porque ¿qué tienen de común la rayuela, el fútbol, los juegos de palabras, el polo, los solitarios, el ajedrez, *et sit cétera*?, ¿por qué se denomina juego al fútbol y no al box con el que comparte más rasgos en común que con el solitario?.

¹²⁵⁰ RÓDENAS, ÁNGELES; *op. cit.*, págs. 66 y 67.

¹²⁵¹ Ver Anexo IV acápite XVIII, se traen un par de ejemplos en la jurisprudencia argentina de problemas de ambigüedad que han repercutido en las decisiones judiciales.

La *vaguedad* se da como problema de imprecisión del lenguaje (no afecta a los términos sino a los conceptos), a diferencia de la ambigüedad, no importa el desconocimiento del significado de una palabra, sino ante la indeterminación de la extensión o denotación de aquella en relación con su connotación. Al procurar establecer los objetos nombrados por una palabra de clase, habrá objetos a los que ella se refiera indudablemente, que sin duda no se aplique a otros, pero habrá objetos en que será dudoso si la palabra se aplica o no (v.g. sostener que alguien es joven, adulto, anciano, gordo, delgado, *et sit cétera*).

En los casos de vaguedad, decidir si un objeto está o no incluido en el campo de aplicación de la palabra, será el resultado de un acto de voluntad, no un acto de conocimiento basado en el saber lingüístico. La vaguedad puede ser *intensional* o *extensional*, en el primer caso no quedan claros el conjunto de rasgos que caracterizan al término (v.g. “es punible la tenencia de droga en cantidades suficientes...”, la noción de “cantidad suficiente” resulta intensionalmente vaga, ¿son 100 gr. suficientes?, ¿150 gr.?, *et sit cétera*); en el segundo caso lo que no es claro es el campo de aplicación de un concepto¹²⁵².

Ahora bien, los problemas de vaguedad no sólo se producen por un debate estrictamente semántico, sino que también pueden deberse a un debate valorativo, esto es lo que sucede por ejemplo, con conceptos como el de “trato inhumano o degradante”¹²⁵³. Todo cuanto puede sostenerse en tales casos es que hay casos centrales típicos, frente a los cuales nadie vacilaría en aplicar la palabra, y casos claros de exclusión de los cuales nadie dudaría en no usarla; pero en el medio, hay una zona más o menos extendida de casos posibles, frente a los cuáles no es posible decidir por el mero uso de la palabra, la misma no

¹²⁵² Los griegos utilizaban la voz *mên* para designar a la luna, en tanto los latinos la denominaban *luna*, la primera viene de una raíz etimológica que quiere decir contar (i.e. tenía para los griegos una función medidora, por caso, “han pasado siete lunas desde...”), la segunda evidencia la función iluminadora del satélite (*lux, lucère*). *Mên* y *luna* denotan el mismo objeto, pero no lo connotan del mismo modo, de donde, “...una cierta denominación preestablece el modo de interpretar la cosa.”, llevado a lo cotidiano el ejemplo, se observa que los universos lingüísticos en su complejidad, no hallan correspondencia usualmente con el objeto, “El vocabulario de cada lengua corta a la realidad en infinitas rebanadas (tantas cuantas sean los términos denotativos, los términos que tienen un referente observable); y esas rebanadas no siempre se corresponden entre sí, al menos en su extensión...”, el medio lingüístico reporta un modo de ver y de explicar, de donde, lo lingüístico implica un condicionamiento (i.e. *peso semántico*) que le sirva al pensamiento de base interpretativa. SARTORI, GIOVANNI; *op. cit.*, págs. 33 a 34.

¹²⁵³ RÓDENAS, ÁNGELES; *op. cit.*, pág. 67.

suministra una guía segura positiva o negativa para clasificar, pues la palabra de que se trate es utilizada adrede de manera imprecisa,

“Todas las palabras que se usan para hablar del mundo, para aludir a los fenómenos de la realidad, participan de las mismas características.

“Pero, se... dirá, ¿no hay en esto una exageración patente? No es cierto que todas las palabras exhiban tal indeterminación.

“Quizás se pueda responder a esa objeción señalando (que es)... verdad que *de hecho* usamos muchas palabras sin que se susciten oportunidades de duda; tales palabras no son actualmente vagas. Pero también es verdad que todas las palabras que usamos para hablar del mundo que nos rodea, y de nosotros mismos, son, al menos, *potencialmente* vagas. Sus condiciones de aplicación no están determinadas en todas las direcciones posibles; siempre podemos imaginar casos, supuestos, o circunstancias frente a los cuales el uso no dicta la aplicación ni la no aplicación del término.

“Esta característica de *vaguedad potencial* que los lenguajes naturales necesariamente exhiben ha sido llamada por WAISMANN ‘la textura abierta del lenguaje’”¹²⁵⁴

La *textura abierta del lenguaje*¹²⁵⁵, es el desconocimiento que tenemos de las propiedades que pueden llegar a tener en el futuro los objetos, es una vaguedad potencial¹²⁵⁶. El uso de la palabra está abierto, no decidido para siempre, no existe un criterio que sirva para incluir o excluir todos los casos posibles, por la sencilla razón de que no es posible prever todas las eventualidades. No es factible agotar la descripción de un objeto ni, por tanto, formular una lista completa de todas las propiedades con relación a las cuales pueden registrarse variantes o combinaciones de eventual relevancia.

“...es interesante destacar... que ni la vaguedad actual ni la potencial deben ser consideradas siempre como defectos. A veces, su presencia permite mantener las mismas formulaciones normativas vigentes durante mucho tiempo. Es decir, posibilita que, sin proceder a su derogación, aquellas se vayan adaptando, a través

¹²⁵⁴ CARRIÓ, GENARO R.; *op. cit.*, págs. 33 a 35.

¹²⁵⁵ Ya hemos señalado algunas ideas respecto a éste tema en la vinculación entre Derecho y Lenguaje, ver *supra* parágrafo 30 (“Lenguaje y Derecho”).

¹²⁵⁶ LARENZ denomina a este fenómeno: “Desenvolvimiento del Derecho en atención a una necesidad indeclinable del tráfico jurídico”; LARENZ, KARL; *op. cit.*, pág. 317.

de las sucesivas interpretaciones, a los cambios sociales que modifican la denotación usual de ciertos términos.”¹²⁵⁷

La textura abierta es una puerta abierta para la creación normativa por los jueces, sobre esto seguiremos más adelante.

El primer paso de una interpretación, será entonces, hallar el significado que cumple una expresión y las conexiones en que ella aparece. En el paso sintáctico de la interpretación, la función de ésta consiste en incorporar o asignar un sentido a ciertas expresiones o palabras, a fin de hacerlos corresponder con determinados objetos. La partida de toda comprensión es la expresión como entidad, cómo es experimentada por el receptor en una situación concreta definida. A partir de allí, la interpretación puede proseguir: a) hacia un análisis de los elementos que constituyen la expresión, las palabras individuales y su conexión sintáctica y b) hacia un análisis del contexto en el que la expresión aparece y de la situación en la que es formulada. En el primer aspecto del análisis, es claro que la expresión no está construida con el significado de las palabras individuales que la componen, sino que el significado de los elementos individuales, dependerá del todo en el cual aparecen.

Usualmente se sostiene que la interpretación de la ley debe estar a su literalidad, al significado ordinario de las palabras tal como resulta de su uso. No existe tal significado, como se vio al señalar los problemas del lenguaje, sólo el contexto, y la necesidad de hallar una solución “razonable” o “justa” en relación con una situación dada, determinan el significado de las palabras individuales.

La palabra concluye recibiendo una interpretación condicionada por la situación y el propósito, lo que es decir mucho más que el significado de la palabra según el uso.

La interpretación no puede ser un mero indagar sobre el significado literal del material jurídico. Es por ello que el lenguaje jurídico, se distingue del lenguaje común – del cual aquel toma sus expresiones-, pues se interpreta según un metalenguaje diferente al del lenguaje ordinario. Por ello la Ciencia del Derecho consiste en encontrar y aplicar los

¹²⁵⁷ MORESO, JOSÉ JUAN y VILAJOSANA, JOSEP MARÍA; *op. cit.*, pág. 156.

principios de interpretación del lenguaje del Derecho. La lectura jurídica de un enunciado, no puede hacerse más que con la ayuda de las reglas propias del metalenguaje jurídico¹²⁵⁸.

En el segundo aspecto del análisis, referente al contexto en que la expresión es formulada, debe observarse que la interpretación de la palabra no es inmediata, sino sucesiva. En el lenguaje cotidiano, el contexto y la situación constituyen los factores más importantes en la determinación del significado, pero no son los únicos, es relativo o dependiente, también, del plano sistemático¹²⁵⁹.

Retomando los problemas primarios a que se enfrenta la interpretación, señalamos *supra*, que las dificultades iniciales son sintácticas, propias del significado de una expresión, del orden de las palabras y de la manera en que éstas se hallan conectadas. Como las palabras no tienen en sí mismas una referencia exacta, tampoco las conexiones sintácticas tienen una inequívoca función determinativa de significado (vaguedad, ambigüedad y textura abierta).

Otra clase de escollos en la interpretación, son los *problemas lógicos*, que se refieren a las relaciones de una expresión contra otras expresiones, dentro de un contexto. Entre dichos problemas se hallan la inconsistencia, la redundancia y las presuposiciones¹²⁶⁰.

Existen *inconsistencias* (o antinomias) entre dos normas, cuando se imputan efectos jurídicos incompatibles a las mismas condiciones fácticas. La inconsistencia puede ser a) total-total, cuando ninguna de las normas puede ser aplicada bajo ninguna circunstancia sin entrar en conflicto con la otra; b) total- parcial, cuando una de las dos normas no puede ser aplicada bajo ninguna circunstancia, sin entrar en conflicto con la otra, mientras que ésta tiene un campo adicional de aplicación en el cual no entra en conflicto con la primera; c) parcial- parcial, cuando cada una de las dos normas, tiene un campo de aplicación en el cual entra en conflicto con la otra, pero tiene también un campo adicional de aplicación en el cual, no se producen conflictos.

Cuando se ordena una multiplicidad de reglas en un sistema, las calificaciones deónticas de las conductas muchas veces resultarán más una función del modo en que las distintas reglas se relacionan unas con otras que del modo en el que cualquiera de ellas opera, esta es una visión empírica antes que lógica; como las reglas no

¹²⁵⁸ TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO; *El derecho y la ciencia del derecho*, cit., pág. 146.

¹²⁵⁹ ROSS, ALF; *op. cit.*, pág. 154.

¹²⁶⁰ Estos problemas son analizados en ROSS, ALF; *op. cit.*, pág. 164 y ss.

se proyectan simultáneamente sino a través del tiempo por numerosas autoridades no coordinadas, la posibilidad de conflicto aumenta notoriamente, en consecuencia de ello, el conjunto de reglas que conforman un sistema jurídico, frecuentemente determinará resultados diferentes y mutuamente excluyentes para el mismo caso, especialmente debido a que los hechos no son simples sino complejos, cuando el conjunto de reglas se ve determinado por éste tipo de escenarios, la jerarquía entre las reglas potencialmente conflictivas tiene mucha mayor aptitud que la regla en sí misma para determinar el grado de restricción de una conducta dentro de un sistema.

También se habla de *antinomias impropias*, conformadas por: a) antinomias empíricas que se producen cuando dos normas, aun no siendo lógicamente incompatibles, no pueden ser obedecidas o aplicadas simultáneamente por imposibilidad fáctica; ambas normas son perfectamente compatibles desde el punto de vista lógico, pero tácticamente, una, impide ejercer el permiso otorgado por la otra; b) antinomias valorativas, cuando se agrupa una serie de casos de incompatibilidad normativa, no desde el punto de vista lógico o empírico, sino desde el hontanar axiológico, son antinomias de principio, de valoración y teleológica¹²⁶¹.

Normativamente, para solucionar contradicciones entre normas jurídicas se aplican ciertos argumentos de preferencia a los efectos de elegir, entre dos normas en conflicto, cuál de ellas debe ser preferida¹²⁶². Uno de ellos consiste en hacer prevalecer una norma sobre la otra, sobre la base de algún criterio, que puede ser incondicional (para todo conflicto posible) o condicional (para cierto subconjunto de conflictos), otra forma es crear una nueva norma que sustituya a las dos normas contradictorias, y una tercer forma es derogar una de las normas conflictivas.

Sin embargo, jurisprudencialmente, lo usual es utilizar la primer técnica, basados en la ideología iluminista de que los jueces no deben crear ni derogar Derecho, aunque a través de éste tipo de técnicas concluyan haciéndolo pues hacer prevalecer una norma sobre otra es una forma de crear Derecho, obsérvese que

¹²⁶¹ EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER, *El sistema jurídico*, en M.A. BARRERÉ UNZUETA, A. CAMPOS RUBIO, F.J. EZQUIAGA GANUZAS y J. IGARTUA SALAVERRÍA, "Lecciones de teoría del Derecho", Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, págs. 158 y ss.

¹²⁶² En alguna oportunidad se ha considerado que estos argumentos vienen a señalar la derrotabilidad de ciertas normas (conf. ALONSO, JUAN PABLO; *op. cit.*, pág. 105). Para nuestra noción de *derrotabilidad* ver *infra* parágrafo 51 ("*Derrotabilidad* y conocimiento del Derecho").

“...si un sistema inconsistente es corregido mediante la introducción de un criterio de preferencia entre las normas conflictivas, el nuevo sistema posee distintas consecuencias normativas (antes era inconsistente, ahora no lo es). Ergo, se ha creado un sistema normativo nuevo, distinto del anterior. Aunque ambos contienen las mismas normas, se ha agregado un criterio de preferencia (una metanorma¹²⁶³) para solucionar el conflicto.”¹²⁶⁴

Una de las tareas más importantes asignadas a la interpretación jurídica es la de resolver las incompatibilidades normativas¹²⁶⁵, de forma tal de obtener un sistema consistente de normas, esta tarea se realiza –desde antiguo- echando mano a criterios que no integran la legislación, pero son universalmente aceptados. Lo cierto es que los jueces, en función de las circunstancias, por medio de la interpretación, pueden evitar antinomias guiando sus decisiones no por normas jurídicas, sino fruto de valoraciones subjetivas.

Los criterios referidos son: a) el criterio de *lex specialis* –criterio material-, de donde la relación entre una regla general y una particular señala que ésta última limita a aquella, es frecuente que la regla general esté contenida en una sección y las excepciones en una o más secciones distintas, es de utilización más frecuente de lo que se cree –señala GUARINONI-, y se aplica en muchos casos en que los juristas creen no ver una contradicción, se lo aplica automáticamente. b) el criterio de la *lex posterior* –criterio temporal-, cuando de dos leyes de un mismo nivel, la sancionada en último, prevalece sobre la anterior; la cuestión se vincula a la dinámica de los sistemas jurídicos, en especial respecto de la creación y derogación de normas, pues los Legisladores suelen ir modificando las leyes preexistentes; tratándose de normas de igual nivel jerárquico, las nuevas normas creadas prevalecen sobre las anteriores, pudiéndolas modificar y eliminarla; la crítica a ello es que si bien es una guía jurídica fundamental, no puede elevarse a la categoría de axioma absoluto, la experiencia muestra que no se le otorga adhesión incondicional, sino que puede dejárselo de lado cuando choca con otras consideraciones; en la práctica los sistemas jurídicos son dinámicos, por lo que permiten modificar sus normas,

¹²⁶³ No se trata de normas que regulan la conducta de los destinatarios sino de normas que se refieren a normas.

¹²⁶⁴ ALONSO, JUAN PABLO; *op. cit.*, pág. 121.

¹²⁶⁵ Claramente no se pueden considerar incompatibles “...normas que prevén soluciones incompatibles para casos diferentes. Un ejemplo grosero: el que una norma sancione el homicidio con pena de prisión de 8 a 25 años, y otra el hurto con pena de prisión de 2 a 4 años no hace que ambas normas sean incompatibles.”. GUARINONI, RICARDO VÍCTOR; *Después, más alto y excepcional. Criterios de solución de incompatibilidades normativas*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 24, Alicante, 2001, pág. 549.

claramente han existido sistemas que pretenden regirse por normas inmodificables (GUARINONI nos recuerda la *sharia* en algunos países musulmanes, ley divina e inmutable); en su uso clasificatorio, este criterio no suele dar lugar a debate, pues simplemente se sustenta en la fecha de publicación de las normas en un boletín oficial o medio similar; como preferencia, este criterio no siempre es aplicado, de hecho se lo sustituye por consideraciones de índole material, basada en el contenido de las normas, así en un conflicto entre previsiones legislativas de distinto nivel, cualquiera sea el orden cronológico, se hallará en una situación de preferencia la de nivel más alto (v.g. la Constitución prevalece sobre las reglas insertas en los códigos), o por caso, en el Derecho Penal, rige el principio de aplicación de la ley más benigna. Y c) el criterio de la *lex superior* –criterio jerárquico–, como clasificador establece la construcción escalonada de los sistemas jurídicos (i.e. la pirámide jurídica),

“...en la cual las normas inferiores son dictadas conforme a las superiores, y por autoridades de nivel inferior. Es concebible un sistema en el cual todas las normas tengan la misma jerarquía por emanar de la misma autoridad o autoridades del mismo nivel, aunque en los sistemas jurídicos modernos la complejidad hace que ello no sea posible.”¹²⁶⁶,

en la experiencia jurídica, este principio tampoco es incondicionalmente válido¹²⁶⁷, además este criterio presenta más complicaciones que el temporal, si bien en un sistema de derecho legislado la jerarquía entre normas suele ser parte de la legislación, siempre habrá casos con algún grado de complejidad (v.g. la determinación de la jurisdicción entre autoridades locales y nacionales). La decisión en torno a cuál opción se aplicará en un caso concreto dependerá, en definitiva, de un acto de decisión del tribunal.

Para Kelsen, si estas interpretaciones no fueran posibles, y quedaran establecidas contradicciones lógicas del sistema, se estaría prescribiendo un sin sentido,

¹²⁶⁶ GUARINONI, RICARDO VÍCTOR; *Después, más alto y excepcional...*, cit., pág. 551.

¹²⁶⁷ Hay quienes entienden que el principio ni siquiera precisa ser positivizado ya que se funda en la tesis de creación escalonada del Derecho, en ésta noción, los estratos superiores (sean normas o autoridades) autorizan la creación de los inferiores. Es la tesis de ALFONSO RUIZ MIGUEL, *El principio de jerarquía normativa*, citado en ALONSO, JUAN PABLO; *op. cit.*, pág. 124.

Para Kelsen el criterio de *lex superior* halla su fundamento en el Principio Dinámico del Derecho: la existencia y validez de una norma depende de su adecuación a una norma superior, en caso de conflicto entre ambas prevalecerá necesariamente la última. Conf. *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 215.

“...tendríamos un acto de imposición de una norma carente de sentido como tal, y, por ende, en general, no tendríamos ningún acto cuyo sentido subjetivo pueda ser interpretado como su sentido objetivo...”¹²⁶⁸

En numerosas ocasiones, estos criterios, como todas las máximas interpretativas, son utilizadas como justificación *ad hoc* de una determinada solución normativa, que el intérprete busca favorecer por motivos valorativos o ideológicos, aunque son presentados como de aplicación automática y conducentes a una única solución, que suele ser diferente de aquella a la que arriba otro intérprete.

Los tres criterios preexplicitados, raramente son objeto de la legislación, a pesar de su aplicación universal, además no se trata de principios lógicos,

“si bien en la práctica es muy difícil concebir un sistema jurídico en el cual no se apliquen, no sería autocontradictorio un sistema en el que no se tomaran en cuenta.”¹²⁶⁹¹²⁷⁰,

además, juegan un doble papel, en tanto son criterios de *clasificación* y además criterios de *preferencia*.

El criterio *lex specialis* presenta más complicaciones que los otros dos, pues se basa en el análisis semántico interno a las normas, debe atenderse a su contenido. En tanto que los criterios de *lex superior* y *lex posterior* se refieren a parámetros externos al contenido de las normas¹²⁷¹. Los jueces suele acudir a factores teleológicos, subjetivos, *et sit cétera*, para aplicar los principios a decisiones interpretativas.

Hay *redundancia* cuando una norma establece un efecto jurídico que, en las mismas circunstancias fácticas, está establecido por otra norma, una de las dos normas, en la medida en que ello ocurra, es redundante. Para este problema, tampoco hay soluciones mecánicas, salvo partir de la presuposición de que no las hay y que el Legislador ha sido coherente.

¹²⁶⁸ Kelsen, Hans; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 216.

¹²⁶⁹ Guarinoni, Ricardo Víctor; *Después, más alto y excepcional...*, cit., pág. 550.

¹²⁷⁰ En el Derecho legislado argentino, sólo se halla expresamente legislado el principio *lex superior*, en el art. 31 de la Constitución Nacional. Por otra parte, en el art. 30 de dicho cuerpo legal, simplemente se menciona el principio *lex posterior* cuando se alude a la posibilidad de su reforma, y como principio de irretroactividad, en el art. 11 del Código Civil, que, como en definitiva es una ley de menor jerarquía que la carta magna, no descarta el que se pudiera establecer a nivel constitucional que las leyes son inmodificables. El criterio *lex specialis*, se utiliza como criterio interpretativo a nivel jurisprudencial.

¹²⁷¹ Guarinoni, Ricardo Víctor; *Después, más alto y excepcional...*, cit., pág. 553.

Finalmente, las *presuposiciones* se presentan frente a una regla de diseño defectuoso, estos no pueden ser resueltos por interpretación lingüística o reglas mecánicas, sino por un acto de decisión; además, la regla puede ser aplicada a pesar de la presuposición incorrecta o defectuosa, o modificada o considerada nula. Las presuposiciones pueden ser *fácticas* (v.g. regular la navegación en un río que ya no es navegable) o *jurídicas* (cuando una norma hace referencias incorrectas o defectuosas sobre el contenido del Derecho vigente o respecto de situaciones jurídicas específicas). Pueden no presentarse casos groseros, sin embargo sí es factible que se den supuestos de menor entidad, especialmente cuando una ley hace referencia a leyes anteriores, que posteriormente son derogadas por otras, y se olvida que las referencias deben ser modificadas en forma concordante. En el Derecho Penal Argentino el art. 40 es un ejemplo interesante, su contenido prácticamente no indica ningún criterio limitándose a remitir al art. 41, claramente esto no sería así, si no fuera porque el art. 42 del Proyecto de 1906 suprimió el enlistado de atenuantes y agravantes que contenía, en tanto que el proyecto de 1917 terminó por desarticular a la norma al suprimir la referencia al término medio que aun conservaba el proyecto de 1906.

Recapitulando, como los objetos de interpretación jurídica, son textos, interpretarlos es atribuirles sentido. La tarea de interpretación consiste en afirmar o describir que un texto tiene un sentido determinado, pero como se ha visto, no puede circunscribirse al sentido literal de un enunciado, su significado con independencia de las circunstancias en las que se formula, sino que ha de estarse al *sentido total*, es decir a su significado teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias que rodean su emisión¹²⁷².

Los enunciados interpretativos, es decir el producto de la actividad interpretativa, se ha sostenido que son asertivos, pues son el resultado de una labor descriptiva y, en consecuencia son verdaderos o falsos; que no son jurídicos, pues no pertenecen al Derecho y que son metajurídicos pues se refieren a entidades lingüísticas: los enunciados jurídicos¹²⁷³. Disentimos con ello, los enunciados interpretativos no son entidades veritativas, de ellas no puede predicarse su falsedad o verdad pues son enunciados nóveles que los jueces diseñan al aplicar el Derecho, conforme se viene

¹²⁷² BONORINO, PABLO; *Interpretación y aplicación del Derecho*, Isonomía nro. 18, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, Abril 2003, pág. 170.

¹²⁷³ RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN, citado por BONORINO, PABLO; *Interpretación y...*, cit., pág. 171.

postulando, y se verá en lo que sigue, por otro lado, si bien son metajurídicos en el sentido prealudido, conforman el Derecho junto con las reglas¹²⁷⁴.

Conforme con el esquema criticado, HERNÁNDEZ MARÍN, ha entendido que el enunciado interpretativo describe el sentido del enunciado interpretado, aquel, es sinónimo de éste; los enunciados interpretativos afirmarían que el sentido total del enunciado interpretado es igual al sentido del enunciado interpretante, pero ello no se refiere ni al sentido literal (haría falsos a los enunciados interpretativos), ni al sentido total (el interpretante no sería usado en ningún contexto, sólo mencionado). La solución es considerar a los enunciados interpretantes como *enunciados eternos* –enunciados que tienen el mismo sentido total en cualquier contexto, o lo que es lo mismo, sentido total y literal coinciden¹²⁷⁵-. HERNÁNDEZ MARÍN se equivoca, pues no existe tal relación de sinonimia entre el enunciado interpretado y el interpretante, a simple vista es dable percibir en cualquier ejemplo que no resultan sinónimos, ni podrían serlo en el cumplimiento de la función esclarecedora que encara el intérprete; además, un enunciado eterno, entendido como aquel en el que se puedan incorporar en su formulación todos los elementos del contexto en sentido amplio (lingüístico y extralingüístico) que resulten relevantes para determinar su sentido total, presenta un problema insalvable, si se intentara transformar el enunciado interpretante en un enunciado eterno,

“...deberíamos rellenarlo con nombres propios y fechas, eliminando al mismo tiempo la temporalidad gramatical de sus verbos. Esta tarea nos llevaría a considerarlo como un enunciado particular, al menos en lo que a tiempo y lugar se refieren, lo que imposibilitaría que se lo pudiera considerar un sinónimo del enunciado interpretado. Los enunciados interpretados en el derecho son enunciados prescriptivos de carácter general. Todo enunciado que se considere sinónimo de un enunciado de esa naturaleza debería ser también un enunciado general. Los

¹²⁷⁴ En sentido similar ROBERT ALEXY, para quien el *derecho positivo* está compuesto tanto por el tenor literal de las normas como por la correspondiente práctica interpretativa. *Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 23, Alicante, 2000, (trad.: A. Daniel Oliver-Lalana), págs. 202 y 204.

¹²⁷⁵ PABLO BONORINO informa que fue QUINE el que introdujo la idea de “oraciones eternas”, que son oraciones eternamente verdaderas o eternamente falsas con independencia de toda circunstancia especial en que se enuncien o se inscriban. Bajo el rótulo de oraciones eternas se piensa ante todo en las de la aritmética, porque el tiempo y el lugar son del todo indiferentes para el tema de la aritmética. BONORINO, PABLO; *Interpretación y...*, cit., pág. 175.

enunciados eternos,... son enunciados particulares (cuando no constituyen leyes de la aritmética), referidos a sujetos y lugares determinados...”¹²⁷⁶, un intérprete del Derecho, que actuara de acuerdo con la propuesta de los enunciados eternos, debería formular el siguiente enunciado interpretativo para el ejemplo que sigue¹²⁷⁷:

Enunciado normativo: “*Los animales naturalmente dañinos pueden ser exterminados*”.

Enunciado interpretativo literal posible: “*Los animales naturalmente dañinos, salvo aquellos que hayan perdido dicha condición por medio de una adecuada instrucción, pueden ser exterminados*”. (claramente no es sinónimo de lo anterior como lo pretende HERNÁNDEZ MARÍN, sino una creación novedosa).

Enunciado eterno: “*Los animales naturalmente dañinos, salvo aquellos que hayan perdido dicha condición por medio de una adecuada instrucción, pueden ser exterminados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el 12 de mayo de 2001*” (El casuismo devendría intolerable y disfuncional en las ciencias normativas).

Ningún intérprete del Derecho podría ofrecer semejante explicación del sentido de una disposición normativa, la propuesta de HERNÁNDEZ MARÍN, no se ajusta a lo que de hecho hacen los juristas cuando interpretan enunciados normativos.

Interpretar no es sólo describir el sentido de textos faltos de claridad, también se puede afirmar el sentido (y ello ocurre así de hecho), de textos que no poseen ninguna imprecisión semántica. Por ello al hablarse de interpretación jurídica, y de la administración de justicia, debe darse cuenta, tanto de la actividad de describir el sentido de textos claros, como aquella que se realiza para afirmar el sentido de textos faltos de claridad. La falta de claridad disminuye una vez formulado un enunciado interpretativo, lo que ocurre en virtud de la relación que el enunciado interpretativo establece entre el enunciado interpretado y el enunciado interpretante. Con los textos “claros” sucede algo similar, pues sus márgenes devienen aun más precisos a partir de ésta mecánica.

Estos son, a grandes rasgos, los problemas de interpretación que enfrentan los jueces al aplicar las normas. El problema que cabe enfrentar ahora es cómo son resueltos los problemas por los aplicadores del Derecho, lo que nos acercará aun más a nuestra propuesta.

¹²⁷⁶ BONORINO, PABLO; *Interpretación y...*, cit., pág. 178.

¹²⁷⁷ Tomado de BONORINO, PABLO; *Interpretación y...*, cit., pág. 179.

§32.- La interpretación jurídica y la administración de justicia.

La concepción cognoscitivista. El rol de la ciencia del Derecho. La interpretación judicial como acto de voluntad. La interpretación como adjudicación de significado. Rechazo del realismo extremo. Por la vena de Dworkin. Interpretación y decisión. Búsqueda de corrección. Decisiones discrecionales (rechazo de la arbitrariedad). Decisión racional. Soluciones máximas y mínimas. Derecho como dado y como construido. Derecho dado y subsunción. Imperativismo. Normativismo. Problematicación del principio de legalidad a la luz de la interpretación de las normas penales. La tesis de las normas individuales como simple derivación razonada de las normas generales. El juez crea Derecho. Críticas realistas a las conclusiones positivistas.

Como se señaló¹²⁷⁸, se suele sostener un esquema simple en donde el juez aparece como

“...el órgano procesador –es decir: transformador- de ciertos *in- puts* fácticos y normativos. A él llega cierta información sobre los hechos y cierta información disponible sobre normas positivas. El procesamiento de este doble tipo de información... [por] el órgano judicial produce, como resultado... [una] salida o *out-put*. Tenemos un cierto producto de la actividad interpretativa del órgano judicial. El juez produce una sentencia, que traduce y expresa su interpretación (su procesamiento) de los hechos y del derecho.

“... [la línea tradicional entiende que], el proceso decisorio de salida, no consiste sino en la obtención –si se quiere mecánica- de ciertas conclusiones deductivas a partir de premisas aceptadas. Se trataría de un proceso lógico y puramente intelectual.”¹²⁷⁹

Esta es una concepción *cognoscitivista*, interpretar una formulación normativa equivale, a detectar el significado de la misma informando que ella tiene tal o cual significado. A la luz de ésta noción, la interpretación del Derecho tiene como resultado enunciados interpretativos proposicionales, susceptibles de verdad o falsedad. Kelsen señalaba que en la función cognoscitiva siempre el juicio debe ser objetivo, esto es, debe producirse sin considerar los deseos y apetencias de quien enjuicie (se debe establecer la relación de una determinada conducta humana con un orden normativo; enunciar que esa conducta corresponde, o no, al orden, sin adoptar el enjuiciante una actitud emotiva frente a ese orden normativo, sea aprobándolo o desaprobándolo)¹²⁸⁰.

¹²⁷⁸ Ver *supra* parágrafo 31 (“La interpretación jurídica”).

¹²⁷⁹ VERNENGO, R. J.; *La interpretación jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1977, pág. 113.

¹²⁸⁰ Kelsen, HANS; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 35. Los juicios de valor bajo esta óptica sólo pueden ser objetivos, nunca subjetivos.

La interpretación del Derecho es una actividad cognoscitiva sobre cuya base es siempre posible determinar unívocamente el significado de los textos considerados, cada cuestión jurídica admite, de tal forma, una única respuesta correcta. Bajo el aspecto gnoseológico, el resultado de la interpretación, como proceso de conocimiento destinado a procurar un saber (proceso epistemológico) se diferencia esencialmente de otros modos de conocer, y sobre todo tanto del deducir por conceptos predefinidos o por operaciones de cálculo (método propio de las ciencias matemáticas) cuanto del inducir o explicar por causas, que es el método propio de las ciencias físicas o experimentales.

La interpretación es un procedimiento espiritual que acompaña al proceso de aplicación del Derecho, en su tránsito de una grada superior a una inferior. El papel de la ciencia del Derecho, estriba en limitarse a describir los distintos significados de una norma, no prescribirlos privilegiando a unas interpretaciones sobre otras. No colma lagunas, pues esa es una función creadora del Derecho, ha de exponer posibles significaciones y dejar que el órgano jurídico competente tome la decisión. Si el científico del Derecho hiciera una recomendación, realizaría una función político- jurídica, pero no de ciencia jurídica. Si la labor de interpretación judicial es creativa, entonces se habla de un *acto de voluntad* como enseña Kelsen pues al aplicar el Derecho, los tribunales enlazan la interpretación cognoscitiva del Derecho aplicable con un acto de voluntad (i.e. libre discrecionalidad ante el recurso a normas metajurídicas por el decisor), donde este acto de voluntad efectúa una elección entre las posibilidades que la interpretación cognoscitiva presenta¹²⁸¹. Se ha criticado, por ello, a la Teoría Pura, que al no ser la interpretación evidentemente un eje de la misma, sea una teoría que minusvalore los métodos interpretativos¹²⁸².

En su extremo, el cognoscitivismos se basa en una concepción esencialista del lenguaje, según el cual se supone que detrás de las palabras, se esconden las esencias de las cosas, con lo que la tarea interpretativa consistiría en descubrir tales esencias¹²⁸³. A

¹²⁸¹ Kelsen, Hans; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 354. Este acto volitivo es para Kelsen lo que distingue la interpretación del Derecho que efectúa el órgano aplicador de cualquier otro tipo de interpretación (v.g. la efectuada por la ciencia jurídica que no crea Derecho).

¹²⁸² Ursúa, José Francisco; *op. cit.*, pág. 260.

¹²⁸³ Esto hace recordar al poema: "Si como el griego afirma en el *Cratilo*/El nombre es arquetipo de la cosa/ Detrás de la palabra rosa esta la rosa/ Y todo el Nilo en la palabra Nilo...".

Trae reminiscencias de la pura potencia del Verbo, a la que en oriente se llamaba *ʿabdabrahaman*, que se enfrenta a la dualidad que divide, por un lado la palabra (*vak = vox*) y por el otro el significado o el objeto que la palabra expresa (*artha*), la escisión es total: por un lado se halla la lengua hablada, por el otro los objetos materiales, cuya relación con la misma es exterior; el "nombre" o la palabra no tiene un valor objetivamente

HART, a quien no escapa éste problema a partir de su preocupación por el fenómeno de la *textura abierta* del lenguaje del Derecho, relega en su construcción teórica la interpretación, en primer lugar porque la actividad interpretativa se sitúa en una perspectiva *a posteriori* de la indeterminación del lenguaje jurídico, que no es la parte por la que HART muestra mayor interés, y en segundo lugar porque la interpretación no puede erradicar de forma definitiva la indeterminación que presentan las normas generales, aunque sí disminuir las incertidumbres consecuentes¹²⁸⁴.

Esta idea de la administración de justicia de naturaleza positivo- mecanicista ofrece un cuadro simple y, por ello, seductor. El motivo de la sentencia debe ser la obediencia a la ley, es decir, acatamiento y respeto al Derecho vigente entendido como voluntad del Legislador. El juez es un autómatas, su función se limita a un acto puramente racional: comprender el significado de la ley y comparar la descripción de hechos que hace ésta, con los hechos del caso que está llamado a decidir.

Es un esquema que no se condice con la realidad, los problemas sintácticos señalados, y la indeterminación de los propósitos del Legislador hacen que, a menudo, no sea posible establecer si el caso está comprendido o no por el significado de la ley.

Pero además, distinguir entre interpretaciones correctas o incorrectas, acertadas o fallidas, adecuadas o inadecuadas, importa concluir que la actividad del juez de cara a las normas, tiene la capacidad de hallar la corrección –lo auténtico- en las reglas, entonces será una interpretación *verdadera*, y a la inversa, si las reproduce incorrectamente, devendrá *falsa*. Los cognoscitivistas apelan a que sin el baremo indispensable de referencia a la realidad, que puede ser una realidad axiótica o deóntica, todas las interpretaciones, por diversas que fueran resultarían equivalentes; tal visión fatalista parte de un presupuesto falaz que es precisamente la posibilidad de hallar un valor cognoscitivo en las reglas, desde una tesis relativista (no decisionista), esto ya no es tan grave, pero además claramente las interpretaciones posibles no se mueven en un arco de amplitudes máximas, sino de opciones factibles en un espectro reconocible.

expresivo o creativo, sino sólo convencional, alusivo de la materialidad, no del sentido interno del objeto. En cambio, en la suprema potencia del verbo, *ṣabdarhman*, palabra y significado son una sola y misma cosa, la expresión es pura autorrevelación, es un “nombre natural” o *mantra*, se direcciona a la cosa en cuanto universal: en el absoluto de esta tesis, de acuerdo a algunas tradiciones iniciáticas, en el período de confusión de lenguas “prebáblico” se hallaba la lengua en la cual toda cosa y todo ser tendría su Nombre natural originario y esencial (*bijâ-mantra*). Conf. EVOLA, JULIUS; *La superación del romanticismo*, cit., pág. 74.

¹²⁸⁴ HART, H. L. A.; *El concepto de Derecho*, cit., pág. 157 a 160.

Los cognoscitivistas procuran sortear la crítica epistémica de que están sosteniendo que existiría

“un sentido auténtico de un texto en vistas a la contemplación intelectual”, para oponer que en realidad se busca

“...la determinación de la regla de comportamiento, sin la cual la acción, exigida imperiosamente por la vida, no puede ser correctamente consumada.”¹²⁸⁵, se está diciendo ciertamente lo mismo pero con una poderosa fuerza retórica (obsérvese la noción de ‘exigida imperiosamente por la vida’).

El cognoscitivismo también recurre a referentes intuitivos en su apoyo, así se sostiene que

“...es un hecho indubitable que las interpretaciones, i.e. las proposiciones que determinan el sentido normativo de un texto jurídico, se califican de hecho y casi sin excepción como buenas o malas, correctas o incorrectas, adecuadas o inadecuadas, todo ello con independencia de la opinión personal de jueces, juristas o simples legos. En otros términos es evidente que no todas las interpretaciones aparecen como válidas...”¹²⁸⁶,

pero, en rigor, no es que las interpretaciones sean justas o injustas, correctas o incorrectas; sino *diversas* y por ello la estructuración del sistema judicial contempla la revisabilidad de las decisiones por órganos de carácter superior, no para “corregir” las fallas sino para establecer otra decisión, pero de más autoridad (por ello también varían los fallos de los tribunales superiores según el criterio de sus composiciones variables).

El cognoscitivismo puntualiza que quienes se oponen a su tesis, terminan teniendo que aceptar que existe entonces desacuerdo sobre lo que la regla exige, de donde no existe tampoco acción que sea requerida por ella, y esto porque lo que la regla requiere resulta, en definitiva, fijado por la conducta convergente (i.e. la resolución eventual del juez); en ausencia de esa convergencia no existe deber alguno. Ahora bien, para esta refutación es que precisamente se postula esta, nuestra propuesta a lo largo de éstas páginas, para indicar qué es lo que acaece en esas ausencias de convergencia.

En el otro extremo se halla la postura que entiende que, el acto interpretativo, es un momento puramente arbitrario, irracional, en donde juega un papel

¹²⁸⁵ MASSINI CORREAS, CARLOS I.; *Filosofía del Derecho*, t. III, cit., pág. 144. Señala que WRÓBLEWSKI llama “operativa” a esta modalidad de interpretación, siendo la noción similar a la de KALINOWSKI.

¹²⁸⁶ MASSINI CORREAS, CARLOS I.; *Filosofía del Derecho*, t. III, cit., pág. 181.

preponderante el mero arbitrio del órgano, su “instinto axiológico”, su “olfato jurídico”, u otras capacidades al margen de cualquier ponderación racional. El momento decisorio es un acto puramente volitivo, su motivación no sería racional sino “ocasional”, motivado por circunstancias particulares que no permitirían hablar de una causación genérica en casos generales¹²⁸⁷. Esto no es decisión judicial, sino un hecho histórico, casi político, desligado de su contexto. Asistiría razón a ROSS en cuanto entiende que conocer el Derecho, en estos casos, sería una historia de los productos jurisprudenciales de cada juez, buscar pautas que permitan prever en alguna medida el comportamiento futuro de los jueces concretos en los casos que pudieran considerarse recurrentes en mérito a alguna circunstancia tomada como relevante.

Esta es una concepción *no cognoscitivista*, según esto, interpretar una formulación normativa importa, en cualquier caso, adjudicar un significado a esa formulación, estipulando que la formulación en cuestión tiene tal o cual significado. A la luz de esta noción, la interpretación del Derecho, tiene como resultado enunciados interpretativos no proposicionales, carentes de valores de verdad. La interpretación del Derecho es una actividad decisoria. Ninguna cuestión jurídica tiene, una respuesta correcta previa a la decisión judicial¹²⁸⁸.

La perspectiva más radical de ésta corriente es la llevada a cabo por el *realismo jurídico norteamericano*, que le otorga a la interpretación el papel de reformular las reglas hasta conseguir el fundamento de la decisión a adoptar por el juez. Ni las normas legisladas, ni los precedentes pueden actuar directamente como premisa mayor del silogismo judicial, en su lugar colocan una creación de los jueces, que no es otra cosa que una reformulación de las normas. Es conocida la heterogeneidad en el interior del realismo jurídico norteamericano, donde se distingue entre *escépticos de las reglas* y *escépticos de los hechos*, la explicación preotorgada se refiere a los primeros que son los que nos interesan analizar en éste marco. En cuanto al realismo genovés y escandinavo, su análisis está representado por GUASTINI y ROSS respectivamente¹²⁸⁹.

¹²⁸⁷ VERNENGO, R. J.; *La interpretación jurídica*, cit., pág. 114.

¹²⁸⁸ Por la idea de que no hay una respuesta correcta, entendiendo “Que una sentencia judicial esté fundada en ley no significa... sino que se mantiene dentro del marco que la ley despliega,... es una de las normas individuales –y no la norma individual- que pueden ser producidas dentro del marco ofrecido por la norma general.”, KELSEN, HANS; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 352.

¹²⁸⁹ URSÚA, JOSÉ FRANCISCO; *op. cit.*, pág. 262. Ver Anexo II (“El Realismo Jurídico”).

Esta perspectiva es exagerada en tanto no todos los problemas jurídicos son controvertidos, existen múltiples contratos que se cumplen y no se cuestiona su interpretación (de hecho la mayoría), y en lo que aquí interesa, en el espectro penal, varios textos legales son aplicados por los tribunales sin que ofrezcan mayores discusiones al respecto.

Más adecuada –y moderada- deviene la perspectiva de DWORKIN, para quien no puede existir una distinción entre teoría y práctica jurídica, la naturaleza interpretativa abarca a ambas porque tanto el Derecho como la ciencia del Derecho, son conceptos interpretativos.

“No hay neutralidad aquí para el científico del Derecho, las conclusiones resultan de involucrarse y adoptar un punto de vista interno dentro del Derecho. Cuando DWORKIN propone una teoría interpretativa del Derecho, en oposición a las teorías semánticas, lo hace pensando que es imposible dar criterios semánticos que puedan determinar si algo debe o no ser considerado como Derecho. Pero sí lo define como una práctica social compuesta por un conjunto de reglas y valores, para la cual propone un modelo de interpretación creativa que muestre el objeto interpretado como el mejor ejemplo posible del género al que se considera pertenece... La interpretación para Dworkin no puede ocupar otro lugar que el de todo el espacio en el Derecho, uno muy distinto del que le asigna Kelsen.”¹²⁹⁰

Esta tesis más moderada destaca la indudable relevancia de otros estándares –valores o principios- más allá de las normas, en el ejercicio interpretativo llevado adelante por los jueces; asimismo afirma el rol creativo de la interpretación sin necesidad de conducirlo al extremo como hace el realismo jurídico norteamericano. Pero en su afán por recortar la discrecionalidad judicial, propone que sólo *una* interpretación es la correcta, y ello no se condice con la realidad, pues en el momento en que la función judicial deviene creativa, se elige entre diversas opciones (no cualquier opción que importaría arbitrariedad), aquella que fundamente con más fuerza, la decisión a tomar, lo que implica tanto como decir que no existe sólo una interpretación posible sino *algunas* (hablar de “muchas” también reconduciría a la arbitrariedad), el problema deviene de la utilización de la voz “correcta”, adosada a la interpretación, pues la noción de corrección conlleva una notable carga

¹²⁹⁰ URSÚA, JOSÉ FRANCISCO; *op. cit.*, pág. 260.

axiológica que impide a quien opera con ella, el permitirse hablar de multiplicidad de elecciones en tal sentido.

La dicotomía puntualizada, no cumple de manera efectiva, el papel de una división entre clases excluyentes: saber frente a querer, conocimiento frente a voluntad. Ambas orientaciones para fundamentarse, deben recurrir a una lógica inadecuada e insuficiente, este es un terreno más propio de las ideologías que del conocimiento científico¹²⁹¹. En el fondo, se encubren los deseos de indicar cómo debe tener lugar la tarea del juez, pero esto es más propio de objetivos de política jurídica¹²⁹² que de ciencia del Derecho, que es a lo que procuramos dirigir nuestra atención.

En una primera aproximación, un proceso interpretativo, puede ser visualizado como un proceso de distribución de información¹²⁹³, el juez recibe una cierta información sobre los hechos y el Derecho, recibe un conjunto de enunciados que debe elaborar. El ingreso de la información, puede sí, ser mecánico, el resultado del proceso interpretativo, es también un conjunto de enunciados, que además se refleja en los enunciados receptados primeramente. Dada ésta mecánica sencilla, inicial, en alguna medida, los resultados de la interpretación judicial, son previsibles, y las sentencias imprevisibles, no son lo común, pero tampoco podemos decir que sean excepcionales.

Una sentencia imprevisible no implica que sea dictada al margen de los hechos y del Derecho, sino que calibrará, a más de aquellos, otros estándares que motiven la decisión, si esto último no sucediera, manifestándose sólo lo primero, nos hallaríamos ante una sentencia arbitraria.

Estos estándares involucrados, vienen a destacar que la interpretación de una ley, es en importante medida un acto de naturaleza constructiva, aun cuando resulte preparado por procesos cognoscitivos su propia naturaleza es un acto de decisión, no un acto de puro conocimiento.

Para que el producto de la elaboración judicial, pueda ser entendido como un “fallo”, el juez no puede apartarse totalmente de los hechos y del Derecho, tendría que racionalizar y expresar algunos presupuestos para que dicho producto que elaboró sea aceptado –aun mínimamente- como una sentencia, como un acto judicial.

¹²⁹¹ VERNENGO, R. J.; *ibídem*.

¹²⁹² ROSS, ALF; *op. cit.*, pág. 172.

¹²⁹³ VERNENGO, R. J.; *La interpretación jurídica*, cit., pág. 115.

Ahora bien, como correctamente, según lo entendemos, señala ALF ROSS – epistemólogo que hemos seguido de guía para numerosas cuestiones de éste trabajo-, el juez no puede escapar a su condición de ser humano, detrás de cada decisión que adopte, subyace su personalidad, así que, por más que la conciencia jurídica formal esté profundamente arraigada en el espíritu del juez –como actitud moral y profesional-, ver en ella el único móvil es una ficción. La

“...ley no es una fórmula mágica, sino una manifestación de los ideales, actitudes, estándares o valoraciones [de raigambre] cultural”;

el juez entonces puede dirigir una crítica contra la decisión en el caso específico, que sienta como injusta, no obstante aprobar la regla, o puede dirigirse contra la regla misma, ésta crítica puede ser una respuesta emocional o producto de un análisis consciente de los efectos de la decisión, hecho en relación con estándares de raigambre superior. La decisión del juez, entonces, se ve motivada por todos estos factores, en la medida de lo posible, el juez comprende e interpreta la ley a la luz de su conciencia jurídica material, a fin que su decisión pueda ser aceptada por “correcta” y también por “justa” o “socialmente aceptable”¹²⁹⁴.

La decisión a que arriba un juez, está determinada por el efecto combinado de la interpretación cognoscitiva de la ley y la actitud valorativa de la conciencia jurídica. Si bien en la mayoría de los casos, el juez decide dentro del campo de la interpretación cognoscitiva, ello es signo de que no ha hallado conflicto con la conciencia jurídica. La raíz de la vigencia de la ilusión positivo- mecanicista en las decisiones judiciales actuales, estriba en que, mediante una técnica de argumentación que se ha desarrollado como ingrediente tradicional de la administración de justicia, el juez aparenta que, a través de varias conclusiones, su decisión puede ser deducida de la verdadera interpretación de la ley.

Al mismo tiempo hay que reconocer, como ya se mencionó, que la distinción entre cognoscitismo y no cognoscitismo es artificial, en la medida en que ambas se fusionan en la práctica.

Esta suerte de concepción *intermedia* importa que, interpretar una formulación normativa será, según el caso, detectar el significado de la misma, informando

¹²⁹⁴ ROSS, ALF; *op. cit.*, pág. 174.

que dicha formulación tiene tal o cual significado; o importará adjudicar a la formulación normativa un significado estipulando que ella tiene tal o cual significado.

De conformidad con esta concepción, a la que adelantamos nuestra adscripción, en determinadas circunstancias la actividad interpretativa será una actividad cognoscitiva y en otras una actividad decisoria, o una mixtura de ambas como entiende Ross.

Por caso, en el aspecto primario, el sintáctico, los signos, no tienen un significado en sí, sino que adquieren cierta significación en virtud de un acto de establecimiento de sentido.

Estando a la concepción intermedia, puede haber dos tipos de casos: a) típicos, para los que existe una respuesta correcta cuyas características constitutivas están claramente incluidas o excluidas del marco de significado central de los términos o expresiones de una formulación normativa y; b) atípicos, para los que no existe una respuesta correcta, sus características constitutivas no están claramente incluidas o excluidas de el marco de significado central donde se concentran los casos típicos.

No todos los casos son del mismo tipo o suscitan las mismas dificultades. Al referirnos a los problemas sintácticos del lenguaje que repercuten en las formulaciones normativas, señalamos que hay casos claros y zonas de penumbra, por caso, los supuestos atípicos se presentarán (entre otros factores), ante la duda si la expresión se aplica o no; pero ello no excluye que en otras situaciones –típicas-, no existan dudas de su aplicación. En síntesis, toda expresión general posee siempre una zona de penumbra, de la que no se sigue sin más que no posea una zona de certeza. En esto nos distanciamos del realismo absoluto, pues rechazamos la idea de que los jueces no tienen en absoluto ninguna obligación de buscar soluciones a los casos que se les presenten en las disposiciones jurídicas.

Acceder o no a las normas no es un acto de pura voluntad, los jueces no pueden resolver los casos como quieran. Sostener lo contrario es claramente contraintuitivo, pues por ejemplo, cuando los abogados acuden a los estrados tribunalicios en pro de los intereses de sus clientes, siguen pautas de comportamiento regladas (i.e. actos prescritos por reglas procesales), y no se manejan como al juez se le ocurre en el supuesto; asimismo construyen sus alegatos o dictámenes basados en normas, no efectúan puras

cábalas de lo que resolverá el juez o lisa y llanamente aguardan a las decisiones de este pues elucubrar antes a tal respecto sería simplemente inútil¹²⁹⁵. Tesis como ésta reducen el Derecho a meras predicciones de lo que los jueces dicen al resolver, y ello como se señaló va en contra de las intuiciones acerca de lo que ocurre en los juicios en la realidad, en esto el realismo es francamente antirrealista.

Entonces, cuando el intérprete ha agotado la investigación mediante métodos cognoscitivos, en tal caso deviene necesario asignar estipulativamente un significado. Esto es una decisión, que es discrecional, pero que no tiene por qué ser necesariamente arbitraria, si se ha motivado en determinados estándares valorativos adicionales¹²⁹⁶.

En general, decir que una decisión es racional, en el marco de una concepción intermedia, implica que se satisfacen ciertos criterios mínimos. Para que haya criterios racionales es menester contar con algún criterio de orden, que nos permita situar en una secuencia transitiva el conjunto de decisiones posibles. Si cualquier criterio valiera lo mismo, no cabría distinguir decisiones como más o menos racionales y si no se contara con criterios de ordenación transitiva, la opción racional no podría cumplirse. Genéricamente, es factible señalar que, para poder juzgar de la racionalidad de una decisión, es necesario contar con un cierto patrón que permita establecer el orden estimativo de las opciones: de la peor a la mejor. Ello no importa decir que una decisión es buena, basta suponer que es mejor, en la especie, para la solución del entuerto. Tal decisión será más sencilla (v.g. disponer la reparación en especie en vez de una reparación simbólica, pues se hace cargo de la mayor cantidad posible de circunstancias de hecho de un caso) o no, según el caso, hasta recurrir a criterios de orden estimativo, que no son objetivos, es decir, no son válidos para todos los casos (v.g. un juez penal puede decidir de una manera y no de otra, pues ha tomado en cuenta extremos tales como la posibilidad de reforma del reo, la proximidad con su familia, *et sit cétera*).

¹²⁹⁵ MARTÍ, JOSÉ LUIS; *El Realismo Jurídico: ¿una amenaza para el liberalismo y la democracia?*, Isonomía nro. 17, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, Octubre 2002, pág. 270.

¹²⁹⁶ Existen sin embargo, defensores de la idea de que, la significación dada a los materiales jurídicos, se manifiesta en un acto de voluntad, más o menos arbitrario, que decide el curso subsecuente de la aplicación y creación del orden jurídico positivo. Nosotros proponemos en el texto una decisión discrecional y racional, en modo alguno arbitraria. En el sentido criticado, conf. TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO; *El derecho y la ciencia del derecho*, cit., pág. 158 a 159.

El criterio de transitividad es un mínimo criterio de racionalidad, pero importante, pues de lo contrario no se contaría sin más con baremos de orden, para dar razones axiológicas, valorativas, para justificar la inclinación de la decisión en un sentido y no en otro. Una decisión axiológica sólo tiene sentido racional en la medida en que se cuenta así con algún patrón que permite establecer, en una serie de opciones posibles, cuál es mejor o peor que otra; es un mero criterio de orden, no pretende establecer criterios definitorios de lo que sea bueno en sí¹²⁹⁷.

El juez no necesita saber qué es lo bueno en sí, sino tener criterios de ordenación expresos de soluciones en cuanto a su valor estimativo, cuantificable o no.

Siguiendo en esto a VERNENGO, otro criterio o condición de racionalidad de una decisión estriba en permitir la obtención de un buen resultado. Se trata de que el resultado que se logre, optando por la mejor de las alternativas, sea el más útil, una decisión es útil cuando produce el máximo de consecuencias positivas alcanzables¹²⁹⁸. Una decisión no es racional cuando trata de imponer un criterio de bondad, que hace ilusorio el objetivo perseguido, lo racional es escoger la mejor de las alternativas que produzca el resultado objetivo óptimo, en las circunstancias de que se trate, son las llamadas soluciones *normaci*. Si quien tiene que tomar una decisión racional, debe buscar la decisión óptima, la máxima solución posible, pero por no ayudarlo las circunstancias no puede optimizar los resultados, cabe como estrategia segunda, procurar disminuir al máximo los malos resultados de una decisión peor; ésta también es una opción racional, son las llamadas soluciones *normaci*. Un juez que no puede lograr la óptima solución teóricamente posible, no por ello ha de periclitarse en la arbitrariedad, si trata de imponer aquella decisión que disminuya al máximo los inconvenientes que la solución adoptada, aunque no la óptima, pueda producir¹²⁹⁹.

El esquema prealudido permite sortear el hablar de *soluciones justas*, pues en conflicto de intereses, ellas no son siempre alcanzables, y más aún, tampoco son conceptualmente determinables: ¿a qué criterios de justificación absoluta debemos referirnos? Sobre esto ahondaremos más adelante¹³⁰⁰.

¹²⁹⁷ VERNENGO, R. J.; *La interpretación jurídica*, cit., pág. 117.

¹²⁹⁸ Esta elucubración utilitarista en la materia, permite señalar, entendemos, una de las particularidades que conducen a concluir que el esquema benthamiano es procedimental y no sustancial; nos explica los “cómo” de arribar a la mayor felicidad. En este caso, a la mejor decisión.

¹²⁹⁹ VERNENGO, R. J.; *La interpretación jurídica*, pág. 119.

¹³⁰⁰ Ver *infra* parágrafo 36 (“La corrección de los enunciados normativos. El Derecho correcto”).

Para arribar a estos fines, el juez debe optar o utilizar un método interpretativo¹³⁰¹. El hecho que un juez invoque un método interpretativo, significa que hace expresa su elección por alguna estrategia hermenéutica, lo que le permitirá hacer su decisión socialmente comprensible y conforme a pautas existentes.

“Los métodos interpretativos,... según la tesis de COSSIO, no constituyen métodos científicos, procedimientos experimentales o intelectuales para la verificación o falsificación de hipótesis, sino que son un repertorio de estrategias alternativas disponibles para el juez que pretenda decidir racionalmente un conflicto.”¹³⁰²

Los criterios de utilidad (axiológicos, de oportunidad, *et sit cétera*), que llevan a un juez a inclinarse por uno u otro método, pueden ser explicitados, y deberían serlo. El juez invocará los antecedentes de la ley (exégesis), las bondades sociales de la solución (jurisprudencia de intereses), o una digresión lingüística (método gramatical); esto implica establecer expresamente la estrategia interpretativa. Esto diferencia a un juez de un árbitro, el primero ha de resolver racionalmente, el segundo puede decidir por criterios que no sean posibles para el juez: por razones no acreditadas formalmente, por motivos puramente personales, *et sit cétera*.

Como se señaló, y retornando a la dicotomía de la interpretación jurídica, las concepciones sobre el ser del Derecho pueden dividirse en dos grupos *in extremis*: las que lo ven como objeto dado y acabado en todo lo que para su realidad última cuenta, y las que lo contemplan como en permanente devenir, en continua recreación, en dependencia de la actividad de un aplicador que es, al tiempo, constructor del mismo.

Para los primeros, el Derecho es objeto que antecede a la actividad de su manejo; para los segundos, el Derecho es (en todo o en parte) el resultado de esa actividad de manejo aplicativo del mismo. Para los unos, el Derecho está hecho antes de que entre en juego quien lo interpreta y lo aplica a los casos; para los otros, la interpretación y aplicación es parte de la producción misma del objeto llamado Derecho, de su realidad constitutiva. Para simplificar, denominaremos a estas dos concepciones respectivamente como del Derecho como *dado* y del Derecho como *construido*, en el entendido de que con esto

¹³⁰¹ Ver *infra* parágrafo 33 (“Técnicas interpretativas”).

¹³⁰² VERNENGO, R. J.; *La interpretación jurídica*, cit., pág. 121.

último queremos decir construido en todo o en parte en el acto mismo de su interpretación/aplicación¹³⁰³.

La primera concepción ontológica de lo jurídico nos interesa aquí sólo como elemento de contraste con lo que será la ontología jurídica opuesta y orientada hacia la concepción intermedia por nosotros aceptada. Podemos señalar que, se suele sostener, que mediante la interpretación, se acerca la regla general abstracta, al caso concreto que hay que decidir. KARL ENGISCH, un defensor del mecanismo sencillo de la subsunción, entiende que, mediante la interpretación, la premisa mayor que hay que obtener de la ley y la decisión del caso, no sólo se intercala una premisa menor, sino varias más, y estas son las que facilitan la subsunción¹³⁰⁴. Como puede observarse, esta idea de “varias premisas menores” entre la regla y el caso, al interpretar, ya viene a aportar un indicio de la imposibilidad de obtener una subsunción simplemente mecánica.

STOLL propugnaba un “sistema externo” –compuesto por los conceptos que desde el orden, construye el sistema científico-, pues, a más de ser útil en términos expositivos, facilitaba al juez la subsunción lógica, ella era imprescindible para alcanzar una administración de justicia que fuera constante y rápida en sus decisiones. HECK, le contraponía a ese “sistema externo”, un “sistema interno”, el que resultaba de la conexión objetiva de las soluciones a los problemas hallados mediante la investigación de los intereses¹³⁰⁵, ese sistema viene dado –independientemente de la actividad científica-, en las *relaciones de la vida*, de forma tal que para conseguirlo, no se necesita más que reproducir éstas; en cambio, el “sistema externo” es para HECK, sólo un producto de la actividad ordenadora del pensamiento, dirigida a ordenar el material y a simplificar¹³⁰⁶. En HECK no hay nada de señalar que, para subsumir correctamente en los conceptos de mandato de una norma, estos deben aprehenderse previamente de “modo correcto”: en el *sentido de los criterios de valor en que se basan*¹³⁰⁷; el resultado de la interpretación determina, pormenorizadamente, el “concepto de mandato”. HECK es claro en admitir sólo la valoración por el Legislador, que es el que examina si el concepto es apropiado para llevar

¹³⁰³ GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO; *Filosofía hermenéutica y derecho*, en www.geocities.com, pág. 3.

¹³⁰⁴ ENGISCH, KARL; *Introducción al...*, cit., pág. 82.

¹³⁰⁵ No puede olvidarse que HECK es un representante de la “jurisprudencia de intereses”. Ver *supra* parágrafo 1 (“Palabras previas. Sobre la ‘Ciencia del Derecho’”).

¹³⁰⁶ Cit. LARENZ, KARL; *op. cit.*, pág. 73.

¹³⁰⁷ La crítica también en LARENZ (*ibídem*).

a cabo la delimitación que procura, no queda al arbitrio del que aplica el Derecho la decisión de si subsumirá o no, y ello con fulcro en el interés del juzgador, “Antes bien: ha de esforzarse en realizar, con ayuda de los conceptos ‘correctamente’ apprehendidos, las valoraciones ‘correctas’ en el sentido del orden jurídico”¹³⁰⁸.

BINDER atacaba decididamente que la aplicación del Derecho se limitara a una “subsunción mecánica”, esta sólo era posible en muy raros casos. La subsunción, no se trataba de una operación lógico- formal, el que la actividad del juez fuera considerada así se debía a que faltaba la conciencia de que la lógica formal – de la que se sirve la matemática- no era el único método mediante el cual se pueden trabajar los contenidos de la conciencia, junto a dicha lógica existe una lógica teleológica. BINDER señalaba agudamente que en la aplicación del Derecho ciertamente el juez está vinculado a la ley, pero ha de aplicarla conforme a la idea y a los fines empíricos de ésta, en el fondo,

“toda aplicación del Derecho es, por su esencia, actividad creadora.”; la teoría del método de BINDER conduce a la idea de que la relación entre ley y praxis judicial ha de ser pensada como una relación dialéctica¹³⁰⁹.

La ontología del Derecho como dado podemos verla representada en la atribución al Derecho de muy distintas naturalezas. No se pierda de vista que lo que cuenta no es la respuesta acerca de en qué consisten los materiales de lo jurídico (hechos sociales, hechos psicológicos, valores...), sino el que con cualquiera de esos materiales el Derecho se presente ante nuestra mirada como una realidad acabada, como un objeto predefinido a nuestro (y al de los operadores jurídicos) conocer o usar del mismo. Que sea una realidad acabada significa que el ciudadano o el operador jurídico no pueden condicionar su esencia ni determinar sus contenidos, sino, todo lo más, precisarlos o concretarlos en aspectos secundarios. Pues bien, podemos ejemplificar este tipo de ontologías con el imperativismo y el normativismo, tomados en una versión escasa en matices.

Hay algo, pues, un núcleo de formación concreta, que antecede a toda interpretación (aunque en lo accesorio sea también interpretable) y, más aún, a toda acción

¹³⁰⁸ LARENZ, KARL; *op. cit.*, pág. 74. La jurisprudencia de intereses, fue de gran peso en la práctica jurídica alemana, abriendo el camino para que se pasara del método de subsunción sustentado en lo lógico- formal, por el método del examen ponderador de un hecho complejo y de una valoración, conforme a los criterios de valoración del orden jurídico (i.e. de los intereses que se hallan en juego).

¹³⁰⁹ Cit. LARENZ, KARL; *op. cit.*, pág. 124. Señala LARENZ que esta última idea la expresó, por primera vez, WALTHER SCHÖNFELD.

humana, legislación incluida. El imperativismo pone la esencia de lo jurídico en componentes volitivos. La materia del Derecho es materia psicológica. Norma jurídica, parte de lo que llamamos el Derecho, es aquel mandato que expresa una voluntad o deseo de una persona que ostenta la posición del soberano. Y una tal posición de soberanía depende de otro dato psicológico, esta vez de los ciudadanos o súbditos, como es la especial consideración que da lugar al hábito de obediencia a los mandatos precisamente de esa persona o personas. La referencia en éste campo viene dada de la mano del jurista inglés JOHN AUSTIN¹³¹⁰¹³¹¹.

El normativismo puede ser caracterizado como aquella teoría que ve la esencia de lo jurídico en un terreno ontológico independiente (aunque no carente de relación, por supuesto) de los puros hechos (fuerza, voluntades, sensaciones...) y de los valores (justicia, seguridad, paz...) y consistente en una peculiar forma de ser que es la forma de ser de lo normativo, del *Sollen*. El Derecho, como objeto, cobra así su autonomía conceptual, ontológica y epistemológica, por cuanto lo que hace que una norma sea parte del Derecho no es ningún hecho en sí mismo (que alguien lo mande o lo acate), ni ningún juicio sobre su contenido, sino su relación con otras normas del mismo sistema jurídico que le transmiten ese especial sello o carácter definitorio de la validez jurídica, del ser Derecho y no (meramente) otra cosa. Por tanto, lo que el Derecho es, y el que una norma sea Derecho, no depende en nada esencial (y salvo casos extremos) de lo que el intérprete haga o de cómo el juez la aplique, por mucho que esa interpretación y aplicación sí puedan verse como muy relevantes a efectos del juicio moral o político sobre la práctica del Derecho. Si hubiera que ponerle un nombre a esta concepción, deberíamos mencionar a Kelsen¹³¹².

Tan pobre deviene la subsunción así planteada, que, el propio ENGISCH, termina afirmando que lo que sólo se obtiene de aquella forma, el resultado final, es simplemente el aspecto exterior de la interpretación. La interpretación debe profundizar en algo más, debe “comprender” el sentido de las disposiciones jurídicas, sólo así se pone de manifiesto y se concibe el contenido material interno de las proposiciones jurídicas¹³¹³.

¹³¹⁰ HART, H. L. A.; *El concepto de Derecho*, cit., págs. 23 a 32.

¹³¹¹ Ver *supra* parágrafos 28 (“Presupuesto. El orden jurídico”) y 29 (“La norma jurídica”), como asimismo el Anexo I (“La jurisprudencia analítica”).

¹³¹² GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO; *Filosofía hermenéutica y derecho*, cit., pág. 5.

¹³¹³ ENGISCH, KARL; *Introducción al...*, cit., pág. 84.

Esta “comprensión” y aprehensión del contenido material interno de las reglas, importa extraer de ésta algo distinto de lo expresado por el texto legal, implica indudablemente ir al propósito que le dio luz¹³¹⁴.

Si bien así presentado hasta aquí, la problemática propia de los alcances de la interpretación, puede no parecer conflictiva, la cuestión cobra especial relieve en el ámbito penal, que es nuestro campo de estudio, ello estriba en que, nunca está permitido traspasar el “sentido literal” cuando se trata de penas, y esto en virtud del *principio de legalidad*. Sin embargo, el jurista, no se conforma con tal premisa, y dentro de los límites de la resistencia semántica del texto legal, continúa la interpretación por otros carriles. Entonces, la aceptación de una concepción intermedia de la interpretación jurídica, sin mayores frenos, sí se presenta como problemática. En el Derecho Penal, se suele admitir la interpretación, pero se señalan apodícticamente la necesidad de evitar la interpretación libre, destacando que interpretar no es crear, pero este tipo de asertos no se condicen con la realidad, son meras maniobras elusivas con el objeto de procurar mantener incólume el discurso penal,

¿qué otra cosa pueden significar sino frases como “...la función del juez no es creadora de Derecho, pero cosa distinta es si la interpretación tiene o no función creadora”?¹³¹⁵.

Veremos en lo que sigue extremos que refuerzan nuestra posición al respecto.

De lo hasta aquí dicho, y simplificando lo expuesto, se desprende que, al identificar, ordenar e interpretar el material jurídico, el tribunal “reformula el derecho positivo”, esta reformulación la lleva a cabo mediante la creación de un *corpus* doctrinario. Allí elimina inconsistencias, dispone el entendimiento de las expresiones, establece principios generales¹³¹⁶ e integra lagunas¹³¹⁷. La aceptación de las doctrinas no se hace explícita, si bien puede justificarse por razones de la necesidad de motivar expresamente que los fallos precisan; es simplemente un *corpus* válido de principios.

¹³¹⁴ Ver *supra* parágrafo 30 (“Lenguaje y Derecho”), la posición de H. L. A. HART al respecto.

¹³¹⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS; *op. cit.*, pág. 101. El profesor español menciona que la interpretación se propone el descubrimiento del espíritu (verdadero sentido) de las leyes, esto es una vivificación de la norma, pero en modo alguno conlleva un rol creativo. Es fácil observar que afirmaciones como las señaladas no hacen más que presentar una y otra vez lo dissociado del discurso penal con la filosofía del Derecho, en estricta rigurosidad ello parece deberse a las propias debilidades de aquel frente a las impugnaciones de ésta.

¹³¹⁶ Ver *infra* parágrafo 49 (“La actividad creadora del juez ante los conceptos normativos, indeterminados y las ‘cláusulas generales del derecho’”).

¹³¹⁷ Ver *infra* parágrafo 50 (“La actividad creadora del juez ante las ‘lagunas’ y las ‘reglas injustas’”).

En otro orden de ideas, debe señalarse que la interpretación jurídica, se entiende aquí como adscripción de un significado jurídico a ciertos hechos, signos o acontecimientos, los que se constituyen en objetos jurídicos, al ser jurídicamente tratados (interpretados). Sin embargo, usualmente a la interpretación jurídica no se la ha examinado desde la perspectiva anterior, sino que se la ha reducido a la adscripción de un cierto significado suministrado al discurso jurídico (indagar el contenido de las leyes, constituciones, *et sit cétera*).

Se ha señalado que,

“En el debate sobre la interpretación jurídica, generalmente no se distinguen con precisión los niveles de control jurisdiccional a que están dirigidas o pretenden aplicarse las teorías. Es muy distinto el control jurisdiccional que hacen los órganos límite de revisión constitucional, de aquel que llevan a cabo los tribunales encargados de revisar aspectos de legalidad, reglamentarios o contractuales. Y es lógico que así sea, su naturaleza jurídica y la racionalidad con que operan están relacionadas pero son evidentemente distintas.”¹³¹⁸,

sin embargo, ello puede ser de utilidad en algunas organizaciones judiciales específicas; en Argentina, con un control difuso de constitucionalidad como el que opera también en Estados Unidos, la distinción prealudida no deviene útil, salvo en lo que hace a la función uniformadora que los superiores tribunales de justicia ostentan en los países citados.

En una recapitulación de lo hasta aquí señalado, hemos estudiado que: a) la interpretación (a la que asociamos a la creación del Derecho) es una etapa inevitable en el proceso de aplicación de normas, y b) las valoraciones son inevitables en la actividad interpretativa. En este punto, se ha señalado, en crítica a los postulados reseñados, que hace falta explicitar qué relación existe entre interpretación y creación del Derecho, como asimismo referir qué conceptos de interpretación jurídica y creación de Derecho son apropiados en esta discusión¹³¹⁹. Estos interrogantes no son baladí, pues la creación de normas penales está reservada al parlamento y las decisiones de los jueces no pueden alterar dicho diseño institucional.

NAVARRO, BOUZAT y ESANDI entienden que la interpretación del Derecho no conduce ineludiblemente a la creación de Derecho, a tales efectos proponen como

¹³¹⁸ URSÚA, JOSÉ FRANCISCO; *op. cit.*, pág. 271.

¹³¹⁹ NAVARRO, PABLO E.; BOUZAT, ANDRÉS y ESANDI, LUIS M.; *Interpretación jurídica y vinculación del juez a la ley penal*, en Revista de Derecho Penal, Rubinzal Culzoni, 2000-2, pág. 664.

caracterización de la creación de normas la construcción de EUGENIO BULYGIN¹³²⁰, de donde una norma ha sido creada por una cierta autoridad normativa si y sólo si el contenido de dicha norma no se sigue o es diferente de lo que prescriben otras normas del sistema de que se trate. Señalan que

“De esta manera, el rasgo distintivo de la creación normativa es la novedad del contenido normativo prescripto”,

y que para abordar adecuadamente la exigencia de novedad

“...es crucial distinguir entre los textos promulgados por las autoridades y las normas que esos textos expresan. Las normas son el significado atribuido a determinados textos legales (formulaciones normativas).¹³²¹”;

una nueva formulación no significa una nueva norma.

A partir de lo antedicho, los autores mencionados concluyen que, cuando un juez se limita a decidir un caso, identifica la solución normativa que reporta una norma general y subsume el caso individual en dicho alcance: el juez aplica el Derecho

“El contenido de la norma individual establecida por el juez se deriva del sistema normativo y por esta razón no sería apropiado señalar que el juez ha creado derecho mediante su decisión... Las normas individuales que no pueden derivarse de las normas generales... son decisiones arbitrarias de los tribunales, i.e. carecen de fundamento en derecho.”

Como se ve, mediante un mecanismo sencillo (distinguir entre formulaciones normativas y normas propiamente dichas), NAVARRO, BOUZAT y ESANDI, reconducen su estudio a una *concepción intencionalista*. De algún modo el Legislador dijo lo que tenía que decir (con más o menos alcance) o no dijo nada para el caso, no avalamos aquí dicha postura. Las formulaciones normativas, como ya lo hemos venido señalando en éste texto, son lo que dicen las normas (no las normas mismas, hasta ahí nuestro acuerdo), exactamente eso es lo que se interpreta, en otras palabras, la interpretación del Derecho se dirige básicamente a indagar en torno a qué es lo que dice en su texto una norma “X”; de donde norma y su formulación no son escindibles en dos planos distintos, sino un conjunto único.

¹³²⁰ BULYGIN, EUGENIO; *Sentencia judicial y creación de derecho*, cit., pág. 1307 y ss.

¹³²¹ NAVARRO, PABLO E.; BOUZAT, ANDRÉS y ESANDI, LUIS M.; *op. cit.*, pág. 665.

El problema estriba en confundir la idea de que el juez crea normas, cuando en rigor crea Derecho, pero en tanto para un positivista, éste último sólo se conforma por aquellas, para nuestra línea de pensamiento, está compuesto por algo más que la obra del Legislador. El juez crea Derecho mediante su interpretación, pero no actúa como el Legislador, extrae de los textos normativos (materia prima de la indagación), consecuencias no necesariamente previstas por el creador de la norma; éstas consecuencias son Derecho nuevo.

La discusión es inconciliable, pues un positivista no tiene más que reducir su especulación del Derecho, a las normas, de donde concluirá que un juez, si al interpretar sostiene que crea Derecho, en rigor crea normas. Este argumento adquiere aun más fuerza cuando se sostiene que el juez ha venido a usurpar una función que no le es propia violando de tal forma la división de poderes, la potencia de esto último es grande. Pero nosotros, como hemos visto no avalamos una posición semejante, para ello debemos concluir que el Derecho está conformado por algo más que meras normas legislativas (a lo que está dedicada gran parte de los Capítulos III y IV de éste trabajo), entonces nuestro plano de discusión se traslada y no precisamos debatir en escenario tan escabroso como el planteado por el positivismo.

NAVARRO, BOUZAT y ESANDI, defensores de una tesis positivista, examinan la mecánica de la interpretación desde una perspectiva que la distancia de la creación normativa. Vale la pena señalar su explicación para explicitar así mejor nuestra tesis¹³²².

Señalan dos cuestiones a examinar: a) a menudo nos preguntamos por las consecuencias de lo que nos está transmitiendo el emisor, es lo que se denomina

¹³²² Un método de trabajo usualmente criticado es aquel que sólo retiene para sí, aquellas teorías que mejor se acomodan a la construcción que se propone. Pretendemos aquí explicitar (siempre que sea posible), posturas contrarias a la que proponemos, a las que no necesariamente procuraremos rebatir, pues pueden ser robustas en el escenario en que se posicionan (como la de NAVARRO, BOUZAT y ESANDI en el positivismo).

Además, según el propósito ya clásico de KARL R. POPPER, el criterio de demarcación entre una teoría científica y aquella que no lo es, radica en la *falsabilidad* de la primera (con anterioridad a POPPER, los investigadores solían afirmar que determinada experiencia había *verificado* su hipótesis o teoría), una teoría sólo puede ser considerada científica si es falsable. Es decir que toda teoría científica ha de admitir la posibilidad de que un investigador demuestre que es errónea; nosotros aquí nos inclinamos por ello, pues ciertamente, aquellas teorías que pretenden validarse monóticamente (*inmunizarse* contra toda refutación como dice POPPER), terminan siendo construcciones más propias de una defensa política o posicionamiento ideológico del autor, que de una auténtica propuesta teórica como la que procuramos nosotros.

En numerosas ocasiones, las propuestas científicas apuntan a dos cualidades, ser *paradójicas*, su innovación no puede encajar jamás en las limitadas categorías vigentes hasta el momento de su aparición, y ser *apofáticas*, es decir, conducir al silencio de quienes procuren rebatirlas; estas cualidades, desde nuestra postura, no son científicas, sino predicables quizás de afirmaciones teológicas o ideológicas, cuanto mucho.

sistematización del Derecho, b) en otras oportunidades la pregunta gira en torno a qué es lo que ha dicho el emisor, es lo que llaman *identificación del Derecho*. En ambos sentidos se suele utilizar la expresión “interpretar el Derecho”¹³²³.

En el primer sentido, interpretar el Derecho, procura hacer explícito lo que se sigue lógicamente de ciertas normas. Esta tarea interpretativa es necesaria a los efectos de capturar todo el contenido conceptual que intenta comunicar el Legislador, pues las disposiciones expresamente formuladas no agotan toda la información que aquel procuró precisar. Los autores en cuestión señalan que,

“...si se admite que la operación de deducir no permite extraer información adicional a la suministrada por las premisas del argumento, entonces es claro que la sistematización es conceptualmente incompatible con la creación de derecho. Por otra parte, las consecuencias lógicas de un enunciado no dependen de las actitudes proposicionales de los jueces o intérpretes sino únicamente de las reglas de la lógica.”¹³²⁴

Un par de cuestiones en torno a la afirmación antecedente. En primer lugar es claro que la operación de deducir no permitiría extraer información adicional a la que suministra la premisa, pero también es claro que dicha operación no es la única que realizan los jueces, entonces el argumento de NAVARRO, BOUZAT y ESANDI no es tal sino un pseudo argumento, pues se parte de un presupuesto que no debe aceptarse sin más. Como veremos, la actividad judicial va más allá que una mera operación deductiva¹³²⁵, involucrando otro tipo de operaciones lógicas. En segundo lugar, como efectivamente los jueces extraen “información adicional” a la que suministra la premisa, entonces, *a contrario sensu* de lo sostenido por aquellos, la sistematización viene perfectamente compatible con la creación de Derecho; veamos dos ejemplos (aunque podrían citarse un sinnúmero de ellos).

La CNCrim. y Corr., sala IV, en autos “*M., T. y otros*”, rta. 05/04/2001, señaló que

“Las conductas prohibidas conforme al art. 176 del Cód. Penal pueden ser anteriores o posteriores a la declaración de quiebra, ya que la exigencia de que el comerciante haya sido declarado en quiebra al momento de los hechos constituye

¹³²³ En el primer sentido también ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO; *Introducción a la metodología...*, cit., pág. 113.

¹³²⁴ NAVARRO, PABLO E.; BOUZAT, ANDRÉS y ESANDI, LUIS M.; cit., pág. 667.

¹³²⁵ Ver *infra* parágrafo 34 (“La aplicación del Derecho. Las conclusiones lógicas en el Derecho”).

una interpretación arbitraria, por cuanto no sólo desvirtúa el tipo penal y lo vuelve inoperante, sino que además desatiende la racionalidad del precepto y la voluntad del legislador, que no debe ser obviada por las posibles imperfecciones técnicas de su instrumentación legal.”¹³²⁶,

en pocas palabras aquí se está diciendo que, estando a una interpretación literal del texto del art. 176 del C.P., sólo quedarían atrapados los casos de defraudación contra acreedores posteriores a la declaración de quiebra (cuestión que por otra parte señalamos compartir aunque no se refiera al fondo de nuestro asunto), mas tal intelección, estrecharía tanto la previsión típica, que la tornaría inoperante, entonces debe recurrirse a la “racionalidad del precepto”, la “voluntad del legislador”, *et sit cétera*, ya que no es dable *hacerse cargo de las imperfecciones técnicas de la regla*. Dicho de otra forma, el autor debe independizarse de su creación, máxime si esta le salió defectuosa. Metafóricamente esto tiene reminiscencias de la obra de MARY W. SHELLEY, “Frankenstein”, pero la primera es más dramática que la segunda, pues ya no se sabe qué dice el Legislador, de ningún modo, con lo que la criatura viene más desdibujada que la creación del médico suizo.

El Tribunal Oral 14 de la Capital Federal, al momento de considerar la agravante del robo con armas, consideró que el empleo, para robar, de una jeringuilla hipodérmica que el autor alegaba que tenía cargada con sangre infectada con virus HIV, era suficiente a los fines de la aplicación del art. 166.2º del Código Penal argentino pues

“...no sólo por el específico poder vulnerante de la aguja, sino porque además ésta fue acercada a una zona vital del cuerpo de las víctimas, resultando así un elemento suficientemente idóneo para poner en grave riesgo su integridad. Si bien no puede asegurarse la presencia del virus HIV en el líquido sanguinolento, sí se constató que contenía anticuerpos contra dicho virus, circunstancia que impide descartar la contaminación. Por otra parte, la cantidad de fluido –apreciable por los damnificados-, unido a las manifestaciones del imputado, en el de que el mismo estaba infectado con sida, incrementó sin duda la intimidación ejercida sobre aquellos” (el resaltado pertenece al original pero es el único que se respetó por su interés) (causa “*Muñoz, Carlos Javier*”, del 24/2/1994, voto de los Dres. BISTUÉ DE SOLER, BARRIONUEVO y CATALDI)¹³²⁷

¹³²⁶ Lexis, nro. 1/61350.

¹³²⁷ Citado en TOZZINI, CARLOS A.; *Los delitos de Hurto y Robo*, 2ª ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002, págs. 307 a 308.

Este fallo ha sido criticado, al igual que otros del mismo género, por cuanto se olvida, entre otras cosas, que el robo es un hurto agravado por el ejercicio de violencia sobre las personas y que, como consecuencia, el robo agravado una vez más por el empleo de un arma requiere, para la aplicación de esta segunda agravación, de una mayor precisión en el contenido de la agravante¹³²⁸. Más allá del acierto o no del fallo y del acierto o no de la crítica, lo que importa destacar aquí es que el Tribunal Oral 14, extrajo del texto del art. 166.2° del C.P., conclusiones que según doctrina autorizada, no se siguen lógicamente de aquel, de allí que las afirmaciones apodícticas del positivismo jurídico, si bien pueden ser relevantes para un postulado del deber ser jurídico, no se condicen con lo que los tribunales hacen en la realidad.

El otro concepto de interpretación esgrimido por NAVARRO, BOUZAT y ESANDI es el de la *identificación del derecho*, referido a la actividad de asignar un significado a un determinado texto normativo. La identificación antecede lógicamente a la sistematización de las normas, ya que la identificación que expresa un cierto texto es una condición necesaria para su eventual sistematización.

La asignación de significado a un texto normativo puede tener por objeto preservar el contenido conceptual transmitido por el emisor, o bien puede atribuir al texto un sentido diferente al intentado por el Legislador. Cambiar el significado de un determinado texto es equivalente a cambiar las normas. Hasta ahí nuestro acompañamiento de ésta noción. Pero los autores destacan que la significación dada a las formulaciones normativas no puede ser acordado por la interpretación jurisprudencial, de donde

“Parece claro, entonces, que el significado que el legislador establece expresamente a sus expresiones no puede ser ignorado por los jueces.”,

esto último se refuerza con que las normas penales tienen por función motivar el comportamiento de sus destinatarios, para lo que recurren a la amenaza de una sanción; y aunque el Legislador no siempre tenga éxito en la determinación del comportamiento, siempre puede señalarse cuál es el estado de cosas que intenta obtener la autoridad mediante ciertas prescripciones¹³²⁹. Este es otro pseudo-argumento, en primer lugar se recurre apodícticamente a una funcionalidad de las normas penales que aun hoy se discute,

¹³²⁸ TOZZINI, CARLOS A.; *op. cit.*, pág. 299.

¹³²⁹ NAVARRO, PABLO E.; BOUZAT, ANDRÉS y ESANDI, LUIS M.; *op. cit.*, pág. 669.

máxime cuando ya se habla de la polifuncionalidad de las normas penales¹³³⁰ (si se tiene en cuenta que tienen una télesis retributiva, preventivo general y preventivo especial), y en segundo lugar se extrae de ello, sin más, que el significado que los Legisladores atribuyen a las normas no puede ser ignorado por los jueces, y si bien no se puede más que coincidir con esto – aunque sólo *prima facie*, de allí la relevancia que otorgáramos a la preexistencia normativa respecto de la actividad judicial¹³³¹ - no puede soslayarse que, usualmente los tribunales operan cambios en el Derecho mediante su interpretación, aunque si bien se sostiene que no se han modificado las normas sino sólo su interpretación.

Sostener que, cualquier cambio de significado (a menos que lo realice el Legislador), es inadmisibles, puede ser correcto desde la óptica del deber ser positivista, pero no se condice con la operatividad real de lo que los jueces hacen. Puede recurrirse para ello al ejemplo del Tribunal Oral 14 reseñado *supra*.

Para reforzar su posición, los autores en cuestión señalan una vez más la distinción entre normas y formulaciones normativas. Pero, toda vez que el cambio de interpretación es un cambio del significado atribuido a ciertas formulaciones, esto equivale a un cambio de las normas del sistema.

Una manera de sortear las reinterpretaciones sucesivas de los textos normativos por la jurisprudencia (sobre todo cuando el Legislador es muy antiguo), es la que agudamente introducen estos autores, al distinguir entre intenciones *concretas* y *abstractas* del Legislador. Las intenciones concretas del Legislador se manifiestan en el desarrollo de *concepciones* específicas acerca de determinados estados de cosas, en cambio, cuando su intención se expresa de manera abstracta, la deferencia a sus intenciones se agota en la identificación del *concepto* expresado, ya que se entiende que si el Legislador hubiese deseado imponer una *concepción* específica, hubiese optado por introducir la misma en sus formulaciones normativas¹³³². Así, por caso, la expresión “mujer honesta” (art. 10 del C.P., que se mantuvo inalterable desde 1921 hasta enero de 2009¹³³³), tenía un cierto significado

¹³³⁰ MAHIQUES, CARLOS A.; *Cuestiones de política criminal y derecho penal*, Fabián J. Di Plácido editor, Buenos Aires, 2002, pág. 281.

¹³³¹ Ver *supra* Capítulo III (“Sistema y conceptos jurídicos básicos”).

¹³³² La distinción entre conceptos y concepciones en DWORKIN, RONALD; *Los derechos en serio*, cit., págs. 213 a 214.

¹³³³ Ello en virtud de la reforma introducida al Código Penal por la ley 26.472 (B.O. 20/01/2009).

en su origen, claramente diferente del significado que modernamente se le otorgaba, pero sostienen los autores citados

“El hecho de que el significado ordinario de ésta expresión se modifique con el transcurso del tiempo no es un indicio de que también se ha modificado la norma que éste texto expresaba al momento de su promulgación.”¹³³⁴

El argumento es especioso en grado sumo, en rigor, la voz “mujer honesta”, era reinterpretada prácticamente cada lustro, para ajustarla a los parámetros modernos; su variación y contemporánea aplicación jurisprudencial, en nada se condecía con la que el Legislador originario previó. Tan artificiosas han sido las construcciones forjadas a su respecto que finalmente se erradicó la expresión *honestidad* del Título III del Libro II del Código Penal argentino¹³³⁵, como así también como requisito del tipo objetivo del art. 120 del mismo cuerpo legal que pune el estupro, hasta finiquitar por último la anacrónica norma del art. 10 que traen a colación NAVARRO, BOUZAT y ESANDI, sobre la que por otra parte se ha dicho que

“... la expresión mujer honesta, no puede equipararse al sentido que tenía en el derogado art. 120 del código penal, ni tampoco al de mujer que carezca de condenas penales. Mujer honesta para el art. 10 es la mujer que no es prostituta. De cualquier manera, es inconstitucional que la norma excluya taxativamente a las prostitutas. Esa exclusión no puede justificarse desde ningún aspecto que haga al cumplimiento de la pena... Por ende, debe entenderse que se trata de un vestigio de antiquísima tradición legislativa, que no puede sostenerse razonablemente, todo ello sin contar –por supuesto- con que también es inconstitucional, por atender a una cuestión moral reservada al ámbito de privacidad, en función del art. 19 (de la Constitución Argentina).”¹³³⁶

¹³³⁴ NAVARRO, PABLO E.; BOUZAT, ANDRÉS y ESANDI, LUIS M.; *op. cit.*, pág. 671. Siendo estrictos, lo sostenido por los autores se parece bastante a la postura que ellos mismos critican, de distinguir entre el *Legislador concreto* (Legislador histórico, personal y plural) y el *Legislador institucional* (impersonal y único) –distinción del Superior Tribunal de Córdoba (en el texto citado, pág. 673 a 674), dicha postura pretende mostrar cierta deferencia a las decisiones legislativas (invocando al Legislador institucional), pero sus argumentos dejan abierta la posibilidad de obtener una solución al caso diferente a la contemplada por las autoridades normativas (Legislador histórico).

¹³³⁵ Así, en DONNA, EDGARDO ALBERTO; *Delitos contra la Integridad Sexual*, Rubinzal Culzoni, 2000, pág. 10. El autor afirma que el anterior rótulo “... puede llevar a interpretaciones de tipo sectario, atentatorias del espíritu democrático- liberal que inspira la Constitución Argentina que lleve a castigar conductas que están protegidas por el art. 19 de la Norma Fundamental.”

¹³³⁶ ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO; *op. cit.*, pág. 950.

La cuestión es que, los jueces bajo la falsa presuposición de que aplican simplemente el Derecho, en realidad crean nuevo Derecho cada vez que cambian los significados atribuidos a ciertos textos legales. El cambio de interpretación es un cambio de significado, lo que implica un cambio de las consecuencias normativas del sistema, y, consiguientemente, del status normativo de determinadas acciones. La problemática estriba en que se pretende privar a la interpretación de su auténtico papel creativo, mediante posiciones teóricamente cuestionables rotulándola como identificación o sistematización, que si bien pueden ser actividades autónomas, se enmarcan en la más amplia de la interpretación.

La identificación de la norma con el significado del texto (al momento de su promulgación), conduce a vincular la interpretación con la identificación del Derecho. Si interpretar es comprender el significado del texto legal, al identificar el texto identificamos el Derecho aplicable.

Ahora bien, el valor de verdad de la proposición “Bruto mató a César”, no depende de una decisión judicial,

“El hecho de que una sentencia sea necesaria para dar una solución institucional a un cierto caso individual no significa que ese pronunciamiento del juez también sea una decisión acerca del significado de las palabras.”¹³³⁷;

de allí que deba separarse el problema de la identificación del problema de la aplicabilidad de las normas, la relación entre las normas y sus instancias de aplicación es interna (o conceptual), pero la relación entre las normas y su relevancia para justificar una decisión institucional es externa (o normativa), esta última depende de diversos factores como su relación con otras normas, principios jurídicos, *et sit cétera*.

¹³³⁷ NAVARRO, PABLO E.; *Tensiones conceptuales en el positivismo jurídico*, cit., pág. 154.

§33.- Técnicas interpretativas.

Alcances. Interpretación literal. Argumento a contrario. Interpretación objetiva. Interpretación subjetiva. Argumento teleológico. Interpretación correctora: extensiva e intensiva. Argumento analógico. Argumento a fortiori: a magori ad minus y a minori ad maius. Argumento de la disociación. Argumento psicológico. Argumento histórico. Argumento de autoridad. Argumento sedes materiae. Argumento pragmático. Argumento a coherentia. Argumento de la no redundancia. Argumento ad absurdum/ argumento apagógico. Interacción y vinculación de los distintos métodos. Argumento a rubrica. Presunción de racionalidad en el Legislador. Jerarquía de métodos. Elección del método interpretativo. Intención del historiador del Derecho o intención del dogmático del Derecho (teorías objetivas y subjetivas). Críticas. El método correcto. Realismo de la interpretación objetiva. Lo dado y lo construido. El modelo decisionista. La tópica jurídica. La praxis ideológica. La hermenéutica. Naturaleza de las cosas. Planteos sobre la racionalidad de la interpretación. El Derecho como mediado por la subjetividad del intérprete. La normatividad como modelación.

En una primera aproximación, toda interpretación puede ser clasificada o bien como *interpretación literal*, o bien como *interpretación correctora*.

Lo relevante, en lo que aquí interesa, es la variación en la fuerza relativa de los datos que convencionalmente se toman en consideración al interpretar la ley, el grado de libertad que al juez se le atribuye en la intelección de las formulaciones normativas a la luz de las exigencias sociales y de otros estándares de procedencia diversa. ALF ROSS ha señalado que la diferencia entre una forma de interpretación con más libertad, respecto a otra con mayores restricciones, puede no estar tanto en el grado de libertad de que goza el juez, cuanto en la franqueza con que dicha libertad es reconocida¹³³⁸.

El método de *interpretación literal* es de fuente estrictamente positivista, crea la apariencia de que, en todos los casos, es posible derivar una decisión de la ley con la ayuda de la interpretación lingüística y de los métodos lógicos de inferencia. Una interpretación de éste tipo, atribuye a las formulaciones normativas un significado “propio”. En rigor, es aquella que se adecua al uso común de las palabras y de las reglas gramaticales en una determinada comunidad.

Las críticas a éste método son varias. Entender que existe algo así como el significado propio de las palabras, con independencia de los usos que de ellas hagan los

¹³³⁸ ROSS, ALF; *op. cit.*, pág. 177.

hablantes no es real¹³³⁹. Asimismo se lo ha tachado como “reverencia a los textos” y “construcción de conceptos formalistas”, de donde se suele exigir mayor libertad para el juez a efectos de inspirarse en las necesidades e intereses prácticos¹³⁴⁰. En otro orden de ideas, no resulta sencillo determinar cuál es el significado común de una expresión, ya que no siempre éste es unívoco y preciso (i.e. ambigüedad, vaguedad y textura abierta del lenguaje). Las reglas gramaticales tampoco suelen estar expresadas con la suficiente claridad.

Sin embargo, no puede soslayarse que muchas decisiones judiciales se sirven de máximas para poner de relieve que no se debe ir más allá de lo que quiso decir el legislador (v.g. *in claris non fit interpretatio*). No debe despreciarse el rol que juega ésta máxima al momento de justificar interpretaciones literales en ámbitos como el Derecho Penal, en el que suele prohibirse expresamente realizar interpretaciones extensivas de los tipos penales. La verdad es que la interpretación literal dista mucho de ser efectiva, es la interpretación correctora la que prima¹³⁴¹.

También se utiliza el argumento *a contrario* para justificar una interpretación literal. Pero es dable observar tres versiones de éste método, no equivalentes entre sí¹³⁴²: a) excluye toda interpretación correctora, es la versión que justifica una interpretación literal, en tal sentido, se entiende que el Legislador dijo exactamente lo que quería decir, excluyendo que haya que interpretar más de lo que dijo, pero también menos de lo que dijo; b) excluye la interpretación extensiva, pero no la restrictiva, de donde el argumento se utiliza tanto para justificar una interpretación literal como una interpretación correctora restrictiva¹³⁴³; c) se trata de un argumento no ya interpretativo como los dos anteriores, en pro de una determinada atribución de significado a un texto normativo, sino de un argumento justificador de una nueva norma, ésta es la versión que suele prevalecer entre los aplicadores del Derecho al momento de resolver casos de lagunas; es una función creativa.

¹³³⁹ Ver *supra* parágrafos 29 (“La norma jurídica”), 30 (“Lenguaje y Derecho”), 31 (“La interpretación jurídica”) y 32 (“La interpretación jurídica y la administración de justicia”).

¹³⁴⁰ ROSS, ALF; *ibidem*. El autor señala que no es fácil decidir en qué medida la crítica al método literal, fue expresión de un auténtico movimiento político- jurídico en pro de un nuevo espíritu en la administración del Derecho, y en qué medida fue meramente una transacción en el campo de la teoría jurídica.

¹³⁴¹ Como ejemplo de la ineficacia en la remisión a la interpretación literal en la jurisprudencia argentina véase el Anexo IV acápite XIX.

¹³⁴² MORESO, JOSÉ JUAN y VILAJOSANA, JOSEP MARÍA; *op. cit.*, pág. 164.

¹³⁴³ Ver Anexo IV acápite V, se presenta un ejemplo de esta subvariante en la jurisprudencia argentina.

Es difícil concebir un estilo de interpretación completamente objetivo, en el sentido de que se funda exclusivamente en las palabras de la ley¹³⁴⁴, WINDSCHEID, por esta vena exigía que la interpretación de la ley debía averiguar el sentido que el Legislador había vinculado a las palabras que utilizaba¹³⁴⁵. La actitud del juez frente a la ley estará siempre influida por una serie de factores como las circunstancias del caso y la incidencia de otros estándares más allá de las leyes aplicables en la especie. La comprensión de la ley por parte del juez ha de depender siempre de su aprehensión y posición frente a los motivos y propósitos subyacentes (entendidos como principios por FREDERICK SCHAUER) a aquella.

Aclaramos en éste punto que interpretación subjetiva y objetiva, no hallan equiparación con interpretación literal y correctiva, aquellas pueden procurar ser una modalidad respetuosa de la primera, y sin embargo concluir involucrándose con la última. Si bien avanzaremos sobre la cuestión más adelante, valga aquí señalar que, a partir de una interpretación subjetiva, se procura la admisión de echar mano a los antecedentes legislativos a fin de arrojar luz sobre la norma, en tanto que la objetiva, otorga mayor libertad al juez, pues puede prescindir de tales antecedentes, ateniéndose exclusivamente al “tenor literal” de la regla de que se trate; por ello se ha entendido en ocasiones que la interpretación objetiva es más subjetiva que la propia subjetiva¹³⁴⁶.

El problema de recurrir a los antecedentes de la ley estriba en dos cuestiones, en primer lugar no existe nada comparable a un “Legislador” unipersonal, sino

¹³⁴⁴ Esto era lo que pretendía SAVIGNY, para quien debía atenderse a lo que el Legislador había propuesto, a lo realmente ordenado, conforme a su sentido lógico y gramatical e inferido sistemáticamente. El juez no debía desarrollar la ley creadoramente, el perfeccionamiento de la ley sólo al Legislador cupía. En LARENZ, KARL; *op. cit.*, pág. 27.

El catedrático de la Universidad de Munich dice que, sin embargo, no puede considerarse a SAVIGNY como un representante de la *tesis subjetiva*, pues “...al exigir que el intérprete repita en su intelecto la actividad del legislador de la que ha surgido la ley, para, así, hacer surgir la ley de nuevo en su pensamiento, exige de él mucho más que sólo llevar, necesariamente, más allá de lo que el legislador histórico se ha imaginado realmente con sus palabras. La ‘libre actividad intelectual’ contenida en la interpretación, dice, viene caracterizada porque ‘aprehendemos la ley en su verdad’. En esta actividad intelectual el intérprete, al igual que el mismo legislador, debe hacerse dirigir por la ‘contemplación del instituto jurídico’, es decir: debe ir – más allá de los pensamientos del legislador- al pensamiento jurídico objetivo realizado en el instituto jurídico.” (*op. cit.*, pág. 30, nota 4).

La interpretación subjetiva vino después, de la mano de BIERLING y WINDSCHEID, y presuponía un conocimiento psicológico de la voluntad del Legislador, esto, según LARENZ, se hallaba muy lejos de lo que pretendía SAVIGNY, esclarecedoramente explica que “Pasa con SAVIGNY algo parecido a lo que sucede con HEGEL: su pensamiento abarca mucho más de lo que son capaces de percibir todos aquellos que, posteriormente, se adueñan sólo de uno u otro ‘elemento’...” (*ibídem*).

¹³⁴⁵ Cit. LARENZ, KARL; *op. cit.*, pág. 43.

¹³⁴⁶ ROSS, ALF; *op. cit.*, pág. 179.

que se trata de un conjunto de personas que receipta el material jurídico que posteriormente convierte en ley, en numerosas ocasiones de personas que no integran el parlamento (v.g. comisión de notables, proyectistas, *et sit cétera*)¹³⁴⁷; en segundo lugar, los antecedentes parlamentarios van perdiendo peso con el paso del tiempo, hasta tornarse en meras funciones de una interpretación histórica de la ley, la realidad es dinámica en tanto que los textos permanecen estáticos, es inevitable que, si las condiciones de vida actuales así lo reclaman, se dote de un nuevo espíritu a la norma.

En defensa de la interpretación subjetiva se ha dicho que

“Según esta concepción, el derecho no es un sistema más o menos cerrado, que los jueces deben aplicar utilizando métodos deductivos a partir de unos textos convenientemente interpretados. Por el contrario, es un medio del que el legislador se sirve para alcanzar unos fines y para promover unos determinados valores. Como no puede contentarse con enunciar sus fines o señalar los valores, pues esta manera de hacer introduciría en el derecho una imprecisión y una inseguridad inadmisibles, debe formular, con cierta precisión, reglas de conducta que indiquen lo que es obligatorio y lo que está permitido o prohibido, para alcanzar aquellos fines y realizar aquellos valores. En consecuencia, el Juez no puede contentarse con una simple deducción a partir de textos legales. Debe remontarse desde el texto a la intención que guió su redacción, a la voluntad del legislador, e interpretar el texto conforme a aquella voluntad. Pues lo que cuenta, ante todo, es el fin perseguido, el espíritu más que la letra de la ley.”¹³⁴⁸

Para ROBERT ALEXY “se tiene un argumento genético cuando se justifica una interpretación R' de R, porque la misma se corresponde con la voluntad del legislador”, a través de la interpretación subjetiva se procuraría en primer lugar respetar el objeto directo de la voluntad del Legislador; en segundo lugar ha de tenerse en cuenta que el Legislador persiguió determinados fines, y tal interpretación es necesaria para su consecución; en tercer lugar ha habido un tratamiento histórico del problema y consecuentemente razones esgrimidas en favor o en contra de la intelección sostenida, por lo que deben tenerse en cuenta al interpretar, finalmente ha de contemplarse el *argumento teleológico* que son los fines racionales que fluyen objetivamente del ordenamiento jurídico todo¹³⁴⁹.

¹³⁴⁷ RADBRUCH, GUSTAV; *Relativismo y Derecho*, cit., pág. 44.

¹³⁴⁸ PERELMAN, CHAIM; *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Civitas, Madrid, 1979, págs. 74 a 75.

¹³⁴⁹ ALEXY, ROBERT, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., págs. 324 y ss..

La visión de ALEXY, en una perspectiva genérica, se asemeja en gran medida a la *interpretación objetiva*, pues rodea a la interpretación subjetiva de una serie de estratos que van más allá de la mera voluntad del Legislador. El profesor de Kiel señala que, 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”; cuál es el fin que hay que contemplar objetivamente en el marco jurídico vigente, es la cuestión. La teoría del discurso entiende que son fines racionales, aquellos que establecerían quiénes deben tomar decisiones en el marco del ordenamiento jurídico vigente sobre la base de la argumentación racional. Los fines de que se trata en la interpretación teleológica, no son fines determinados empíricamente, sino fines caracterizados normativamente.

“dicho fin caracterizado normativamente debe entenderse... como un estado de cosas prescrito o un suceso prescrito.”¹³⁵⁰

Se seguirá sobre esto más adelante¹³⁵¹.

En oposición a la interpretación literal, existe la *interpretación correctora*, que es aquella que atribuye a un texto normativo un significado distinto al que tendría según el uso común de las palabras y de las reglas gramaticales. Ésta interpretación puede ser extensiva o restrictiva.

Una *interpretación extensiva* es la que amplía el significado de una formulación normativa, incluyendo en su campo de aplicación supuestos que, según la interpretación literal, no entrarían en él.

Una *interpretación intensiva*, contrariamente a la anterior, es la que reduce el significado literal de una formulación normativa, excluyendo de su campo de aplicación, supuestos que, según la interpretación literal, entrarían en él.

Para justificar una interpretación extensiva se suele utilizar el *argumento analógico*, por el cual se parte de que un determinado supuesto de hecho, no está regulado por las reglas de un determinado sistema normativo, con lo que, se enfrenta al supuesto de una laguna; acto seguido se asume que otro supuesto de hecho, que sí está regulado por el

¹³⁵⁰ ALEXY, ROBERT; *Teoría de la Argumentación Jurídica*, cit., pág. 333.

¹³⁵¹ Ver *infra* parágrafo 37 (“Derecho y argumentación jurídica como discurso racional”).

sistema, guarda “semejanza relevante” con el supuesto anterior. En un tercer paso, se concluye, que por analogía hay que atribuir al primer supuesto, la solución que el sistema jurídico prevé para el segundo¹³⁵².

Las críticas al argumento son básicamente dos: a) cuál es la razón que justifica determinar que existe una semejanza entre los dos supuestos y b) cuál es la justificación para concluir que la consecuencia jurídica que existe para un supuesto de hecho, se pretenda ahora hacer extensivo a un caso no regulado. Claramente, el argumento analógico no es interpretativo, sino un argumento creador de normas, precisamente a través de éste método puede el juez colmar las lagunas que se detecten en un sistema.

Avanzaremos sobre esta cuestión importante para nuestra propuesta, más adelante¹³⁵³.

Otro argumento que se utiliza para justificar una interpretación extensiva es el *argumento a fortiori*. Existe una gran disparidad de concepciones doctrinales sobre éste, lo que hace complicado establecer un concepto de él, pese a ser uno de los argumentos interpretativos considerados clásico. La dificultad radica en dos aspectos: a) el hecho de que este argumento se manifiesta bajo dos formas distintas (*a maiori ad minus* y *a minori ad maius*), y b) su proximidad a otros esquemas argumentativos, en concreto al analógico. Quienes lo diferencian del argumento analógico –entre los que se encuentra G. TARELLO–, entienden que se basan en cosas distintas: el *argumento a fortiori* no se funda en la semejanza sino en la ratio (i.e. en la razón) de la norma, de donde

“...no es necesario que la conducta a la que se extiende el significado del enunciado sea ‘semejante’ o ‘análoga’ a la que sin duda el enunciado ya se refería, basta con que la primera merezca ‘con mayor razón’ la calificación normativa reservada a la segunda.”¹³⁵⁴

PERELMAN entiende que el *argumento a fortiori* está ligado al *argumento a simili*, lo que nos lleva a la otra postura que compartimos.

La estructura de éste es similar a la del argumento analógico, en un primer paso se detecta un supuesto de hecho que no está regulado por las normas de un sistema jurídico dado. En un segundo momento, se asume que un supuesto de hecho, que sí está

¹³⁵² Ver Anexo IV acápite 7, se presenta un caso de argumentación analógica claro para visualizar cómo se emplea este método jurisprudencialmente en la Argentina.

¹³⁵³ Ver *infra* parágrafo 34.4 (“La analogía”).

¹³⁵⁴ EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER; *La argumentación en la justicia...*, cit., pág. 195.

regulado por el sistema, posee una solución para el caso. Finalmente, en un tercer paso, se concluye que, si existe una solución para el segundo supuesto, “con mayor razón” debe haberla para el primero. El segundo supuesto se halla en una situación tal que merece, con mayor razón que el primero, la calificación que la norma dada establece para el primer caso. El *argumento a fortiori* es una modalidad del analógico, pues los resultados a los que conducen ambos son los mismos: extender al caso estudiado una solución formal de la ley, entendiendo que

“...para este resultado vale tanto una razón igual (argumento analógico) como superior (a fortiori).”¹³⁵⁵

Hay quienes entienden que el argumento analógico está formado por: a) el argumento a fortiori y b) el argumento a pari. Lo cierto es que la relación con la analogía es insoslayable ya que ambos conducen a extender una regulación legal a supuestos no expresamente previstos en el texto por el Legislador.

Las especies del argumento a fortiori son: a) *a maiori ad minus* –mayor motivación-, aplicable a las calificaciones ventajosas, como por ejemplo los derechos y las autorizaciones, traducido:

“si la ley autoriza lo más, implícitamente permite lo menos”;

y b) *a minori ad maius* –disminución de la solución legal-, aplicable a las calificaciones desventajosas, como por ejemplo los deberes, traducido:

“si la ley prohíbe lo menos, con mayor razón prohíbe lo más”¹³⁵⁶

Al igual que el argumento analógico, el argumento *a fortiori* no es interpretativo, sino creador de normas. Es un método de integración para llenar lagunas legales, i.e. un instrumento de la interpretación extensiva o analógica. Es claro que, analizando el funcionamiento de este argumento, se observa que la duda no está referida al significado del precepto que se va a aplicar –que puede ser claro-, sino a la posibilidad de extender las consecuencias legales a una hipótesis no expresamente prevista. El problema metodológico de este instrumento se halla en los siguientes cuestionamientos: ¿qué es la

¹³⁵⁵ EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER; *La argumentación en la justicia...*, cit., pág. 197.

¹³⁵⁶ CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ; *Teoría de la aplicación e investigación del derecho. Metodología y técnica operatoria en derecho privado positivo*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1947, pág. 255 a 262.

mayor razón?, ¿cómo se mide la misma? Es complejo brindar una respuesta en abstracto a estas dudas¹³⁵⁷.

En el marco de la interpretación restrictiva, se sostiene que el argumento que la funda es el llamado *argumento de la disociación*¹³⁵⁸, consiste en que, al interpretar una determinada disposición, se introduce una distinción que el Legislador no estableció, con la finalidad de reducir el campo de aplicación de aquella, sólo a algunos de los supuestos de hecho previstos por la regla. El argumento es parasitario de algún otro que lo justifique: argumento teleológico, psicológico, *ad absurdum*, *et sit cétera*.

Existen argumentos que son utilizados para justificar no ya una u otra interpretación, sino que sirven indistintamente para cualquiera de ellas. Asimismo, tales argumentos no se excluyen recíprocamente, siendo utilizados usualmente más de uno en apoyo de la elección de una determinada postura interpretativa, si bien pueden no conducir a idénticos resultados. Por otro lado, no existen pautas generales que establezcan jerarquías entre ellos. Entre otros, son los que siguen.

El *argumento psicológico*, se emplea cuando una determinada formulación normativa se interpreta atendiendo a la voluntad del Legislador, se atribuye a una regla el significado que se correspondería con la voluntad del emisor o autor de la misma, es decir, del concreto Legislador que históricamente la redactó. TARELLO denomina al argumento “recurso a la voluntad del legislador concreto”¹³⁵⁹. Otro problema, conexo al anterior, es determinar cómo se expresa el argumento, qué documentos pueden exteriorizar la voluntad que se procura hallar, los más importantes son los trabajos preparatorios, la exposición de motivos y los preámbulos. El problema del método es que el intérprete (i.e. el juez) no puede realizar indagaciones de tipo psicológico que tengan por objeto la mente del Legislador que elaboró el material en el momento histórico concreto, y ello por dos motivos: a) porque es una labor ajena a su función y b) porque importa una facultad imposible ya que no se trata de una persona individual sobre la que se indaga sino de un cuerpo colegiado; por ello, el intérprete debe acceder a la “voluntad del Legislador” a través de alguna manifestación externa y documental de la misma. El documento más

¹³⁵⁷ EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER; *La argumentación en la justicia...*, cit., pág. 205.

¹³⁵⁸ La creación es de RICCARDO GUASTINI, mencionado en MORESO, JOSÉ JUAN y VILAJOSANA, JOSEP MARÍA; *op. cit.*, pág. 168.

¹³⁵⁹ EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER; *La argumentación en la justicia...*, cit., pág. 245, nota 1.

utilizado son los trabajos preparatorios¹³⁶⁰, en tanto se considera que allí se pueden encontrar claves para establecer la voluntad del Legislador que elaboró la regla objeto de interpretación. Pero no es el único instrumento que el intérprete puede manejar para poner en práctica una argumentación psicológica¹³⁶¹; también, como se señaló, son importantes la exposición de motivos y los preámbulos de las leyes como medios para establecer la voluntad del Legislador¹³⁶², son declaraciones que suelen anteceder al articulado de algunos documentos normativos, en ellos, el Legislador suele explicar los principios a los que responden las reglas y la finalidad perseguida así como también los motivos que condujeron a efectuar la regulación de que se trate. A menudo, sin embargo, no es posible establecer sin ambigüedad, el propósito de una ley, en dichas circunstancias, el “propósito de una ley” es en mayor o menor medida, una construcción discrecional del juez.

Delimitar la *argumentación teleológica*, de la *argumentación psicológica*, es complejo, pues diferenciar entre la finalidad perseguida por el Legislador (i.e. su voluntad, que es el objeto del argumento psicológico) y la finalidad perseguida por la legislación (que es el objeto del argumento teleológico) no es claro; sobre todo porque no se sabe hasta qué punto puede una ley tener una finalidad propia distinta de la de sus autores,

“Un precepto puede tener una finalidad determinada, pero esa finalidad no será más que la considerada por su autor, por lo que creemos que ambas operaciones se confunden.”¹³⁶³

Las posturas respecto a la existencia de una “voluntad del Legislador” se dividen entre quienes la admiten y quienes la rechazan. Los segundos destacan que en los sistemas parlamentarios democráticos actuales, al elaborar las leyes, sus redactores son asambleas compuestas por varias personas –incluso de ideologías diversas-, cuerpos colegiados de los que no puede predicarse que constituyan una única voluntad, salvo que se recurra a una ficción; en los parlamentos, las leyes, a más de responder a ideologías diversas, son frecuentemente fruto de transacciones entre dirigentes de grupos parlamentarios diversos, el representante individual puede ser un simple engranaje

¹³⁶⁰ Ver Anexo IV acápite 2, donde se traen ejemplos de lo dicho en el texto en la jurisprudencia argentina.

¹³⁶¹ EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER; *La argumentación en la justicia...*, cit., pág. 247.

¹³⁶² Entre “exposición de motivos” y “preámbulo” no existe la más mínima diferencia de contenido, lo que los diferencia es el acto formal de su aprobación. La exposición de motivos suele emplearse, más precisamente, como parte de la argumentación histórica, que como instrumento para indagar la voluntad del Legislador (i.e. argumentación psicológica).

¹³⁶³ EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER; *La argumentación en la justicia...*, cit., pág. 256.

mecánico que siga las indicaciones del líder de bancada. Esta línea argumental, a pesar de ello, reconoce la utilidad del método. Quienes admiten la existencia de una voluntad del Legislador –el más representativo es E. P. HABA-¹³⁶⁴, concluyen que es determinable a través de procedimientos de determinación histórica, de donde, el determinarla, sería una cuestión de voluntad y no de imposibilidad. En apoyo de la tesis se recurre a dos baremos: a) la posibilidad empírica de analizar la psicología grupal mediante abstracciones de ciertos caracteres que se repiten en ellos; y b) a través de la “teoría del pacto”, según la cual no hace falta indagar el pensamiento concreto de las mayorías, sino sólo el de los redactores del texto, pues habría un pacto tácito por el que el resto de los legisladores admiten el contenido concebido por estos.

Para concluir, el *argumento psicológico*, según TARELLO, halló un relevante apoyo en la doctrina de la separación de poderes. El juez, no puede recurrir a su propia voluntad para resolver,

“Este hecho, unido a la doctrina imperativista, asegura la fidelidad a la ley y la irresponsabilización política del juzgador...la magistratura es un poder separado del legislativo. Esto parece asegurar la independencia frente al legislativo, pero en realidad lo priva de poder y de expresión políticos.”¹³⁶⁵

Nosotros entendemos que la realidad es que, el argumento psicológico, no sirve sólo para establecer el sentido dudoso de un texto, sino que es un mecanismo –como otros tantos- para justificar la decisión judicial y superar con éxito los controles de los destinatarios de la misma; ejemplo de ello son las referencias globales a los trabajos preparatorios (v.g. “según quedó puesto en evidencia por los debates parlamentarios”, o “a la vista del debate surgido en el Congreso”, *et sit cétera*) no viabilizan apreciar la corrección del razonamiento, en la motivación de la decisión no se aportan mayores datos que permitan establecer la conexión entre el sentido de lo decidido por el tribunal, y el medio (v.g. los trabajos preparatorios) utilizados para la decisión.

El *argumento histórico* se ha convertido, junto al gramatical, al lógico y al sistemático, en uno de los criterios tradicionales de la interpretación jurídica, desde que

¹³⁶⁴ EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER; *La argumentación en la justicia...*, cit., pág. 263.

¹³⁶⁵ Cit. por EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER; *La argumentación en la justicia...*, cit., pág. 268, nota 64.

SAVIGNY publicara su “*Sistema del Derecho romano actual*”¹³⁶⁶. En este contexto debe diferenciarse a la propia Escuela histórica fundada por el mencionado, y el método histórico- evolutivo de la interpretación.

Desde la Escuela histórica, los axiomas para la interpretación jurídica son: a) la interpretación no se vincula sólo a los casos de oscuridad de la ley sino a toda aplicación de aquella a lo cotidiano; b) se halla junto a los elementos gramaticales, lógicos y sistemáticos y no se trata de clases de interpretación, sino de medios a utilizar combinadamente; y c) las lagunas se superan por la fuerza orgánica del derecho positivo valiéndose de la analogía¹³⁶⁷. Se funda en que, al igual que no es dable predicar de una existencia humana completamente individual, cada período de la historia de un pueblo es continuación y desarrollo de períodos pasados; el Derecho, en cierta medida, sería el fruto de una ininterrumpida tradición¹³⁶⁸.

Como reacción a la Escuela de la exégesis, considerando el método de esta demasiado pétreo respecto de las normas, surge el método histórico evolutivo para interpretar las leyes. Su fundamento es la interpretación como un trabajo de adaptación de los preceptos positivos a las variaciones de la vida¹³⁶⁹. Es un método plástico y dinámico que procura adaptar la legislación y los conceptos jurídicos a las necesidades actuales, con referencia a una regla que, una vez dictada, adquiere estatus objetivo¹³⁷⁰. La labor del intérprete no es indagar la “voluntad del legislador” en el momento del dictado de la ley, sino analizar históricamente su evolución jurídica, armonizándola con la evolución social¹³⁷¹.

CASTÁN TOBEÑAS destaca que, el esquema preanalizado, patentiza dos concepciones distintas del rol de la historia en la interpretación jurídica: por un lado, una concepción estática, en la que se adscribe la Escuela histórica, que propugna la tradición como criterio de interpretación, la historia jugaría un papel conservador y continuista al servicio de la seguridad jurídica y del respeto a la “voluntad del Legislador”, es una *tesis*

¹³⁶⁶ HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO; *Metodología de la Ciencia del Derecho*, vol. 1: “Las concepciones y los métodos jurídicos tradicionales. El proceso de su revisión”, 2ª ed., edición preparada por el autor, Madrid, 1971, págs. 90 a 91.

¹³⁶⁷ HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO; *op. cit.*, págs. 110 a 112. En igual forma CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ; *op. cit.*, pág. 86.

¹³⁶⁸ HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO; *op. cit.*, pág. 93.

¹³⁶⁹ CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ; *op. cit.*, págs. 107 y 108.

¹³⁷⁰ CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ; *op. cit.*, pág. 108.

¹³⁷¹ HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO; *op. cit.*, pág. 215.

subjetiva; la segunda, es una concepción dinámica, propia del método histórico- evolutivo, que enarbola como criterio de interpretación la realidad social existente al momento de aplicarla, es un instrumento para la adaptación del Derecho a los cambios de la vida social, admite que la ley, en su evolución bajo las influencias del medio, adopta estructuras no previstas por el Legislador, es una *tesis objetiva*¹³⁷². Agrega el autor que, al estudiar los elementos del proceso interpretativo que nos ocupa, dentro del elemento histórico hay tres categorías: a) los *precedentes remotos*, en los que estaría el Derecho romano y demás derechos históricos; b) los *precedentes inmediatos* formados por la legislación anterior a la vigente; y c) los *trabajos preparatorios* de la ley, conformados por la exposición de motivos, discursos, dictámenes parlamentarios, memorias de comisión y proyectos¹³⁷³.

Debe distinguirse el argumento histórico del psicológico, ambos tienen un fundamento diferente, el primero presupone la existencia de un Legislador conservador y, consecuentemente, una continuidad en la legislación; el argumento psicológico pretende, desde otro ángulo, hallar la voluntad del Legislador, pero del histórico concreto que elaboró el documento objeto de interpretación. La idea de un Legislador personificado e intemporal, tiene el efecto de que el ordenamiento jurídico se halla regido por el *principio de la continuidad*, su persuasividad emana de la sustancia de que las normas que regulan una materia, permanecen constantes, y que los legisladores, al dictar leyes, se mueven –salvo prueba en contrario- por el deseo de mantener una regulación precedente tomada como modelo¹³⁷⁴.

Según G. TARELLO, no debe perderse de vista que, el argumento histórico, es de gran poder en manos del juez, con fulcro en su ambivalencia discursiva, así, si el Legislador decide innovar una regulación y el juez considera que ella no es pertinente, por medio de éste argumento, entendido de manera estática, apelará a la regulación tradicional e interpretará la nueva de forma conservadora, neutralizando así, el cambio pretendido por el Legislador. Si, por el contrario, el Legislador permanece inactivo, y el juez entiende que debe innovarse en la materia de que se trate, por medio del argumento histórico, entendido

¹³⁷² CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ; *ibidem*. El autor parece inclinarse por la primera de las tesis como más adecuada al argumento examinado (*op. cit.*, pág. 235 y ss.).

¹³⁷³ CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ; *op. cit.*, pág. 245 a 247.

¹³⁷⁴ EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER; *La argumentación en la justicia...*, cit., pág. 484.

de manera dinámica, se tendrán en cuenta los cambios y se interpretará la legislación innovadoramente¹³⁷⁵.

El *argumento de autoridad* es, quizás, uno de los más utilizados, sin embargo, no es ni lógico, ni retórico como la mayoría de los otros argumentos estudiados, sino dialéctico, esto es, está basado no en evidencias, sino en opiniones más o menos admitidas. Para TARELLO es aquel

“...por el que a un enunciado normativo le es atribuido aquel significado que ya le había sido atribuido por alguien, y por ese solo hecho.”¹³⁷⁶

Dicho de otra forma, consiste en utilizar la opinión de un tercero, en apoyo de la tesis propia; pero como, en definitiva, son meras opiniones, la argumentación tendrá mayor o menor fuerza en función del prestigio que se le reconoce a la autoridad que se invoca. Usualmente, cuando se recurre a este argumento, se apela a: a) la jurisprudencia¹³⁷⁷; la que no debe confundirse con la regularidad, la segunda se conforma con el número de sentencias en igual sentido, la primera implica el peso de la autoridad que la determina, es admisible un cambio en ella siempre que la fuerza de las razones que llevaron al primer fallo, pierdan vigor, que haya razones para alejarse de lo establecido en los casos similares, que se cambie de criterio por el tribunal, o que no se comparta lo manifestado anteriormente; para cerrar, siempre que el juez invoca un precedente que confirma su solución para el caso, lo hará recalando las similitudes y rechazando las diferencias, al par que ocultará cualquier otra jurisprudencia que ponga en duda su visión del supuesto y resaltará los aspectos favorables a su justificación¹³⁷⁸. b) La doctrina, a diferencia de la jurisprudencia que es una opinión que sirve al intérprete por la autoridad del acto

¹³⁷⁵ Cit. por EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER; *La argumentación en la justicia...*, cit., pág. 488, nota 86.

¹³⁷⁶ Cit. por EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER; *La argumentación en la justicia...*, cit., pág. 413.

¹³⁷⁷ Para el art. 1.6 del Código Civil español, la jurisprudencia es: “La doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho”. Es decir, se prevén tres requisitos: a) que emane del Tribunal Supremo, b) debe ser reiterada, y c) debe originarse al interpretar y aplicar las fuentes del Derecho.

¹³⁷⁸ Respecto al precedente, Kelsen entiende que se trata de la solución judicial para un caso concreto que se convierte en obligatoria para la resolución de casos iguales. Tal carácter puede atribuirse a un fallo, cuando la norma individual establecida con la sentencia no tiene predeterminado su contenido por una norma general producida legislativamente, o no lo tiene determinado unívocamente, admitiendo diferentes interpretaciones. De una u otra forma el tribunal está viniendo a dictar Derecho de fondo, similar a lo que realiza el Legislador. El problema es que la sentencias con valor de precedente sólo pueden ser obligatorias para la resolución de casos iguales, y la cuestión de si un caso es igual a otro es decisiva, estando a que dicha “igualdad” de forma total no es posible, sólo restará hallar concordancia en ciertos “puntos esenciales”. Kelsen, HANS; *Teoría Pura del Derecho*, cit., págs. 258 a 259.

institucional del que emana, en la doctrina la autoridad de la opinión invocada sólo arranca del prestigio personal del emisor, de donde es una apreciación subjetiva del juez el elegir el sector de opinión que va a tener en cuenta¹³⁷⁹, pertenece al campo de la política jurídica y no al de la epistemología. Y c) el argumento comparativo, que

“...consiste en atribuir a un enunciado normativo el significado que se considera que constituye el significado de otro enunciado normativo perteneciente a un ordenamiento jurídico diferente: Es decir, el juez nacional se encuentra frente a un enunciado normativo de su propio ordenamiento, y si pone en práctica una argumentación comparativa, el significado de ese enunciado vendrá dado por el significado que el considera que posee otro enunciado normativo que regula la misma materia pero que pertenece a un ordenamiento jurídico diferente del suyo. Y la única razón por la que se apela a la regulación establecida en otro sistema jurídico es porque ese sistema es tomado como ‘autoridad’.”¹³⁸⁰

El peso de este tipo de argumento es más bien débil y está condicionado por factores culturales, esto es, de relaciones o dependencia cultural existentes entre los operadores respectivos, la difusión intercultural, las tradiciones jurídicas, el desarrollo socio-económico de las partes, *et sit cétera*¹³⁸¹.

El *argumento sedes materiae*, se emplea frente a una determinada formulación normativa que se interpreta atendiendo al lugar que ocupa en el contexto del que forma parte. La interpretación tiene su punto de partida en la expresión como un todo, en combinación con el contexto; es erróneo pensar que el punto de partida son las palabras individuales consideradas en su significado lingüístico natural. Al igual que con las palabras, ocurre con las reglas, tan pronto como se observa el contexto, su campo de referencia puede verse restringido o ampliado. La importancia del contexto consiste en el hecho de que éste ofrece una base para conclusiones acerca de lo que razonablemente el Legislador quiso sostener.

El *argumento pragmático* ostenta dificultades para otorgarle un estatuto autónomo diferenciado del de otros argumentos que se hallan próximos a él, como el apagógico o el de la no redundancia. Es un argumento consecuencialista, esto es, procura

¹³⁷⁹ EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER; *La argumentación en la justicia...*, cit., pág. 428.

¹³⁸⁰ EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER; *La argumentación en la justicia...*, cit., págs. 436 a 437.

¹³⁸¹ Ver Anexo IV acápite VI, donde se presenta ejemplo de lo dicho en el texto en la jurisprudencia argentina.

establecer el valor de la tesis que se defiende (i.e. de la interpretación que se propone), a partir de las consecuencias favorables que de ella se derivan, de la inconveniencia de la interpretación de la contraparte o de sus posibles consecuencias desfavorables. Se emplea cuando una determinada formulación normativa se interpreta optando por aquel significado que lo haga más eficaz para su finalidad, prescindiendo del significado que la convierta en ineficaz. Son consideraciones basadas en una valoración de la razonabilidad práctica del resultado. La interpretación se halla codeterminada por consideraciones pragmáticas en la forma de “sentido común”.

Una de sus características relevantes es que quien utiliza este método, no precisa justificar

“...ni la bondad de las consecuencias, ni el nexo que une la causa con las consecuencias. Sobre ambos aspectos se considera que existe una especie de consenso, obtenido a través de nociones ligadas a las ideas de lo normal, lo previsible o lo razonable.”¹³⁸²

Es impracticable enumerar o clasificar las distintas valoraciones posibles, pues pueden considerarse no sólo los efectos sociales previsibles, sino también las ideas culturales sobre las que el sistema reposa y otras más. Las consecuencias que el juez considera favorables o desfavorables al utilizar este mecanismo, pueden ser de cualquier tipo: sociales, morales, económicas, *et sit cétera*; en la justicia constitucional se vincula más a principios o ideales considerados implícitos en el mandato del constituyente.

Suele manifestarse el argumento pragmático a través de otros principios: a) el principio del efecto útil, que importa que, cuando una disposición es pasible de dos sentidos, debe estarse a aquel que le permita tener algún efecto antes que en el sentido que podría no producir ninguno, la idea fluye del axioma “el Legislador no hace nada inútil” vinculado al perfil del Legislador racional; b) el principio de eficacia, cercano al anterior, es una guía para el intérprete con el objeto de que opte por la opción hermenéutica que optimice y maximice la eficacia de las normas sin distorsionar su contenido¹³⁸³; c) el principio *pro actione*, que conduce hacia una postura antiformalista al interpretar los requisitos procesales, y ello con el objeto de que el tribunal pueda pronunciarse sobre el fondo de la cuestión que se le plantea, muy relacionado con el anterior principio, y en

¹³⁸² EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER; *La argumentación en la justicia...*, cit., pág. 368.

¹³⁸³ EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER; *La argumentación en la justicia...*, cit., págs. 370 a 371.

permanente tensión con el principio de la seguridad jurídica, pues entre uno y otro subyace una opción ideológica entre utilitarismo y formalismo¹³⁸⁴. El principio de seguridad jurídica es de una gran magnitud y no vale la pena avanzar aquí sobre ello, baste subrayar que, como principio propio del Estado de Derecho, consiste en que cada uno conozca con certeza sus derechos y obligaciones, pudiendo prever las consecuencias de sus actos; con lo que, en él, se halla implícito el concepto de “predictibilidad”¹³⁸⁵, es en rigor, un principio valladar, es decir, actúa cuando la aflicción estricta de otras normas podría llevar a lesionar derechos; por esto, es un estándar vago e impreciso respecto de las circunstancias en que debe actuar, termina correspondiendo al juez la determinación, caso por caso, sobre la operatividad del principio, su alcance y su compaginación con otros principios.

El problema del argumento pragmático estriba en que termina siendo una cuestión de jerarquía de derechos, qué derecho debe ceder parte de su eficacia cuando hay colisión entre varios. La respuesta no puede darse en abstracto, se halla ligada al sistema axiológico del intérprete.

El *argumento teleológico*, es, quizás, el más utilizado, importa interpretar una determinada formulación normativa atendiendo a su propia finalidad objetiva, suponiendo que fue dictada como medio adecuado para alcanzarla. La finalidad en el Derecho se ha tenido en cuenta, desde antiguo; metodológicamente se la tuvo en cuenta desde IHERING¹³⁸⁶. IHERING es considerado el precursor de dos grandes corrientes metodológicas, la teleológica y la jurisprudencia de intereses, a partir de los cuales, puede hablarse de la intervención del argumento teleológico en la interpretación¹³⁸⁷. En un primer momento, la evolución intelectual del propio IHERING incidió en el sistema, en un segundo momento el impacto del carácter teleológico y realista del método diseñado por aquel, propiciaron la aparición de seguidores que pusieron el acento en uno u otro de los dos aspectos¹³⁸⁸. Finalmente, el origen común de la corriente teleológica y de la jurisprudencia de intereses explica en parte las coincidencias existentes entre ambas escuelas, mas complica la intelección del elemento teleológico como instrumento interpretativo, al existir

¹³⁸⁴ EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER; *La argumentación en la justicia...*, cit., pág. 383.

¹³⁸⁵ SÁNCHEZ AGESTA, LUIS; *Sistema político de la Constitución española de 1978*, 1ª ed., Editora Nacional, Madrid, 1980, pág. 76.

¹³⁸⁶ HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO; *op. cit.*, pág. 291.

¹³⁸⁷ HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO; *op. cit.*, págs. 200 y ss. En igual sentido CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ; *op. cit.*, págs. 110 y ss.

¹³⁸⁸ HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO; *op. cit.*, pág. 202.

diferencias entre ellas que han fundado actitudes diversas al momento de poner en práctica una interpretación finalista¹³⁸⁹. La jurisprudencia de intereses, al ordenar al juez que lleve hasta sus últimas consecuencias, respecto del caso a decidir, los juicios de valor contenidos en la ley, influyó liberadora y fructíferamente (aunque sin quebrar en esos inicios al positivismo) en una generación de juristas que había sido educada en el pensamiento formal y legalista del positivismo estricto¹³⁹⁰.

Como se dijo, se explica que el elemento finalista es el más importante, ya que su utilización no es alternativa o sucesiva de los otros, sino que se emplea en todo caso y no meramente ante redacciones ambiguas. Es considerado el criterio dominante que modula la aplicación de los demás, utilizándose voces como “realidad social”, “espíritu”, “finalidad”, *et sit cétera*; identificándose con la voluntad del autor del texto, hasta entenderlo como una herramienta de la interpretación evolutiva¹³⁹¹.

El argumento presenta una perplejidad llamativa, por un lado, se constata que unánimemente los autores coinciden en señalar que este consiste en interpretar el enunciado conforme con su finalidad; pero por otro, se diverge mucho al momento de dotar de contenido a la operación de fijación de esa finalidad, algunos

“...se limitan a hablar del fin de la ley, de la norma o de la regla resaltando como mucho el carácter de medio con relación a un fin que aquella posee; alguno concibe la finalidad como valor, para otros es algo intrínseco o inmanente a la ley, hay quienes la relacionan con las necesidades sociales o con la evolutividad del derecho y, por último, en una postura inspirada en la jurisprudencia de intereses, algún autor propone buscar el fin práctico de la norma teniendo presentes los intereses cuyo conflicto esa norma pretende arbitrar.”¹³⁹²

La respuesta puede estar en la diferente actitud que se adopte respecto de dónde se revela esa finalidad: desde una posición subjetivista se indagará la intención de los autores del texto, desde el hontanar objetivista se considerará que el fin está incorporado a la norma y, por ende, es posible obtener consecuencias nuevas por medio de la adaptación de la finalidad a las nuevas circunstancias.

¹³⁸⁹ CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ; *ibídem*.

¹³⁹⁰ LARENZ, KARL; *op. cit.*, pág. 68.

¹³⁹¹ EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER; *La argumentación en la justicia...*, cit., pág. 491.

¹³⁹² EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER; *La argumentación en la justicia...*, cit., pág. 492.

Sin embargo, puede darse el caso que no sea posible atribuir algún propósito a la ley, por caso, la prohibición de ingresar con perros a un lugar determinado, dependerá en gran medida de las circunstancias, así, si tal prohibición se inserta en un cartel de una confitería, sería razonable entender que el propósito subyacente de la regla esté motivado en los inconvenientes que pueden implicar animales en el local; con lo que la prohibición puede extenderse sin hesitación a los gatos, los osos, entre otros animales; pero si la prohibición procura evitar la introducción de ciertas enfermedades caninas, entonces la interpretación debe ser restrictiva.

Lo cierto es que el intérprete se encuentra ante una variada gama de soluciones posibles que puede elegir. Lo que sí es claro es que la *ratio legis*¹³⁹³, no es la *ocassio legis*, esta última es la circunstancia histórica que determinó la formulación de la regla de que se trate¹³⁹⁴. También debe distinguirse el argumento teleológico del psicológico, el primero procura reconstruir los fines de la ley –o del Legislador- a partir del texto de la ley o de una clarificación de sus fines, el segundo investiga la voluntad del Legislador concreto que elaboró el documento.

Para EZQUIAGA GANUZAS los problemas comienzan cuando se intenta diferenciar la finalidad con el “espíritu de la ley”, otros distinguen entre espíritu y fin o espíritu y sentido¹³⁹⁵. Apunta el autor de mención que se aprecian en la doctrina, respecto de la finalidad, distintas concepciones, pudiendo deducirse cuatro, habiendo autores que optan exclusivamente por una, en tanto que otros las aplican sucesiva o simultáneamente: a) el fin concreto del precepto, son las llamadas “tendencias teleológicas en sentido estricto”, atribuyéndose al enunciado el significado más acorde con el fin concreto que persigue el precepto, se asimila a la idea de norma como un medio, un instrumento del Legislador para alcanzar determinado objetivo; b) el fin general de la materia o institución regulada, para esta concepción la finalidad a tener en cuenta es más amplia, los preceptos son un medio, pero para alcanzar un objetivo común a todos los que reglan una materia o institución, para quienes avalan este mecanismo, la finalidad de toda norma jurídica siempre debe referirse a los principios de la materia, sin que el intérprete pueda aislarla; c) fin genérico del Derecho, es una postura iusnaturalista, la finalidad es la perseguida como conjunto por el

¹³⁹³ A la que identificamos con finalidad. Así CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ; *op. cit.*, pág. 240.

¹³⁹⁴ CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ; *op. cit.*, págs. 240 a 241.

¹³⁹⁵ EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER; *La argumentación en la justicia...*, cit., pág. 494.

ordenamiento, en concreto, la justicia, es un objetivo genérico; y d) fines de la sociedad en la que el precepto será aplicado, no se busca la finalidad del precepto, sino la que persiga la sociedad en el momento en que se desarrolla la interpretación, se suele hablar de “necesidades de la sociedad”, “sentido común social”, “realidad de la experiencia”, “intereses prevalentes”, *et sit cétera*¹³⁹⁶. El emparentamiento del argumento teleológico con la analogía es enorme, la última se justifica, muchas veces, no por la similitud de supuestos, sino porque así lo recomienda la finalidad de la regulación del supuesto, presuntamente, análogo.

El *argumento a coherentia* se utiliza cuando una determinada formulación normativa se interpreta prescindiendo de aquel significado que suponga una contradicción respecto de lo establecido por otra formulación normativa ya interpretada.

Por la vena del anterior, pero en sentido inverso, se halla el *argumento de la no redundancia* que es por el que

“...se excluye la atribución a un enunciado normativo de un significado que ya ha sido atribuido a otro enunciado normativo preexistente al primero o jerárquicamente superior al primero o más general que el primero; debido a que aquella atribución de significado no fuera excluida, nos encontraríamos frente a un enunciado normativo superfluo’. En consecuencia, el criterio de la no redundancia o no pleonasticidad sería aquel, ‘por el que cada disposición legal debería tener su incidencia autónoma, un particular significado, y no constituir una mera repetición de otras disposiciones legales’”¹³⁹⁷

Sus características son que: a) es un argumento negativo, ya que no sirve para atribuir significado a algún enunciado que plantee dudas interpretativas, sino que se limita a rechazar un posible significado de un enunciado porque se considera que, entendido de tal forma, repetiría lo establecido por otro enunciado diverso del sistema; b) se basa en la creencia de que el Legislador es “económico”, lo que se vincula al respeto a la voluntad de éste y con la noción de su racionalidad –no es una hipótesis que deba ser probada, sino un principio cuasihipotético que se admite dogmáticamente, a pesar de que la práctica legislativa parezca indicar lo contrario-; c) se basa en un presupuesto coherentista, pues ante dos enunciados diferentes, pueden interpretarse de forma tal que establezcan ambos la

¹³⁹⁶ EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER; *La argumentación en la justicia...*, cit., págs. 495 a 497.

¹³⁹⁷ G. TARELLO cit. por EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER; *La argumentación en la justicia...*, cit., pág. 306.

misma consecuencia o efecto jurídico para un mismo supuesto de hecho, pero, desde la prédica del imperativismo, los juristas no reconocen la existencia de redundancias en el discurso del Legislador, y ello con fulcro en mantener una imagen de racionalidad (i.e. se considera que en un ordenamiento jurídico no hay redundancias, pero de haberlas, son siempre aparentes y se resuelven interpretando a uno de los enunciados, en un sentido tal que deje de ser redundante)¹³⁹⁸; y d) está al servicio de la efectividad de las disposiciones legales, cada enunciado debe ser efectivo y útil, lo que lo aproxima al argumento pragmático que también tiende –entre otras funciones- a hacer efectivo todo el ordenamiento, lo que los diferencia es que el pragmático actúa referido exclusivamente a un enunciado, en tanto que el argumento de la no redundancia exige de dos enunciados.

El *argumento ad absurdum*, se introduce cuando una formulación normativa a la que quepa atribuir varios significados, se interpreta prescindiendo de aquel significado que dé lugar a consecuencias absurdas o que contrasten con valoraciones del sentido común. Desde dicha perspectiva, está inspirado en la lógica clásica consistente en afirmar la verdad de una tesis, mostrando cómo la contradictoria es, a su vez, contradictoria con otra tesis ya demostrada (o tomada) como verdadera. El teorema lógico en el que descansa este método es la ley de DUNS SCOTO:

“Si: si p, entonces no p, entonces no p”,

que se puede enunciar señalando que si una proposición implica su propia contraria, debe ser falsa¹³⁹⁹. En el Derecho se formula como el *argumento apagógico* que implica aquel

“...que permite rechazar una interpretación de un documento normativo de entre las teóricamente (o prima facie) posibles, por las consecuencias absurdas a las que conduce. En este sentido no hay diferencias con el argumento... tal como lo entiende la lógica clásica,... el problema se plantea a la hora de establecer el parámetro que permita concluir en lo absurdo de las consecuencias de la interpretación rechazada. En el esquema lógico de este argumento ese parámetro estaría constituido por la tesis demostrada o admitida como verdadera, que como tal no estaría sujeta a discusión, pero en la interpretación de los documentos normativos las cosas no son tan claras.”¹⁴⁰⁰;

¹³⁹⁸ Ver Anexo IV acápite 3, donde se trae ejemplo de lo dicho en el texto en la jurisprudencia argentina.

¹³⁹⁹ Cit. por EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER; *La argumentación en la justicia...*, cit., pág. 323.

¹⁴⁰⁰ EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER; *La argumentación en la justicia...*, cit., págs. 325 a 326.

lo cierto es que los juristas no expresan de manera formal los fundamentos del absurdo, sino que dan por sobreentendido el hecho de que, al apreciar los enunciados, lo absurdo, es una cuestión de absoluta evidencia; se recurre a diversos postulados como la incoherencia, lo inefectivo, lo sin sentido, lo exagerado, lo no verificable en la realidad, lo infrecuente y lo superfluo¹⁴⁰¹, pero sin mayores precisiones.

Ha habido esfuerzos por delimitar lo absurdo: a) VANDER EYCKEN explica que lo único que puede informar si existe o no tal aspecto es el examen de la realidad y el conocimiento del objetivo perseguido, lo absurdo no posibilita adecuar los medios a los fines; y b) para BOBBIO es absurda toda interpretación que lleve a poner en crisis la imagen de racionalidad del Legislador lo que se construye: 1) si se entiende que éste ha tratado de forma desigual dos casos iguales, 2) situando al Legislador en contradicción consigo mismo, y 3) coligiendo consecuencias en contradicción con los fines de la norma¹⁴⁰².

Se parte de la idea de un Legislador racional, que no se contradice, lo que implica admitir la noción de que el ordenamiento guarda una lógica interna que la interpretación no puede destruir, se rechazan las interpretaciones que pongan en crisis la coherencia del sistema –sin afirmar nada sobre que la coherencia es un valor que puede estar presente en la interpretación, pero que no existe ningún dato empírico que permita constatarla-. El *argumento apagógico* se justifica por el principio de eficacia, sustentado en la idea de que toda ley responde a un objetivo preciso, de donde, toda interpretación que haga ineficaz una disposición del ordenamiento, o que frustre su finalidad (perseguida por el Legislador), debe rechazarse por absurda.

El *argumento apagógico* es equívoco, sin embargo, pues: a) no es posible hallar un parámetro objetivo para medir lo absurdo en el Derecho, por ello se lo aprecia desde diversos puntos de vista (v.g. lógico, práctico, *et sit cétera*), y además lo absurdo puede referirse a la aplicación de la norma a un caso singular o a la generalización de su aplicación; b) aun aceptándose la posibilidad de hallar la idea de lo absurdo en un ordenamiento dado, esta sería relativa, es decir, mutable históricamente. Lo que sí resulta claro es que el argumento en cuestión, más que a proponer interpretaciones sirve para rechazarlas, utilizando este método, no se manejan textos jurídicos, sino sus

¹⁴⁰¹ EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER; *La argumentación en la justicia...*, cit., pág. 363. Con abundantes citas de resoluciones del Superior Tribunal Constitucional español.

¹⁴⁰² EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER; *La argumentación en la justicia...*, cit., pág. 327.

interpretaciones (i.e. no son los documentos en sí mismos los que sirven para medir lo absurdo, sino las interpretaciones de esos documentos).

Estas técnicas de argumentación son recursos que forman parte del equipo metodológico de cualquier aplicador de las leyes, pero no son los argumentos técnicos, las razones verdaderas, la función de los métodos de interpretación es establecer los límites a la libertad del juez en la administración de justicia, determinando el área de soluciones justificables¹⁴⁰³.

Dado que no existen criterios objetivos que indiquen cuándo debe aplicarse un argumento y cuando otro, ellos ofrecen gran amplitud para que el juez llegue al resultado que considere deseable.

“Es un esfuerzo inútil pretender fundar ‘jurídicamente’ una de esas posibilidades con exclusión de las otras... la necesidad de una ‘interpretación’ resulta justamente de que la norma por aplicar, o el sistema de normas, deja abiertas varias posibilidades, lo que significa, por lo tanto, que no contiene ninguna decisión sobre cuál de las interpretaciones en competencia sea la de mayor valor, dejando esa determinación del rango de los intereses justamente al acto que se efectúe de producción de normas, por ejemplo, a la sentencia judicial.”¹⁴⁰⁴

Recapitulando, el “texto”, la “posición sistemática”, la “génesis histórica” de la regla, *et sit cétera*; han sido sondeados para hallar respuestas a los casos cotidianos que se presentan a resolver. Ninguno de los argumentos que se han venido destacando, aporta un resultado unívoco, ni la interpretación filológica, ni la sistemática ni la histórica logran el objetivo; usualmente, y particularmente en el último tiempo se le ha otorgado preeminencia al llamado “método teleológico”, el que, buscando el sentido de la regla, investiga el fin, la *ratio*, el sentido, de la disposición legal. Las distintas formas cumplen diferentes funciones: la *argumentación semántica* y la *genética* se refieren a la vinculación de los órganos decisores, con el tenor de la ley y la voluntad del Legislador, respectivamente; las *formas históricas* y las *comparativas*, permiten la incorporación de la experiencia del pasado y de otras sociedades; la *interpretación sistemática*, permite liberar de contradicciones al ordenamiento jurídico; las *formas teleológicas* abren el campo a la argumentación práctica racional de tipo general.

¹⁴⁰³ Ver *infra* parágrafo 43 (“Aplicación rigurosa de la ley”, un análisis de Bacigalupo respecto del art. 4.3° del CP Español”).

¹⁴⁰⁴ KELSEN, HANS; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 353.

“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... Una forma puede ser saturada de distintas maneras, y puede emplearse (en) distintas formas para la fundamentación de diferentes conclusiones.”¹⁴⁰⁵

La interpretación gramatical, a menudo postulada como pura interpretación literal, diferente de una interpretación de sentido, es vista como la primera fase de la interpretación. En verdad es un método que no conduce muy lejos, como ya se dijo, pues se presenta una insoslayable valla en el esfuerzo por hacer valer el sentido idiomático natural y cotidiano y el que se quiere imponer en el lenguaje técnico- jurídico. Y ello se debe a que el “Derecho habla su propio idioma”, de allí que interese el sentido técnico jurídico, que posee límites más exactos que el concepto del lenguaje común¹⁴⁰⁶.

Pero debe destacarse, que tampoco el lenguaje técnico- jurídico, posee límites exactos, en no pocas ocasiones el Legislador emplea en el ordenamiento la misma palabra con sentido diferente (v.g. cosa, funcionario, arma, abuso de confianza, *et sit cétera*)¹⁴⁰⁷. El problema, es inevitable, y en lo que aquí importa ello se debe a su empleo en contextos sistemáticos y teleológicos diversos. La pura interpretación gramatical se presenta, entonces, como demasiado pobre.

La interpretación desde la génesis histórica de las normas, abre un abanico de perspectivas diversas. No significa simplemente investigar el origen de una disposición

¹⁴⁰⁵ ALEXY, ROBERT; *Teoría de la Argumentación Jurídica*, cit., pág. 340. El maestro de Kiel señala que los argumentos que expresan 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.” (pág. 342).

Lo cierto es que, si bien desde lo meramente retórico, tal aserto puede ser cierto, la realidad indica que se brindan motivos racionales –justificables en una discusión jurídica racional- todo el tiempo para invalidar aquella regla, y además se retuercen los propios argumentos literales e históricos para extraer de ellos lo que no dicen. El hecho de que se delegue 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 deben tener lugar a partir de razones.

La teoría del discurso exige, por ello, que el uso de las formas de argumentos, tenga lugar según reglas que establezcan una relación entre los mismos que sea fundamentable racionalmente: la determinación del peso de los argumentos debe tener lugar según reglas de *ponderación*. Se avanzará sobre esto más adelante, ver *infra* párrafo 37 (“Derecho y argumentación jurídica como discurso racional”).

¹⁴⁰⁶ ENGISCH, señala, siguiendo a BINDING que, “nada es más falso que la frase tan común que afirma que cuando el significado de una expresión legal es oscuro hay que vincularlo al sentido del idioma cotidiano... El concepto jurídico necesita de firmeza en su contenido y exactitud en sus límites.”. ENGISCH, KARL; *Introducción al...*, cit., pág. 93.

¹⁴⁰⁷ Ver *supra* párrafos 30 (“Lenguaje y Derecho”) y 31 (“La interpretación jurídica”).

desde sus proyectos o fuentes consuetudinarias, hasta el arco político y social que le dio origen; lo que se busca es ponerse en el lugar del Legislador del modo más completo posible con el material con que se cuenta, considerando la situación jurídica existente al momento de la sanción de la ley. Ello reconducirá al método teleológico al resaltar los motivos que tuvo el Legislador para sancionar la regla en cuestión.

La *interpretación lógico- sistemática* no importa únicamente la significación que tienen los conceptos jurídicos en los contextos de marcos concretos, tampoco simplemente la posición externa de una proposición jurídica en la ley –esto obviamente aporta puntos de apoyo para la interpretación, v.g., el robo dentro de los delitos contra la propiedad o las amenazas en el marco de los delitos contra la libertad-. Se refiere, en realidad, a la compleja variedad de pensamiento jurídico contenido en las proposiciones jurídicas individuales en su referencia a los demás elementos constitutivos de un sistema jurídico (v.g. el robo con violencia en las personas –art. 164 del C.P. argentino-, sólo puede ser entendido con referencia a los alcances de la voz “violencia” que otorga el art. 77 del C.P. del mismo cuerpo legal, y el apoderamiento de la “cosa”, precisa de su referencia a la normativa del digesto civil a su respecto). Este tipo de método interpretativo es de importancia, sobre todo, aunque no exclusivamente, en el campo de la exégesis constitucional. Por este camino se colige que, para entender correctamente un precepto es necesario vincularlo con todos los demás del ordenamiento, ya que, una norma aislada, no es más que un elemento del sistema del que forma parte. Es el ordenamiento el que hace la norma y no éstas las que componen a aquel¹⁴⁰⁸. Más allá de esto, una interpretación sistemática significa que debe interpretarse teniendo en cuenta el sistema –lo que ciertamente nos dice poco, pues existe una diversidad de formas en las que puede entenderse o considerarse su amplitud, en lo referente al contexto que importa un “sistema”-.

“Con carácter general puede señalarse inicialmente que la interpretación sistemática es aquella que intenta dotar a un enunciado de comprensión dudosa de un significado sugerido, o no impedido, por el sistema jurídico del que forma parte. Por esta razón, el concepto de argumento sistemático reenvía automáticamente al concepto de sistema, de tal forma que al haber,... diversas maneras de entenderlo,

¹⁴⁰⁸ HERRERO DE MIÑÓN, MIGUEL; *En torno a la aplicación de la Constitución*, en AA.VV., “La Constitución española y las fuentes del Derecho”, vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, pág. 1237.

diversos serán asimismo los modos de concebir la interpretación sistemática, por lo que parece más adecuado hablar de argumentos sistemáticos que de una única forma sistemática de interpretación.”¹⁴⁰⁹

Entre los argumentos sistemáticos se incluye al *argumento sedes materiae*, que es, como dijimos, aquel por el que la atribución de significado a un enunciado dudoso se efectúa a partir del lugar que ocupa en el contexto normativo del que forma parte. La localización prescriptiva de una disposición proporciona información sobre su contenido (v.g. las indemnizaciones de los arts. 29 y ss. del C.P. deben entenderse en el marco en que se hallan –debidamente sistematizadas– y no como reparaciones civiles que excluyen la respuesta punitiva¹⁴¹⁰). El fundamento del argumento se halla en la idea de que existe una sistematización racional de todas las disposiciones de un texto legal, ello se debe a la “racionalidad” del Legislador, implica un doble razonamiento: a) se considera un atributo del Legislador racional su rigurosidad en la ordenación de los textos, su sistematicidad; y b) se piensa que tal sistemática, traduce la voluntad del Legislador y es una información o directiva para el intérprete. Por ello el argumento *sedes materiae* es una subvariante del sistemático, su utilización importa una referencia al sistema entendido como la ordenación por el Legislador de su producción normativa. La crítica a este ámbito es que el intérprete rara vez se limita a tener en cuenta la posición física del texto, también se involucra con el contenido de las disposiciones que conforman el texto, además, como todo argumento sistemático, adolece de la indeterminación del contexto que se tenga en cuenta variando de intérprete a intérprete¹⁴¹¹.

Íntimamente relacionado con el *argumento sedes materiae* (con el que se diferencia por puros matices) está el *argumento a rubrica*, que consiste en la atribución de significado a un enunciado en función del título o rúbrica que encabeza al grupo de artículos en el que la norma se halla (v.g. la figura típica del art. 165 C.P. argentino ha sido interpretada sucesivamente, pese a la lesión a la vida que importan sus consecuencias, como un constructo de afectación de la propiedad por su ubicación; de manera similar

¹⁴⁰⁹ EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER; *La argumentación en la justicia...*, cit., pág. 122.

¹⁴¹⁰ ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO; SLOKAR, ALEJANDRO; *op. cit.*, págs. 989 y ss. Ver Anexo IV, acápite 1, donde se traen ejemplos de lo dicho en el texto en la jurisprudencia argentina.

¹⁴¹¹ A. BREDIMAS distingue entre *contexto stricto sensu*, que sería el texto que rodea una palabra, los párrafos u otros artículos de la misma sección; otro artículo de la misma materia; y *contexto lato sensu* que implica referirse a otras partes del documento o a todo él. Cit. EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER; *La argumentación en la justicia...*, cit., pág. 174, nota 127.

acaece con el art. 130 del mismo cuerpo legal, en donde, pese a vulnerarse la libertad de locomoción de la víctima, la ubicación de la norma destaca que lo tutelado es la integridad sexual; por sólo citar algunos casos)¹⁴¹². Habitualmente, el *argumento sedes materiae* y a *rubrica* reciben un tratamiento conjunto, lo que no es inmotivado en atención a que ambos tienen el mismo fundamento, esto es, la presunción de la racionalidad del Legislador, y que traduce correctamente sus intenciones en los títulos de las leyes y las divisiones que realiza en la actividad legislativa.

El método sistemático se relaciona con la interpretación teleológica, ya que las proposiciones jurídicas cumplen, en cierta forma, la función de alcanzar determinados fines, junto con otras normas, con las que se conjugan y complementan. La interpretación teleológica es pluridimensional, pues los fines de la proposición jurídica pueden estar situados dentro o fuera de la misma; en el primer caso, los problemas planteados por una parte del orden jurídico, son solucionados por las otras partes (v.g. el Derecho Penal es final y accesorio del civil cuando sanciona el orden civil de la propiedad mediante disposiciones penales en contra del hurto, las defraudaciones, *et sit cétera*), en el segundo caso, la vida en sí misma es conformada por el Derecho¹⁴¹³.

A pesar de la flexibilidad de éste último método, la interpretación teleológica es insuficiente, los “fines” no proporcionan los últimos argumentos válidos de la interpretación. Ideas, principios, o la moral misma, son utilizadas para la “comprensión” e “interpretación” de las normas jurídicas. Sin embargo, es claro que estos últimos baremos, en modo alguno pueden ser concebidos como métodos de interpretación, son algo distinto, sobre ello avanzaremos más adelante¹⁴¹⁴.

Para sortear esta última crítica, que es, por otra parte, la que nosotros sostenemos en estas líneas, se ha pretendido argumentar que, no existe una ordenación y una jerarquía absoluta entre los criterios de interpretación¹⁴¹⁵; no son cuatro tipos de

¹⁴¹² Ver Anexo IV, acápite 1, donde se traen ejemplos de lo dicho en el texto en la jurisprudencia argentina.

¹⁴¹³ ENGISCH, KARL; *Introducción al...*, cit., pág. 95.

¹⁴¹⁴ Ver *infra* parágrafo 34 (“La aplicación del Derecho. Las conclusiones lógicas en el Derecho”).

¹⁴¹⁵ No puede soslayarse que han existido intentos por establecer una jerarquía entre los métodos, así, los *pandestistas* dan preferencia al literal; para ello sostienen que, toda interpretación que intente eliminar el sentido literal, claro y unívoco no puede llamarse interpretación. Sólo cuando los sentidos literales sean equívocos, puede recurrirse a los restantes métodos.

La *teoría de la alusión*, si bien resta importancia a la interpretación filológica, sostiene que la interpretación tiene que ser conciliable en alguna medida con el texto legal, lo que es relevante a los fines tutelares del *principio de legalidad*. Los problemas del lenguaje, como vimos *supra*, son insorteables, de allí, que si bien el

interpretación, sino diversas actividades reunidas a fin que la interpretación, en su conjunto, tenga éxito.

Esto encubre la cuestión de forma prolija, la verdad es que cada método, aislado, puede conducir a soluciones diversas, y porque no, adversas entre sí; donde la elección entre uno u otro mecanismo por el jurista, es sencillamente discrecional, cuando no arbitraria, se utiliza aquel que conduzca a un resultado satisfactorio, pero esto nos está indicando algo llamativo, que es que el resultado al que se quiere arribar fue elegido de antemano, entonces, ¿dónde queda la subsunción si el resultado en vez de ser la consecuencia es la causa de la interpretación?.

Con razón se ha dicho que la elección del método interpretativo

“...es una prueba a favor de la concepción de la teoría libre del derecho (uno de cuyos últimos representantes fue ISAY), que afirma que, la fundamentación de las decisiones debe también ser considerada como un resultado arbitrario del sentimiento jurídico.”¹⁴¹⁶

La *Teoría del derecho libre* entiende que en el ordenamiento jurídico hay muchos más vacíos que normas resolutorias, y cada norma tiene una enorme gama de significaciones posibles. Puestas así las cosas, la metodología jurídica se bifurca en *doctrinas descriptivas* y *doctrinas normativas*. Las primeras son aquellas que, escépticas en cuanto a la posibilidad de hallar parámetros de racionalidad, de objetiva corrección de la interpretación, no atribuyen a la teoría más posibilidad que la de retratar cómo efectivamente los jueces interpretan y qué factores de hecho determinan sus asignaciones de sentido a las normas. El *realismo jurídico* encajaría en este apartado; también la *tópica jurídica* pretende dar un modelo descriptivo, no normativo, de la práctica jurídica. Otros tratan de sustraerse a esa visión escéptica y de religar la interpretación jurídica con un patrón de racionalidad, que será siempre racionalidad práctica, la certidumbre de las operaciones de aquél a la de la verdad experimental o el cálculo de la ciencias naturales o formales.

sentido literal debe ser respetado, claramente el método filológico es sumamente rudimentario, lo que conlleva la periclitación accesoria del *principio de legalidad*, principio por otra parte, al que examinaremos más adelante, pero acerca del cual podemos adelantar que también debe ser interpretado, pues pretender aplicarlo hoy de la misma forma en que vio la luz en la Ilustración es tanto como aplicarle *de facto* al mismo el método histórico al intelegirlo, lo que por cierto, como se viene sosteniendo, es contradictorio.

¹⁴¹⁶ ENGISCH, KARL; *Introducción al...*, cit., pág. 98.

ENGISCH ha distinguido, a fin de sortear algunos de los problemas subrayados, que, hay que distinguir entre la *intención del historiador del Derecho* y la *intención del dogmático del Derecho*; al primero le corresponde llegar al sentido de la regla mediante el estudio de sus fuentes, a las opiniones de los autores, investigar la atmósfera espiritual del proceso jurídico y aclarar la situación histórica en que se dio su aparición – comprensión de motivos-. Al segundo le importa el contenido objetivo de la ley *per se*, y por ello el aspecto práctico, el contenido y el alcance de los conceptos de las proposiciones jurídicas, pero también la significación política y cultural de aquella. Esto, entiende el profesor de Heidelberg, plantea la problemática central de la teoría jurídica de la interpretación: ¿debe determinarse el contenido objetivo de la norma y de esta forma el fin último de la interpretación mediante la voluntad anterior y única del Legislador histórico? o ¿el contenido objetivo de la norma se encuentra en ella misma y en su texto en tanto voluntad de la ley como sentido objetivo independiente de la intención y voluntad subjetiva del Legislador histórico?¹⁴¹⁷.

Esta es la polémica de las teorías jurídicas de la interpretación, las llamadas teorías subjetivas¹⁴¹⁸ y objetivas. Sin embargo, podemos ya adelantar nuestra posición al respecto aunque más adelante continuaremos con el tema. La teoría subjetiva es desechable *ab initio*, el jurista, de aplicarla, está actuando como historiador del Derecho y no como dogmático del Derecho, definitivamente está cumpliendo una función que le es extraña. Para BIERLING, la tarea de la interpretación de la ley no podía ser otra que la de determinar la verdadera voluntad del Legislador, el mejor medio era el conocimiento de la historia del nacimiento de la ley, lo que permitía atrapar el sentido o fin de una ley¹⁴¹⁹. En WINDSCHEID la teoría subjetiva implicaba averiguar la voluntad empírica del Legislador histórico, lo que era pasible de la crítica señalada; entonces, para superar esto, de la mano de tres de los más importantes juristas de fines del siglo XIX, BINDING, WACH y KOHLER, se sostuvo que, si la ley rige no ya porque sea positiva, sino porque es razonable, entonces lo que debe procurarse no es ya la voluntad empírica sino la voluntad razonable del Legislador, es decir

¹⁴¹⁷ ENGISCH, KARL; *Introducción al...*, cit., págs. 104 y 105.

¹⁴¹⁸ Entre los más conocidos subjetivistas están SAVIGNY, ENNECERUS, BIERLING, HECK, BELING y STAMMLER en la materia que nos interesa.

¹⁴¹⁹ LARENZ, KARL; *op. cit.*, pág. 57.

la razón jurídica contenida en la ley¹⁴²⁰. Ello abrió las puertas de las teorías objetivas, que vienen a decir que

“...la interpretación no dice solamente que la ley, una vez promulgada, puede adoptar para otros, como cualquier palabra hablada o escrita, un significado en el que no había pensado su autor –esto sería una perogrullada-, sino que dice, además, que lo jurídicamente decisivo no es la significación dada por el autor, sino una significación ‘objetiva’ que hay que determinar independientemente de aquella, y que es inmanente a la ley.”¹⁴²¹

De todas formas, es la interpretación objetiva la que triunfa hoy, y a la que corresponde dedicarle las siguientes digresiones. Los objetivistas sostienen que, en el acto de legislación, la ley se libera o aparta de su creador –el Legislador- y se transforma en un ser autónomo, objetivo. La interpretación objetiva, es principalmente lingüística, no “literal”, de hecho, puede llegar a ser una construcción ideal en conflicto directo con la intención del autor –el Legislador-. Traspasan la obra de éste y poseen una profundidad intencional mayor que la de la propia obra, ésta interpretación se apoya en un ideal de consistencia lógica interna del sistema, que no respeta los hechos y apunta a un significado hipotético- ideal. Las interpretaciones de este tipo son, valorativas y creadoras, y están más allá de los límites de una interpretación meramente literal¹⁴²². Como fin de la interpretación no se halla la “voluntad del Legislador”, sino la “voluntad del Derecho” que halló su expresión en una proposición jurídica como un miembro de todo el sistema jurídico (BINDING). La unidad interna del ordenamiento jurídico descansa en la validez de los principios generales del Derecho, que no son composiciones abstracto conceptuales, sino máximas de orden (KOHLEK)¹⁴²³.

El Legislador desempeñó su papel y ya no cumple ningún rol, lo decisivo es el contenido conceptual y la voluntad inmanente de la ley. Las expectativas del Legislador no tienen vinculación u obligatoriedad alguna.

El sentido incorporado en la ley puede ser más rico de lo que el Legislador pensó al diseñarla. El contenido de aquella, para esta teoría, no es estático, sino vivo, modificable y adaptable. Esto es de suma importancia, pues el contenido de la ley cambia,

¹⁴²⁰ LARENZ, KARL; *op. cit.*, pág. 47.

¹⁴²¹ LARENZ, KARL; *ibídem*.

¹⁴²² RADBRUCH, GUSTAV; *Relativismo y Derecho*, cit., págs. 43 y ss.

¹⁴²³ Cit. LARENZ, KARL; *op. cit.*, pág. 48.

el fluir de la vida arrastra al Derecho, los nuevos fenómenos tecnológicos, sociales, culturales, políticos, económicos, *et sit cétera*, determinan el contenido de la regla.

Cuando el Derecho debe adaptarse a fenómenos y situaciones que el Legislador histórico no previó, el contenido que este procuró otorgarle, resta rebasado. Los objetivistas entienden, que están en mejor situación de “comprender” la ley, que el legislador histórico mismo, se desecha la tesis subjetivista de retroceder hasta el alma de un Legislador que hoy nada tiene que decir, sino que se va a quienes la ley se refiere y se recoge de ésta un nuevo contenido desde un punto de vista más racional, funcional y adecuado.

Resulta claro, entendemos, que los objetivistas vienen a postular algo distinto que un mero método interpretativo, proponen en cabeza del juez un auténtico acto de creación. Entonces, qué queda del jurista como simple aplicador de la ley (el *juez boca de la ley*, el viejo brocardo *in claris non fit interpretatio*): nada. Como esto no pasa desapercibido ni siquiera para los defensores de aquella posición, se pretende legitimar al método en cuestión sosteniendo que, el juez, en tanto depositario del “tercer poder” del Estado, se encuentra en un plano de igualdad con respecto al Legislador, cuando mediante la interpretación objetiva de la ley la hace valer como tal, defiende su propia independencia.

Contra la interpretación objetiva caben también algunas críticas: a) la pretensa defensa de la independencia del poder judicial periclita en una vulneración del Legislador; b) el “argumento de la forma”, sólo la declaración de voluntad bajo la forma de ley tiene poder legal; c) el “argumento de la confianza”, los destinatarios de la norma tienen que confiar en la palabra como tal; y d) el “argumento de la complementación”, la teoría objetiva sólo puede complementar y formar ulteriormente¹⁴²⁴.

Precisar cuál es el método correcto, termina siendo una cuestión de la función jurídica de la interpretación, de la situación del intérprete respecto a la ley y, en algunos casos de la estructura del orden jurídico y de las reglas.

Así, las llamadas interpretaciones auténticas –interpretaciones legales-, no proporcionan reglas legales de interpretación de carácter general ni presentan tampoco una solución a los problemas de la interpretación. Al jurista le es posible, adoptar el punto de vista del historiador, pero también puede analizar el contenido posible del texto legal desde

¹⁴²⁴ Las tres últimas críticas pertenecen a HECK. Citado en ENGISCH, KARL; *Introducción al...*, cit., pág. 108.

los más diversos puntos de vista objetivos; presentando del texto legal un sentido “racional”, “funcional” y “actual”. Otra cuestión radica en saber hasta qué punto, dichos contenidos tienen obligatoriedad para la aplicación práctica del Derecho.

Por caso, adoptar un punto de vista subjetivo, apareja la disyuntiva de saber si lo que interesa es el mandato del Legislador histórico (qué hechos y qué consecuencias jurídicas tenía aquel a la vista) o sus objetivos (ideas y principios que lo guiaron).

En igual medida el punto de vista objetivo no es claro, a más de las críticas reseñadas, es dable señalar que, la teoría objetiva obliga a examinar los objetivos según los cuales, el sentido objetivo de la ley, ha de ser actualizado. Sólo cuando se sabe lo que se quiere, cuando se comprende de antemano la decisión y sus razones materiales (se la ha anticipado), el intérprete se dirige a la ley, para extraerle dicha decisión en la medida en que le sea inmanente como posible sentido del texto. Esto contradice claramente el esquema simple de la subsunción, el juez realiza algo distinto que el observar un caso y subsumirlo bajo una regla para extraer una conclusión, el camino termina siendo inverso. Sobre esto hablaremos más adelante¹⁴²⁵.

Esto nos conduce a la posición que ve al Derecho como construido en su praxis interpretativa/aplicativa, es una visión negadora de que lo jurídico tenga una esencia consistente preestablecida al tratamiento práctico de los casos que en sede jurídica se deciden. El Derecho, por tanto, ya no se corresponde con lo que es el Derecho dado antes de la decisión, sino que es la suma de lo así dado más lo construido con ocasión del proceso decisorio mismo.

El planteamiento más radical es el de algunos de los autores del llamado *realismo jurídico*¹⁴²⁶, o el que HART denomina *escepticismo ante las normas* (*rule-skeptics*, por oposición al escéptico ante los hechos *fact-skeptics*), para quienes el nombre de Derecho lo merece sólo lo que los jueces deciden. Mientras que la ley, el enunciado

¹⁴²⁵ Ver *infra* parágrafo 34 (“La aplicación del Derecho. Las conclusiones lógicas en el Derecho”).

¹⁴²⁶ Los realistas norteamericanos son los que llegan a la frontera de la postura escéptica. Se trata de un movimiento en contra del llamado *formal style*, que ellos opinan debiera ser reemplazado por un renacimiento del *grand style*. Sus características son: a) primacía de la razón o principios tras la regla, b) apelación al llamado *situation sense* (verdadero entendimiento de los hechos y la correcta evaluación de los mismos), c) hace referencia a la secuencia de reglas, decisiones y a la guía provista para el futuro, d) la búsqueda equivale a la adecuación con el propósito, e) se orienta hacia el futuro pues toma en cuenta las consecuencias que producirán sus decisiones. (Conf. URSÚA, JOSÉ FRANCISCO; *op. cit.*, pág. 264).

legal previo a esa decisión, nada es y, si acaso, cuenta sólo en cuanto psicológicamente influya en el juez que decida el caso.

Otra forma de dar cuenta gráficamente de este tipo de ontología jurídica consiste en presentar el texto legal, la norma legislada, como mero boceto de decisiones judiciales futuras, como simple propósito genérico y altamente indeterminado que necesita concreción para tornarse derecho efectivamente operativo, como apunte que, todo lo más, delimita con amplitud las fronteras dentro de las que acontecerá ulteriormente, y en cada caso, la opción judicial, pero sin proporcionar aún una auténtica pauta decisoria.

El intérprete ya no es contemplado como pasivo servidor de la norma que le precede, sino como quien la transforma en regla decisoria al optar por una u otra interpretación de la misma. Semejante idea del Derecho como la suma, variable, de lo dado y lo construido conduce, como se ve, a una concepción de lo jurídico como praxis, como actividad productiva del propio objeto que rige esa praxis. Ahora, un principio como el de *la idea del Derecho*, no puede ser derivado de la experiencia, sino que, a semejanza de otros principios éticos, es un postulado metafísico basado en la intuición, y descansa en una falsa psicología, ya que las necesidades y deseos difieren cualitativamente y son mutuamente inconmesurables, se conjugan en un proceso irracional de motivación.

Ahora bien, lo que varía es la concreta calificación de esa praxis, el modelo explicativo o la analogía que de ella se haga. Tal variedad de modelos podemos ejemplificarla aquí en tres: el Derecho como praxis decisionista, ideológica o hermenéutica¹⁴²⁷.

El modelo *decisionista* tiene una de sus expresiones más terminantes en CARL SCHMITT, quien traza una ecuación entre Poder y Derecho y concibe todo Derecho como decisión y toda decisión como acto de poder (“*Soberano es aquel que decide sobre el estado de excepción*” y “*El orden jurídico, como todo orden, descansa en una decisión, no en una norma*”), de dominio y esto no sólo para la decisión legislativa, sino también para la judicial; como se muestra en la aversión de SCHMITT a cualquier intento de ligar la decisión

¹⁴²⁷ En ésta clasificación se sigue, en lo sustancial, la construcción de GARCÍA AMADO. Conf. GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO; *Filosofía hermenéutica y derecho*, cit., págs. 7 a 9.

judicial con esquemas de racionalidad práctica o con algún tipo de determinación axiológica¹⁴²⁸.

Un planteamiento decisionista más matizado, y sin las connotaciones del de SCHMITT, es el de la *tópica jurídica*¹⁴²⁹, la cuestión central en el Derecho es lo que llama la aporía fundamental de qué sea lo justo aquí y ahora en la resolución del concreto problema que se presenta. El Derecho tiene su razón de existir en la decisión de casos conflictivos y esa decisión está constitutivamente orientada a la búsqueda de la solución mejor para el caso. El carácter tópico de esta praxis estriba en el intercambio de argumentos entre las partes, que pretenden inclinar de su lado la balanza judicial, consiste en echar mano de lugares comunes o tópicos, que son todos aquellos argumentos en los que se condensa el saber y las opiniones que en Derecho rigen en un lugar y época determinados y que gozan de consenso general o entre especialistas. La ley misma, la invocación ya sea de su tenor, ya de sus fines, ya de las intenciones de su autor, *et sit cétera*; no son sino tópicos cuya fuerza depende de su aceptación en una determinada tradición jurídica. La contienda, la ganará en cada caso quien más y mejores tópicos haya sabido manejar y haya resultado con ello más convincente o persuasivo.

El segundo modelo –siempre según GARCÍA AMADO– es el del Derecho como *praxis ideológica*, atribuyendo al término ideología aquí su parentesco con falsa consciencia. Toda sustancialización de lo jurídico, cualquier intento de objetivar un ser del Derecho ya sea en datos, ya en procedimientos o métodos; no serviría a más fin que el de disfrazar la verdadera sustancia de lo jurídico, que es en realidad la ausencia de una

¹⁴²⁸ SERRANO, ENRIQUE; *Derecho y orden social. Los presupuestos teóricos de la teoría jurídica de Carl Schmitt*, en Isegoría, Revista de Filosofía Moral y Política nro. 36, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid (España), enero-junio 2007, págs. 125 a 141.

¹⁴²⁹ Sobre la *tópica*, las dos grandes contribuciones de la antigüedad son la *Tópica* de ARISTÓTELES, que era una de las seis obras de que se componía el *Organon*, donde los argumentos se dividen en dos clases, los dialécticos –los de la *tópica*– y los apodícticos. Aquellos se diferencian de estos en que parten de lo simplemente opinable, o verosímil, y no de proposiciones primeras o verdaderas.

La otra obra es la *Tópica* de CICERÓN, de origen estoico, que distingue entre la invención y la formación de un juicio; la *tópica* surge en el primero de los planos, de la obtención de argumentos, un argumento es, para CICERÓN, una razón que sirve para convencer de una cosa dudosa. Los argumentos están contenidos en los lugares o *loci* (*topoi* en los griegos), que son el depósito de los argumentos; la formación del juicio, por el contrario, consiste en el paso de las premisas a las conclusiones.

En cuanto parte de la retórica, la *tópica* tuvo una considerable importancia en la formación hasta el medioevo. La retórica era una de las siete artes liberales, que integraba junto a la gramática y la dialéctica (la lógica medieval) el *Trivium*. El modo de pensar tópico aparece como contrapunto del modo de pensar sistemático-deductivo de la geometría euclídeana.

Su pérdida de influencia devino con el triunfo del racionalismo y la irrupción del método matemático-cartesiano.

sustancia propia y su reflejar los designios del puro poder, de la dominación efectiva; que es, según el autor de que se trate y en proporción diversa, dominación económica, dominación personal y dominación simbólica. Es la postura de marxistas y foucaultianos.

El tercer modelo, el *hermenéutico*, importa que, la interpretación, en sentido amplio, prácticamente agota el alcance de lo jurídico. Pero bien entendido que por interpretación se entenderá en todo caso algo bastante más complejo que la mera atribución de significado lingüístico a un texto. La hermenéutica filosófica, impulsada principalmente por GADAMER, impugna el objetivismo referencial, el cientificismo y la pretensión semántica de la analítica¹⁴³⁰. Interpretación es la denominación que se da a una operación en que se ponen en relación y obtienen su síntesis en una fórmula superior y abarcadora toda una serie de datos contrapuestos. Se ve por algunos autores aquí, la característica definitoria del Derecho, de un Derecho que es, a partes iguales, praxis prudencial y labor cognoscitiva; pero siempre como conocimiento guiado por la ponderación del caso concreto y de algo que no está exactamente en el texto legal, sino más allá o más acá de él. Aquí podemos incluir entre los autores que hemos venido reseñando a lo largo de estas líneas a KAUFMANN y LARENZ. Esta corriente nos interesa por sus cultores, que seguimos en el presente trabajo, y por su contenido, que aceptamos en alta medida. En el cemento que abrevamos a su respecto, introducimos algunas cuestiones, huelga decir que esta construcción es de una alta complejidad y en modo alguno puede aquí hacerse un análisis relativo a ella.

En la hermenéutica, la captación de un sentido lingüístico supone también una autocomprensión del mismo sujeto que comprende. Quien realiza el acto de comprensión se adentra en un horizonte cognoscitivo, la reflexión metodológica no debe limitarse al objeto, sino que ha de integrar al sujeto, pues se entiende al Derecho como más que la ley, de donde no es una mera situación, y por ello no puede ser objeto de un conocimiento independiente del sujeto. El Derecho viene a ser el producto de un proceso de realización y despliegue de sentido. El juez no recibe

¹⁴³⁰ GADAMER, HANS GEORG; *Verdad y Método* (trad. Agud Aparicio y R. de Agapito), Sígueme, Salamanca, 1977, *passim*.

“...sus criterios de decisión sólo de la ley... (pues) inconscientemente sigue dependiendo de sí mismo.”¹⁴³¹

La hermenéutica, si bien no tiene un perfil homogéneo y adopta metodologías y estructuras diferentes, siguiendo a la línea alemana a su respecto, en la que se enroscan ARTHUR KAUFMANN, JOSEPH ESSER y WINFRIED HASSEMER¹⁴³²; podemos entender que no se reduce a un mero método para la interpretación de un texto, ahora la mecánica es más amplia, el texto sobre el que se labora no se considera aislado sino dependiente de la interpretación a que es sometido; dicho de otra forma, el intérprete re-crea al texto.

Dirigido específicamente a lo jurídico, la hermenéutica, obviamente, choca de plano con el legalismo o normativismo analítico, la propuesta de aquella implica entender al Derecho como vivido (i.e. como acción o práctica social); y consecuentemente priorizan su faz jurisprudencial o consuetudinaria. Ahondando en esto, su campo no reclama el sentido del Derecho en su totalidad, sino las acciones concretas a analizar para resolver los conflictos concretos y entender en los daños específicos, las acciones sobre las que se opera son siempre concretas e individuales, aquí y ahora.

La comprensión hermenéutica del Derecho campea principalmente en la pragmática (i.e. en las modalidades de uso del lenguaje), por opuesto a la jurisprudencia analítica que opera en la dimensión semántico- referencial,

“...para la hermenéutica jurídica, las condiciones de un tratamiento correcto de textos normativos se encuentran a un nivel más básico que el semántico. Exactitud, precisión y consistencia como tales no significan aun ninguna garantía de corrección, sino que son condiciones previas.”¹⁴³³,

a ello agrega KAUFMANN que

“...no existe una rectitud del derecho al margen del procedimiento de decisión, sino que ha de alcanzarse en este mismo procedimiento: a través de la reflexión y de la argumentación, mediante la intersubjetividad y el consenso de los implicados.”¹⁴³⁴

Desde ésta óptica no es posible hablar de objetividad del discurso jurídico.

¹⁴³¹ KAUFMANN, ARTHUR; *Teoría de la justicia. Un ensayo histórico problemático*, en Anales de la Cátedra Francisco Suárez nro. 25, Granada, 1985, pág. 57.

¹⁴³² HASSEMER, WINFRIED; *Hermenéutica y Derecho*, en Anales de la Cátedra Francisco Suárez nro. 25, Granada, 1985, pág. 63 y ss.

¹⁴³³ HASSEMER, WINFRIED; *Hermenéutica y Derecho*, cit., pág. 67.

¹⁴³⁴ KAUFMANN, ARTHUR; *Teoría de la justicia...*, cit., pág. 58.

Existe, entendemos, un exceso que no acompañaremos de esta corriente, y es la eliminación de la dimensión referencial del lenguaje, pues el holismo de la hermenéutica conduce a confundir aquello de lo que se habla, con lo que se dice sobre eso,

“...de este modo, si no se distingue entre el sujeto y el predicado, entre la referencia y el sentido, no es posible distinguir tampoco entre verdad y error, y todo se reduce a predicados sin sujeto o a significaciones sin referencia; es claro aquí que no existe posibilidad de diferenciar la realidad de la apariencia y todo queda dramáticamente reducido a diálogos entre interpretaciones, sin posibilidad de verificación o confutación en conexión con una realidad que se ha perdido irremisiblemente...”¹⁴³⁵

La hermenéutica jurídica, como consecuencia de esto último deja en su camino numerosas aporías y perplejidades, precisamente por su reduccionismo lingüístico.

“Lo que otorga a la hermenéutica el estatuto de una *prima philosophia* de nuestro tiempo es probablemente la virtual omnipresencia del fenómeno interpretativo, que está en el orden del día de la filosofía a más tardar desde que NIETZSCHE se percató del perspectivismo univesal (‘no hay hechos, sino interpretaciones’). NIETZSCHE es tal vez el primer filósofo moderno que sensibilizó la conciencia para percibir el carácter fundamentalmente interpretativo de nuestra experiencia del mundo.”¹⁴³⁶

De lo dicho se deduce un aspecto que no acompañaremos de la crítica hermenéutica al positivismo analítico, en que este último en la interpretación, tome como punto de partida objetos originarios y predeterminados, anteriores a la interpretación misma. Entendemos que es cierto que la interpretación se acerca desde el exterior al objeto interpretado, y allí sí tiene cauce la construcción hermenéutica en su referencia, en su lenguaje de interacción, de sentido intersubjetivo contextual, que guiando al intérprete constituye un vínculo en la confrontación de la obra de adscripción de los significados.

De la hermenéutica jurídica cabe rescatar para estas líneas la relevancia otorgada a lo subjetivo y su importancia respecto del objeto cognoscible, pero la relevancia desmesurada del sujeto, amenaza por conducir el pensamiento al puro subjetivismo,

“...el evidente punto débil del método hermenéutico propuesto por GADAMER consiste en que permite un acuerdo entre el texto y el lector –vale decir, una

¹⁴³⁵ MASSINI CORREAS, CARLOS I.; *Filosofía del Derecho*, t. III, cit., pág. 39.

¹⁴³⁶ GRONDIN, JEAN; *Introducción a la hermenéutica filosófica* (trad. A. Ackermann Pilári), Herder, Barcelona, 1999, pág. 21.

correspondencia entre el sentido del texto que se presenta en apariencia como objetivo y el subjetivo y personal convencimiento del lector- (hasta allí acompañamos, agregamos), pero no garantiza de ningún modo la exactitud del entender; en efecto para esto debería suceder que la comprensión alcanzada correspondiese de modo plenamente adecuado al significado objetivo del texto en cuanto objetivación del espíritu. Sólo de este modo podría afirmarse asegurada la objetividad del resultado, sobre la base de un atendible proceso de interpretación. No es difícil demostrar, por el contrario, que al método propuesto se le escapa la instancia de la objetividad.”¹⁴³⁷

El proceso de conocimiento interpretacional queda atrapado en la inmanencia del sujeto individual o en el acuerdo o consenso alcanzado a través de una “acción comunicativa” o práctica dialógica.

Para ARTHUR KAUFMANN la decisión judicial es ajuste de norma legal y hecho vital real. Un tal ajuste, una tal asimilación, un tal poner-en-correspondencia *deber* y *ser* presupone, sin embargo, la existencia de un *tertium* en el que coinciden y se dan la mano la idea, la norma y el hecho, un *mediador entre deber y ser*. En el proceso de la decisión judicial, dicho *tertium* es el “*sentido*” en el que idea, norma y hecho vital tienen que ser idénticos, a fin de que puedan ser respectivamente puestos «en correspondencia» (identidad de la relación de sentido). A este sentido se le denomina también «*naturaleza de las cosas*». La «naturaleza de las cosas» es el topos en el que ser y deber se encuentran: el lugar metódico de la relación («correspondencia») de realidad y valor¹⁴³⁸.

Necesitamos destacar aun, en alguna medida, un marco más preciso de las corrientes más destacadas, actuales, que analizan la *interpretación* como método.

GARCÍA AMADO, a éste respecto, desinsacula, entre las posibles, tres posiciones, que por su claridad devienen interesantes presentar. Una llamada doctrina estándar de la interpretación, la hermenéutica no gadameriana y las teorías de la argumentación jurídica. El catedrático de la Universidad de León no inventa, en modo alguno, una denominación para el tema, pero su clasificación es clarificante, seguiremos en las breves líneas posteriores su clasificación¹⁴³⁹.

¹⁴³⁷ BETTI, E.; *L'ermeneutica come metodica generale delle scienze dello spirito*, Città Nuova, Roma, 1987, citado por MASSINI CORREAS, CARLOS I.; *Filosofía del Derecho*, t. III, cit., pág. 64.

¹⁴³⁸ KAUFMANN, ARTHUR; *Filosofía del Derecho*, cit., pág. 249.

¹⁴³⁹ GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO; *Filosofía hermenéutica y derecho*, cit., pág. 13.

La primera agrupa a aquellas corrientes que conectan con la teoría tradicional de los cánones, si bien con una mayor conciencia de la entidad real de los problemas interpretativos. Conscientes ya de que la pluralidad de cánones normalmente no confluye en el reforzamiento de una única atribución de significado, sino en la justificación de sentidos distintos para el mismo enunciado legal, de resultados del empleo de diferentes cánones; se confía, sin embargo, en poder elaborar sobre razones dirimientes una jerarquía de cánones, que tiene en su cúspide aquel que mejor refleje el supremo valor que del Derecho se pretende. Ello nos reconduce a la discusión acerca de la prelación entre los diversos tipos de interpretación propuestos por SAVIGNY¹⁴⁴⁰.

Actualmente, los planteamientos más influyentes en el tema de la racionalidad de la interpretación y aplicación del Derecho provienen de las llamadas teorías de la argumentación jurídica, que tienen en ROBERT ALEXY y NEIL MACCORMICK sus más destacados representantes. Sin perjuicio de volver sobre el tema más adelante, aunque siempre desde un margen pues no es el centro de la discusión que nos hemos propuesto, baste señalar que abocan la racionalidad posible del resultado interpretativo no a su coincidencia con una verdad previa o un indubitado significado objetivamente preestablecido, sino a la calidad y fuerza de convicción intersubjetiva de las razones con las que el intérprete avale cada una de las opciones que acontecen a lo largo del razonamiento mediante el que sienta el significado de un enunciado legal¹⁴⁴¹.

En lo que hace a la filosofía gadameriana, GARCÍA AMADO destaca que “...no se presenta directamente como teoría de la decisión valorativa racional, sino como indagación de la dimensión ontológica del comprender. Así se explica que los postulados básicos de su obra *Verdad y método* se expresen en fórmulas como la de que ‘el ser, en cuanto puede ser entendido, es lenguaje’, o que ‘todo entender es siempre un interpretar’... la filosofía hermenéutica de GADAMER intenta mostrar esa dimensión esencial de la estructura ontológica del ser humano que viene dada por el comprender. ‘Su tarea -dice GADAMER- no es desarrollar un procedimiento de la comprensión, sino iluminar las condiciones bajo las cuales se comprende’...la filosofía hermenéutica se limita a describir, a mostrar las condiciones de la interpretación, de la comprensión textual, mientras que no da reglas sino

¹⁴⁴⁰ Ver *infra* parágrafo 34 (“La aplicación del Derecho. Las conclusiones lógicas en el Derecho”).

¹⁴⁴¹ La obra de referencia indiscutible a éste respecto es la monumental propuesta de ROBERT ALEXY: *Teoría de la argumentación jurídica*.

sumamente generales acerca del modo como ésta debe transcurrir -lo esencial en las «ciencias del espíritu» no es la objetividad, sino la relación habitual con el objeto-, en cuanto realizada por sujetos libres, así entiende también que existe un paralelismo con el ámbito de la razón práctica: una filosofía moral jamás podrá sustituir por puros conocimientos teóricos el momento de la decisión en que el sujeto concreta y aplica principios teóricos generales ante una situación concreta.»¹⁴⁴²

En síntesis, la teoría hermenéutica de GADAMER se plantea, pues, como enfoque teórico frente a la praxis de la interpretación, con lo que su papel para la praxis interpretativa se limita a hacer tomar conciencia de lo que en tal praxis ocurre, pero no a determinar de modo preciso lo que en ella ha de ocurrir.

Visto el esquema preresñado, retornemos a KAUFMANN, autor que en importante medida seguimos en las digresiones que hacen a las ideas de interpretación y creación normativa. El discípulo de RADBRUCH ha mostrado cómo la mediación constitutiva del sujeto a la hora de determinar el sentido de un texto que, como el legal, ha de ser "aplicado", impide considerar que la norma positiva escrita sea, sin más, el Derecho, que la ley sea una normación autosuficiente de la que quepa un conocimiento objetivo y a partir del cual la aplicación sea una mera subsunción.

Por el contrario, el sentido de las normas se determina para cada caso mediante el ir y venir de la mirada entre la norma general y el caso concreto. Ello se encuentra flanqueado por el horizonte hermenéutico del sujeto, por el bagaje lingüístico y cognitivo previo con que se enfrenta a la interpretación de cada ley para la solución de cada caso y que constituye su precomprensión de aquélla y de éste, como auténtica condición de toda posible comprensión. Lo que verdaderamente sea el Derecho está mediado siempre por el acto subjetivo de su interpretación, de modo que la ley no constituye sino el "hecho bruto" a partir del cual la verdadera normatividad jurídica se modelará en cada caso en el acto de la comprensión. La cuestión central al tratar de la decisión jurídica ya no será cómo deducir lógicamente el Derecho a partir de las normas, sino

¹⁴⁴² GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO; *Filosofía hermenéutica y derecho*; ibídem.

"cómo puede el derecho ser *hermenéuticamente comprendido* partiendo del lenguaje histórico vivo en el proceso de comprensión, no cabe una «corrección objetiva» del derecho fuera del tal proceso”¹⁴⁴³

La necesaria transparencia, que evite la arbitrariedad, se consigue mediante un proceso reflexivo de argumentación, es decir, mediante la intersubjetividad y el consenso, mediante la discusión y comunicación responder a la pregunta central de la metodología normativa de la interpretación jurídica, la de cómo debe proceder el intérprete para que los frutos de su interpretación sean objetivamente correctos o, al menos, para que no puedan reputarse de perfectamente subjetivos y caprichosos, lo cual, en Derecho, no lo olvidemos, suena a peligrosísima arbitrariedad que pone en cuestión nuestra seguridad en tanto que ciudadanos bajo el imperio de la ley.

No debemos perder de vista que se plantea aquí un reforzamiento de una ontología jurídica que ve al Derecho como objeto en permanente constitución en un proceso circular entre una creación normativa que es siempre interpretación; y una interpretación de enunciados normativos que es siempre, también, creación normativa. Por otro lado, la tensión entre la conciencia de que con esos mismos presupuestos ontológicos pierde buena parte de su sentido la pretensión de una teoría normativa de la interpretación jurídica, es en éste punto donde claramente, se presenta el que hemos dado en llamar *ámbito indeterminado o libre de valoración jurídica*. Si bien ha de subyacer el deseo de no renunciar por completo a la indicación de reglas que nos preserven de la arbitrariedad o el subjetivismo del intérprete judicial –algo acerca de lo cual indicaremos algunas pautas al final de este Capítulo–, no podemos dejar de señalar que su profundización no hace a nuestro ángulo de estudio.

¹⁴⁴³ KAUFMANN, ARTHUR; *Filosofía del Derecho*, cit., págs. 99 a 101, 172 a 173 y 278 a 279.

“Los juicios adelantan con rapidez cuando el juez
ya ha dictado la sentencia de antemano.”*

§34.- La aplicación del Derecho. Las conclusiones lógicas en el derecho.

La inevitabilidad de la interpretación. Vinculación conceptual entre interpretación y aplicación. Rechazo de la tesis positivista de aplicación como mera subsunción. Fuerza y alcance de la norma en la toma de decisiones. Rechazo de la concepción lógica de la aplicación del Derecho. Rechazo de la relación meramente semántica entre ley y fallo. Justificación interna y externa de un fallo. Problemas de prueba. Problemas de calificación. Premisa normativa: problemas de interpretación en sentido estricto y problemas de determinación de la norma aplicable. Las conclusiones lógicas. Aplicación del Derecho. Creación del Derecho. modus barbara. Libre creación del Derecho. Método jurídico y conclusiones. Conclusiones categóricas, modales, hipotéticas, disyuntas y conjuntivas.

Algo que ha de restar claro es que, la actividad interpretativa puede ser llevada a cabo por cualquier persona, es suficiente con asignar un significado a un texto normativo.

Sin embargo, hasta aquí nuestro análisis se ha focalizado en una especie de interpretación: la *interpretación judicial*, que es la que efectúan los órganos jurisdiccionales antes de aplicar el Derecho. Ello no ha sido una digresión al azar, sino que la relevancia dada a la especie señalada de interpretación deviene del interés que tenemos en la intelección que de los textos normativos hacen los individuos que se dedican a la *aplicación* del Derecho: los jueces¹⁴⁴⁴.

Que la interpretación sea una etapa inevitable de la aplicación del Derecho, no es pacíficamente aceptado, se ha llamado a aquella, “tesis de la inevitabilidad”, conforme con ello, las normas no se aplican por sí mismas sino que siempre es necesaria una decisión interpretativa acerca de la aplicabilidad de una determinada norma¹⁴⁴⁵.

* SCOTT, WALTER; *Ivanhoe*, (trad. Guillem d’Efak), Editorial Bruguera, Barcelona, 1979, pág. 399.

¹⁴⁴⁴ Atendiendo al sujeto que la realiza, podemos decir que existen interpretaciones: a) *auténtica*, que es la llevada a cabo por el mismo autor del texto normativo objeto de interpretación, en un sentido estricto se habla en éste sentido en los casos en que el Legislador que ha aprobado una ley, incluye su interpretación en otra ley posterior; b) *oficial*, que es la que realizan algunos órganos del Estado en el ejercicio de sus funciones; c) *doctrinal*, que es la llevada adelante por quienes se dedican a la dogmática jurídica, son quienes sistematizan las normas de una determinada materia, este tipo de interpretación no se efectúa con el solo interés de informar el Derecho vigente de una comunidad, sino con la intención de influir en los órganos judiciales a la hora en que estos realicen su interpretación; y d) *estratégica*, que es la que llevan a cabo las partes en un proceso con la intención de convencer al órgano decisor de que resuelva en el sentido por ellas defendido.

¹⁴⁴⁵ NAVARRO, PABLO; *Acerca de la inevitabilidad de la Interpretación*, cit., pág. 100.

En éste sentido, se analiza la interpretación como una actividad¹⁴⁴⁶, de donde, en ocasiones, se comprende el significado de algo sin desarrollar ninguna actividad especial (sin interpretar), por caso, cuando las convenciones semánticas son muy sólidas, cuando se apunta a los casos centrales de aplicación de una palabra en contextos típicos, *et sit cétera*. Por el contrario, en otras oportunidades esto no es posible, y debe llevarse a cabo una actividad compleja (interpretación) para comprender el significado. Esta tesis entiende que no hay vinculación conceptual entre la aplicación y la interpretación del Derecho; existe, en cambio, una vinculación conceptual entre ambas y la identificación del Derecho. Sería posible entonces aplicar el Derecho sin interpretar, pues el significado del texto se “comprende” sin necesidad de interpretar (se lo identifica sin necesidad de interpretar). Se ha señalado, que por ésta vía, es posible aplicar el Derecho sin interpretar en los casos que WITTGENSTEIN denominara *seguimiento de reglas*, identificando la regla (comprendiendo su significado), no hay necesidad de efectuar una actividad interpretativa¹⁴⁴⁷.

Lo que soslaya esta tesis denominada de la *concepción lógica de la aplicación del Derecho* (típica de los juristas dogmáticos que consideran que la identificación del Derecho es una cuestión de “seguir las reglas”, como si no hiciera falta interpretar), es que al momento de “seguir las reglas”, lo que se viene a expresar es una opción interpretativa sobre la que han operado consideraciones de índole axiológica para su elección, es decir, se ha optado por una suerte de interpretación literal del texto.

“Las normas no pueden reivindicar por sí mismas sus propios ejemplos, y los hechos no aguardan a los jueces etiquetados claramente con las reglas que les son aplicables. Las normas no pueden aplicarse por sí mismas, y aun en el más claro de los casos, un ser humano debe aplicarlas.”¹⁴⁴⁸,

además, la determinación que la norma plantea nunca es completa la norma de rango superior no puede determinar en todos los sentidos el acto mediante el cual se la aplica. Siempre permanecerá un mayor o menor espacio de juego para la libre discrecionalidad, de suerte que la norma de grada superior tiene, con respecto del acto de su aplicación a través

¹⁴⁴⁶ La interpretación como resultado no parece traer complicaciones, pues sostener que la comprensión del significado de la norma es necesaria para poder aplicarla es una trivialidad. La aplicación de una norma presupone la comprensión de su significado, si la norma es un significado, entonces se sigue que no es posible aplicar éste sin haberlo comprendido previamente.

¹⁴⁴⁷ NAVARRO, PABLO E.; BOUZAT, ANDRÉS y ESANDI, LUIS M.; *op. cit.*, pág. 679.

¹⁴⁴⁸ HART, H. L. A., *Problems of the Philosophy of law*, citado por NAVARRO, PABLO; *Acerca de la inevitabilidad de la Interpretación*, cit., pág. 100.

de la producción de normas o de ejecución, el carácter de un marco que debe llenarse mediante ese acto;

“La sentencia judicial no tiene, como se suele suponer, un carácter meramente declaratorio. El tribunal no tiene sólo que descubrir y reformular un derecho ya concluido como creación y fijo, cerrado ya el proceso de su producción. La función del tribunal no es un mero descubrimiento y formulación del derecho, y en este sentido, declaratoria.”¹⁴⁴⁹

Para Kelsen, en cada grada del ordenamiento jurídicos, desde la ley a la sentencia, hay, simultáneamente, creación y aplicación del Derecho, ya que, si bien la determinación de la producción de una norma inferior por una superior puede tener diversos grados, esta determinación nunca puede ser tan limitada que el acto en cuestión no pueda ser considerado ya como un acto de aplicación del Derecho, y tampoco puede ampliarse tanto que el acto no pueda ser considerado como un acto de producción del Derecho.

Particularmente el positivismo jurídico se aferra a concepciones que entienden que la aplicación es

“... la actividad tendiente a determinar que un determinado caso individual ha acontecido (se ha probado que x asesinó a Gandhi, por ejemplo), que tal caso individual se subsume en un determinado caso genérico (en el caso de homicidio político, por ejemplo), que existe una norma que estipula una determinada consecuencia jurídica genérica (la pena de muerte, por ejemplo) para ese caso genérico, y que, por todo ello, x debe ser pasible de una consecuencia jurídica individual (debe ser ejecutado), consecuencia individual subsumible en la consecuencia jurídica genérica antedicha.

“De esta forma, la ‘aplicación’ incluye a (o requiere de) la ‘interpretación’; a contrario, la interpretación no incluye a (o no requiere de) la aplicación.”¹⁴⁵⁰

Construcción que no acompañamos en ésta propuesta como se verá en lo que sigue.

Se ha dicho que una adecuada reconstrucción de la aplicabilidad de las normas tiene que distinguir dos sentidos de la afirmación “La norma N se aplica al caso C”:

a) al hecho de que el caso C es regulado por la norma N (C está comprendido en el *alcance* de la norma), y b) la norma N debe ser tomada en cuenta en la solución del caso C (la norma

¹⁴⁴⁹ Kelsen, Hans; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 247.

¹⁴⁵⁰ Alonso, Juan Pablo; *op. cit.*, pág. 4.

tiene *fuerza* para imponer una solución). Como ya se mencionara¹⁴⁵¹, el *alcance* de la norma es el conjunto de casos a los que ella se aplica, y la *fuerza* de una norma jurídica puede entenderse a la aptitud que tienen para justificar decisiones institucionales¹⁴⁵². Es interesante señalar que en la práctica jurídica, se asume que las normas imponen soluciones para los casos a los que se aplican, ello implica que por lo general se presupone sin mayores discusiones que las normas del sistema jurídico pueden justificar una decisión cuando ella regula el caso de que se trata,

“De esta manera, aunque la teoría de la inevitabilidad de la interpretación podría entenderse como una afirmación acerca de la necesidad de tomar una decisión interpretativa acerca del alcance y/o la fuerza de una norma, normalmente las polémicas interpretativas se presentan únicamente como una discusión acerca del alcance de las normas... es frecuente que cuando el intérprete considera inadecuada la solución que la decisión del legislador ha establecido para un determinado caso, se intente una reducción teleológica del alcance de la norma en lugar de debatir sobre su fuerza normativa.”¹⁴⁵³,

el argumento del intérprete, según esto último, procura fundamentar una decisión que establece o que la norma no regula el caso o que éste último está regulado a la luz de otros estándares diversos que la regla, pues de seguir a aquella, la solución que la misma ofrece implicaría una valla insorteable para el órgano de aplicación, el cual ciertamente no halla corrección en la solución aportada.

El positivismo analítico destaca que el *alcance* de una norma general puede variar según las normas sean simples o complejas¹⁴⁵⁴. En el caso de una norma simple, ellas resuelven *prima facie* todos los casos elementales expresamente mencionados por el Legislador, la norma siempre resuelve un cierto caso elemental porque así lo decide expresamente el Legislador. El alcance de una norma está determinado por lo que dice expresamente aquel, si es verdad que dice lo que intenta decir (la conexión entre normas simples y casos elementales refleja las intenciones de la autoridad); en el caso de las

¹⁴⁵¹ Ver *supra* parágrafo 29 (“La norma jurídica”).

¹⁴⁵² NAVARRO, PABLO; *Acerca de la inevitabilidad de la Interpretación*, cit., pág. 107. La cuestión se vincula con las normas como razones para la acción, ver *supra* parágrafo 29.1 (“Las normas en términos de ‘razones para la acción’”).

¹⁴⁵³ NAVARRO, PABLO; *Acerca de la inevitabilidad de la Interpretación*, cit., pág. 108.

¹⁴⁵⁴ Para ésta distinción ver *supra* parágrafo 28.1 (“El sistema jurídico como sistema normativo”).

normas complejas, como estas mencionan sólo alguna propiedad relevante, la cuestión no deviene tan sencilla,

“...la pregunta es acerca de si una propiedad que el legislador no ha considerado expresamente puede subsumirse en el alcance de otra propiedad que la autoridad ha resuelto explícitamente.”¹⁴⁵⁵

La aplicación de las normas se presenta entonces por *subsunción simple* para el caso de las normas simples o por *subsunción genérica* para el caso de las normas complejas.

Nosotros ya hemos criticado *supra* el esquema de sistema jurídico positivista¹⁴⁵⁶, pero vale la pena recalcar la relevancia otorgada a la interpretación jurídica hasta aquí: no es posible determinar los casos genéricos que regula una norma (sea simple o compleja –esta distinción sí es útil) sin una decisión interpretativa. Las propiedades que pueden presentar los eventos son innumerables, la conexión entre casos y normas depende de nuevas decisiones interpretativas que ayuden a esclarecer las intenciones de la autoridad o las nuevas necesidades sociales, ello no empece a que, siendo el alcance de una norma una función de lo que dice expresamente el Legislador, entonces dichas circunstancias no pueden ser soslayadas al momento de decidir (sea que fueran mencionadas o que expresamente se las haya excluido de la regulación de la norma); el problema del positivismo es que excluye de su balance de razones los demás estándares que son tenidos en cuenta al decidir por los tribunales.

Para rebatir las posiciones que esgrimen argumentos como los que aquí defendemos, el positivismo inserta la noción de que el intérprete se encuentra en una situación similar a la del Legislador, pues no puede tampoco prever todas las combinaciones de propiedades que podrían ser relevantes para determinar el alcance de una norma general.

“La misma situación de relativo desconocimiento del futuro e indeterminación de propósitos incide tanto en la decisión del legislador como así también en las decisiones interpretativas... De este modo, si el legislador no puede determinar el alcance de una norma compleja ya que no puede anticipar todas las combinaciones

¹⁴⁵⁵ NAVARRO, PABLO; *Acerca de la inevitabilidad de la Interpretación*, cit., pág. 112.

¹⁴⁵⁶ Ver *supra* parágrafo 28.1 (“El sistema jurídico como sistema normativo”).

de propiedades que deberían tenerse en cuenta, entonces ese alcance tampoco puede fijarse mediante decisiones interpretativas.”¹⁴⁵⁷,

esta afirmación apodíctica pero propia de un argumento de autoridad, no se sostiene, pues precisamente las normas generales se tratan de previsiones amplias para supuestos no acaecidos, como ya se explicara *supra*¹⁴⁵⁸; en tanto que la tarea del intérprete es circunstanciada y para el caso individual, es la concreción en lo particular de la previsión legislativa general, de allí que sostener que el intérprete no puede determinar todas las combinaciones de propiedades es desechable. Precisamente él cuenta con todas las propiedades relevantes a ponderar para el caso, distinto sería que se hablara de una interpretación académica o doctrinal, pero no es de ésta clase de interpretación a la que nos referimos en éste texto.

La indeterminación de las decisiones interpretativas también podría predicarse de la relación del juzgador para con el hecho juzgado, en lo que hace a su conocimiento mediato, no directo, adquirido a través de los medios probatorios analizados al momento de tomar su decisión. El juzgador no conoce en forma absoluta el verdadero acontecer de los hechos, sino que se forma un juicio sobre ello, a través de un proceso fundado precisamente en el análisis de las pruebas que tiene a su alcance; sin embargo no es este el análisis que nos hemos propuesto, y tampoco parece ser de este extremo de donde NAVARRO extrae sus conclusiones.

El horizonte de intencionalidad del Legislador es limitado y siempre existen circunstancias que la autoridad no ha considerado al momento de formular la norma general. El alcance de una norma general es determinado por el intérprete, pues es quien cuenta con todas las circunstancias ponderables del caso.

Claramente, a partir de lo hasta aquí explicado, hemos rechazado la llamada “concepción lógica de la aplicación del Derecho” que es la que defiende que: a) la relación entre el enunciado jurídico –regla- y el fallo que lo aplica, es una relación deductiva, y b) que el juez al decidir un caso deduce el fallo del enunciado jurídico. La “concepción lógica” es falsa, de las premisas, no se deduce su conclusión, existe una falta total de atingencia entre las premisas y la conclusión. Asimismo, la concepción preseñalada, apareja consecuencias absurdas, pues de un conjunto de premisas determinadas, se pueden extraer

¹⁴⁵⁷ NAVARRO, PABLO; *Acerca de la inevitabilidad de la Interpretación*, cit., pág. 113.

¹⁴⁵⁸ Ver *supra* parágrafo 29 (“La norma jurídica”).

infinitas consecuencias y entre esas posibles conclusiones, existen muchos caminos que sería absurdo de calificar como aplicaciones correctas de las premisas.

Para defender una concepción lógica, se ha procurado eliminar las imprecisiones del lenguaje natural, formalizando el argumento de aplicación del Derecho que se pretenda hacer valer como modelo, sosteniéndose que entonces se podría asegurar su carácter deductivo, pues se eliminarían las posibles fuentes de ambigüedad. BONORINO entiende que ello es factible¹⁴⁵⁹, si se procura una “aplicación del Derecho”, y no una “aplicación correcta del Derecho”, pues la lógica quedaría a salvo como instrumento de análisis de los razonamientos mediante los que se aplica el Derecho, aun cuando deba ser complementada con aportes de otros dominios (v.g. epistemología, teoría jurídica, filosofía del lenguaje, *et sit cétera*). Lo cierto es que ello no es aceptable, pues cualquier aplicación del Derecho, aun cuando se recortara la voz “correcta”, acude a otros dominios como el propio BONORINO lo reconoce, lo que de por sí conlleva una claudicación de la concepción lógica; no obstante ello, el recorte prealudido es un mero recurso argumental que nada aporta, pues la aplicación, siempre importa una apelación a enunciados más allá de lo simplemente normativo, como ya se resaltó al estudiar la faz interpretativa, estos estándares diversos, apelan precisamente a la necesidad de una adecuación axiológica de la aplicación de la norma aislada. Avanzaremos más adelante sobre ello¹⁴⁶⁰.

En segundo lugar BONORINO subraya que de rechazarse la concepción lógica, la lógica no se podría utilizar para analizar los razonamientos de aplicación del Derecho, de donde la ciencia jurídica no formularía razonamientos deductivos y, por ende, lógicamente controlables¹⁴⁶¹. Ciertamente estamos de acuerdo con ello, la apelación a la lógica como método de análisis del razonamiento jurídico, entendemos, sólo es viable para pequeños espectros recortados de problemáticas jurídicas –acerca de esto hablamos al referirnos a los sistemas jurídicos como sistemas normativos-¹⁴⁶², pretender que dicho método sea la panacea del análisis jurídico halla fulcro en quienes pretenden para las ciencias jurídicas un aparato metodológico del tipo del de las ciencias formales, sin

¹⁴⁵⁹ BONORINO, PABLO; *Interpretación y...*, cit., pág. 184.

¹⁴⁶⁰ Ver *infra* parágrafo 36 (“La corrección de los enunciados normativos. El Derecho correcto”).

¹⁴⁶¹ BONORINO, PABLO; *Ibidem*.

¹⁴⁶² Ver *supra* parágrafo 28.1 (“El sistema jurídico como sistema normativo”).

entender la especificidad propia de la materia, la que, recurriendo a métodos propios, no por ello pierde en precisión como pareciera ser el temor de éstas posturas¹⁴⁶³.

La relación entre ley y fallo, no es una relación lógica. Tampoco es una relación semántica, esta tesis postula que, un fallo dictado en aplicación correcta de la ley es el que reúne dos requisitos: a) que forme parte de la referencia de la ley y b) que haya sido dictado por el juez competente en cumplimiento de la misma. Según ello, los jueces pueden aplicar el Derecho sin interpretarlo, pues es posible cumplir un enunciado sin entenderlo e incluso sin conocerlo¹⁴⁶⁴. En éste trabajo se rechaza una tal noción, pues claramente es una visión formal de la actividad de aplicación, y no respeta el orden léxico que posee la aplicación respecto de la interpretación del Derecho.

El resultado de la aplicación del Derecho son las *resoluciones judiciales*, en ellas se plasma

“... el resultado de la actividad consistente en decidir casos individuales a partir de normas generales... es posible aplicar tanto normas *prescriptivas* como normas *constitutivas*, si bien el resultado de la operación será obviamente distinto... la aplicación de normas prescriptivas supondrá correlacionar un caso individual con una solución normativa, mientras la aplicación de normas constitutivas supondrá correlacionar un caso individual con otro caso individual.”¹⁴⁶⁵

Las resoluciones judiciales, el fruto de la aplicación del Derecho, deben estar motivadas, es decir basadas de forma argumentada en las normas jurídicas aplicables al caso como así también en una descripción de los hechos convocantes. Las resoluciones judiciales están justificadas jurídicamente, si y sólo si lo están interna y externamente¹⁴⁶⁶.

La *justificación interna* importa que la conclusión (fallo) se derive lógicamente de las premisas (normativas y fácticas). La conclusión se sigue de las premisas a través del llamado *modus ponens*¹⁴⁶⁷. Para la justificación de una decisión jurídica debe aducirse al menos una norma universal, y la decisión ha de seguirse lógicamente de al menos una norma universal junto con otras proposiciones. La justificación interna se refiere a la validez lógica que une las premisas con la conclusión de un argumento.

¹⁴⁶³ Ver *supra* párrafo 1 (“Palabras previas. Sobre la ‘ciencia del Derecho’”).

¹⁴⁶⁴ BONORINO, PABLO; *Interpretación y...*, cit., pág. 185.

¹⁴⁶⁵ MORESO, JOSÉ JUAN y VILAJOSANA, JOSEP MARÍA; *op. cit.*, págs. 176 a 177.

¹⁴⁶⁶ MORESO, JOSÉ JUAN y VILAJOSANA, JOSEP MARÍA; *op. cit.*, pág. 177.

¹⁴⁶⁷ Ver *infra* en éste mismo párrafo.

La *justificación externa* consiste en controlar la adecuación o solidez de las premisas. Resulta menester que la norma contenida en la primera premisa sea una norma aplicable en el sistema jurídico actual de que se trate y que la segunda premisa sea la expresión de una proposición verdadera (sobre este tema avanzaremos más adelante)¹⁴⁶⁸.

Ejemplificando. Si la premisa normativa señala que, a quien abusa sexualmente de persona de uno u otro sexo deben amputársele sus órganos genitales, y la premisa fáctica es que Sempronio ha cometido un abuso sexual, entonces la conclusión será que a Sempronio deben amputársele sus órganos genitales. Desde el punto de vista lógico – justificación interna- el argumento no tiene reproche. Pero desde el punto de vista externo del Derecho Penal argentino, el argumento fracasa en la adecuación de las premisas, porque en relación a éste sistema jurídico el abuso sexual no está penalizado con la pena a que se alude en la primera premisa; también podría fracasar (aunque en el supuesto ello no se da), bien porque con relación al sistema jurídico argentino el abuso sexual no está penalizado o porque Sempronio no abusa sexualmente, o por todas las razones a la vez.

Justificar una *premisa fáctica* del tipo “Sempronio ha abusado sexualmente”, exige despejar dos interrogantes. La primera cuestión tiene que ver con aquello que realmente acaeció, son los llamados *problemas de prueba*. La segunda cuestión tiene que ver con la calificación que corresponde endilgar a la conducta del sujeto, son los denominados *problemas de calificación*.

Los *problemas de prueba*, se relacionan con la reconstrucción del hecho como se dio en la realidad de manera aproximada mediante la introducción al proceso de elementos que sirven de prueba¹⁴⁶⁹. Estas cuestiones no son de interés para nuestro análisis.

Los *problemas de calificación*, por el contrario, sí presentan aspectos que interesan a nuestro estudio. Una vez que, a través de las pruebas incorporadas al procedimiento, se tiene un razonable grado de certeza en torno a cuál fue la conducta del sujeto activo; resta por establecer qué calificación corresponde otorgar a la misma, siempre que correspondiere alguna, pues lo más común es que las personas desarrollen actividades en torno a las cuales el Derecho nada tiene que decir (*adiaphorias*). En éste punto se ponen de resalto todos los problemas que hemos señalado al analizar la estructura de las normas y

¹⁴⁶⁸ Ver *infra* parágrafo 37 (“Derecho y argumentación jurídica como discurso racional”).

¹⁴⁶⁹ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO; *Búsqueda de la verdad...*, cit., pág. 38. ROXIN, CLAUDIUS; *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, pág. 159.

las técnicas de interpretación (v.g. redundancias, vaguedad, textura abierta, ambigüedad, presuposiciones, *et sit cétera*). Si bien a los problemas de calificación se los tacha de “fácticos”, su análisis se halla vinculado a lo que dispone una norma, la que define técnicamente la conducta enrostrada (v.g. el abuso sexual endilgado a Sempronio).

No es una cuestión poco común que, el relato de los hechos probados al que se ha llegado a través de la valoración de las evidencias, consigue un supuesto que se halle en una zona de penumbra en relación con una o varias de las propiedades de la figura típica de que se trate. Cuando ello suceda, el juez deberá tomar una decisión¹⁴⁷⁰. Pueden darse en estos supuestos un tipo de lagunas (de reconocimiento), casos individuales de los que no se sepa si son o no instancias del caso genérico, por falta de determinación de alguna de las propiedades que viabilicen identificar si se da o no dicho caso genérico.

Ahora bien, al justificar la *premisa normativa* pueden surgir dos problemas, de interpretación en sentido estricto y de determinación de la norma aplicable.

Los *problemas de interpretación en sentido estricto* ya han sido señalados, e implosionan ante la necesidad de establecer el significado de las formulaciones normativas que haya que tomar en consideración para resolver el caso de que se trate¹⁴⁷¹.

Los *problemas de determinación de la norma aplicable* se presentan cuando se discrepa acerca de si la norma expresada en el texto jurídico es o no aplicable al caso. Acerca de ésta cuestión ya hemos hablado antes¹⁴⁷².

Corresponde ahora ingresar al análisis de algunas herramientas técnicas necesarias para la comprensión del método jurídico, nos enfrentamos entonces, al problema de entender, en qué medida las *conclusiones lógicas* cumplen un papel en el método de la ciencia jurídica.

La indagación gira en torno a saber qué conclusiones son válidas y cuales no lo son, si son seguras y cuales son sus consecuencias.

Es en este marco donde se presenta la discusión en la problemática de distinguir *aplicación del Derecho* de *creación del Derecho*.

¹⁴⁷⁰ Acerca de esto avanzaremos en el Capítulo VI de éste trabajo.

¹⁴⁷¹ Ver *supra* parágrafos 31 (“La interpretación jurídica”) y 32 (“La interpretación jurídica y la administración de justicia”).

¹⁴⁷² Ver *supra* parágrafo 28.1 (“El sistema jurídico como sistema normativo”).

En una primera aproximación, se *aplica el Derecho* cuando el caso a decidir se halla reglado legalmente, siendo menester solo “subsumir”. La subsunción utiliza como base al *silogismo* (en un sentido estricto), el que importa que a partir de dos juicios categóricos de la estructura más simple, se concluye con un juicio del mismo tipo; con lo cual uno de los conceptos que toman parte en los juicios establecidos como premisas, el concepto medio, no aparece más en el juicio inferido, la conclusión contiene los otros dos conceptos.

Los modos de silogismo se designan con nombres que tienen resonancia latina pero que en verdad son artificiales (v.g.: barbara, camestres, bamalip, felapton, disamis, celarent, ferio, bocardo, entre otros) el módulo se expresa a través de cuatro vocales de nombre que significan:

a = *universal afirmativo* (todos los x son y)

e= *universal negativo* (ningún x es y)

i= *particular afirmativo* (algunos x son y)

o= *particular negativo* (algunos x no son y)

La subsunción utiliza el modo *barbara*

M a P
S a M

S a P

El ejemplo clásico es

Todos los hombres son mortales
Sócrates es un hombre

Sócrates es mortal

La creación del Derecho, más infrecuente que la anterior, se presenta cuando el caso a decidir no se halla enmarcado por ninguna regla legal, pero que tendría que esperarse su ideación teniendo en cuenta el plan del orden jurídico¹⁴⁷³. Esto último se presenta ante un *vacío legal*, no cuando el silencio del ordenamiento es deliberado.

El llenado de las lagunas no es posible por una subsunción sino que precisará de una construcción analógica o a través de la *libre creación del Derecho*. Sin embargo, la aplicación del Derecho no es factible tampoco, mediante simples subsunciones,

¹⁴⁷³ KAUFMANN, ARTHUR; *Filosofía del Derecho*, cit., pág. 137.

aplicación y creación del Derecho no se diferencian según su naturaleza sino por el *grado de extensión legal*¹⁴⁷⁴.

La mayoría de los conceptos legales son susceptibles de extensión, hasta la restricción legal es una extensión pero en menos. Lo que se suele denominar “aplicación del Derecho” es en verdad *creación*. Los tribunales estructuran sus decisiones dando la impresión de que ellas son consecuencia necesaria de reglas preordenadas cuyo significado es fijo y claro; ello puede ser así en los casos sencillos, pero en la mayoría de los casos no existe un único resultado sino que hay siempre una elección,

“únicamente la tradición de que los jueces ‘hallan’ y no ‘crean’ el derecho oculta esto... Las reglas jurídicas pueden tener un núcleo central de significado indiscutido, y en algunos casos puede ser difícil imaginar un debate acerca del significado de la regla... Sin embargo todas las reglas poseen una penumbra de incertidumbre donde el juez tiene que elegir entre alternativas.”¹⁴⁷⁵

El rol de los jueces, quienes pueden hacer determinaciones revestidas de autoridad sobre el hecho de que una regla ha sido transgredida, no puede ser minimizado; las reglas pueden y de hecho son identificadas a partir de las decisiones de aquellos y dichas decisiones se convierten en una “fuente” del Derecho¹⁴⁷⁶.

Ahora bien, para los propósitos de la doctrina del método jurídico y la forma en que se aplica el Derecho, son significativas cuatro conclusiones¹⁴⁷⁷: a) deducción, b) inducción, c) abducción y d) analogía –esta última no sería estrictamente una conclusión lógica-¹⁴⁷⁸. El jurista utiliza estos modos de pensar, pero la doctrina suele resistirlos, pues salvo la deducción las demás formas son *problemáticas*.

En el marco de las conclusiones lógicas uno de los géneros posibles es el que divide en *conclusiones categóricas, modales e hipotéticas*, y que devienen relevantes en lo tocante a nuestra finalidad.

¹⁴⁷⁴ KAUFMANN, ARTHUR; *ibídem*.

¹⁴⁷⁵ HART, H. L. A.; *El concepto de Derecho*, cit., pág. 15.

¹⁴⁷⁶ HART, H. L. A.; *El concepto de Derecho*, cit., pág. 120 y 121.

¹⁴⁷⁷ Se sigue en todo el desarrollo subsiguiente, la obra de Kaufmann. Conf. KAUFMANN, ARTHUR; *Filosofía del Derecho*, cit., págs. 148 a 168.

¹⁴⁷⁸ KAUFMANN, ARTHUR; *Filosofía del Derecho*, cit., pág. 148. Como se verá, el pensamiento penal hace bastante uso de éste tipo de conclusiones, a pesar de las prohibiciones estipuladas monolíticamente en prohibición de las mismas, que hace la normativa penal (v.g. art. 2 Código Procesal Penal de la Nación Argentina).

- I. Las *conclusiones categóricas*, están compuestas de *juicios categóricos* –simples e incondicionalmente válidos-. Dicen sin mediación algo sobre un objeto, no sólo sobre las relaciones entre declaraciones. El ejemplo clásico es el del silogismo.
- II. Las *conclusiones modales* conciernen al modo en que se relacionan sujeto y predicado, se fundamentan en
 - a. *Juicios apodícticos*. Son los que establecen algo como absolutamente necesario o como absolutamente imposible (v.g. Sócrates debe ser castigado con 25 años de prisión por corromper a la juventud; la necesidad de castigo es un “deber ser”, es incondicional).
 - b. *Juicios asertóricos*. Son o no son sin complemento ulterior alguno (v.g. Sócrates es un corruptor de la juventud).
 - c. *Juicios problemáticos*. El ser o el no ser solamente será considerado como posible o probable (v.g. Sócrates podría ser un corruptor de la juventud).
- III. Las *conclusiones hipotéticas*, tienen una premisa donde por lo menos existe un *juicio hipotético* (relación si/entonces: una implicación), se presenta una *conclusión condicional* que se deduce de:
 - a. A partir de varias frases condicionales se deduce una diferente.

Si Sócrates es un corruptor de la juventud, entonces también ha injuriado a Plinio
Si también ha injuriado a Plinio, entonces Platón es su cómplice

Si Sócrates es un corruptor de la juventud, Platón es su cómplice

- b. A partir de un juicio condicional, con ayuda de un juicio categórico sobre otro juicio categórico, las formas son:

1. *Modus ponens*. A partir de la condición se infiere lo condicionado.

Si Sócrates es un corruptor de la juventud, Platón es su cómplice
Sócrates es un corruptor de la juventud

Por lo tanto, Platón es su cómplice

2. *Modus tollens*. A partir de la negación de lo condicionado se infiere la negación de la condición.

Si Sócrates ha actuado forzado por las circunstancias, entonces será absuelto
Sócrates no será absuelto

Por lo tanto, Sócrates no actuó forzado por las circunstancias

Este modo es problemático, ¿cómo puede conducir la negación de la premisa menor –consecuencia jurídica- a la negación de la premisa mayor –supuesto de hecho- cuando ésta contiene también hechos –situación fáctica- que no pueden desaparecer por medio de una operación lógica?

- IV. Las *conclusiones disyuntivas*, donde la premisa mayor es una *disyunción*, se distinguen:
- a. *Disyunción excluyente*. Donde se afirma que una de las premisas es necesariamente verdadera, las otras no obstante son falsas.
 - b. *Disyunción no excluyente*. Por lo menos una de las premisas es verdadera sin que se afirme cuál. Las dos afirmaciones pueden ser verdaderas, pero las dos no pueden ser falsas a un tiempo (pues la conclusión sería falsa).
- V. Las *conclusiones conjuntivas* son conclusiones en las cuales la premisa mayor se compone de un *juicio conjuntivo* (conexión “y”). En los juicios conjuntivos se niega que dos asertos puedan ser verdaderos a un mismo tiempo.

§.34.1. La deducción.

Concluyente. Analítica. Enunciados formalmente verdaderos. Modus ponens. Vinculante. Recepción mayoritaria en la jurisprudencia. Falacia de la afirmación del consecuente. Planos insatisfactorios. La falla del silogismo judicial. Lógicas no monotónicas y lógicas fuzzy para lidiar con los problemas. Enunciados normativos y enunciados preformativos.

La deducción, se ocupa de los argumentos desde el punto de vista de la corrección formal de estos. La *deducción* es una conclusión que parte de lo general a lo particular, parte de la regla (lo general), y por ello es concluyente, pero sin embargo es tan sólo analítica, no amplía nuestro saber.

Se busca el resultado y las premisas pueden ser falsas. Ampliando, si quisiéramos representar la información de la conclusión, nos daríamos cuenta de que no necesitamos añadir nada: la información de la conclusión estaba ya incluida en la de las premisas, lo que explica que se sostenga que el paso de unas a otras es necesario. No es posible que las premisas sean verdaderas y la conclusión no lo sea. En el modo axiomático de deducir, se parte de enunciados formalmente verdaderos (tautologías), y se llega, al cabo de la deducción, a enunciados también formalmente verdaderos; en el modo natural de hacer inferencias deductivas se puede partir de enunciados con valor de verdad indeterminado o incluso declaradamente falsos, y se llega a enunciados que pueden ser verdaderos o falsos. Lo único que determina una regla de inferencia es que, si las premisas son verdaderas, entonces también tiene que serlo necesariamente la conclusión. Los esquemas lógicos correspondientes son válidos en virtud de la regla llamada *modus ponens*.

El deducir es la conclusión a partir de la norma hacia el caso. Es el modo de pensar del juez y de todos aquellos que crean o aplican el Derecho. Con éste método la conclusión es totalmente cierta, pues ésta sólo es segura si parte de la norma o regla (lo general), por ello la deducción es la única conclusión firme (un silogismo de acuerdo con el *modus barbara*)¹⁴⁷⁹.

La conclusión deductiva es *vinculante* pero analítica, como se mencionó, no amplía nuestro saber.

¹⁴⁷⁹ Esta es la posición de ENGISCH para la aplicación del Derecho, la que nosotros entendemos demasiado pobre. Para el examen de la tesis de aquel, ver *supra* la crítica al profesor de Heidelberg que efectuamos en el párrafo 21 (“Nuestra crítica a la posición de Karl Engisch”).

A la operación deductiva del Derecho –la subsunción-, la preceden otras operaciones del pensamiento,

“la equiparación de caso y norma, la cual no tiene carácter deductivo y tampoco es analítica, sino sintética; aquí se esconde lo nuevo en cada aplicación del derecho.”¹⁴⁸⁰

La deducción es el último término de la creación de Derecho.

Aclaración de la simbología:

Norma: Sócrates y todos sus discípulos son corruptores de la juventud.

Caso: Platón es discípulo de Sócrates.

Resultado: Platón es un corruptor de la juventud

Forma del pensamiento deductivo:

N: Sócrates y todos sus discípulos son corruptores de la juventud

C: Platón es discípulo de Sócrates

R: Platón es un corruptor de la juventud

Fig. 4.1. La deducción

Este es el tipo de razonamiento que los operadores jurídicos, entienden, prima en las construcciones de las sentencias. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha entendido que¹⁴⁸¹:

“(2) Si reducimos la sentencia penal a un silogismo, y tenemos que la premisa mayor es la norma, la menor, el hecho, y la conclusión, la decisión del juez, vemos que en esta construcción el mismo aspecto fáctico se repite en ambas proposiciones: en la mayor de

¹⁴⁸⁰ KAUFMANN, ARTHUR; *Filosofía del Derecho*, cit., pág. 156.

¹⁴⁸¹ CSJN, “Sircovich, Jorge Oscar y otros s/ defraudación por desbaratamiento de derechos acordados”, s. 1798.XXXIX, rta. 31 de octubre 2006. Las citas del texto se corresponden con el dictamen del procurador general sustituto cuyos argumentos compartieron e hicieron suyos la mayoría del tribunal conformada por los Sres. Jueces Dres. PETRACCHI, HIGHTON DE NOLASCO, FAYT, MAQUEDA y ZAFFARONI. En PITLEVNIK, LEONARDO G. (dir.), *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. III, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, págs. 18 a 19.

modo abstracto, general, formal, pura definición; en la menor, de manera concreta, circunstanciada, propia. En ambas se encuentra la descripción del hecho, en un caso, como paradigma ideal; en el otro, como acontecer natural ya sucedido.”.

“(3)... (si se permuta) la premisa mayor de una manera esencial -se (toma) en cuenta una situación fáctica normativa de diferente naturaleza- se (opera) una modificación del razonamiento silogístico original. Al variarse una de las proposiciones, ya no es posible mantener la identidad del argumento, y esta variación, cuando es relevante en los términos fácticos..., implica una afectación del principio de congruencia.”.

“(4) Toda vez que un cambio normativo exige, para mantener la identidad del razonamiento, un cambio de la premisa menor, si no se lo hace estamos ante un error evidente, sea porque la conducta no es la que se venía juzgando, sea porque, de mantenerse ésta, la calificación legal no se corresponde. Ambos defectos implican una decisión arbitraria, según los parámetros del tribunal...”.

El ejemplo que se dio es un ejemplo de argumento válido lógicamente, pero pueden darse supuestos, siguiendo este método, en que, a través de la *falacia de la afirmación del consecuente*, se llegue a supuestos de premisas que no son verdaderas y el argumento es lógicamente inválido. Hay incompatibilidad en la información que transmite la conclusión, en este tipo de casos, es posible que las premisas sean verdaderas, pero la conclusión falsa. Ejemplo:

N: Entre los corruptores de la juventud están Sócrates y algunos de sus discípulos
C: Platón es discípulo de Sócrates

R: Platón es un corruptor de la juventud

Los argumentos deductivos, trasladados al campo de los argumentos que se realizan en el campo del Derecho, destacan distintos planos de insatisfacción. En primer lugar, la lógica deductiva sólo suministra criterios de corrección formales, pero se desentiende de las cuestiones materiales o de contenido, que claramente, son importantes cuando se argumenta en contextos que no sean el de las ciencias formales (v.g. matemáticas). Por esta vena, como hemos visto, a partir de premisas falsas, se puede argumentar correctamente desde el punto de vista lógico; y además, un argumento puede ser incorrecto desde el punto de vista lógico, aunque la conclusión y las premisas sean verdaderas o por lo menos plausibles.

Plantearse la cuestión de la corrección de los argumentos significa plantearse el problema de cómo distinguir los argumentos correctos de los incorrectos. Con el análisis deductivo es posible distinguir entre argumentos manifiestamente inválidos y argumentos que parecen válidos, pero que no lo son (falacias). Los argumentos manifiestamente inválidos no presentan problemas, pero en el caso de los argumentos válidos y las falacias, la lógica deductiva sólo patentiza a medias el problema, y ello se debe a que no sólo existen falacias formales (i.e. argumentos que parecen correctos formalmente) pero que no lo son, sino también falacias no formales. Las falacias no formales pueden, a su vez, subdividirse en: a) *falacias de atingencia*, que son las que carecen de atingencia lógica con respecto a sus conclusiones y, por ende, son incapaces de establecer su verdad (v.g. el *argumentum ad ignorantiam*, *argumentum ad hominem* o con la *petitio principii*)¹⁴⁸²; y b) *falacias de ambigüedad* que aparecen en razonamientos cuya formulación contiene palabras o frases ambiguas, donde sus significados oscilan y varían de manera más o menos sutil en el curso del razonamiento¹⁴⁸³.

La lógica formal deductiva sólo provee instrumentos adecuados para lidiar con las falacias formales.

Otra de las críticas dirigidas a este método es que sólo es posible referirla a proposiciones (premisas y conclusiones), que pueden ser verdaderas o falsas. Pero en el Derecho, los argumentos desarrollados parten de normas, y vuelven a ellas, dicho de otro modo, tratan con un tipo de enunciados respecto de los cuales no es posible predicar verdad o falsedad. Por ello se ha planteado si es posible aplicar la lógica a las normas; para Kelsen la respuesta es no: las reglas de la lógica se aplican al silogismo teórico (basado en un acto de pensamiento), pero no al silogismo normativo (en que alguna de las premisas y la conclusión son normas)¹⁴⁸⁴. Sin embargo, ya hemos señalado que no somos tan radicales

¹⁴⁸² COPI, IRVING; *op. cit.*, pág. 83.

¹⁴⁸³ COPI, IRVING; *op. cit.*, pág. 104.

¹⁴⁸⁴ Kelsen, HANS; *La teoría general de las normas*, cit. ATIENZA, MANUEL; *Las razones del Derecho*, cit., pág. 45. El autor menciona el conocido dilema de Jorgensen para apoyar lo que se menciona en el texto:

- *Debes mantener tus promesas.*
- *Esta es una de tus promesas.*
- *Por tanto, debes mantener esta promesa,*
- → Pero carece de validez lógica, pues no es lógicamente necesario que un sujeto que establece una regla deba también establecer la aplicación particular de tal regla. Que esto último se verifique o no depende de hechos psicológicos. No es raro que un sujeto formule una regla general, pero evite su aplicación cuando él mismo se ve afectado.

en este aspecto¹⁴⁸⁵, quienes sostienen que la lógica no se aplica a las normas está, en estricta rigurosidad, confundiendo los términos del problema, pues hay dos aspectos diversos: por un lado está la cuestión de si la relación que guardan entre sí las normas válidas (en el sentido de que pertenecen a un sistema) son relaciones de tipo lógico, y la respuesta es negativa, pues es posible que pertenezcan a un mismo sistema normas contradictorias; y por otro lado está la cuestión de si se puede inferir válidamente una norma de otra, cuya respuesta es independiente del aspecto anteriormente citado, aquí la respuesta puede ser afirmativa. La crítica indicada al inicio se enclava, en rigor, en que contempla únicamente enunciados susceptibles de ser calificados como verdaderos o falsos, y esta característica (estando a la opinión mayoritaria –no unánime–) no la poseen las normas; pero ello sólo señala la necesidad de corregir el presupuesto de análisis. ATIENZA postula al respecto:

“Tenemos una *implicación* o una *inferencia lógica* o una *argumentación válida* (deductivamente), cuando la conclusión necesariamente es verdadera (o bien, correcta, justa, válida, etc.) si las premisas son verdaderas (o bien, correctas, justas, válidas, etc.).”¹⁴⁸⁶

Lo dicho plantea algunos problemas técnicos que no vale la pena abordar aquí.

En lo que hace específicamente al *silogismo judicial*, este plantea algunos inconvenientes. En primer lugar, hay supuestos en que la conclusión del silogismo no representa todavía la conclusión del fallo, sino un paso previo al mismo, v.g.:

N: al que matare a otro le corresponderán de 8 a 25 años de prisión

C: Platón mató a otro

R: a Platón le corresponden de 8 a 25 años de prisión

pues en la sentencia, la parte dispositiva no establece que a alguien le corresponderá una pena de 8 a 25 años de prisión en caso de homicidio, sino una pena en concreto, v.g.

Platón es condenado a 10 años y 5 meses de prisión

Este tipo de razonamiento es no deductivo, el paso de las premisas a la conclusión no tiene carácter necesario (v.g. se le podría haber impuesto a Platón cualquier otra pena entre la escala señalada).

Para ATIENZA no hay tal problema porque la lógica es una disciplina prescriptiva: no dice cómo los hombres piensan o razonan de hecho, sino cómo deberían hacerlo.

¹⁴⁸⁵ Ver *supra* parágrafo 28.1 (“El sistema jurídico como sistema normativo”).

¹⁴⁸⁶ ATIENZA, MANUEL; *Las razones del Derecho*, cit., pág. 48 a 49.

Hay un mecanismo, sin embargo, que se utiliza como deductivo para estos casos (todo argumento inductivo puede convertirse en deductivo si se añade la premisa o premisas adecuada/s), por caso, si se entiende incorporada –implícitamente– en la argumentación una premisa nueva, (v.g. el hecho de Platón es de gravedad menor y este no tiene una personalidad peligrosa, sin embargo no se le conocen medios adecuados de vida). Mas debe quedar claro que la nueva premisa no enuncia una norma del ordenamiento jurídico vigente, ni supone la constatación de que se ha producido un hecho, sino que el fundamento de la misma está constituido, más bien, por juicios de valor (“gravedad del hecho” y los otros, no son términos que se refieran a hechos objetivos o verificables de alguna manera). El establecimiento de la nueva premisa, en gran medida, depende del arbitrio judicial, de lo que se decanta que, el silogismo judicial, no permite reconstruir satisfactoriamente el proceso de argumentación jurídica.

Las premisas de que se parte pueden necesitar justificación, ya que la argumentación jurídica es normalmente *entimemática*¹⁴⁸⁷, es decir, si bien puede expresarse siempre en forma deductiva, ello supone añadir premisas a las explícitamente formuladas. Significa reconstruir, no reproducir, un proceso argumentativo. Admitir que las normas tengan relaciones deductivas, compromete a admitir que la autoridad normativa (i.e. el Legislador), no obliga solamente con sus normas jurídicas explícitas, sino también con sus consecuencias lógicas, el problema estriba en si se deben admitir *todas* las consecuencias, o si deben activarse criterios de relevancia para erradicar algunas consecuencias lógicas que no se está dispuesto a admitir.

Ante el hecho de que el razonamiento jurídico no responda a la inferencia lógica, se han creado lógicas en las que la relación de inferencia está debilitada. A estos sistemas se los llama *lógicas no monotónicas*, puesto que la monotonicidad es una propiedad de la inferencia deductiva que *prima facie* no se presenta en las inferencias que se efectúan en el razonamiento ordinario¹⁴⁸⁸. Estas lógicas tienen diversas variantes, como

¹⁴⁸⁷ Más adelante nos referiremos nuevamente a esta cuestión. Ver *infra*, nota 588 de este Capítulo.

¹⁴⁸⁸ En la lógica deductiva, de ser monotónica, dadas las premisas ($p - q$), de p se infiere q , esta misma conclusión se sigue infiriendo, más allá de que se añadan nuevas premisas ($p \wedge r \wedge t$ etc.). Pero en el razonamiento ordinario, que, como se señala en el texto, es normalmente entimemático (i.e. no aparecen explicitadas todas las premisas utilizadas), la conclusión puede cambiar cuando se añade información adicional. No se da, entonces, la propiedad de monotonicidad. Sobre esto se volverá *infra* parágrafo 51 (“*Derrotabilidad* y conocimiento del Derecho”).

las lógicas de condicionales derrotables (que dan cuenta de excepciones implícitas) y lógicas *fuzzy* (que dan cuenta de la vaguedad de los conceptos)

Finalmente hay un problema consistente en que el silogismo judicial concluye señalando, por caso, que “Platón tiene que ser condenado”, mientras que un fallo va más allá y condena efectivamente. Debe distinguirse entonces entre el *enunciado normativo* y el *enunciado preformativo* (acto lingüístico de la condena) en que consiste propiamente la decisión. En la sentencia se está efectuando un paso del plano del discurso al de la acción, un paso que cae fuera de la competencia de la lógica.

Cabe ahora dirigir nuestro estudio a argumentos no ya deductivos, donde el paso de las premisas a la conclusión no es necesario, sino sólo probable o plausible.

§.34.2. La inducción.

Sintética. Juicios problemáticos. Problemas y relevancia.

La inducción es una conclusión de lo particular a lo general, del caso a la regla.

Partiendo desde el caso se busca la regla. Es la forma característica de pensar del Legislador.

Amplía nuestro saber, y por ello es una conclusión sintética. Pero su base es incompleta, conduciendo a juicios problemáticos, pues en la inducción sólo es seguro el tránsito del caso al resultado, donde resulta análogo a la deducción (no se concluye el resultado a partir del caso –esto no es posible- sino la norma a partir del resultado).

La inducción sólo sería segura si se observaran todos los ejemplares, lo que es prácticamente imposible.

La inducción completa sólo se da en las ciencias formales, de allí que es posible que la conclusión conduzca a un resultado falso.

Por sí sola, la inducción, es un instrumento poco idóneo para llegar a afirmaciones verdaderas, pero sin un momento inductivo –completamente sin ser- no se puede proceder con el método jurídico, de allí que la inducción sea imprescindible para la creación del Derecho.

Forma del pensamiento inductivo:

Fig. 4.2. La inducción

§.34.3. *La abducción.*

Inseguridad. Conocimiento preconformado.

La abducción es la conclusión que va de lo especial a lo especial, sobre lo general; de un caso (resultado) a otro caso, sobre la regla.

Es una conclusión que parte de un resultado y por ello es insegura pues sólo produce una hipótesis. Supone la creación del Derecho desde el resultado, ya que el juez suele partir de una abducción al momento de subsumir: piénsese en el caso de una penetración vaginal mediante la utilización de un implemento cualquiera contra la voluntad de la víctima, probablemente el juez que decida condenar por violación y no por un simple abuso sexual ya partirá de una preconcepción antes de subsumir, si no tuviera tal posición tomada, el magistrado debería recorrer sin método las leyes hasta encontrar la adecuada.

En la abducción se sabe lo que brinda la conclusión, un resultado no definitivo, sino una hipótesis que colabora con quien sondea las normas en procura de alcanzar metódica y argumentativamente el resultado definitivo.

La abducción, por su propia naturaleza, es una conclusión insegura, riesgosa que sólo trae juicios problemáticos, la preconcepción referida ha de permanecer abierta con la finalidad de efectuar las correcciones que fueren necesarias.

Se ha dicho que la abducción es la más atrevida de las conclusiones de las que se sirven los detectives (v.g.: SHERLOCK HOLMES, DUPIN, POIROT, entre otros) para rastrear una sospecha¹⁴⁸⁹.

¹⁴⁸⁹ UMBERTO ECO citado por KAUFMANN, ARTHUR; *Filosofía del Derecho*, cit., págs. 160 a 161.

Forma del pensamiento abductivo:

R: Platón es un corruptor de la juventud

N: Sócrates y todos sus discípulos son corruptores de la juventud

C: Platón podría ser discípulo de Sócrates

Fig. 4.3. La abducción

§.34.4. La analogía.

Comparación. Semejanza. Inevitabilidad de su uso. Proceso creativo del Derecho. Método de autointegración. Recurso a principios y analogía enmascarada. Circularidad. Solapamiento de los argumentos analógicos. Analogía e interpretación extensiva. Preexistencia de las normas. Interpretación analógica y Derecho Penal. Proscripción de la analogía. Argumento a contrario. Argumento a contrario como justificante de decisiones en caso de lagunas. Concepciones lingüísticas, intencionalistas y materiales. Razones de corrección. Valores. Seguridad jurídica o justicia.

La analogía no se trata de una conclusión lógica, sino que se impone como una comparación, de allí que no puede tener lugar sin partir de una equiparación, un punto conocido (un *tertium comparationis*).

Se inicia con la inducción y termina, al igual que la deducción en un resultado; pero no empieza ni termina tan sólo allí sino que procede en forma “circular”, se encuentra simultáneamente en la regla, en el caso y en el resultado o solución, con fuerza diversa según el momento de análisis. No es en absoluto una conclusión lógica.

Por medio de la analogía se compara lo más conocido con lo menos conocido, para adosarle al último la característica cuestionable que exhibe el primero.

La analogía se justifica por el parecido o *la semejanza* entre dos hipótesis: la reglada y la no reglada. Se funda en una supuesta “voluntad del Legislador”, que entiende que, ante el silencio de éste, ha pretendido dar el mismo tratamiento a dos hipótesis parecidas. De lo contrario hubiera expresado su voluntad en otro sentido. Sin embargo, a la semejanza, se la suele considerar insuficiente para permitir la analogía, precisándose

“...de otra relación de similitud más ‘metafísica’...el requisito fundamental que justifica la analogía es la... ‘identidad de razón’..., o para ser más exactos, la apreciación de la *relevancia de la semejanza*.” (el resaltado nos pertenece)¹⁴⁹⁰

La comparación analógica no suele ser ejercida de manera consciente en la teoría jurídica, probablemente por su inseguridad y cuestionabilidad, ciertamente es una conclusión problemática que a fin de tornarse más segura precisa de: a) muchos casos para ampliar su base de comparación y b) la elección del punto de comparación –*tertium comparationis*– y de la determinación de las características comparadas; pero aquí estriba el problema, pues la determinación de este punto no se sustenta en un conocimiento racional

¹⁴⁹⁰ EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER; *La argumentación en la justicia...*, cit., pág. 63.

sino en una decisión, en un ejercicio del poder, dependiendo del *tertium comparationis* los resultados pueden ser absolutamente diversos. Si se procura conjurar a la analogía, los peligros no se disminuyen, sino que ello es más peligroso, pues la insoslayable utilización de aquella no será percibida.

Es a partir de aquí donde tiene lugar el proceso de *creación de Derecho*, la analogía tiene una estructura sumamente compleja, ya que tiene momentos abductivos, deductivos e inductivos. Todas las ciencias hacen referencia a ella, y en el Derecho ello no es la excepción pues desempeñan un papel nada desdeñable como instrumento metódico llenando los vacíos de la ley. En definitiva, la analogía consiste en la decisión de un caso no contenido en la ley, argumentando en base al “espíritu de la ley” (*analogía jurídica*), a base de la semejanza del caso planteado con otro que la ley ha definido o enunciado en su texto (*analogía legal*), y en los casos más extremos, acudiendo a los fundamentos del ordenamiento jurídico en su conjunto (*analogía jurídica*)¹⁴⁹¹.

Mediante la analogía se trata de determinar una voluntad no existente en las leyes, pero su pretensión indica que el propio Legislador se hubiese manifestado a su respecto si hubiese podido tener en cuenta la situación que el aplicador de las normas ha de decidir.

Es frecuente que el tema de la analogía se acerque al recurso a los principios jurídicos: ambos son métodos de autointegración del método del ordenamiento, y además, la búsqueda de la *ratio legis*, elemento necesario en la analogía, puede confundirse con la noción de principio. Finalmente, el recurso a un principio jurídico puede enmascarar una interpretación analógica (i.e. “analogía enmascarada”¹⁴⁹²). Nosotros entendemos en estas líneas que el problema de la analogía y el del recurso a los principios jurídicos es sustancialmente idéntico, lo único que los diferencia es que los principios se aplican de forma inmediata al caso, en tanto que la analogía lo hace de manera mediata (i.e. precisa la intervención de una norma subordinada).

El fundamento de la analogía es la igualdad de los términos que hace posible un razonamiento lógico,

¹⁴⁹¹ De manera similar LARENZ, KARL; *op. cit.*, pág. 304.

¹⁴⁹² EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER; *La argumentación en la justicia...*, cit., pág. 64. La expresión es de G. LAZZARO. La “analogía enmascarada” consistiría en ir de la norma expresa y particular al principio que la inspira para llegar luego a la conclusión de que el caso no previsto entra también en ese principio. Se trata de una analogía solapada, pues los jueces procuran no aparecer como creadores de Derecho.

“¿por qué deberíamos decir que el fundamento es la voluntad del legislador que aparece después y no la igualdad que se encuentra antes? Y si la igualdad quiere decir justicia, diciendo que la analogía responde a una exigencia racional, ¿no estaríamos diciendo también que la analogía responde a una exigencia de justicia.

“La analogía no es razonable, y entonces aceptable, porque sea justa, sino que es justa porque es razonable.”¹⁴⁹³

La analogía no puede conocer a los seres en su esencia (saber ontológico) sino que los atrapa en sus *relaciones* con respecto a otros entes conocidos. Aquí no es suficiente la lógica asertórica, se precisa un predicado, una lógica de relación. Existe una correspondencia en algunas características conocidas y una correspondencia en características desconocidas, de allí que la analogía será más fuerte cuanto mayores características se correspondan entre uno y otro ente, y más débil en el caso opuesto (v.g.: *caso fuerte*: “a”: hierro, plomo, zinc, estaño, cobre; “b”: hierro, plomo, zinc, estaño, uranio; *caso débil*: “a”: hierro, plomo, zinc, estaño, cobre; “b”: hierro, plomo, oro, uranio, feldespatos). En la realidad no existe una total desigualdad o igualdad, pues todo lo que es se asemeja por lo menos en un punto. Se ha dicho que este es el eje de la analogía *entes*: el hombre se asemeja a Dios, pero Dios es presentado como aquel que se parece al hombre, pues el hombre es más conocido.

La circularidad de la analogía se percibe de forma patente aquí, si se concluyera sin aquella nos enfrentaríamos a la deducción, la que sin embargo, no conduce nunca a nuevos conocimientos. La analogía en síntesis sólo puede alcanzar resultados problemáticos, donde el punto de similitud no se deja determinar de manera exacta, pues el *tertium comparationis* no es siempre uno y el mismo, todos los procesos de conocimiento, en cuanto están dirigidos a contenidos no pueden evitar el círculo y ello refuerza la validez de la utilización de la conclusión analógica.

Forma del pensamiento analógico:

C: Platón es discípulo de Sócrates
N: Sócrates y todos sus discípulos son corruptores de la juventud

R: Aristóteles es un corruptor de la juventud

¹⁴⁹³ FILIPPI, ALBERTO; Norberto Bobbio y Carlos Cossio. *La filosofía jurídica de la interpretación analógica*, Isonomía nro. 21, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, Octubre 2004, pág. 266.

(“R” o “C²” concuerda en algunos puntos con “C”, C² y C se equiparan respecto del punto en cuestión)

“C” y “C²” se cotejan bajo el punto de comparación o *tertium comparationis* “N” y luego se equiparan entre sí, las líneas permiten visualizar el círculo

Fig. 4.4. La analogía

Descubrir que se ha efectuado un razonamiento analógico, no es sencillo en modo alguno. Bajo frases como “lógicamente fundado”, “consecuencia necesaria” o “conclusión del texto legal”¹⁴⁹⁴, se suelen esconder ideas oscuras o pseudoargumentos del tipo analógico, de allí que su descubrimiento devenga relevante.

¹⁴⁹⁴ Cuando se alude a los “principios generales del Derecho”, se hacen ingresar por vía analógica estándares extranormativos a las decisiones judiciales. Resulta altamente instructivo ver como los penalistas, procurando evitar la tacha axiológica que implicaría reconocer que se está validando por vía analógica una decisión, procuran con artificios indescifrables sortear ese problema. Un ejemplo de esto es aquello que enseña JIMÉNEZ DE ASÚA, quien al tiempo que rechaza la analogía por estar proscripta para el Derecho Penal, explica que los “principios generales del Derecho” son *normas de cultura* (a éste respecto ver *supra* parágrafo 22 – “Nuestra crítica a la posición de Max Ernst Mayer”-), pues al profesor español no se le escapa que la interpretación suele ir más allá del tenor literal de los textos legales, indicando que “Incluso el fin de la ley misma, tan importante, debe ser superado y buscarse todo el fin social del ordenamiento jurídico. No podemos detenernos en el precepto aislado. Hemos de remontarnos a los propios fines del Derecho.”, y concluye con un aserto que no es más que una petición de principios pero que se niega en su propia esencia: “... debemos entender esos principios generales del Derecho en la función individualizadora y creadora de nuevas posibilidades que le compete al juez, si bien es preciso proclamar que sólo son valiosos para la interpretación (pero) que no constituyen fuente productora en el Derecho Penal.” (JIMÉNEZ DE ASÚA; *op. cit.*, pág. 90). Es fácil observar los giros efectuados con el sólo fin de evitar hablar de analogía, sin embargo, entendemos, que por el contrario se confirman con este tipo de construcciones la relevancia de la analogía en el discurso

En las legislaciones, generalmente en los códigos civiles, se refieren expresamente a la analogía (v.g. art. 16 del C.C. argentino), a la que invocan como fuente supletoria cuando no hubiese disposición expresa de la ley. Pero el Derecho Penal liberal no admite la analogía como fuente del Derecho, por el contrario, se cuida bastante de colocarla como fuente expresa y la proscribió expresamente¹⁴⁹⁵, la única fuente productora del Derecho Penal es la ley, de ello se deduce que el Estado no puede castigar una conducta que no esté tipificada en las leyes, ni imponer pena que no estén en ellas establecidas para el correspondiente delito¹⁴⁹⁶. La cuestión se vincula con el principio de legalidad que se analizará más adelante¹⁴⁹⁷. A. STEINWENTER advirtió esto, y señaló que el concepto de analogía

“...presupone la concepción de que existe un sistema en cierto modo cerrado de normas generales, la idea de que para cada caso existe una proposición jurídica que puede y debe ser deducida de las ideas fundamentales del sistema o de un superconcepto común mediante construcción jurídica...”,

por ello los juristas romanos no la empleaban, pues no tenían la idea de un sistema cerrado, si bien los romanos la practicaban de hecho, pero

“...nunca como una conclusión, lógicamente fundamentada y necesaria conforme a las leyes del pensamiento, extraída de normas generales.”,

fueron los glosadores, con la doctrina de la *extensio legis*, los que establecieron la base sobre la que se sustentó posteriormente la doctrina de la analogía: la expresión *analogía juris* surgió por primera vez en la literatura jurídica de fines del siglo XVII¹⁴⁹⁸. Este concepto de analogía de STEINWENTER es muy restringido, sólo se puede aplicar a la jurisprudencia de conceptos del siglo XIX, que consideraba a la analogía como un

punitivo, además ya hemos visto y continuaremos con éste modelo, que interpretación y aplicación pueden distinguirse conceptualmente, pero no en la práctica, de donde sostener que los principios jurídicos son fuente de la interpretación jurídica pero no productores de Derecho carece de rigor científico.

¹⁴⁹⁵ No se cuidaron de ocultarla como fuente la Alemania nacionalsocialista, apelando al “sano sentimiento del pueblo”, y la Unión Soviética recurriendo a la equiparación de los actos no penados, pero que de ser “socialmente peligrosos” se los penaba de acuerdo a los actos previstos de naturaleza más semejante. En ambos casos se trata más de “derecho libre” que de analogía (JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS; *op. cit.*, pág. 137), preponderando la total arbitrariedad judicial y no la discrecionalidad y el método.

¹⁴⁹⁶ Carece de relevancia para nuestro estudio el analizar los caracteres de la ley penal (v.g. exclusividad, obligatoriedad, *et sit cétera*), sus formas (v.g. leyes codificadas, leyes especiales, determinadas, indeterminadas, *et sit cétera*), sus especies (v.g. ley penal *strictu sensu*, leyes delegadas, *et sit cétera*), entre otras cuestiones relativas a ello.

¹⁴⁹⁷ Ver *infra* Capítulo V (“El principio de legalidad”).

¹⁴⁹⁸ STEINWENTER, ARTUR; *Analogie Rechtsanwendung im römischen Recht* cit. en LARENZ, KARL; *op. cit.*, pág. 301, nota 44.

procedimiento lógico- formal; en rigor, la analogía no presupone la idea de un sistema cerrado basado en el enlace lógico de los conceptos, cuando no le basta la similitud experimentada directamente, se basa, entonces, en un análisis comparador de los supuestos de hecho y en la valoración equiparada que de allí resulta.

La analogía lleva siempre a una extensión de la ley, pero se la suele distinguir de la interpretación extensiva, entendiendo que, la primera, se dirige a hipótesis no previstas por la ley (i.e. es una falta completa de *regula iuris*, va más allá de los supuestos para los que estaba previsto el texto y la extensión que provoca va más allá de la norma), en tanto que en esta el intérprete se sirve del elemento sistemático, pues el caso estaría previsto (aunque de forma inadecuada). Con la interpretación extensiva no se estaría saliendo del texto de la disposición positiva ni se estaría creando una norma nueva, sino que se estaría dando el verdadero alcance a la voluntad del Legislador.

“En la interpretación extensiva falta la expresión literal, pero no la voluntad de la ley,... en la analogía falta también la voluntad de ésta.”¹⁴⁹⁹

Si se analiza detenidamente, toda esta argumentación carece de sentido, distinguir entre interpretación extensiva y analogía, se posiciona en el desconocimiento de las bases lógicas que explican la cuestión. El *quid* está en que se atribuyen a la analogía consecuencias equivocadas. La analogía es una forma de interpretación, y como tal, se halla limitada y preformada con la estructura propia de la interpretación, ello no debe confundirse con dejar en mano de los jueces una libre creación del Derecho al estilo del Derecho Penal del Reich III, o del Derecho de la U.R.S.S.; la analogía presupone un razonamiento jurídico extensivo, no arbitrariedad, de allí que de nada sirva efectuar distinciones entre analogías “permitidas” o “no permitidas”¹⁵⁰⁰, siempre que su mecanismo se atenga al de la analogía pura. Entonces, en las relaciones entre la analogía y la

¹⁴⁹⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS; *op. cit.*, pág. 122.

¹⁵⁰⁰ Es conocida la distinción de MAX ERNST MAYER entre analogía *intra legem*, *præter legem* y *contra legem*, donde la primera se hallaba permitida, en tanto que las últimas dos estaban proscriptas (es decir cuando se sobrepasa o se contraría la ley).

Igualmente con la analogía *in bonam partem* e *in malam partem*. Donde la primera excluye la punibilidad o conduce a una mayor benignidad que la señalada por el posible sentido literal del texto, y la segunda la hace más gravosa más allá del sentido literal mencionado. Esta última sería la que estaría proscripta para una corriente, en miras a que el principio de legalidad se ha instaurado con la finalidad de proteger al individuo contra el Estado, y tal distinción carecería de sentido cuando está a favor del reo. Para otra tesis, ambos extremos no son viables porque desdibujan de igual manera los límites entre el delito y lo lícito.

interpretación extensiva somos de los que piensan que no existe diferencia, el procedimiento lógico llevado a cabo en ambas operaciones es idéntico.

La analogía posee una fuerza especialmente irrefrenable, en los supuestos de técnica legislativa de enumeración de supuestos. Pueden enumerarse una lista de supuestos a los que se anuda una determinada consecuencia jurídica, o de una serie de características o propiedades que debe poseer un supuesto para que se produzca la consecuencia prevista en el precepto. En ambos casos es posible una doble actitud interpretativa: extensiva o restrictiva. Para el primer caso se utiliza el argumento analógico, y para el segundo el argumento *a contrario*. En el caso de la analogía, el tribunal entiende que la enumeración es sólo ejemplificativa, y procede a incluir un carácter o supuestos no insertos expresamente.

Ciertamente hay algo preestablecido a la decisión judicial y que le sirve o le debe servir de pauta, ese algo tiene valor normativo: son las normas jurídicas. El razonamiento analógico efectuado en la decisión judicial (por más solapadamente que se lo introduzca), parte de la preexistencia de las formulaciones legales. Las reglas tienen efectivamente una prioridad, pues si ellas no fueran más que un tipo de parámetro ubicado dentro de un espectro más amplio de consideraciones a relevar en un modelo de toma de decisiones más holístico, no se explicaría la preponderancia de esas reglas en las tomas de decisiones judiciales. Las reglas ofrecen un grado de fuerza tal que imponen su aplicación a menos que puedan ofrecerse razones, más o menos exigentes, para inaplicarlas¹⁵⁰¹.

Ergo, previo a la coronación de una decisión por la vía analógica, la materia prima que de un modo u otro determina o dirige la decisión judicial, es interpretada¹⁵⁰².

Resumiendo, como ya se indicó, existe una *concepción lingüística* que ve al Derecho como normas cuya realidad originaria es la de enunciados lingüísticos contenidos en ciertos textos, a los que es atribuido valor autoritativo, receptáculos de normas que son Derecho y no otra cosa (moral, mera política, costumbres, *et sit cétera*). Para aquella concepción el Derecho es primariamente lenguaje, no es algo anterior o distinto que se exprese a través del lenguaje, sino que está constituido en y por el lenguaje. Los problemas

¹⁵⁰¹ Como se ve en el texto, rechazamos tesis como las de las normas en RAZ que ofrecen razones excluyentes no superables.

¹⁵⁰² Ver *supra* párrafo 31 (“La interpretación jurídica”) y 32 (“La interpretación jurídica y la administración de justicia”).

del tránsito de la norma jurídica, así entendida, a la decisión judicial que la aplica o en ella se fundamenta, se basa en los problemas que plantea todo lenguaje no formal, son problemas de interpretación.

Ha dicho HASSEMER que si se entiende que impera la prohibición de analogía, esta tiene

“...en todo caso también la función de proteger a las personas afectadas de sorpresas penales, entonces, el criterio de su ámbito de validez debe ser el lenguaje que hablan (las) personas; pues es con ese lenguaje con el que vinculan las expectativas de lo que harán los tribunales penales.”¹⁵⁰³,

agrega el profesor de la Universidad de Frankfurt que los juristas no se refieren con el lenguaje coloquial, sino con el lenguaje técnico, que, si bien está próximo a aquel, no se identifica; de donde, entiende que resultaría baladí asentar una prohibición de analogía, en el Derecho Penal, si la semántica que utiliza este nada tiene que decir. No escapa a HASSEMER que la prohibición de analogía, coloca a la interpretación y a la analogía en una relación recíproca; en tanto se procuran proscribir determinados resultados interpretativos (los que se alejan demasiado del texto legal), coloca a ambos términos en una contraposición: la analogía (*in malam partem*) no es una forma de interpretación admisible en el Derecho Penal; si no existiera esta distinción o contraposición, la prohibición de analogía perdería el efecto que se pretende atribuirle (la restricción de la interpretación en el caso concreto), lo cierto es que la valla es insorteable, pues en toda interpretación existe algo de analogía:

“En la conclusión de similitud de la teoría jurídica del método (*argumentum a similibus ad similia*, procedimiento analógico), se comparan entre sí dos casos bajo un tercero, el *tertium comparationis*. El *tertium comparationis* es lo esencial a cada uno de los casos. Si se puede –dentro de cierta tolerancia– ver al *tertium comparationis* igual para ambos casos, entonces, los dos pueden ser tratados como similares entre sí... Si, por el contrario, el *tertium comparationis* no rige igual para ambos casos, se debe recorrer el camino de la conclusión a contrario (el *argumentum a contrario*) y resolver el caso no conocido en forma diferente del conocido.”¹⁵⁰⁴

¹⁵⁰³ HASSEMER, WINFRIED; *Crítica al derecho penal de hoy*, (trad. Patricia Ziffer), Ad- hoc, Buenos Aires, 2003, pág. 35.

¹⁵⁰⁴ HASSEMER, WINFRIED; *Crítica al derecho penal de hoy*, cit., pág. 38 a 39.

Tamaño debilidad de la prohibición lo lleva al profesor de Frankfurt ha señalar que tal límite no existe, lo que es interpretación prohibida no puede ser determinado fuera de la interpretación. La prohibición de analogía termina no siendo un límite fijo de la interpretación, ni un aseguramiento confiable de las posiciones jurídicas: es sólo un argumento. La interpretación judicial es un acto de comprensión de textos, y, por ello, está signado por las limitaciones, prejuicios, subjetivismos, rutinas, *et sit cétera*; que las demás formas de comprensión. La solución no está entonces en colocar barreras al lenguaje (que HASSEMER destaca que se ve en la práctica y se comprende en la teoría que no funcionan). De todas formas, la solución de HASSEMER tampoco aporta nada, pues termina conduciendo a una “formación y selección de los juristas orientada al estado de derecho”, a la

“observación crítica por parte de una opinión pública despierta, interesada e informada”¹⁵⁰⁵,

et sit cétera, todo lo cual equivale a decir que, en rigor, los vínculos son y continuarán siendo informales, y que los problemas del lenguaje son inerradicables.

Ciertamente, como ya lo hemos estudiado, al lenguaje de las normas, de los enunciados que las constituyen, ha de suponerse necesariamente un significado; en otro caso no tendría sentido la producción normativa como emisión lingüística. Los enunciados legislativos no son por definición crípticos, inasibles o carentes de determinación significativa. Pero tampoco es preciso, determinado e inequívoco; la semántica del lenguaje jurídico, es bueno repetirlo, padece los mismos problemas que la semántica del lenguaje ordinario (quizás con algunas peculiaridades y matizaciones por la existencia de terminología técnica, la presencia de definiciones legales, *et sit cétera*)¹⁵⁰⁶. Así como en la vida cotidiana es posible entenderse dentro de ciertos márgenes, a partir de nuestro lenguaje, es posible entender, también dentro de ciertos márgenes, lo que las normas dicen y lo que imponen al juez que ha de aplicarlas.

Sin embargo, no puede soslayarse que existen en el lenguaje de las normas, términos vagos, ambiguos y con textura abierta. Esto vulnera, como veremos, con el principio de legalidad¹⁵⁰⁷ (y por decantación con la idea de separación de poderes, derechos y garantías). En lo que importa a éste punto, la *teoría de la interpretación jurídica* da o

¹⁵⁰⁵ HASSEMER, WINFRIED; *Crítica al derecho penal de hoy*, cit., págs. 42 a 43.

¹⁵⁰⁶ Ver *supra* parágrafo 30 (“Lenguaje y Derecho”).

¹⁵⁰⁷ Ver *infra* Capítulo V (“El Principio de Legalidad”).

procura dar, pautas y reglas para concretar y precisar los enunciados de las normas jurídicas.

Como hemos visto, la interpretación jurídica, para una concepción meramente lingüística del problema, es aquella que llevan a cabo los aplicadores del Derecho, para aclarar y precisar el significado de las formulaciones normativas. La cuestión a resolver estriba en si un determinado hecho cae o no bajo la referencia del significado del enunciado normativo, si es subsumible bajo el mismo.

La semántica pone un límite a las interpretaciones posibles, a las concretas atribuciones de significado, esto es lo que ha llevado a decir a los *formalistas* que, todo lo que traspase dicho límite ya no será interpretación de la norma, sino creación de una norma nueva; y la decisión que se base en ésta norma nueva ya no podrá presentarse como aplicación de aquella, como aplicación obediente y respetuosa de la regla. La cuestión, sin embargo, no es tan sencilla como los *formalistas* la entienden, y ya en ésta instancia la analogía juega un rol importante en la aplicación de las normas. Lo explicamos.

La analogía es posible en todos aquellos casos en que se presente una laguna, entendida ésta en sentido amplio¹⁵⁰⁸, puede concluirse que existe una laguna incluso en supuestos de intelección lingüística, pues como se vio, en numerosos casos existen en las normas términos vagos, imprecisos, *et sit cétera*.

La analogía es una realidad, y por ello, se le ha procurado imponer límites¹⁵⁰⁹: a) la analogía no es posible cuando los supuestos no guardan semejanza o similitud; b) la aplicación analógica es incompatible con el derecho a la legalidad penal, normalmente la analogía es excluida de las leyes penales tanto por la doctrina como en la propia legislación; c) quienes mantienen la prohibición de la analogía en el espectro penal, apelan a principios propios de dicho ámbito como el *nullum poena sine lege* o el *favor libertatis*¹⁵¹⁰; d) la analogía sería imposible si el Legislador ha pretendido regular restrictivamente una materia; e) tampoco sería utilizable para restringir derechos; f) no se

¹⁵⁰⁸ Ver *infra* parágrafo 50 (“La actividad creadora del juez ante las ‘lagunas’ y las ‘reglas injustas’”).

¹⁵⁰⁹ EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER; *La argumentación en la justicia...*, cit., pág. 74 y ss. con profusas citas de jurisprudencia del Tribunal Constitucional español.

¹⁵¹⁰ En el campo penal se suele distinguir entre la analogía *in malam partem* de la *in bonam partem*, admitiéndose la última, en cierta medida, en tanto que se desecha la primera. NORBERTO BOBBIO es partidario de la utilización de este método en las leyes penales sin restricción. Nosotros, más allá de nuestra postura al respecto, entendemos que el uso de la analogía tanto en uno como en otro sentido se da sin restricciones en el Derecho Penal -en las decisiones judiciales-.

puede suplir por vía analógica la falta de desarrollo legal, en los casos en que por mandato legal, el Estado, está obligado a regular una materia concreta, la inactividad de aquel, no permitiría, extender analógicamente regulaciones no pensadas para el supuesto; y g) a un supuesto, no sería posible aplicarle, extensivamente, una regla que no pertenezca a su ‘ámbito de analogía’. Desde estos límites que menciona EZQUIAGA GANUZA, sólo habría un único ámbito de analogía propio de cada supuesto, sin embargo, ello, no es así, es perfectamente apreciable la disparidad de las conclusiones derivadas de optar por uno u otro de los ámbitos de analogía.

Estando a lo dicho, son frecuentes los casos en que la ley calle, pero ello no implica que no se siga una consecuencia jurídica para él. La cuestión estriba en definitiva en una cuestión valorativa, pues podrá emplearse la analogía para aportar una solución al caso o el argumento *a contrario* –que nosotros entendemos como una conclusión analógica, si bien ello no es aceptado pacíficamente-.

A esto último suele considerárselo un instrumento de la interpretación lingüística o literal, ya que, se procura no salir del texto a interpretar por este método, se trabaja exclusivamente a nivel lingüístico. En un segundo momento, este argumento sirve para la denominada “interpretación restrictiva”, limitando los significados posibles del texto. Asimismo, se basa en la presunta “voluntad del Legislador”. Pero el más importante aspecto es el que analizaremos a continuación.

El argumento *a contrario* entra en juego respecto de aquello que la norma guarda silencio,

“El acierto de tal afirmación depende de lo que se entienda por ‘silencio’. Hay que diferenciar el silencio como falta de mención expresa y el silencio como falta de regulación, es decir, como laguna, para, a continuación, puntualizar lo siguiente...: i) no toda falta de mención expresa de un supuesto significa que el mismo carece de regulación preestablecida en el ordenamiento jurídico; y ii) cuando tal regulación falta hay una laguna, es precisamente cuando el argumento *a contrario* no opera.”¹⁵¹¹

Si se entiende al silencio como falta de mención, no de regulación, es la función más común del argumento *a contrario*: el que impone que las formulaciones

¹⁵¹¹ GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO; *Sobre el argumento a contrario en la aplicación del derecho*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 24, Alicante, 2005, pág. 91.

legales significan lo que significan y que en ningún caso pueden significar otra cosa, menos aún lo contrario. De ésta posición no se sigue la posibilidad de construcción analógica alguna para el caso, pero ya hemos visto lo dificultoso de intelegir que las reglas son así de claras y precisas.

Se ha hablado de silencios como falta de mención pero no traducibles como lagunas sino como problemas interpretativos¹⁵¹². Argumentando con los métodos que proporciona la teoría de la interpretación jurídica, no se habrá colmado una laguna, sino que se habrá resuelto un problema interpretativo. Aquí se abren dos caminos, o bien se le otorga significado a la formulación normativa a través del método analógico, o bien se efectúa una previa y determinada interpretación de aquella, y la consecuencia se extrae a través del argumento *a contrario*. Ambos argumentos compiten en éste nivel.

En otro nivel, puede sostenerse la existencia de una laguna, donde, el argumento *a contrario* no puede ofrecer soluciones, por lo que no compite de manera directa con el razonamiento analógico. Como el hecho no encaja bajo ninguno de los supuestos previstos por la concreta regulación de la formulación normativa, se puede argumentar de modos diversos –conforme a los métodos y argumentos habituales en estos casos- para justificar la ineludible creación de una norma nueva por el aplicador judicial. La analogía es claramente el razonamiento más utilizado para aplicar sobre la base de una determinada interpretación del fin de la formulación normativa.

El argumento *a contrario* nada tiene que decir en contra de ésta solución analógica. Se está a la interpretación previa, más o menos admisible según el grado de razonabilidad o convicción que posean. La única forma en que el argumento *a contrario* vendría a mostrar el carácter lógicamente incorrecto de la aplicación analógica sería si la norma ha sido interpretada en términos de “si y sólo si” (esto se analizará *infra* en ésta misma relación).

La existencia o no de una laguna depende en gran medida, de la previa interpretación, y el argumento *a contrario* sólo opera cuando la interpretación ha establecido que no hay laguna. La respuesta interpretativa condiciona directamente la solución del caso, las respuestas, según GARCÍA AMADO, son tres (y existen buenos

¹⁵¹² GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO; *Sobre el argumento a contrario...*, cit., pág. 92.

argumentos, con base en los criterios y métodos de interpretación admitidos para mantener cualquiera de los tres)¹⁵¹³:

Norma N: “*Queda prohibida bajo sanción S la tenencia en los domicilios de animales salvajes. Está permitida la tenencia de animales domésticos*”. Si bien la norma es completa, GARCÍA AMADO, a los fines de analizar una posible laguna da el ejemplo de un tigre domesticado desde cachorro, al que además se le han cortado las uñas y los colmillos para evitar cualquier riesgo para la integridad de las personas.

Planteo: ¿Está prohibida la tenencia de ese tigre? ¿es un animal salvaje en los términos de la Norma N?

Tres respuestas posibles:

- a. Ese tigre es un animal salvaje en los términos de la norma, con lo que opera la prohibición. *Se realizó una “interpretación extensiva” de “animal salvaje”, que no vulnera el tenor literal de la norma N.*
- b. Ese tigre es un animal doméstico a efectos de la norma, con lo que opera el permiso. *Se realizó una “interpretación extensiva” de “animal doméstico” que no vulnera el tenor literal de la norma N.*
- c. Ese tigre es parte de un tercer género de casos que no se subsumen ni bajo “animal salvaje” ni bajo “animal doméstico”. *Se realizó una interpretación restrictiva de “animal salvaje” y de “animal doméstico”, de resultas de lo cual devino una laguna.* Se puede resolver el caso en el sentido de la prohibición o del permiso o de una tercera solución.

El ejemplo traído, permite observar que, en torno al modo de resolver la laguna, el argumento *a contrario* no aporta nada, no se halla en oposición a que se aplique una norma de nueva creación que estableciera analógicamente la consecuencia de la prohibición, la del permiso o una tercera consecuencia distinta.

Ahora bien, el argumento *a contrario* posee un comportamiento analógico indudable, cuando va más allá del significado posible de la norma. En éste sentido funciona creativamente, va más allá de lo que el Legislador quiso decir. Sin embargo debe aclararse que asiste razón a la doctrina que distingue entre *disposición* y *norma*, pues tiene una indudable utilidad teórica, clarifica el tránsito del enunciado legal a los enunciados interpretativos del mismo¹⁵¹⁴. Según esta distinción, toda interpretación sería productiva, si los términos legales no tienen un significado propio y si la norma la crea la interpretación

¹⁵¹³ GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO; *Sobre el argumento a contrario...*, pág. 96.

¹⁵¹⁴ Esto no tiene que ver con la tesis BINDING que antepone una norma a la formulación legal y que ya criticáramos, ver *supra* parágrafo 29.2 (“*La Ley y la Norma, una distinción del Derecho Penal*”).

del caso, los contenidos del Derecho no los daría el Legislador sino el intérprete; la consecuencia es que no es factible trazar coherentemente una distinción entre interpretación de un enunciado legal y creación de una norma nueva y ello explica que se mezclen indistintamente argumentos interpretativos y creativos. Una conclusión de éste tenor no es sostenida en el presente trabajo, las leyes siempre tienen algo que decir, no pueden mezclarse sin más los métodos tradicionales de interpretación con la analogía, argumentos *a fortiori*, *et sit cétera*.

El argumento *a contrario*, en tanto creativo es analógico, suponen ambos ir más allá del tenor literal de la norma, hacen decir a ésta algo que por definición no ha dicho.

Pero también puede defender una interpretación que sea opción por uno de los significados posibles de la norma, con arreglo a una concepción lingüística, allí el argumento *a contrario* no justifica conclusiones analógicas (que sería un argumento *contra legem*), pues se ha establecido mediante la interpretación previa que no hay laguna para el caso que se discute. Según éste planteamiento, a la luz de una concepción material del Derecho, el argumento *a contrario* sostendrá que C y C¹ no son similares y, por tanto, no merecen el mismo tratamiento, por lo que la consecuencia S no debe aplicarse a C¹, el argumento analógico, por el contrario, sostendrá que C y C¹ son similares, y se les ha de aplicar la misma consecuencia S. Con ello, el problema deja de ser interpretativo para pasar a ser valorativo, la decisión de aplicar S no será expresión del respeto al principio de legalidad estando al significado de la norma N, sino una decisión conforme con el resultado que se procura para el caso. De forma elíptica, la creatividad que con la analogía se procura sortear, se introduce de otra forma, valorativamente en la instancia decisoria sustrayendo de igual manera el problema al principio de legalidad y a la decisión *contra legem*. El esquema de razonamiento es que dos casos que sean similares en lo que valorativamente importa deben recibir un tratamiento igual, y dos casos que no sean similares en lo que valorativamente (*a contrario sensu*) importa no deben recibir un tratamiento igual. No se trata de un argumento jurídico, pues no se realiza en términos de legalidad o ilegalidad, sino de justicia sustancial. Éste razonamiento sólo sería correcto –desde la tesis tradicional respetuosa del principio de legalidad- cuando la norma tiene la estructura formal de un bicondicional, negando la analogía de forma expresa con una norma N que estipulara “si y

sólo si es el caso que C, debe imponerse la consecuencia S”, ésta norma veta sin lugar a dudas que la consecuencia S pueda extenderse a C¹, sobre la base de la justicia del caso en razón de la similitud valorativamente relevante.

Resumiendo, las tesis que procuran ver en el argumento *a contrario* un razonamiento no analógico señalan que aquel sólo es válido como sustento de una solución cuando toma pie en una norma cuya estructura es la del bicondicional y, dicho argumento, es tributario de la previa interpretación, pero no interpretativo en sí mismo¹⁵¹⁵. El argumento *a contrario* está correctamente empleado, pero a condición de que sea admisible la interpretación previa que lo sustenta, interpretación de la norma en términos de “si y sólo si”; en tal supuesto, por el hecho de aplicar el argumento en cuestión de modo lógicamente competente, el Tribunal no tiene garantizada la corrección de su decisión, para que lo esté, debe analizarse si brinda argumentos interpretativos a ese respecto o si falazmente los sustituye por la mera apariencia de interpretación que da el argumento *a contrario*. En éste sentido, el argumento se constituye en determinante de la corrección del fallo cuando o bien el propio enunciado de la norma tiene el carácter de “si y sólo si”, o bien mediante la interpretación se le asigna dicho carácter en términos generales (la cuestión se suscita a menudo cuando el enunciado legal contiene una lista de objetos o acciones a los que se liga la consecuencia jurídica; el problema interpretativo, a falta de expresiones como “sólo”, “únicamente” o similares, será determinar si esa lista constituye una enumeración meramente ejemplificativa o exhaustiva, pues sólo en este último caso cabe trabajar en el argumento *a contrario* para esta, la postura que se analiza).

Sin embargo, nosotros entendemos que el argumento *a contrario* es un medio para justificar decisiones en caso de lagunas, sean éstas por falta de regulación o a partir de una concepción material (las llamadas lagunas axiológicas) que bucea en el hallazgo de una solución justa para el caso de que se trate. A la luz de ésta intelección, pueden darse dos supuestos, en ambos, puede actuar el argumento prealudido y hacerlo de forma analógica: a) los enunciados legales no prevén ninguna solución para el caso, con lo que se argumentará en pro de la decisión más aceptable valorativamente, integrando el Derecho; b) un enunciado legal establece una solución para el caso, pero tal decisión (en cualquiera de sus interpretaciones posibles y compatibles con el significado lingüístico) se

¹⁵¹⁵ En éste sentido GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO; *Sobre el argumento a contrario...*, cit., pág. 103.

estima contraria a la justicia, por ello el caso se subsume bajo tal valor y se dicta una solución consecuente, al margen de las palabras de la ley y sus significados; es un ejemplo de una decisión que valorativamente es más grata, se dota de un fundamento idóneo (muchas veces presentado como objetivo, con la fuerza de la semántica y la lógica, que precisamente desautorizan tal digresión).

Por esta vena, NORBERTO BOBBIO explica que en los ordenamientos jurídicos existen *normas generales exclusivas* y *normas generales inclusivas*, si el intérprete aplica las segundas, frente a una laguna recurrirá a las normas que regulan casos similares o materias análogas, ergo, estará aplicando el *argumento a simili*; si aplica una norma general exclusiva, al hallarse de cara a una laguna, el caso no regulado será resuelto de forma opuesta al regulado, de donde estará adoptándose el *argumento a contrario*¹⁵¹⁶.

Más allá de la *concepción lingüística* es factible hallar una *concepción intencionalista*, que es aquella que contempla el núcleo o ser último del Derecho como contenido del pensamiento e intención de ciertos sujetos dotados de autoridad: paradigmáticamente los legisladores. Comprender una norma no es averiguar el significado o los significados posibles de un enunciado legislativo, sino, en última instancia, desentrañar las intenciones que su emisor ligó a dicho enunciado. La correcta interpretación de un enunciado legislativo, por tanto, para ésta concepción, es aquella que saca a la luz lo que el Legislador quiso decir con sus palabras. Ya hemos examinado ésta concepción bajo la óptica de la *interpretación subjetiva*, pero en lo que aquí interesa, la vinculación al Derecho no es vinculación a la semántica de los enunciados legales, sino “atadura” a la intención del Legislador, el Derecho no es definible como conjunto de enunciados legales, sino como contenidos de voluntad cristalizados en dichos enunciados. Como es dable observar, la analogía tiene aquí un campo fértil para su desarrollo.

Una tercera *concepción* es la *material*, para ésta, la materia prima del Derecho, su núcleo o esencia, no son ni palabras con significado ni intenciones de sujetos, sino contenidos valorativos materiales. La realidad jurídica última no es ni lingüística ni psicológica, sino axiológica. Las palabras de la ley positiva, no son más, que, en el mejor de los casos, un intento más o menos afortunado, pero siempre inexacto e insuficiente, de

¹⁵¹⁶ Cit. por EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER; *La argumentación en la justicia...*, cit., pág. 233, nota 22.

reflejar esas pautas valorativas de fondo. Interpretar rectamente la ley positiva es situarla en la mayor concordancia y armonía posibles con aquel orden de valores; cuando las palabras de la ley y su significado apunten en la misma dirección, será porque la ley acierta a transmitir los valores que importan, con lo que la consiguiente decisión del caso será conforme a la ley y el Derecho, esto difícilmente se de.

En la concepción prealudida, por cierto la más común en manos de los tribunales, es más cómodo y persuasivo mantener que se ha hecho una interpretación de la ley y que se la respetó en su verdadera esencia, antes que sostener que se le ha hecho decir “cualquier cosa” que no se extrae de sus términos.

Bajo ésta concepción, el argumento analógico sólo puede ser atacado o admitido por razones de corrección, no ya lógica sino axiológica de su aplicación. La corrección material de la decisión o su admisibilidad requerirá que se entienda correcta o admisible la interpretación de la norma base (el argumento *a contrario* para un defensor de la concepción lingüística no sería viable pues no hallaría corrección lógica, además de no haberse efectuado una interpretación en términos de bicondicional); cuestionado el resultado de esa interpretación, se cuestiona la conclusión que se infiere mediante el razonamiento analógico.

En verdad, las reglas de la lógica que impone la concepción lingüística (estructura bicondicional para el supuesto del argumento *a contrario*), no importan un límite a la realización de la justicia en la práctica habitual de la aplicación del Derecho, si una norma N señala que “única y exclusivamente poseerán el derecho D los sujetos que se encuentren en la situación α , β , o γ ” y hay un sujeto que no se halla en ninguna de dichas situaciones, pero se encuentra en la situación δ que, por su similitud esencial desde un punto de vista valorativo con cualquiera de las otras situaciones; se considera que en justicia es acreedor al disfrute del mismo derecho D, se sostendrá desde una *concepción material*, que el juez debe reconocer al sujeto de que se trate, el derecho en cuestión, aunque del tenor de la norma se siga lo contrario –obsérvese que “única y exclusivamente” son voces que imponen desde otro perfil el sintagma “si y sólo si”-.

Para la concepción material, son razones de valor las que, más allá de los límites semánticos, determinan que un caso deba recibir o no la consecuencia establecida por la norma.

Para KALINOWSKI, esa interpretación, guiada por la prudencia, tiene que tomar en cuenta la naturaleza de las cosas, con el fin de asegurar no solamente el respeto del derecho positivo, sino también su armonía total con el Derecho natural; es ésta prudencia, que se ejerce a través de las reglas que ella ha producido, la que conduce al intérprete del Derecho a explicitar y en caso de necesidad a desarrollar o aun a modificar el texto de la ley¹⁵¹⁷. Es obedeciendo a éstas reglas extra- lógicas de la prudencia jurídica que el intérprete, antes de seguir las reglas de la lógica correspondiente, sobreentiende que en el texto interpretado subyacen valores no plasmados claramente.

La decisión sobre si se debe dar prevalencia a la analogía o al argumento literal estricto, depende de que en la concreta situación se dé prioridad a la seguridad jurídica o a la justicia (i.e. la debilidad de la analogía como razonamiento jurídico es la desestabilización del sistema, pero su fuerte, el postulado de flexibilidad del sistema), o, en un sentido más amplio, de cómo se vea la relación entre descripción de las fuentes del Derecho y su justificación moral. La concepción material del Derecho pasa las fuentes por el filtro de la moral –pretendidamente objetiva- del intérprete, para imponer la justicia del caso¹⁵¹⁸ y al margen no sólo de la seguridad jurídica, sino también de cualquier teoría política de la legitimidad democrática¹⁵¹⁹.

Hemos señalado –por su interés para una mejor aproximación de lo que en éste apartado interesa- las equiparaciones y distanciamientos del argumento *a contrario* y el analógico, pero cabe resumir alguna conclusión. Así, para las concepciones intencionalista y material, el argumento *a contrario*, basado en los límites del significado posible de la norma (perspectiva de la concepción lingüística, donde el tenor literal es el límite que marca la semántica para el marco de interpretaciones posibles), es un obstáculo para la analogía, por lo que sólo admiten que su uso es correcto cuando lo querido por el Legislador o lo valorativamente correcto, coincide con ese significado posible. Allí la concepción lingüística deviene guardián de la no vulneración del significado posible de la

¹⁵¹⁷ Citado por GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO; *Sobre el argumento a contrario...*, cit., pág. 112.

¹⁵¹⁸ Ver *infra* parágrafo 36 (“La corrección de los enunciados normativos. El Derecho correcto”).

¹⁵¹⁹ Ver *infra* parágrafo 52 (“El auténtico rol creador del juez. Límites. El activismo judicial”).

norma y como opuesto, por tanto, a la creación de una norma nueva; en dichos casos, es un argumento de defensa del principio de legalidad¹⁵²⁰.

Sin embargo, como hemos visto, la más de las veces, el argumento *a contrario*, deviene una especie del argumento analógico, en tanto importa una creación normativa del intérprete al ir más allá del tenor literal del texto legal de que se trate.

¹⁵²⁰ Que la legalidad merezca o no ser defendida, es cuestión que ha de juzgarse desde concepciones personales de los beneficios de dicho principio y del modelo de sociedad que se pretenda. Sin embargo nosotros buscaremos indicar *infra* (Capítulo V –“El principio de legalidad”-), las vulneraciones permanentes a éste principio.

§35.- El método jurídico y la creación del Derecho.

Creación y aplicación del Derecho. Causalidad jurídica. Consecuencia jurídica. Proceso de realización del Derecho. Rechazo del reduccionismo normativo. Soluciones a la creación jurisprudencial del Derecho. Más allá de la subsunción. Los elementos interpretativos de von Savigny. Objeciones. Preeminencia de la voluntad de la ley. El proceso metódico de creación del Derecho. El rechazo al dualismo metódico de deber ser y ser.

Superación de la conclusión lógica de la subsunción. “Lo nuevo” y la aplicación de la ley. Tertium comparationis. Sinceramiento del uso de la analogía. Interpretación subjetiva e interpretación objetiva. Elección del método. Nuevo sentido a la regla: orden moral, nociones axiológicas. Ampliación de la base de enunciados utilizables. El cambio de interpretación. Interpretación como cambio del aparato jurídico.

Relevancia de la política jurídica. La imprevisión política y la concreción judicial. Política y justicia. Argumentos de principio. Argumentos políticos. Casos difíciles. Moralidad. Decisiones judiciales como decisiones políticas. El problema de los objetivos políticos. El problema de los principios. Compromiso entre principios concurrentes. Las razones finalistas y las razones de corrección. Conciencia de los prejuicios y necesidad de objetivar.

Pueden existir diversas doctrinas aceptables del método jurídico, pudiendo entrar en contacto y coincidir entre ellas.

Ciertamente existe una complementariedad entre *creación del Derecho* y *aplicación del Derecho*, como hemos venido señalando. En este sentido, es interesante destacar desde la metódica de la configuración normativa, que el Legislador se vale cada vez más de la *analogía* incluso en el Derecho Penal.

Para comprender mejor lo antedicho debe señalarse que el Legislador, al momento de crear normas, piensa en un supuesto de hecho, describiendo en primer lugar el caso testigo o *tertium comparationis* del tipo básico, para posteriormente mediante ejemplos presentar enumeraciones asimilables.

“Entre supuesto de hecho y consecuencia jurídica existe ‘un vínculo de necesidad peculiar creado por el Legislador, que nosotros no podemos concebir sino como análogo a la causalidad natural’.”¹⁵²¹

Se trata de una causalidad jurídica propia creada por los hombres en analogía con la causalidad natural, el Legislador establece entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica (siguiendo la idea de ENGISCH: una obligación) una vinculación causal, que se

¹⁵²¹ ENGISCH, KARL; *Introducción al...*, cit., pág. 37.

expresa al mismo tiempo como existente; para decirlo más claro, entre supuesto de hecho y consecuencia jurídica existe una causalidad basada no en el orden natural sino en la voluntad del Legislador, causalidad que se encuentra fundada en las ideaciones del pensamiento humano¹⁵²². La causalidad jurídica –que un hecho provoque efectos jurídicos–, está basada sobre la determinación de la ley, de allí que pueda ser creada arbitrariamente por ésta, el Derecho puede vincular a cualquier hecho, cualquier consecuencia jurídica¹⁵²³.

La *consecuencia jurídica* no es concebible, como cualquier verdadero efecto, como modificatoria de una situación; no tiene realidad objetiva alguna ni en el mundo físico ni en el psíquico; la consecuencia jurídica no es más que una relación lógica del supuesto de hecho con la proposición jurídica en su normatividad¹⁵²⁴.

La vinculación entre, situación de hecho y consecuencia jurídica, cualquiera que sea la manera como se la interprete o llame, se presenta tanto en abstracto como en concreto, como algo que ha sido creado por el Derecho positivo, es decir, por la ley. La

“...proposición jurídica que, funda en abstracto una vinculación condicional entre una ‘situación de hecho’ y una ‘consecuencia jurídica’, es, la mayoría de las veces, una proposición legal. Aun aquellos... que creen en la existencia de una ‘causalidad jurídica’ entre situación de hecho y consecuencia jurídica,... señalan expresamente que éstas están enraizadas en la ley...”¹⁵²⁵

Esto garantiza seguridad jurídica pues la punibilidad se restringe a los casos presentados, pero se presentan resultados ajenos a la vida. Contrariamente, el legislar mediante cláusulas generales se adapta mejor a las circunstancias cotidianas pero vulnera el principio de determinación legal del supuesto de hecho¹⁵²⁶.

El riesgo de aplicación analógica del Derecho, en todo caso, es insorteable.

El método jurídico, no se agota en la mera subsunción (modelo que por cierto se mantiene plenamente vigente) de un caso bajo la ley. Se puede sostener *a priori*, que no es factible obtener una solución en Derecho sin criterios valorativos¹⁵²⁷.

¹⁵²² ENGISCH, KARL; *ibidem*.

¹⁵²³ ENGISCH, KARL; *Introducción al...*, cit., pág. 38.

¹⁵²⁴ ENGISCH, KARL; *Introducción al...*, cit., pág. 39.

¹⁵²⁵ ENGISCH, KARL; *Introducción al...*, cit., pág. 45.

¹⁵²⁶ Ver *infra* parágrafo 49 (“La actividad creadora del juez ante los conceptos normativos, indeterminados y las ‘cláusulas generales del derecho’”).

¹⁵²⁷ HOBBS pretendía solucionar los problemas a partir del Poder (conf. HOBBS, THOMAS; *El Leviatán*; cap. XVIII, Fondo de Cultura Económica, México, 1940, *passim*), también se pretendió efectuarlo desde la voluntad del hombre (*teoría libre del Derecho*), *et sit cétera*.

Como primera medida es dable sostener que en el proceso de realización del Derecho se dan tres escalones: a) principios jurídicos abstractos generales, b) reglas o normas jurídicas y c) derecho concreto o decisión. Es una sucesión lógica donde ninguno de los escalones es prescindible, pero tampoco ninguno de ellos se deduce del inmediatamente superior, de allí que ninguna regla jurídica procede sólo a partir de los principios jurídicos, ni ninguna decisión jurídica sólo a partir de la regla¹⁵²⁸.

La creación del Derecho procede en forma analógica, se precisan tanto elementos del deber ser como del ser.

Teniendo en claro esto podemos presentar dos esquemas:

- a. *Aplicación del Derecho*. El caso general está regulado legalmente, la norma tiene efectos directos sobre la situación.

El *deber ser* se determina a partir de la interpretación, en búsqueda del sentido y del alcance de la norma a fin de examinar si el *ser*, o circunstancias de hecho se relaciona con aquella.

Hecha la interpretación de la norma, la circunstancia de hecho se *subsume* en aquella.

- b. *Creación del Derecho*. Se presenta un vacío en la norma, no posee efectos, o estos se hallan alejados de la circunstancia de hecho.

Se trata de un vacío a ser llenado (obviamente no puede ser un “silencio calificado de la ley”, donde la no punibilidad es intencionada), el problema estriba en que en el Derecho Penal la analogía *in malam partem* se encuentra proscrita.

Las soluciones a la cuestión son tres:

1. *Libre creación judicial del Derecho*. La ley se aplica en todos los casos para los cuales contiene, según el tenor literal o la interpretación, una determinación. Si, por el contrario, toda una institución jurídica no se halla regulada, el juez ha de decidir el caso según la regla que él como Legislador expediría.

¹⁵²⁸ Esto último importa el rechazo de las corrientes normativas unilaterales que sólo visualizan el criterio valorativo, el principio, el deber ser, creyendo posible a partir de allí, extraer el Derecho real (por caso: el Derecho natural clásico, la jurisprudencia de conceptos, la tesis de DWORKIN en su sentido más ilimitado, el positivismo lógico- normativo). Se trata de un ontologismo que sostiene la deducción de la existencia a partir de la esencia, del ser, a partir de puros conceptos; es claramente una ilusión.

2. *Conclusión por opuestos (argumentum a contrario)*. Se trata de una conclusión por inversión que tiene el mismo esquema que la analogía, aunque el punto de comparación (*tertium comparationis*) es otro¹⁵²⁹.
3. *Analogía (argumentum a simile)*. Ficciones jurídicas, que según su naturaleza también pueden ser *argumentum a fortiori* (*a maiore, ad minus, a minore ad maius*).

De las soluciones a la creación del Derecho, sólo las dos últimas son aceptables, la primera conduce al llamado “juez monárquico” como Legislador, inaceptable en un Estado de Derecho: El llamado activismo judicial irrestricto¹⁵³⁰.

Como ya se adelantara, el método jurídico no se agota con la *subsunción*, precisa de la doctrina de la interpretación cuyo origen fuera FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY¹⁵³¹.

Para determinar el contenido y el alcance de las normas, sobre la base de la doctrina del método, como ya se adelantó, hace falta partir de la interpretación de aquellas, ésta importa la reconstrucción del pensamiento inmanente a la ley partiendo de cuatro elementos. a) gramatical, b) lógico- sistemático, c) histórico y d) teleológico, esquemmatizando¹⁵³²(en lo que sigue, recapitulamos algunas digresiones ya efectuadas con el objeto de fijar la posición que se defiende):

a. *Diferencia según los medios*. La interpretación puede ser.

a.1. *Interpretación gramatical o filológica*. Es una reflexión de algo pensado con anticipación, conocimiento de lo conocido. Es recurrir al tenor literal, al posible significado de las palabras, distinguiendo el ámbito nuclear y marginal de una norma.

a.2. *Interpretación lógico sistemática*. Se precisa pensar correcta y extensivamente. Puede ser.

a.2.1. *Interpretación lógico- formal*. De los conceptos se infieren consecuencias jurídicas. Es el método de la “jurisprudencia de conceptos”.

¹⁵²⁹ Ver *supra* parágrafo 34.4 (“La analogía”).

¹⁵³⁰ Ver *infra* parágrafo 52 (“El auténtico rol creador del juez. Límites. El activismo judicial”).

¹⁵³¹ LARENZ, KARL; *op. cit.*, págs. 31 y ss.

¹⁵³² “Los cuatro tipos de interpretación pertenecen desde Savigny al patrimonio más o menos firme de la hermenéutica jurídica.”. ENGISCH, KARL; *Introducción al...*, cit., pág. 91.

a.2.2. *Interpretación teleológica*. Se pregunta por el sentido o fin de una norma (*ratio legis*), o bien de varias normas, o del ordenamiento jurídico en su totalidad (*ratio iuris*). Es el método de la “jurisprudencia de intereses”. Puede ser a su vez.

a.2.2.1. *Interpretación histórico- subjetiva*. Se bucea en la voluntad del Legislador histórico o del actual. Su ventaja estriba en la seguridad jurídica que reporta, su desventaja en la petrificación jurídica que aparece.

b. *Diferencia según el resultado*. La interpretación puede ser (conceptos frecuentemente utilizados pero no de forma unívoca).

b.1. *Interpretación extensiva*. Se amplía el ámbito de aplicación de la norma más allá del tenor literal.

- a. Primera acepción: Se mueve en el campo del sentido lingüístico en que se plasma la regla, utilizándose una “extensión” o “ampliación” del sentido idiomático.
- b. Segunda acepción: Se deja de lado el sentido literal a fin de atender a la verdadera voluntad del Legislador o de la ley; con esto deja de ser claro el límite entre la interpretación por un lado y la eliminación de lagunas y rectificación de leyes por el otro. Se bucea en un entendimiento máximo de la voluntad del Legislador.
- c. Tercera acepción: Importa la relación entre el sentido literal de una disposición jurídica individual y su campo de aplicación. Se interpreta un círculo más amplio de casos, lo que importa en la “causación” legal hablar de una *vinculación condicionante* (v.g. toda herida, por pequeña que sea, que se complique y produzca la muerte, es “causa” de ésta).

b.2. *Interpretación restrictiva*. No se va más allá del tenor literal de la norma, se restringe su posible significado literal.

- a. Primera acepción: Se mueve en el campo del sentido lingüístico en que se plasma la regla, utilizándose una “limitación” un sentido más estricto, próximo o estrecho del sentido idiomático.

- b. Segunda acepción: Con los alcances señalados para éste supuesto en la interpretación extensiva, pero se procura un entendimiento mínimo de la voluntad del Legislador.
- c. Tercera acepción: Con los alcances señalados para este supuesto en la interpretación extensiva. Se interpreta un círculo más reducido de casos, lo que importa en la “causación” legal hablar de una *vinculación típica* (v.g. sólo una herida que sea típicamente mortal puede ser considerada “causante” de la muerte sobrevenida a continuación).

Cualquiera de estas interpretaciones en su actual versión, despiertan objeciones. En la primera acepción se fracasa por la incertidumbre de que el sentido literal es verdaderamente el próximo o el más lejano. A menudo la ley, en su expresión, sigue su propio camino y se sirve de una terminología técnico- jurídica.

En la segunda acepción, se trata de una técnica demasiado extensa y formal, pues se atiene únicamente al alcance de un precepto singular; en la medida en que varios preceptos se complementen mutuamente, la limitación o extensión de una disposición puede significar la limitación o extensión en sentido contrario de otra disposición.

El juez se dirige a la “voluntad de la ley”, no a la “voluntad del legislador” (proceso generativo de las normas). La voluntad del Legislador ha sido dejada de lado en gran medida debido a la heterogeneidad del ente que aquel importa; ya no se trata de un rey, o un autócrata, sino de un cuerpo colegiado y diverso. De allí que valga la pena reafirmar la preponderancia del método objetivo por sobre el subjetivo, no se dirige a interpretar la ley en el momento de su emisión sino en el de su aplicación, una ley no tiene valor *per se*, sino que resulta subsidiaria de todo el plexo normativo –entre otras cosas-¹⁵³³.

En este marco, el juez, puede proceder metódicamente en la “creación” del Derecho, mediante las cuatro maneras de conclusiones lógicas explicadas *supra*¹⁵³⁴: deductivamente, inductivamente, abductivamente y analógicamente.

La forma *abductiva* posibilita al juez el procurarse una hipótesis para saber de qué manera ha de proceder en la interpretación de la norma y en la comprobación de las circunstancias de hecho.

¹⁵³³ JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS; *op. cit.*, pág. 110.

¹⁵³⁴ Ver parágrafos 34.1 (“La deducción”), 34.2 (“La inducción”), 34.3 (“La abducción”) y 34.4 (“La analogía”).

La forma *inductiva* colabora con el juez para detectar la norma aplicable al caso y se precisa para la interpretación de aquella.

La forma *analógica*, que no es una conclusión, como ya se señalara sino una comparación, es necesaria para construir un supuesto de hecho y para la construcción del caso en relación con la norma configurando las circunstancias de hecho. Procede claramente en forma circular y constituye el núcleo del proceso de creación del Derecho aparejando la novedad que se buscaba: la sentencia judicial.

La conclusión *deductiva* opera en el proceso de subsunción, para ello debe haber operado previamente la analogía, con el objeto de haber equiparado “C” y “C2”. La abducción, la inducción y la analogía operan simultáneamente, la deducción lo hace temporalmente después.

Lo que distingue el tradicional modelo de la subsunción lo ha caracterizado EBERHARD SCHMIDT¹⁵³⁵. Para este discípulo de FRANZ VON LISZT, la *creación judicial del Derecho* tiene lugar en dos actos estrictamente separados el uno del otro: “dualismo metódico de deber ser y ser”. En un primer momento se configura la tarea de *comprobar los hechos*, el juez en un marco de pura objetividad –sin componentes subjetivos–, alejado de todo prejuicio reflexiona sobre una circunstancia de hecho hasta ese momento desconocida, debiendo reconstruirla desde el pasado; posteriormente deviene la *aplicación del Derecho*, donde se interpreta con “intención de justicia” el sentido y alcance de las normas otorgadas de antemano. Subyace al esquema precitado la idea de *fungibilidad del juez*, en el sentido de que todo juez, en cada proceso, obtiene el mismo resultado que cualquier otro par.

KAUFMANN entiende que la lógica y la realidad descartan el anterior esquema sencillo, pues: a) el proceso de *creación del Derecho* no se da en dos actos separados entre sí que se suceden temporalmente, b) no se percibe con claridad la posibilidad de subsunción sobre la base del dualismo metódico de deber ser y ser, pues si el deber ser no contiene algo del ser y el ser no abarca algo de deber ser, cómo pueden ambos corresponderse, la correspondencia sólo es posible si ambos conceptos se entrelazan.

Cuando el juez refiere a la proposición jurídica, un supuesto de hecho concreto, o sea una situación vital, ergo “subsume” aquella situación en el supuesto de

¹⁵³⁵ Citado por KAUFMANN, ARTHUR: *Filosofía del Derecho*, cit., pág. 180.

hecho abstracto de la ley, no llega a la consecuencia jurídica con la simple subsunción, sino sólo cuando presupone lógicamente que el supuesto de hecho, en la ley por un lado y en el caso concreto por otro, ocasiona la consecuencia jurídica¹⁵³⁶.

La cientificidad de la creación del Derecho no puede reducirse a la conclusión lógica de la subsunción. Se simula una racionalidad que no existe. La complejidad del proceso debe ser razonada y procurar analizar las reglas lógico- formales que lo rigen. La doctrina del método jurídico no puede soslayar que su núcleo no consiste en una *conclusión lógica* sino en una *comparación*, la que no es posible sin norma, sin un *tertium comparationis*. Sostiene KAUFMANN que

“...la prueba de que la esencia del método jurídico no radica en una conclusión lógica la aporta la realidad, la práctica, en la que ante todo no se avanza de manera exacta, lógico- formal, racional”¹⁵³⁷

Han de resaltarse por ello algunas premisas en el sentido crítico de lo anterior:

- a. La subsunción es una conclusión obligatoria, un silogismo de acuerdo con el *modus barbara*. Si el método jurídico consistiera tan sólo en aquella, entonces en cada caso se tendría que obtener un resultado obligatorio.
- b. La deducción es una conclusión analítica que no produce nada nuevo. El acto decisivo, entonces, ha de preceder a la subsunción, el proceso de creación del Derecho no es una conclusión lógica sino una comparación, la que depende del “punto de comparación”. Determinar esto no constituye un acto de conocimiento puro sino una *decisión*, un acto de poder, ello descarta el dogma de la conducta apolítica del juez, éste indefectiblemente se ve cargado de pre- juicios, precomprensiones que le señalan el sentido que ha de otorgar a la norma y cómo ha de calificar normativamente el caso, sino se movería en la incertidumbre completa. Crear no implica ingresar en terreno desconocido sino comparar con algo conocido previamente. Que el Poder desempeñe un rol en ésta construcción no implica algo negativo en tanto se cimente

¹⁵³⁶ ENGISCH, KARL; *Introducción al...*, pág. 39.

¹⁵³⁷ KAUFMANN, ARTHUR; *Filosofía del Derecho*, cit., pág. 182.

de forma argumentativa racional, lo que ciertamente no sería posible si no se fuera consciente de la existencia del factor Poder.

- c. La concepción positivista de interpretación de la ley y la comprobación de las circunstancias de hecho se conciben como dos actos sucesivos y separables. Pero la comprobación de lo último sin tener en cuenta la norma no genera nada nuevo, la solución sólo se vislumbra cuando se “precomprende” lo sucedido, sin conclusiones abductivas no se accede a los problemas jurídicos. El camino del proceso de comprensión muestra que sólo si el juez entiende qué es un robo calificado, puede entender el caso concreto como tal, pero lo que es un robo calificado no lo puede saber sin el análisis del caso concreto.

En síntesis, “lo nuevo” no proviene ni de la norma ni del caso, sino que se origina en el que *aplica la ley*, quien, en relación con el *tertium comparationis* reconoce el caso y la norma como equiparables o no, y los trata de manera igual o desigual. La equiparación o no, es un *acto creativo*, que transforma la norma objeto de interpretación, pese a que mantiene el mismo tenor literal, la ley se ha transformado bajo su aplicación.

El *principio de igualdad* es puramente formal, solo establece *que* lo igual debe ser tratado de forma igual y, lo desigual en forma desigual. No explica *qué* es igual o desigual y *cómo* se debe tratar a los iguales o bien a los desiguales¹⁵³⁸. Y en relación con esto deviene claro que nada es del todo igual o diferente a otra cosa, sino que siempre jugará un punto de comparación –*tertium comparationis*–, más o menos *similar* o *diferente*. No existen fronteras lógicas entre igualdad y similitud, igualdad material es siempre sólo similitud en relación con otro ente. La igualdad, sin duda, es un *acto de equiparación*, el que no reposa meramente en un conocimiento racional sino sobre todo, en una *decisión* o acto de poder (v.g.: ningún parricida es igual a otro, ni su acto es igual al de otro sujeto activo, sin embargo todos son tratados de forma igualitaria, privados con pena privativa de libertad perpetua –art. 80.1º del C.P. argentino–). En síntesis, igualdad es igualdad de relaciones, algo análogo; el carácter análogo del ser es el supuesto para que podamos llegar a un orden en nuestro conocimiento y en nuestras relaciones, si todo fuese unívoco, no habría diferencias y no podrían diseñarse normas diferentes; asimismo si no existieran

¹⁵³⁸ En igual sentido RADBRUCH, GUSTAV; *Introducción a la filosofía...*, cit., pág. 35.

nexos entre las cosas entonces deberíamos tener un nombre especial para cada cosa y, una norma particular para cada acción.

El juez no infiere conclusiones lógicas, el rol creador del juez no se halla en el esquema de una teoría de la interpretación estrictamente subjetiva; al igual que en las ciencias naturales donde la observación del objeto puede transformarlo, en la ciencia jurídica, *subsumir el caso importa procesarlo*. Debe aclararse que siempre ha de tenerse en cuenta qué entiende cada autor por subsunción, en lo dicho se han seguido las postulaciones de KAUFMANN, mas para KARL ENGISCH dicha operación importa una equiparación del caso concreto a fallar con los casos pensados, libres de dudas, mediante el supuesto de hecho legal; como es dable observar, para él subsumir presupone una operación analógica entiende KAUFMANN.

Resumiendo, el proceso de *creación del derecho* utiliza como “materia prima”, en su proceso metódico, al *caso* y la *norma*; los que sin haber sido previamente elaborados, no pueden ser coordinados mutuamente, pues se hallan en planos categoriales diferentes; el primero con sus interminables hechos pertenece al plano del ser, el segundo, al deber ser definido en forma abstracta- general. La analogía se hace explícita cuando ambos se coordinan, cuando la norma se enriquece en y con lo empírico, y el caso con la norma hasta el punto de *corresponderse*.

Desconocer el papel de la analogía es más peligroso que la analogía misma, y ello adquiere relevancia primordial en el ámbito del Derecho Penal, donde aquella especie de conclusión se halla proscripta pero se introduce, de todas formas, a través de los diferentes pasos interpretativos de una norma, procedimiento que no se considera analogía aunque lo fuere. La analogía no aparece en forma aislada, se le integran las tres conclusiones lógicas: abducción, inducción y deducción. En la equiparación analógica entre el caso y el resultado, caso y norma son elaborados entre sí, ésta se concretará paso a paso fijándole contornos al caso, se convertirá en el *tipo*.

Ejemplo de lo anterior es el tipo penal de robo con armas (art. 166.2° del C.P. argentino), siendo que este último es un concepto de contornos vagos, cualquier objeto que aumente la vulnerabilidad y peligrosidad del agente puede ser equiparado al mismo (v.g.: jeringas con líquido infectado de H.I.V., garrotes, cadenas, *et sit cétera*).

Desde que la analogía es un proceso necesario, corresponde examinar, si en el caso, aquella es permitida o prohibida, este es el auténtico problema y no, como ya se señalara, si existe o no analogía.

Aquí es donde importa analizar qué teoría jurídica de la interpretación se aplica en un caso y si la misma es permitida o no. Ya adelantamos algo al respecto, por caso, se ha distinguido entre *interpretación subjetiva* (histórica) e *interpretación objetiva*, donde, en alguna medida, confrontan las posiciones del Derecho natural y el positivismo jurídico. El primer modelo de interpretación se ha considerado, generalmente, como seguro y fruto de la división de poderes, en tanto que el segundo aludiría al sentido verdadero de la ley y a la historicidad del Derecho. Interpretación subjetiva, en una primera aproximación sería positividad, en tanto que interpretación objetiva sería corrección del Derecho.

Vale efectuar un paréntesis al solo efecto analítico. Desde el positivismo jurídico, y reducido el análisis a estrictos problemas lingüísticos (y además expresado el problema no ya desde la óptica del aplicador del Derecho, sino del Legislador)¹⁵³⁹, la interpretación objetiva tendrá primacía cuando a las normas se las analice teniendo en cuenta el significado de las palabras en el uso ordinario del lenguaje, si en cambio se examina a través del significado atribuido por el Legislador a éstas palabras, se hablará de interpretación subjetiva. En caso que el Legislador haya usado las palabras en el mismo sentido que las usan los miembros de cierta comunidad, la interpretación subjetiva y la objetiva coincidirán; en caso que aquel haya usado las palabras de manera diferente, es éste significado atribuido por la autoridad el que debe guiar la identificación de sus normas. Escoger un significado distinto es identificar a una norma diferente a la que ha formulado la autoridad¹⁵⁴⁰. Para identificar las normas formuladas por el Legislador, ha de comenzarse la búsqueda del significado que la autoridad le ha atribuido a las expresiones utilizadas.

No es esta diferenciación entre interpretación objetiva y subjetiva la que nos interesa aquí, en lo que sigue en análisis, se efectúa desde el punto de vista de quien aplica las normas, no del Legislador; sin embargo, vale reforzar un concepto; la identificación del modo en que éste último ha usado las palabras es una cuestión empírica, y al igual que otros problemas de ésta índole, puede ser difícil establecer con precisión lo que el Legislador ha

¹⁵³⁹ El análisis en NAVARRO, PABLO; *Acerca de la inevitabilidad de la Interpretación*, cit., pág. 106.

¹⁵⁴⁰ ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO; *Definiciones y normas*, cit., págs. 443 a 444.

dicho, pero de allí no debe seguirse que nunca sea posible determinar el sentido en que la autoridad ha usado una determinada formulación, pues en la mayoría de los casos

“...este significado coincide con el... que las palabras tienen en el contexto de uso ordinario en cierta comunidad. Pero, en ocasiones, el legislador puede apartarse de esas convenciones e introducir sus propias definiciones. En ese caso, atribuir a sus palabras el sentido ordinario sería alterar su mensaje ya que precisamente, la función de las estipulaciones del legislador es ampliar o restringir el significado que las palabras tienen en su uso común.”¹⁵⁴¹

“Voluntad del Legislador” y “voluntad de la ley”, es la dicotomía. La primera está en franco retroceso como ya lo estudiáramos. En la segunda, que es, por otra parte, la que con más frecuencia encontramos, las palabras de la ley son medios de expresión escindidos del Legislador; consecuentemente se amplía o se reduce su intelección (interpretación extensiva o restrictiva). Para la tesis subjetiva la cuestión es sencilla, en tanto la interpretación extensiva o la restrictiva se refieren sólo a la relación lógica de la expresión con los pensamientos, ya que aquella puede contener algo más o algo menos que estos, en el primer caso la expresión se corrige mediante una interpretación restrictiva, en el segundo con una extensiva, lo único que se aspira es a hacer concordar la expresión con los pensamientos reales del Legislador histórico. La interpretación tiene que mantenerse siempre de alguna manera dentro de los límites del “sentido literal”, esos son sus límites, toda otra interpretación extensiva sería analogía.

Desde el punto de vista de la teoría objetiva, como la misma concibe el texto legal independientemente de la voluntad del Legislador histórico, por considerarla depositaria de un sentido inmanente; en cierta forma no cabe una interpretación extensiva o restrictiva aquí, pues, si el sentido literal es unívoco, eso significa que el espíritu objetivo se manifestó de esa forma, pero si el sentido literal es equívoco; la decisión debe ser a favor del sentido “racional”, sin embargo, para hacer valer tal sentido en contra del sentido literal incorrecto resulta menester comprobar que la ley ha sido redactada erróneamente, allí juega la interpretación extensiva o restrictiva.

Ahora bien, no existe alternativa entre los modelos objetivo y subjetivo, no hay opción entre corrección y positividad del Derecho, sólo los dos modelos al mismo tiempo constituyen Derecho, pues pueden superar combinadamente las objeciones que se

¹⁵⁴¹ NAVARRO, PABLO; *ibídem*.

les plantean: al subjetivismo, el riesgo de *petrificación del Derecho* ante la fijación de la voluntad de un Legislador pretérito, y al objetivismo su posición criticable frente a la *división de poderes*¹⁵⁴². Se ha pretendido solucionar esto mediante un subjetivismo que examine la voluntad del Legislador, pero objetivada, de un Legislador pensado, la cuestión estribaría en examinar cómo el Legislador decidiría hoy en el caso respectivo; sólo así, la ley abierta hacia el futuro tendría validez, cercano al pensamiento de HOBBS quien sostuviera:

“Legislador no es aquel mediante el cual se le confiere, por vez primera, autoridad a la ley, sino aquel por cuya autoridad la ley continúa siendo ley.”, verificando el sentido literal se halla la “voluntad real”¹⁵⁴³ Evidentemente la teoría subjetiva se modifica hacia la objetiva y viceversa con los argumentos presentados.

Cuál ha de ser el *tertium comparationis* de la conclusión en la creación del Derecho, ¿el Legislador pensado o el real actual?, KAUFMANN entiende que no existe una interpretación que excluya la comprensión objetiva o subjetiva, sino una interpretación inclusiva que tome algo de ambas¹⁵⁴⁴ (expresa: “un no solo sino también”).

La doctrina del método tradicional positivista considera la *aplicación del Derecho* como el caso normal¹⁵⁴⁵ y la *creación del Derecho* como la excepción, la que se diferencia de aquella en forma cualitativa. Por el contrario, los diferentes modos de creación del Derecho no se distinguen cualitativamente sino mediante el grado de extensión de la ley; el “vacío de la ley” no es un defecto (concepción positivista) sino que es necesario, una ley cerrada en sí misma, completa, sin vacíos, clara; de ser posible tal composición, conduciría el desarrollo del Derecho al estancamiento. Es claro que la encrucijada se encuentra en la *elección del método*, el proceso judicial aspira en gran medida a obtener una utilidad y no sólo conocimiento verdadero, pues no es autónomo, los sujetos se encuentran sujetos a la ley, aun a la defectuosa.

Algo similar acaece con el “lenguaje” de la ley, los conceptos legales no son inequívocos, abstractos generales, sino conceptos tipo, conceptos de orden. El problema en

¹⁵⁴² KAUFMANN, ARTHUR; *Filosofía del Derecho*, cit., pág. 189.

¹⁵⁴³ HART, H. L. A.; *El concepto de Derecho*, cit., pág. 79.

¹⁵⁴⁴ KAUFMANN, ARTHUR; *Filosofía del Derecho*, cit., pág. 191.

¹⁵⁴⁵ La metodología de interpretación jurídica de la mayor parte del siglo XIX es relativamente simple. Consistirá en remitir la solución de toda duda interpretativa a la averiguación de la voluntad del autor de la norma.

esta cuestión entonces está en analizar en qué medida los conceptos que utiliza la ley deben ser abiertos, y en qué medida se les debe colocar límites¹⁵⁴⁶.

Ahora bien, si el jurista va más allá de la simple aplicación de la regla, y en su labor termina por efectuar una creación legal, no subsume, sino que a partir de un *tertium comparationis*, transforma la norma, manteniendo el texto inalterable pero yendo más allá del mismo y más allá del Legislador histórico, algún freno debe tener a su discrecionalidad.

Se supera una jurisprudencia filológica e incluso una teleológica en sentido estricto, es decir, orientada hacia la protección de intereses. El Derecho en general, y en la especie, el Penal, ya no son simples instrumentos para la protección de intereses y la solventación de conflictos, sino que deben portar ideas morales. El contenido jurídico, negativo de los delitos, no se agota en la lesión de intereses dignos de protección estrictamente definidos, sino que también entra en la perturbación del orden moral que estos delitos producen y que el Derecho está llamado a reforzar.

La frecuentemente necesaria consideración de situaciones de excepción y de intereses opuestos (v.g. el aborto indicado) representan, no sólo un acto de ‘ponderación de intereses’, sino también una valoración, moral y socialmente condicionada¹⁵⁴⁷. Cuando se impone una nueva concepción fundamental de la esencia del delito, esta ejerce su influjo – disfrazado tras el manto de una interpretación supuestamente objetiva- y otorga un nuevo sentido a la regla. Sobre ésta noción imperante en la que el juez, ante determinados casos, recurre a nociones axiológicas antes que al significado literal de las formulaciones normativas, hablaremos más adelante¹⁵⁴⁸.

Previo a finalizar este apartado, caben algunas digresiones más en torno a la idea del rol creador del juez y la actividad interpretativa, como asimismo destacar la relevancia de la política jurídica en las decisiones de aquellos, pues no es un dato menor que las alteraciones de las formulaciones normativas proceden tanto del aspecto valorativo como de oportunidad –político- frente a la decisión del caso concreto. LARENZ distingue allí donde nosotros entendemos que hay principios jurídicos o valoraciones políticas, denominando a los primeros “principios jurídico- éticos”, y a los segundos “principios

¹⁵⁴⁶ Ver *supra* parágrafo 30 (“Lenguaje y Derecho”).

¹⁵⁴⁷ ENGISCH, KARL; *Introducción al...*, cit., pág. 118. En igual sentido ARTHUR KAUFMANN ver *supra*.

¹⁵⁴⁸ Ver *infra* parágrafo 36 (“La corrección de los enunciados normativos. El derecho correcto”).

jurídico- técnicos”; los primeros no son establecidos, sino que son hallados, más exactamente se adquiere conciencia de ellos en un “caso ejemplar” (i.e. *leading case*), para hallar después, más o menos rápido, reconocimiento general en la conciencia jurídica de la época; los segundos son ideas sustentadas en motivos de oportunidad¹⁵⁴⁹.

Es claro que con lo hasta aquí dicho, entendemos que la posición positivista según la cual todo el Derecho es Derecho positivo, no se condice con la realidad de lo que hacen los jueces al resolver en un caso concreto. Si bien en el ámbito jurídico se cumple, en un primer paso, con la condición de finitud necesaria para validar lógicamente el razonamiento, reduciendo en el inicio el razonamiento a los enunciados que fluyen del Derecho positivo, en un segundo paso se recurre a otros enunciados que funden la decisión, estos enunciados no pueden ser sistematizados en modo alguno, no son axiomatizables. Pero hay una cuestión que debemos señalar, y es que si bien la tesis antedicha se percibe con más fuerza en las posiciones iusnaturalistas, el moderno positivismo no desdeña ampliar la base de enunciados utilizables tampoco.

En numerosas ocasiones se ha procurado reducir la noción de que aquellos enunciados que utilizan los jueces, más allá de las normas, son simplemente “principios generales” que se infieren deductivamente –mecánicamente, automáticamente- de las primeras. Ello sin embargo ha sido rechazado¹⁵⁵⁰, y con razón, pues la deducción lógica de los principios generales no es una operación mecánica, ello sólo podría predicarse si existieran procedimientos efectivos

“...conjunto de reglas que determinen unívocamente cada uno de los pasos del procedimiento que en todo caso de aplicación conduce a la solución buscada en un número finito de pasos.”

para la solución de los problemas en cuestión¹⁵⁵¹.

Resulta claro que, si bien puede ser deductivo el razonamiento del jurista que extrae principios generales de formulaciones normativas, la tarea de ampliar la fundamentación de un fallo, dista mucho de ser meramente mecánica de extracción de principios generales de las reglas. Aquí participa el aplicador del Derecho en un auténtico rol creador, la que no consiste en la creación de nuevos enunciados de Derecho, lo que lo

¹⁵⁴⁹ LARENZ, KARL; *op. cit.*, pág. 326 y ss.

¹⁵⁵⁰ SOLER, SEBASTIÁN; *La interpretación de la ley*, cit., pág. 176. Entiende que la reconstrucción técnica del sistema jurídico, no consiste en una pura operación deductiva.

¹⁵⁵¹ ALCHOURRÓN, CARLOS E. y BULYGIN, EUGENIO; *Introducción a la metodología de las...*, cit., pág. 134.

confundiría con la creación legislativa, pero tampoco es una simple descripción de las reglas imperantes.

Las teorías de la interpretación tienen un perfil relevante en el llamado *cambio de interpretación*. Parece claro que, todo cambio de interpretación de una formulación normativa por parte de los jueces, es susceptible de provocar una alteración de las consecuencias normativas. Pero si se alteran las consecuencias, el ordenamiento jurídico, y sus componentes –las normas- ya no son los mismos. El fenómeno puede explicarse de dos formas distintas¹⁵⁵², o bien el fallo ha cambiado el significado del texto, o bien el cambio de las consecuencias se debe a un cambio de las inferencias.

Los juristas no admiten con facilidad el primer supuesto, máxime si se trata de Derecho legislado, pues la idea de que los jueces al interpretar una ley de forma distinta, la estuvieran modificando, importa otorgarles una función creadora del Derecho que va más allá de lo que se está dispuesto a reconocer que es el rol propio de aquellos.

Pero entender que lo que se cambia son las inferencias, también reporta problemas, ello permite la introducción o eliminación de reglas *ad hoc* para cada término, lo que desdibuja la noción de consecuencia definitoria del sistema. Las reglas de contingencia dejan de ser apriorísticas para devenir contingentes. No puede soslayarse que el status de necesaria de las leyes que gobiernan la noción de consecuencia, es central en el esquema conceptual de la ciencia jurídica.

La realidad es que, si varían las consecuencias, es porque ha variado el aparato jurídico de base que manejan los jueces, lo dicho no puede negarse. Ello es así, aun cuando se sostenga que lo que se modifica es el cambio de interpretación del significado de algún término, y que los jueces lo único que han hecho es redefinir algún término, tal tesis derrota de todas formas el principio de legalidad, pues varían las consecuencias, y tal aserto denota que se ha modificado de forma no legislativa las normas de base.

“No hay lagunas porque todo conjunto de enunciados de derecho es capaz de suministrar soluciones para todos los casos posibles, siempre que el criterio para la admisión de las reglas de inferencia sea lo suficientemente elástico. Cuando un caso no está expresamente solucionado por las normas..., se introduce una regla de inferencia apropiada que permita inferir una solución para el caso en cuestión. La

¹⁵⁵² ALCHOURRÓN, CARLOS E. y BULYGIN, EUGENIO; *Introducción a la metodología de las...*, cit., pág. 141.

tarea de la interpretación (consiste)..., precisamente en la derivación de soluciones para los casos no solucionados explícitamente...”¹⁵⁵³

Finalmente, e ingresando –marginalmente- a la relevancia de la *política jurídica* en las decisiones de los jueces, es un hecho que la exigencia de pureza es más difícil de observar en las ciencias sociales que en las ciencias naturales; esto obedece, indefectiblemente, a que el científico de lo social, a diferencia del de la naturaleza, está comprometido emocionalmente respecto del tema de su trabajo. Una persona cuyo trabajo se refiere a éste campo, es ella misma parte del tema de que se ocupa, en mayor medida que una persona entregada al estudio de fenómenos naturales, es más complejo librarse en las ciencias sociales de las presiones ideológicas.

HART rechaza el ampliar el significado de “Derecho” de modo de incluir las pautas valorativas y los criterios de conveniencia social, que se usan para decidir racionalmente en los casos dados. Para el profesor de Oxford es más sencillo sostener que las normas jurídicas “padecen de una incurable insuficiencia” (o son “esencialmente incompletas”), y que aquellas pautas o criterios valorativos no forman parte del sistema jurídico, sino que sirven para suplir su irremediable déficit.

La otra razón que postula HART es admitir que tales pautas o criterios son parte del sistema, con iguales o mejores títulos que las reglas cuya aplicación cubre la mayoría de los casos, es admitir

“que no hay ningún elemento central del derecho vigente que pueda ser visto como un núcleo de significado central de las reglas”,

o dicho de otro modo

“que en la naturaleza de una regla no hay nada incompatible con que todas las cuestiones estén abiertas a reconsideración a la luz de criterios de conveniencia social.”,

para DICKINSON no es necesario salir del Derecho existente para fundar la solución de los casos nuevos, pues el Derecho es completo y autosuficiente, para esto último

¹⁵⁵³ La tesis es de COSSIO, y es presentada críticamente en ALCHOURRÓN, CARLOS E. y BULYGIN, EUGENIO; *Introducción a la metodología de las...*, cit., pág. 144. Los autores entienden que lo dicho en el texto no permite decir que un sistema incompleto, puede ser transformado mediante interpretación, en un sistema completo –sin lagunas-. Para ellos, la argumentación de COSSIO permite entender todo lo contrario, que efectivamente existen lagunas. Nosotros al estudiar el problema de las lagunas, entenderemos que, si bien asiste razón a la idea de que existen lagunas en el Derecho, la tesis de ALCHOURRÓN y BULYGIN oculta una falacia.

“...hay que presuponer que sus reglas pueden ser extendidas a casos nuevos mediante un procedimiento puramente deductivo, que no necesita atender a consideraciones de otro tipo...”,

pero asiste razón a DICKINSON cuando rechaza la idea de que las pautas o standards valorativos que los jueces usan para resolver los casos sean parte del Derecho, da para ello dos razones: a) esas pautas carecen de claridad y precisión, b) dichas pautas no están revestidas de autoridad¹⁵⁵⁴.

Lo anterior explica por qué, se ha manifestado una reacción contra la influencia de la política sobre la teoría (su pionero fue MAX WEBER), pero ésta reacción ha arribado a construcciones metodológicas excesivas en torno a la idea de pureza de la ciencia¹⁵⁵⁵. La exigencia metodológica de que la ciencia se atenga estrictamente a los hechos y a su explicación teórica, periclita en un idealismo en pos de la objetividad que se excede en sus pretensiones.

En primer lugar la exigencia ideal no puede realizar sus propósitos de forma absoluta, y en segundo lugar, de realizarlo, se pierde toda cooperación fructífera entre la teoría y la práctica.

“Si la ciencia realmente hubiera de abstenerse de toda formulación práctica de sus resultados, podríamos entonces imaginar una compilación de todo el conocimiento teórico, de la que el político tendría que extraer por sí mismo lo que necesitara. La mayor parte de las veces, empero, simplemente no lo encontraría. El conocimiento especial que es necesario para la solución de los problemas prácticos específicos, sólo se alcanza en vista de esos precisos problemas. Para producir el conocimiento técnico requerido, la investigación teórica tiene que ser organizada, planeada y llevada a cabo bajo la guía de los problemas prácticos.”¹⁵⁵⁶

Debe destacarse que no existe, desde lo político, un correspondiente identificable, simple, los intentos de elaborar uno partiendo de elaboraciones como “bienestar de la comunidad”, “interés comunitario”, “sentimiento del pueblo”, *et sit cétera*, son vanos; la tarea política está direccionada a una pluralidad de cuestiones, que no son un sistema sino un conglomerado más o menos inorgánico. Al análisis de una cuestión aislada, es dable observar, una variedad de componentes que no reflejan los intereses de diferentes

¹⁵⁵⁴ Las citas de HART y DICKINSON del texto, en CARRIÓ, GENARO R.; *op. cit.*, págs. 79 y 80.

¹⁵⁵⁵ Kelsen, HANS; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 83 y ss.

¹⁵⁵⁶ ROSS, ALF; *op. cit.*, pág. 389.

grupos sociales, sino diversidad de intereses y necesidades dentro del mismo grupo. No existe una “necesidad política”, un “objetivo político”, definidos aisladamente como si fuere un objetivo técnico. La tarea política es siempre una tarea de integración, donde hay problemas de maximización y de distribución, consideraciones de economía, ideales a corto y a largo plazo, *et sit cétera*. Todo ello refleja una multiplicidad de cuestiones que han de ser pesadas y ponderadas en la decisión de que se trate.

No se poseen conocimientos suficientes de los hechos sociales y de su correlación, como para poder bosquejar un marco completo de lo que se busca; por ello el papel de la teoría no es meramente técnico, debe guiar sobre el objetivo mismo, clarificar y precisar las actitudes sociales, indicar los objetivos que propondrían quienes poseen el poder, si tuvieran una concepción de la realidad más adecuada de la que realmente tienen.

Por ello las ciencias sociales se inician y se dirigen de manera diversa que las ciencias naturales. De allí que al tomar una resolución se suele, en primer lugar estudiar y tabular las actitudes políticas fácticas, tal como se expresan en los intereses, aspiraciones e ideologías de los distintos grupos, pero no es más que una materia prima a ser elaborada; debe indagarse si los distintos objetivos son compatibles entre sí o exigen un balance mutuo, examinando si se hallan condicionados por una inadecuada concepción de la realidad, que reclama ser corregida a la luz de un conocimiento más actual y más completo. Sólo posteriormente, el jurista puede formular sus premisas hipotéticas, la nómina de consideraciones y objetivos políticos que habrán de determinar la dirección de su decisión y de sus conclusiones prácticas. El problema estriba en que, desde lo político, lo que se procura analizar como una cuestión objetiva y científica, está circundado por dificultades y faltas de certeza, que en la práctica, importarán insertar preferencias personales en la elaboración de la nómina de objetivos, que el decisor diseña.

Lo que es específicamente político es la integración de consideraciones múltiples, cada una de éstas puede estar fundada en conocimiento científico, pero la integración misma es un acto de decisión que se encuentra más allá del dominio de la ciencia causal; procura producir efectos prácticos influyendo sobre el punto de vista de los sujetos sometidos al acto de decisión de quien está llamado a aplicar las normas¹⁵⁵⁷, por

¹⁵⁵⁷ Debe quedar claro que no nos interesa analizar aquí el proceso político desde el punto de análisis de quienes detentan el Poder, o más precisamente desde el sector administrativo, sino su incidencia en las decisiones en el ámbito jurisdiccional.

medio de la argumentación y de la persuasión¹⁵⁵⁸. Dentro de ésta estructura, desempeñan un papel importante las aserciones racionales, argumentativas, basadas en la experiencia común o en el conocimiento científico, pero su función no es probar una verdad, sino convencer de lo ajustado de la decisión.

Desde un punto de vista ideal, la tarea de la política jurídica se distingue de las otras políticas, el Derecho tiene un objetivo que es perfeccionar la idea de justicia a él inherente, así, la política jurídica es la doctrina que enseña cómo alcanzarlo, se distingue dicha política, de la política del bienestar, cultural, del poder, *et sit cétera*, que se determinan sobre la base de otro tipo de objetivos (v.g. económicos, partidistas, *et sit cétera*). Si por el contrario se rechaza la idea de Derecho como conteniendo un valor absoluto por sí mismo, considerándolo, en vez de lo anterior, como un instrumento para alcanzar objetivos sociales de cualquier tipo, entonces, la política jurídica no está determinada por un objetivo específico, sino por una técnica específica, abarca todos los problemas prácticos que surgen de la procura de lograr objetivos sociales determinados. Una visión realista del problema –como la que hemos venido procurando a lo largo de todo éste trabajo- reconduce a ésta última noción.

La naturaleza de la política jurídica no puede hallarse en un objetivo específico. Su naturaleza se encuentra condicionada por un cuerpo particular de conocimientos, que es relevante desde que el Derecho se emplea para solucionar cuestiones sociales, cualquiera que sea el objetivo de estos. Dicho cuerpo especial de conocimientos sólo puede buscarse en el conocimiento sociológico- jurídico que versa sobre la conexión causal entre la función normativa del Derecho y la conducta humana¹⁵⁵⁹, que versa sobre las posibilidades de incidir en la acción humana mediante el aparato de sanciones jurídicas.

DWORKIN explica, con su solvencia y sencillez características una distinción que clarifica lo que decimos. Distingue entre “argumentos de principio” y “argumentos políticos”: sobre los primeros se insiste en todo este trabajo, pero acerca de los segundos señala que

¹⁵⁵⁸ Sobre la relevancia de la argumentación en las actuales decisiones judiciales hablaremos más adelante. Ver *infra* parágrafo 37 (“Derecho y argumentación jurídica como discurso racional”).

¹⁵⁵⁹ ROSS, ALF; *op. cit.*, pág. 402.

“...justifican una decisión política demostrando que favorece o protege alguna meta colectiva de la comunidad en cuanto todo.”¹⁵⁶⁰

Las resoluciones que deciden sortear la pesificación y bloqueo de los depósitos de los amparistas argentinos después del año 2001, se basan en argumentos políticos, en cambio, los argumentos de principio justifican una decisión demostrando que ésta respeta o asegura algún derecho individual o de grupo (v.g. decidir que un hurto cometido por falta de sustento constituye un estado de necesidad o simplemente una minorante de pena)¹⁵⁶¹.

Justificar un programa legislativo –complejo- exigirá ambos tipos de argumentos; señala DWORKIN que incluso un programa que sea principalmente cuestión de política, por caso un programa de subsidios para los pequeños ruralistas, puede necesitar de argumentos de principio que justifiquen sus fines. Es claro que es competencia del Legislador obrar con arreglo a argumentos políticos y adoptar programas por ellos generados, los tribunales, en cambio, cuando actúan rutinariamente –casos fáciles- justifican en base a principios o reglas, aun cuando esta última haya sido generada por una directriz política; pero si el caso es un caso difícil, donde no hay una norma que imponga una decisión en algún sentido claro, entonces la decisión puede provenir tanto de un argumento de principio como político.

EZQUIAGA GANUZAS destaca que en los casos fáciles la disposición a que recurre el juzgador es unívoca en su significado (i.e. es consistente y satisfactorio para el operador jurídico), por lo que habrá consenso en que la solución reportada es correcta; en tanto que en los casos difíciles no cabe hablar de solución correcta (i.e. el lenguaje utilizado en la norma es indeterminable, se presenta una antinomia, se percibe una laguna, o el juez derechamente no comparte la solución que se apareja), la solución

“...puede requerir sopesar las disposiciones en conflicto, utilizar los principios o acudir a juicios morales; y el conocimiento de las normas que los resuelven no es posible ya que estas no preexisten, sino que debe ser ‘construidas’.”¹⁵⁶²

DWORKIN, acertadamente entendemos, señala que, pese a lo anterior, en los casos difíciles, las decisiones judiciales son de manera característica generadas por

¹⁵⁶⁰ DWORKIN, RONALD; *Los derechos en serio*, cit., pág. 148.

¹⁵⁶¹ Ver Anexo IV acápite XIII, se aporta un ejemplo de esto último.

¹⁵⁶² EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER; *Función legislativa y función judicial: la sujeción del juez a la ley*, en MALEM, JORGE, *et. al.* (coord.), “La función judicial”, Gedisa, Barcelona, 2003, pág. 48.

principios y no por directrices políticas¹⁵⁶³. Cualquiera de estos mecanismos choca con dos escollos: a) la idea de que la comunidad debe ser gobernada por sujetos elegidos por la mayoría y responsables ante ella, toda vez que los jueces no son electos –i.e. no son responsables ante el electorado–, la idea de que los jueces creen Derecho provoca un problema; b) si un juez legisla, y aplica retroactivamente la ley al caso que se le presenta, entonces, la parte perdedora, es castigada no ya por haber infringido algún deber, sino por hacerlo de cara a un deber creado después del hecho. Sin perjuicio de operar sobre estas objeciones más adelante¹⁵⁶⁴, lo cierto es que los dos argumentos se engarzan con la idea de que el juez ha de estar subordinado a la ley; pero claramente, dichas objeciones son más relevantes respecto de las decisiones judiciales generadas por directrices políticas que a las generadas por principios, si un juez justifica su decisión adecuadamente con razones no políticas no parece la cuestión tan compleja (v.g. no es lo mismo sacrificar los derechos de un individuo en nombre de un deber nuevo creado después del hecho, como por caso, el respeto de los derechos de los pueblos originarios, que privar de su propiedad a aquel para entregársela a otro con el sólo fin de mejorar la eficiencia económica global del Estado).

Un argumento de principio atiende, en alguna medida, a interés o intereses de un sujeto, que se supone de un carácter tal que hace perder importancia a las distinciones que pueden reportarse desde un argumento político; el juez

“...que está aislado de las exigencias de la mayoría política cuyos intereses podría vulnerar el derecho en cuestión se halla, por consiguiente, en mejor situación para evaluar el argumento.”¹⁵⁶⁵

De lo dicho, hay buenas razones para considerar que los argumentos judiciales, casi siempre –pero más en los casos difíciles–, son argumentos generados por principios. Desde el realismo se ha destacado que cuando los jueces crean Derecho, sus decisiones están limitadas por las tradiciones jurídicas, sin por ello dejar de ser personales y creadoras, las decisiones nuevas reflejan la moralidad política propia de un juez, pero también reflejan la que se halla incorporada en las tradiciones jurídicas consuetudinarias, que pueden no corresponderse con aquella¹⁵⁶⁶.

¹⁵⁶³ DWORKIN, RONALD; *Los derechos en serio*, cit., pág. 150.

¹⁵⁶⁴ Para la primera objeción véase el parágrafo 52.1 (“La legitimidad de los órganos aplicadores para crear Derecho”), para la segunda el Capítulo V (“El principio de legalidad”).

¹⁵⁶⁵ DWORKIN, RONALD; *Los derechos en serio*, cit., pág. 152.

¹⁵⁶⁶ DWORKIN, RONALD; *Los derechos en serio*, cit., pág. 153.

Más allá de esto, DWORKIN ha discurrido con acierto, entendemos, que la práctica antedicha si bien es aceptable en tanto aborda el hecho de que en las decisiones judiciales hay una moralidad implícita que se ha venido tomando en el pasado, yerra en su descripción fenomenológica, pues

“Los jueces no deciden los casos difíciles en dos etapas, primero verificando dónde se acaban las limitaciones institucionales para después dejar aparte los libros y echar a andar por su cuenta. Las limitaciones institucionales que perciben son sutiles y penetrantes, y perduran en la decisión misma.”¹⁵⁶⁷;

en rigor, la historia institucional no es un factor restrictivo en el juicio político del juez, sino un *ingrediente* de dicho juicio, pues forma parte de los antecedentes que debe tener en cuenta cualquier decisión que decida sobre los derechos de un individuo.

Tanto los derechos políticos (propios de los argumentos políticos) como individuales (propios de los argumentos de principios) dependen de la moralidad y de la historia de las instituciones políticas, de donde, la tensión *prima facie* existente entre creación judicial e historia institucional se disuelve:

“...los jueces deben hacer juicios nuevos sobre los derechos de las partes que acuden ante ellos, pero esos derechos políticos, más bien que oponerse a las decisiones políticas del pasado, las reflejan. Cuando un juez escoge entre la norma establecida en el precedente y una norma nueva que se considera más justa, no está eligiendo entre la historia y la justicia; más bien formula un juicio que le exige cierto compromiso entre consideraciones que ordinariamente, en cualquier cálculo de derechos políticos, se combinan, pero que aquí entran en competencia.”¹⁵⁶⁸

Las decisiones judiciales son decisiones políticas, en el sentido más amplio de la responsabilidad política. Un argumento de principio sirve de justificación para una decisión, si demuestra que el principio citado es coherente con decisiones anteriores que no se modificaran, y con decisiones que se está dispuesto a aceptar en las circunstancias hipotéticas. Lo que nos lleva nuevamente a la distinción dworkiniana: los argumentos de principio se proponen establecer un derecho individual, los argumentos políticos un objetivo político; los principios son proposiciones que describen derechos, las políticas son proposiciones que describen objetivos; pero en la práctica no es claro dónde termina uno y

¹⁵⁶⁷ DWORKIN, RONALD; *ibídem*.

¹⁵⁶⁸ DWORKIN, RONALD; *Los derechos en serio*, cit., pág. 154.

empieza el otro (v.g. parece claro que la libertad de expresión es un derecho y no un objetivo, pues los ciudadanos tienen derecho a ella como derivación de la moralidad política).

Aquí nos interesa zanjar –muy elementalmente-, el aspecto relativo a la finalidad política como justificación genérica. De los principios nos hemos ocupado y ocuparemos *in extenso*; una teoría política toma cierto estado de cosas como finalidad política, siempre que, para dicha teoría, tal estado de cosas cuente a favor de cualquier decisión política que tienda a protegerlo o promoverlo, y en contra de una decisión que demore o ponga en peligro su establecimiento. Un derecho político, es una finalidad política particularizada, donde un individuo tiene derecho a cierta expectativa, recurso, *et sit cétera* si tiende a favorecer una decisión política en virtud de la cual resultará protegido, o al menos favorecido, el estado de cosas que le permita disfrutar del derecho en cuestión,

“...aun cuando con esa decisión política no se sirva a ningún otro objetivo político, e incluso cuando se lo perjudique...”¹⁵⁶⁹

Un objetivo es una finalidad política no individualizada, dicho con la voz de DWORKIN

“...un estado de cosas cuya especificación no requiere... ninguna expectativa o recurso o libertad en particular para individuos determinados.”¹⁵⁷⁰,

los objetivos políticos estimulan los intercambios de beneficios y cargas dentro de una comunidad, con el fin de provocar o favorecer algún beneficio global para la totalidad (algunas vertientes de la igualdad pueden verse implicadas aquí). Es claro que el carácter de una finalidad política (que sea un derecho o un objetivo), depende de su ubicación y función dentro de una teoría política única, lo mismo, dentro de una teoría, puede describir un derecho y dentro de otra un objetivo, o bien un derecho que es absoluto o denso dentro de una teoría, pero relativamente débil en el marco de otra. Las razones y la fuerza del concepto en su contexto son analíticamente necesarias para delimitar si estamos de cara a una política o un derecho en una decisión judicial.

El problema de los objetivos políticos es que no son absolutos, pudiendo la comunidad perseguir diferentes al mismo tiempo, pudiendo poner en riesgo uno o algunos en perjuicio de otro u otros. La distribución será una función de las permutaciones y combinaciones de las directrices políticas en juego; esto articula estrategias concurrentes

¹⁵⁶⁹ DWORKIN, RONALD; *Los derechos en serio*, cit., pág. 159.

¹⁵⁷⁰ DWORKIN, RONALD; *ibídem*.

para servir a cada objetivo o a ambos objetivos combinados. Habrá estrategias alternativas para alcanzar conjuntos de objetivos colectivos, y, a medida que los objetivos aumenten en número, se hará más dificultoso determinar caso por caso cuál es la estrategia que mejor resuelve la distribución. El problema también es del argumento de principio, pues estos también pueden no ser absolutos (v.g. una teoría que sostenga el carácter absoluto de la libertad de expresión, no reconocería razón alguna, a no ser la imposibilidad, para no asegurar la libertad que ésta supone para cada individuo), la relatividad de los derechos indica que estos deben ceder, ante políticas urgentes o principios más densos, con los que compite en determinados hechos.

Hemos dicho que de manera característica, los jueces deciden los casos conforme a principios. Las directrices políticas, sin embargo, también inciden (la teoría económica va por la opción de máxima sosteniendo que los jueces casi siempre se basan en razones políticas), las normas que idean los jueces en ámbitos tan dispares como el civil, el laboral, el penal, *et sit cétera*, no sirven; la mayoría de las veces, a un objetivo colectivo de eficiencia, sino que la más de las veces, se basan en principios, los jueces no necesariamente tienen conciencia del valor económico de sus normas, ni siquiera que hubieran reconocido ese valor como argumento a favor de sus decisiones.

Piénsese en una solución de compromiso entre derechos concurrentes, por caso basados en el juego de la tesis del “buen samaritano”, los “deberes de tolerancia” y la figura del abandono de personas; un ejemplo clásico donde tenemos un sujeto que se ahoga y otro que tiene la posibilidad de rescatarlo. El juez puede basarse en el bienestar de aquellos cuyos derechos abstractos están en juego (i.e. quien se ahoga y quien tiene la posibilidad de ayudarlo), sin examinar en la especie el margen de los costes o beneficios para la comunidad como tal, pero, si se sigue la tesis de la relevancia a ultranza de las directrices políticas, podrían filtrarse en la decisión, a más de los extremos detallados (i.e. buen samaritano, deberes de tolerancia, abandono de personas), la utilidad marginal para la comunidad, de modo que el rescate deba tener en cuenta no sólo los riesgos relativos que corren el auxiliador y la víctima, sino la relativa importancia social de ambos. Podría seguirse, argumenta DWORKIN:

“...que un hombre insignificante debe arriesgar la vida para salvar al presidente de un banco, pero el presidente de un banco no necesita siquiera molestarse en salvar a

un don nadie. El argumento ya no es un argumento de principio, porque supone que como cuestión de beneficio general, la víctima no tiene derecho a nada más que sus expectativas.”¹⁵⁷¹

Si bien ningún juez argumentaría de manera tan extrema –lo que demuestra que las resoluciones conforme a directrices políticas no son centrales sino marginales-, sí suelen hacerlo de forma más velada; como cuando se recurre a la “seguridad pública” o a la escasez de algún recurso vital para restringir algún derecho abstracto, se apela a los derechos concurrentes de aquellos cuya seguridad será sacrificada, si el derecho abstracto se concretara¹⁵⁷².

El problema de la concurrencia de derechos es sumamente patente en los casos civiles estándar, donde el supuesto dominante es que una de las partes tiene derecho a ganar; sin embargo, sólo es válida de manera asimétrica cuando no se parte de este supuesto, como en el caso de los procesos criminales, donde el acusado tiene derecho a una decisión en su favor si es inocente, pero el Estado no tiene un derecho paralelo si el acusado es culpable.

Sobre ésta base es posible ver que la política jurídica, obviamente cumple el papel de guía para el Legislador, pero en lo que nos interesa, también para los jueces: las autoridades que administran el Derecho. La política jurídica contribuye a través de la interpretación de las normas por el aplicador del Derecho, son consejos jurídico- políticos que indican al juez cómo debe reaccionar.

En algún sentido, la política jurídica es equiparable con las *razones finalistas* (*goal reasons*) de SUMMERS, que son razones

“...cuya fuerza procede del hecho de que sirven para apoyar una decisión que previsiblemente (en el momento en que se toma la decisión) tendrá efectos que contribuirán a un fin social valioso... Ejemplos de esos fines: la seguridad general, el bienestar comunitario, la facilitación de la democracia, la salud pública... Algunos rasgos centrales de las razones finalistas son (que)...tienen carácter

¹⁵⁷¹ DWORKIN, RONALD; *Los derechos en serio*, cit., pág. 169.

¹⁵⁷² Ver Anexo IV acápite XIV, donde se aporta un ejemplo de restricción de un derecho con alusión a baremos amplios como: seguridad, propiedad garantizada y aceptación de los principios de las naciones civilizadas.

fáctico, están orientadas hacia el futuro y presentan, además, un aspecto de graduabilidad”¹⁵⁷³

Un juez que se vale de estas razones, precisa de habilidades distintas (i.e. es susceptible de otras críticas) que quien utiliza *razones de corrección (rightness reasson)*¹⁵⁷⁴, aunque entre ambas pueden darse solapamientos. Las razones finalistas, en el *Common law*, tienen una legitimidad menos discutible que la de las razones de corrección, pues aquellas se basan en valores tangibles de la vida real (v.g. seguridad, medio ambiente, *et sit cétera*), en tanto que las segundas hacen referencia a valores (v.g. buena fe, equidad, merecimiento, *et sit cétera*),

“...respecto de los cuales los jueces y los juristas, en general, se muestran más escépticos.”¹⁵⁷⁵

En los problemas de política –en sentido restringido- es dable examinar las diversas ideologías y analizar los intereses de los diversos grupos sociales. En algunas situaciones surgirá un conjunto de objetivos del que sea posible predicar que tienen el apoyo preponderante de las fuerzas que dominan el poder político, y por lo tanto, son aceptables como premisas de actitud; en otras situaciones el cuadro será menos claro y quizás se opere con premisas alternativas. Si se buscan las premisas en un nivel más alto –tradiciones culturales, cuerpos de ideas compartidas-, el problema de la política jurídica estará en un nivel de ajuste, apuntará a un cambio en las condiciones existentes, no a una reformulación radical del Derecho (ese es el fundamento de la Legislación). Es relevante aquí que el aplicador del Derecho sea consciente de que sus directivas político- jurídicas, han de estar basadas no sólo en hechos, sino también en prejuicios, ha de haber consciencia de que dichas premisas emocionales deben ser seleccionadas objetivamente y no como la expresión de sus propias creencias o actos voluntaristas; esto último lleva a asertos del tipo de que es posible hallar la “naturaleza del caso” o las “soluciones para una sociedad mejor”, se pierde de vista la necesidad del método en pro de las valoraciones espontáneas del Derecho sobre la base de actitudes sociales que inspiran al propio jurista. Termina importando que el jurista entienda que tiene autoridad para expresar la cultura jurídica de la

¹⁵⁷³ Citado por ATIENZA, MANUEL; *Las razones del Derecho*, cit. pág. 334.

¹⁵⁷⁴ Las razones de corrección importan la aplicabilidad de reglas morales.

¹⁵⁷⁵ ATIENZA, MANUEL; *Las razones del Derecho*, cit. pág. 337.

nación. Esto es arbitrariedad y no lo que nos proponemos con éste análisis: demostrar la incidencia de la política (entre otros baremos) en las decisiones judiciales.

Un ejemplo de política aplicada desde un órgano judicial, y ya sin tapujos, es lo realizado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “*Recurso deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/ Habeas Corpus*”¹⁵⁷⁶. Llamado el superior tribunal nacional a intervenir sobre el fondo de la cuestión en cuanto a las condiciones de detención en la provincia de Buenos Aires, dispuso un mecanismo de ejecución distinto al tradicionalmente implementado por el organismo (v.g. en “*Dessy*”¹⁵⁷⁷ –sobre la privacidad de la correspondencia-, o en “*Mignone*”¹⁵⁷⁸ –sobre el derecho al voto de los internos procesados-), es decir, fue más allá del marco habitual de su actuación (declarando una contradicción entre una norma o un acto administrativo y el derecho federal). En “*Verbitsky*” hizo más que eso, creó una instancia sin precedentes (estableció un procedimiento *ad hoc* para encargarse del problema, creando una institución con actores estatales y no gubernamentales –“mesa de diálogo”-, impuso obligaciones de distinto tenor sobre actores institucionales, fundamentalmente los tres poderes provinciales), y se reservó a sí misma un papel de supervisión en ese nuevo procedimiento.

¹⁵⁷⁶ Fallos 328: 1146. Rta. 3 de mayo de 2005.

¹⁵⁷⁷ Fallos 318: 1894. Rta. 19 de octubre de 1995.

¹⁵⁷⁸ Fallos 325: 524. Rta. 9 de abril de 2002.

§36.- La corrección de los enunciados normativos. El derecho correcto.

La jurisprudencia y los problemas de la teoría moral. El planteo positivista. Características del positivismo. El requerimiento de coherencia. El escepticismo ético- jurídico. La “falacia naturalista” kelseniana. La búsqueda de estándares morales. El argumento de la justicia. El argumento de la corrección. La teoría de la pretensión. La teoría del discurso. Fundamentación y pretensión de corrección en los fallos. La ponderación. Principio de proporcionalidad. La inexistencia de un orden léxico de principios. Los principios y las respuestas desde el Derecho Penal. En definitiva: la discrecionalidad. El azar. La tesis de los grandes números.

Si los jueces deciden de conformidad con conclusiones analógicas, y su actividad no se reduce a una mera subsunción, es porque se apela a algún tipo de enunciados que no provengan del derecho positivo.

Enseña DWORKIN que, si enunciamos con cierta vaguedad el objetivo del proceso (v.g. que se procura hacer justicia), se presenta la cuestión de si la justicia, exige decisiones acordes con normas previas, lo que lleva a indagar sobre lo que es seguir una norma; en cambio, si se procura enunciar un objetivo más particular (v.g. que el proceso jurídico ha de incrementar los beneficios de los consumidores en relación a la presión tributaria), entonces el ejercicio pierde sentido, pues nada hay que garantice el supuesto de que cualquier objetivo particular semejante concierna de manera propia y exclusiva al Derecho,

“Así pues, las diversas ramas del enfoque profesional de la jurisprudencia fracasaron por la misma razón básica: ignoraron el hecho crucial de que los problemas de jurisprudencia son, en lo más profundo, problemas de principios morales, no de hecho legales ni de estrategia. Estos problemas quedaron enterrados por la insistencia en un enfoque jurídico convencional. Pero, si la jurisprudencia ha de tener éxito, debe poner al descubierto estos problemas y encararlos como problemas de la teoría moral.”¹⁵⁷⁹

Desde el punto de vista del Derecho positivo, se sostiene que se opera exclusivamente con reglas jurídicas, no se admite en la base enunciados que no tengan tal procedencia. Sin embargo, desde un punto de vista realista, si bien se principia operando con formulaciones normativas, en ocasiones se utilizan otros baremos o estándares en

¹⁵⁷⁹ DWORKIN, RONALD; *Los derechos en serio*, cit., pág. 51.

procura de algún tipo de corrección o verdad al momento de emitir decisiones finales, caso contrario nada diferenciaría el rol del aplicador normativo de aquel reservado al Legislador¹⁵⁸⁰. En torno a esto nos hemos explayado ya al referirnos acerca de qué entendíamos por *ordenamiento jurídico*, donde hemos procurado reseñar, esquemáticamente, el papel de las reglas y del juez en sus esferas respectivas¹⁵⁸¹.

Sin embargo, frente a la concepción clásica de la filosofía práctica, según la cual la tarea central del pensamiento jurídico y político es la búsqueda de las claves de una “dominación justa” o “poder racional”; es decir, de una supremacía legitimada desde el punto de vista *racional-moral*, el pensamiento contemporáneo opuso una doble negación: la primera, la *negación anarquista*, según la cual es necesario suprimir toda dominación, por resultar, todas ellas, radicalmente injustas; la segunda, la *negación positivista*, que descrea de la posibilidad de establecer la justicia o injusticia de una dominación. Dicho de otro modo, en el positivismo se defiende la exclusión completa de la cuestión de la justicia del marco de las categorías jurídico-políticas. De la negación anarquista, hoy prácticamente sin seguidores, no habremos de efectuar referencia alguna; la negación positivista, por el contrario, es de suma relevancia en el presente trabajo, pues la misma representa toda posibilidad de crítica ético-discursiva de las relaciones autoritativo-jurídicas entre los hombres desde las categorías de la justicia, se volvió preponderante en la filosofía jurídica y política de la segunda mitad del siglo XIX y de la primera mitad del XX. Y tal fue su preponderancia, que tuvo la posibilidad de multiplicarse en una larga serie de “positivismos”: sociologista, judicialista, normativista-estadista, *et sit cétera*; que alcanzaron relevante importancia en diferentes países durante más de una centuria. Es claro que el positivismo en modo alguno suscribiría nuestra idea de juez creador, por ello nuestro camino se dirige, ahora, precisamente a destacar nuestra separación de ésta corriente, aunque salvando lo ya expresado en torno a la relevancia del positivismo como modelo de positividad y las ventajas indudables para la construcción de una ciencia sobre el Derecho positivo¹⁵⁸². Cabe aclarar que ésta modesta propuesta de ninguna manera pretende llevar

¹⁵⁸⁰ Kelsen indica que los principios morales y políticos, teorías jurídicas y opiniones de expertos, son fuentes no jurídicas. La única fuente jurídica es el fundamento de validez último (i.e. la norma fundante del orden jurídico). Kelsen, Hans; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 243.

¹⁵⁸¹ Ver *supra* párrafos 27 (“Cuestiones preliminares. El Derecho”) y 28 (“Presupuesto. El orden jurídico”).

¹⁵⁸² Ver *supra* párrafo 29 (“La norma jurídica”).

adelante un ataque sistemático contra dicha corriente, de ello, entendemos, ya se ocupó de manera magistral DWORKIN¹⁵⁸³.

De todas las diferentes versiones en que se ha presentado el paradigma positivista a lo largo del siglo en que alcanzó preponderancia, la que logró mayor perdurabilidad en el tiempo ha sido la que se denomina habitualmente “*positivismo analítico*”, o más sencillamente “*concepción analítica del Derecho*”¹⁵⁸⁴. La importancia que adquirió esta versión del positivismo en los ambientes académicos, especialmente en los anglosajones, así como la perdurabilidad y extensión geográfica de su influencia (actualmente en España y Argentina), justifican que intentemos una nueva demarcación aunque sea somera de sus perfiles filosóficos, así como una breve crítica de sus principales afirmaciones y propuestas¹⁵⁸⁵. En el cumplimiento de esta tarea, se precisará ante todo qué ha de entenderse por “positivismo jurídico”, para delimitar luego, dentro de su ámbito, a aquella versión que ha recibido el calificativo de “analítica”.

La delimitación del concepto de positivismo jurídico es relativamente sencilla, toda vez que sus mismos cultores se han encargado, en muy numerosas oportunidades, de definir y caracterizar qué entienden como concepción positivista del Derecho. En ese sentido, EUGENIO BULYGIN ha dicho que

“los ingredientes más importantes del programa positivista (...) son la tesis de la positividad del derecho (todo derecho es derecho positivo, es decir, creado y aniquilado por medio de actos humanos), la concepción no cognoscitiva de normas y valores (escepticismo ético) y la tajante separación entre descripción y valoración, entre la creación y el conocimiento del derecho, entre ciencia del derecho y política jurídica”¹⁵⁸⁶

Es la corriente que utiliza para excluir aquella actitud según la cual, la descripción y, en general, el manejo del Derecho, exigen tomar en cuenta pautas que necesariamente integran todo orden jurídico porque son intrínsecamente justas (tesis del jusnaturalismo), y también

¹⁵⁸³ DWORKIN, RONALD; *El modelo de las normas*, en DWORKIN, RONALD: “Los derechos en serio”, Ariel, Barcelona, 2002, págs. 61 a 101.

¹⁵⁸⁴ Ver Anexo I (“La jurisprudencia analítica”), parágrafo 27 (“Cuestiones Preliminares. El Derecho”), 28 (“Presupuesto. El orden jurídico”) y 29 (“La norma jurídica”).

¹⁵⁸⁵ *In extenso* hemos diseñado un Anexo, por su relevancia, que explique los alcances de ésta corriente. Véase Anexo I (La jurisprudencia analítica).

¹⁵⁸⁶ BULYGIN, EUGENIO; *Validez y positivismo*, en AA.VV.; “Comunicaciones al Segundo Congreso Internacional de Filosofía del Derecho, T. I, La Plata, Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, 1987, pág. 244.

excluye toda referencia a entidades metafísicas tales como fuerzas generadoras subyacentes o esencias ocultas y demás puntualizaciones de instancias supraempíricas¹⁵⁸⁷.

En efecto, la afirmación a ultranza de que sólo es Derecho el producido autoritativamente por una fuente humana, así como de que todo lo producido autoritativamente por una fuente humana - conforme a ciertas formalidades - es Derecho, con absoluta independencia de la eticidad mayor o menor de sus contenidos normativos, sólo resulta sostenible si se mantiene, al mismo tiempo, que la justicia o injusticia de esos contenidos no puede ser establecida objetivamente de un modo racional. Si por el contrario, se acepta la posibilidad de un conocimiento veritativo y objetivo de principios y valores éticos, en este caso, del conocimiento de las exigencias de la justicia en una situación o tipo de situaciones, resultará muy difícil mantener por mucho tiempo la independencia absoluta de la normatividad jurídica respecto de esas exigencias.

Aclaremos que en este trabajo no se discurre en torno a la tesis de las llamadas *conexiones definitorias*, donde se trata de entender que una norma o sistema de normas, que no satisface cierto criterio axiológico o estándar supralegal, ha de negársele el carácter de norma o de sistema jurídico. Sino que son más interesantes para nuestro estudio las denominadas *conexiones calificativas*, donde, si alguien afirma que una norma o sistema de normas, no satisface cierto criterio de la entidad precitada, igualmente seguirá considerándosela norma o sistema jurídico, aunque se puede decir que es una norma o sistema defectuoso por razones conceptuales.

La realidad es que existe en el intelecto humano una intrínseca exigencia de unidad, un requerimiento de coherencia, que transforma en irrealizable la pretensión de sostener dos afirmaciones que implican de un modo riguroso una insalvable oposición. En efecto, la posibilidad de conocer verdadera y objetivamente las exigencias de la justicia lleva directamente a la proposición “alguna norma positiva no debe ser obedecida”, ya que sólo la justicia de las normas puede justificar racionalmente el deber de obediencia en el ámbito jurídico.

Pero sucede que esa proposición, que es particularmente negativa, se opone contradictoriamente a la afirmación central del positivismo: “toda norma positiva debe ser obedecida”, de modo que si una de éstas proposiciones es verdadera, la otra habrá de ser

¹⁵⁸⁷ CARRIÓ, GENARO R.; *op. cit.*, pág. 213.

necesariamente falsa. Es por ello que el positivismo, para mantener la validez de una de sus afirmaciones centrales, la llamada “tesis de la obediencia”¹⁵⁸⁸, debe necesariamente rechazar todos los supuestos que fundamentan su tesis contradictoria, en especial la doctrina cognitiva de la eticidad y de la justicia. De aquí se sigue que la única posibilidad lógica y epistémica para la aceptación de la independencia conceptual del Derecho respecto de las exigencias de la justicia, estribe en la adopción de un radical escepticismo ético-jurídico, con la consiguiente negación de la posibilidad de conocer veritativamente proposiciones normativas o valorativas acerca de la justicia o la injusticia.

ALF ROSS ha señalado que las aserciones metafísicas no pueden ser refutadas, precisamente porque ellas se mueven en un plano que excede el de la verificación, carecen de un “lugar legítimo en el pensamiento científico”, para él,

“...la arbitrariedad de las ideas jurídico- morales desarrolladas sobre ese fundamento (son patentes). El derecho natural busca lo absoluto, lo eterno... La fuente de la validez trascendente del derecho ha sido buscada en una... captación racional absoluta...”,

sin embargo, destaca el autor precitado que las reglas construidas sobre ésta base son también variables con arreglo al tiempo y lugar. La pretensión de fundar decisiones en este tipo de estándares ha sido utilizada para defender toda clase de exigencias concebibles, actitudes emocionales y satisfacción de necesidades de coyuntura –toda clase de ideologías-. Las aserciones metafísicas serían totalmente arbitrarias, por encima de cualquier control intersubjetivo dejando la puerta abierta para el dogmatismo¹⁵⁸⁹.

También Kelsen refería que junto a las normas jurídicas hay otras que regulan el comportamiento recíproco de los hombres, son también normas sociales, lo que demuestra que el Derecho no es la única disciplina orientada al conocimiento y descripción de normas sociales, junto a ella se encuentra la moral. La moral como el Derecho, para el maestro de Viena, no son hechos reales, sino contenidos significativos (i.e. el sentido de los actos que establecen las normas), no son entes reales, sino valoraciones de hechos reales¹⁵⁹⁰.

¹⁵⁸⁸ SERNA, PEDRO; *Sobre las respuestas al positivismo jurídico*, en AA.VV., “Las razones del derecho natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico” (Editor Renato Rabbi-Baldi Cabanillas), Editorial Ábaco, de Rodolfo Depalma, 2000, págs. 65 y ss.

¹⁵⁸⁹ ROSS, ALF; *op. cit.*, pág. 319.

¹⁵⁹⁰ Kelsen, HANS; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 71, nota 46.

Cuál sea la relación entre el Derecho y la moral debe discernirse de cuál deba ser tal vinculación; ambas cuestiones se suelen mezclar, sin embargo, el Derecho puede ser moral aunque no necesita serlo

“...el orden social que no es moral, y por ende, que no es justo, puede ser, sin embargo, derecho, aun cuando se acepte la exigencia de que el derecho deba ser moral...”¹⁵⁹¹;

esto parece denotar que sólo hay una moral válida (i.e. una moral absoluta), pero como KELSEN es un relativista en materia moral, deduce que la afirmación de que las normas sociales tengan que contar con un contenido moral (i.e. ser justas para ser consideradas Derecho), sólo significa que esas normas tienen que contener algo que sea común a todos los sistemas morales; lo que es bueno y lo que es malo se halla en permanente cambio, de donde, las normas serían válidas en el tiempo en que gozaban de un contenido moral perdiéndolo después, sobre la moral sólo puede efectuarse, entiende

“...un juicio valor relativo, no absoluto, y... la validez de un orden jurídico positivo es independiente de su correspondencia, con cierto sistema moral.”¹⁵⁹²

Por ello para KELSEN, un interrogante sobre la relación entre Derecho y moral no es un interrogante sobre el contenido, sino una pregunta por su forma; el Derecho no apareja un valor de contenido, sino que es valor jurídico (tal vez un valor moral relativo, pero no más), con lo que sólo se dice que el Derecho es norma, ni siquiera es aceptable un mínimo de moral que es absolutamente innecesaria en cualquier orden coactivo¹⁵⁹³.

KELSEN pretende evitar la que llama “falacia naturalista” que deriva un “ser” de un “deber ser”, los mandatos de Dios sólo pueden ser hechos, y de ello no pueden derivarse normas; así, ninguna postura moral puede ser objetivamente probada y defendida, las cuestiones morales son cuestiones de preferencia personales, conforme ello la crítica o justificación moral del Derecho es una cuestión de juicio personal o político, no una

¹⁵⁹¹ KELSEN, Hans; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 76.

¹⁵⁹² KELSEN, HANS; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 80.

¹⁵⁹³ HART ha evolucionado respecto a esto desde el hontanar positivista. KELSEN expresa que, así como el contenido de las leyes naturales sólo puede lograrse en la experiencia, el contenido de los enunciados jurídicos sólo puede obtenerse en el Derecho positivo. “La norma fundante básica no prescribe determinado contenido al derecho positivo, así como las condiciones lógico- trascendentales de la experiencia no prescriben un contenido a esa experiencia. Ahí se encuentra justamente la diferencia entre la lógica trascendental de KANT y la especulación metafísica que él rechaza, la diferencia entre la teoría pura del derecho y una teoría metafísica del derecho del tipo de una doctrina iusnaturalista.” KELSEN, HANS; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 213.

cuestión científica objetiva. El mismo concepto de norma fundamental proporciona a la teoría jurídica un concepto objetivo y valorativamente libre de normatividad jurídica, la presuposición de esta norma no aprueba ningún valor que trascienda el derecho positivo, no realiza función ética alguna sino epistemológica.

Las reflexiones de ROSS y Kelsen anteriores parecen soslayar los nuevos campos sondeados por el Derecho Natural, dirigiendo sus ataques a la corriente escolástica de ésta, superada hoy. Es más común en ésta corriente la que atribuye su origen a la razón humana (PUFENDORF, LOCKE, entre otros). En segundo lugar, el Derecho Natural es aquel conjunto de principios y estándares independientes de la actividad humana que guían el comportamiento de los seres humanos en sociedad, no agota el contenido del orden moral, sino sólo aquella parte referida a la virtud de la justicia.

Existen dos clases de argumentos dirigidos a vincular la necesidad de captar al Derecho como ineludiblemente vinculado a estándares extralegales. Por un lado, uno que podría denominarse *argumento de la justicia*, basado en conexiones definitorias (vistas más arriba en este apartado). A través de esta construcción, las normas o sistemas jurídicos pierden necesariamente su carácter jurídico cuando sobrepasan ciertos límites de injusticia, no es esta la perspectiva a que nos avocamos¹⁵⁹⁴. El otro es el *argumento de la corrección*, para quien quiera mostrar una conexión conceptual necesaria entre Derecho y moral desde esta perspectiva, puede tratar de mostrar que en los procesos de creación y aplicación del Derecho, los participantes (i.e. los jueces), tienen una pretensión de corrección; esto es relevante para nuestro estudio.

La pretensión de corrección es un elemento necesario para el concepto de Derecho, la conexión entre Derecho y moral, antes que a través de un argumento de justicia, de difícil configuración, se establece mediante ella.

¹⁵⁹⁴ ALEXY, ROBERT; *Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral*, cit., págs. 121 y ss. El autor enseña que el “argumento de la justicia” puede referirse a normas individuales o a sistemas jurídicos, indicando que, probablemente, el más conocido argumento de este tipo dirigido a normas individuales, sea el de la *fórmula de Radbruch*. Lo que es correcto para una norma individual no lo es automáticamente para la totalidad del sistema jurídico, a este respecto, existen dos tipos de requerimientos morales en lo que sería una relación necesaria con el Derecho: uno de ellos son los requerimientos formales, donde la teoría de la moral interna del Derecho de FULLER es un ejemplo claro, el otro es un requerimiento material, donde se rechazan sistemas de normas que no satisfacen ciertos criterios de justicia, ejemplo de ello, para ALEXY es la teoría de OTFRIED HÖFFE que fija criterios fundamentales de justicia por medio del principio de ventaja distributiva que incluye el principio de seguridad colectiva (v.g. la prohibición de matar o de robar a todos los miembros del sistema jurídico).

El Derecho, como se viene sosteniendo (y se seguirá afirmando) en estas líneas, es algo más que un mero sistema de normas válidas y vigentes. La clave es responder al interrogante acerca de cuándo puede afirmarse que existe corrección en el Derecho (i.e. una conexión conceptual necesaria, al menos calificativamente, entre las normas y otros estándares variables o extrajurídicos, como por caso, la moral). Para ello, primeramente, debe observarse al sistema jurídico desde el punto de vista del juez¹⁵⁹⁵. Además ALEXY sostiene que la respuesta al interrogante explicitado se basa en dos teorías: la teoría de la pretensión y la teoría del discurso¹⁵⁹⁶.

La primera de ellas, la *teoría de la pretensión*, entiende que las normas jurídicas individuales y las decisiones judiciales, tienen necesariamente una pretensión de corrección. Los sistemas que carecen de tal pretensión no pueden llamarse sistemas jurídicos, serán otra cosa. Hasta allí, esta tesis es sólo de carácter definitorio, si los sistemas jurídicos tienen esta pretensión, pero no la satisfacen, son sistemas defectuosos (en este sentido la teoría se torna calificativa, pues califica a las normas individuales y a las decisiones judiciales). Las normas y las decisiones son defectuosas cuando no tienen o no satisfacen la pretensión de corrección.

En qué consiste el defecto, es la cuestión a elucidar, si el defecto es meramente técnico, es porque el sistema o norma no sirve a su propósito. Se podría suponer un defecto moral, cuando lo que se percibe en las normas es una incorrección de índole moral. También podría tratarse de un defecto convencional, pues en definitiva las reglas se tratan de convenciones ampliamente aceptadas, pero en el caso han sido violadas al establecerse a su respecto alcances anómalos (v.g. una Constitución que establezca para un Estado que se adopta una república, federal e injusta). Según ALEXY, ninguno de estos defectos explica la naturaleza defectuosa de una norma como la del ejemplo. Así que sólo resta analizar la cuestión desde la perspectiva de un defecto conceptual,

“Una pretensión de corrección se relaciona necesariamente con el acto de establecer una constitución y en este caso se trata, principalmente, de una pretensión de justicia. El autor de una constitución comete una contradicción performativa si en el contenido de su acto constituyente niega esta pretensión.”¹⁵⁹⁷;

¹⁵⁹⁵ ALEXY, ROBERT; *Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral*, cit., pág. 128.

¹⁵⁹⁶ ALEXY, ROBERT; *ibídem*.

¹⁵⁹⁷ ALEXY, ROBERT; *Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral*, cit., pág. 130.

el juez abandonaría su rol de custodio de los valores sociales, y violaría consecuentemente el propio Derecho positivo,

“...que...en todos los sistemas, lo obligan a interpretar correctamente el derecho válido”¹⁵⁹⁸,

si la interpretación fuera incorrecta, aunque el juez pretendiera lo contrario. Subyace allí algo más que una mera irregularidad jurídica, hay una contradicción performativa¹⁵⁹⁹, un error conceptual, pues las decisiones judiciales pretenden siempre aplicar de manera correcta el Derecho.

La segunda teoría de ALEXY para explicar el argumento de corrección, es la *teoría del discurso*, para ello debe partirse de la pretensión de corrección antes explicada, pues esta importa una pretensión de justificabilidad. Existen muchas formas de justificar una decisión, la más elaborada es sin duda la argumentación jurídica como discurso racional¹⁶⁰⁰, pero lo decisivo en definitiva es que la pretensión de justificabilidad viabiliza una perspectiva crítica de las decisiones.

“El hecho de que una decisión judicial no esté justificada del todo, o que esté justificada de acuerdo con estándares irracionales, o mal justificada, no la priva de su carácter de decisión judicial. En lo que a esto respecta, la pretensión de justificabilidad no tiene un carácter definitorio sino calificativo.”¹⁶⁰¹;

la práctica de la justificación enriquece la discusión, permite el ingreso de contraargumentos y sienta las bases para justificaciones más elaboradas *a posteriori*. La justificación demuestra, señala ALEXY, que se está frente a un discurso no coercitivo, sino que trata a los demás como pares admitiendo el disenso y la elaboración progresiva a través del debate.

En síntesis, los sistemas jurídicos contemporáneos exigen fundamentación y pretensión de corrección en los fallos judiciales, la que muchas veces no fluye sin más del marco aportado por las reglas y su supuesta aplicación automática. Como los jueces deben cumplir con su obligación de dictar sentencia fundada en derecho; frente a situaciones en las que una aplicación mecánica de las reglas no implicaría una solución “correcta” para el

¹⁵⁹⁸ ALEXY, ROBERT; *ibídem*.

¹⁵⁹⁹ Las expresiones performativas, estudiadas sistemáticamente a mediados del s. XX por JOHN AUSTIN, son aquellas por medio de las cuales se cumple una acción extralingüística (v.g. pedir perdón, prometer, jurar, *et sit cétera*).

¹⁶⁰⁰ Ver *infra* parágrafo 37 (“Derecho y argumentación jurídica como discurso racional”).

¹⁶⁰¹ ALEXY, ROBERT; *Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral*, cit., pág. 131.

caso, se ofrece a los jueces un abanico de soluciones extranormativas, de baremos varios, o de raigambre axiológica.

De allí que se exija una “pretensión de corrección” en los fallos judiciales, pues si se afirmara que el Derecho carece de pretensión de corrección, ello implicaría que

“...nuestra actual práctica cambiaría radicalmente. Si la pretensión de corrección desaparece, las constituciones sólo podrían entenderse como medios de poder, voluntad y fuerza, y las leyes y regulaciones judiciales sólo podrían explicarse como mezclas de emociones, decisiones y mandatos... Renunciar a la pretensión de corrección cambiaría por completo nuestro lenguaje... Todo sería subjetivo, nada objetivo... De hecho, podemos tratar de desechar las categorías de verdad, corrección y objetividad. Pero si logramos hacerlo, nuestro hablar y actuar sería esencialmente distinto del que tenemos ahora. El precio no sólo sería alto. Hasta un cierto grado, consistiría en nosotros mismos. Con esto, la pretensión de corrección posee alguna base existencialista.”¹⁶⁰²

La pretensión de corrección que se plantea en los discursos jurídicos es fundamental, ya que demuestra que 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. Presentaremos entonces en lo que sigue los ejemplos de los criterios que suelen utilizarse a efectos de arribar a una solución fundada, más allá del material aportado por las reglas, y en procura de hallar corrección en la fundamentación del discurso.

En el presente trabajo no efectuaremos un análisis de la manera en que operan los estándares diversos a las reglas frente a estas, nuestra pretensión es más modesta y limitada, se destacara su operatividad simplemente. Ello no obsta a que, previamente a proseguir con nuestro estudio destaquemos un par de cuestiones atinentes a lo antedicho al solo efecto de indicar una (de las diversas y ricas) problemáticas en que se halla el discurso judicial.

De esta manera, frente a una situación de dilema moral, para que resulte jurídicamente relevante, debe referirse de alguna manera al discurso moral para la

¹⁶⁰² ROBERT ALEXY (*Coherence and Argumentation or the Genuine Twin Criterialess Super Criterion*), citado por ALONSO, JUAN PABLO; *op. cit.*, pág. 249 (nota 166).

resolución de un caso. Una situación puede ser moralmente dilemática como para que el sistema jurídico no ofrezca una respuesta determinada y unívoca.

Uno de los supuestos problemáticos a este respecto, se plantea en aquellas normas jurídicas en las que para la resolución del caso se hace una remisión a la moral, o se utilizan voces propias del discurso moral, que hacen relevante un razonamiento de este tipo para hallar o establecer la solución del caso. Sobre esto se hablará más adelante¹⁶⁰³ y no es sobre ello que queremos redondear este apartado.

Una de las posturas, desde una perspectiva metodológica, para establecer la relevancia de un principio en conflicto con otro es la presentada por ROBERT ALEXY, dirigida a la *ponderación*. Sostiene que la ponderación se realiza mediante el establecimiento de una relación de precedencia condicionada entre los dos principios en conflicto; dicha relación da lugar a una regla con la estructura

“Ci → Co”, donde “Ci”

son las circunstancias de la relación de precedencia que actúan como supuesto de hecho de la regla, y “Co” es la consecuencia jurídica prescripta por el principio que tiene preferencia¹⁶⁰⁴.

También señala ALEXY que la ponderación implica que, cuanto mayor es el grado de afectación o no satisfacción de uno de los principios en juego, tanto mayor debe ser el grado de realización o satisfacción del otro; se trata de tener un procedimiento que determine cuándo una ponderación es correcta o se justifica desde una perspectiva axiológica (i.e. cómo deben establecerse las preferencias entre los baremos en conflicto)¹⁶⁰⁵. Es relevante el “peso de los principios” que se determina por la diferencia entre la intensidad de intervención en el principio que se maneja y la importancia concreta del principio contrario (se examinan los pesos abstractos de los principios en colisión y los grados de seguridad de los presupuestos empíricos acerca de la realización y la falta de realización de los principios en colisión)¹⁶⁰⁶. La complejidad aumenta cuando entran en juego más de dos principios. Vale la pena retener que, en estos casos, para el profesor de

¹⁶⁰³ Ver *infra* parágrafo 49 (“La actividad creadora del juez ante los conceptos normativos, indeterminados y las ‘cláusulas generales del derecho’”).

¹⁶⁰⁴ ALEXY, ROBERT; *Teoría de los Derechos Fundamentales*, CEC, Madrid, 1993, pág. 90 y ss.

¹⁶⁰⁵ ALEXY, ROBERT; *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., pág. 161 y ss.

¹⁶⁰⁶ Ver Anexo IV acápite X, se muestra cómo se suelen ponderar los intereses en la jurisprudencia Argentina, lo cierto es que no se explicita la refinada técnica del profesor de Kiel, aunque esta sería interesante para mejor resolver los conflictos de esta especie.

Kiel deben resolverse tres problemas básicos: a) el de la estructura, b) el de la racionalidad, y c) el de la legitimidad; este último depende de la racionalidad, cuanto más racional sea la ponderación, más legítima será la práctica de ponderar.

La estructura de la ponderación es decisiva para su racionalidad, si esta no puede ser sino una decisión arbitraria, entonces puede cuestionarse su racionalidad¹⁶⁰⁷. Para la ponderación se precisa del “principio de proporcionalidad”, con sus tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; los principios exigen la máxima realización posible, los subprincipios de idoneidad y necesidad expresan el mandato de optimización¹⁶⁰⁸ relativo a las posibilidades fácticas, en ellos la ponderación no juega ningún papel –se procura impedir ciertas intervenciones en los derechos fundamentales, que sean evitables sin costos para otros principios-. En cambio, el principio de proporcionalidad en sentido estricto se refiere a la optimización relativa a las posibilidades jurídicas, este es el campo de la ponderación que implica que:

“Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro.”¹⁶⁰⁹

Todo esto ajusta la racionalidad de las decisiones, pero como se verá en lo que sigue, asiste razón a HABERMAS (si bien no en su radicalidad) cuando entiende que en el examen de la proporcionalidad en sentido estricto juega la subjetividad del juez (aunque él sostiene que *sólo* juega dicha subjetividad)¹⁶¹⁰, de modo que las operaciones de valoración y ponderación del examen de proporcionalidad llegarán a un punto en que precisarán del decisionismo.

Si existiera algo así como un orden lexicográfico de principios, como lo entiende RAWLS, ya no podría hablarse de problema alguno, pues los principios o estándares variables responderían a dicho orden predatorio. Ello no se condice con la realidad, donde ciertamente *hay* conflictos.

La tesis de la ponderación posee algunos problemas prácticos, como ser el caso de que habrá de depender del sistema axiológico que se maneje, y otros problemas

¹⁶⁰⁷ ALEXY, ROBERT; *La fórmula del peso* en “Teoría de la Argumentación Jurídica”, cit., pág. 457.

¹⁶⁰⁸ No debe olvidarse que, para ALEXY, las reglas son *mandatos definitivos*, y los principios *mandatos de optimización*.

¹⁶⁰⁹ ALEXY, ROBERT; *La fórmula del peso*..., cit., pág. 460.

¹⁶¹⁰ ALEXY, ROBERT; *La fórmula del peso*..., cit., pág. 461.

teóricos como el supuesto en que exista equivalencia entre las alternativas en conflicto (i.e. casos de empate). Las situaciones de equivalencia requieren conceptualmente que las alternativas en conflicto sean comparables y conmensurables, han de ser iguales en valor deóntico desde todos los puntos de vista axiológicos relevantes; lo que en definitiva también es tributaria del sistema axiológico que se maneje. Es razonable pensar que los casos de auténtica equivalencia, aunque conceptualmente posibles, resultarán poco frecuentes.

También podría sostenerse que los principios en conflicto son, principios *prima facie*, esto es, una alternativa en conflicto, que en principio o a primera vista debe llevarse a cabo, pero que resulta finalmente desechada o superada por otra alternativa que se juzga como superior o más importante, que es lo que en definitiva debe hacerse (principio definitivo). Entendemos que esta perspectiva no es *a priori* de la decisión, sino la consecuencia de la misma, con lo que deviene tautológica y no resuelve nada.

La doctrina nacional, no familiarizada con este tipo de discusión sino con la dogmática penal, entiende que la forma de solucionar el conflicto entre principios es mediante su “armonización”, el límite para ello es que ninguno de los principios quede vacío de contenido,

“...ninguno de ellos puede interpretarse sin tener en cuenta los otros... se establecen relaciones de conglobación... (se) impone la consideración conjunta del plexo emergente... en una interpretación que no admita contradicciones. Para suprimir las contradicciones, el intérprete no puede valerse de la pura jerarquía de fuentes...”¹⁶¹¹,

sin embargo, tal armonización rara vez se lleva a cabo de igual a igual, a pesar de que los principios se hallan interrelacionados, es posible detectar jerarquías entre ellos (i.e. principios más importantes que otros), jerarquías que varían según los tiempos, los cambios de paradigmas epistemológicos, o las alteraciones político- culturales.

Más interesante parece la tesis que entiende que en estos casos lo que existe es una auténtica discrecionalidad. Esta posición puede ser una tesis normativa o una tesis conceptual, la primera es menos interesante pues se trata en definitiva de una construcción dependiente del sistema jurídico de que se trate; pero si se trata de una tesis conceptual, se

¹⁶¹¹ ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO; SLOKAR, ALEJANDRO; *op. cit.*, págs. 134 a 135. A propósito del principio de buena fe y *pro homine*.

puede afirmar que en estos supuestos existe discrecionalidad, pues en condiciones de equivalencia entre alternativas, cualquier curso de acción entre los incompatibles, se dará lugar a una situación respecto de la cual no existe ninguna alternativa deónticamente mejor.

Si se entiende que existe discrecionalidad por parte del agente para elegir la opción de que se trate, no puede sostenerse que haya “una respuesta correcta” (en este sentido DWORKIN)¹⁶¹², pero tampoco que la decisión así tomada sea, estrictamente, incorrecta.

Por ejemplo, en el caso que ya presentamos del “médico jefe responsable”¹⁶¹³, se trata de una situación de equivalencia, donde sólo se tienen recursos materiales y temporales para salvar a un paciente, cualquier decisión es correcta en tanto se salve a uno de los pacientes (claramente no se puede dejar morir a ambos con fulcro en el razonamiento de que no puede primar un paciente sobre el otro). Si no existe fundamento alguno para salvar a A, claramente B no tiene porqué resignarse a la decisión del médico, y podría simplemente argumentar, ¿por qué no él?, si realmente da lo mismo ¿por qué no prima mi pretensión frente a la de A? ¿en qué se fundamenta que se me sacrifique mi derecho para tutelar el de la otra parte, cuya protección no merece mayor protección jurídica que la mía?. Si no existe ninguna razón que fundamente, la decisión parece derechamente arbitraria.

Frente a dilemas como el preexplicado, se ha argumentado que lo más adecuado en estas situaciones sea utilizar algún tipo de mecanismo aleatorio para tomar la decisión,

“...porque de ese modo todos los afectados cuentan con exactamente las mismas probabilidades y así se expresa mejor la idea (de tradición kantiana) de que todas las personas son merecedoras de igual respeto, dignidad y derechos.”¹⁶¹⁴

Entonces, en el caso del “médico jefe responsable”, si bien la decisión del médico de tratar a uno de los pacientes, implicaría para la mayoría considerar justificada la reacción del paciente no elegido, o cuanto menos natural, no se reaccionaría de la misma manera si

¹⁶¹² DWORKIN, RONALD; *Los derechos en serio*, cit., pág. 88 y ss.

¹⁶¹³ Ver *supra* subparágrafo 17.3 (“Supuesto de colisión de deberes”).

¹⁶¹⁴ MARTÍNEZ ZORRILLA, DAVID; *op. cit.*, pág. 51.

cuando la decisión de a quién tratar hubiera sido fruto del azar (siempre que todos hubiesen tenido las mismas posibilidades)¹⁶¹⁵.

La tesis del azar suele oponerse a tesis como la de “los grandes números”, según la cual resulta moralmente aceptable sostener que se justifica el “salvar al mayor número”, aun si son sacrificados los que se encuentran en el ámbito del menor número (v.g. la “eutanasia” de los médicos de los internados nacionalsocialistas para excluidos sociales). El recurso al azar es una manera de sortear la defensa según la cual “los números cuentan”, pues como es sabido, sostener la relevancia del número, es de algún modo conceder que las personas tienen precio en vez de dignidad, y ello se opone a la construcción kantiana de que la dignidad de los hombres no permite realizar comparaciones de la magnitud de la importancia de las personas, una persona no vale más por el hecho de estar acompañada por otras. Además, la tesis de los “grandes números”, puede proceder estadísticamente, pero olvida que para ello también hacen falta datos relevantes, que midan las cosas que nos interesa medir, pero con variables que midan dichas cosas de una manera “válida”; y estos dos últimos supuestos son difíciles de satisfacer,

“Si revisamos nuestros llamados descubrimientos estadísticos a la luz de su relevancia teórica, encontraremos una desoladora coincidencia entre la habilidad manipuladora y la irrelevancia.”¹⁶¹⁶

Pero el azar puede estar bien para un dilema moral, mas no en el ámbito jurídico. A nadie puede presentársele como aceptable un fallo que sea fruto del azar, el ámbito jurídico posee una dimensión institucional que parece incompatible con decisiones tomadas de aquel modo. Aquí entonces impera la discrecionalidad, y los principios juegan un papel importantísimo, pues MARTÍNEZ ZORRILLA, al descartar el azar para este tipo de decisiones señala que, frente a decisiones enmarcadas en pautas axiológicas de igual valor, el contexto jurídico impone otras pautas que permiten hallar en definitiva una solución institucional (relacionadas con el mantenimiento del orden, la seguridad, u otras dimensiones institucionales), en el sentido normativo, no psicológico de las decisiones

¹⁶¹⁵ MARTÍNEZ ZORRILLA ejemplifica con el caso de la lotería estatal, donde claramente los ciudadanos no estarían satisfechos si el Estado decidiera arbitrariamente enriquecer a determinados ciudadanos, pocos piensan paralelamente que las redistribuciones de riqueza originadas en la lotería sean moralmente injustas, a pesar de ser tan innecesarias, entiende el autor, como en el caso de una distribución injustificada. “En la medida en que son el resultado de un juego de azar en los que todos los participantes cuentan con las mismas probabilidades, no parece que nadie sea tratado injustamente.” MARTÍNEZ ZORRILLA, DAVID; *op. cit.*, pág. 52.

¹⁶¹⁶ SARTORI, GIOVANNI; *op. cit.*, pág. 279.

jurídicas, lo que importa tanto como decir que, ante las insuficiencias de las reglas se imponen o bien estándares extranormativos o bien pautas político- sociológicas.

Más abrumadora es la tesis que sostiene que los conflictos de valores son irresolubles, pues los valores son “irreconciliables” y “radicalmente diferentes” (en este sentido HART)¹⁶¹⁷. Tal posición no aporta nada y más bien es una retirada ante escenarios que precisan una decisión.

¹⁶¹⁷ HART, H. L. A.; *El concepto de Derecho*, cit., pág. 206 y 227.

§36.1- La moral y el Derecho.-

Derecho y adecuación a la moralidad. Conversión de la moral en Derecho. Tesis de la conexión necesaria entre Derecho y moral en el momento de la decisión. Las razones morales como razones contingentes. Elementos definitorios del positivismo. Vinculación entre Derecho y moral como solución a los problemas de injusticia. Ética de la virtud. Consecuencialismo. Deontologismo. La tesis de las fuentes sociales del Derecho. Derechos morales positivizados. Imposición de la moral desde los sistemas jurídicos. Postulado de justicia. El ejemplo del principio del daño. El Derecho como instrumento para imponer criterios morales. Máximo de racionalidad en concordancia con valores en las decisiones (sorteo de la arbitrariedad). Justicia formal y equidad concreta. Construcción de un nuevo Derecho a través de la interpretación judicial conforme con la idea de corrección. Derecho correcto: la extensión variable. Objeciones a la corrección. Corrección jurídica: el filtro de la razonabilidad. Derechos morales. La impugnación iuspositivista. Positivismo exclusivo. Positivismo inclusivo. Positivismo ético. Los temores positivistas. Los patrones morales y otras líneas de argumentación. La objetividad moral. La falta de certeza: apelación a razones – morales- subyacentes. Las causas de justificación del Derecho Penal. La moral como metacriterio. El equilibrio reflexivo. El modelo constructivo. Modelo coherentista. Teoría interpretativa dworkiniana. El consenso. El núcleo del Derecho y las cuestiones morales. Moral crítica y moral positiva. El triunfo de las exigencias de justicia, el colapso positivista. Pretensiones subjetivas.

Adelantaremos que en éste apartado en modo alguno, pretendemos sostener la tesis de que la determinación de aquello que es Derecho depende de su adecuación a la moralidad. La validez jurídica de una norma no depende necesariamente de su validez moral, la tesis contraria es la que entiende que las normas son tales, si y solo si se adecuan a la moralidad, lo que las hace jurídicamente válidas (AGUSTÍN DE HIPONA y TOMÁS DE AQUINO).

Ni siquiera a los iusnaturalistas más recalcitrantes escapa, que dicha tesis no puede constituir por sí sola una definición de derecho positivo, sería una condición necesaria pero no suficiente, para la existencia del Derecho, su adecuación a la moralidad; los iusnaturalistas siempre han añadido a ésta tesis, la indicación según la cual, la existencia de aquel depende también de la existencia de determinados hechos sociales¹⁶¹⁸.

¹⁶¹⁸ Respecto a la relación entre Derecho y moral (los dos sistemas normativos más relevantes para regular la vida social), se ha escrito *in extenso*, y desarrollar una teoría o adscribir a alguna ya estipulada a su respecto, como se señala en el texto, escapa a nuestra propuesta.

Sin embargo, a modo de pantallazo groseramente general, existen dos posturas respecto de aquellos sistemas normativos, la *tesis de la vinculación* y la *tesis de la separación*. Ambas admiten matizaciones, y la polémica entre las mismas, como ha dicho GARZÓN VALDÉS no se refiere a la relación empírica entre Derecho y moral (pues hasta los más recalcitrantes seguidores de la tesis de la separación deben reconocer que los sistemas jurídicos suelen ser reflejo de las convicciones morales de quienes detentan el poder en una comunidad determinada), sino a la posibilidad o no de efectuar una relación conceptual entre ambos sistemas. *Conf.*

GARZÓN VALDÉS, ERNESTO; *Derecho y Moral*, en VÁZQUEZ, RODOLFO (comp.) *Derecho y Moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, 1ª reimpresión, Gedisa, Barcelona, 2003, pág. 19.

GARZÓN VALDÉS señala que, dentro de la tesis de la vinculación, en grado decreciente en lo tocante a la relación entre Derecho y moral, pueden encontrarse las siguientes posiciones:

- a) La equivalencia entre Derecho y justicia. Donde la ley positiva es una aplicación particularizada en una sociedad dada, de una ley natural superior, basada a su vez en una ley eterna. En tanto la primera no refleje a esta última, no será ley. Representantes de esta postura son SAN AGUSTÍN DE HIPONA, y FRANCISCO SUÁREZ.
- b) La equivalencia entre ley injusta y ley corrupta. Una ley injusta sería una corrupción de la ley, si bien aquellas seguirían siendo ley, lo serían imperfectamente, de donde, si bien no perderían validez jurídica, su injusticia inherente afectaría el deber moral de obediencia (i.e. los súbditos no estarían obligados a obedecer la ley). Expositor de esta tesis es SAN TOMÁS DE AQUINO.
- c) La equivalencia entre “punto de vista interno” y “punto de vista moral”. Esta tesis evita las fundamentaciones teológicas. Señala que, para seguir al Derecho, un individuo puede tener, “un punto de vista externo”, referido a razones prudenciales, y un “punto de vista interno”, referido a razones morales. Dicho de otra manera, todo sistema jurídico, al contemplar ambos aspectos, presupondría la existencia de un punto de vista moral. La tesis procede de HERBERT HART, y fue seguida por PHILIP SOPER y ERNESTO GARZÓN VALDÉS.
- d) La relevancia de la pretensión de legitimidad. Es en algún sentido complementaria de la anterior. La conexión entre Derecho y moral es patente, pues todo sistema de Derecho positivo posee pretensiones normativas morales, que van más allá de la mera positivación jurídica; hay una pretensión de corrección (tesis de ROBERT ALEXY). Ninguna sociedad puede mantener su cohesión, si no establece dogmáticamente qué es lo que considera justo, hay una *intentio dogmatica* (pretensión de legitimidad en GARZÓN VALDÉS) del Derecho, cuya corrección moral no se pone en tela de juicio.
- e) El argumento de la pretensión de razonabilidad. Como se entiende que la institución del Derecho parte de la razón humana, tal exigencia de razonabilidad requiere que el concepto mismo de Derecho incluya elementos mínimos de moralidad (“contenido mínimo de derecho natural” dirá HART). Según CARLOS NINO toda norma jurídica que tiene un rol de razón operativa en el razonamiento práctico es un juicio moral especial.
- f) Argumento de la interrelación entre seguridad y un mínimo de moralidad. El argumento se dirige a que hay un valor que todo sistema jurídico positivo tiene que respetar: el de la seguridad jurídica, entendida esta tanto como convivencia pacífica cuanto como previsibilidad de las decisiones jurídicas. Un ejemplo de soslayamiento absoluto de esto lo constituye el Terrorismo de Estado, donde se viola todo atisbo de justicia, y el retorno a un estado de naturaleza prehobbesiano periclita en una extrema inseguridad, es un caso límite de violación de toda pretensión de razonabilidad.

Dentro de las tesis de la separación argumentan en contra de las tesis prereseadas.

- op. a) Se trata de argumentos no racionales, que convierten a la ciencia del Derecho en una mera rama de la Teología. Llegan a ofrecer razones de fe inaprensibles para quienes no comparten aquellos argumentos. Esta corriente no tiene ciertamente hoy siquiera adeptos entre los propios cultores del iusnaturalismo católico.
- op. b) Introduce criterios de validez que no son propios del Derecho. Las normas jurídicas son válidas aunque sean injustas, que los destinatarios sigan a aquellas por temor a la coacción u otro tipo de razones ponderativas, no afecta a las reglas, pues la validez no es una cuestión de grados (es o no válida), cosa que sí lo es la eficacia.
- op. c) Sostiene que lo único relevante es el aspecto externo de las normas, basta que la autoridad haga cumplir aquellas, y los ciudadanos las obedezcan: en dichos casos puede decirse que un sistema jurídico existe. El aspecto volitivo de la adhesión carece de relevancia, es decir, los ciudadanos pueden seguir las normas no por razones morales, sino muy diversas (v.g. cálculos de interés, actitudes tradicionales no razonadas, mera empatía con el resto, *et sit cétera*).
- op. d) Si bien los sistemas jurídicos pueden estar dotados de pretensión de corrección, esta crítica aduce que, en los hechos, dicho sistema puede ser considerablemente injusto. Aunque una norma o una decisión no satisfagan la pretensión de corrección, no por ello dejan de ser jurídicas, de dónde sostener la declamada relación conceptual necesaria entre Derecho y moral carece de sentido. Sería paradójico

No menos interesante es la idea de HART acerca de que Derecho y moral no deben confundirse pues así se respeta la autonomía de las personas en el sentido de seres capaces de adoptar evaluaciones personales con respecto al deber de obediencia de las normas jurídicas. Dicho de otro modo, si hombres malvados dictaran reglas para una sociedad, si el Derecho y la moral se identificaran, tales reglas malvadas serían morales, no habría manera de someter al examen moral el abuso oficial del poder. El Derecho puede tener propiedades morales, pero

“...imponer condiciones morales independientes para identificar el derecho inevitablemente significaría que no todas las disposiciones que forman parte de la institución social del tipo relevante son derecho, o bien, que algunas disposiciones que no son parte de tales instituciones son derecho.”¹⁶¹⁹,

la moral puede llegar a formar parte del Derecho en virtud de disposiciones jurídicas, lo que no es inconsistente con el carácter institucional del Derecho, dentro de esta concepción, la moral se convierte en Derecho al ser vinculada a instituciones relevantes¹⁶²⁰.

La base que utilizamos en éste trabajo, acerca de la validez del Derecho, no es la preresñada, sino que ya ha sido explicada *in extenso*, para evitar confusiones, *supra*¹⁶²¹.

Lo que procuramos señalar, en cambio, es que la tesis de la conexión necesaria entre el Derecho y otros estándares como la moral, principios superiores, *et sit cétera*; no debe ser comprendida en el sentido de que las normas injustas no son jurídicamente válidas, sino en el sentido de que al momento de tomar decisiones respecto a un caso, los jueces, de toparse con algún problema axiológico, o de insuficiencia normativa, de indeterminación, *et sit cétera*, irán más allá del Derecho positivo en procura de

que existiendo dicha conexión, aun así se hable de Derecho injusto o de norma injusta. (Tesis de ATIENZA).

op. e) No habría una relación conceptual entre Derecho y moral, no puede identificarse racionalidad con moralidad, si bien regular el uso de la violencia privada, es un artificio racionalizador teniendo en cuenta la satisfacción de ciertas preferencias, tal racionalización de la vida no implica su moralización. Las reglas que prescriben la violencia pueden ser injustas, sin que ello afecte su función racionalizadora. (Tesis de LAPORTA).

op. f) Un estado de cosas que apunte a la “paz”, porque en dicha comunidad no se permite la violencia privada, no importa en sí un estado de cosas moralmente valioso. Si bien tal estado de cosas podría ser conveniente (cuanto menos para el aseguramiento de la supervivencia), aun así, no podría inferirse con seguridad el carácter moralmente valioso del ordenamiento. (Tesis también de LAPORTA).

¹⁶¹⁹ RAZ, JOSEPH; *La autoridad del Derecho...*, cit., pág. 63.

¹⁶²⁰ RAZ, JOSEPH; *La autoridad del Derecho...*, cit., pág. 66.

¹⁶²¹ Ver parágrafos 28 (“Presupuesto. El orden jurídico”) y 28.1 (“El sistema jurídico como sistema normativo”).

justificaciones a tales decisiones, la mayoría de las veces ellas serán instancias morales. No basta la invocación de la racionalidad técnica para la justificación de las decisiones (sustentación lisa y llana en el ordenamiento jurídico), sino que se precisa recurrir a estándares extrajurídicos, morales. Tal necesidad de justificación es un rasgo característico de la mayoría de las decisiones judiciales.

Esto no conduce a tanto como sostener que los jueces siempre precisan invocar razones morales para justificar sus decisiones institucionales, pues si la única justificación posible la proporcionan este tipo de razones, se concluiría que las normas jurídicas nada aportan a aquellas decisiones institucionales. La justificación jurídica no sería más que una pseudo- justificación. Si bien podría ser posible, conceptualmente, reducir las diferentes nociones de justificación a justificaciones morales, ello no es conveniente, pues es una deficiente articulación de intuiciones relevantes (i.e. en definitiva no es lo que efectivamente hacen los jueces). Además, aunque se reservará la expresión “justificación”, sólo para la aplicación de normas morales, ello no modificaría la práctica de invocar normas jurídicas también como fundamento de las decisiones institucionales.

Las normas jurídicas, en definitiva, son condiciones necesarias y suficientes en la argumentación jurídica, en cambio las normas morales desplegadas en los razonamientos justificatorios no son condiciones más que contingentes, pero no irrelevantes ni superfluas. Confundir este aspecto sólo diluiría las razones que justifican la conclusión de un argumento (las normas jurídicas) y las razones presentadas en dicho argumento justificatorio (las razones morales utilizadas para justificar la aplicación de tal norma jurídica). Aun más en contra de la absolutización del argumento moral, los sistemas jurídicos no permiten revisar una decisión judicial sólo porque la sentencia sea moralmente injustificable o porque el juez superior no comparta la cualidad moral de la norma que ha aplicado el juez inferior, esta irrelevancia de las normas morales y las opiniones morales de los jueces contrasta con el hecho de que la principal razón para cuestionar la validez de una sentencia es que carece de un apropiado fundamento jurídico.

Todas las teorías positivistas argumentan a favor de la tesis de la separación, es decir, que el concepto de Derecho ha de definirse de manera que no incluya, en absoluto, ningún elemento de la moral. Consecuentemente, para una teoría positivista sólo quedan dos elementos definitorios: a) el elemento de la decisión de la autoridad y b) el elemento de

la efectividad social. La gran proliferación de posiciones del positivismo jurídico, resultan de las diferentes interpretaciones y evaluaciones de estos dos elementos señalados.

“El principal argumento analítico en favor de la tesis positivista de la separación es que no hay un nexo conceptual necesario entre el Derecho y la moral o entre cómo es el Derecho y cómo debe ser.”¹⁶²²;

como argumento normativo de apoyo para la tesis de la separación, el positivismo argumenta que para alcanzar ciertos objetivos o para cumplir con la norma, la separación entre Derecho y moral es normativamente necesaria (v.g. si se argumenta que a partir de la separación se arriba a una claridad lingüística y conceptual que garantiza la seguridad jurídica); sin embargo también existen argumentos normativos a favor de la tesis de la vinculación entre Derecho y moral, como ejemplo puede sostenerse que para alcanzar ciertos objetivos, dicha vinculación facilita la mejor solución de los problemas referidos a la injusticia en el Derecho.

Piénsese también que es perfectamente posible –y de hecho usual- que dos personas sostengan los mismos principios éticos, pero que a la vez les atribuyan una naturaleza diferente. Por ejemplo, puede creerse que es inmoral la esclavitud, pero mientras una cree que esto se corresponde con un hecho moral, la otra puede entender que se trata de un juicio moral relativo acotado a la sociedad en que se vive.

“Respecto de la esclavitud estas dos personas sostienen entonces el mismo principio de ética normativa, aunque –como vemos- sus metaéticas son notablemente divergentes.”¹⁶²³;

la filosofía moral se halla dominada por tres teorías éticas normativas: dos son éticas del deber y la tercera es una ética del carácter.

Las primeras establecen un catálogo preciso de nuestros deberes morales, son el *consecuencialismo* y el *deontologismo*, la ética del carácter, se la llama así, pues no pretende proporcionar un catálogo de deberes sino dirigirse a obtener un carácter moral del agente, es la *ética de la virtud*. En esta última, un individuo no es bueno porque haga cosas buenas, sino que ciertas cosas son buenas porque las hace ese individuo (que posee un carácter virtuoso), este tipo de ética no puede dirigir una función judicial

¹⁶²² ALEXY, ROBERT; *Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral*, cit., pág. 116.

¹⁶²³ FARRELL, MARTÍN D.; *La ética de la función judicial*, en MALEM, JORGE, et. al. (coord.), “La función judicial”, Gedisa, Barcelona, 2003, pág. 148.

“En este ámbito los deberes cuentan decisivamente, y el juez virtuoso es – sencillamente- aquel juez que cumple mejor con sus deberes morales. No es que una sentencia sea justa porque la dicta un juez virtuoso, al contrario: un juez es virtuoso porque dicta sentencias justas, lo que indica que debe existir algún criterio independiente para juzgar la justicia de las decisiones judiciales.”¹⁶²⁴

Esto lleva la discusión al plano de las éticas del deber: el *consecuencialismo* es una teoría ética que sostiene la prioridad de lo bueno sobre lo correcto. Su versión más conocida es el utilitarismo donde lo bueno es la felicidad, lo correcto no sólo está subordinado a lo bueno, lo correcto es maximizar lo bueno, pero no tiene capacidad de definir de manera independiente lo que es bueno; no hay límites morales a la persecución de lo bueno, de donde, el consecuencialismo tiene una ausencia de restricciones para la obtención de su finalidad –no hay criterios independientes de lo correcto respecto de lo bueno- (i.e. el fin justificaría los medios).

El *deontologismo* postula la prioridad de lo correcto sobre lo bueno, caracterizándolo de un modo independiente, puede no discutir que la felicidad sea buena, pero no cualquier conducta que la maximice es correcta. Es una teoría moral con restricciones a la persecución de lo bueno (i.e. los medios son relevantes para el fin que se procura). En países como Argentina y Estados Unidos, el deontologismo parece la tesis más seguida, donde hay constituciones con derechos firmemente establecidos¹⁶²⁵; a un juez no se le pide que realice el mejor estado de cosas posible (v.g. que maximice la felicidad general con su decisión), sino el modo en que obtiene ello (v.g. cómo obtiene la felicidad),

“...el respeto de los derechos tiene más importancia que la felicidad misma.”¹⁶²⁶

El juez no tiene por misión maximizar el respeto general por los derechos, sino respetarlos él mismo, si los derechos son cartas de triunfo frente a consideraciones de utilidad (tesis que seguimos aquí), operan como restricciones a persecuciones meramente utilitarias

“...obran, entonces, como restricciones deontológicas a la persecución de lo bueno, y no como parte de lo bueno que debe ser perseguido (de cualquier manera, y sin restricciones, como piensa en cambio el consecuencialismo).”¹⁶²⁷

¹⁶²⁴ FARRELL, MARTÍN D.; *op. cit.*, pág. 150.

¹⁶²⁵ FARRELL, MARTÍN D.; *op. cit.*, pág. 151.

¹⁶²⁶ FARRELL, MARTÍN D.; *op. cit.*, pág. 152.

¹⁶²⁷ FARRELL, MARTÍN D.; *op. cit.*, pág. 155.

Hay, sin embargo, casos extremos en los que, ante la gravedad de las consecuencias que se seguirían del respeto de un derecho, ese derecho debe ceder ante consideraciones de utilidad, ello debe ser advertido por el juez y decidir conforme¹⁶²⁸. Baste con esta breve exploración, sobre la sustancia de los juicios morales.

En síntesis, no nos interesa concluir que el Derecho positivo se deriva lógicamente de los principios del Derecho Natural (*per modum conclusionis*); sino cómo se especifican, pues de hecho se especifican, dichos principios al tomar decisiones (*per modum determinationis*), no estamos tras las exigencias que se formulan al orden jurídico positivo desde el punto de vista de un determinado sistema moral, sino de si y cómo influyen tales sistemas en las decisiones judiciales. Por caso, la *tesis de las fuentes sociales del Derecho* destaca que la existencia y el contenido del Derecho en una sociedad, dependen de un conjunto de hechos sociales, de un conjunto de acciones de los miembros de dicha sociedad, el Derecho no es un fenómeno natural sino institucional; ésta tesis no es negada por los iusnaturalistas, aunque estos exigen para la validez jurídica de las normas, no sólo su origen en algunos hechos sociales sino también su adecuación a la moral. No iremos más allá en torno a esto pues escapa a nuestra propuesta, basta en lo que importa señalar que los postulados iuspositivos son, indefectiblemente, relevantes para entender cómo funciona el Derecho, ni siquiera el iusnaturalista más acérrimo de la actualidad pretendería obviar la importancia institucional de ésta disciplina.

¹⁶²⁸ FARRELL, MARTÍN D.; *op. cit.*, pág. 157. El autor ejemplifica con el caso “Peralta”, donde la C.S.J.N. en 1989, ante la amenaza inflacionaria, y aprovechando la gran cantidad de dinero depositado a corto plazo en los bancos, el gobierno se apropió de ellos mediante un decreto presidencial, anunciando la devolución de bonos a futuro en su reemplazo. La Corte dijo, con un razonamiento consecuencialista:

“...cuando los sucesos que conmueven a la vida de la sociedad amenazan llevarla a la anomia y la inviabilidad de la vida política organizada, como puede ser hoy el resultado del descalabro económico generalizado... allí deben actuar los poderes del Estado.”

“...la tarea permanente de construir la unión nacional tiene por problema central hoy asegurar la supervivencia de la sociedad argentina.

“Las constituciones son fuentes de derechos. Las realidades políticas son hechos. Cuando las primeras no interpretan a las segundas... fracasan.”.

FARRELL observa que no había ningún derecho en pugna con el derecho a la propiedad, lo único que se oponía a él eran consideraciones de utilidad, otorgando la Corte primacía a la segunda sobre el primero.

El problema es que, aun cuando las circunstancias impongan la adopción de la tesis consecuencialista, los tribunales suelen ser renuentes a reconocer que han actuado bajo esa perspectiva. Esto es un defecto en el razonamiento judicial, los tribunales suelen esquivar su explicitación, es problemático, pues pueden viabilizar consecuencias peligrosas (v.g. que el Estado entienda que puede apoderarse de los depósitos en cualquier coyuntura pues no se viola el derecho de propiedad). Entonces, si los tribunales discurren en términos deontológicos, pueden aparentemente reconocer que hay derechos a apoderarse de los depósitos bancarios, en cambio, si lo hacen en términos consecuencialistas, se reconocerá que tal derecho no existe, pero que rige una excepción para impedir ulteriores daños gravosos.

Tampoco estudiaremos en lo que sigue que, dado que en la aplicación del Derecho, hay en definitiva algún valor moral en juego, entonces la existencia del Derecho se supedita a su valía moral¹⁶²⁹, teniendo hasta su confirmación en tal sentido sólo un deber *prima facie* de obediencia. En esto subyace el derecho a disentir por objeción de conciencia¹⁶³⁰. Pero a contrario, tampoco es dable sostener que los derechos morales deviene tangibles sólo cuando son “positivizados”, aquí se debe distinguir pues, cuando tales derechos se incorporan a las reglas, cabe hablar de derechos humanos (o morales) jurídicos y no ya meramente morales, de cuestiones morales tenidas en cuenta al resolver jurisdiccionalmente. En las declaraciones universales de derechos humanos se hace referencia a

“...normas suprapositivas, sin que esto implique una fundamentación metafísica, sino más bien la aceptación de una estructura hipotética y presuntiva de los derechos humanos en tanto axiomas no derivables que constituyen un metasistema normativo y regula(tivo) (d)el contenido de las normas de los sistemas jurídicos positivos. Esta es la posición, por ejemplo, de ULRICH KLUG.”¹⁶³¹

Nos importa la imposición de normas morales por el Derecho. Determinar si la inmoralidad de un acto es, o no, razón suficiente para justificar que el Derecho interfiera con su realización. Desde una óptica liberal la cuestión no es baladí, pues se suelen establecer disposiciones en los ordenamientos jurídicos como las del art. 19 de la C.N. Argentina que disponen que las acciones privadas de los hombres, en tanto no ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a terceros están exentas de la autoridad de los

¹⁶²⁹ Siendo honestos con nuestra postura ideológica con el tema, aunque no se trate de materia propia de éste trabajo, no creemos en algo así como la existencia de un sistema moral objetivamente válido accesible al conocimiento humano. Pero ello no importa tanto como decir que se carece de métodos empíricos para aprehender o verificar la existencia de sistemas morales que influyen la matriz social, de hecho esto es lo que pretendemos en el texto que es lo que hacen los jueces.

NORBERT HOERSTER rechaza el objetivismo moral, pues sostiene que encubre aspectos detrás de los cuales se encuentran intereses y exigencias humanas concretas e importantes (v.g. detrás de normas que penan el homicidio se hallan intereses en la supervivencia). La suposición de valores objetivos, independientes del sujeto valorante, y accesibles a través de un acto de conocimiento, son para él, difícilmente conciliables con una imagen científico- racional del mundo; por el contrario, la concepción de valores como expresión de valoraciones y formaciones humanas (i.e. de intereses humanos), puede prescindir de todo postulado metafísico. HOERSTER, NORBERT; *Ética jurídica sin metafísica*, en VÁZQUEZ, RODOLFO (comp.) *Derecho y Moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, 1ª reimpresión, Gedisa, Barcelona, 2003, págs. 228 a 230.

¹⁶³⁰ JOSEPH RAZ ha analizado la cuestión destacando que la objeción de conciencia, como violación del Derecho ante una coerción moral interna del sujeto, sólo se fundamenta cuando el Derecho es en sí mismo malo, a menos en parte, pero ésta cuestión escapa al análisis que nos proponemos, el análisis del discípulo de HART es sustancioso al respecto. RAZ, JOSEPH; *La autoridad del Derecho...*, cit., pág. 346.

¹⁶³¹ GARZÓN VALDÉS, ERNESTO; *Algo más sobre la relación entre derecho y moral*, cit., pág. 157.

magistrados¹⁶³². El liberalismo demandaría que la sociedad mantenga una posición de neutralidad frente a concepciones particulares de lo bueno, el Estado debería permanecer neutral entonces respecto a las concepciones morales de los ciudadanos. En nuestra opinión, no es función del Derecho intervenir en la vida privada de los ciudadanos, ni imponer comportamientos determinados más allá de los necesarios para el funcionamiento social; se ha de mantener un ámbito de la moralidad e inmoralidad privada que no es asunto del Derecho¹⁶³³, pero es insoslayable que todos los sistemas jurídicos imponen una determinada moral a través del Derecho Penal, como medio que tiene la sociedad de defenderse ante factores desestabilizantes. Parafraseando a Lord DEVLIN, señala JORGE MALEM que

“...el derecho penal no es sino un derecho moralizado. Y en muchos delitos, su única función consistiría en aplicar nada más que un principio moral... el consentimiento de la víctima no juega ningún papel en el derecho penal como elemento de justificación o de excusa. La razón de esto es que (en opinión de DEVLIN) un delito no sólo es un ataque a un individuo determinado; es también un agravio a la comunidad...”¹⁶³⁴

¹⁶³² La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 establece en sus arts. 4 y 5 que “la libertad consiste en hacer todo lo que no daña a los demás... La ley no puede prohibir más que las acciones dañosas para la sociedad.”.

¹⁶³³ Planteo que compartimos con ENGISCH. Ver *supra* parágrafo 7 (“El ‘ámbito de lo no jurídico’ para Karl Engisch”).

¹⁶³⁴ MALEM SEÑA, JORGE; *La imposición de la moral por el derecho. La disputa Devlin- Hart*, en VÁZQUEZ, RODOLFO (comp.) *Derecho y Moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, 1ª reimpresión, Gedisa, Barcelona, 2003, pág. 61. Lord DEVLIN se basa en una serie de premisas: a) la cohesión social depende del conjunto de creencias morales compartidas por la comunidad, compartiendo tales creencias los individuos aislados se transforman en miembros de la misma sociedad; y b) toda sociedad tiene el derecho a defender su integridad, en lo externo y en lo interno: la rebelión afecta la integridad del cuerpo político, y la inmoralidad la integridad del cuerpo social, de donde, si la moralidad compartida conforma el cemento social, la inmoralidad la desintegra –las normas penales son el núcleo moral básico–.

La moral a través del Derecho se justifica como una cuestión de autoprotección y no para imponer una moral verdadera. Se trata de un relativismo ético, pues la moral no se relaciona con la razón sino con la sensibilidad (MALEM SEÑA, JORGE; *op. cit.*, pág. 63).

HART impugna las tesis de lord DEVLIN señalando que: a) confunde las leyes con fundamentos paternalistas, que prohíben ciertos actos con el fundamento de evitar que personas incompetentes se dañen a sí mismas; b) confunde la legitimidad de la represión de la indecencia, con la justificación de la sanción de actos inmorales ejecutados privadamente, pues lo que importa es la represión de acciones indecentes que ofendan a terceros, sea positiva o potencialmente; c) DEVLIN procura influir moralmente mediante una sanción (apelando al temor), pero no ofrece pruebas de la bondad del método, pues se puede influir también con otros métodos menos dañinos (v.g. la educación), se confundiría a los tabúes con la moral; y d) sociedad y moral se terminan implicando recíprocamente, pues aquella se define en términos de sensibilidad moral, y ésta en términos de sensibilidad social. (MALEM SEÑA, JORGE; *op. cit.*, págs. 69 a 70).

Claramente no cualquier acto de inmoralidad ha de ser castigado por el Estado, se precisa una auténtica reprobación generalizada. El juzgador al decidir en un caso, usualmente valora cuáles son los fundamentos de la moralidad vigente, y en ocasiones actúa en contra de lo decidido mayoritariamente¹⁶³⁵, caso contrario se confundiría la democracia como forma de gobierno con una especie de populismo moral, conforme al cual la mayoría de los ciudadanos tendrían derecho a estatuir cómo deben vivir los demás. Esto introduce una distinción relevante, si bien puede predicarse de un sistema jurídico su inmoralidad si viola ciertas pautas establecidas por la moral crítica, ello no importa tanto como sostener que dicho sistema debe castigar toda inmoralidad,

“... (puede decirse que) ciertos actos son inmorales pero que el derecho no está moralmente justificado para interferir con ellos, es una posición lógicamente coherente.”¹⁶³⁶

Por ejemplo, JORGE MALEM señala que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en el caso “*Handyside*” (sentencia del 7 de diciembre de 1976), señaló que no es dable hallar en el Derecho interno de los Estados miembro, una noción uniforme europea de moral, de donde la idea de que las leyes internas se hacen de las exigencias morales varía con el espacio y el tiempo. Específicamente en el caso “*Muller y otros*” (sentencia del 24 de mayo de 1988), referido a la pornografía, subrayaron que asistió razón a los tribunales suizos, al considerar a los hechos de naturaleza tal como para herir la decencia sexual de las personas de sensibilidad normal: los organismos locales tenían derecho a considerar necesaria para la protección de la moral la imposición de sanciones en el supuesto dado¹⁶³⁷. Esto nos permite señalar algo de suma importancia para el tema que tratamos, más allá de estos ejemplos eventuales, el debate formado alrededor de la moral en su aplicación en el Derecho aplicado judicialmente no es meramente teórico, sino corriente, acerca de la punibilidad de la pornografía, por caso, los argumentos que se han dado a favor de permitir su producción, distribución y consumo, como en pro de su prohibición son muchos y variados. Especialmente fuerte es la idea de la “degradación moral” y de la

¹⁶³⁵ Este es uno de los problemas en torno a la ilegitimidad de las decisiones judiciales como preferencias ante las decisiones legítimas legislativas. Ver *infra* subparágrafo 52.1 (“*La legitimidad de los órganos aplicadores para crear Derecho*”).

¹⁶³⁶ NINO, CARLOS; *Los límites de la responsabilidad penal*, Astrea, Buenos Aires, 1980, pág. 282.

¹⁶³⁷ MALEM, JORGE; *La imposición de la moral por el derecho...*, cit., págs. 65 a 66.

destrucción de la sociedad a través de su “socavamiento moral”. La moral es importante en las decisiones judiciales, e insistiremos en ello en este apartado.

En la filosofía del Derecho Natural, la idea de justicia ha ocupado siempre un lugar central, como principio más elevado y medida de corrección del Derecho¹⁶³⁸. Desde un punto de vista estricto, la justicia delimita las pretensiones e intereses en conflicto en la vida social, el postulado de justicia equivale a una demanda de igualdad instrumentalizable a través de la distribución de cargas y ventajas¹⁶³⁹. En todos los casos la idea de justicia exige una distribución igualitaria, obviamente no absoluta, pues ello soslaya el reconocimiento de las diferencias reales¹⁶⁴⁰, pretendiendo que todo el mundo ocupa una posición jurídica igual sin distinciones de edad, sexo, si es quien incumplió el contrato o quien lo exige, si es víctima o victimario¹⁶⁴¹.

La idea de igualdad –y la justicia a través de ello– importa un concepto relacional, el contenido práctico de justicia depende de presupuestos que están fuera del principio de igualdad, por caso los criterios que determinan las categorías a las que debe aplicarse ésta. No sirve de mucho establecer que los castigos deben prodigarse con igualdad, esto es una fórmula vacía a menos que se dé algún criterio que defina la igualdad en dicho punto¹⁶⁴². Esta concepción del ámbito de la justicia dirige siempre hacia ciertos elementos comunes: a) una cierta igualdad, no absoluta, entre quienes participan de las relaciones de justicia, personas ordinarias, moderadamente egoístas; b) estas relaciones tienen por objeto bienes que de algún modo son objeto de pretensiones concurrentes, bien por su comunidad, bien por su escasez; y c) la justicia se refiere a cierto modo de reparto o

¹⁶³⁸ Soslayamos adrede la idea de justicia como virtud suprema, omnicomprendiva, sin distinción entre Derecho y Moral. La justicia según éste modo de ver es la idea de amor a Dios y al bien. Es el espíritu del Sermón de la Montaña.

¹⁶³⁹ Es la concepción pitagórica simbolizada por el cuadrado, en el que lo igual está unido a lo igual.

¹⁶⁴⁰ Ello no escapó a la aguda visión de RADBRUCH, que señaló que la justicia “...proyectada sobre el caso concreto... recibe el nombre de *equidad*. Sin embargo, el postulado de la equidad no puede llegar a realizarse nunca por entero; una justicia individualizada es una contradicción consigo misma, pues la justicia requiere siempre normas generales. No obstante, esta generalidad conoce y admite grados, y la misma especialidad es siempre, a pesar de todo, una forma de lo general, algo que se acerca progresivamente a la individualización, sin llegar a alcanzarla nunca por completo.”. Conf. RADBRUCH, GUSTAV; *Introducción a la filosofía...*, cit., pág. 33.

¹⁶⁴¹ En éste sentido, poco más o menos es en el que se expresa HART al analizar la idea de si existen Derechos naturales; partiendo de que si se otorga una respuesta afirmativa a dicho interrogante, debe admitirse que existe por lo menos un derecho natural: el derecho igual de todos los hombres a ser libres, para lo que debe preservarse cierta *distribución* de la libertad humana. Conf. HART, H. L. A.; *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*, Depalma, Buenos Aires, 1962, págs. 65 a 91.

¹⁶⁴² ROSS, ALF; *op. cit.*, pág. 337.

distribución entre esos bienes, que no son suficientes o alcanzan para todos y deben ser repartidos conforme a algún criterio de distribución¹⁶⁴³. Pero esta concepción claramente es economicista, reduciéndose a las relaciones económicas que tienen por objeto bienes insuficientes o escasos sobre los que existe concurrencia (entre otros RAWLS y HUME).

PERELMAN, procurando superar este tópico, y por la senda de la igualdad proporcional propia de la justicia distingue seis formulaciones posibles: a) a cada uno la misma cosa, b) a cada uno según sus méritos, c) a cada uno según sus obras, d) a cada uno según sus necesidades, e) a cada uno según su rango y f) a cada uno según lo que la ley le atribuya. Todos los cuales pueden ser reducidos a un solo axioma formal o abstracto:

“...la justicia es un principio de acción según el cual los seres de una misma categoría esencial deben ser tratados del mismo modo.”¹⁶⁴⁴

Se ha criticado a esta tesis que

“...la pauta o criterio meramente formal de la justicia resulta intrínsecamente insuficiente, y necesita ser completado por ciertos parámetros materiales, concretos, o de contenido que hagan posible contestar a la pregunta acerca de cuándo ciertos repartos son justos y cuándo injustos. De lo contrario, si se permanece dentro de un concepto meramente formal de la justicia, resultará inevitable que sus contenidos sean llenados de modo irracional, decisionista...”¹⁶⁴⁵

Las voces “justa” o “injusta” tienen sentido, en lo que aquí interesa, cuando se aplican para caracterizar la decisión hecha por un juez. Decir que la decisión es justa puede tener un doble sentido: a) que ha sido hecha de conformidad con una regla o sistema de reglas (una posición elástica del formalismo), o b) que halla corrección a la luz del Derecho (realismo jurídico)¹⁶⁴⁶. Carece de relevancia caracterizar una regla general como “justa” o “injusta” la justicia no es una guía para el Legislador, pues no es posible derivar de la idea formal de igualdad ningún tipo de exigencia relativa al contenido de la regla; no es una pauta jurídico- política o un criterio último para juzgar una norma, afirmar que una norma es injusta es una expresión emocional propia de la objeción de conciencia, como se

¹⁶⁴³ MASSINI CORREAS, CARLOS I.; *Filosofía del Derecho*, t. II, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, pág. 8.

¹⁶⁴⁴ MASSINI CORREAS, CARLOS I.; *Filosofía del Derecho*, t. II, cit., pág. 11.

¹⁶⁴⁵ MASSINI CORREAS, CARLOS I.; *ibídem*.

¹⁶⁴⁶ De igual forma se ha hablado de *justicia subjetiva* como virtud o cualidad personal, o como propiedad de una relación entre personas, o *justicia objetiva*. Conf. RADBRUCH, GUSTAV; *Introducción a la filosofía...*, cit., pág. 31.

señaló, la ideología de la justicia no tiene cabida en un examen racional del valor de las normas.

Más allá de que se tilde a la noción de “justicia” de irracional, tratándose de la apelación a un argumento más emocional que lógico, lo cierto es que el recurso a aquella es insoslayable. Nuestra pretensión no es dotar de contenido a la noción prealudida, cuestión que por otra parte ha sido bosquejada en numerosas oportunidades¹⁶⁴⁷, por caso la noción de los juristas romanos que expresaban el principio de Derecho natural *suum cuique tribuere, neminem laedere, honeste vivere*, o la exigencia de “no dañar al otro”¹⁶⁴⁸, sino señalar el recurso a ella como estándar ulterior a la regla. Por caso HART, procura sentar las bases de un Derecho Penal que se funde en estándares liberales, atendiendo fundamentalmente al *principio del daño*. El Derecho para el profesor de Oxford no debe imponer de una manera justificada una determinada moral positiva¹⁶⁴⁹, un Derecho Penal que se asiente sobre legítimas bases liberales ha de permanecer neutral respecto de valores morales, pero el concepto de daño, que recepta el citado principio del daño es una noción discutida que hace referencia a bienes que subyacen a las reglas. Para saber si una noción es o no dañina, se debe indagar previamente cuál es el bien que merece amparo; en las nociones de bien y de daño se involucran cuestiones que van más allá de lo normativo para involucrarse en el rol de la moral en el Derecho Penal, visualizable por un aspecto descriptivo. La propuesta de HART no soluciona el problema en torno a qué conductas deben ser denotadas por la noción de daño,

“...la apelación al ‘principio del daño’ para saber qué conductas deberían estar legítimamente penadas resulta infructuosa. Sin alguna concepción de cuáles son los intereses legítimos, el principio del daño es un principio vacío. Esa es la razón por la que NEIL MACCORMICK sostiene que la defensa del principio del daño es incompatible con la defensa de la separación entre el derecho y la moral, y que el

¹⁶⁴⁷ Ver Anexo V, donde exploramos superficialmente las digresiones que se han efectuado sobre la noción de “justicia”.

¹⁶⁴⁸ En éste sentido hasta podríamos coincidir con la crítica de ALF ROSS en torno a la circularidad de dichos postulados, pues la noción de “dar a cada uno lo suyo” es espléndida, pero presupone que se sabe qué es lo que se debe dar, se carece de la posición jurídica que le sirve de fundamento. De la misma manera acaece con el “no dañar a otro”, es probable que con ello se quiera decir no perjudicar los intereses de un par o frustrar sus deseos, pero como ello podría llevar a la irracionalidad de ver al acreedor que reclama el pago de su deuda como un daño, o el castigo al delincuente como un daño, sólo puede querer decir que no se debe interferir ilícitamente en la esfera de libertad de otro, con lo que en definitiva nada se dice. ROSS, ALF; *op. cit.*, pág. 341.

¹⁶⁴⁹ Sobre la diferencia entre moral positiva y moral crítica ver *infra* en este mismo apartado.

derecho penal siempre contempla la calidad moral de los actos para determinar si son merecedores o no de ser castigados.”¹⁶⁵⁰

El principio del daño legitima por sí mismo la exigencia legal de un valor moral fundamental: el de proteger a las personas de daños infligidos intencionalmente por terceros, y ello puede ser graficado, para MACCORMICK, con las interrelaciones que se producen entre el Derecho Penal y las demás ramas del Derecho. Por caso, los cultores del principio del daño, no suelen sostener que el robo y otras figuras similares resten captadas por el principio de mención,

“Pero robo implica propiedad. He aquí un ejemplo obvio de uno de los puntos de intersección entre el derecho privado y el derecho penal, necesariamente relevante para aplicar el principio del daño. El interés protegido frente a la invasión (daño) mediante las leyes penales relativas al robo y delitos afines es el interés que un propietario tiene en su propiedad.”¹⁶⁵¹

La cuestión relativa a los intereses individuales respecto a la propiedad privada es un tema de justicia, y en tanto ello, repercute sin hesitación en la moral (al igual que en la política y la economía).

El recurso a la moral en el Derecho parece ser ineludible, más allá que se señale apodícticamente su rechazo como en el planteo hartiano señalado, siguiendo en esto a MACCORMICK, existen buenas y poderosas razones para suponer que,

“...precisamente a causa de su fuerza simbólica como moralidad pública del Estado, la ley penal con su drama y simbolismo públicos de juicios y castigos puede... ser constitutiva de una moralidad común para el colectivo de ciudadanos como tal. La ley penal no refleja siempre y necesariamente un consenso moral, pero tiende a generarlo. Dado que cierto grado de consenso moral es un requisito previo de la solidaridad social, es un aspecto útil del sistema penal y de la institución del castigo penal que conlleven una carga moral.”¹⁶⁵²

Siguiendo con el ejemplo último, el principio del daño está referido entonces a ciertas concepciones que se tengan de un orden justo respecto de personas, acciones o cosas. Si se castiga el homicidio, el robo, o la violación, justificándolo en el principio del

¹⁶⁵⁰ MALEM, JORGE; *La imposición de la moral por el derecho...*, cit., pág. 75.

¹⁶⁵¹ MACCORMICK, NEIL; *En contra de la ausencia de fundamento moral*, en VÁZQUEZ, RODOLFO (comp.) *Derecho y Moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, 1ª reimpresión, Gedisa, Barcelona, 2003, pág. 172.

¹⁶⁵² MACCORMICK, NEIL; *op. cit.*, pág. 176.

daño, más allá de coincidir con la moral positiva, estas puniciones están vinculadas necesariamente con la tutela de intereses y valores morales. El homicidio, el robo, o la violación no existen desvinculados previamente de su definición moral, de donde el concepto de daño tiene en el contexto una denotación forzosamente conformada por la moral. Entonces, que el Derecho es un instrumento utilizado para imponer criterios morales es indudable, es así que una vez más la cuestión debatible retorna a qué tipo de moral ha de imponer el Derecho, desde una concepción normativa liberal se sostiene con fuerza que en estas determinaciones, el Estado debe ser neutral respecto de nociones particulares de lo bueno; como tal estándar, sortea elegantemente el caer en la arbitrariedad judicial, manteniendo la discrecionalidad, puede receptarse aquí como pauta mínima, continuando el evitar dotar de contenido específico a la idea de moral.

Si se entiende a la decisión como justa porque ha sido hecha de conformidad con una regla o sistema de reglas, se sostienen como postulados contrarios a la arbitrariedad judicial, criterios objetivos que en la decisión concreta se independicen de las reacciones subjetivas del juez. La racionalidad formal objetiva, es también un ideal de Derecho, en el sentido de que es deseable un máximo de racionalidad en concordancia con ciertas valoraciones; la racionalidad objetiva como opuesta a la arbitrariedad subjetiva, se señala como un valor en sí misma. Desde el punto de vista de los ciudadanos, el imperio de las normas, es sinónimo de seguridad y posibilidad de cálculo en la vida social.

Si se entiende a la decisión como justa porque halla corrección a la luz del Derecho, estamos señalando que la regularidad objetiva o racionalidad formal es fundamental en todo Derecho, pero no trae toda la solución del caso. La regla jurídica formalizada nunca puede expresar en forma exhaustiva todas las consideraciones y circunstancias relevantes. Indefectiblemente cuando se aplica al caso individual, es posible que la norma conduzca a resultados que no son aprobados por la conciencia jurídica como la expresión de dichas valoraciones fundamentales. Todo Derecho, y en ello incluimos los postulados que desde la administración de justicia fluyen en un caso, están determinados en aspectos formales por un conflicto dialéctico entre dos tendencias en pugna; de un lado la tendencia a la generalización y a la decisión conforme con criterios objetivos, del otro la tendencia a la individualización y la decisión a la luz de valoraciones y apreciaciones

subjetivas de la conciencia jurídica intelegida por el juez en el caso. Precisando, la puja entre la justicia formal y la equidad concreta¹⁶⁵³.

Esto se relaciona con la división ya señalada de una interpretación objetiva o una subjetiva (con sus matices)¹⁶⁵⁴. El desacuerdo entre el Derecho formalizado y las exigencias de equidad, se observa más patente cuando se producen cambios sociales sin que las normas se ajusten a las nuevas condiciones, se percibe entonces el reclamo por decisiones contrarias al Derecho formal; los postulados de equidad que surgen de conformidad con dicho cuadro probablemente sean más una apreciación intuitiva de la situación concreta por parte del aplicador del Derecho. Lo que viene en consecuencia es una posterior racionalización a partir de las decisiones de los propios tribunales por adhesión de las resoluciones posteriores con las primeras que se apartaron del derecho formal. Se construye así un nuevo Derecho desde la interpretación judicial conforme con la idea de corrección que tenga más aval en las circunstancias dadas.

Hablar del Derecho correcto no significa en modo alguno postular una noción de bondad, sino señalar que, tal como se examinó al hablar de la interpretación jurídica, no es posible una aplicación unívoca de las reglas, esto es verdad incluso cuando existe una regla de las denominadas claras y es mayor cuando el caso es juzgado con arreglo a estándares jurídicos o en forma discrecional. Hay siempre un grado de extensión variable, y cuando la decisión jurídica va más allá de las normas es porque se procura una solución para el caso sustentada en valoraciones ulteriores, en éste sentido se puede hablar de Derecho correcto, aunque ello importe que el juez, en el caso, se “equivocó” en interpretar el texto conforme lo que procuraba decir el Legislador.

El rechazo a la “corrección” en el Derecho, se da por cuanto no existen criterios objetivos de lo normativamente correcto. Todo enunciado que presenta a una acción como “correcta”, parece más fruto del interés de quien lo formula que de características inherentes al enunciado. Pero la realidad es que el rechazo se debe a que los criterios básicos de la ética requieren fundamentos no positivizados, sino que son proporcionados por alguna concepción metafísica, y además porque el positivismo ha

¹⁶⁵³ Ver Anexo IV acápite XX, se presenta un ejemplo de lo dicho en el texto en la jurisprudencia colombiana.

¹⁶⁵⁴ Ver *supra* parágrafos 32 (“La interpretación jurídica y la administración de justicia”), 33 (“técnicas interpretativas”) y 35 (“el método jurídico y la creación del Derecho”).

insistido recurrentemente en que los juicios morales cotidianos son profesiones irracionales de fe, cuyos intentos de justificación sólo pueden conducir a teorías vacías.

Además, puede señalarse como impugnación, que la capacidad crítica de los ciudadanos con respecto al orden jurídico positivo se vería reducida. Ello pues podría deducirse que de una obligación jurídica impuesta¹⁶⁵⁵ por el aplicador del Derecho de acuerdo con sus creencias morales, se derivaría la creencia en el deber moral de obediencia de esta decisión por parte de los ciudadanos. En rigor este ataque carece de relevancia, pues lo importante es la decisión en sí y no las motivaciones del juzgador; además, si bien como se sostiene en este apartado, la idea de justicia campea en las resoluciones judiciales, de ello no puede extraerse sin más que *todo* Derecho¹⁶⁵⁶ ha de ser considerado como justo, pues se presenta como Derecho. Sí puede predicarse de él que *merezca* llamarse Derecho (ello particularmente desde cultores del iusnaturalismo), pero no es dable descalificarlo en tal sentido¹⁶⁵⁷.

La idea de arbitrariedad dimana de una decisión individual que expresa el sentimiento personal de quien decide. Hablar de *corrección jurídica* halla fulcro en el grado de libertad del juez al decidir, en tanto se mantenga en el marco que las reglas proponen, como asimismo el contexto social¹⁶⁵⁸. Un criterio de universalidad de los criterios morales, sólo afirmarían su abstracción; por el contrario, quienes abrevan como nosotros, en la relevancia de la moral en las decisiones judiciales, apuntan a la razonabilidad, como referida a las circunstancias concretas en que se aplican las normas morales. La razonabilidad actúa como una especie de filtro que permite la aplicación concreta de estándares morales universales y abstractos. El filtro de la razonabilidad no actúa en el vacío, de allí que está sujeto a un doble marco, por un lado las características distintivas propias del ser humano (el llamado “contenido mínimo de Derecho natural” en HART), y por el otro, la extensión del ámbito de razonabilidad está limitado por la exigencia de

¹⁶⁵⁵ Este sentido de imposición lo es no como símil a lo que hacen los legisladores, sino como puesta en acción de una pretensión.

¹⁶⁵⁶ Entendiendo por tal lo que hasta aquí hemos dicho, de normas positivas más el material extrajurídico, que deviene Derecho al momento de insertarse en las decisiones jurisdiccionales.

¹⁶⁵⁷ Quien negara el carácter de justo de tal Derecho debería probarlo, y tal prueba no es factible ante la falta de criterios objetivos de justicia.

¹⁶⁵⁸ Esta parece ser la posición de ALF ROSS, aunque las digresiones del autor en lo que hace a la presente temática no son del todo precisas. ROSS, ALF; *op. cit.*, pág. 350.

imparcialidad, que excluye la posibilidad de que se hagan valer en la argumentación moral ventajas posicionales individuales.

“La fundamentación (moral)... es, pues, un ejercicio intelectual que se realiza en condiciones de imparcialidad con la ayuda del filtro de la razonabilidad y cuyo objetivo es la formulación racional de normas universalizables que aseguren el respeto de la persona humana.”¹⁶⁵⁹

Ahora bien, a los fines de sortear temores infundados, valga indicar que afirmar que existen derechos morales, no significa automáticamente enrolarse en un iusnaturalismo a ultranza¹⁶⁶⁰. Para PÉREZ LUÑO los derechos morales sirven para aludir a las exigencias éticas implícitas en la noción de Derechos Humanos, lo que lo vincula con la tradición iusnaturalista, de donde podrían equipararse “derechos naturales”, con “derechos morales” y “Derechos Humanos”¹⁶⁶¹. Sin embargo, no toda justificación ética que efectúen los aplicadores del Derecho, convierte sin más a la moral en Derechos Humanos, estos últimos son sólo alguna especie de derechos morales, con especial relevancia para el desenvolvimiento y trascendencia humanos, de donde, las justificaciones jurisdiccionales necesariamente son más amplias que lo que se podría extraer del acotado margen que proveen los Derechos Humanos. Además, es factible adicionar un dato ulterior, los Derechos Humanos fueron positivizados recién el 10 de diciembre de 1948, fecha en que adoptó la Asamblea General de las Naciones Unidas a la Declaración de los Derechos Humanos, de donde los cultores de un positivismo a ultranza podrían sostener que no existieron hasta tal fecha, pero precisamente en el dispositivo prealudido se habla de la “fe en los derechos fundamentales del hombre”, de donde existirían antes de su reconocimiento jurídico. Y ello aporta una explicación adicional al verbo transitivo “positivizar”, pues no es dable hacerlo si no existían previamente, de donde tampoco puede impugnarse sin más la existencia de derechos previos que adquieran su dimensión de actuación al ser contemplados en las resoluciones jurisdiccionales. Son materiales que no han hallado el

¹⁶⁵⁹ GARZÓN VALDÉS, ERNESTO; *Derecho y Moral*, cit., pág. 50.

¹⁶⁶⁰ En este sentido LAPORTA, FRANCISCO; *Acotaciones del trampolín: respuesta a Roberto Vernengo*, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 7, Alicante, 1990, pág. 306. Tampoco advierte el autor que haya razón para “... mantener la terca vinculación entre derechos y derecho positivo.”, tesis con la que coincidimos.

¹⁶⁶¹ PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE; *Concepto y concepción de los Derechos Humanos*, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 4, Alicante, 1987, pág. 52.

catalizador que los transforme de ideas trascendentes a materiales vinculados al Derecho positivo.

Las doctrinas *iuspositivistas* son aquellas que niegan la tesis iusnaturalista. La determinación de aquello que el Derecho es, “no depende” de su adecuación a la moralidad, ésta afirmación puede comprenderse de tres maneras, donde “no depende” puede interpretarse como: a) “no puede depender” lo que en lógica modal significa negación interna, b) “no necesita depender” lo que en lógica modal significa negación externa, y c) “no debe depender”, la última es prescriptiva, no es una tesis acerca de cómo es el Derecho, sino acerca de cómo debe ser¹⁶⁶².

El problema con éstas tesis es que las propias normas jurídicas, incorporan a menudo conceptos morales y para identificar aquello que dichas normas requieren parece preciso acudir al razonamiento moral. En estos casos, los defensores del *positivismo exclusivo* –y en lo que sigue podemos considerar que participamos de dicha tesis- sostienen que cuando nos hallamos en casos como éstos, los tribunales tienen discreción, puesto que el Derecho no regula sus decisiones, aunque claramente lo dicho no nos lleva a admitir la arbitrariedad, no es dable sostener, en el extremo de éste razonamiento un ejemplo como el que sigue:

“Si A firma con B un contrato por el cual se obliga a asesinar a C antes de un mes, y transcurrido el mes A no ha asesinado a C y B presenta una demanda contra A por incumplimiento contractual, ningún jurista diría que debemos esperar a la decisión del juez para saber si el contrato entre A y B es válido: el contrato entre A y B es nulo porque es inmoral...”¹⁶⁶³.

Más allá de la aceptación restringida que hemos hecho del positivismo exclusivo, entendemos que la concepción del *positivismo inclusivo* (sostenida por GENARO CARRIÓ y HART entre otros) parece reconstruir mejor la práctica de nuestros Derechos actuales, y en lo que aquí interesa, la práctica de aplicación del Derecho por parte de los jueces, que a menudo deben recurrir a la argumentación moral para tomar decisiones. Para ésta tesis, la validez jurídica de las normas puede depender de su validez moral de un modo contingente: si existen preceptos jurídicos que incorporan conceptos morales o que requieren de la argumentación moral para ser aplicados, entonces la validez jurídica de

¹⁶⁶² MORESO, JOSÉ JUAN y VILAJOSANA, JOSEP MARÍA; *op. cit.*, pág. 195.

¹⁶⁶³ MORESO, JOSÉ JUAN y VILAJOSANA, JOSEP MARÍA; *op. cit.*, pág. 197.

algunas normas dependen de su adecuación a la moralidad. El problema de la posición reseñada estriba en el interrogante de si existen criterios objetivos en la argumentación moral, o si en el uso de dicho razonamiento en la aplicación del Derecho sólo se remite a la arbitrariedad de los aplicadores, a sus propias convicciones morales. Si bien el trasfondo de la cuestión es complejo y no hace a nuestra digresión, sí importa señalar que no es objeto de nuestro estudio examinar las corruptelas judiciales sino las prácticas legítimas; de ésta forma, si bien es posible que un tribunal aplique sus propias convicciones morales, no es ese el meollo de la cuestión, pues probablemente tal decisión sea susceptible de ser revocada, con lo que en definitiva carece de interés para nuestra propuesta.

En lo que importa, el *escepticismo moral*, en rigor, pretende sortear algún tipo de absolutismo moral o no respetar la pluralidad. La teoría yerra pues existen muchas formas de otorgar espacios a la objetividad moral sin comprometerse con doctrinas absolutas, la objetividad moral

“...es compatible con el hecho de que sobre muchas cuestiones de relevancia para los seres humanos (la sexualidad, las prácticas religiosas, etc.) la respuesta acerca de la calificación moral de dichas conductas es muy plausible...”¹⁶⁶⁴

En la contracara se presenta el *positivismo ético o normativo*, cuya tesis importa que el Derecho ha de ser de tal manera que pueda identificarse aquello que prescribe sin recurrir a la moralidad, así los jueces aplicarían el Derecho de un modo cercano al formalismo. Podrían identificar los comportamientos prescriptos por el Derecho sin recurrir al razonamiento moral. Esta tesis puede ser factible en algunos casos de núcleos claros, pero no se da en la gran mayoría de las veces. Presupone un argumento que ya hemos rechazado: la existencia de reglas claras y precisas que nos permitan determinar con certeza cuándo determinados comportamientos están jurídicamente prohibidos. Un *positivista ético* –en una mirada muy general del tema– sostendría que si para identificar los comportamientos que están jurídicamente prohibidos, se debe acudir al razonamiento moral, entonces habrá muchas discrepancias y, por lo tanto, la certeza sería vulnerada, por ello el Derecho debe ser identificado sin recurrir a la moral.

Para ésta corriente, sostener que la valoración (en sentido moral o axiológico) es inevitable en la interpretación del Derecho es falsa,

¹⁶⁶⁴ MORESO, JOSÉ JUAN y VILAJOSANA, JOSEP MARÍA; *op. cit.*, pág. 200.

“Este tipo de valoración sólo es necesaria cuando se trata de comprender el significado de una expresión que connote propiedades valorativas (no empíricas), en cuyo caso la determinación de su denotación depende de la aceptación de ciertos juicios de valor. Cuando la expresión connota propiedades empíricas, la determinación de su denotación sólo depende de las reglas semánticas que existen en la comunidad, para cuya determinación cabe el mismo tipo de actividad de valoración que para decidir cualquier cuestión de hecho. Una cosa es valorar datos fácticos para adscribir el significado a una expresión, y otra cosa es suscribir juicios de valor para adscribir significado a una expresión. Si a ambas cosas se las denomina ‘valoración’ es harto probable que la ambigüedad de la expresión nos haga caer en la anfibología.”¹⁶⁶⁵

La conclusión de la falsedad de la valoración en el sentido axiológico para el positivismo de ésta línea, estriba en la relevancia que le otorga al estudio del lenguaje y demás baremos que examinaremos seguido, pero como no se le escapa la relevancia de la valoración como actividad ineludible en la interpretación, plantea la problemática indudable del análisis bifronte del sentido que nosotros le otorgamos, con el de la valoración de las cuestiones de hecho;, extremo este último que no se vincula con el perfil de valoración netamente jurídica sino con las motivaciones totales de una decisión judicial (fundamentos jurídicos + valoraciones factuales, éstas últimas evitadas *ex profeso* en el presente trabajo).

De un modo muy general, puede sostenerse que la concepción analítica de la filosofía se relaciona con el positivismo normativo, y se caracteriza en lo que aquí importa: (i) por la primacía otorgada al estudio del lenguaje como “lugar” filosófico; (ii) por el uso de métodos de carácter analítico-descompositivo en el estudio de ese lenguaje; y (iii) por su concentración en las problemáticas lógicas, metaéticas y de la acción humana, con la consiguiente preterición del resto de los temas de la filosofía práctica, en especial de los ético-normativos. También en general, puede decirse que dentro de esta filosofía de orientación analítica es posible distinguir dos grandes corrientes: la primera, que se identifica principalmente con el positivismo lógico, tiene una clara impronta empirista y toma a las ciencias positivas, la lógica formal y las matemáticas como modelo para sus

¹⁶⁶⁵ NAVARRO, PABLO E.; BOUZAT, ANDRÉS y ESANDI, LUIS M.; *op. cit.*, pág. 681.

análisis lingüísticos; y la segunda, que procede de G.E. MOORE, que considera al lenguaje ordinario y a los juicios del sentido común como el punto de partida de la filosofía¹⁶⁶⁶.

No es éste el lugar para efectuar digresiones sobre la filosofía analítica, por lo tanto, resumiendo, y yendo directamente a la concepción analítica del Derecho o “positivismo analítico”, éste se enmarca a sí mismo en la tradición de la semántica empirista desarrollada por BENTHAM y AUSTIN¹⁶⁶⁷ y puede ser caracterizada principalmente por las siguientes notas: i) separación tajante entre el Derecho y la moral; ii) reducción del conocimiento y, en especial, de la ciencia jurídica, al análisis del lenguaje jurídico-positivo; y iii) empirismo no ético y semántico, con sus consecuencias de radical escepticismo moral. En esta orientación corresponde mencionar a UBERTO SCARPELLI, JOHN MACKIE y EUGENIO BULYGIN. Por otra parte, pero centrándose en el estudio del lenguaje corriente y siguiendo el legado del “segundo” WITTGENSTEIN (W2), debe enumerarse a HERBERT HART, GENARO CARRIÓ y el “primer” CARLOS NINO¹⁶⁶⁸.

Lo importante y verdaderamente decisivo en ésta corriente –al menos para nuestro propósito de estudio- radica en la decidida exclusión de la problemática de la justicia de las consideraciones que se conceptúan como estrictamente jurídicas. BENTHAM y AUSTIN estuvieron siempre preocupados frente a los peligros de la confusión entre el Derecho de un Estado como algo dado en una sociedad y los ideales de los hombres sobre lo que debe ser aquel, cuyo rango conceptual es de naturaleza diversa. Los peligros que subyacen para el positivismo, de no clarificar esto son, en primer lugar

“...una visión anarquista extrema, que se siente autorizada no sólo a censurar el derecho que no responde a su ideal, sino simplemente a desobedecerlo.”,

y en segundo lugar

¹⁶⁶⁶ Gran Enciclopedia Rialp, T. 25, Madrid, Rialp, 1981, (voz: “Filosofía analítica”), págs. 762 y ss.

¹⁶⁶⁷ FAYT, CARLOS; *Historia del Pensamiento Político*, T. III, La Ley, Buenos Aires, 2004, págs. 77 a 80.

¹⁶⁶⁸ Esto es interesante, pues, al margen de lo que se menciona en el texto, cabe destacar que los hombres comunes hablan acerca del Derecho, dando por supuesta la existencia de una instancia de valoración transpositiva; o dicho de otro modo, que la concepción corriente del Derecho, al menos en su significación central, no remite sólo a las normas sancionadas por los estados, sino que incluye conceptualmente elementos principales de carácter ético. Y no es menos cierto, como se dice en el texto, que algunos de los acérrimos positivistas como HART o CARRIÓ, han echado mano del lenguaje ordinario para explicar los manejos normativos, soslayando este extremo, de más está decirlo.

“...abre la posibilidad de reemplazar a la moral como norma de vida, reduciendo de esta manera espacios de libertad de los individuos, para pasarlos a cargo del derecho.”¹⁶⁶⁹

HART, la más depurada versión del positivismo deslinda la tesis de la separación entre Derecho y moral de otras doctrinas de la corriente: a) la tesis que sostiene que el estudio puramente analítico de los conceptos jurídicos es esencial a la comprensión del Derecho, como lo son los estudios sociológicos e históricos –*tesis que comparte*–; y b) la tesis imperativista, que entiende a las prescripciones normativas sólo en ese sentido, omitiendo disposiciones jurídicas de naturaleza diferente –*tesis que no comparte*–. Las reglas que no tienen carácter imperativo, por este solo hecho, no devienen morales, la aceptación social de una regla depende de análisis sociológicos para explicar la naturaleza de dicha aceptación, lo que no prueba por adelantado que esté moralmente justificada. Otra tesis que según HART debe deslindarse del problema, es la del ataque realista, respecto a la zona de penumbra en que el núcleo de significado de un término no resulta de aplicación clara, y que si las reglas de Derecho quedan enmarcadas en esa zona de penumbra, no puede sostenerse que su aplicación a casos concretos sea materia de simple deducción; allí la racionalidad de las controversias y las decisiones judiciales

“...tiene que explicarse por algo más que la sola relación lógica de las premisas.

Punto en el que, señala HART, puede resultar fácil el paso a la afirmación de que el criterio que se requiere es un juicio moral acerca de lo que debe ser el derecho.”¹⁶⁷⁰, la necesidad de adaptar las decisiones a factores sociales y la posibilidad de crear nuevo Derecho, no era desconocida por los positivistas de antiguo cuño, su negación se trataba de una visión formalista.

Siguiendo este razonamiento de HART, podemos decir que las decisiones judiciales razonadas y motivadas, si bien acuden a nociones de lo que el juez *debe hacer*, no aseguran la unión indefectible de Derecho y moral. La idea de lo que debe hacer el juez remite a la existencia de algún estándar extrajurídico, pero no necesariamente moral:

¹⁶⁶⁹ SALMERÓN, FERNANDO; *Sobre moral y derecho. Apuntes para la historia de la controversia Hart-Dworkin*, en VÁZQUEZ, RODOLFO (comp.) *Derecho y Moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, 1ª reimpresión, Gedisa, Barcelona, 2003, pág. 83.

¹⁶⁷⁰ SALMERÓN, FERNANDO; *op. cit.*, págs. 84 a 85.

criterios de conveniencia social o propósitos políticos, por caso¹⁶⁷¹. No todos los patrones son morales –aunque pueden serlo-, HART sigue una línea de argumentación, que al registrar las características de algunas reglas, apunta a la posibilidad de ampliar su aplicación a través de conexiones entre aquellas y concepciones generales (morales o no) acerca de lo que debiera ser el Derecho en su más amplio sentido. Muchas reglas de un sistema jurídico están dotadas de tal preponderancia fundamental que se superponen con principios morales básicos, lo que importa tanto como decir que, de hecho, todos los sistemas jurídicos coinciden con la moral en ciertos puntos esenciales¹⁶⁷².

Como hemos adelantado, no es preciso ser un escéptico o relativista en materia moral para reconocer, el hecho indiscutible, del desacuerdo en moral. Pero como se ha señalado previamente en éste apartado, aceptamos un espacio para la *objetividad moral*, aun a pesar de que existen dificultades epistémicas en el ámbito moral que hagan de algunos desacuerdos, tal vez, problemas inerradicables.

Pero también se suma otro argumento en contra del positivismo normativo y eventualmente de su subcauce analítica. Si bien no puede argüirse en contra de que el Derecho incorpora conceptos morales tanto en las normas jurídicas, como en las decisiones de los jueces, de donde estos actúan con un importante grado de discrecionalidad; no es menos cierto que se suele insistir en que la *certeza* es un ideal de la regulación jurídica que se manifiesta en los ordenamientos jurídicos a través del *principio de legalidad* y un culto en torno a su inquebrantable y monolítica construcción. Más adelante avanzaremos sobre éste tema¹⁶⁷³, pero aquí ya podemos adelantar algún argumento.

Antes de sostenerse de forma irrestricta la certeza, debe establecerse si es de importancia suficiente para derrotar cualquier tipo de razón en su contra. Y la respuesta es no, pues una de las razones que se esgrimen para conferir valor a la certeza del Derecho es su vinculación con el valor otorgado a la autonomía personal; una de cuyas dimensiones reside en la capacidad de ejecutar los planes de vida sin inseguridades, y sólo leyes claras, precisas y aprehensibles, permiten *prima facie* elegir y trazar dichos planes con garantías y con un alto grado de previsibilidad en los grados de injerencia intersubjetivos. La certeza

¹⁶⁷¹ Ver *infra* subparágrafos 36.2 (“Los principios jurídicos en el razonamiento jurídico”) y 36.3 (“Otras variantes de aprehensión del Derecho correcto más allá de las reglas”).

¹⁶⁷² Lo que suele discutirse es si esta coincidencia de hecho es *natural* o no.

¹⁶⁷³ Ver *infra* Capítulo V (“El principio de legalidad”).

no puede llevarse al extremo, pues la autonomía personal exige también dejar abierta la posibilidad de que los destinatarios de las normas argumenten a favor de la justificación de su conducta, cuando *prima facie* se las ha vulnerado. De allí que las normas, en numerosas ocasiones, dejen abiertas las posibilidades de que los destinatarios acudan a las razones subyacentes –que son de naturaleza moral-, para explicar su comportamiento.

Esta es la forma de operar de las *causas de justificación* en el Derecho Penal, un Derecho Penal sin dichas eximentes de responsabilidad, sería más cierto, pero también más injusto (v.g.: se debe permitir la legítima defensa frente a las agresiones, aunque ello importe entrar en un terreno menos cierto que el más claro de averiguar si alguien ha causado lesiones a otro). En síntesis,

“...para hacer honor a la autonomía personal, que es lo que otorga valor a la certeza del Derecho, es preciso reservar un lugar para la argumentación moral, aunque ello sacrifique la certeza en alguna medida. En nuestro horizonte moral siempre existen valores en conflicto, cómo encajarlos, sopesándolos, es nuestra tarea como agentes morales. Por lo tanto, el hecho de que algunas veces, la incorporación de conceptos morales en el Derecho disminuya la certeza no ha de verse como algo necesariamente inadecuado...”¹⁶⁷⁴

Los conceptos morales que el Derecho incorpora funcionan, a menudo, como cláusulas de revocación, permitiendo determinados comportamientos (v.g. legítima defensa), o prohibiendo determinadas regulaciones por la autoridad (v.g. penas crueles), aunque éstas últimas las señalamos a los fines de la completitud expositiva, pues no hacen a nuestro estudio¹⁶⁷⁵. La moral, presenta la posibilidad de determinar un metacriterio que establezca relaciones de preferencia entre reglas en conflicto o ante lagunas normativas o algún otro tipo de problema positivo; si un juez debe resolver un caso tal, debe decidir en favor de una de las opciones, como no existen muchas veces metacriterios dirimientes que brinde el propio ordenamiento jurídico, se presenta la existencia de casos difíciles, con

¹⁶⁷⁴ MORESO, JOSÉ JUAN y VILAJOSANA, JOSEP MARÍA; *op. cit.*, pág. 203.

¹⁶⁷⁵ El *Constitucionalismo*, ha incrementado el grado de incorporación de la moral al Derecho, es interesante destacar que es un hecho del Derecho moderno la incorporación de la moralidad al Derecho. Algo más se dirá sobre esto *infra* ver parágrafo 52 (“El auténtico rol creador del juez. Límites. El activismo judicial”). Pero hay algo que no podemos obviar, para nosotros, tanto la Constitución como otros textos normativos establecen principios, no sólo aquella, esto conlleva que, en el Derecho Penal –y es la base de lo que proponemos en estas líneas- no se pueda insistir en la taxatividad de sus prescripciones (ver *infra* parágrafo 44 –“El Principio de Máxima Taxatividad Legal Interpretativa”-) en tanto que las cláusulas generales se leen de manera abierta. Algunas disposiciones constitucionales son claramente abstractas y precisadas de desarrollo, pero otras, son más específicas que las propias reglas del Derecho Penal.

problemas para la resolución del caso, conflictos que aparecen como *prima facie* no resolubles. Ante la inexistencia de un metacriterio dirimente, la cuestión ha de resolverse asignando mayor peso a alguno de los criterios en pugna mediante la aplicación de la moral al caso.

Los principios morales, incluso si se los considera objetivos y verdaderos, no pueden ser reunidos en un conjunto de principios coherentes, pues las contradicciones entre ellos, reflejan contradicciones genuinas inherentes a la naturaleza misma de la vida social. Pareciera haber un número indefinido de posibilidades para formar conjuntos de principios morales lógicamente consistentes, ¿cómo elegir entre conjuntos de principios morales posibles?, la propuesta del *equilibrio reflexivo* ideada por RAWLS,

“...parece proporcionar la respuesta más atractiva y abarcadora a esta pregunta.”¹⁶⁷⁶

En RAWLS los valores deben ser consistentes entre sí, y en relación con las intuiciones –conjunto adicional de juicios-, si bien esta propuesta no aporta una solución definitiva, sí impone restricciones prácticas. Su estructura importa: a) tomar en cuenta las intuiciones firmemente sostenidas, y b) al ir construyendo la teoría moral, algunas de las intuiciones deben ser rectificadas o descartadas por discordinación con los principios morales. La crítica al modelo es el papel preponderante asignado a las intuiciones, pues por un lado deben considerarse verdaderas para funcionar como límites de los principios morales disponibles, y además se debe estar dispuesto a soslayar algunas de ellas, pero en todo caso ha de trabajarse con las intuiciones¹⁶⁷⁷.

Otra propuesta es la de DWORKIN, que presenta un *modelo constructivo* que supone que

“los hombres y las mujeres tienen la responsabilidad de ajustar entre sí los juicios particulares que guían sus acciones de manera que formen un programa de acción coherente.”¹⁶⁷⁸

Este modelo se contrapone al *modelo natural* (propio del iusnaturalismo teológico) que presupone que los principios morales se descubren, no se crean; los principios que surgen de las intuiciones morales se deben a la existencia previa de alguna realidad moral (*realismo ético*). Este podría llamarse también el *modelo coherentista*, donde la coherencia

¹⁶⁷⁶ MARMOR, ANDREI; *op. cit.*, pág. 91.

¹⁶⁷⁷ MARMOR, ANDREI; *op. cit.*, pág. 92.

¹⁶⁷⁸ RONALD DWORKIN (*The Original Position*), citado por MARMOR, ANDREI; *op. cit.*, pág. 93.

tiene un valor instrumental, es un límite impuesto a los funcionarios en pro de la justicia, tal noción no se vincula a la coherencia como nivel interpretativo que se critica en éste trabajo¹⁶⁷⁹.

Según el modelo preseñalado, los funcionarios deben guiarse por una teoría que sea pública y universal de tal modo que los obligue a la consistencia,

“...que proporcione un estándar público para comprobar, debatir o predecir aquello que ellos hacen y que no permita recurrir a intuiciones individuales que, en casos particulares, podrían enmascarar prejuicios o egoísmos.”¹⁶⁸⁰

Los funcionarios sólo podrían actuar según sus propias concepciones morales, en la medida en que éstas pudieran ser racionalizadas en el marco de un esquema coherentista. El modelo de DWORKIN evita discutir en torno a si nuestras convicciones morales son verdaderas, e introduce la coherencia como una condición moral que se impone a la confiabilidad práctica de estas convicciones. La crítica de MARMOR apunta a que si se justifica la coherencia en base a su relación con ciertos valores morales –alguna concepción específica de justicia–, estos deben basarse en concepciones intuitivas, y en tal sentido no pueden eludir la cuestión de la verdad a su respecto. Ahora, si DWORKIN para evitar esta circularidad, entendiera que sus valores de justicia son superiores a otras condiciones morales, entonces tal concepción equivaldría a una teoría *fundacionista de la moralidad*, y no a una teoría coherentista,

“Si se considera que algunos valores son verdaderos en un sentido superior, entonces, son estos valores los que justifican la teoría y no el concepto de coherencia.”¹⁶⁸¹

Sin embargo, DWORKIN rechazaría ésta noción, para él, una teoría coherentista, implica admitir la coherencia como un valor en sí mismo, es un principio rector para la tarea interpretativa (no se debe confundir aquí a la coherencia en su rol de estrato de la teoría de la interpretación como se dijo). Los jueces deben guiar su actividad por un interés en el valor moral de la coherencia, y ello es especialmente importante por cuanto los valores no son objetivamente verdaderos, sino que es el intérprete quien ha de

¹⁶⁷⁹ Ver *supra* parágrafo 31 (“La interpretación jurídica”), e *infra* subparágrafo 36.2 (*Los principios jurídicos en el razonamiento jurídico*).

¹⁶⁸⁰ RONALD DWORKIN (*The Original Position*), citado por MARMOR, ANDREI; *op. cit.*, pág. 94.

¹⁶⁸¹ MARMOR, ANDREI; *op. cit.*, pág. 96.

seleccionar en cada caso los valores relevantes (los propósitos en juego son los del intérprete).

Para cerrar la tesis dworkiniana a la que adherimos en ésta parcela, valen algunas reflexiones en torno a su teoría interpretativa, en lo que hace a la relevancia de los valores morales en juego. Para el profesor de Oxford, la interpretación, considerada estructuralmente tiene tres elementos: la identidad, el ajuste y la solidez. En la *identidad*¹⁶⁸², se procuran identificar casos paradigmáticos del texto, son considerados componentes primarios del mismo, pero, los casos paradigmáticos no están a salvo de “desafíos”, de nuevas interpretaciones, que otorguen una mejor explicación de la cuestión,

“...la identidad impone condiciones, demasiado imprecisas con respecto a la extensión del ‘texto’ y demasiado estrictas con respecto a la clasificación de sus clases o géneros.”¹⁶⁸³

En el *ajuste*, existe un doble papel del esquema interpretativo¹⁶⁸⁴, en la *etapa preinterpretativa*, se identifica (cuanto menos tentativamente) el “texto”, ya ahí se necesita alguna clase de interpretación; y además, para que exista actividad interpretativa (en el sentido de práctica social), se precisa de un

“‘grado de consenso muy alto’ entre los intérpretes con respecto a la identificación de aquello que cuenta como ‘texto’”

En la *etapa interpretativa*, ya se propone una interpretación tentativa que se irá precisando y dando acabado en la etapa posinterpretativa. Ahora bien, entre la etapa interpretativa, y la posinterpretativa, en lo que hace al ajuste, en la primera se procura *ajustar* lo suficiente la propuesta como para que el intérprete entienda que está interpretando esa práctica y no inventando una nueva; por el contrario en la segunda, la noción de ajuste se torna valorativa, involucra la elección de aquella interpretación que se considera la mejor¹⁶⁸⁵¹⁶⁸⁶.

¹⁶⁸² MARMOR señala una distinción sumamente relevante. La forma típica de una pregunta acerca de la *identidad* es: ¿Es A el mismo “c” que B?, siendo “c” el concepto clasificatorio correspondiente.

Por el contrario, las preguntas acerca de la *identificación* son: ¿Es A un “c”?, pues se busca clasificar algo como un “c”.

Cuando DWORKIN habla de identidad, explica MARMOR que en realidad se está refiriendo a identificación. MARMOR, ANDREI; *op. cit.*, pág. 115, nota 10.

¹⁶⁸³ MARMOR, ANDREI; *op. cit.*, pág. 99.

¹⁶⁸⁴ Cabe referir que para DWORKIN, la interpretación como proceso (que no es la interpretación como estructura que se viene señalando en el texto) incluye tres etapas: preinterpretativa, interpretativa y posinterpretativa.

¹⁶⁸⁵ MARMOR, ANDREI; *op. cit.*, pág. 100.

Ahora bien, los datos de la experiencia también determinan a las teorías, de donde varias teorías podrían encajar bien con los datos; la idea de que determinada teoría pueda ser *la mejor* –interpretativamente hablando–, no erradica la posibilidad lógica y empírica de que varias ideaciones satisfagan las exigencias de “ajuste” y “adecuación” de DWORKIN.

El *consenso* en DWORKIN es muy importante, pues da lugar a una “comunidad interpretativa”, que es un cuerpo de convicciones compartidas (i.e. una convergencia de creencias, actitudes, *et sit cétera*) que puede mutar con las circunstancias. No hay nada en los textos que indique que, las interpretaciones previas de una comunidad interpretativa, son más correctas que las actuales,

“... (no hay) hechos que puedan ser identificados independientemente de las estrategias interpretativas particulares.”¹⁶⁸⁷

La concepción de DWORKIN no se conforma con tender un puente conceptual entre Derecho y moral, sino que considera abiertamente como el hecho central de la jurisprudencia, la tesis de que el núcleo mismo del Derecho está constituido justamente por las cuestiones morales. Hasta aquí de acuerdo, pero debemos destacar que disentimos con la idea de que los principales problemas de la disciplina son relativos a los principios morales y no a las estrategias de interpretación; de hecho, a través de ésta como vehículo, aquellos cobran todo su relieve. Los principales dilemas morales que se plantea el profesor de Oxford se instrumentan a través de la interpretación:

“¿Cómo debe enfrentar un tribunal la demanda de un derecho no previsto como tal en las normas jurídicas, cuando además carece de precedentes? ¿Cómo resolver un caso, cuando la mayoría de la gente de una comunidad determinada piensa que, moralmente, debe apoyarse una cierta solución? Si nuestras leyes cambian y nuestra sociedad evoluciona, ¿cómo podemos estar seguros de hacer lo correcto mientras no identifiquemos los principios que seguiremos en tales casos, ni sepamos si son suficientes y si los aplicamos consistentemente?”.¹⁶⁸⁸

Para DWORKIN cada enunciado que afirma lo que constituye el Derecho en una materia determinada implica un juicio moral, porque las proposiciones de derecho son

¹⁶⁸⁶ La noción de “mejor interpretación posible” es criticada por nosotros en éste trabajo, pues para DWORKIN parece haber una equiparación con la idea de “única interpretación posible”. Si bien la primera podría ser aceptada, no así la segunda. Ver *infra* subparágrafo 36.3 (“Otras variantes de *aprehensión del Derecho correcto más allá de las reglas*”).

¹⁶⁸⁷ MARMOR, ANDREI; *op. cit.*, pág. 104.

¹⁶⁸⁸ SALMERÓN, FERNANDO; *op. cit.*, pág. 95.

verdaderas sólo si se siguen, como una conclusión, de otras premisas unidas a un conjunto de principios; y además si estos principios son los que mejor se ajustan al Derecho establecido, proporcionando en el mismo acto la mejor justificación moral de este Derecho. DWORKIN –y nosotros- descarta la tesis de HART acerca de las relaciones *contingentes* del Derecho con la moral; para HART, la existencia y el contenido del Derecho pueden ser identificados con relación a sus fuentes sociales (i.e. la legislación, las costumbres y las decisiones judiciales), sin referencia alguna a la moralidad (salvo que el mismo Derecho incorporara a la moral).

El carácter holista e integrador de la tesis dworkiniana cuadra mejor a nuestra construcción. Identifica al Derecho y proporciona su justificación moral, sin embargo vale la pena señalar, para evitar confusiones, que puede haber principios jurídicos identificados sin referencia a la moralidad¹⁶⁸⁹.

Tampoco se suele distinguir entre *moral crítica*, que es el conjunto de criterios o estándares objetivos aptos para evaluar la corrección de las acciones o instituciones humanas; de la *moral positiva*, que es el conjunto de criterio o estándares que los miembros de determinada sociedad creen que son los correctos para evaluar los comportamientos o instituciones humanas. Esta distinción, trasvasada a la normatividad jurídica, plantea algunas cuestiones interesantes. Por caso, desde un enfoque iusnaturalista escolástico, tendría que sostenerse que aun cuando una norma sea válida desde el punto de vista jurídico, esto es, desde la normatividad positiva, puede resultar ser jurídicamente falsa, desde la normatividad crítica¹⁶⁹⁰. Existen dos formas de lidiar con la idea de un derecho crítico: a) se puede concebir la perspectiva crítica del Derecho en términos *instrumentales*, donde en vez de proporcionar un concepto de Derecho crítico, se proporciona una aplicación de la moral crítica al Derecho; los criterios de verdad jurídica se dan mediante fines morales y políticos del Derecho, entonces no hay nada que distinga entre la valoración crítica del Derecho y una moral que se oponga a un punto de vista jurídico; b) también se puede concebir en términos *no instrumentales*, donde la verdad de una norma jurídica (en cuanto se opone a su validez) es independiente de los fines que se

¹⁶⁸⁹ Ver *infra* subpárrafo 36.2 (“*Los principios jurídicos en el razonamiento jurídico*”).

¹⁶⁹⁰ Las nociones de verdad y falsedad jurídicas, deben distinguirse de lo correcto o incorrecto en sentido moral.

alegue que promueve; en otras palabras, la valoración crítica del Derecho, es independiente de cualquiera de sus dimensiones políticas o morales¹⁶⁹¹.

El *quid* de la cuestión se halla en que, existen ciertos dominios normativos, como la moral, que tienen aspectos críticos inmanentes o autónomos, en tanto que otros, como el Derecho, pareciera que sólo pueden ser valorados críticamente desde la perspectiva de otros dominios críticos. Ello quizás se relaciona con que el Derecho es una producción humana, un producto de la cultura; pero la contraréplica a este argumento, se halla en que, no existe ningún argumento para negar que la moral crítica también dependa de la cultura, aquí también existe

“...cierto grado de divergencia cultural que surge de alternativas culturales inconmensurables.”¹⁶⁹²¹⁶⁹³

Ahora bien, esta separación tajante entre el orden jurídico y las exigencias éticas de justicia, aceptada por una buena mayoría de los académicos a comienzos del siglo XX, comenzó a deteriorarse en la segunda posguerra, para finalmente colapsar en la década de los ‘70. Ello acaeció, especialmente, en la filosofía jurídica alemana, como se ha visto al destacar algunos conceptos en RADBRUCH, KAUFMANN y ENGISCH; en el ámbito intelectual anglosajón, RONALD DWORKIN sostuvo tajantemente que el punto de vista del positivismo legalista es equivocado y, en definitiva, profundamente corruptor de la idea y del imperio

¹⁶⁹¹ MARMOR, ANDREI; *op. cit.*, pág. 132.

¹⁶⁹² MARMOR, ANDREI; *op. cit.*, pág. 134.

¹⁶⁹³ En ocasiones se suele distinguir entre *incommensurabilidad* e *incomparabilidad*, aunque usualmente se usan como sinónimos, y especialmente el último absorbe al primero.

RUTH CHANG al distinguirlos, explica que la *incommensurabilidad* consistiría en la imposibilidad de valorar dos o más elementos (v.g. objetos, situaciones, *et sit cétera*), conforme a una única escala de valor de tipo cardinal. “Parece haber muchísimas situaciones de *incommensurabilidad*, que por otro lado no parecen resultar habitualmente muy problemáticas, ya que en la mayoría de casos no impiden realizar juicios de valor comparativos (por ejemplo, a pesar de no contar con una escala numérica del valor ‘amistad’, podemos afirmar que con A nos une una amistad más estrecha que con B, o que nuestra amistad tanto con A como con B es igual de intensa)... la *incommensurabilidad* impide realizar comparaciones en una escala cardinal, pero no impide las comparaciones en una escala ordinal (mejor, peor, del mismo valor que).”.

Por su parte, la *incomparabilidad* importa la inviabilidad de establecer una relación comparativa afirmativa entre dos o más elementos (v.g. objetos, situaciones, *et sit cétera*). CHANG postula la denominada *tesis tricotómica*, en donde las relaciones comparativas son tres: “mejor que”, “peor que” y “del mismo valor que”. Todo juicio comparativo requiere de un “valor de cobertura” (*covering value*) respecto del cual el juicio mencionado cobra sentido (v.g. si se procura comparar un cuadro de Rembrandt con uno de Picasso, no es factible hacerlo con variables cuantitativas, sino evaluativas o valorativas –originalidad de la obra-). CHANG también refiere que existen auténticas situaciones de *incomparabilidad*, son relaciones comparativas “no tricotómicas”, que la autora denomina como “estar a la par” (*to be on a par*).

Conf. MARTÍNEZ ZORRILLA, DAVID; *op. cit.*, págs. 42 a 48.

del Derecho. Las causas de ese colapso son múltiples y de muy diverso orden, en especial de carácter ético-político, jurídico-institucional y epistémico-filosófico.

En lo que respecta a las causas de carácter ético-político, es necesario hacer mención, a la reacción moral que provocaron los totalitarismos comunista y nacionalsocialista, con sus campos de exterminio, sus métodos inhumanos de sumisión y la exclusión sistemática de categorías enteras de personas de la condición de sujetos de Derecho. Acerca de esto ya nos hemos explayado al analizar el pensamiento de KARL ENGISCH¹⁶⁹⁴, por otra parte escapa un estudio exhaustivo de ello a nuestra propuesta. Era claro que en este contexto moral resultaba difícil sostener la independencia a ultranza de la legislación positiva respecto de pautas o criterios éticos.

En la faz jurídico-institucional, se ha resaltado que en los hechos, de modo habitual, los tribunales de justicia toman en consideración pautas o estándares éticos en el momento de decidir las controversias que se llevan ante los jueces; en este punto merecen ser destacados los trabajos de RONALD DWORKIN, quien estudió el uso que se hacía en los tribunales norteamericanos de principios de carácter ético, en especial en los que denominó “casos difíciles”¹⁶⁹⁵. La posición del profesor de Oxford es

“...crítica a la consideración del derecho como un sistema de reglas y específicamente a la concepción positivista en la cual incluye a Kelsen y Hart, se expresa en una teoría que no quiere reconocerse como tal, que es a la vez constatación de lo dado y regla de actuación de los profesionales del derecho. Pero su pseudo teoría no es una constatación positivista de lo dado, sino que busca interpretar lo dado para sacar los fundamentos que lo posibilita... En el derecho, es decir, en la actividad de los jueces, los principios morales aparecen como entidades explicativas de la práctica del derecho y como perspectiva que contribuye a una comprensión global del sistema.”¹⁶⁹⁶

Dicho esto, podemos sin embargo dejar establecido que el problema no reside en la aceptación o negación de pretensiones de legitimidad o corrección en el Derecho, sino que lo decisivo es que se trata de pretensiones subjetivas; y ello más allá de la mayor o menor aceptación social de los estándares de que se trate, pues se carece de criterios objetivos que permitan determinar la “corrección” de estas pretensiones. Este suele

¹⁶⁹⁴ Ver *supra* parágrafo 21 (“Nuestra crítica a la posición de Karl Engisch”).

¹⁶⁹⁵ DWORKIN, RONALD; *Los derechos en serio*, cit., pág. 146 y ss.

¹⁶⁹⁶ BOLÍVAR ESPINOZA, AUGUSTO; *op. cit.*, pág. 11.

ser uno de los problemas de la fundamentación de los llamados derechos morales. Pero a nuestros fines expositivos este problema carece de relevancia, no nos involucramos aquí con aspectos sustantivos de la moral, sino que meramente procuramos mostrar que en el razonamiento judicial se suelen involucrar cuestiones que van más allá del texto de las reglas.

Por ello nos permitimos sortear en nuestra exposición asertos como el señalado por VERNENGO en cuanto que

“... (no) hay, que se sepa, una moralidad positiva universal y, menos ciertamente, una única moralidad crítica. Al fin y al cabo, aun manteniéndonos en los límites de la moral prescriptiva que nos plazca, es arduo pensar en una facultad moral válida para todo ser humano...”¹⁶⁹⁷

¹⁶⁹⁷ VERNENGO, ROBERTO; *Los derechos humanos como razones morales justificatorias*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 7, Alicante, 1990, pág. 291.

Estos son mis principios.

*Si a usted no le gustan, tengo otros*¹⁶⁹⁸

§36.2- *Los principios jurídicos en el razonamiento jurídico.*

Insuficiencia de las reglas. Resultado correcto. Características de las máximas invocadas en las prácticas del Derecho. El uso de la expresión “principio jurídico”. Sentidos del “positivismo jurídico” (Bobbio). La impugnación al positivismo: la tesis de los principios de Dworkin. Reglas vs. principios. Mandatos de optimización. Extrasistematicidad de los principios. Principios como pautas no concluyentes. La ponderación. Los principios y las reglas como razones prima facie. Principios jurídicos. Principios positivizados constitucionales. Carácter de fundamental de los preceptos. Parificación entre principios y valores (Alexy). La coherencia en el nivel interpretativo. Argumentaciones y racionalizaciones de los decisores. Creación ad hoc de principios. Corrección y coherencia: el Juez Hércules. Prioridad local e integridad. Juez realista. La integridad pura.

En ocasiones, y sin ir a tanto, como la moral pretende (aunque algo de ello se filtra a través de los razonamientos que referiremos), el caso que nos trae DWORKIN, es un ejemplo de lo que queremos señalar.

Se trata del famoso caso “*Riggs vs. Palmer*”, resuelto en 1899 por un tribunal de Nueva York; en el mismo, A había otorgado un importante legado a su nieto B, sabedor de ello, B asesinó a A para heredarlo. De ello sobrevino un pleito entre el homicida B, que pretendía recibir el legado, y los herederos *ab intestato* de A, que se oponían a la pretensión. La decisión del tribunal señaló que: a) interpretadas literalmente las normas relativas a las cuestiones testamentarias y al derecho sucesorio, no quedaba otra solución que entregar el legado al homicida, ninguna de esas normas obstaculizaba –explícitamente– la pretensión de B; b) sin embargo, se rechazó la pretensión de B, pues

“... todas las leyes, así como todos los contratos, pueden ser controlados en su aplicación por máximas generales y fundamentales del *common law*. A nadie debe permitírsele obtener provecho de su propio fraude o sacar ventaja de su propia transgresión... Estas máximas están inspiradas por consideraciones que atañen al orden público, tienen su fundamento en el derecho universal administrado en todos los países civilizados y no han sido derogadas por las leyes.”¹⁶⁹⁹

Es indudable que existió discrecionalidad en los casos referenciados. No se pretende aquí destacar una posición *escéptica* absoluta acerca de la posibilidad de

¹⁶⁹⁸ GROUCHO MARX.

¹⁶⁹⁹ DWORKIN, RONALD; *Los derechos en serio*, cit., págs. 73 y ss.

identificar el contenido del Derecho, nuestra postura es realista¹⁷⁰⁰, y la premencionada no se condice con lo que se percibe diariamente en las decisiones de los tribunales¹⁷⁰¹, no es necesario esperar a las decisiones de estos para conocer el Derecho, pero sí es claro que no habría controversias judicializables si ya se anticipara de antemano cuál será la solución de un caso, bastaría con un computador para resolver el entuerto. Esto no es así, no existe ningún indicio que refuerce la tesis positivista de que *sólo* las reglas jurídicas identificables por su origen deben guiar las decisiones judiciales, sino que las mismas deben ser tenidas en cuenta para determinar el resultado; obsérvese que en “*Riggs vs. Palmer*” existía tal regla (la que regulaba el régimen sucesorio), pero lo que ocurrió fue simplemente que ciertos estándares extrajurídicos derrotaron a las reglas. El Derecho positivo fue dejado de lado en virtud de máximas morales y sociales no incorporadas previamente al sistema jurídico.

“El resultado de una decisión jurídica puede convertir a uno de los litigantes en un príncipe o en un mendigo, puede volverlo famoso o infame, triunfador o fracasado. Y cuando los litigantes a quienes se atribuyen tales consecuencias se encuentran frente al decisor jurídico, la presión para alcanzar el resultado correcto, en lugar de un resultado sustantivamente incorrecto generado por la fiel aplicación de las reglas, parece ser enorme.”¹⁷⁰²

De este modo, parece justificarse que se sacrifiquen, en algunas ocasiones, las virtudes de las reglas, en pro de alcanzar la mejor respuesta para el caso, o que simplemente se procure evitar una respuesta incorrecta desde el sistema jurídico a la luz de consideraciones de tipo moral o políticas.

No parece complejo determinar en la mayoría de los casos rutinarios lo que el Derecho exige, en tales supuestos prevalecen las reglas (precisamente en virtud de su origen o *pedigree*). Pero en todos los casos las reglas pueden ser confrontadas con consideraciones variables extrajurídicas (no identificables por su origen), y en tales casos

¹⁷⁰⁰ Ver Anexo II (“El Realismo Jurídico”).

¹⁷⁰¹ Ver Anexo IV acápite XXI, se presenta un ejemplo de lo dicho en el texto en la jurisprudencia argentina. El Constitucionalismo es una forma de insertar la moral en el Derecho, lo señalaremos más adelante sin detenernos sobre ello; también así parece aceptarlo HART cuando defendiendo los criterios últimos de validez de los sistemas (la regla de reconocimiento), de los ataques dworkinianos respecto a que estos sólo sirven a los fines del pedigree de las normas, señala que también incorporan principios de justicia o valores morales sustanciales, que podrían constituir el contenido de límites jurídicos constitucionales (HART, H. L. A.; *Post Scriptum...*, cit., pág. 22).

¹⁷⁰² SCHAUER, FREDERICK; *op. cit.*, págs. 265 a 266.

aquella será dejada de lado si se halla fuertemente reñida con el conjunto de valores que implican dichas consideraciones¹⁷⁰³.

Las máximas utilizadas en “*Riggs vs. Palmer*”, junto con muchas otras que se invocan en la práctica cotidiana del Derecho presentan algunas características que conviene resaltar en esta instancia del desarrollo¹⁷⁰⁴:

- (a) Presuponen la existencia de reglas, y se refieren a ellas. Son, por ello, pautas de segundo grado. Que se refieran a reglas, no implica que formen parte del Derecho (tesis de DWORKIN).
- (b) Se dirigen a quienes deben justificar decisiones en concreto con base en las reglas de primer grado. Es decir, que se dirigen a los jueces, y sólo eventualmente a los ciudadanos.
- (c) Proporcionan una guía acerca de cómo y cuándo han de usarse las reglas sobre las que versan (qué alcances darle, cómo combinarlas, cuándo se debe priorizar a una sobre otra, *et sit cétera*). También indican cómo deben colmarse las lagunas que dejan ciertos grupos de reglas de primer grado, o dicho de otro modo, dan pautas de justificación a las decisiones adoptadas ante casos no contemplados específicamente por las reglas.
- (d) Exhiben un cierto grado de neutralidad tópica, o de relativa indiferencia de contenido, esto, en el sentido de que pivotan sobre distintos ámbitos reglados.
- (e) Poseen dos atributos: su carácter fundamental y su generalidad. Va implícita en la última noción la idea de oscuridad o vaguedad, lo que hace que en ocasiones se planteen dudas acerca de su aplicabilidad directa o inmediata (particularmente en los casos de los principios constitucionales). Ello abre el problema de la interpretación de los principios para fijar su contenido¹⁷⁰⁵.

¹⁷⁰³ Llamar Derecho a este espectro de estándares suele rechazarse desde el positivismo, o en procura de sortear las impugnaciones que estos razonamientos traen, se concluye que forman parte de aquel, *ab initio* pues la propia regla de reconocimiento así lo dispone (en éste sentido Carrió). Nosotros entendemos en éste trabajo que esos estándares devienen Derecho sólo a partir de ser racionalizados por el intérprete al decidir.

¹⁷⁰⁴ CARRIÓ, GENARO R.; *op. cit.*, pág. 204.

¹⁷⁰⁵ EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER; *La argumentación en la justicia...*, cit., pág. 95.

Estas máximas, a las que podemos ir ya dándoles el nombre más conocido de “principios”, se usan en contextos jurídicos con sentidos diversos¹⁷⁰⁶. Además de las características señaladas, la expresión “principio jurídico” suele emplearse¹⁷⁰⁷:

- (a) Para aislar rasgos importantes de un orden jurídico que no podrían faltar en una descripción suficientemente informativa de él, toman entonces el perfil de “núcleo básico” o “característica central” (v.g. el principio de división de poderes, el de inamovilidad de los jueces, *et sit cétera*).
- (b) Para expresar generalizaciones que grafiquen ámbitos o parcelas de las reglas del sistema. Se vinculan con las ideas conocidas de “guías”, “orientaciones” o “indicaciones generales” (v.g. el principio de que no hay responsabilidad sin culpa o responsabilidad por los hechos ajenos).
- (c) Para referirse a la *ratio* de una regla o conjunto de ellas. Son los denominados usualmente “propósitos”, “objetivos”, “metas”, “finalidades”.
- (d) Para designar pautas a las que se les atribuye un contenido intrínsecamente justo, también llamadas “verdades éticas incuestionables” (v.g. el principio que prohíbe discriminar por motivos raciales, sexistas o religiosos, el principio que proscribe la esclavitud, entre muchos otros).
- (e) Para identificar determinados requisitos externos o formales, de que se supone, no puede carecer un ordenamiento jurídico. Conocidas bajo los nombres de “premisas”, “inalterable punto de partida para el razonamiento”, “axioma”, “propiedad definitoria” (v.g. la exigencia de claridad de las normas, la irretroactividad legislativa, *et sit cétera*).
- (f) Para hacer referencia a exhortaciones dirigidas al Legislador, a las que se conoce -como en el punto “b”- como “guías”, “orientaciones” (v.g. algunas cláusulas constitucionales no operativas).

¹⁷⁰⁶ Se ha clasificado a los principios de muchas maneras, entre las más interesantes está la de NORBERTO BOBBIO quien los clasifica según la materia en: sustanciales, procesales y de organización; según la extensión de su ámbito de validez en: principios de un instituto, de una materia, de una rama, de un ordenamiento jurídico y universales; según su fuente en: principios extraídos del espíritu del sistema, de la naturaleza de las cosas, del patrimonio común de la humanidad civil y de las ideas y convicciones morales de la sociedad; y según su función en: interpretativos, integrativos, directivos y limitativos.

Ahondar en esta cuestión escapa a nuestra propuesta en atención a la exhaustividad que precisa sin aportar demasiado al presente.

¹⁷⁰⁷ La enunciación en CARRIÓ, GENARO R.; *op. cit.*, pág. 210 a 212.

- (g) Para aludir a ciertos juicios de valor que recogen exigencias básicas de justicia y conciencia moral, los que supuestamente fluyen de una suerte de “conciencia jurídica popular”. Son las llamadas “guías”, “orientaciones” - como en “b”-, pero también “causa”, “origen”, “fuente generadora”.
- (h) Para referirse a máximas que provienen de la tradición jurídica, o también llamadas “máximas”, “aforismos”, “piezas de sabiduría práctica tradicional”.
- (i) Para designar a una suerte de fuerza generadora subterránea a las reglas, y que, así como engendró a las actualmente vigentes, tiene el potencial de generar nuevas reglas. Del tipo de “causa”, “origen”, “fuente generadora”. Esta idea según CARRIÓ acusa la influencia de la *escuela histórica del Derecho*.
- (j) Para aislar enunciados que, supuestamente, derivan de una enigmática esencia de los conceptos jurídicos considerados como entidades. Se suele relacionar con las ideas de “axiomas”, “premisa” -igual a “e”-. Esta idea según CARRIÓ acusa la influencia de la *jurisprudencia de conceptos*.

CARRIÓ indica que entre los usos señalados puede haber superposiciones, pues la lista no pretende poner un orden a la palabra “principio”, sino meramente recoger los empleos que de ella suelen hacerse.

Nos parece claro que podemos en éste punto señalar una característica del trabajo que nos hemos propuesto. BOBBIO ha distinguido tres sentidos de la acepción “positivismo jurídico”: a) el positivismo jurídico como *método*, como modo de enfocar el estudio del Derecho, desde donde se estudia el Derecho tal y como es, desde una perspectiva neutra; b) como *teoría*, asociado a una forma de concebir el Derecho vigente definido por los rasgos de coactividad, imperativismo, supremacía de la ley entre las fuentes del Derecho, consistencia y plenitud del Derecho y aplicación del Derecho como una actividad deductiva; y c) como *ideología*, el derecho positivo es justo y por lo tanto debe ser obedecido.

“...los realistas jurídicos no pueden ser calificados como iuspositivos en el segundo y en el tercer sentido del término, aunque pueden serlo claramente en el primer sentido.”¹⁷⁰⁸

El perfil preexplicitado alcanza a nuestra línea argumental, aunque advirtiendo que admitimos en la base las nociones de imperatividad, coactividad y supremacía (no la única) de la ley como fuente del Derecho; desechando las restantes pues son precisamente el meollo de la problemática que abordamos y que, entendemos, apareja una distorsión preocupante en el entendimiento de lo que efectivamente acaece en el interior del Derecho.

La más conocida crítica de DWORKIN a HART es que éste último considera al Derecho como constituido únicamente por “reglas del todo o nada” –son válidos y aplicables totalmente a un caso dado, entonces determina de manera concluyente el resultado o desenlace jurídico, o bien no lo son y entonces nada tienen que ver con la decisión del caso¹⁷⁰⁹–, e ignora un tipo de estándar jurídico diferente: los principios jurídicos, los cuales importan una variable relevante en el razonamiento judicial y la argumentación. Estos difieren de las reglas, pues cuando son aplicables, no *imponen* una resolución, sino que señalan *hacia* una resolución, establecen una razón que puede ser superada pero que los tribunales toman ineludiblemente en cuenta para inclinarse en una u otra dirección, su carácter es no concluyente. Además, cuando se obtiene un resultado adverso, la regla se abandona o cambia, pero los principios sobrevienen intactos aunque no prevalezcan, no exigen comportamientos específicos, sino que establecen metas para

¹⁷⁰⁸ Citado por MORESO, JOSÉ JUAN y VILAJOSANA, JOSEP MARÍA; *op. cit.*, pág. 198.

¹⁷⁰⁹ Si una regla prescribe la consecuencia C cuando concurren las condiciones α , β y δ , no podría darse que concurren éstas últimas y no se aplique C. una regla puede tener excepciones, en tal caso su enunciación sería incorrecta si no las expresa a todas, lo que en teoría sería posible. Mientras más excepciones se enumeren, más completa será la enunciación de la regla. Una regla se aplica o no se aplica, si dos reglas entran en conflicto, entonces una de las dos no es válida.

Decir que una regla es válida, significa que satisface los *criterios* establecidos por una regla superior en el sistema (“regla de reconocimiento”) aceptada por la comunidad. Esos *criterios* no se refieren al contenido de las reglas particulares sino a su origen o *pedigree*, es decir, a la manera en que son adoptadas. Para HART, la regla de reconocimiento especifica alguna característica o características, cuya posesión por una regla, es considerada como una indicación afirmativa concluyente de que ésta es una regla del sistema.

DWORKIN, agudamente, señala que si se quiere ser congruente, el único criterio que la regla de reconocimiento puede incorporar, es la aprobación de las reglas particulares por una autoridad competente en un acto deliberado de creación jurídica; de donde, no habría más normas particulares que las leyes (y que las contenidas en los precedentes para sistemas como el del *common law*), si se admiten otras (v.g. normas consuetudinarias, jurisprudencia), entonces hay que abandonar la teoría de la regla de reconocimiento.

Nada que no sea una regla así considerada e identificada, puede integrar el orden jurídico. El Derecho no está integrado (siempre teniendo en cuenta la construcción hartiana) por principios o estándares variables. DWORKIN, RONALD; *Los derechos en serio*, cit., pág. 65 y ss. Para ahondar en el concepto de validez véase Capítulo 3 “Sistema y conceptos jurídicos básicos” nota 270.

alcanzar, o bien proponen alguna mejora en aspectos económicos, políticos o sociales (*directrices*), o bien lisa y llanamente consagran exigencias de justicia o equidad o de alguna otra dimensión de la moral positiva (*principios en sentido estricto*).

Los principios se refieren más o menos explícitamente a algún propósito o valor, son considerados, en cierta medida, deseables de adherirse a ellos y, de esta forma, no sólo proporcionan una explicación o razón de reglas que los ejemplifican, sino que contribuyen a su justificación. Tienen además, una dimensión de la que carecen las reglas, la del peso o la importancia; según esto, un juez que se basa en los mismos, tiene que sopesarlos a todos primero y sumarlos para decidir el caso, todos los principios “van de la mano”. El juez, en la realidad, sopesa los principios para justificar el peso que le ha dado a cada uno, no son aplicables a la manera de las reglas (“todo o nada”), no establecen condiciones que hagan necesaria su aplicación ni consecuencias que se sigan automáticamente de ciertas condiciones; antes bien, enuncian razones para decidir en determinado sentido, sin obligar a una decisión en concreto. Del mismo modo, pueden concurrir otros principios que den una razón para decidir en sentido distinto¹⁷¹⁰.

En cuanto a la forma como discurren los jueces DWORKIN distingue a este respecto: entre argumentos de principio y argumentos de políticas, estos últimos justifican una decisión política al mostrar que la decisión promueve o protege algún fin colectivo de la comunidad en su conjunto; en casos difíciles de decisión judicial podría pensarse que ésta debería adoptarse tanto por políticas como por principios, sin embargo, en dichos casos, el profesor de Oxford es enfático al afirmar que son y deberían generarse por principios y no por políticas. Nosotros entendemos que se generan por ambos.

Los principios y las directrices, son criterios últimos, esto implica que, se aceptan como tal no porque hayan sido prescriptos por alguien, o porque constituya una práctica social, sino por sus propios méritos. En tanto que las *reglas* operan en el razonamiento jurídico justificativo como razones operativas de carácter perentorio o protegido, los *principios* operan en el razonamiento no perentoriamente, sino que tienen que ser balanceados con otras razones bajo la técnica de la ponderación¹⁷¹¹.

¹⁷¹⁰ DWORKIN, RONALD; *Los derechos en serio*, cit., págs. 77 a 78.

¹⁷¹¹ ATIENZA, MANUEL y RUIZ MANERO, JUAN; *La dimensión institucional del Derecho...*, cit., pág. 120. Sin embargo, los profesores de la Universidad de Alicante, en tesis que no compartimos, sostienen que los

Para DWORKIN, las reglas tanto como los principios, forman parte del Derecho, lo que viene así a excluir la discreción judicial. Los jueces están siempre guiados por principios, si bien es verdad que estos no determinan la decisión de la manera en que lo hacen las reglas, en todos los casos, aun en los más arduos, proporcionan una orientación suficiente. Es por ello que los jueces nunca tienen que buscar el fundamento de sus decisiones en pautas que no integran el Derecho. No sólo las reglas confieren derechos o imponen obligaciones, esa función es cumplida también por la operación combinada de un conjunto de principios. Esta visión de DWORKIN, entendemos, distorsiona el entendimiento de la palabra “Derecho”, pues éste deviene una

“...heterogénea aglomeración de pautas y criterios de muy variado origen y textura. Cualquier intento de dar a la palabra ‘derecho’ mayor precisión requeriría hacer distinciones artificiales en un continuo que no las tolera.”¹⁷¹²

La solución de CARRIÓ, de disolver en el genérico de “regla”, a las reglas propiamente dichas y a los estándares variables¹⁷¹³, desdibuja la noción de sistema jurídico.

ROBERT ALEXY señala que una “tesis débil de la separación”, entendería que los principios y las reglas son en realidad una distinción dentro de la clase de normas. El criterio de distinción más frecuente sería el de la “generalidad”, según ello, los *principios* serían normas de un grado de generalidad más alto que el de las reglas; así visto, en el problema entre reglas y principios, sólo habría una distinción de grado. Para ALEXY esta distinción no es correcta, en tesis que acompañamos, señala que la diferencia es de tipo cualitativo¹⁷¹⁴.

Pero quizás sea la versión más potente de la “tesis débil de la separación”, la réplica de HART a DWORKIN en su *Post Scriptum*. Donde aquel se posiciona en un *positivismo suave*, y no en la versión del “positivismo de meros hechos” en donde pretende enrolarlo su sucesor en la cátedra de Oxford. De hecho, la regla de reconocimiento podría proporcionar algo más que cuestiones de pedigree, como por ejemplo límites sustantivos a los contenidos de la legislación.

principios no admiten ser maximizados, sino que exigen cumplimiento pleno, “...su uso argumentativo supone ponderación, pero no discrecionalidad...”.

¹⁷¹² CARRIÓ, GENARO R.; *op. cit.*, pág. 223.

¹⁷¹³ CARRIÓ, GENARO R.; *op. cit.*, pág. 225.

¹⁷¹⁴ ALEXY, ROBERT; *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica* (trad. Manuel Atienza), Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 5, Alicante, 1988, págs. 140 a 141.

Existen diferentes maneras de establecer contrastes entre reglas y principios, señalando varios rasgos relevantes, entre ellos: a) los principios son más generales que las reglas en el sentido que un número determinado de reglas puede ser mostrado como una ejemplificación de un principio; y b) los principios hacen referencia a propósitos, metas, facultades o valores que se presentan como algo deseable de preservar o de adherir, suministrando no sólo una explicación o racionalidad subyacente de las reglas sino que, además, contribuyen a su justificación¹⁷¹⁵.

Señala CARRIÓ que existe un tercer rasgo diferenciador que no supone un división tajante de tipo lógico, sino una diferenciación gradual: el carácter “todo o nada” de las reglas. Según HART, el planteo de DWORKIN es incorrecto ya que, al igual que los principios, las reglas que *prima facie* resultan aplicables a un caso pueden ser dejadas de lado en virtud de otras reglas, sin que las primeras pierdan su validez como reglas jurídicas¹⁷¹⁶.

“No hay razón para que un sistema jurídico no reconozca que una regla válida determina un resultado en los casos a los que es aplicable, excepto cuando hay otra regla, considerada de mayor importancia, que es aplicada también al caso. Por consiguiente, una regla derrotada en competencia con otra regla en un caso determinado puede, al igual que un principio, sobrevivir y determinar resultados en otros casos en los que se juzgue de mayor importancia que otra en conflicto.”¹⁷¹⁷

Utilizando como ejemplo el caso “*Riggs vs. Palmer*”, HART señala que la prevalencia del principio “nadie puede beneficiarse de su propio delito” sobre la regla que otorga derechos sucesorios, demuestra claramente que la tesis de DWORKIN de que las reglas se aplican “todo o nada” es incorrecta; ya que en el ejemplo, justamente, la regla no se aplica, no obstante encontrarse satisfechas sus condiciones de aplicación. Para salvar estos inconvenientes, y en concordancia con su tesis de la diferenciación débil entre principios y reglas, HART propone que se considere a las reglas como “casi concluyentes” en el sentido de que la satisfacción de sus condiciones de aplicación determinará la consecuencia jurídica prevista salvo casos excepcionales, mientras que los principios deben

¹⁷¹⁵ HART, H. L. A.; *Post Scriptum*..., cit., pág. 39.

¹⁷¹⁶ HART, H. L. A.; *Post Scriptum*..., cit., págs. 40 y ss.

¹⁷¹⁷ HART, H. L. A.; *Post Scriptum*..., cit., pág. 41.

considerarse como “generalmente no concluyentes”, en punto a que señalan una decisión pero no la determinan.

Concluye HART señalando que los sistemas jurídicos contemporáneos suelen preferir la legislación sobre la base de reglas más que de principios; debido a ello, señala HART, es que

“...tenemos reglas contra el homicidio y el hurto y no meramente principios que exijan el debido respeto por la vida humana y por la propiedad.”¹⁷¹⁸

Todas las reglas, como se dijo, tienen textura abierta, sus excepciones no son exhaustivamente especificables por adelantado (reglas que concluyen con la expresión “a menos que...”), no es posible concebir reglas tan detalladas, que la cuestión sobre su aplicación o no a un caso dado, venga resuelta de antemano¹⁷¹⁹. CARRIÓ, no percibe entre las reglas, y sus excepciones no establecidas, “diferencias lógicas”, además señala que los conflictos entre reglas no se resuelven negando la validez de una de ellas, pues muchas veces las decisiones deben fundarse en una suerte de “peso relativo” de las reglas, de donde su aplicación a la manera de “todo o nada”, se desmorona.

Nuestra crítica a esto, y posicionamiento para lo que sigue, importa destacar que el Derecho está compuesto por reglas cuya aplicación es a la manera de “todo o nada” (aunque relativizadas –ver *infra*–), y los conflictos entre ellas se resuelven negando la validez de alguna de las reglas en crisis¹⁷²⁰, pero disentimos con DWORKIN en cuanto a que los principios formen parte del Derecho; en ello CARRIÓ percibe el meollo del problema (aunque resolviéndolo de manera diversa a nuestra propuesta), cuando los principios fundan una decisión dada, lo hacen por un acto discrecional del juez, no porque este esté obligado a resolver de la manera en que lo hace, sino porque determinada coyuntura económica, política, o social así se lo impone; o porque alguna otra eventualidad de la moral le indica el camino elegido, de allí que la argumentación jurídica cobre un peso tan relevante¹⁷²¹ al establecer el por qué de la elección de un principio en demérito de otro¹⁷²². Pero además, son los principios los que marcan que una regla se aplique, y no la otra; y no la especie de

¹⁷¹⁸ HART, H. L. A.; Post Scríptum..., cit., pág. 43.

¹⁷¹⁹ Sobre esto abundaremos más adelante. Ver *infra* parágrafo 51 (“Derrotabilidad y conocimiento del Derecho”).

¹⁷²⁰ Para la noción de Derecho que manejamos, ver *supra* Capítulo III (“Sistemas y Conceptos Jurídicos básicos”).

¹⁷²¹ Ver *infra* parágrafo 37 (“Derecho y argumentación jurídica como discurso racional”).

¹⁷²² Ver Anexo IV acápite XXII, se presenta un ejemplo de lo dicho en el texto en la jurisprudencia argentina.

“peso relativo” de aquellas que señalara CARRIÓ, éste último aserto pretende salvar una tesis positivista como la hartiana, dando por tierra con lo que pretende salvarse.

Para precisar más nuestro entendimiento de los principios, podemos recurrir nuevamente a la claridad expositiva del maestro de Oxford: DWORKIN advierte que hay dos maneras de tratar a los principios¹⁷²³: a) como se trata a las normas jurídicas, sosteniendo que algunos principios son obligatorios como Derecho y que deben tenerse en cuenta por los jueces y juristas que toman decisiones de obligatoriedad jurídica, entonces, el Derecho incluye tanto principios como normas; b) negar que estos son obligatorios de la forma en que lo son las normas, en los casos difíciles, el juez va más allá de las normas que está obligado a aplicar, en busca de principios extrajurídicos que es libre de seguir si lo desea. La tesis de DWORKIN se enrola en lo primero, los principios son vinculantes para los jueces, de modo que estos hacen mal en no aplicarlos, nuestra postura está por la segunda, que es lo que hacen los jueces cuando precisan ir más allá de las reglas, y dirimen los conflictos por un acto de discreción judicial.

ROBERT ALEXY apunta que los principios

“...ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas.”¹⁷²⁴,

por ello constituyen *mandatos de optimización*, pudiendo ser cumplidos por grados y conforme con las posibilidades jurídicas y fácticas. Por el contrario las reglas exigen un cumplimiento absoluto o de lo contrario se las considera desobedecidas, no puede cumplírselas en parte,

“si una regla es válida entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos.”¹⁷²⁵.

ALEXY señala que existen principios jurídicos en los sistemas jurídicos y ello es claro en los principios constitucionales como los de dignidad humana, libertad, igualdad, democracia, Estado de Derecho y Estado Social, si una Constitución los contiene, entonces

“...se han incorporado a ella las formas principales del Derecho racional de la modernidad.”,

¹⁷²³ DWORKIN, RONALD; *Los derechos en serio*, cit., pág. 81.

¹⁷²⁴ ALEXY, ROBERT; *Sistema jurídico...*, cit., pág. 143.

¹⁷²⁵ ALEXY, ROBERT; *Sistema jurídico...*, cit., pág. 144.

ellos sirven para optimizar las reglas, pero también para aportar contenido moral, la teoría de los principios es una vía para impugnar la tesis positivista de la separación entre Derecho y moral¹⁷²⁶.

El neoconstitucionalismo, superó el diseño constitucional de los siglos XIX y principios del XX que abarcaban y regulaban esencialmente aspectos institucionales y procedimentales (v.g. estructura político- jurídica básica del Estado, composición y funciones de los órganos, *et sit cétera*), recientemente, esta corriente ha incorporado elementos de marcado contenido sustantivo, usualmente denominados “derechos fundamentales”, “valores”, “principios”, *et sit cétera*; los mismos, suelen ser expresados en un lenguaje con un alto nivel de vaguedad y carga emotiva superlativa, lo que repercute en que un amplio espectro de controversias jurídicas tengan relevancia constitucional.

De lo dicho, sólo cabe aquí efectuar una salvedad respecto de nuestra propuesta, en rigor nosotros entendemos que los principios se extraen de diversas formulaciones (v.g. las normas constitucionales), pero como tales los principios son extrajurídicos y su diseño y alcance cobra su perfil acabado en la decisión judicial. No existe algo así como *principios sistemáticos*¹⁷²⁷ que se recogen precisamente en alguna disposición legislativa, de la que constituyen su significado y de los que su pertenencia al Derecho es incuestionable como las reglas, siendo más o menos obtenibles por deducción lógica o por inducciones a través de generalizaciones. Los principios son siempre *extrasistemáticos* son obtenidos mediante procesos de generalización a partir del material normativo o reflejan algún aspecto de la moralidad o de los valores de la comunidad de que se traten, siendo primordiales en el razonamiento jurídico, son un potente instrumento hermenéutico ya que sirven a la estructuración de técnicas argumentales; son flexibles, plásticos y su formulación es vaga en extremo¹⁷²⁸.

Retornando a DWORKIN, y para dejar establecida nuestra posición a éste respecto, la afirmación del profesor de Oxford en el sentido de que, a través de entender que los principios forman parte del Derecho *eo ipso* se elimina la discreción judicial; no

¹⁷²⁶ ALEXY, ROBERT; *ibídem*. Sobre la distinción entre Derecho y moral no avanzaremos aquí, pues escapa a nuestra propuesta, sólo cabe indicar que coincidimos con lo inserto en el texto en lo que hace al pensamiento del profesor alemán.

¹⁷²⁷ ALONSO, JUAN PABLO; *op. cit.*, págs. 173 a 174. Divide a los principios en explícitos (normativos), implícitos (surgen por deducción del ordenamiento) y extrasistemáticos.

¹⁷²⁸ La posibilidad de que, del amplio mundo de los *principios generales*, se extraiga una parcela y se los regle en las cartas magnas, dando así cauce a los *principios constitucionales*, no empece a lo que se dice en el texto.

explica cómo, la existencia de aquellos basta para eliminar la discreción de estos, salvo que se sostenga la existencia de principios de orden superior que impongan cuándo debe darse preferencia a un principio respecto de otro, pero ello llevaría a un regreso *ad infinitum* de metaprincipios en distintos niveles. La realidad del planteo estriba en que la discreción judicial es muchas veces asociada a “antojo”, “capricho” o “arbitrariedad”, lo que no es cierto, pues los jueces deben fundar sus decisiones en “pautas razonables”, las que si bien no forman parte del Derecho, sí son estándares controlables (de allí las instancias de revisión judicial, que de otro modo carecerían de sentido).

Esta manera de entender a los principios se entiende que es como *pautas no concluyentes*. Esto se explica si entendemos que las *reglas* tienen establecida sus condiciones de aplicación de manera cerrada en su supuesto de hecho; éste, es una “condición suficiente” para la aplicación de la consecuencia jurídica. En el caso de los principios, el supuesto de hecho es tan sólo una “condición contribuyente” –una condición necesaria de una condición suficiente- de la aplicación de la consecuencia jurídica. De aquí que las reglas se aplican a la manera del todo o nada (algo diremos sobre esto más abajo), en tanto que los principios se aplican según su peso en la argumentación.

Los principios aportan qué es lo que hay que tomar en consideración, pero no cuál ha de tener preferencia de cara al resultado. Una variante *fuerte* de una teoría de los principios sería aquella que aportara además de una lista de principios, las relaciones de prioridad abstractas y concretas entre ellos. Según ALEXY, la tesis de DWORKIN de la “única respuesta correcta”, se enrola en ésta postura. Para ALEXY una tesis fuerte fracasa pues no es posible expresar los principios y sus intensidades en una escala numérica (calculable), que no sea más que una caricaturización de un resultado ya encontrado.

Una variante *débil* de una teoría de los principios se reduciría a un simple catálogo de principios o *topoi*, sin establecer prelación entre ellos. Para que esta variante sea factible, ALEXY señala que se precisan tres elementos¹⁷²⁹:

- a) *Un sistema de condiciones de prioridad*. Que las colisiones entre principios se resuelvan en cada caso, no conlleva necesariamente que sólo sea significativa para ese caso, podría servir para supuestos futuros. Si bien los casos nuevos tendrán

¹⁷²⁹ ALEXY, ROBERT; *Sistema jurídico...*, cit., págs. 146 a 148.

combinaciones de características nuevas, de igual forma posibilitan esgrimir un procedimiento de argumentación que sin los antecedentes no sería realizable.

- b) *Un sistema de estructuras de ponderación.* Como los principios son para ALEXY mandatos de optimización, para su realización completa precisan de su realización jurídica y fáctica; cuanto mayor sea el menoscabo del principio derrotado, mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro. Se trata de una manifestación del principio de proporcionalidad en sentido estricto, lo que significa que una teoría de los principios conduce a estructuras de argumentación racional.
- c) *Un sistema de prioridades prima facie.* Como no es posible una teoría fuerte de los principios que determine de manera precisa para cada caso una respuesta (no sólo por las limitaciones de la capacidad del conocimiento humano, sino también por razones lógicas), sí deviene posible una teoría débil, pero esta tampoco determina para cada caso una única respuesta correcta (rechazo de la tesis dworkiniana).

Algo similar puede decirse de los deberes morales, en cuanto deberes *prima facie* –deberes no concluyentes-; por ello se dice que, determinados deberes morales, al entrar en conflicto con otros deberes morales, pueden ser derrotados en el balance entre deberes. Con los principios jurídicos acaece algo similar, como pautas no concluyentes, pueden entrar en conflicto con otras pautas, en la teoría jurídica, el mecanismo por el cual se puede pasar de principios jurídicos que establecen consecuencias jurídicas no concluyentes, a consecuencias jurídicas concluyentes, se llama “ponderación”. Los tribunales, cuando aplican los principios, deben ponderar cuáles son las condiciones de aplicación implícitas para extraer las consecuencias aplicables al caso concreto.

Es interesante resaltar que las reglas también pueden ser no concluyentes, por caso, la mayoría de ellas están sujetas a excepciones que aparecen en los ordenamientos jurídicos (v.g., el art. 79 del C.P. argentino que pune el homicidio puede ser derrotado por el art. 34.6° del mismo cuerpo legal, en caso de darse las condiciones de la legítima defensa), en alguna medida, la mayoría de las normas jurídicas establecen pautas no concluyentes, pero en el caso de los principios, esto se presenta en un alto grado¹⁷³⁰.

Desde ésta perspectiva ATIENZA y RUIZ MANERO han señalado, en lo que aquí importa, que los principios por un lado

¹⁷³⁰ MORESO, JOSÉ JUAN y VILAJOSANA, JOSEP MARÍA; *op. cit.*, págs. 90 y 91.

“...no presentan las ventajas de las reglas, pues no permiten ahorrar tiempo a la hora de decidir un curso de acción. Pues si una regla es aceptada y ella es aplicable al caso que nos ocupa, entonces se evita tener que entrar en un proceso de ponderación de razones en pro y en contra de una determinada decisión; la regla opera, por tanto, como un elemento que reduce la complejidad de los procesos de argumentación. Sin embargo, los principios, no eximen de la tarea de efectuar esa ponderación. Por otro lado, los principios, en cuanto premisas a utilizar en los argumentos prácticos, tienen menos fuerza, son menos concluyentes que las reglas.”¹⁷³¹,

pero de todas formas, coincidimos con éste planteo, en el hecho de que en más o en menos, en la argumentación jurídica se recurre a estándares diversos que las reglas para fundar las decisiones.

Claramente, con evaluaciones como las sostenidas, las reglas no pueden considerarse que se aplican como “todo o nada”. No ya porque es evidente que dos reglas pueden coexistir, y aplicar una u otra dependerá de criterios como el de *lex specialis*, *lex posterior* o *lex superior*; sino porque siempre pueden ser excepcionadas por un principio del que no se conocen de antemano todas sus excepciones. Tanto los principios como las reglas actúan como razones *prima facie*, en el sentido de que el acaecimiento de circunstancias inusuales puede excepcionar tanto la aplicación de un principio como la aplicación de una regla. En esto asiste razón a ALEXY, entendemos, cuando sostiene que si bien las reglas se aplicarían en principio al modo de “todo o nada”, y los principios tienen un mismo carácter *prima facie*, el carácter definitivo de las reglas es relativo toda vez que los problemas de indeterminación del lenguaje jurídico transforman a las reglas también en aplicables *prima facie* en varias ocasiones. Aunque estos caracteres *prima facie* no sean equivalentes, pues un principio es soslayado cuando en el caso que hay que decidir, un principio opuesto tiene un peso mayor; en cambio, una regla todavía no es soslayada cuando en el caso concreto el principio opuesto tiene un mayor peso que el principio que apoya la regla.

Los *principios* pueden identificarse como *principios jurídicos*, por el papel que cumplen en el razonamiento judicial. Nuestro disenso con DWORKIN no estriba en lo

¹⁷³¹ ATIENZA, MANUEL y RUIZ MANERO, JUAN; *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996, págs. 13 y 21.

dicho, sino en que, para el profesor de Oxford, los principios no están necesariamente vinculados por la moral, es posible que los principios jurídicamente obligatorios para un juez (recuérdese que para éste autor el Derecho también está compuesto por principios, no son estándares extrajurídicos) puedan ser tan malos, desde el punto de vista moral, que la aplicación no atenuada de ellos violaría los deberes morales del juez. DWORKIN suprime la distinción entre principios jurídicos y morales, los jueces no tienen el derecho abstracto de declarar jurídicamente inválido todo cuanto sea inmoral, ni el de imponer todo cuanto crean moralmente correcto (propio de la tesis iusnaturalista), de su construcción no se sigue que el Derecho sea siempre moralmente correcto ni que lo que es moralmente correcto sea Derecho; ni aun en los casos difíciles.

Nuestra construcción es distinta. Cuando los principios se incorporan a la argumentación jurídica, lo que entra a jugar son conceptos morales, valoraciones, pautas axiológicas; distinto ocurre cuando un juez decide en contra de las reglas pero a favor de pautas políticas, allí no prioriza moralidad para resolver el caso sino coyuntura circunstancial social¹⁷³². Los principios jurídicos no son, entonces, ontológicamente diversos a los principios de cualquier otro tipo como parece pretender DWORKIN, sino que son tales por su específica incorporación a la argumentación judicial. Cuando las fuentes dotadas de autoridad dejan una cuestión genuinamente en situación de duda (*casos difíciles*), el juez decide “correctamente” cuando lo hace con base en convicciones firmes sobre lo que es moralmente correcto y beneficioso para la sociedad; convicciones que reciben apoyo amplio aun cuando no concuerden con la teoría que justificaría de mejor modo las pautas jurídicas vigentes. Cuando las convicciones de un juez son muy fuertes, y si la cuestión en juego posee gran importancia moral o social, se suele resolver con fidelidad a dichas convicciones aunque se piense que no son compartidas por la mayoría de los miembros de la comunidad.

Los jueces suelen hallar justificación en recurrir a fuentes no jurídicas para resolver cuestiones en las que está en juego determinar qué es lo moralmente correcto y beneficioso para la sociedad, y a veces (aunque no se trata de algo excepcional) esas fuentes no jurídicas pueden tener más peso que las implicaciones contrarias que —estando a

¹⁷³² Ver *supra* parágrafo 35 (“El método jurídico y la creación del Derecho”).

lo que piensa el juez- resultan de sopesar con exactitud todos los valores en juego: jurídicos y extrajurídicos.

Volviendo a DWORKIN, el profesor de Oxford acepta

“la simple doctrina positivista de que las reglas (*aquí se incluyen –contrariamente a nuestra propuesta- a los principios*) moralmente inicuas pueden ser derecho, y asimismo la afirmación simple de que en ningún sentido es una verdad necesaria que las normas jurídicas reproduzcan o satisfagan ciertas exigencias de la moral.”¹⁷³³

Si el juez decide de acuerdo a las razones aportadas desde la moral, ello carecería de utilidad, a menos que aquel estuviera afirmando que los derechos derivados del orden jurídico son distintos de lo que él cree que son, no creemos aquí que haga falta tal tipo de reconocimiento; no es lo que acaece en la realidad, los jueces en más de una ocasión observan en el Derecho institucionalizado una razón para decidir la cuestión en un sentido, pero ciertas consideraciones morales pueden constituir una razón en sentido contrario, cuya importancia variará en función de la justicia general. En esto coincidimos con HART, para quien al ocuparse de los casos difíciles, los jueces no desatienden o hacen a un lado el material jurídico existente y se comportan como si fueran Legisladores, sino que lo que los jueces hacen es aplicar

“criterios de relevancia y proximidad de parecido (que) 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.”¹⁷³⁴;

y además que

“Al interpretar las leyes o los precedentes, no están limitados a la alternativa entre una elección ciega y arbitraria, por un lado, y la deducción ‘mecánica’, a partir de reglas con significado predeterminado, por otro. Con mucha frecuencia su elección está orientada por el presupuesto de que el propósito de las reglas que interpretan es razonable, de modo que tras las reglas no hay la intención de cometer una injusticia o de atentar contra principios morales establecidos. La decisión judicial, especialmente en materia de elevada importancia constitucional, a menudo implica una elección entre valores morales, y no meramente la aplicación de algún principio

¹⁷³³ CARRIÓ, GENARO R.; *op. cit.*, pág. 345.

¹⁷³⁴ HART, H. L. A.; *El concepto de Derecho*, cit., pág. 159.

moral aislado; porque es insensato creer que cuando el significado del derecho es dudoso la moral puede dar siempre una respuesta clara. En este punto los jueces pueden hacer una elección que no es arbitraria ni mecánica; y aquí suelen desplegar virtudes judiciales características que son especialmente peculiares de la decisión jurídica..., es indudable que no se puede demostrar que una decisión es la única correcta: pero es posible conseguir que se la acepte como el producto razonado de una elección imparcial bien informada. En todo esto aparece la ‘ponderación’ y el ‘balance’ característicos del esfuerzo por hacer justicia en medio de intereses en conflicto.”¹⁷³⁵

Puede alegarse a favor de DWORKIN que en los Estados Unidos, con motivo de su sistemática jurídica¹⁷³⁶, existe una estrecha conexión entre las exigencias del Derecho y las de la moral, en la medida en que la concordancia con ciertos estándares morales es uno de los criterios utilizados para decidir si una regla jurídica subordinada es una norma de derecho positivo; pero en rigor esta conexión no es necesaria ni conceptual, sino sólo contingente, fáctica, depende del hecho de que la práctica de los jueces efectivamente muestre que ellos aceptan y aplican, como criterios de validez jurídica, estándares morales incorporados a la Constitución. Lo que queremos decir con esto, expresado más sencillamente, es que muchos de los criterios ambiguos positivizados constitucionalmente y que se pretende son reglas (v.g. en la Constitución Argentina, libre tránsito –art. 10-, de peticionar ante las autoridades –art. 14-, derecho de propiedad –art. 17-, entre muchos otros), son en realidad principios o se verán delimitados por pautas políticas, pues para su adecuada configuración a través de las decisiones judiciales, se precisa del recurso a estándares de tipo moral o bien a argumentaciones de coyuntura u oportunidad.

La gran mayoría de las veces que los jueces recurren a preceptos constitucionales, están aplicando principios que se han reglado en alguna medida. No son preceptos cualquiera, sino que poseen el carácter de fundamental; tal “fundamentabilidad” no suele ser controlable a través de los argumentos de los tribunales, simplemente se los esgrime y se los dota de un peso sin mayores digresiones. Expresiones como “la Constitución garantiza”, “garantías o valores asumidos constitucionalmente”) o “la Constitución reconoce” destaca la preexistencia de los principios proclamados. En

¹⁷³⁵ HART, H. L. A.; *El concepto de Derecho*, cit., págs. 252 a 253.

¹⁷³⁶ Ver *infra* el análisis extractado de GEORGE FLETCHER.

ocasiones, los tribunales, para utilizar principios, efectúan extensiones analógicas, otras veces se los extrae de una *interpretación a contrario* de un precepto constitucional (v.g. de la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables –art. 9 CADH, art. 15 PIDCP-, se extrae el principio de ultraactividad de las disposiciones sancionadas más benignas). También los principios se extraen, como ya se adelantó, de ciertos preceptos claves o fundamentales de una ley o de una materia concreta (i.e. una conjunción de artículos), recogiendo sus rasgos más importantes, la ley estaría “informada” por unos principios que servirían como criterios identificadores de la misma y como instrumento para su interpretación (v.g. cuando se sostiene el respeto a la autonomía de la voluntad y la libertad del individuo como rasgo esencial, decantándose de la voz “consentimiento” o de los topes etarios, en el marco de los Delitos contra la Integridad Sexual, Libro II, Título III del Código Penal argentino–arts. 119,1º párr., 120, 125, *et sit cétera*-). En otros casos, los principios, que no se hallan enunciados en el texto constitucional, no obsta a que los tribunales los deduzcan de otros principios recogidos en el mismo (v.g. el principio *non bis in idem*, antes de la reforma constitucional de 1994, considerado como una derivación del principio de inviolabilidad de la defensa en juicio –deducido del art. 18 C.N.-C.S.J.N. en “Martínez de Perón”¹⁷³⁷, “Weissbrod”¹⁷³⁸, “Mattei”¹⁷³⁹, entre otros).

Una manera distinta de entender a los principios es la que señala ROBERT ALEXY, en tanto postula a aquellos no ya como pautas de lo que *se debe hacer* sino como un *deber ser*. En éste sentido los principios establecerían determinadas dimensiones de los estados de cosas ideales que el mundo debe tener para ser conforme a Derecho. Los principios jurídicos son entonces *mandatos de optimización*: obligan a hacer aquello que es necesario para que los estados de cosas ideales se realicen en la mayor medida posible. Los principios bajo esta óptica pierden en particularización, apelan, de manera muy general, a las razones que justifican tener una u otra determinada regulación y precisan ser complementados por normas de detalle, pero demuestra la fuerza que tienen aquellos pues se los asemeja con los denominados “valores”; por caso en vez de sostener que el principio de libertad de prensa colisiona con el de intimidad o protección de la esfera privada, es

¹⁷³⁷ CSJN- Fallos, 298:736.

¹⁷³⁸ CSJN- Fallos, 312:597.

¹⁷³⁹ CSJN- Fallos, 272:188.

dable sostener que existe una colisión entre el valor libertad de prensa y el valor protección de la esfera privada,

“Principios y valores son por tanto lo mismo, contemplado en un caso bajo un aspecto *deontológico* y en otro caso bajo un aspecto *axiológico*. Esto muestra con claridad que el problema de las relaciones de prioridad entre principios se corresponde con el problema de una jerarquía de valores.”¹⁷⁴⁰

Para el Derecho Civil no parece haber mayores discusiones acerca de si, en ausencia de ley y de costumbre, los jueces deben recurrir a los principios jurídicos. No puede soslayarse que para muchos autores, los principios jurídicos únicamente remiten a la discrecionalidad de los aplicadores del Derecho. La solución, entendemos, subyace en una explicación sencilla que esperamos pueda ir deshilvanándose en éstas páginas, ciertamente para las ramas privadas del Derecho, donde no se proscribe sin más la analogía como digresión jurídica, los principios forman parte del material jurídico, pero en el Derecho Penal esto no puede afirmarse sin más, so riesgo de nulificar una resolución judicial en sus mismos fundamentos, por ello, los tribunales si bien recurren a principios jurídicos, no los denominan tales, actuando en la especie de forma discrecional.

Para sortear críticas como ésta, se ha sostenido que

“La coherencia es el último nivel interpretativo, al cual se arriba una vez que se han identificado las normas de manera aislada y que se han sistematizado... En este nivel de la coherencia, las reglas (identificadas y sistematizadas) son evaluadas y comparadas con aquellos principios jurídicos que rigen en el sistema normativo involucrado, sean principios implícitos o explícitos [...] Según MACCORMICK la coherencia es una cuestión relacional entre un conjunto de normas y un conjunto de principios. Un conjunto de normas puede ser coherente con relación al principio α , pero incoherente con relación al principio β .”¹⁷⁴¹;

¹⁷⁴⁰ ALEXY, ROBERT; *Sistema jurídico...*, cit., págs. 143 y 145.

¹⁷⁴¹ ALONSO, JUAN PABLO; *op. cit.*, págs. 155 y 157. El autor señala un problema que subsume dentro del nivel de la coherencia, que resulta interesante a los fines de lo que se dirá en el texto. En el año 1958 se promulgó el decreto 6582/58, que en su art. 38 reformaba la pena del art. 166 del cód. penal, para el caso de robo de automotores con armas, elevándola a una escala de entre nueve y veinte años de prisión, manteniendo la vigencia del original art. 166 (de cinco a quince años) para aquellos robos con armas en los que el objeto sustraído no fuera un automotor.

ALONSO señala que “La argumentación central consistía en comparar la pena mínima para el robo de automotor con armas (nueve años) con la pena mínima estipulada para el caso del homicidio simple (art. 79 del Cód. Penal, ocho años). Se sostenía que ambas penas eran, comparativamente consideradas,

aquí los principios jurídicos se trasladan al sistema jurídico y pasan de estándares extrajurídicos a correlacionadores o unificadores de proposiciones y reglas jurídicas, de tal forma que el conjunto de aquellos (los principios) pretende ser la mejor explicación que dota de sentido al conjunto de reglas positivas. Posturas como la predetallada defienden una tesis de separación débil entre reglas y principios -la diferencia es relacional y gradual-, nosotros en éste trabajo postulamos una tesis de separación fuerte –son fenómenos cualitativa y estructuralmente distintos-¹⁷⁴².

A través del nivel de la coherencia como tercera fase del método interpretativo (del análisis lógico del Derecho), se diluye la distinción entre reglas y principios, sólo existiría entre ellos una diferencia de grado, en punto a que los primeros son enunciados más generales que los segundos (v.g. ALEXY);

“...las reglas son enunciados relativamente específicos acerca del status deóntico de ciertas conductas en determinados casos, y que los principios son enunciados más generales y abarcativos que las primeras.”¹⁷⁴³

Los jueces no crearían Derecho, sino que simplemente deducen sus conclusiones del sistema. Esto no es lo que sostenemos en éste trabajo, en los casos en que se aplican principios jurídicos, los jueces han recurrido a la base normativa (v.g. el conjunto normas jurídicas positivas dictadas por una autoridad competente), y el material es indeterminado¹⁷⁴⁴; en esto sí coincidimos con el positivismo jurídico del tipo raziano, la base es una sola: el ordenamiento jurídico; cuando este resulta insuficiente o defectuoso o

contradictorias o incoherentes, ya que matar a una persona era un hecho mucho más grave que sustraerle su automotor mediante el uso de armas.”

“Los cuestionamientos formulados contra esta normativa fueron recogidos por la Corte Suprema de Justicia en los fallos “Martínez, José Agustín s/ robo calificado” del 06/06/1989 y “Gómez, Ricardo y Federico, Eduardo s/ robo agravado por tratarse de automotor y mediante uso de arma de fuego”, del 08/06/1989, en los que se decretó la inconstitucionalidad del art. 38 del decreto 6582/58.” (*op. cit.*, pág. 156).

La cuestión analizada no retrovierte a un problema de contradicción normativa, obsérvese que la norma del decreto 6582/58 (en función del art. 166 del cód. penal) se refiere al delito de robo de automotor con armas –delito contra la propiedad-, mientras que la norma del art. 79 del cód. penal se refiere al delito de homicidio simple –delito contra la vida-. Las normas involucradas no se refieren al mismo ámbito fáctico, de nada serviría procurar aplicar aquí criterios de prelación normativa (i.e. *lex specialis*, *lex posterior*, *lex superior*). En este caso se hacía referencia a que entre ambas normas resultaba una incoherencia con relación al principio de proporcionalidad de las penas.

¹⁷⁴² La clasificación es de PAOLO COMANDUCCI (*Principios jurídicos e indeterminación del Derecho*, conferencia del 11 de agosto de 1997 en La Plata), mencionado en ALONSO, JUAN PABLO; *op. cit.*, pág. 164.

¹⁷⁴³ ALONSO, JUAN PABLO; *ibídem*.

¹⁷⁴⁴ Sobre esto se avanzará más adelante. Ver *infra* parágrafos 49 (“La actividad creadora del juez ante los conceptos normativos, indeterminados y las ‘cláusulas generales del derecho’”), 50 (“La actividad creadora del juez ante las ‘lagunas’ y las ‘reglas injustas’”) y 51 (“*Derrotabilidad* y conocimiento del Derecho”).

no sirve a los efectos de las racionalizaciones que hacen a la decisión tomada, o cualquier otro problema epistémico, entonces recurren a estándares extrajurídicos¹⁷⁴⁵, crean Derecho y recién entonces los principios adquieren estatus normativo. No existen argumentos que aporten en pro de que la coherencia es una característica generalizada de los ordenamientos jurídicos, pues lo que está en juego son las argumentaciones y racionalizaciones utilizadas por los órganos decisores para el caso de que se trate, y aquellas pueden estar conforme con las preferencias o valores del juez de turno, pero no ser de las preferencias o valores de – por caso- un organismo de alzada que concluya revocando lo decidido por el órgano de primera instancia. La coherencia presupone alguna suerte de orden, pero las decisiones jurisdiccionales suelen estar signadas por elecciones de oportunidad o coyuntura, pudiendo adoptarse razonablemente ciertos conjuntos de principios aunque no sean coherentes.

En relación con MACCORMICK, los principios no se hallan “junto” a las reglas como material del Derecho, que es como nosotros lo vemos, sino que cumplen, en relación con las normas, tanto una función de explicación, como de justificación, y si bien esto podría aceptarse en algún modo, aquel autor sostiene que ambos aspectos no pueden separarse totalmente y es la real vinculación entre reglas y principios. Por ello,

“...al analizar el principio de coherencia, podría pensarse (aunque tampoco aquí lo diga expresamente) que ambos modelos –el de los principios, representado por la idea de coherencia, y el del discurso de teoría del discurso, por la de consenso- se refieren a una misma idea de justificación, pero vista, respectivamente, desde el lado pasivo (el Derecho como sistema de normas) o desde el lado activo (el Derecho como sistema de procedimientos).”¹⁷⁴⁶

¹⁷⁴⁵ En el ejemplo traído por ALONSO respecto a la cuestión suscitada entre el decreto 6582/58 (en función del art. 166 del Cód. Penal argentino) y el art. 79 del código penal argentino, los jueces declararon la inconstitucionalidad del primero basados en argumentos apoyados en el principio de proporcionalidad, ahora bien, ¿De dónde surge éste principio?

¹⁷⁴⁶ ATIENZA, MANUEL; *Las razones del Derecho*, cit., pág. 282. Menciona el profesor de Alicante que, en el caso de ALEXY, no destruye la idea de un sistema coherente de enunciados, pero agrega, como otro nivel importante, el procedimental, donde las personas y sus razonamientos son decisivos.

En ALEXY, la coherencia implica que los enunciados de una teoría sean una “perfecta estructura de apoyo”, la mayor perfección de la estructura de apoyo depende de que se cumplan determinados criterios de coherencia: a) el mayor número posible de enunciados apoyados pertenecientes a la teoría en cuestión; b) la mayor longitud posible de las cadenas de razones a ella pertenecientes; c) el mayor número posible de enunciados fuertemente apoyados pertenecientes a la teoría; d) el mayor número posible de conexiones entre cadenas de apoyo pertenecientes a la teoría; e) el mayor número posible de relaciones de preferencia entre principios pertenecientes a la teoría; f) el mayor número y la mayor complejidad posible de las relaciones de apoyo recíprocas entre varios enunciados pertenecientes a la teoría; g) el mayor número posible de enunciados universales pertenecientes a la teoría; el mayor número posible de conceptos generales a ella pertenecientes;

Además, la resolución de problemas genéricos por medio de la coherencia requiere de ciertas bases mínimas que permitan determinar, con algún grado de probabilidad, qué principios rigen en un determinado sistema.

“Si es imposible determinar principios que rigen en un sistema, o si del sistema o sus ampliaciones pueden inducirse principios rivales con igual grado de probabilidad, el modelo de la coherencia nada puede ofrecer para solucionar casos problemáticos. Hemos llegado, entonces, a los límites de la coherencia.”¹⁷⁴⁷,

y si continuamos con nuestra línea de análisis, es dable mencionar que, si bien los jueces pueden procurar extraer principios por inducción jurídica, la mayoría de las veces los crean *ad hoc*, “*Riggs vs. Palmer*” es un ejemplo de ello, con lo que los límites de la coherencia son por cierto bastante estrechos, pudiendo explicarse la aplicación de principios para la resolución de casos, por otras vías menos sistemáticas.

Ciertamente

“...la pretensión de corrección es inherente a la noción de razonamiento jurídico...”,

como señala ALONSO parafraseando a ALEXY, y a ello se dedica precisamente éste apartado, pero de ahí a concluir que

“...si el derecho pretende corrección, entonces se encuentra necesariamente conectado con la noción de justificabilidad, ergo con la de coherencia...”

es erróneo, pues si bien el razonamiento que efectúan los jueces apunta a un nivel de corrección y justificación adecuados de lo que han decidido, y ello es observable a un nivel intuitivo, no necesariamente se procura arribar a un nivel de coherencia, de hecho muchos votos en disidencia o ruptura con los precedentes destacan ésta conclusión nuestra, y a nadie se le ocurriría sostener que en dichos marcos las decisiones han sido actos de

“poder, voluntad y fuerza, y las leyes y regulaciones judiciales sólo podrían explicarse como mezclas de emociones, decisiones y mandatos”¹⁷⁴⁸,

el grado de generalidad más alto posible de los conceptos implementados por la teoría; el número más alto posible de semejanzas entre conceptos usados en ella; h) el mayor número posible de interconexiones conceptuales entre varias teorías; i) el mayor número posible de casos cubiertos por la teoría; y j) el mayor número posible de ámbitos de la vida cubiertos por la teoría. Cit. en Atienza, Manuel; *ibídem*.

¹⁷⁴⁷ ALONSO, JUAN PABLO; *op. cit.*, pág. 245.

¹⁷⁴⁸ ALONSO, JUAN PABLO; *op. cit.*, pág. 162.

como pretende hacerle decir ALONSO a ALEXY, cuando el profesor de Kiel se limita a adjetivar de ese modo para el caso de decisiones jurisdiccionales que no apelen a la corrección.

Corrección y coherencia no van de la mano, sino que para ello se precisa de la figura de un juez *Hércules* a lo DWORKIN dotado de conocimiento y capacidad reconstructiva superlativa que sea capaz, al tiempo que justifica sus decisiones, ajustarlas con el complejo global del ordenamiento jurídico de que se trate, se trata de un “juez filósofo” que debe poder operar con las intenciones o propósitos de las leyes (i.e. descubrirlas o conocerlas, que no se trata de una hipótesis sobre el estado mental de los legisladores en cuanto individuos, sino de una teoría política especial que justifique la ley de que se trate) y con los principios jurídicos incorporados o en la base de las reglas; ambos relevantes para la justificación en los casos difíciles¹⁷⁴⁹. *Hércules* no amplía la acción del Legislador al promulgar la ley, ni intenta determinar lo que éste habría hecho de prever el caso que se presenta a resolver; el acto legislativo no es una fuerza a medir, el juez siempre procurará relacionar la justificación que ofrece para una decisión judicial, con otras anteriores de él mismo u otros jueces (esta coherencia no se da en el Legislador, quien no necesita mostrar su cercanía con legisladores anteriores, ni siquiera guardar coherencia con sus pares). De cara a las leyes debe escoger alguna teoría sobre su intención, de cara a los precedentes –sustentados en la equidad- exige la imposición congruente de los derechos; además *Hércules* debe descubrir los principios adecuados a los precedentes particulares, a todas las otras decisiones judiciales que caen dentro de su jurisdicción general, e incluso también a las leyes;

“Su deber de mostrar que su decisión es congruente con principios establecidos –y por ende, justa- no se cumple si los principios que cita como establecidos son incoherentes con otras decisiones que también se propone confirmar su tribunal.”¹⁷⁵⁰

La figura se observa aun más desmesurada cuando DWORKIN señala que debe tratar al ordenamiento como si no tuviera lagunas y

“...construir un esquema de principios abstractos y concretos que ofrezca una justificación coherente para todos los precedentes de derechos consuetudinario y,

¹⁷⁴⁹ DWORKIN, RONALD; *Los derechos en serio*, cit., págs. 176 a 177.

¹⁷⁵⁰ DWORKIN, RONALD; *Los derechos en serio*, cit., pág. 190.

en cuanto también han de estar justificadas por principios, para las estipulaciones constitucionales y legislativas. Podemos hacernos cargo de la magnitud de la empresa (dado el)... vasto material de decisiones jurídicas que Hércules debe justificar...”¹⁷⁵¹,

tanto de estratos inferiores –conociendo todas las resoluciones de los órganos de las instancias más bajas- como de estratos superiores –i.e. decisiones de la Suprema Corte y de otros organismos tendentes a unificar jurídicamente decisiones-.

La metáfora del “*Juez Hércules*” es para aquél juez que tiene conocimiento pleno de las circunstancias relevantes y de las normas y principios jurídicos, a la vez que carece de limitaciones temporales y probatorias para resolver los casos individuales traídos a su conocimiento, capaz de organizar una teoría de la constitución configurada como un conjunto complejo de directrices políticas y principios, al tiempo que enriquece esa teoría con elementos de la filosofía política y detalles institucionales;

“Debe generar teorías posibles que justifiquen los diferentes aspectos del esquema y poner a prueba las teorías en función de la institución global. Y cuando el poder de discriminación de la prueba se agote, debe elaborar los conceptos controvertidos de que se vale la teoría triunfante.”¹⁷⁵²

Pero, en lo que aquí interesa, ésta figura permite insertar el denominado “espíritu general de la integridad” que DWORKIN introduce para criticar las divisiones en *departamentos*,

“porque el principio adjudicativo de la integridad requiere que los jueces hagan que la ley sea coherente, tanto como puedan, y esto podría lograrse mejor si ignoraran los límites académicos y reformaran algunos departamentos del derecho en forma radical para que sean coherentes en principio con otros”¹⁷⁵³

La división en departamentos forma parte de la práctica jurídica, y por ello el *Juez Hércules* no puede ignorarla; frente a ella debe asumir una actitud crítica. Cuando la división recoge principios relevantes (v.g. la división entre Derecho Civil y Penal) el *Juez Hércules* debe aceptar la prioridad local, sin embargo, cuando la división se torna mecánica y arbitraria, sea porque la moralidad popular cambió o porque la división ya no refleja la opinión popular, no cabe ceder a ella, pudiéndose ignorar sus límites para articular una teoría más

¹⁷⁵¹ DWORKIN, RONALD; *ibídem*.

¹⁷⁵² DWORKIN, RONALD; *Los derechos en serio*, cit., pág. 179.

¹⁷⁵³ DWORKIN, RONALD; *El imperio de la justicia*, (trad.: C. Ferrari), Gedisa, Barcelona, 1992, pág. 181.

abarcativa, integral y coherente, que permita solucionar casos *prima facie* difíciles. La tensión entre prioridad local (o departamental) e integridad, refleja las diferencias entre “integridad inclusiva” e “integridad pura”

“La ‘integridad inclusiva’ pretende ser la mejor versión del derecho existente, con arreglo a las regulaciones departamentales específicas existentes. La ‘integridad pura’ en cambio, es el derecho utópico contenido en el derecho preexistente.”¹⁷⁵⁴

La *teoría de la adjudicación* dworkiniana impone que el material jurídico resulta ordenado y estructurado lógicamente y coherentemente. El material de normas, directrices y principios es suficiente para que el “*Juez Hércules*” descubra la *respuesta correcta* que corresponde al caso planteado. El esfuerzo de una teoría omnicomprendensiva como esta supone abarcar coherentemente el conjunto de principios implícitos o presupuestos por el Derecho explícito, requiere de un juez filósofo dotado de habilidades, erudiciones, paciencia y perspicacia sobrehumana. La teoría del *juez Hércules* parte de un esquema de construcción de principios abstractos y concretos que identifica la moralidad presupuesta en las leyes e instituciones de la comunidad, e implica la justificación coherente del ordenamiento vertical y horizontal de las decisiones jurídicas; esta tesis permite obtener la respuesta correcta al caso difícil sin necesidad de reconocer en el juez un poder de creación jurídica retroactiva que pudiera violentar la democracia y la equidad.

No podemos acompañar esta tesis, como se ha venido estudiando, pues un *juez Hércules* no es realista ni relevante, el material jurídico precisamente es creado jurídicamente y la violación a la democracia y la equidad una posibilidad cierta en cada decisión judicial. DWORKIN acierta, entendemos en que para conocer los derechos y deberes no bastan las normas, sino que se precisa recurrir a principios y directrices, este material debe ser armonizado, develado y justificado coherentemente por el juez; el que no precisa ser *Hércules*, sino un hombre simple cuyas decisiones se adecuan a normas y principios que las justifican, corresponde, en nuestra propuesta, señalar la explicación de una determinada realidad o práctica y no sondear en procura de un homúnculo inaprensible como lo es el juez mitológico de DWORKIN. Para nuestra tesis vale, entonces “reconocer” el Derecho explícito o implícito que rige en el caso dado y que se “sostiene” (no, como postula

¹⁷⁵⁴ ALONSO, JUAN PABLO; *op. cit.*, pág. 246. Sobre la crítica a la idea de la “mejor versión del Derecho”, siguiendo a MARMOR, ver *infra* subparágrafo 36.3 (“*Otras variantes de aprehensión del Derecho correcto más allá de las reglas*”).

DWORKIN, se descubre) o se argumenta, como la correcta para él; un juez puede confiar en la solidez de determinadas convicciones, pero no porque él las sostenga íntimamente –o a pesar de ello-, sino porque cree en la verdad abstracta de la misma.

El modelo de *juez Herbert* que presenta DWORKIN es, por ello, más simpático –y realista-, busca primero los límites del Derecho, para después completar con sus propias convicciones políticas lo que este requiere de cara a una decisión difícil y sin solución preestablecida; en cambio *Hércules*, de manera suprahumana

“Se vale de su propio juicio para determinar qué derechos tienen las partes que se presentan ante él, y una vez hecho ese juicio, no queda nada que pueda ser sometido a convicciones, sean las suyas o las del público.”¹⁷⁵⁵,

Hércules antes de fijar los derechos ya ha tenido en cuenta las tradiciones morales expresadas en todo el cuerpo material institucional (deducción inimaginable) en tanto que *Herbert* fijará los derechos de las partes y recurrirá, posteriormente a la moralidad (u otro plano valorativo) para fijar los derechos (abducción posible).

Por otra parte, en alguna medida el propio DWORKIN capitula, pues para criticar al realismo de cara al seguimiento de los argumentos de los jueces, desecha dogmáticamente esa corriente sosteniendo que si se apela a la discreción los jueces, en rigor, están efectuando una afirmación competitiva¹⁷⁵⁶, lo que reduce la cuestión a términos políticos y no epistémicos; máxime si se tiene en cuenta que pocas líneas después él mismo cae en un necesario constructo realista al señalar que:

“...cuando los buenos jueces tratan de explicar en términos generales de qué manera trabajan, buscan metáforas que describan las restricciones a que se sienten sometidos incluso cuando suponen que están legislando, restricciones que no serían apropiadas si fueran legisladores. Dicen, por ejemplo, que las nuevas normas se les aparecen como inmanentes en el derecho como tal, o que están imponiendo una lógica interna del derecho por mediación de algún método que pertenece más a la filosofía que a la política..., o que el derecho tiene una especie de vida propia, aunque esto pertenezca más a la experiencia que a la lógica.”¹⁷⁵⁷

¹⁷⁵⁵ DWORKIN, RONALD; *Los derechos en serio*, cit., pág. 202.

¹⁷⁵⁶ DWORKIN, RONALD; *Los derechos en serio*, cit., pág. 181.

¹⁷⁵⁷ DWORKIN, RONALD; *Los derechos en serio*, cit., pág. 185. *Hércules* no debería quedarse ni en las metáforas ni en las descripciones judiciales.

Además, cuando sostiene que la apelación a precedentes y principios lo son para justificar una decisión y no el enunciado de una nueva norma legal, no está más que destacando una verdad de perogrullo¹⁷⁵⁸; *Hércules* debe también asignar peso a diversos estándares cuando construya su esquema de justificación, y esto es demasiado laxo, a lo que se aduna que el recurso a los precedentes no siempre reportará proposiciones lo suficientemente precisas que orienten en un sentido interpretativo. Lo que trae otra duda ¿por qué se elige un precedente y no otro?, en rigor, sólo podrán orientar en sentidos *prima facie* el esquema de justificación. También, la exigencia de congruencia total es un fenómeno inaprensible, no hay manera de reconciliar todas las leyes y precedentes existentes –la ideología, idiosincracia, origen político, *et sit cétera* de cada Legislador difiere tanto espacial como temporalmente desarticulando las posibilidades-, cualquier conjunto de leyes y decisiones sólo halla explicación clara desde lo histórico, psicológico, sociológico, *et sit cétera*. Pero, como el propio DWORKIN dice

“...la coherencia exige una justificación, no una explicación, y la justificación debe ser plausible y no ficticia.”¹⁷⁵⁹

Finalmente, *Hércules* no privilegia sus propias convicciones políticas sobre las de la comunidad, él identifica una concepción particular de la moralidad comunitaria como decisiva para los problemas jurídicos –esa moralidad comunitaria sería la moralidad política que presuponen las leyes y las instituciones de la comunidad-, pero este juez filósofo (demasiado platónico a esta altura) debe confiar en su propio juicio para saber cuáles son los principios de dicha moralidad¹⁷⁶⁰, cae así en lo que se procura sortear: ineludiblemente se impone un juicio pseudo arbitrario en la base.

La noción de *integridad pura*, reporta material relevante, pues, parafraseando a DWORKIN

“El derecho que tenemos, el derecho actual y concreto, está fijado por la integridad inclusiva. Este es el derecho para el Juez, el derecho que está obligado a declarar y a hacer cumplir. Sin embargo, el derecho actual contiene otro derecho, que marca sus propias ambiciones... definido por la “integridad pura”. Consiste en los principios de justicia que ofrecen la mejor justificación del actual derecho visto desde ninguna perspectiva institucional en particular, abstrayendo así todas las

¹⁷⁵⁸ DWORKIN, RONALD; *Los derechos en serio*, cit., pág. 183.

¹⁷⁵⁹ DWORKIN, RONALD; *Los derechos en serio*, cit., pág. 194.

¹⁷⁶⁰ DWORKIN, RONALD; *Los derechos en serio*, cit., pág. 203.

restricciones de equidad y [debido] proceso que requiere la integridad inclusiva. Esta interpretación purificada se dirige directamente a la comunidad personificada... ésta declara cómo deben reformarse las prácticas de la comunidad para servir en forma más (adecuada) a la visión de justicia...”¹⁷⁶¹,

el modelo predetallado vislumbra la carga de valores que subyacen en las interpretaciones que efectúan los aplicadores del Derecho, el insoslayable soporte axiológico de las justificaciones; cabe separarse sin embargo, del profesor de Oxford en lo tocante a la idea de “la mejor justificación” o “la mejor versión del Derecho”, que criticaremos más adelante.

¹⁷⁶¹ DWORKIN, RONALD; *El imperio de la justicia*, cit., pág. 285.

§36.3- Otras variantes de aprehensión del Derecho correcto más allá de las reglas.

Derechos Humanos. Iusnaturalismo moderno. Las tesis inmanentistas. Los derechos absolutos y excepcionales. Recurso a justificaciones antológicamente superiores. Negación del carácter prima facie de los derechos humanos. El retroceso del paradigma positivista; tampoco retorno al iusnaturalismo extremo: la alternativa intermedia. Principios contruidos/ consensuados. El procedimiento. Kant. El Derecho correcto en el esquema sujeto- objeto. Teorías procesales de la verdad. El modelo consensual (Rawls). El modelo discursivo (Habermas). Lo justo y lo razonable. Interpretación comunicacional e interpretación constructiva. Objeciones: dificultades metodológicas e interpretaciones incommensurables. Sin respuesta única correcta, la elección del sujeto. La mejor interpretación posible. Soslayamiento de teorías morales sustantivas: Teorías procesales. Decisión práctica racional. imposibilidad de una única respuesta correcta. Parámetros suprapositivos: contenido material. Discurso moderno como método. La teoría procedimental rawlsiana (“equilibrio reflexivo”). Justicia procedimental pura. Reconstrucción de la objetividad de modo procedimental.

En otro orden de ideas, otra crítica jurídico-institucional se halla en la universalización del discurso acerca de los “Derechos Humanos” y su paulatina incorporación como fuente de soluciones jurídicas en el marco de los diferentes derechos nacionales. Esto hizo necesario concebir a dichas facultades como estricto Derecho, a pesar de su “positividad” menguada o inexistente y de su carácter inexcusablemente ético. Esas “nuevas realidades” han devenido en una aplastante crítica para el positivismo normativista-estadista, que si bien ha intentado a veces recursos ingeniosos para explicarlas en el marco de un paradigma pensado reductivísticamente y para otros contextos, esos recursos no han alcanzado su objetivo y los pensadores positivistas han debido limitarse exclusivamente al tratamiento de alambicadas cuestiones lógico-semánticas sin relevancia social, interés moral, ni repercusión intelectual.

La nota que nos interesa resaltar aquí respecto de los Derechos Humanos es que el título que los funda de inmediato (i.e. la humanidad del sujeto que tutelan), es considerado, de forma invariable, como axiomáticamente superior a los títulos de aquellos derechos que no se consideran habitualmente como “humanos”. Se trata por tanto de derechos de mayor jerarquía deóntica que los restantes: son “derechos superiores” o “derechos anteriores” al resto de los derechos, al de los derechos positivos. Cuando se los menciona, se habla de derechos que *deben ser reconocidos*, cuya violación importa

injusticia e incluso el derecho a la resistencia¹⁷⁶². Simplemente, entonces, los Derechos Humanos son derechos que preexisten a las leyes positivas,

“Esto es así, toda vez que de no mediar ese carácter preexistente o ‘superior’, todo el lenguaje habitual acerca de los derechos humanos carecería de inteligibilidad.”¹⁷⁶³

La significación que se impone del uso habitual del lenguaje acerca de los Derechos Humanos, estos se presentan como aquellos derechos subjetivos que tienen su justificación en las notas esenciales del ser del hombre (i.e. lo que se ha llamado la “hominidad”), y además se poseen, los establezca o no, o aun en contra, del derecho positivo. Lo dicho supone la existencia de principios suprapositivos en que se fundan estos derechos, esta afirmación subraya la indudable relación entre los Derechos Humanos y el iusnaturalismo, ya que la existencia de principios jurídicos suprapositivos caracteriza como propiedad a ésta última corriente, y con fulcro en este aserto, los Derechos Humanos postulan la posibilidad de evaluar axiomáticamente las normas positivas vigentes por referencia a principios normativos superiores. Sólo desde una posición iusnaturalista es posible sostener coherentemente la existencia de Derechos Humanos, así como su valor como criterios o paradigmas críticos de la normación positiva, de no aceptarse la existencia de al menos un principio suprapositivo que les sirva de fundamento, debe concluirse necesariamente en la irrelevancia de las afirmaciones que los tienen por objeto (además es un dato innegable que los Derechos Humanos nacieron históricamente en el ámbito del iusnaturalismo moderno)¹⁷⁶⁴.

No escapa a nuestra observación que, las llamadas *tesis inmanentistas*, han destacado que las proposiciones del razonamiento justificador de los Derechos Humanos no

¹⁷⁶² MASSINI CORREAS, CARLOS I.; *Filosofía del Derecho*, t. I, cit., pág. 114.

¹⁷⁶³ MASSINI CORREAS, CARLOS I.; *ibídem*.

¹⁷⁶⁴ Pero aun el positivismo debe recurrir a manejos amplios de su doctrina para dar cabal inserción a estos derechos, cuya existencia es indudable. Así, por sólo mencionar la construcción que nos parece más interesante, OTFRIED HÖFFE ha señalado desde el objetivismo ético- jurídico que se impone un razonamiento *entimémático*, esto es, que presupone ciertas premisas deónticas que otorgan deonticidad a la conclusión, “Una filosofía jurídica normativa que se apoye en enunciados acerca de la naturaleza del hombre y del mundo no tiene por qué ser lógicamente falsa. Pues esa argumentación puede ser entendida como un entimema, como una inferencia incompleta que no menciona expresamente premisas demasiado evidentes.”; así, en el razonamiento que justifica la existencia de Derechos Humanos, se dan por supuestas ciertas proposiciones deónticas, donde esas proposiciones no son inferidas de afirmaciones teóricas o descriptivas, ni de ninguna otra proposición, ya que son *autoevidentes* (i.e. aprehensibles en su significación ni bien se conoce la significación de sus extremos). HÖFFE, OTFRIED; *Estudio sobre la teoría del derecho y la justicia*, Alfa, Barcelona, 1988, pág. 115.

designa una realidad trascendente. Pretende fundar a estos en realidades infrahumanas: el consenso, la aceptación razonable, la conciencia individual, *et sit cétera*. Pero la realidad es que esta intelección da la espalda al lenguaje habitual en la materia (ya sea el del hombre corriente como el contenido en los pactos y convenciones), obsérvese que nadie “reclama” el derecho a no ser muerto injustamente basándose en un mero consenso revocable o mudable de forma más o menos arbitraria; sino que se hace referencia a la noción de que tales derechos tienen un fundamento “más fuerte” que el simple acuerdo, de donde no pueden ser dejados de lado aun en el caso de la mutación del consenso. Dicho de otra forma, los Derechos Humanos se esgrimen como absolutos, como inexcusables, como excepcionales. Pero tal carácter absoluto sólo es justificable si la razón última por la cual es dable reclamar a los Derechos Humanos, tiene a su vez carácter absoluto¹⁷⁶⁵. Entonces, sostener que existen derechos que valen siempre y sin excepción (i.e. que nadie está autorizado a sobreponer su interés personal o grupal por sobre ellos, ni que son derrotables por consideraciones de utilidad o conveniencia) significa afirmar que la premisa mayor del razonamiento (i.e. la justificación) ha de ser también absoluta: definitiva. Una premisa que llene esas características ha de ser necesariamente trascendente, esta remisión a una realidad absoluta y trascendente, carece de relevancia para nuestro estudio: que se la llame DIOS, Providencia, *et sit cétera*; lo que sí es relevante es que claramente el recurso a tal justificación (y en lo que aquí importa el recurso al que apelan los jueces) es ontológicamente superior, y precisa que los Derechos Humanos alcanzan una fuerza racional no sujeta a la mutabilidad y variabilidad de la elección coyuntural, descartamos entonces el inmanentismo que para fundar derechos absolutos como los de mención recurre a principios no- absolutos, relativos al consenso interindividual, a la utilidad ocasional. Esto, a más de ser lógicamente incorrecto, carece de fuerza racional necesaria para fundar derechos absolutos y las construcciones a tal efecto sólo pueden ser creaciones estéticas pero huera de sustancia.

Otro recurso sería sostener que los Derechos Humanos son derechos *prima facie*, superables o relativos, pero tal aserto reconduciría a la noción de cancelación o invalidación de la misma idea de existencia de tales derechos. Unas exigencias que pueden

¹⁷⁶⁵ Desde la lógica se impone que las premisas de un razonamiento, no sean más débiles que sus conclusiones (v.g. extraer de premisas relativas, conclusiones apodícticas).

ser dejadas de lado por consideraciones contingentes, no pueden ser tenidas como Derechos Humanos, pues estos deben ser cumplimentados y no pueden ser excepcionados, una exigencia absoluta o sin excepción, de no reunir tales requisitos, podrá devenir en todo caso un ruego o una súplica, pero no un derecho. El derecho se tiene o no se tiene, no puede tenerse más o menos, débilmente, o *prima facie*. En síntesis, quienes consideran a los Derechos Humanos como relativos, y fundados en principios relativos, terminan negando directamente a estos.

Finalmente, en el campo de lo estrictamente intelectual y, más precisamente, en el de la teoría del conocimiento y de la ciencia, resultó que el paradigma positivista, según el cual el conocimiento sólo podía ser denominado “científico” cuando reunía los caracteres de: a) meramente experimental-exacto; b) puramente descriptivo y, por consiguiente, libre de cualquier tipo de valoraciones, conforme al *dictum* de MAX WEBER; y c) reducido a objetos materiales cuantificables, con el consiguiente estrechamiento del ámbito de la experiencia¹⁷⁶⁶; no pudo ser ya defendido consistentemente en sede científica. En especial, fue cuestionado el exclusivismo de ese modelo epistémico, tanto por los filósofos de la ciencia y epistemólogos (v.g.: KUHN, POPPER, *et sit cétera*), como por filósofos generales, que impugnaron la adopción excluyente del modelo de las ciencias positivas como paradigma universal de todo conocimiento riguroso y propusieron alternativamente patrones cognoscitivos de carácter fenomenológico, hermenéutico, tópico-dialéctico, lingüístico-estructural o filosófico-práctico. Diversas líneas de la contemporánea epistemología de las ciencias humanas y de las ciencias sociales se han pronunciado por una ampliación del ámbito de la experiencia en el campo de las Realidades humanas, así como por una diversificación de los métodos cognoscitivos, adecuándolos a las características del objeto estudiado, y a las diversas perspectivas de abordaje de un mismo objeto; entre estos ensayos es necesario mencionar a las propuestas vinculadas a la filosofía hermenéutica, que promueven la adopción de un punto de vista interno a las prácticas sociales y la especial consideración de los contextos de sentido, de las tradiciones jurídicas y de las perspectivas interpretativas, consideradas en oposición a las analíticas¹⁷⁶⁷.

¹⁷⁶⁶ MEYER, HERMANN J.; *La tecnificación del mundo*, (trad. R. de la Vega), Gredos, Madrid, 1966.

¹⁷⁶⁷ DWORKIN, RONALD; *El imperio de la justicia*, cit., págs. 35 a 71.

Estas críticas al positivismo, no implican postular *ipso facto*, un retorno a las corrientes del Derecho Natural, una buena cantidad de los pensadores no-positivistas o antipositivistas se encuentran empeñados hoy en día en una persistente búsqueda de una nueva vía que, sin recaer en el temido iusnaturalismo, provea al Derecho de ciertos elementos que aparecen como racionamente indispensables: ante todo, de una justificación racional de la obligación jurídica, mas allá del mero *factum* del poder coactivo, sea éste estatal o social; y en segundo lugar, de una instancia de apelación ética, desde la cual sea posible juzgar crítica o valorativamente los contenidos del Derecho positivo. Lo que se intenta por los autores transpositivistas contemporáneos es alcanzar las ventajas propias del iusnaturalismo clásico: su defensa de un fundamento racional de la normatividad jurídica y de un criterio objetivo de estimación ética, sin necesidad de comprometerse con la existencia de normas de carácter inexceptionable, ni con la existencia de bienes humanos básicos, ni con la adopción de un punto de vista integralmente cognitivista respecto de las realidades eticojurídicas. Conforme a esto, la gran mayoría de los pensadores enrolados en esta pretendida alternativa intermedia entre iusnaturalismo e iuspositivismo han adoptado, además de un cognitivismo a medias, una concepción explícita o implícitamente constructivista de la normatividad ética, es decir, una perspectiva según la cual los principios eticojurídicos son de algún modo “construidos”, “inventados”, “consensuados” o “elaborados” por los sujetos a través de un determinado procedimiento de la racionalidad práctica, entendida en sentido radicalmente constructivo. En éste sentido podemos examinar la obra de KAUFMANN, ampliamente utilizada hasta aquí, y las digresiones del “Segundo” RADBRUCH.

En torno a las cuestiones del Derecho Natural, ya hemos vertido opinión al examinar el pensamiento de KARL ENGISCH, por lo que remitimos a lo expresado en el punto a los fines de no dilatar la exposición¹⁷⁶⁸.

Ahora bien, si hablamos de la importancia del procedimiento para nuestra posición, y procuramos no involucrarnos (por las limitaciones propias que nos hemos impuesto), en fundamentaciones axiológicas, viene a cuento la crítica del conocimiento de KANT, que condujo a un nuevo principio procesal, a partir de su *lógica trascendental* se

¹⁷⁶⁸ Ver *supra* parágrafo 21 (“Nuestra crítica a la posición de Karl Engisch”).

entiende que los objetos no son dados en su puro ser en sí, una representación sólo puede ser pura, cuando ella no está mezclada con ninguna sensación¹⁷⁶⁹.

Sostiene KANT que nuestra naturaleza implica el que la intuición sólo puede ser sensible. El entendimiento no es capaz de intuición, es únicamente la capacidad de pensar el objeto de la intuición¹⁷⁷⁰. No le es adecuada ninguna facultad creadora activa del conocimiento, por ende, ningún conocimiento *a priori* es posible, excepto sólo de objetos factibles de experiencia. El entendimiento no puede sobrepasar jamás los límites de la sensibilidad, dentro de la cual únicamente son dados los objetos¹⁷⁷¹.

Se trata de un rechazo a todo pensamiento ontológico- sustancial, no sólo del Derecho Natural sino también del positivismo jurídico. KANT no ha dado la vuelta al esquema sujeto- objeto; su pensamiento no es *objetivista* y tampoco *subjetivista*, sino *procesal*. La fundamentación kantiana de la ley moral, no es una demostración empírica de la misma como un hecho de consciencia ni una apelación a un sentimiento moral, es un proceso de pensamiento muy sutil. Lo ideal es la forma perceptiva que se representa extensamente con todas sus propiedades percibidas, en tanto lo real es la cosa en sí y para sí independiente de su representación en otro; KANT ha señalado que la esencia puramente objetiva de las cosas, no se corresponde con lo real, pues están condicionadas por el espacio, el tiempo y la causalidad, son independientes de nuestras representaciones¹⁷⁷². El conocimiento empírico en el profesor de Königsberg recibe un elemento que es de origen subjetivo y otro que es de origen objetivo, por ello en KANT la esencia objetiva de las cosas o la realidad no es independiente de nuestra concepción, y esto hasta donde se extiende *a priori* de nuestro conocimiento, pero no más allá (va hasta los límites del conocimiento). El contenido de la percepción empírica es subjetivo, como asimismo las formas del conocimiento que se proyectan hacia fuera son subjetivas, la materia como la forma de la representación perceptiva derivan del sujeto, de allí que el conocimiento empírico se derive de dos baremos provenientes del propio individuo: la sensación y las formas dadas *a priori*¹⁷⁷³.

¹⁷⁶⁹ KANT, IMMANUEL; *Crítica de la razón pura*, cit., págs. 81 y ss.

¹⁷⁷⁰ KANT, IMMANUEL; *Crítica de la razón pura*, cit., págs. 139 y ss.

¹⁷⁷¹ SCHOPENHAUER, ARTHUR; *op. cit.*, pág. 58.

¹⁷⁷² SCHOPENHAUER, ARTHUR; *op. cit.*, págs. 66 a 67.

¹⁷⁷³ SCHOPENHAUER, ARTHUR; *op. cit.*, pág. 72.

El *imperativo categórico* de KANT, no es un principio de contenido moral sino un procedimiento. El pensador de Königsberg, entendía que, las reglas y los principios morales, no se refieren a una realidad empírica, sino a un proyecto, a un “deber ser”; su realidad no estriba en su comprobación inmediata, sino que aquella le deriva de su posibilidad de realización y organización de lo real. La meta del uso regulativo de las ideas, es proporcionar la mayor unidad posible a nuestro conocimiento, ello es una ley necesaria de la razón, porque sin ésta ley no habría razón, y sin razón no habría uso coherente del entendimiento, y por lo tanto se carecería de un criterio de verdad empírica; la importancia de la idea regulativa reside en que da dirección al pensamiento¹⁷⁷⁴. El conocimiento procede como si hubiera tales objetos y la meta del conocimiento fuera conocerlos, el progreso del conocimiento es un proceso que nunca termina, hacia esta meta, es un ideal. La idea no da origen a la suposición de la existencia de algo que reside fuera de la experiencia, su función es organizar mejor y entender lo que reside dentro de la experiencia¹⁷⁷⁵.

Siguiendo al KANT de la *Crítica de la razón pura* se busca establecer si es posible el conocimiento del Derecho, es decir, si son posibles los juicios sintéticos a priori en el Derecho. Es establecer las condiciones desde el sujeto y no desde el objeto del conocimiento del Derecho¹⁷⁷⁶. BOBBIO lo explica magistralmente, para el profesor de Turín, en KANT

“...la tarea del derecho no consiste en establecer qué es lo que los individuos deben hacer en sus relaciones recíprocas, sino cómo deben hacerlo, a fin de no entrar en conflicto recíproco. El derecho no dice, siguiendo el ejemplo, qué cosa debo comprar, esto es, si debo comprar un caballo o un automóvil, pero dice cómo debo comprarlo, es decir, de qué forma debo actuar...”¹⁷⁷⁷,

este andarivel, subraya BOBBIO, impone que, todas las teorías que obtienen un cierto grado de sistematicidad son formales.

Ahora bien, efectuando una petición de principios, podemos sostener que *a priori*, la Filosofía del Derecho se orienta hacia el problema del “Derecho correcto” y con ello, en definitiva, hacia la justicia. Expresándolo rigurosamente, se habla de la *verdad de*

¹⁷⁷⁴ SCHOPENHAUER, ARTHUR; *op. cit.*, pág. 70.

¹⁷⁷⁵ BOLÍVAR ESPINOZA, AUGUSTO; *op. cit.*, pág. 8.

¹⁷⁷⁶ KANT, IMMANUEL; *Crítica de la razón pura*, cit., págs. 138 a 140.

¹⁷⁷⁷ BOBBIO, NORBERTO; *El problema del Positivismo Jurídico*, cit., pág. 159.

las *proposiciones normativas*, de su *corrección*. Ateniéndonos a la terminología corriente, es dable hablar de verdadero- falso en los *enunciados empíricos*, pero en los *enunciados normativos* debe sostenerse el dualismo correcto- incorrecto.

Esto ha pretendido rechazarse, desde el *Derecho Natural* clásico se pueden fundamentar normas correctas de la misma manera que los verdaderos enunciados fácticos. Desde el *nominalismo*, los enunciados normativos no son en absoluto susceptibles de verdad.

No pueden absolutizarse este tipo de cuestiones. En el campo de lo normativo, concordancia e intersubjetividad dependen parcialmente de otros factores diversos al ámbito de lo descriptivo. De otra parte es cierto que los enunciados normativos a menudo no tienen el grado de claridad y exactitud que muestran los enunciados empíricos.

Así, en la esfera de lo normativo, puede haber criterios de evidencia y falsación; de experiencia y observación; de formación de juicios y argumentación racional, que viabilicen hablar de conocimientos correctos. Seguramente que no ya de la única solución correcta, sino en gran medida de respuestas sustentables¹⁷⁷⁸.

Durante mucho tiempo se sostuvo que el “Derecho correcto” era algo *objetivo*, un objeto, una materia que se hallaba frente al sujeto cognoscente, ello se atiene al esquema sujeto- objeto, donde el conocimiento implica la separación rigurosa del objeto y del sujeto, en el conocimiento no influye nada subjetivo. Es el mecanismo propio del *iusnaturalismo*.

Sin embargo, el *positivismo jurídico* construye igual, pues para él, el Derecho es la ley positiva establecida, entendida como algo completamente objetivo que el aplicador deja intacto.

Esto es equivocado, en las ciencias comprensivas orientadas conforme a sentido no puede utilizarse sin más el esquema sujeto- objeto, donde el Derecho o bien surge de la “naturaleza” considerada siempre igual, o de la “ley” formulada de forma

¹⁷⁷⁸ Si los conocimientos así fundamentados merecen el predicado de “científicos” es cuestión que dependen del concepto de ciencia que se sostenga. Es por ello un falso problema.

abstracta y general. Quien conoce trae consigo una “precomprensión”¹⁷⁷⁹. Una comprensión de tal perfil no es objetivable –pues el sentido no es ninguna substancia- y tampoco subjetiva, sino reflexiva y orientada situacionalmente; es objetiva y subjetiva al mismo tiempo. La intención en las ciencias comprensivas de separar la racionalidad de quien comprende se halla condenada al fracaso.

Teniendo en cuenta que el imperativo categórico de KANT importa atreverse a deducir enunciados de contenido moral a partir de un procedimiento, no puede soslayarse que han existido intentos de ensayar la posibilidad de obtener contenidos desde la forma, donde la “pura forma”, el “puro deber ser”, pudieran producir contenidos y reglas concretas de conducta. Estos intentos constituyen las llamadas “Teorías Procesales de la verdad”. Modelos de esto han sido el *modelo de contrato* del que JOHN RAWLS es su exponente y el *modelo discursivo* propugnado por JÜRGEN HABERMAS (si bien el imperativo categórico Kantiano es monológico y el de él comunicativo y cooperativo). Para ambos el *consenso* es el criterio rector de la verdad. Para el primero, a fin que su sistema funcione presume ya determinadas concepciones de justicia, y naturalmente las suyas propias o las de su sociedad –la sociedad norteamericana del siglo XX-, no puede determinar exactamente reglas de procedimiento sin tener un presentimiento de lo que de allí debe salir; lo que viene a señalar que los contenidos normativos, en modo alguno, se consiguen únicamente del procedimiento, ellos provienen ya del saber previo. RAWLS señala desde el comienzo de su investigación, el resultado que logra intuitivamente antes de establecer el resultado experimental.

Por el lado de HABERMAS, se presentan también problemas, pues a fin de dotar de coherencia a su construcción, el discurso y el consenso idealmente logrados, no existen en la realidad, son supuestos. Se plantea –como ROBERT ALEXY- la tarea de lograr contenidos verdaderos o correctos desde el proceso de comunicación racional, pretendiendo que los enunciados normativos serán correctos cuando sean el resultado de un determinado proceso: el del discurso racional. Pero ello lo logra a partir de las cualidades formales del discurso, precisa del mejor argumento para dar una solución, pero no da ninguna solución sobre cuál es la base de dicho mejor argumento, de allí que su solución sea arbitraria. Se da

¹⁷⁷⁹ Este es el meollo del razonamiento abductivo- analógico que destacamos *supra* y del método jurídico como creación del Derecho. Ver *supra* los anteriores párrafos de éste capítulo IV (“Interpretación y aplicación de las normas penales”).

por satisfecho con que cada discurso proporcione, con base en el mejor argumento, una solución, pero no suministra indicaciones de cómo puede aparecer dicha solución en un caso concreto.

Este proceso intelectual es ficticio, carece de contenido, nada puede infiltrarse desde afuera en el discurso; la fundamentación formal de juicios morales y jurídicos correctos ha de garantizarse sobre todo mediante la observancia de la racionalidad formal. La importancia principal de la posición discursiva se basa en la convicción de que sólo las reglas formales, pueden decidir sobre la corrección del consenso alcanzado en el discurso; lo que sólo se logra ante problemas muy abstractos, cuanto más concretos son los problemas, menos consenso se obtiene. Asimismo no puede equipararse el consenso de los participantes del discurso con el consenso de todos los afectados; capaces de consenso son sólo aquellos que entienden argumentar racionalmente –no cualquiera puede ser participante en el discurso–, por ello, el discurso sólo puede efectuarse entre participantes de la misma categoría. En síntesis, es problemático el logro formal de un consenso, no existe la situación ideal de comunidad de comunicación, el discurso ideal es sólo un proceso mental que sólo tiene lugar en las concepciones de los éticos discursivos y que por principio carece de contenido.

La *teoría de sistemas* de NIKLAS LUHMANN es una teoría procesal aunque no una teoría de la verdad o la justicia.

Una teoría de la justicia real, necesariamente es de contenido, y como ellos provienen de la experiencia, no ofrecen fundamentación final sino sólo juicios problemáticos, decisiones riesgosas.

“Difícilmente llegaríamos al concepto de lo justo simplemente buscando traducciones en contextos particulares...”

FLETCHER destaca que tanto en el modelo continental- europeo, cuanto en el anglosajón, la noción de lo *justo* es de utilización usual, sólo que en el segundo modelo se utiliza el “equivalente sistémico” de lo *razonable*¹⁷⁸⁰. Específicamente en el Derecho Penal, las

¹⁷⁸⁰ El discurso anglosajón según FLETCHER utiliza de continuo expresiones como “tiempo razonable”, “retraso razonable”, “confianza razonable”, “cuidado razonable”, “provocación razonable”, *et sit cétera*. A pesar de la supuesta firmeza del *common law*, entiende el autor estadounidense que éste no podría funcionar si no estuviera siempre presente esta figura hipotética en el centro del debate jurídico, “Ni siquiera podemos empezar a argumentar sobre muchos temas de responsabilidad e imputación sin antes preguntarnos lo que una persona razonable haría en determinadas circunstancias.” FLETCHER, GEORGE; *op. cit.*, pág. 22.

causales de justificación y la exculpación, apelan al concepto de lo justo, el que además sirve para diferenciar entre dichos niveles –léxicamente ordenados-.

“Que una persona no pueda ser juez en su propio caso, que nadie pueda beneficiarse de su propio error, que ninguna persona inocente pueda ser castigada, son principios ya aceptados como derecho reconocido...”

FLETCHER procura con estos esbozos distanciarse de los positivistas que conciben al Derecho como reducible a un conjunto de leyes positivadas, una parte o todo el sistema legal es una expresión de justicia¹⁷⁸¹ (sea que se aluda a la moral kantiana, al principio de justicia de RAWLS u otro).

Una concepción moderna del Derecho, para éste autor, conduce por sí misma a los conflictos y en el camino para resolverlos aparece el compromiso entre el deber moral de proteger los intereses de los demás, y la autonomía asegurada por la estructura básica; ello importa, en el Derecho Penal, ponderar las leyes positivas, frente a otros estándares comprometidos como los valores de seguridad y de la libertad externa, negociando esos aspectos de autonomía personal contra otros intereses, en un esfuerzo para resolver el conflicto social (v.g., el art. 34.6° del Código Penal argentino establece que el que actúa en legítima defensa actúa lícitamente, hasta ahí la norma, pero ello debe ponderarse a la luz de estándares embebidos por los extremos reseñados: “agresión ilegítima”, “racionalidad del medio empleado para repeler la agresión” y “falta de provocación suficiente”; de estos se deduce la máxima –que en rigor es un principio que ilumina la interpretación del instituto en cuestión- de que el Derecho nunca debe ceder al injusto). El análisis de lo justo, para FLETCHER, opera necesariamente en el Derecho –en lo esencial consideraciones humanitarias-, aunque difiera en su argumentación respecto a los distintos niveles de análisis (justificaciones, exculpaciones).

Tanto el concepto de “justo”, como el de “razonable”, representan esfuerzos por trascender las fuentes del Derecho positivo y alcanzar un plano normativo más alto y duradero. Tanto el Derecho anglosajón como el alemán entienden que los jueces no solamente están vinculados por reglas positivas, sino también por principios de moralidad y justicia¹⁷⁸².

¹⁷⁸¹ FLETCHER, GEORGE P.; *op. cit.*, pág. 59.

¹⁷⁸² FLETCHER, GEORGE P.; *op. cit.*, pág. 93.

“No siempre sabemos qué es lo razonable, pero trabajar con ese concepto abierto en el núcleo de nuestro sistema nos salva de sufrir los límites excesivamente restrictivos del positivismo. Sea lo que sea lo que los filósofos argumenten, sabemos que la regla de la ley significa más que la ley de las reglas.”;

sin embargo destaca FLETCHER que algo diferencia a lo *justo* de lo *razonable*; el primero impone un Derecho monista, es decir, la respuesta de una sola respuesta correcta en toda disputa jurídica –sólo una de las partes en un conflicto actúa justificadamente-. El criterio de lo razonable, lleva a un Derecho pluralista, pues si bien tal vez sólo una de las partes actuó de acuerdo con el Derecho, ambas partes del conflicto pueden haber actuado de forma razonable –ambas partes pueden haber actuado en un conflicto justificadamente-. En una visión interesante, que nos sirve aquí, FLETCHER indica que ésta distinción permite entender mejor el debate entre HART y DWORKIN; para el primero, como no es posible tratar la cuestión de que se trate, como si sólo una fuera la respuesta correcta, si existen diversas soluciones razonables para una disputa, entonces no existe medio de decidir entre ellas, salvo por el ejercicio judicial de la discrecionalidad, bucea en un Derecho pluralista. DWORKIN, por el contrario, parte de un Derecho monista, pues existe una respuesta correcta en toda disputa, aunque sea difícil descubrirla, si existe una única verdad para un problema y los jueces están obligados a encontrar esa verdad, entonces no pueden elegir entre alternativas razonables,

“...DWORKIN argumenta que siempre hay una solución que es la mejor entre los diversos materiales legales aplicables a un caso particular y sólo una interpretación de esos materiales que también es la mejor. Sea cual fuere el rumbo al que ese argumento monista lleve, la pretensión del trabajo de DWORKIN es elaborar una teoría de lo justo en el Derecho americano.”¹⁷⁸³

La tesis de FLETCHER es claramente *sustantiva*.

DWORKIN sostiene la tesis de que “el Derecho es interpretativo en todo respecto”, análisis compartido en nuestra propuesta¹⁷⁸⁴, el Derecho es una cuestión de interpretación y ello se vincula con consideraciones acerca de qué ha de determinar el Derecho en un caso dado. Para el profesor de Oxford la *Teoría del derecho* es una *teoría de la adjudicación*, ya que ambas teorías se relacionan con igual tarea: atribuir a una práctica

¹⁷⁸³ FLETCHER, GEORGE P.; *op. cit.*, pág. 97.

¹⁷⁸⁴ Ver *supra* párrafos 31 (“La Interpretación jurídica”), 32 (“La Interpretación jurídica y la administración de justicia”), y 34 (“La aplicación del Derecho. Las conclusiones lógicas en el Derecho”).

dada la mejor interpretación disponible¹⁷⁸⁵. Si bien, éste análisis es más propio de nuestra presentación de la *interpretación* en sí que efectuaríamos *supra*, lo hemos reservado para éste apartado en virtud de su vinculación con los temas que aquí se examinan, así DWORKIN señala dos categorías de interpretación posibles: a) la *interpretación conversacional* equivalente a descubrir las intenciones comunicativas del hablante, y b) la *interpretación constructiva* donde los propósitos en juego no son los del autor sino los del intérprete, consiste en atribuir un propósito a una práctica o un objeto, a fin de hacer de estos el mejor ejemplo posible de la forma o el género al cual se considera que aquella práctica u objeto pertenece.

Si bien la *interpretación conversacional* podría ser el modelo básico, pues un Legislador podría presentar su intención de modo que un determinado texto se entendiera de una forma específica, independientemente de que una interpretación lo presentara de manera más favorable; no es menos cierto que cuando se interpreta, en numerosas ocasiones no se toman en cuenta las intenciones del autor, pues para el intérprete lo relevante es la significación de la obra en sí. De esto se trata la primacía de la interpretación objetiva sobre la subjetiva analizada *supra*¹⁷⁸⁶. La *interpretación* es entonces esencialmente *constructiva* –decisivo en DWORKIN–,

“...clarifica el modo en el que todas las formas de interpretación dependen radicalmente de valores o, en otras palabras, el modo en el que los juicios valorativos determinan profundamente sus interpretaciones.

“DWORKIN siempre ha sostenido que el derecho en una comunidad determinada no puede ser identificado sin recurrir a valores. Evidentemente, está en desacuerdo con el positivismo jurídico.”¹⁷⁸⁷

La suposición de DWORKIN de que los requerimientos del Derecho, deben estar conforme con su propósito o valor, diluye la separación positivista entre Derecho y moral, entre lo que es el Derecho y lo que debería ser. Es natural suponer que cualquier actividad realizada para procurar un fin o promover un valor, debería responder en alguna

¹⁷⁸⁵ MARMOR, ANDREI; *op. cit.*, pág. 55.

¹⁷⁸⁶ Ver *supra* párrafos 31 (“La Interpretación jurídica”), 32 (“La Interpretación jurídica y la administración de justicia”), y 34 (“La aplicación del Derecho. Las conclusiones lógicas en el Derecho”).

¹⁷⁸⁷ MARMOR, ANDREI; *op. cit.*, pág. 59.

medida a dicho valor, sin embargo desde el positivismo se suele impugnar este aserto para las prácticas sociales¹⁷⁸⁸.

Pero, como ya se ha dicho, DWORKIN sostiene que la interpretación consiste en arribar al mejor ejemplo posible de la forma o género al cual se considera que pertenece. MARMOR critica con agudeza, que a menudo las interpretaciones no son presentadas por el intérprete mismo como pretende el profesor de Oxford, generalmente, los juicios valorativos pueden entenderse de dos maneras: sea con el propósito de que el juicio fuera universalmente aceptado, o no tener dicho propósito. Ejemplo de lo primero son los juicios morales, pero los juicios de gusto (v.g. preferir un concierto de piano antes que los de violín), son ejemplos de lo segundo¹⁷⁸⁹.

MARMOR destaca que una tesis como la dworkiniana debe ser rechazada, pues se enfrenta a dos dificultades inerradicables. En primer lugar hay una dificultad *metodológica*, pues, si no tiene sentido proponer una interpretación sin tener a su vez el propósito de que sea universalmente aceptada, esto tiene que explicarse a partir del significado de “interpretación”; cuando se propone una interpretación de algo, pero se admite que éste algo podría ser presentado de una mejor manera, DWORKIN afirma que se pierde el sentido de por qué esa persona afirma la lectura que hace. Sin embargo cabe señalar que a menudo ese no es el caso, sino que muchas veces se efectúan interpretaciones en procura de comprender la complejidad y riqueza de algún problema, desde una nueva perspectiva, sin procurar que la interpretación presente su objeto de la mejor manera posible¹⁷⁹⁰.

La segunda objeción estriba en que a menudo no se puede presentar algo de una mejor manera, pues

“...las interpretaciones son muy a menudo inconmensurables.”¹⁷⁹¹,
si las interpretaciones reflejan ciertos valores que el intérprete encuentra plasmados en el género pertinente, es posible que diferentes juicios valorativos primarios y/o secundarios, sean inconmensurables, cada interpretación puede presentar al objeto de manera diferente,

¹⁷⁸⁸ MARMOR, ANDREI; *op. cit.*, pág. 63.

¹⁷⁸⁹ MARMOR, ANDREI; *op. cit.*, pág. 75.

¹⁷⁹⁰ MARMOR, ANDREI; *op. cit.*, pág. 76.

¹⁷⁹¹ MARMOR, ANDREI; *ibídem*.

lo que no importa tanto como decir que “todo vale”, sino que sólo sostiene que algunas interpretaciones son inconmensurables.

FINNIS también rechaza la idea de una única respuesta correcta pues entiende, con razón creemos, que:

“...la distinción particularmente relevante en teoría jurídica es la que existe entre el tercer orden (existencial, moral) y el cuarto orden (cultural, técnico). Pocas elecciones moralmente significativas pueden ser llevadas a cabo sin emplear alguna técnica formada culturalmente; y ninguna técnica cultural puede ser habilitada para uso humano sin alguna elección moralmente significativa.

“...el razonamiento y la racionalidad jurídica tienen... su carácter distintivo y su peculiar evasividad, porque al servicio de un propósito del tercer orden: el existencial y moral de vivir juntos un justo orden de relaciones imparciales y correctas, existe y se está construyendo un objeto del cuarto orden: el derecho... Este objeto cultural construido o... establecido por elecciones humanas creativas, es un instrumento, una técnica adoptada para un propósito moral y adoptada porque no hay otra forma disponible de estar de acuerdo, en lapsos significativos de tiempo, acerca de, precisamente, cómo perseguir bien ese proyecto moral.”¹⁷⁹²,

para FINNIS, en los *casos difíciles*, la búsqueda de una única respuesta correcta es incoherente y sin sentido, pues existe una insoslayable inconmensurabilidad entre las razones que abonan en el sentido de una solución determinada. Por tanto, como no existe un único baremo con el que medir el ajuste o la corrección moral de cada opción posible, no puede hablarse de una “solución mejor”, pero aun existiendo esta, no sería posible una elección propiamente dicha entre las alternativas disponibles¹⁷⁹³. La inconmensurabilidad, la ausencia de cualquier baremo identificable racionalmente para medir,

“...o una escala para sopesar los bienes y los males en debate, es mucho más penetrante e intensa de lo que se podría imaginar de la simple descripción dworkiniana del razonamiento jurídico (por otra parte)... la elección moralmente significativa sería innecesaria e imposible, si una opción pudiera ser demostrada como *la mejor*, en una sola escala que, como todo razonamiento agregativo, jerarquizara las opciones en un único orden transitivo. Si hubiera una razón (para hacer x) que algún método racional de comparación... identificara como

¹⁷⁹² FINNIS, JOHN; *Derecho natural y razonamiento jurídico* (trad. C. I. Massini Correias), en “Persona y Derecho”, nro. 33, Pamplona, 1995, págs. 19 a 21.

¹⁷⁹³ FINNIS, JOHN; *Derecho natural y razonamiento jurídico*, cit., pág. 25 y ss.

racionalmente preferible, la razón alternativa (contra hacer x) al estar así identificada como racionalmente inferior, cesaría de ser racionalmente atractiva, al menos en esa situación de elección... Allí no cabría (entonces)...ninguna elección del tipo que esas teorías morales buscan guiar.”¹⁷⁹⁴

Allí entonces la alternativa elegida, solo aparentemente parece tener una supremacía, una única rectitud, pero lo cierto es que la elección no fue guiada por “la respuesta correcta”, sino establecida en los sentimientos, o las disposiciones del que realizó la elección (lo que en definitiva abona nuestra tesis a lo largo de estas líneas).

En los casos judiciales resulta necesario distinguir la cuestión de la *corrección* de una solución jurídica, de la referida a la *justicia*. La primera se refiere a la mera adecuación o no de la conducta al material normativo disponible y es evidente también que siempre existe la posibilidad de cumplir con el precepto de una norma de diversos modos, especialmente en el nivel de las situaciones concretas. En cambio la justicia apunta a la sustancia material axiológica en el ámbito de lo jurídico (si bien hay matices, claramente, esta es una gruesa diferenciación). Expresado de otra forma, en las situaciones jurídicas que pueden considerarse *difíciles*, aparece toda una serie de cursos de acción diversos, muchas veces incompatibles, que pueden considerarse, al menos *prima facie*, como correctos (i.e. adecuados a la norma).

Todo lo dicho permite señalar que la mejor manera posible de interpretar, no necesariamente significa la “única que es la mejor”. No tiene sentido hablar de “la mejor” interpretación, una interpretación puede ser más o menos persuasiva dentro de una comunidad interpretativa¹⁷⁹⁵, pero tal criterio es sociológico, no epistemológico. Lo que nos reconduce al motivo de éste apartado, en la práctica del Derecho “mejor” suele ser entendido en un sentido moral, pero para un científico, “el mejor ejemplo posible de su clase” no significa necesariamente mejor en un sentido moral. Si bien las valoraciones son inevitables, éstas sólo apuntan al hecho de que han de formularse juicios de preferencia a partir de ciertas opciones en competencia, se apoya en ciertos presupuestos de valor relativos a aquello que es más importante alcanzar o explicar, pero no existe nada en ello que determine que la valoración en cuestión deba ser necesariamente moral,

¹⁷⁹⁴ FINNIS, JOHN; *Derecho natural y razonamiento jurídico*, cit., págs. 28 y 30.

¹⁷⁹⁵ Sobre la noción de “comunidad interpretativa”, ver *supra* subpárrafo 36.2 (“*Los principios jurídicos en el razonamiento jurídico*”).

“sólo cuando las opciones en competencia son morales desde el comienzo, esto es, cuando se plantean a partir de un dilema moral o tienen consecuencias específicamente morales, la preferencia valorativa también debe ser moral.”¹⁷⁹⁶

Dicho de otra forma los juicios valorativos, pueden ser morales, pero en otras ocasiones sólo reflejan ciertas preferencias en relación con criterios específicos de éxito (v.g. necesidades coyunturales, criterios de oportunidad, *et sit cétera*)¹⁷⁹⁷.

Otra vertiente de lo justo en el Derecho, son las *Teorías procesales*, hoy corrientes, ROBERT ALEXY ha dicho respecto a ellas que, un enunciado normativo puede ser correcto –o bajo el supuesto de una teoría liberal de la verdad- o verdadero, cuando es el resultado de un determinado procedimiento, de un discurso racional. Esta es una teoría procesal total, para la corrección de un enunciado normativo importa únicamente que se haya logrado un consenso en un discurso racional¹⁷⁹⁸. Para ALEXY no son posibles teorías morales sustantivas, donde para cada cuestión práctica sea posible extraer con seguridad intersubjetivamente concluyente una respuesta, pero son sí factibles las teorías morales procesales que formulen reglas de la argumentación o decisión práctica racional. Y en esto tenemos que coincidir con ALEXY, en cuanto que en la jurisprudencia se trata siempre de cuestiones prácticas, y siendo que la argumentación jurídica es un caso especial de la argumentación práctica general pues se halla bajo una serie de vínculos institucionales conformados por la ley, el precedente y la dogmática, no llevan precisamente a un resultado unívoco;

“... en todos los casos más o menos problemáticos son necesarias valoraciones que no pueden extraerse obligatoriamente del material autoritativamente fijado. La racionalidad de la argumentación jurídica depende por ello esencialmente de si, y con qué alcance, estas valoraciones adicionales son susceptibles de un control racional.”¹⁷⁹⁹

¹⁷⁹⁶ MARMOR, ANDREI; *op. cit.*, pág. 79.

¹⁷⁹⁷ Este es el motivo por el cual la moral ocupara en nuestra propuesta, un subapartado en el marco más general del que hemos llamado “Derecho correcto”. Ver *infra* parágrafo 36 (“La corrección de los enunciados normativos. El Derecho correcto”).

¹⁷⁹⁸ ALEXY, ROBERT; *Sistema jurídico...*, cit., pág. 150.

¹⁷⁹⁹ ALEXY, ROBERT; *Sistema jurídico...*, cit., pág. 149.

Como es dable observar no es posible acompañar la tesis de una única respuesta correcta (así DWORKIN¹⁸⁰⁰) pues no es factible alcanzar un consenso sin más, la que sólo podría alcanzarse recurriendo a cinco idealizaciones: a) tiempo ilimitado, b) información ilimitada, c) claridad lingüística conceptual ilimitada, d) capacidad y disposición ilimitada para el cambio de roles, y e) carencia de prejuicios ilimitada¹⁸⁰¹. Para DWORKIN no es posible “jugar de observadores”, cada vez que ello se hace, se está tomando parte, el jurista que actúa como científico social, es también político,

“Las teorías jurídicas, morales o políticas no tienen necesariamente que disolverse en una masa abigarrada de confusas posiciones ideológicas de difícil control racional. DWORKIN cree que las posiciones sustantivas que los teóricos adopten con respecto al derecho, la moral o la política son susceptibles de corrección.”¹⁸⁰²,

en el profesor de Oxford, tales criterios de corrección han de basarse en la asunción de la existencia de una especial clase de hechos: *hechos normativos*, que operan como fundamentos de verdad de los enunciados que los juristas, éticos o políticos, enuncian (v.g. cuando se dice que el aborto es inmoral). Estos hechos normativos pueden comprometer algún tipo de realismo moral.

Para la lógica tradicional el juicio es la sede de la verdad, para el pensamiento reflexivo lo es el concepto, y para las teorías del discurso el proceso. Es similar a una teoría de la validez material, donde la eficacia jurídica origina constitutivamente la corrección de la sentencia.

Hay buenos motivos para desarrollar teorías formales, pero no lo son cuando se quiere evadir la responsabilidad en cuanto al contenido de los enunciados normativos¹⁸⁰³. El hecho de que no sea posible alcanzar ningún conocimiento apriorístico fundamentado finalmente sobre contenidos, no es óbice alguno para bregar por su hallazgo. Por caso, los partidarios de la jurisprudencia de intereses como, por ejemplo, WESTERMANN sólo apelan a los principios de valoración extraídos de la misma ley (bien sea de su proceso de génesis, de su relación inmanente de sentido, o del orden de valores cognoscible en que se basa); ello concuerda con la fidelidad a la ley exigida por HECK y STOLL con su actitud negativa

¹⁸⁰⁰ Sobre los principios como valores ver *supra* parágrafo 36.2 (“*Los principios jurídicos en el razonamiento jurídico*”).

¹⁸⁰¹ ALEXY, ROBERT; *Sistema jurídico...*, cit., pág. 151.

¹⁸⁰² LARIGUET, GUILLERMO; *Problemas del conocimiento jurídico*, cit., pág. 79.

¹⁸⁰³ KAUFMANN, ARTHUR; *Filosofía del Derecho*, cit., pág. 503.

de cara al movimiento del *Derecho libre*, entendían que, incluso cuando el juez llena las lagunas de la ley con los principios jurídicos que formula, sigue aun fundamentando su decisión en la ley, pues las ideas jurídicas generales que extrajo están allí contenidas¹⁸⁰⁴.

Para los que no comparten (como nosotros) el criterio según el cual cuando el juez valora el caso, sea directa o indirectamente, siempre lo hace mediante el desenvolvimiento intelectual de la ley en base a los principios fundamentales inmanentes a ella; entienden –por caso ESSER-, que las “ideas jurídicas generales” o los “principios”, tienen efectividad independientemente de la ley:

“Una determinada problemática real objetiva obliga al desarrollo de una solución que, primeramente, tiene lugar todavía casuísticamente, sin búsqueda ni pruebas de los principios; después se apoya en este o en aquel oportuno pasaje legal, respecto de los cuales se concede –cuando no es posible seguir ocultando las contradicciones sistemáticas- que sólo se utilizan para apuntalar sistemáticamente un principio jurídico que lleva más allá de esos textos.”¹⁸⁰⁵;

para ESSER, los principios, ni se deducen inductivamente de la ley, ni deductivamente de un sistema de Derecho natural inmutablemente válido o de un orden jerárquico fijo de valores “que son en sí”, sino que

“...se forman inconscientemente en un ‘largo proceso que discurre bajo la superficie..., hasta que, más tarde, la clasificación, la invención de una idea hasta entonces sin forma, encuentra, de pronto, una convincente formulación que se distancia de la mera interpretación y construcción de lo existente positivamente.’ La sentencia judicial, especialmente una práctica jurisprudencial constante, se convierten entonces en ‘transformadoras’ de los ‘principios prepositivos en proposiciones jurídicas e instituciones positivas’.”¹⁸⁰⁶

En autores como ESSER, una nueva idea jurídica halla entrada en el Derecho (entendido, como lo entendemos en este trabajo, no sólo como la totalidad de las leyes, sino además de las proposiciones jurídicas y principios decisorios de la conexión interna de los principios y la de su contenido), pues se “descubre” en el caso concreto, después se convierte en

¹⁸⁰⁴ LARENZ, KARL; *op. cit.*, pág. 142 a 143.

¹⁸⁰⁵ ESSER cit. LARENZ, KARL; *op. cit.*, pág. 143.

¹⁸⁰⁶ ESSER cit. LARENZ, KARL; *op. cit.*, pág. 144.

“...’una fórmula para una serie de puntos de vista típicamente acertados’. Esto quiere decir: ‘En casos atípicos, o cuando sobreviene una pequeña modificación de los criterios culturales de valoración, la solución puede ser exactamente la contraria’. Incluso una vez que ha sido encontrado el principio, su desarrollo posterior en la jurisprudencia no es simplemente ‘aplicación’, sino su posterior ‘conformación’.”¹⁸⁰⁷

Las teorías procesales, como modelo de pensar son útiles, poseen así un valor heurístico, asimismo sirven para el control de concordancia y plausibilidad; finalmente emerge corrección en la esfera de lo normativo *mediante* procesos y *en* los procesos, pues

“...conocimientos de lo normativo son también siempre producto del sujeto que conoce, pero no sólo producto suyo.”¹⁸⁰⁸

La debilidad de las teorías procesales puras estriba en que creen poder renunciar al contenido y a la experiencia, de allí que precisen ser complementadas.

Debe señalarse que si bien en los discursos normativos no hay objetos sustanciales, ello no implica sostener que estén vacíos. Sabido es que no hay un proceso sin un objeto procesal que le confiera identidad, de hecho las diferentes reglas de los diversos procesos legales se basan precisamente en la diferencia de objeto. Asimismo, el objeto procesal no se da ya terminado antes del proceso, sino que sólo en él adquiere sus contornos precisos aunque preceda al proceso como un suceso histórico.

Retornando a la *teoría del discurso*, ella sólo designa reglas formales: cómo se argumenta; lo que simplemente destaca que se ha producido un consenso de manera formalmente correcta, pero no puede afirmar el logro de la corrección de un contenido de algo (en la especie, de las normas). El discurso racional no dice nada sobre qué es verdadero o correcto ni qué se debe hacer.

Cuál es el objeto del discurso, es el tema a buscar, el mismo no se encuentra por completo fuera del proceso de creación jurídica ni enteramente en él. Se rastrea un fenómeno al mismo tiempo ontológico y procesal, se trata de un carácter relacional. Un discurso real precisa un fundamento, las “fórmulas vacías” que importan los principios de

¹⁸⁰⁷ ESSER cit. LARENZ, KARL; *ibídem*.

¹⁸⁰⁸ KAUFMANN, ARTHUR; *ibídem*.

la justicia (v.g. *regla de oro*¹⁸⁰⁹, *Sermón de la montaña*¹⁸¹⁰, JESÚS-, *suum cuique* –“A cada quien se le debe garantizar lo suyo”, CICERÓN-, imperativo categórico –“*Obra de acuerdo con tales máximas que tú puedas desear se erijan en leyes generales*”, KANT-, principio del juego limpio- “*Obra de tal manera que todos los interesados participen de igual forma tanto en las ventajas como en las desventajas*”, RAWLS-) sólo dejan de serlo en la experiencia histórica donde adquieren contenido. Pero, WELZEL ha destacado con acierto que, los intentos de dotar de contenido material al Derecho, contenidos supranaturales y universalmente válidos de la ética social u otra fuente, no han pasado de ser razonamientos formales y vagas generalidades, ya sea admitiendo un solo valor (v.g.: placer, utilidad¹⁸¹¹, tolerancia¹⁸¹², felicidad, *et sit cétera*), o una pluralidad de ellos (v.g. la ética material de los valores de PLATÓN), no ha sido posible extraer nunca de sus conceptos formales, lo justo para una situación histórica dada¹⁸¹³.

A esto último cabe acotar que, los contenidos materiales, los contenidos empíricos del Derecho, es decir, aquellos elementos provenientes del ordenamiento jurídico, sólo cuando se trate de relaciones empíricas iguales, o muy similares, podrán aportar regulaciones generales. Esta tipicidad de las reglas jurídicas, presupone una tipicidad de las relaciones cotidianas, la vigencia de aquellas es relativa y depende de factores coyunturales, la regulación justa de las cuestiones que se presentan, es sólo posible si se tienen en cuenta una gran cantidad de circunstancias empíricas, temporalmente condicionadas; y cuya regulación es adecuada únicamente para el período durante el cual dichas circunstancias se mantienen. Pasados estos extremos, el juez resolverá de acuerdo a otro tipo de parámetros, la regulación única, sólo parece posible si existiera una comunidad jurídica unitaria, un solo órgano que resolviera.

¹⁸⁰⁹ La regla de oro en una mera paráfrasis, reza “[...] cuando salgas de tu casa te comportes con todos como si fueran importantes personajes; en dar órdenes a los inferiores como si se fuese a celebrar un gran sacrificio; *en no hacer a otros lo que no quieres que te hagan a ti*, y en no dar lugar a murmuración alguna contra ti ni en la familia ni en el país.”, CONFUCIO (KONGFUZI, “el gran maestro KONG”, en realidad llamado KONG QIU 551-479) le pedía a su pueblo (especialmente el principado de LU) que confiase en el poder de una humanidad mejorada, en lugar de confiar en la coerción. CONFUCIO, *Analectas*, 12, 2 (trad. Joaquín Pérez Arroyo), Paidós, Barcelona, 2002, pág. 143.

¹⁸¹⁰ MATEO, 5, 21-48. Según Kelsen un ejemplo de orden moral sin sanciones (*Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 41).

¹⁸¹¹ Postulado de BENTHAM (FAYT, CARLOS S.; *Historia del...*, t. III, cit., págs. 139 a 148).

¹⁸¹² Postulado de KAUFMANN (*Filosofía del Derecho*, cit., págs. 515 a 582).

¹⁸¹³ WELZEL, HANS; *op. cit.*, pág. 190.

WELZEL sostenía que un orden precario, por más incompleto que fuere, tenía la ventaja, sobre el orden ideal, de ser Derecho. La esencia del Derecho es ser real, en el Derecho, la existencia corresponde a la *essentia*, de allí, que para el profesor de Bonn, la facticidad está indisolublemente unida a lo normativo. Esta característica decisiva del Derecho, sólo la tiene el Derecho positivo, en tanto derecho real y no la apelación a un irreal Derecho Natural. El problema de WELZEL radica en que, precisamente los parámetros suprapositivos a que recurren los jueces, forman parte también del Derecho conforme lo enseña DWORKIN¹⁸¹⁴.

ALF ROSS entendía que

“El derecho es el derecho y debe ser observado,... y aplica esta máxima aun en aquellos casos en que las exigencias del derecho están en conflicto con las ideas de justicia... para distinguir esta actitud de la actitud ‘moral’ genuina la llamaremos conciencia jurídica ‘formal’ o ‘institucional’, mientras que a la última la llamaremos conciencia jurídica ‘material’ o ‘moral’.”¹⁸¹⁵,

el profesor escandinavo entendía que, limitar el “concepto de Derecho” a un orden que recibiera la aprobación ideológica de la mayoría de las personas sometido al mismo, carecía de ventajas y sólo ligaba el concepto a un criterio difícil de manejar en la práctica. Además, reciba o no aprobación, el Derecho es un hecho que requiere descripción. ALF ROSS, no se contenta con la anterior crítica, y fiel a su cuño positivista destaca dos supuestos problemas más de la moral: uno lingüístico y otro formal. El primero por cuanto con el uso corriente del lenguaje al hablarse de “la moral” como si fuese un sistema objetivo de normas análogo a “el Derecho” se cae en una interpretación metafísica de la conciencia en tanto que revelación de principios *a priori* autoevidentes por la razón; el segundo por cuanto en el Derecho, la sanción y el sentimiento de hallarse obligado van unidos, en tanto que en la moral van separados, esto se evidencia pues puede fácilmente ocurrir que el juicio moral de una persona difiera del de otra, y que por ello, su conciencia la induzca a actuar de una forma que sepa que será desaprobado por el criterio dominante en su medio –cada individuo tiene una actitud inmediata y personal acerca de lo que es apropiado y adecuado-

¹⁸¹⁶.

¹⁸¹⁴ DWORKIN, RONALD; *Los derechos en serio*, cit., págs. 72 a 83.

¹⁸¹⁵ ROSS, ALF; *op. cit.*, pág. 82.

¹⁸¹⁶ ROSS, ALF; *op. cit.*, págs. 89 y 90.

ROSS, un realista moderado, rechaza la censura ética que del Derecho hace la moral, la validez de una norma jamás puede derivarse de un hecho natural, sino sólo de otra norma superior. No destaca que la idea de justicia se manifiesta en el Derecho, y que aquella es un ideal para apreciar a éste. Sin embargo, como no se le escapa que un Derecho así planteado se hace pasible de todas las críticas que por caso, una Teoría Pura del mismo, ha recibido, señala que el sistema institucional del Derecho debe interrelacionarse con las *actitudes morales individuales que predominan en la comunidad jurídica*. Esta última construcción es una ideación vacua, pues si la moral es individual, carece de sentido pregonar sobre actitudes morales predominantes, pues esto último destaca una suerte de “generalidad moral”, lo que da por tierra con las anteriores distinciones que el profesor escandinavo postulara. Aún más, ROSS enseña que

“Es obvio que tiene que haber un grado considerable de armonía (entre la moral y el Derecho). Porque uno y otro están arraigados en *valoraciones fundamentales comunes...*” (el subrayado nos pertenece)¹⁸¹⁷

Esto último introduce nuevamente la concepción de una moral general, aunque de manera velada, pues el profesor escandinavo se preocupa en todo momento de argumentar fuertemente en pos de una moral individual; en tanto que al referirse a estudios concretos, periclita necesariamente en la generalidad y ello se presenta patentemente en el aserto de que la

“moral individual... es parte de los factores prácticos que, a través de la ‘conciencia jurídica moral’, contribuyen a conformar la evolución del derecho”¹⁸¹⁸;

por más que la retórica del autor se oriente a sostener parámetros individuales, lo cierto es que su construcción no escapa a la idea de que subyacen valores fundamentales al Derecho. Sí coincidimos con ROSS en que la moral y el Derecho presentan una distinción sustancial, ya que el segundo tiende a fijar conceptos dirigidos a alcanzar certeza y objetividad en la administración de justicia, y la primera son generalizaciones empíricas sujetas a cambios cada vez que sea necesario, la experiencia moral asume toda su dimensión en situaciones particulares. Esto no debe confundirse con una moral individual, sino que primará su aplicación o aparición en un supuesto de hecho particular, ésta es la base de un fallo judicial, si bien las reglas del Derecho se ajustan al perfil preseñalado aquí, la moral

¹⁸¹⁷ ROSS, ALF; *op. cit.*, pág. 91.

¹⁸¹⁸ ROSS, ALF; *ibídem*.

aportará el ajuste último para el caso, sobre esto se hablará en los párrafos subsiguientes, pues entendemos, es el centro en el que las resoluciones de los tribunales no sólo se sustentan en reglas, sino también dan cuenta de otros factores o elementos de índole valorativa que determinan la solución para el supuesto de que se trate.

Lo cierto es que el discurso moderno es esencialmente método. Se procura garantizar metodológicamente la objetividad. La atención se desplaza, como ya se señaló, a los procedimientos, a las reglas y métodos de constitución del saber, con independencia del dominio particular dentro del cual ellos están llamados a operar. El constructivismo kantiano apunta a que la objetividad moral

“...ha de entenderse en términos de un punto de vista social adecuadamente construido y que todos puedan aceptar. Fuera del procedimiento de construir los principios de justicia, no hay hechos morales.”¹⁸¹⁹,

expresado de otra forma, los principios transpositivos de justicia sólo surgen a partir de procedimientos racionales articulados para alcanzarlos, sin ninguna referencia a elementos constitutivos de la naturaleza humana.

En RAWLS no se procura una comprensión de la realidad caracterizada por una pretensión de universalidad y en el máximo nivel de generalización, sino de dar soluciones a conflictos precisos de una sociedad concreta (en especial a la pugna entre la libertad y la igualdad)¹⁸²⁰, reelaborando la concepción de la justicia específicamente utilitarista a la que considera la más sencilla y directa concepción de lo recto, y con ello de la justicia (maximizar el bien); por esta vena una sociedad estaría rectamente ordenada, y es por ello justa cuando sus instituciones están dispuestas de modo que realicen la mayor suma de satisfacción¹⁸²¹, resultando indiferente cómo se distribuye esa suma de satisfacciones entre los diferentes individuos de la sociedad. A este pensamiento RAWLS opone que a la solución utilitarista se le opone una “idea intuitiva” presente en todo habitante de una sociedad contemporánea, según la cual todos los habitantes tienen derechos inviolables no sujetos al cálculo de utilidad social (i.e. existen ciertas libertades no sacrificables con el

¹⁸¹⁹ RAWLS, JOHN; *El constructivismo kantiano en teoría moral*, en “Justicia como equidad” (trad. M. A. Rodilla), Tecnos, Madrid, 1986, pág. 140.

¹⁸²⁰ RAWLS, JOHN; *El constructivismo kantiano...*, cit., pág. 139. Su teoría de hecho se aplica a la sociedad democrática estadounidense.

¹⁸²¹ RAWLS, JOHN; *Justicia distributiva* en “Justicia como equidad” (trad. M. A. Rodilla), Tecnos, Madrid, 1986, pág. 58.

argumento de la mayor satisfacción para el mayor número)¹⁸²². Si cada individuo tiene una inviolabilidad fundada en la justicia, sobre la que ni siquiera el bienestar de la mayoría puede prevalecer y que una pérdida de libertad por parte de algunos no puede ser rectificada por la mayor suma de satisfacciones disfrutadas por muchos, entonces debe darse cuenta de los principios de justicia de otra forma¹⁸²³, pero como RAWLS no acepta que puedan predicarse lineamientos básicos transpersonales o universales, se aboca a recrear la teoría del “contrato social”, que en lo que aquí interesa sólo apunta a una forma de estructuración social, sin referencia a las cualidades personales de los individuos que deben convivir en la sociedad dada. Dicho de otra manera, la justicia en RAWLS no supone la presencia de virtudes morales en los miembros de la sociedad justa, sino que se refiere a la justicia como la cualidad de una determinada forma de organización social, como un cierto modo de disponer las “prácticas sociales”¹⁸²⁴. Lo esencial deviene el modo en que las principales instituciones sociales distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de los beneficios de la cooperación social, y cuando RAWLS se refiere a la “virtud” la toma en el sentido de cualidad de las estructuras jurídico- sociales y no en el de hábito operativo bueno de los individuos humanos.

Además como visión esencialmente *procedimental*, esta visión de la justicia consiste en la puesta en práctica de determinados procedimientos en la conducta humana social, de modo tal que aseguren que el resultado de ese orden en las conductas sea necesariamente justo, en ningún caso se intenta especificar la distribución justa de bienes y servicios concretos entre personas concretas, sino diseñar un esquema tal, que la distribución resultante, cualquiera fuere, producida por la cooperación y las expectativas legítimas, sea justa. No hay un criterio independiente con arreglo al cual se juzgue el resultado, sino

“...una multitud indefinida de resultados y lo que hace que uno de ellos sea justo es el hecho de que se haya llegado a él siguiendo de forma efectiva un esquema de cooperación justo...”¹⁸²⁵;

resulta suficiente la implementación de una serie de procedimientos de acción social considerados imparciales o equitativos para que el resultado se tenga por justo, cualquiera

¹⁸²² RAWLS, JOHN; *El constructivismo kantiano...*, cit., pág. 171.

¹⁸²³ RAWLS, JOHN; *Justicia distributiva*, cit., pág. 59.

¹⁸²⁴ RAWLS, JOHN; *Justicia como equidad*, cit., pág. 32.

¹⁸²⁵ RAWLS, JOHN; *Justicia distributiva*, cit., págs. 85 y 86.

este sea, y sin ningún baremo independiente para juzgarlo por fuera del propio procedimiento¹⁸²⁶. RAWLS rechaza entonces una fundamentación fuerte de la justicia, y haciendo abandono de la noción de verdad como correspondencia con las estructuras de la realidad, manipula un sistema coherentista- consensualista; de este modo afirmar que una convicción política objetiva es afirmar que existen razones especificadas por una concepción política razonable, suficiente para convencer a todos los hombres razonables que ella es asimismo razonable. Dicho de otra forma, la necesaria objetividad de las proposiciones morales se alcanza cuando un conjunto de proposiciones coherentes entre sí –que han alcanzado lo que denomina “equilibrio reflexivo”- son aceptables por los partícipes: la objetividad es el resultado de la suma de la coherencia más su aceptabilidad. Para pretender una justificación de la objetividad de sus principios de justicia RAWLS lo funda sólo en la relación de coherencia de las proposiciones, que no están justificadas en sí mismas (apela a una *objetividad débil*)¹⁸²⁷. En síntesis, para el profesor de Harvard, el valor normativo de ciertos principios de justicia surge del mero seguimiento o respeto de determinados procedimientos racionales, se trata de una “justicia procedimental pura”, una justicia cuyo contenido depende exclusivamente de la forma de razonamiento (no se toma en cuenta la dimensión final ni motivacional del obrar humano ético)¹⁸²⁸.

Está pendiente la tarea de proveer un fundamento suficiente y, por lo tanto, no meramente procedimental o constructivo, a la normatividad jurídica; es impostergable proveer al Derecho de “animación valórica” fuerte y de contenidos, ya que el mero procedimentalismo aboca necesariamente al nihilismo y a la negación consecuente de los Derechos Humanos. Además, resulta necesario procurar una instancia de apelación ética objetiva para los contenidos del Derecho, de lo contrario, se termina reduciéndolo al mero

¹⁸²⁶ Si bien no hacen a nuestra propuesta, podemos señalar que los supuestos metaéticos de justicia, consisten en la construcción ideal de una situación ficticia en la que sujetos autointeresados o egoístas racionales se encuentran de tal manera condicionados que habrán de elegir, necesaria y ecuanímente, los principios básicos de la organización social. Lo que lo lleva a construir su teoría contractualista, el velo de la ignorancia, sus principios de justicia, la regla maximin, *et sit cétera*.

¹⁸²⁷ ARTHUR KAUFMANN, como ya se señaló, ha criticado a las teorías procedimentalistas explicando la llamada “falacia procedimentalista”, pues la pura forma, no puede producir, según aquel, contenidos y reglas de conducta concretas. KAUFMANN, ARTHUR; *Filosofía del Derecho*, cit., págs. 466 y ss.

¹⁸²⁸ Una crítica periférica a la matriz epistémica rawlsiana, por innecesaria, de la posición original y los principios de justicia aceptados en la base, propone DWORKIN, aunque el profesor de Oxford acepta, en rasgos generales la teoría de RAWLS y propone la viabilidad de Derechos naturales en los hombres, de todas formas, explorar esta tesis excedería nuestra propuesta. Conf. DWORKIN, RONALD; *Los Derechos en Serio*, cit., págs. 234 a 275.

arbitrio del gobernante o juzgador de turno, por tiránico e irracional que aparezca. El positivismo jurídico sostiene que lo único que tiene valor jurídico es lo que está mandado por la autoridad, y que no existen límites al poder de aquella por razones de carácter natural o moral. En estas líneas que presentamos, sólo podemos limitarnos a presentar una línea procedimental –como se ha sostenido y sostendrá reiteradamente-, pero ello no obsta a que, con motivo de las conclusiones que postulamos, entendamos que a aquella han necesariamente de subyacer fundamentos sólidos.

Reconstruir la objetividad de un modo procedimental importa sustentar una ética basada sobre argumentaciones; esta ética así construida, sin referencia a los datos de la experiencia moral, o a principios autoevidentes de carácter material tiene dos aporías: la primera en que se trata de una “fundamentación débil”, pues la exigibilidad de las normas sólo puede ser pensada como exigiendo un respeto incondicionado y absoluto (i.e sin excepción); la segunda, resaltada por ARTHUR KAUFMANN, basada en las reglas de la lógica, si lo que se pone en las premisas del razonamiento procedimentalista son meras construcciones formales e hipotéticas (v.g. argumentación, velo de ignorancia, situación originaria, *et sit cétera*), lo que resulta en la conclusión, será un conjunto de proposiciones hipotéticas referidas a las formas del razonamiento –en las conclusiones del razonamiento no pueden aparecer cuestiones no contenidas de algún modo en las premisas antecedentes-¹⁸²⁹.

Sin embargo, fieles a nuestra orientación realista para éste trabajo, de lo que se ha dicho en los presentes subapartados y se ha venido sosteniendo *supra*, es claro que, si bien se apela a estándares diversos de las normas positivas por los aplicadores del Derecho al resolver en un caso dado, no es menos cierto que el razonamiento suele partir desde la solución que ya se tiene y argumentar en su favor; cuando el material normativo no aporta para la decisión definitiva, fundamento suficiente, es cuando se recurren a otro tipo de estándares. Lo dicho nos lleva necesariamente a referirnos a las *teorías de la argumentación*, pues es como discurren los tribunales cuando resuelven: tomada la decisión se rastrean los fundamentos que mejor la sustenten.

¹⁸²⁹ KAUFMANN, ARTHUR; *Filosofía del Derecho*, cit., pág. 466 y ss.

“...no por decirse elocuentemente
debe parecer una cosa verdadera, ni debe
parecer falsa porque suenan descompuestamente
los signos que los labios articulan,
ni tampoco se ha de tener que verdadera una
cosa porque se dice toscamente, ni por falta
por lo mismo que se dice en brillante estilo...”*

§37.- Derecho y argumentación jurídica como discurso racional.

Justificación de decisiones y convencimiento de la comunidad. Razonamiento jurídico. Funcionamiento del motor inferencial del sistema. Contexto de descubrimiento y de justificación. Razones explicativas y justificativas. Rechazo del determinismo metodológico. Teorías de la argumentación jurídica. Los casos trágicos. Robert Aley: la teoría del discurso racional. Subsunción y ponderación. Pretensión de corrección.

La tesis constructivo- dialógica. Los juicios ventajosos (Habermas). Pretensión de corrección como pretensión de fundamentabilidad. Teoría procedimental de la corrección práctica. El modelo de reglas/ principios. Peso e intensidad de realización de los principios. El procedimiento de aplicación. Posibilidad de fundamentación racional. El procedimiento del discurso judicial. La tríada regla- principio- procedimiento.

Argumentación jurídica en tanto que interpretación. Respeto a los precedentes. Una teoría ética procedimental. Argumentación práctica general y las exigencias del discurso jurídico. La dimensión crítica moral desde dentro del Derecho. La pretensión de corrección y la conexión clasificante entre Derecho y moral. Argumento de la injusticia. Argumento de los principios. Superación de la posición decisionista. El sistema jurídico por gradas. Enjuiciamiento y valoración. Viehweg y la tópica. El ir y venir de las razones.

Reglas de prioridad. Los elementos de la argumentación. La fuerza, los cualificadores modales y las condiciones de refutación de la argumentación. Una argumentación correcta. Habermas. Verdad consensual y verdad como correspondencia. La justificación de la aserción. Formas de comunicación: acción y discurso. El problema de la tesis consensual. Necesidades y convicciones normativas de los participantes. Perelman: persuadir y convencer. Principio de inercia. La petición de principio. De la argumentación a la decisión: la autoridad. Procedimiento de enlace y procedimiento de la disociación. Las normas discursivamente posibles como provisorias.

Hace falta ahora señalar la forma en que el órgano de aplicación argumenta a favor de cierta interpretación¹⁸³⁰.

* AGUSTÍN DE HIPONA, SANTO; *Confesiones*, (revisión de los textos Silvia Catalá y Javier Lorente), Aguilar, Buenos Aires, 2010, Libro V, Cap. VI –pág. 109-.

¹⁸³⁰ Pueden distinguirse tres tipos de campos jurídicos en los que se argumenta: a) la producción o establecimiento de normas jurídicas, se divide en dos: etapa prelegislativa relativa a un problema social cuya

Los tribunales están implicados inevitablemente en la política cotidiana, en ocasiones sus decisiones provocarán disconformismo en un sector social, pero aquellos tienen la posibilidad de utilizar los recursos precisos con el objeto de “enviar un mensaje” que justifique el daño ocasionado y así fundar la relevancia de las razones que hicieron necesaria tal decisión. Existe una justificación para que los tribunales, mediante la utilización de la palabra escrita, puedan convencer no ya a las partes, sino a la comunidad toda, de que sus decisiones son correctas (y por qué no, justas).

La idea de que las decisiones de los jueces en un caso individual, los comprometen a decidir de igual modo todos los casos iguales (o relevantemente análogos), no importa decir que los jueces estén jurídica o moralmente obligados a seguir sus propios precedentes. No se trata de una obligación, sino de una condición de racionalidad: un juez que resuelve dos casos iguales de manera distinta, sin indicar en qué consiste la diferencia que lo induce a hacerlo, actúa irracionalmente.

Liminarmente, y previo a involucrarnos con el objeto de éste apartado, debe señalarse que existe una ambigüedad en torno a la expresión “razonamiento jurídico”. En un *sentido dinámico*, se lo entiende como el proceso mismo de razonar, implica un juicio acerca de cuál es, consideradas todas las cosas, el Derecho aplicable a un caso genérico; por más que dicho juicio sea falible y haya que corregirlo en diversas oportunidades en tanto se adviertan argumentos que no fueron considerados adecuadamente. En un *sentido estático*, se lo entiende por la inferencia con la que se justifica una determinada conclusión acerca del Derecho aplicable a un caso individual, cuya premisa mayor no puede ser sino uno de aquellos juicios sobre casos genéricos¹⁸³¹.

solución, se piensa, puede hallarse en una medida legislativa, aquí la discusión es más política y moral que jurídica (v.g. despenalización del aborto o de la eutanasia); etapa legislativa propiamente dicha, priman las cuestiones de tipo técnico jurídico; b) aplicación de normas jurídicas a la resolución de casos, pueden dividirse en cuestiones referentes a los hechos o al Derecho (estos en sentido amplio pueden denominarse problemas de interpretación); y c) la dogmática jurídica, actividad compleja que cubre tres funciones: 1) suministrar criterios para la producción del Derecho, 2) suministrar criterios para la aplicación del Derecho y 3) ordenar y sistematizar un sector del ordenamiento jurídico.

En lo referente a nuestra propuesta nos interesa el segundo aspecto de la argumentación jurídica, con especial énfasis en el aspecto del Derecho, y el tercer aspecto en cuanto suministrador de criterios para la aplicación del Derecho. Sólo que, en tanto que en la argumentación jurídica, los órganos aplicadores del Derecho tienen que resolver casos concretos, el dogmático se ocupa de casos abstractos.

Conf. ATIENZA, MANUEL; *Las razones del Derecho*, cit., págs. 28 a 29.

¹⁸³¹ BAYÓN, JUAN CARLOS; *¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 24, Alicante, 2001, pág. 50.

Ya involucrándonos más en nuestro tema, lo que interesa no es que el jurista conozca la información que se halla en la base de los sistemas, sino que sepa cómo acceder a esa información. Lo decisivo es el funcionamiento del motor de inferencia del sistema (i.e. el conocimiento instrumental): cómo piensa el jurista para, con ese material, resolver un problema jurídico.

Debe diferenciarse entre *contexto de descubrimiento* consistente en descubrir o enunciar una teoría que no es susceptible de un análisis de tipo lógico, en él vale mostrar cómo se genera y desarrolla el conocimiento científico –tarea del sociólogo e historiador de la ciencia-; y *contexto de justificación* que consiste en justificar o validar la teoría, es decir, confrontarla con los hechos a fin de mostrar su validez; esta tarea requiere un análisis de tipo lógico (aunque no es lógico), y se rige por las reglas del método científico. Las “razones explicatorias” se vinculan con los motivos, están constituidas por estados mentales que son antecedentes causales de ciertas acciones, su punto focal está dado por una combinación de creencias y deseos; las “razones justificatorias” no sirven para entender por qué se realizó una acción o eventualmente para predecir la ejecución de una acción, sino para valorarla, se dirigen a ver si son buenas o malas desde distintos puntos de vista¹⁸³².

Llevado al campo de la argumentación jurídica

“Decir que el juez tomó (su) decisión debido a sus firmes creencias religiosas significa enunciar una *razón explicativa*; es decir que la decisión del juez se basó en determinada interpretación del art. 15 de la Constitución (española) significa enunciar una *razón justificatoria*. Los órganos jurisdiccionales o administrativos no tienen, por lo general, que explicar sus decisiones, sino justificarlas.”¹⁸³³;

esta distinción no coincide con la de *discurso descriptivo y prescriptivo*; de este modo, en uno y otro contexto se puede adoptar una actitud de cualquiera de estos dos últimos tipos (v.g. se puede describir cuáles son los móviles que llevaron al juez a dictar una resolución en el sentido indicado –lo que significa explicar su conducta-, pero también se pueden prescribir o recomendar determinados cambios procesales para evitar ideologías de los jueces en las decisiones; parejamente, se puede describir cómo, de hecho, el juez de que se

¹⁸³² NINO, CARLOS; *La validez del Derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1985, pág. 126.

¹⁸³³ ATIENZA, MANUEL; *Las razones del Derecho*, cit., pág. 32.

trata fundó su decisión, o bien prescribir o sugerir cómo debiera haber fundamentado el juez dicha decisión).

Ahora bien, la distinción entre contexto de descubrimiento y de justificación, permite distinguir dos perspectivas de análisis de las argumentaciones. En primer término está la perspectiva de ciencias sociales como la psicología social, que han diseñado modelos para explicar el proceso de toma de decisiones, al que se llega mediante argumentos¹⁸³⁴. En segundo término está la perspectiva que estudia bajo qué condiciones un argumento puede considerarse justificado, pudiendo hablarse de una “justificación formal”, cuando un argumento es formalmente correcto, y de una “justificación material”, cuando un argumento, en un espectro determinado, es aceptable; ello permite distinguir entre la lógica deductiva¹⁸³⁵ y la lógica informal o material propia de la tópica. La teoría estándar de la argumentación jurídica se halla en el segundo término, es decir, en el contexto de justificación, y tiene pretensiones descriptivas y prescriptivas; son las teorías – como las de ALEXY y MACCORMICK¹⁸³⁶ – que pretenden mostrar no únicamente cómo se justifican las decisiones jurídicas, sino también cómo deberían hacerlo.

En nuestra propuesta nos preocupa sólo el primer plano, en tanto que las decisiones deben ser justificadas, lo que opone nuestra postura a la del *determinismo metodológico* que entiende que las decisiones jurídicas no precisan justificación porque proceden de una autoridad legítima y/o son el resultado de simples aplicaciones de normas generales, y del *decisionismo metodológico*, que sostiene que las decisiones jurídicas no se pueden justificar porque son puros actos de voluntad, aunque este último aspecto, entendemos, es un poco más relativo, como lo analizaremos más adelante.

La primera de las tesis –determinismo metodológico–, se presenta como insostenible, en el Derecho moderno; la obligación de motivar las decisiones, no sólo coadyuva a hacerlas aceptables (máxime en sociedades pluralistas en que la autoridad y la

¹⁸³⁴ Uno de los modelos es el de MARTÍN KAPLAN, *información integrada*, según el cual el proceso de toma de decisión de un juez es el resultado de la combinación de los valores de información e impresión inicial: a) comienza con la acumulación de unidades de prueba e información; b) le sigue el proceso de evaluación en el que a cada ítem informativo se le asigna un valor en una escala específica para el juicio que se está desarrollando; c) se atribuye un peso a cada información, luego se integra la información evaluada y sopesada en un juicio singular (v.g. probabilidad de culpabilidad); y d) finalmente se toma en cuenta la impresión inicial y los prejuicios del juez. El modelo describe el proceso pero también prescribe mejoras. *cit.* en ATIENZA, MANUEL; *Las razones del Derecho*, cit., pág. 34.

¹⁸³⁵ Ver *supra* parágrafo 34.1 (“La deducción”).

¹⁸³⁶ Ver *infra* en este mismo apartado.

tradición no se consideran fuentes de legitimidad), sino también a que el Derecho pueda cumplir su función de guiar conductas¹⁸³⁷. Además, justificar una decisión en un caso difícil, trasciende la simple operación deductiva (i.e extraer conclusiones a partir de premisas normativas y fácticas). En lo que hace a la segunda postura, esto es, la opinión de que los jueces no justifican sus decisiones, sino que las toman de forma irracional y posteriormente las someten a un proceso de racionalización, llevada al extremo, también es desechable, las decisiones no son tomadas por el mero impulso del juez, impulsos no extraídos de las leyes o los principios, sino de factores individuales. Ambos escenarios confunden el contexto de descubrimiento y el de justificación.

Continuando con nuestra aproximación, destaquemos cómo se relaciona la argumentación jurídica con la lógica jurídica, vista la relevancia de esta última en el análisis del Derecho hoy día. La primera va más allá de la segunda, ya que los argumentos jurídicos se pueden estudiar también desde una perspectiva psicológica y sociológica, o bien desde una perspectiva no formal, que a veces se denomina lógica material o informal, y en otras oportunidades tópica, retórica, dialéctica, *et sit cétera*¹⁸³⁸.

La práctica legal, es claramente argumentativa, a diferencia de otros fenómenos sociales, así,

“cada actor, en la práctica, comprende que aquello que ella permite o impone depende de la verdad de ciertas proposiciones a las cuales se les da sentido sólo a través de y en la práctica; la práctica consiste en gran medida en desplegar estas proposiciones y en argumentar acerca de ellas.”¹⁸³⁹

Lo relevante es el papel que desempeña el punto de vista del intérprete en una explicación interpretativa. En DWORKIN, las prácticas argumentativas, dependen de la comprensión de los conceptos o proposiciones a los que sólo se les otorga sentido por y desde la práctica¹⁸⁴⁰.

¹⁸³⁷ Ver *supra* parágrafo 29.1 (“Las normas en términos de “razones para la acción”).

¹⁸³⁸ Por otra parte la lógica jurídica va más allá de la argumentación jurídica, en el sentido de que tiene un objeto de estudio más amplio.

¹⁸³⁹ DWORKIN, RONALD; *El imperio de la justicia*, cit., pág. 15.

¹⁸⁴⁰ MARMOR, ANDREI; *op. cit.*, pág. 70.

Las teorías de la argumentación jurídica¹⁸⁴¹ se mueven en un espacio intermedio que discurre desde el ultrarracionalismo de RONALD DWORKIN (con el *juez Hércules* apoyado en la colosal confianza en la capacidad de su razón), hasta el irracionalismo, o mejor llamado realismo de un ALF ROSS, en que las decisiones jurídicas dependen de la voluntad del sujeto de las mismas (el juez), tanto como en su razón.

En nuestra opinión, las teorías de la argumentación que a continuación veremos, muestran de manera cabal la manera en que discurren los jueces para justificar sus decisiones; sin embargo, deberían comprometerse con una concepción (política o moral) más crítica respecto al Derecho de que se trate (v.g. Estados democráticos), lo que, por otra parte, podría suponer, al mismo tiempo, adoptar una perspectiva más realista. Quien tiene que resolver un determinado problema jurídico, incluso desde la posición del juez, no parte necesariamente de la idea de que el sistema jurídico ofrece una solución correcta del mismo. Puede darse que el juez tenga que resolver una cuestión y argumentar a favor de una decisión que es la que él estima como correcta aunque, al mismo tiempo, tenga plena conciencia de que esa no es la solución a la que conduce el Derecho positivo.

La práctica de argumentar jurídicamente para justificar una determinada decisión puede implicar en ocasiones lo que ATIENZA ha denominado como *casos trágicos*, que se diferencian de los “casos fáciles”, pero también de los “casos difíciles”; son para los que no existe ninguna respuesta correcta, casos que no se pueden decidir si no es vulnerando el ordenamiento jurídico. Los jueces, o al menos algunos jueces, no se enfrentan aquí con un simple problema de elección entre diversas soluciones alternativas, sino con un verdadero dilema: o sacrifican el principio de legalidad y de subordinación del Poder Judicial al Legislativo, o sacrifican el principio de libertad de conciencia, de proporcionalidad de las penas, de exclusiva protección penal de los bienes jurídicos, *et sit cétera*. Todavía más simple: o hacen justicia o aplican la ley¹⁸⁴².

¹⁸⁴¹ Estas teorías tienen su origen en una serie de obras de los años '50, que comparten el rechazo de la lógica formal como instrumento para analizar los razonamientos jurídicos. Las más relevantes concepciones son la *tópica* de VIEHWEG, la *nueva retórica* de PERELMAN y la *lógica informal* de TOULMIN.

¹⁸⁴² ATIENZA, MANUEL; *Sobre lo razonable en el Derecho*, en Revista Española de Derecho Constitucional, nro. 27, 1989, pág. 93 y ss.

La idea de los casos trágicos involucra una variedad de problemas, algunos de ellos metafísicos (v.g. la libertad del agente)¹⁸⁴³, pero en lo que aquí importa, la noción sirve para desarrollar ideas como: a) el perfil intratable de un caso, por cuanto no es factible otorgar una respuesta racional al mismo, b) la existencia de variables del mundo contingentes e imprevisibles, que sirven para un caso pero no para cualquiera, de donde la problematización para discurrir en acerca de reglas o principios abstractos que regulen dichos casos de antemano, c) la idea de que cualquier elección es problemática y por ello no es dable presentar una respuesta como correcta, d) la posibilidad de un cambio de marco axiológico, pues *a posteriori* de tomar una decisión en estos casos, el agente puede no ser el mismo (i.e. ha alterado su ser moral). El cambio que producen las decisiones en casos trágicos es radical, pudiendo implicar la distorsión de todo un sistema. Claramente estos casos pueden ser de distintas intensidades o complicaciones, además, las ideas señaladas no deben presentarse todas ante un caso trágico, una sola ya marca la línea del problema.

Lo importante: las teorías de la argumentación jurídica se sitúan en un punto intermedio entre el *Decisionismo* y el *Determinismo*, su problema fundamental es cómo fundamentar las decisiones jurídicas; a los deterministas esto les parece innecesario, en tanto que a los decisionistas les resulta imposible.

ROBERT ALEXY parte de la teoría del discurso racional que fuera elaborada básicamente por JÜRGEN HABERMAS, y desarrolla a partir de allí la tesis de la argumentación jurídica como un capítulo (caso especial) del discurso práctico general (i.e. del discurso moral). La teoría de ALEXY está más alejada de la práctica real de la argumentación jurídica que, por caso, la de MACCORMICK, pero es una teoría más articulada y sistemática y por ello la presentamos en este aparte para nuestro estudio. El propio ALEXY reconoce que el procedimiento del discurso, en la mayoría de los casos, no puede realizarse en la práctica: quien se plantea si una norma es correcta, tiene que realizar mentalmente el procedimiento. Un diálogo (se volverá sobre esto más adelante en este apartado) efectuado en esa forma hipotética es, lo más parecido a un monólogo¹⁸⁴⁴.

Las dos grandes formas de argumentar en el Derecho de los Estados Constitucionales, según el profesor de Kiel son: a) la subsunción y b) la ponderación.

¹⁸⁴³ LARIGUET, GUILLERMO; *Conflictos trágicos y Derecho. Posibles desafíos*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 27, Alicante, 2004, págs. 317 y ss.

¹⁸⁴⁴ ATIENZA, MANUEL; *Las razones del Derecho*, cit., pág. 275.

Elabora ALEXY una teoría de los principios (que contrapone a las reglas) como mandatos de optimización, una teoría de los Derechos fundamentales y de la ponderación que presupone la noción de principios jurídicos, y una dimensión no positivista del Derecho articulada sobre la base de que, más allá del aspecto autoritativo de éste, hay otro ideal –una “pretensión de corrección”- que supone una conexión conceptual entre Derecho y moral.

“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.”¹⁸⁴⁵

La tesis *constructivo- dialógica* representada por ROBERT ALEXY establece, como necesaria para la validez del Derecho, un triple arco: normativo, sociológico y ético; destacando la especial relevancia de la última para la autoridad del Derecho, concluye reduciendo los principios morales al resultado de un discurso desarrollado conforme a reglas que garanticen la igualdad de derechos de los hablantes. Este discurso reglado es el que fundamenta los principios éticos del Derecho, sin que sea necesaria ninguna referencia objetiva fuerte a las estructuras de la realidad.

La iusfilosofía alexyana tiene una identidad netamente no positivista, lo que debe rescatarse pues compartimos. Asimismo destaca que toda filosofía del Derecho es explícita o implícitamente expresión de un concepto de Derecho que, coincidimos con el profesor de Kiel, se sustenta en el triple arco preenunciado: a) legalidad, b) eficacia social y c) corrección material. Por el contrario el positivismo sólo acepta la primera tesis, en tanto que el realismo jurídico prioritariamente a la segunda. Una teoría no positivista, si bien otorga relevancia a la tercera tesis, no puede excluir del análisis del Derecho a las otras dos¹⁸⁴⁶. La tesis no positivista de ALEXY avala conexiones conceptuales y normativamente necesarias entre Derecho y moral, afirmando que lo legal y lo eficaz son ciertamente el aspecto real o institucional de aquel, pero lo correcto es su dimensión ideal o discursiva; sólo combinando todos los aspectos puede conceptualizarse al Derecho adecuadamente.

Según otros marcos conceptuales, el Derecho, podría ser definido de otra manera, pero ALEXY, como hemos hecho nosotros en este trabajo, adopta la perspectiva del observador, el juez, de ahí nuestro interés en la construcción del profesor de Kiel.

¹⁸⁴⁵ ALEXY, ROBERT; *Teoría de la Argumentación Jurídica*, cit., pág. 25.

¹⁸⁴⁶ ALEXY, ROBERT; *El concepto y la validez del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 1997, pág. 13.

En lo que concierne a las decisiones judiciales, la fundamentación, y la pretensión de corrección ligada a ella pueden fundamentarse a través del Derecho positivo. En la mayoría de los Derechos occidentales, los jueces, están obligados a fundamentar sus decisiones, por ello, la decisión judicial, en virtud del Derecho positivo, cae bajo la pretensión de corrección. Cuestión distinta es 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... un fallo judicial como ‘En nombre del pueblo, se condena a N a diez años de privación de libertad, aunque no hay para ello buenas razones’ es defectuoso no sólo por razones morales. Su efecto se asemeja más bien al de una expresión como: ‘El gato está sobre el felpudo, pero yo no lo creo’. 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.”¹⁸⁴⁷

Finalmente, distinta es la cuestión de en qué medida la pretensión de corrección que se plantea con las decisiones jurídicas se toma realmente en serio y resulta satisfecha¹⁸⁴⁸.

HABERMAS entiende que en los procesos judiciales –especialmente en los penales- no es dable hablar de juicios correctos o justos, sino ventajosos, y ello por la distribución asimétrica de roles, y porque más que discursos hay estrategias. Para ALEXY, esto a lo sumo aporta que el proceso no puede ser designado sólo como discurso, pero por otra parte, el proceso no puede ser comprendido sin referencia al discurso, ello se conecta con la pretensión de las partes de argumentar racionalmente; la teoría del discurso racional

¹⁸⁴⁷ ALEXY, ROBERT; *Teoría de la Argumentación Jurídica*, cit., pág. 299.

¹⁸⁴⁸ Esta cuestión escapa a nuestro análisis y es propia de la sociología. LUHMANN afirma que la decisión y justificación jurídicas, así como las aceptaciones de esas decisiones, sólo pueden ser captadas abandonando los conceptos tradicionales de racionalidad, verdad, corrección y justicia, a favor de una teoría de sistemas funcional- estructuralista. Entendemos que esto es incorrecto pero no avanzaremos sobre el tema.

Baste decir que un ejemplo de la cuestión son las deliberaciones jurídicas, en las que se discute sobre la corrección de una decisión, y que son concebidas por los participantes como la búsqueda de una decisión correcta. Los participantes suelen procurar que los procesos se desarrollen con normalidad, y de que la verdad y el Derecho se determinan con un esfuerzo serio y arduo, y que, llegado el caso, podrían hacer valer su fundamentación frente a todos.

—como teoría de la argumentación jurídica— no presupone que todas las disputas jurídicas deben verse como discursos en el sentido de una comunicación sin coacción y sin restricciones, sino solamente que en las disputas jurídicas las discusiones tienen lugar bajo la pretensión de corrección¹⁸⁴⁹.

El juez se compromete con la corrección de aquello que el sistema jurídico prohíbe, ordena o permite. ALEXY opera con algunos tópicos que se impone no soslayar: a) si bien el concepto de Derecho, puede o no incluir a la validez (i.e. el contexto institucional de la promulgación, aplicación e imposición del Derecho), él lo incluye en su análisis atento la importancia del aspecto legal ya destacado; b) el Derecho puede observarse desde una visión externa como el resultado de las normas que forman el sistema, o desde su rasero interno como un sistema de procedimientos en tanto acciones guiadas y basadas por reglas a través de las cuales se crean normas, ALEXY lo ve como un sistema de procedimientos; c) las conexiones entre el Derecho y la moral pueden ser *clasificantes* o *definitorias* (la ausencia del elemento moral resulta incompatible con la existencia del Derecho), o *cualificantes* (la ausencia del elemento moral sólo provoca que las normas o los sistemas jurídicos resulten defectuosos pero sin perder su carácter jurídico), el profesor de Kiel admite ambas conexiones.

Lo dicho nos reconduce a la pretensión de verdad o corrección de lo afirmado (i.e. aserciones). En una comunicación racional, el acto de habla realizado no puede implicar algo cuyo contenido contradice ese acto de habla (“contradicción performativa”), por caso:

“afirmo que llueve pero enfatizo al mismo tiempo que eso es falso”¹⁸⁵⁰

La pretensión de verdad o corrección importa una pretensión de fundamentabilidad, de donde quien asevera algo, pero al mismo tiempo dice que no existen razones para sostener lo que afirmó, no estaría entonces sosteniendo un aserto en realidad. A la pretensión de fundamentabilidad le corresponde el deber argumentativo de fundamentar lo aseverado, todo hablante debe, cuando se le pide, fundamentar lo que afirma, a no ser que pueda dar razones que justifiquen el rechazar una fundamentación¹⁸⁵¹. En síntesis, manifestar una aseveración,

¹⁸⁴⁹ ALEXY, ROBERT; *Teoría de la Argumentación Jurídica*, cit., pág. 304.

¹⁸⁵⁰ ALEXY, ROBERT; *El concepto...*, cit., pág. 43.

¹⁸⁵¹ ALEXY, ROBERT; *Teoría de la Argumentación Jurídica*, cit., pág. 271.

“significa ingresar en el ámbito de la argumentación.”¹⁸⁵², quien renuncia a la pretensión de corrección pierde la posibilidad de formular aserciones de cualquier clase, porque sólo los actos de habla que formulan una pretensión de verdad o corrección son aserciones.

Por otra parte, quien ha aducido un argumento, sólo está obligado a dar más argumentos, en caso de contraargumentos. Además, quien introduce en el discurso una afirmación o manifestación sobre sus opiniones, deseos o necesidades, que no se refieran como argumento a una anterior manifestación; tiene, si se le pide, que fundamentar por qué introdujo esa afirmación o manifestación.

Si en lugar de juicios o aserciones quedasen solamente sentimientos u opiniones, las fundamentaciones se transformarían en persuasión, y en lugar de la corrección y la verdad se trataría de manipulaciones más o menos eficaces, todo sería subjetivo y nada objetivo. La pretensión de corrección sería sustituida por algo similar a una pretensión de poder.

De cara a la posibilidad de fundamentar racionalmente los juicios referidos a lo prohibido, obligatorio o permitido, como ya se señaló¹⁸⁵³, se han ofrecido dos posiciones básicas extremas: a) las posiciones subjetivistas, relativistas o decisionistas y b) las posiciones objetivistas, cognoscitivistas o racionalistas. Para ALEXY los planteamientos del todo- o- nada son inadecuados, y opta por el camino intermedio de la teoría moral procedimental del discurso práctico racional. La teoría del discurso está formada por un sistema de veintiocho reglas que es una suerte de “código de la razón práctica”¹⁸⁵⁴, en tanto su observancia asegura la racionalidad de la argumentación y sus resultados.

La teoría del discurso apunta a la posibilidad de discutir racionalmente y alcanzar juicios prácticos en la medida en que se sigan las reglas alexyanas, por ello es una teoría procedimental de la corrección práctica. El procedimiento del discurso es un procedimiento argumentativo, distanciándose así de las tesis procedimentales de raigambre hobbesiana que operan bajo un procedimiento de negociación y toma de decisión. Las reglas de la racionalidad discursiva de ALEXY son válidas con independencia de la teoría del discurso que se adopte, a ellas pertenecen la ausencia de contradicción, la universalidad

¹⁸⁵² ALEXY, ROBERT; *El concepto...*, cit., pág. 145.

¹⁸⁵³ Ver *supra* en este mismo apartado.

¹⁸⁵⁴ ALEXY, ROBERT; *Derecho y razón práctica*, Fontamara, México, 1993, pág. 21.

en el sentido de un uso coherente de los predicados empleados, la claridad lingüístico-conceptual, la verdad empírica, la ponderación, el análisis de la génesis de las convicciones morales; todas estas reglas rigen para monólogos, por ello la teoría del discurso en modo alguno viene a reemplazar a la fundamentación por la “simple producción de consenso”.

Un segundo tipo de reglas de carácter no- monológico son específicas del discurso y su objetivo es construir la imparcialidad de éste que se logra a partir de la libertad e igualdad de la argumentación. Baste lo dicho, su análisis superaría en mucho nuestra propuesta. Con ello la teoría del discurso asegura el acuerdo de los argumentos aducidos.

Acudiendo a una tesis hobbesiana, el profesor de Kiel destaca la relevancia de la maximización de las utilidades y que alcanza a quienes carecen de interés en la corrección de la argumentación¹⁸⁵⁵, pues aun cuando a estos pueda resultarles ventajoso a corto plazo mantener su situación de control o dominación sin necesidad de argumentar, a largo plazo les es más ventajoso argumentar para tratar de justificar sus decisiones; y consiguientemente, allí resultan ya aplicables la observancia de las reglas del discurso. En lo que a nosotros interesa, este tipo de vertiente alcanza a las decisiones que hemos examinado antes y que se vinculan no ya al discurso correcto en los fallos sino al aspecto político que se filtra en dichas decisiones¹⁸⁵⁶.

Los sistemas de reglas no proporcionan procedimiento alguno que permita alcanzar con seguridad en todo caso un único resultado, a través de un número finito de operaciones. Las reglas del discurso no incluyen ninguna determinación respecto de los puntos de partida del procedimiento, las conclusiones pueden ser en ocasiones incompatibles entre sí. En segundo lugar, las reglas del discurso no prescriben todos los pasos de la argumentación. Además, son contingentes, es decir, las reglas del discurso son culturalmente dependientes, aunque ALEXY menciona que algunas tienen un valor universal, aunque no aclara cuál es la división.

Divide ALEXY entre discursos prácticos reales e ideales, sólo nos interesan los primeros, en tanto que se definen por la búsqueda de la respuesta correcta para una cuestión práctica. Sin embargo, la dimensión ideal le permite cumplir una función crítica

¹⁸⁵⁵ Alexy, Robert; *El concepto...*, pág. 148.

¹⁸⁵⁶ Ver *supra* parágrafo 34 (“1 método jurídico y la creación del Derecho”).

respecto del Derecho establecido, así, el sistema de reglas que compone la teoría del discurso

“...no sólo complementa las reglas específicas del discurso jurídico, sino que constituye también la base para su justificación y crítica, en el marco de una justificación y crítica del sistema jurídico en su conjunto.”¹⁸⁵⁷

Ahora bien, el profesor de Kiel rechaza que un sistema jurídico pueda estar compuesto sólo de *normas* (propuesta, entre otros, de HART y Kelsen), o sólo de *principios*. Propone que el sistema esté compuesto por ambos, algo que se ha defendido en esta propuesta¹⁸⁵⁸. Quienes han criticado esto entienden que con los principios poco se gana en orden a asegurar la clausura del sistema, pues las reglas terminan flexibilizándose dada la presencia permanente de principios opuestos que permiten que siempre existan argumentos jurídicos que posibiliten fundamentar las más diversas soluciones,

“En lugar de la laguna de apertura del modelo de reglas, provocada por una falta de pautas jurídicas, aparecería sólo una laguna de indeterminación del modelo de reglas/ principios, provocada por el exceso de pautas jurídicas.”¹⁸⁵⁹,

esa dificultad de indeterminación de respuesta para cada caso concreto podría sortearse si fuera posible confeccionar un orden estricto o duro de los principios, que fijara el peso o valor de cada principio, y sus intensidades de realización fueran expresables numéricamente de manera calculable, pero tal alternativa deviene inviable dadas las limitaciones del conocimiento humano. Por ello ALEXY, reconociendo que existen casos dudosos, difíciles y trágicos provocados por los aperturismos de los sistemas (vaguedad del lenguaje, posibilidad de contradicciones entre normas, falta de normas para el caso, *et sit cétera*), adiciona otro elemento: el *procedimiento*.

Sostiene que la pretensión de corrección exige que en aquellos casos se lleve a cabo una ponderación y, por lo tanto, se tomen en cuenta los principios, el profesor de Kiel, teniendo en cuenta las limitaciones propias del conocimiento humano, niega que

¹⁸⁵⁷ ALEXY, ROBERT; *Derecho y razón...*, cit., pág. 21. Ha señalado el profesor de Kiel que “El carácter ideal de la teoría del discurso conduce a la necesidad de su inclusión en una teoría del Estado y del Derecho. Este vínculo es mucho más que una simple compensación a sus... debilidades. Un sistema jurídico que desee responder a las exigencias de la razón práctica, sólo puede crecer a través de nexos de elementos institucionales o reales con tales ideales y no sólo de modo institucional” (ALEXY, ROBERT; *Teoría del Discurso y Derechos Humanos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, pág. 53).

¹⁸⁵⁸ Vide capítulos III (“Sistema y conceptos jurídicos básicos”) y IV (“Interpretación y Aplicación de las normas penales”).

¹⁸⁵⁹ ALEXY, ROBERT; *El concepto...*, cit., pág. 170.

exista un orden duro o estricto entre los principios que establezca el peso de los mismos y donde sus intensidades de realización se expresen en una escala numérica y sólo admite un orden débil de principios basados en tres elementos: a) un sistema de condiciones de prioridad, b) un sistema de estructuras de ponderación y c) un sistema de prioridades *prima facie*. Con este “orden débil” se aporta una solución a la estructuración racional en el ámbito de las lagunas de apertura del sistema jurídico, pero siendo que, ni las reglas ni los principios regulan por sí mismos su aplicación, resulta necesario recurrir a una teoría de la *argumentación jurídica*, que establezca cómo sobre la base de los dos niveles señalados de reglas y principios es posible una decisión racionalmente fundamentada. Ahora bien, el discurso jurídico, tiene también límites, en cuanto no proporciona siempre una única respuesta correcta para cada caso, por ello se precisa un nuevo procedimiento que cierre esta laguna de racionalidad: el *proceso judicial*. Este último contiene un aspecto argumentativo, pero también, un elemento de decisión.

“...el proceso de argumentación no es... lineal, sino más bien reticular; su aspecto no recuerda a una cadena, sino a la trama de un tejido.”¹⁸⁶⁰

El sistema jurídico cuenta entonces con un “lado pasivo” formado por reglas y principios, y un “lado activo” conformado por el procedimiento de aplicación de aquellas. Este nivel del sistema tiene por finalidad asegurar la racionalidad tanto en el proceso de formulación del Derecho como en el de su aplicación, el éxito de ese objetivo (i.e. asegurar un máximo de razón práctica en el sistema jurídico) depende de la posibilidad de fundamentación racional de los juicios prácticos, morales o de valores; para ello la teoría alexyana es el discurso práctico racional en cuanto teoría procedimental, cuyas reglas tienen por objeto asegurar una argumentación práctica racional. Las exigencias de esta teoría tienen un carácter ideal, y en condiciones reales sólo se pueden realizar de modo aproximativo.

Del modelo procedimental de ALEXY estructurado en cuatro niveles, sólo nos interesa el *procedimiento del discurso judicial*¹⁸⁶¹, fuertemente influenciado por el

¹⁸⁶⁰ ATIENZA, MANUEL; *Las razones del Derecho*, cit., pág. 310.

¹⁸⁶¹ El primero es el procedimiento del discurso práctico general, procedimiento no institucionalizado, no reglado normativamente y que no conduce en cada problema práctico a un único resultado posible. El segundo es el procedimiento de creación estatal del Derecho, institucionalizado y referente a las disposiciones iusfundamentales propias del Legislador constitucional y del Legislador ordinario. El tercero es el procedimiento del discurso jurídico sobre el que algo filtraremos en el texto atento su injerencia en el procedimiento que nos interesa. VIGO, RODOLFO LUIS; *op. cit.*, pág. 309.

procedimiento del discurso jurídico, en él la actividad creadora (no se discute que los jueces creen Derecho¹⁸⁶²) tiene una estructura discursiva, el punto de encuentro entre el discurso práctico general y la creación del Derecho son los Derechos fundamentales, el espacio jurídico central de la recepción de esos derechos es la Constitución,

“...la Constitución es el objeto primario de una teoría discursiva de la justicia.”¹⁸⁶³

El profesor de Kiel está entre los que se alinea contra el puro *Legalismo* (caracterizada por: a) rechazar los valores y principios y sólo apostar a las normas; b) recurrir a la subsunción en la aplicación del Derecho, descartando la ponderación; c) rescatar la posición del Legislador, legitimado democráticamente, en lugar de la omnipotencia judicial; y d) sostener la independencia del Derecho ordinario de cara a la carta magna en favor del *Constitucionalismo* (apoyada en las cuatro alternativas que confrontan a las anteriores). En estricta rigurosidad, ALEXY sostiene un constitucionalismo moderado apoyado en tríada reglas- principios- procedimiento, pues entiende que ella permite realizar en mayor medida la razón práctica¹⁸⁶⁴; los principios son receptados en el plano jurídico positivo por la Constitución y confiados por ende a la ponderación de la decisión del Legislador legitimado democráticamente; la Constitución deviene un orden fundamental y una ley marco, confiando otras cosas a la discrecionalidad judicial (i.e. deja abiertos márgenes de acción)¹⁸⁶⁵. Completado el proceso de creación estatal del Derecho se reconoce que no se garantiza una solución para cada caso (v.g. por la vaguedad, la imprecisión de los propósitos, *et sit cétera*), allí propone el profesor de Kiel el nivel del discurso o *argumentación jurídica*.

La argumentación jurídica es un procedimiento no institucionalizado pero se encuentra sujeto a que los juicios jurídicos resulten¹⁸⁶⁶: a) dentro del marco de las normas jurídicas vigentes (constitucionales y legales), b) tomando en cuenta los precedentes

¹⁸⁶² Y no ahondaremos sobre ello aquí pues ya nos extendimos a tal respecto antes. Ver *supra* parágrafos 31 (“La interpretación jurídica”) al 35 (“El método jurídico y la creación del Derecho”).

¹⁸⁶³ ALEXY, ROBERT; *Giustizia come correttezza*, en “Ragion Pratica”, 1997/1999, cit. VIGO, RODOLFO LUIS; *op. cit.*, pág. 310. Destaca VIGO en su análisis del profesor de Kiel, que los derechos constitucionales son normas de competencia negativa en relación con el Legislador ordinario, pues imponen sobre lo que éste no puede avanzar.

¹⁸⁶⁴ ALEXY, ROBERT; *El concepto...*, cit., pág. 177.

¹⁸⁶⁵ Sobre el activismo judicial y la legitimidad de los jueces para crear Derecho a la óptica de esta tesis nos explayaremos más adelante. Ver *infra* parágrafos 52 (“El auténtico rol creador del juez. Límites. El activismo judicial”) y 52.1 (“La legitimidad de los órganos aplicadores para crear Derecho”).

¹⁸⁶⁶ Esto demuestra que el discurso jurídico se diferencia del discurso práctico general en que su libertad está limitada.

judiciales, c) enmarcados en la dogmática elaborada por la ciencia del Derecho practicada institucionalmente y d) correctos o racionalmente fundamentables. La teoría de la argumentación es esencialmente una teoría de la interpretación, es actividad lingüística, es discurso práctico y no acción, pues su objeto es la corrección de enunciados normativos. Su punto de partida es que en la fundamentación jurídica de lo que se trata siempre es de cuestiones prácticas (i.e. lo que está ordenado, prohibido y permitido). Es normativa en tanto busca criterios para la racionalidad del discurso jurídico¹⁸⁶⁷. En los diferentes discursos jurídicos, más allá de lo variado, se efectúan fundamentaciones y justificaciones¹⁸⁶⁸, y al hacerlo se pretende que ellas sean acertadas o correctas, ya que en un discurso jurídico, no resulta admisible afirmar algo y después negarse a fundarlo.

La teoría de la argumentación jurídica destaca una doble distinción, entre justificación interna y externa. La justificación interna implica establecer si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamento, ello remite al silogismo jurídico, por lo menos debe aducirse una norma general como fundamento en orden a aducir el respeto a la justicia formal, la justificación interna no tiene que ver sólo con una deducción lógica a partir de normas positivas, ya que en casos complicados se requieren distintos tipos de premisas, que no son fácilmente deducibles.

En este ámbito se ve que, para la fundamentación de las decisiones jurídicas, algunas premisas no pueden ser deducidas simplemente de la ley. En muchos casos, la norma con que se comienza, ni siquiera es una norma del Derecho positivo. La exigencia de la deducción, conduce a encubrir la parte creativa de la aplicación del Derecho. No puede soslayarse que, las premisas no extraídas del Derecho positivo, aparecen claramente en toda su extensión. Este es el aspecto más importante de la exigencia de la justificación interna. El justificar estas premisas no extraídas directamente del Derecho positivo es tarea de la justificación externa¹⁸⁶⁹.

Debe distinguirse, como se adelantó, entre el “proceso de descubrimiento” (*process of discovery*) y el “proceso de justificación” (*process of justification*). Las deliberaciones del decisor, deben llevar a una justificación conforme lo explicitado antes,

¹⁸⁶⁷ ALEXY, ROBERT; *Teoría de la Argumentación Jurídica*, cit., págs. 35 y 49.

¹⁸⁶⁸ ALEXY, ROBERT; *Teoría de la Argumentación Jurídica*, cit., pág. 46.

¹⁸⁶⁹ ALEXY, ROBERT; *Teoría de la Argumentación Jurídica*, cit. pág. 315 a 316.

por ello, las exigencias del proceso de justificación repercuten en el proceso de descubrimiento. Citando a ENGISCH, ALEXY señala que

“...extraer una conclusión como tal... (supone) un esfuerzo mínimo; la principal dificultad estriba en hallar las premisas.”¹⁸⁷⁰

El objeto de la justificación externa es la fundamentación de las premisas usadas en la fundamentación interna. Dichas premisas pueden ser: a) reglas de Derecho positivo, b) enunciados empíricos o c) premisas que no son ninguno de los dos anteriores. Los distintos tipos de premisas se corresponden con distintos tipos de fundamentación. En el caso “a”, la fundamentación de reglas del Derecho positivo, consiste en mostrar su conformidad con los criterios de validez del ordenamiento jurídico. En la fundamentación de “b”, los enunciados empíricos, puede recurrirse al método de las ciencias empíricas, a las reglas de la carga de la prueba en el proceso, *et sit cétera*. Para la fundamentación de las premisas del tipo de “c” es que sirve la argumentación jurídica. Existe una gran interrelación entre los tres tipos de fundamentación.

Las reglas y formas de justificación se clasifican en seis grupos de reglas y formas de: a) interpretación *–ley–*, b) de la argumentación dogmática *–dogmática–*, c) del uso de los precedentes *–precedente–*, d) de la argumentación práctica general *–razón–*, e) de la argumentación empírica *–empirie–* y f) las llamadas formas especiales de argumentos jurídicos *–formas especiales de argumentos jurídicos–*¹⁸⁷¹. A partir de aquí, el profesor de Kiel destaca los diferentes géneros de argumentos interpretativos, de los que nosotros nos ocupáramos *in extenso supra*¹⁸⁷² (semántico, histórico, comparativo, *et sit cétera*); por lo que no nos extenderemos en ello y que resultan aplicables ante conflictos de normas, restricción del campo de aplicación de las normas y en la aplicación de las normas no deducibles de la ley. A su vez a la dogmática le asigna tres funciones consistentes en describir el Derecho vigente, su análisis sistemático y conceptual y la elaboración de propuestas de solución para casos problemáticos, este aspecto no nos parece relevante sino en tanto y en cuanto se vincula con el precitado referido a la interpretación jurídica y a la que dota de masa crítica de ideación. Del uso de los precedentes observa su fundamento en el principio de universalidad, es la exigencia de tratar de igual manera a lo igual (i.e. la

¹⁸⁷⁰ ALEXY, ROBERT; *Teoría de la Argumentación Jurídica*, cit., pág. 317.

¹⁸⁷¹ ALEXY, ROBERT; *Teoría de la Argumentación Jurídica*, cit., pág. 320.

¹⁸⁷² Ver párrafos 31 (“La interpretación jurídica”) a 34 (“La aplicación del Derecho. Las conclusiones lógicas en el Derecho”).

fuerza de los precedentes no fluye de la prudencia de imponer las leyes, sino de la equidad, esto es, de tratar de manera igual los casos semejantes), de ello se decanta una de las dificultades decisivas del uso de los precedentes, que es que nunca hay dos casos completamente iguales, siempre es dable hallar una diferencia; de donde el problema se traslada a la determinación de la relevancia de las diferencias. Además es posible que un caso igual a otro en sus aspectos relevantes, anteriormente decidido, se desee resolverlo de diferente manera porque han cambiado las valoraciones de las circunstancias, de adherirse al principio de universalidad sería imposible la diferente decisión, pero esta exclusión sería incompatible con el hecho de que toda decisión plantea una pretensión de corrección – condición general es que la argumentación sea justificable-; de esta manera aparece como principio de exigencia el respeto a los precedentes, es dable apartarse de ellos, pero quien quiera hacerlo tiene la carga de la argumentación (principio de inercia perelmaniano –ver *infra*-)¹⁸⁷³. Finalmente para el supuesto de la argumentación práctica reconoce especial peso a la analogía, el *argumentum a contrario*, el *argumentum a fortiori* y el *argumentum ad absurdum*, de lo que también nos ocupamos antes¹⁸⁷⁴.

Es claro con este panorama, la afiliación no positivista del maestro de Kiel (y consecuentemente la nuestra en tanto seguimos sus postulados en esto). Lo jurídico remite a la corrección formal y material aportada por la teoría ética del discurso, en tanto teoría ética procedimental y universal. La pretensión de corrección se afirma en el Derecho cuando se postulan decisiones jurídicas, no es un rasgo contingente sin ninguna proyección para la definición de aquel. Una práctica social que no pretenda nada fuera de la fuerza o el poder no sería un sistema jurídico, con la pretensión de corrección que ALEXY vincula a la *fórmula de Radbruch* de que el Derecho es una realidad que tiene el sentido de servir a los valores jurídicos, recién los sistemas sociales se transforman en sistemas jurídicos, está más

¹⁸⁷³ Es sumamente importante la distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dictum*, ello lleva a distinguir la posibilidad del *distinguishing* y del *overruling*. La primera sirve para interpretar de forma estricta la norma que hay que considerar desde la perspectiva del precedente –el precedente se respeta-, la segunda, por el contrario, consiste en el rechazo del precedente. Tanto el *distinguishing* como el *overruling* tienen que ser fundamentados. Junto a ellos son admisibles todos los otros argumentos posibles en el discurso jurídico. ALEXY, ROBERT; *Teoría de la Argumentación Jurídica*, cit., pág. 382.

¹⁸⁷⁴ Ver *supra* parágrafo 34 (“La aplicación del Derecho. Las conclusiones lógicas en el Derecho”) y sus subparágrafos.

allá que las reglas generales, pues lo decisivo es que su praxis de dominación se aduce explícita o implícitamente correcta al servir a un fin justificador¹⁸⁷⁵.

Como se señaló, los sistemas jurídicos, como un todo, formulan necesariamente (no contingentemente) una pretensión de corrección. Al postularlas, al decidir, se afirma implícitamente la corrección de las decisiones, se sostiene que es factible fundamentar dicha corrección, y que además, cualquiera que sea razonable puede reconocer dicha corrección. Para demostrar la presencia necesaria de la pretensión de corrección, ALEXY presenta normas de distintas proyecciones: a) una Asamblea Constituyente de un estado Alpha en el que la minoría oprime a la mayoría, y para mantener dicha opresión aprueba como art. 1º de su Constitución: “Alpha es una república soberana, federal e injusta”; b) una norma judicial por la que un juez competente decide condenar al acusado a prisión perpetua en virtud de una falsa interpretación del Derecho vigente. Ambas normas muestran que son absurdas e injustas, y no simplemente por un defecto técnico, convencional o conceptual; sino porque incurren en una falla conceptual, específicamente en una “contradicción performativa”¹⁸⁷⁶, pues al sancionar una Constitución, o formularse una decisión judicial se sostiene necesaria e implícitamente la pretensión de que ellas son correctas; pero sin embargo, dichos actos institucionales están afirmando pública y explícitamente que no lo son. Así, al ser contradictorias, puede postularse que son erróneas o incorrectas.

Los dos ejemplos de ALEXY demuestran que los participantes en un sistema jurídico formulan necesariamente en los niveles más diversos (creación y aplicación) una pretensión de corrección (i.e. justificación racional). En la medida en que esta pretensión tiene implicaciones morales, se pone de manifiesto una conexión conceptualmente necesaria entre Derecho y moral¹⁸⁷⁷: corrección moral procedimental o discursiva.

En el ámbito del Derecho se refiere siempre, directa o indirectamente, a la fundamentación de normas generales o individuales, y por ello, de cuestiones normativas o prácticas. Más allá de que los diversos contextos institucionales establecen diversos contenidos a la aludida pretensión de corrección, no debe soslayarse que la teoría del discurso es una teoría procedimental de la corrección práctica que posibilita postular la

¹⁸⁷⁵ ALEXY, ROBERT; *El concepto...*, cit., pág. 40.

¹⁸⁷⁶ ALEXY, ROBERT; *El concepto...*, cit., pág. 44.

¹⁸⁷⁷ ALEXY, ROBERT; *ibídem*.

corrección de las normas que son el resultado de ese procedimiento argumentativo regulado por las reglas del discurso¹⁸⁷⁸.

Las reglas del discurso práctico no garantizan que se llegue a un resultado, o que en los casos en que se alcance haya seguridad definitiva. Se presenta un amplio campo de soluciones posibles discursivamente, deviniendo necesario ponerse de acuerdo en un procedimiento que limite el campo de lo posible de la manera más racional posible¹⁸⁷⁹. Las normas no dan solución a todos los problemas, ya sea por la vaguedad de su lenguaje, la posibilidad de conflictos normativos, *et sit cétera*, tal indeterminación no puede suplirse por la argumentación práctica general, 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.”¹⁸⁸⁰,

¹⁸⁷⁸ La tesis de que el Derecho formula necesariamente una pretensión de corrección se denomina *argumento de corrección* y con él se incorpora al Derecho una dimensión ideal discursiva.

¹⁸⁷⁹ ALEXY, ROBERT; *Teoría de la Argumentación Jurídica*, cit., pág. 256. Como las reglas del discurso práctico racional, pueden considerarse como normas para la fundamentación de normas, el maestro de Kiel se pregunta si no se precisan a su vez nuevas justificaciones (i.e. normas de tercer nivel), y así sucesivamente. Existen cuatro vías para hallar reglas del discurso:

- a. *Reglas técnicas*: se considera a las reglas del discurso como reglas técnicas, son las que prescriben los medios para determinados fines. La crítica es que deben presuponerse fines no justificados y existe el peligro de que los fines sean demasiado abstractos o que contengan ya las reglas a fundamentar.
- b. *Fundamentación empírica*: consiste en que determinadas reglas rigen de hecho (i.e. son seguidas realmente en medida suficiente), o que los resultados singulares producidos de acuerdo con determinadas reglas se corresponden con nuestras convicciones normativas realmente existentes. Su crítica es que toma la praxis existente como medida de lo racional.
- c. *Reglas de juego de lenguaje*: Un modo de fundamentación es el que analiza un sistema de reglas que define un juego de lenguaje y propone la aceptación del sistema de reglas elaborado de esta manera. Lo relevante para esta forma de fundamentar es que la presentación del sistema de reglas que definen una praxis sea considerada como lo que motiva la decisión de aceptarla, por ello no excluye junto a sí otros modos de fundamentación. Por esta vena, POPPER, intenta definir la ciencia empírica por medio de reglas metodológicas, a las que llama “convenciones”, que deben corresponderse con la regla suprema de que “no se impida una falsación”, esta regla suprema expresa la “actitud racionalista”, lo que es sólo cuestión de decisión; implica que en primer lugar se debe adoptar un actitud racionalista y sólo entonces se prestará atención a los argumentos y experiencias. La crítica es que en definitiva termina siendo arbitrario.
- d. *Pragmático trascendental*: La validez de determinadas reglas es condición de posibilidad de la comunicación lingüística. Por esta vena HABERMAS y la terminología kantiana. La crítica a este método es que su utilidad es reducida, sirve para fundamentar pocas reglas fundamentales.

Existen otros métodos, y dentro de las anteriores caben subclasificaciones afirma ALEXY, es dable predicar que ninguno de los métodos prereseados carece de debilidades, pero también tiene aspectos importantes: para el primer caso son valiosas para el material de base; para el segundo método vale destacar que el teórico del discurso, al menos en un principio, debe guiarse por ellas en sus fundamentaciones, ello no prueba su racionalidad pero denota que no tiene porqué abandonárselas; para el tercer caso plantea a través de su formulación explícita de sistemas de reglas, la posibilidad de su crítica y abre camino, a partir de su construcción de nuevas reglas, a nuevos métodos de proceder.

¹⁸⁸⁰ ALEXY, ROBERT; *Teoría de la Argumentación Jurídica*, cit., pág. 294.

a los fines de reducir la incerteza dejada por las normas.

La argumentación práctica general tiene una indudable injerencia en la argumentación jurídica, a más de lo antedicho, por la pretensión de corrección, aunque ésta ya no 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 vigente¹⁸⁸¹. El discurso jurídico cuenta con ciertas exigencias:

“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... las limitaciones a través de las reglas del ordenamiento procesal.”¹⁸⁸²

ALEXY, como HABERMAS, utiliza un concepto de *razón* amplio, que le permite sostener

“...la tesis de que las cuestiones prácticas pueden decidirse racionalmente.”¹⁸⁸³

Entre la argumentación teórica y la práctica, no hay diferencias tan sustanciales como para que esta última no se involucre con cuestiones del ámbito de la racionalidad, dicho de otra forma, las cuestiones práctico- morales pueden ser decididas mediante la razón, mediante la fuerza del argumento. El resultado del discurso práctico, puede ser un resultado racionalmente motivado.

La conexión de la teoría del discurso con los conceptos de justificación, corrección y razonabilidad se transportan al Derecho con la ayuda de la tesis del discurso jurídico. Existen tres tesis para esto, ya sea otorgarle al discurso práctico general, una fachada jurídica desde el discurso jurídico (tesis de la secundariedad); confiar en la argumentación jurídica hasta cierto punto, dándole cabida a la argumentación práctica general (tesis de la adición); o rechazar las dos anteriores y sostener el uso de argumentos específicamente jurídicos, uniendo a los mismos en todos los niveles, argumentos práctico generales (tesis de la integración)¹⁸⁸⁴.

Tanto el discurso o argumentación jurídica, como el discurso o la argumentación práctica general, tratan en todo momento de lo que está ordenado, prohibido

¹⁸⁸¹ ALEXY, ROBERT; *Teoría de la Argumentación Jurídica*, cit., pág. 297. El profesor de Kiel destaca que, precisamente la tesis de Kelsen, se basa en la convicción de que los juicios de valor y deber no son susceptibles de verdad o fundamentables racionalmente y, por ello, no pueden ser objeto de tratamiento científico.

¹⁸⁸² ALEXY, ROBERT; *Teoría de la Argumentación Jurídica*, cit., pág. 35.

¹⁸⁸³ ATIENZA, MANUEL; *Las razones del Derecho*, cit., pág. 229.

¹⁸⁸⁴ ALEXY, ROBERT; *Teoría de la Argumentación Jurídica*, cit., pág. 51.

o permitido; de cuestiones prácticas, y en ambos casos se formula una pretensión de corrección, con la diferencia de que en el primer caso ésta se plantea en el marco de un sistema jurídico concreto y no de lo que es absolutamente correcto. Lo correcto en un sistema jurídico dado depende, esencialmente, de lo que haya sido institucionalmente establecido (i.e. la argumentación jurídica está vinculada a la ley y al precedente, y tiene que observar el sistema de Derecho elaborado por la dogmática jurídica). Aquí se abren dos posibilidades, que lo fijado institucionalmente está fijado con claridad, la decisión a su respecto será resuelta mediante lo autoritativo e institucional, sino en cambio se trata de uno de los casos llamados “difíciles”, se precisan valoraciones adicionales que no pueden tomarse simplemente de aquel material institucional.

La tesis de que la jurisprudencia no puede prescindir de valoraciones no implica que no existan casos claros (porque no hay dudas de cómo decidir, sea por las normas jurídicas vigentes, los precedentes o por referencia a los enunciados de la dogmática). Pero la claridad de un caso es algo difícil de señalar, pues implica decir que no cabe considerar argumentos que den lugar a dudas,

“Sin embargo, tales argumentos son siempre concebibles.”¹⁸⁸⁵

Si ha de satisfacerse la pretensión de corrección, las premisas adicionales tienen que ser fundamentadas, lo que es sólo posible mediante la argumentación práctica general. No se sigue la tesis fuerte de que las valoraciones necesarias se deben considerar siempre como morales, sino sólo el enunciado más débil de que ellas son siempre relevantes moralmente.

En la argumentación jurídica racional, según ALEXY, los argumentos específicamente jurídicos, y los argumentos práctico generales se combinan en todos los niveles y se aplican conjuntamente. Estos argumentos práctico generales contienen argumentos teleológicos y deontológicos¹⁸⁸⁶; los primeros se orientan a las consecuencias y se apoyan en una idea de lo bueno, en tanto que los segundos hacen valer lo que es justo o injusto independientemente de las consecuencias. Aun cuando se admita la posibilidad del desplazamiento de la argumentación jurídica, ese desplazamiento sólo puede ser parcial o provisional, el Derecho no está meramente abierto a la crítica moral desde afuera, sino que la dimensión crítica se reinstaura desde dentro del propio Derecho.

¹⁸⁸⁵ ALEXY, ROBERT; *Teoría de la Argumentación Jurídica*, cit., pág. 36.

¹⁸⁸⁶ ALEXY, ROBERT; *Teoría de la Argumentación Jurídica*, cit., pág. 339 y ss.

El modo de integrar los argumentos práctico- generales con los específicamente jurídicos, es el procedimental. Son argumentos no institucionales.

En síntesis, el discurso jurídico se nutre en una doble vertiente: a) su carácter real e institucional, y b) su dimensión libre, ideal o discursiva. El discurso práctico no garantiza la obtención de una única respuesta correcta (continuamos rechazando a DWORKIN) para cada caso pues en condiciones reales, sus exigencias sólo se pueden cumplir limitadamente¹⁸⁸⁷.

La pretensión de corrección deja claro que el Derecho no puede reducirse a una mera ordenación de la fuerza, incorporando a él una dimensión ideal, establece una conexión clasificante entre moral y Derecho. La pretensión de corrección, en tanto elemento necesario del concepto de Derecho, constituye lo que ALEXY llama el “argumento de la corrección”. Este es la base del denominado *argumento de la injusticia*, que hemos receptado en éstas líneas como necesario, bajo el ropaje de la “*Fórmula de Radbruch*”; reservado para casos excepcionales de injusticia extrema en que no puede considerarse Derecho a determinada prescripción autoritativa que supera un umbral de inmoralidad o defecto. Se trata de un límite externo al Derecho, excluyendo las normas que importan una injusticia desmesurada, se establece entonces una dimensión clasificante entre Derecho y moral, debajo de cuyo umbral la injusticia no compromete la juridicidad. Le opone esta construcción al *argumento de la seguridad* que los positivistas esgrimen ante casos como estos, lo que vulneraría la pretensión de corrección. El núcleo normativo que permite identificar el umbral estará dado por los Derechos Humanos y las reglas del Estado de Derecho, lo que da al traste también con el relativismo radical que asocia juicios de justicia a meras opiniones, sentimientos o expresión de persuasiones (esto reduciría el Derecho a pura facticidad, sería posible cualquier contenido), de allí su empeño en defender la posibilidad de fundamentar racionalmente juicios morales¹⁸⁸⁸.

Más interesante para esta etapa de nuestro análisis, pues de la anterior ya nos ocupamos *in extenso* antes, es la visión de ALEXY, que compartimos, no ya para casos

¹⁸⁸⁷ Vale la pena destacar que ALEXY se enrola, si bien de una forma no tan dramática como DWORKIN, en la idea de una única respuesta correcta; pues para el profesor de Kiel, en algunos casos puede darse esta posibilidad, aunque no se sabe en qué casos se dará así. Para él vale la pena procurar hallar la única respuesta correcta, aunque reconoce que la mezcla de reglas, principios, de acuerdo con los criterios de la argumentación práctica general, sólo permiten lograrlo de forma relativa.

¹⁸⁸⁸ ALEXY, ROBERT; *El concepto...*, cit., pág. 54.

excepcionales, sino para lo cotidiano en la vida jurídica. Para ello adopta el *argumento de los principios*. Sobre la composición del Derecho por reglas y principios, y la actuación de estos últimos como ponderación ya hicimos referencia¹⁸⁸⁹. El juez precisa en los casos dudosos o problemáticos hacer ponderaciones o valoraciones entre las razones que posibilitan distintas soluciones. Como sobre el juez pesa la pretensión de corrección, debe tomar en cuenta aquellas razones morales que bajo la forma de “principios” integran el Derecho. El argumento de la corrección y la consiguiente teoría ética discursiva se introducen en el argumento de los principios y pretenden que la decisión resulte correcta racional o moralmente.

La racionalidad de la argumentación jurídica depende, frente a la ausencia de material autoritativamente fijado, del control racional de las valoraciones y ponderaciones efectuadas para establecer lo debido jurídicamente en el caso práctico puesto a decisión.

ROBERT ALEXY, según lo anterior, distingue entre “derechos definitivos” basados en reglas, y “derechos *prima facie*” basados en principios. Los derechos constitucionales, en tanto derechos *prima facie*, requieren al aplicarlos, de ponderación más que subsunción, y

“...el procedimiento de ponderación racionalmente estructurado lo provee la teoría de los principios”¹⁸⁹⁰

Tanto la creación como la aplicación (con el procedimiento respectivo), integran el Derecho. El Derecho no asegura una respuesta para cada caso dado (ya sea por las vaguedades del lenguaje, el apartamiento de la norma que regule el caso por injusticia extrema, las contradicciones normativas, *et sit cétera*); en los casos dudosos la apertura del sistema amplía el Derecho a todos aquellos principios que aunque no resulten identificables como jurídicos, según los criterios de validez fijados por la Constitución, forman parte del mismo a los fines de satisfacer la pretensión de corrección. Dicho de otra forma, en la aplicación del Derecho corresponde que el operador o aplicador tenga en cuenta que están a su disposición todos los argumentos cuya justificación se encuentra en la pretensión de corrección intrínseca al Derecho desde una perspectiva racional. La validez es entonces

¹⁸⁸⁹ Ver parágrafo 36.2 (“Los principios jurídicos en el razonamiento jurídico”).

¹⁸⁹⁰ ALEXY, ROBERT; *Derecho y razón...*, cit., pág. 32.

básicamente moral (no como la explicamos antes según la óptica hartiana)¹⁸⁹¹ en tanto remite a los principios.

Según ALEXY es posible argumentar racionalmente en materia de justicia, lo que posibilita superar la posición emotivo- subjetivista o decisionista pues se avanza en el sentido de la pretensión de corrección, pero también se supera el objetivismo pues no asimila los juicios de justicia a juicios de hecho¹⁸⁹².

Sabido es que la moral puramente procedimental ha sido pasible de críticas (v.g. KAUFMANN, ya citado), pero ALEXY, solapadamente, incluye también reglas sustanciales (v.g. los Derechos Humanos o la definición de “injusticia extrema”); los Derechos fundamentales regulan desde el “máximo rango” y cuentan con la “máxima fuerza jurídica” vinculando a los diversos poderes del Estado, deciden sobre la estructura básica de la sociedad, más allá de que todos sus esfuerzos van en la dirección de adscribir a una tesis formal.

Con el objeto de superar la procedimentalización (un enunciado normativo es correcto si y sólo si puede ser el resultado de un procedimiento), señala la necesidad de tener en cuenta los intereses y las necesidades, además de la tradición y cultura de los

¹⁸⁹¹ Ver *supra* párrafo 28 (“Presupuesto. El orden jurídico”) y párrafo 28.1 (“El sistema jurídico como sistema normativo”).

¹⁸⁹² ALEXY, ROBERT; *Sobre las relaciones entre el Derecho y la moral...*, cit., *passim*. La tesis que entiende que hay un campo libre para las convicciones morales subjetivas de los aplicadores del Derecho, sólo es factible si no es posible objetivar dichas valoraciones, para ello se propusieron tres vías (señalamos las refutaciones de ALEXY a la par):

- a) Basarse en convicciones y consensos fácticamente existentes, se trata de valoraciones de la colectividad o de círculos determinados. Pero para ello la colectividad debería estar familiarizada con todos los casos a decidir, surgiendo además valoraciones diferentes. Por otro lado, quien se rige por las valoraciones de círculos determinados debe explicar por qué son decisivas precisamente esas concepciones. Quizás incluso, algunas de esas convicciones sólo ficticiamente gocen de consenso pues nunca fueron puestas en crisis.
- b) Referirse a valoraciones que de algún modo, pueden ser extraídas del material jurídico existente (v.g. “sistema interno del ordenamiento” –WIEAKER- o “sentido total del ordenamiento jurídico” –LARENZ). Este sistema también sería insuficiente pues remite a medidas que no son fijas, y además las diferentes normas responden a cristalizaciones efectuadas en momentos diversos, y por ende, responden a valoraciones distintas. A menudo, además, tampoco es claro qué valoraciones recoge una norma.
- c) Recurrir a un orden valorativo objetivo, independiente o recogido en las constituciones. Las dudas aquí están en los problemas propios del intuicionismo y en la dificultad de deducir del ordenamiento, enunciados normativos.

Estos conocimientos empíricos son relevantes en la fundamentación jurídica, pero sólo de ellas no se extraen las premisas normativas. En las sociedades modernas, como se señala en el texto, hay diferentes concepciones para todos los problemas. Los consensos fácticos son raros, al menos en lo que se refiere a cuestiones prácticas.

ALEXY, ROBERT; *Teoría de la Argumentación Jurídica*, cit., págs. 40 a 42.

implicados. Por otra parte, el seguimiento de las reglas discursivas no garantiza la obtención del consenso dadas las diferencias antropológicas y valorativas entre los individuos, e incluso el respeto de las reglas procedimentales permite la obtención de más de una respuesta correcta, el resultado del discurso es de una “corrección relativa”, en la medida en que se determina por las características de los participantes y depende del procedimiento seguido¹⁸⁹³. En último sentido, la racionalidad práctica en el profesor de Kiel, resulta útil en un sentido negativo: a los fines de reducir la irracionalidad en los discursos jurídicos y porque reclama una institucionalización en términos del Estado Constitucional.

Sólo sabemos efectivamente lo que forma parte del Derecho cuando, las normas autoritativamente dispuestas, han pasado por su aplicación (la validez jurídica incluye a la moral), sólo después del control interpretativo queda despejada la duda por el “umbral de injusticia” o el juego ponderativo de los principios. La dimensión interpretativa del Derecho es de suma relevancia en la teoría de la argumentación, se advierte sobre la gran variedad de opciones que existen, por caso, las deliberaciones entre los jueces, los debates judiciales, *et sit cétera*,

“...el aspecto común más importante consiste en que en todas las formas (al menos en parte) se argumenta jurídicamente.”¹⁸⁹⁴

El sistema jurídico se construye, en ALEXY, por gradas: desde la Constitución hasta las sentencias judiciales, pasando por distintas gradas. El modelo procedimental tiene diversas gradas, reconociéndose en el segundo nivel, el momento institucional de creación del derecho estatal y aparece en la cuarta grada –también institucional- el proceso judicial. Ello pues

“...a través de un proceso de legislación no se puede nunca determinar para cada caso, de antemano, precisamente la solución. Esto sirve de fundamento a la necesidad del discurso jurídico.”¹⁸⁹⁵

HABERMAS advierte que un sistema como este conduce a soluciones no unívocas, defendiendo la tesis de la única decisión correcta, sostiene la necesidad de contar con un sistema jurídico carente de contradicciones, distingue en aras de ello entre “discurso

¹⁸⁹³ ALEXY, ROBERT; *Teoría de la Argumentación Jurídica*, cit., pág. 401 y 402.

¹⁸⁹⁴ ALEXY, ROBERT; *Teoría de la Argumentación Jurídica*, cit., pág. 294.

¹⁸⁹⁵ ALEXY, ROBERT; *Teoría de la Argumentación Jurídica*, cit., pág. 347.

fundamentador” en la creación de las normas y “discurso de la aplicación”; de esa forma el primero delimita al segundo, no quedando a disposición de los órganos de aplicación jurídica discrecionalidad alguna¹⁸⁹⁶. Lo cierto es que ya desde Kelsen esta visión se ha relativizado¹⁸⁹⁷, y las diferencias entre los dos momentos es más cuantitativa que cualitativa. En la aplicación del Derecho hay creación, la teoría alexyana se hace cargo de esto, aunque no resuelve cuánta discrecionalidad puede tolerar en el margen de un discurso racional.

Alexy se enrola (en tesis que obviamente a esta altura se decanta que compartimos), en la postura de Larenz, de que la aplicación de las normas jurídicas no es una subsunción lógica bajo premisas mayores dadas de manera abstracta. La decisión jurídica que pone fin a un conflicto, no se sigue lógicamente de las formulaciones de las normas jurídicas, ello, entre otras razones, por la vaguedad del lenguaje jurídico, el conflicto entre las normas, la posibilidad de decidir en contra del tenor literal de las normas en casos especiales, *et sit cétera*¹⁸⁹⁸.

La metodología jurídica, para resolver el problema de la fundamentación de las decisiones judiciales, creó distintos cánones, como la interpretación gramatical, la histórica, la sistemática, *et sit cétera*. Pero nunca se propuso un sistema que ordenara a estos cánones, cuando es claro que, seleccionado uno en vez de otro, puede conducir a resultados dispares. Para disminuir este riesgo, es que se ha creado la teoría de la argumentación jurídica, que procura atribuir a cada método interpretativo su lugar lógico y su peso relativo. Si por caso, se prefiere en vez de tales cánones, regir la interpretación por un sistema de principios generales, devienen problemas como: ¿de dónde vienen los mismos?, y ¿cómo no tienen una pretensión de exclusividad pueden oponerse o entrar en contradicción entre ellos?; las valoraciones particulares no solucionan estos dilemas.

Cuando la solución de un caso singular, no se sigue lógicamente de las normas presupuestas, ni puede ser fundamentada concluyentemente con ayuda de las

¹⁸⁹⁶ HABERMAS, JÜRGEN; *Facticidad y Validez*, Trotta, Madrid, 2001, pág. 267.

¹⁸⁹⁷ Kelsen, Hans; *Teoría Pura del Derecho*, cit. pág. 249. “La determinación del hecho condicionante, por parte del tribunal es... constitutiva en todo sentido. Cuando una norma jurídica general enlaza una determinada pena al delito de homicidio, no se describe correctamente la situación objetiva cuando se expone el hecho de que un hombre haya matado como la condición de la sanción. No es el hecho en sí, el haber muerto un hombre a otro, sino el hecho de que un órgano competente según el orden jurídico haya establecido, conforme a un procedimiento determinado por ese orden, que un hombre ha cometido un homicidio, lo que configura la condición estatuida por el orden jurídico.”.

¹⁸⁹⁸ Alexy, Robert; *Teoría de la Argumentación Jurídica*, cit., pág. 28.

reglas de la metodología jurídica, entonces al decisor le queda un amplio campo de acción para decidir, pudiendo recurrir a enunciados flexibles y no autoritativos (principios). De esta elección del decisor depende qué enunciado normativo es afirmado, tal enunciado normativo singular contiene una afirmación o determinación sobre lo que está prohibido, obligado o permitido¹⁸⁹⁹.

ALEXY señala aquí algo clave:

“En la base de la (elección) está...un enjuiciamiento de la alternativa elegida como mejor en algún sentido y, por tanto, una *valoración*.”¹⁹⁰⁰

La metodología actual no hesita en reconocer que la jurisprudencia no puede prescindir de valoraciones, pues la aplicación de la ley no se agota en la subsunción (LARENZ), una jurisprudencia sin decisiones no sería real (MÜLLER), las valoraciones son esenciales en las decisiones problemáticas (ESSER), o lisa y llanamente, los jueces no pueden fundamentar sus decisiones en la mera subsunción, pues no se hallan bajo firmes conceptos jurídicos cuyo contenido se revele con certeza a partir de la interpretación (ENGISCH).

Pero, y con más razón a partir de lo antedicho, hay algo de suma importancia para sostener la legitimidad de la regulación de los conflictos a partir de las decisiones judiciales, que es resolver *dónde y en qué medida* son necesarias las valoraciones, y *cómo pueden ser racionalmente fundamentadas esas valoraciones*¹⁹⁰¹.

“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 prescriptos.”¹⁹⁰²,

¹⁸⁹⁹ ALEXY, ROBERT; *Teoría de la Argumentación Jurídica*, cit., pág. 33.

¹⁹⁰⁰ El destacado está en el original. ALEXY, ROBERT; *Teoría de la Argumentación Jurídica*, cit., pág. 34.

¹⁹⁰¹ ALEXY, ROBERT; *Teoría de la Argumentación Jurídica*, cit., pág. 35. La importancia de la “argumentación racional” no es menor, de hecho, el profesor de Kiel cita un ejemplo de una resolución del Tribunal Constitucional Federal (que en nada difiere de múltiples ejemplos argentinos), donde se sostiene que: “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 son inmanentes 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.’” (resaltados en el original) ALEXY, ROBERT; *Teoría de la Argumentación Jurídica*, cit., pág. 58.

¹⁹⁰² ALEXY, ROBERT; *Teoría de la Argumentación Jurídica*, cit., pág. 48.

la ventaja de esto es que en la base de la decisión, si bien no están determinadas (no hay una única respuesta correcta) las soluciones restando en manos del decisor un amplio margen (aspecto débil de las reglas del procedimiento), sí imponen que el derrotero a seguir tenga que ser calificado como “racional” (aspecto fuerte de las reglas del procedimiento). No se produce ninguna certeza definitiva en el ámbito de lo discursivamente posible, pero son tan relevantes como para explicar la pretensión de corrección (i.e. como criterio de corrección de enunciados normativos, como instrumento de crítica de fundamentaciones no racionales).

Dicho de otra forma, una norma o mandato singular, que satisfaga los criterios determinados por las reglas del discurso, puede tildarse de “justo”.

La teoría de la argumentación jurídica supera a la tópica jurídica (con la que ocasionalmente se la ha identificado) pues no recepta las críticas a ellas referidas. Quien en los últimos tiempos ha efectuado un análisis más concienzudo sobre la tópica es el profesor de Munich, THEODORE VIEHWEG; lo que la caracteriza es que consiste en un modo de pensamiento en que el acento recae sobre las premisas, más bien que sobre las conclusiones. Es un procedimiento de búsqueda de premisas –tópicos- que, en rigor, no concluye nunca, el repertorio de tópicos es, siempre, necesariamente provisional. Los tópicos han de entenderse como posibilidades de orientación que sólo permiten alcanzar conclusiones breves¹⁹⁰³. Los tópicos deben verse como premisas compartidas que gozan de una presunción de plausibilidad, o que, en todo caso, imponen la carga de la argumentación a quien los cuestiona. El problema esencial de aquellos es que no están jerarquizados entre sí, de modo que, para la resolución de una misma cuestión, pueden utilizarse distintos tópicos que lleven a resultados también diversos. La utilidad de la tópica es para resolver *aporías* o problemas que no es posible apartar. Puede entenderse la tópica desde tres perspectivas (las críticas se señalan a la par de la mención)¹⁹⁰⁴:

- a. *Una técnica de búsqueda de premisas*: propone la búsqueda de todos los puntos de vista que puedan tenerse en cuenta. Por esta vena se han reunido multiplicidad de *topoi*, por mencionar alguno “*lex posterior derogat legi*

¹⁹⁰³ La lógica deductiva, por el contrario, recibe las premisas y traba con ellas, lo que le permite la elaboración de largas cadenas deductivas.

¹⁹⁰⁴ Se sigue el análisis que del tema efectúa ALEXANDER ALEXANDER; *Teoría de la Argumentación Jurídica*, cit., págs. 52 y ss.

priori” y “*lo inaceptable no puede ser exigido*”. Lo cierto es que el catálogo es infinito y la posibilidad de incoherencias, contradicciones, redundancias, *et sit cétera*, insorteable por esta vía.

- b. *Una teoría sobre la naturaleza de las premisas*: No se parte de enunciados demostrados como verdaderos, pero tampoco de enunciados establecidos arbitrariamente, sino de enunciados verosímiles, probables o plausibles. El problema es que no se diferencia suficientemente entre las diferentes premisas que se utilizan en la fundamentación jurídica; como enseña ALEXY, una teoría adecuada de la argumentación jurídica tiene que incluir una teoría tanto de la dogmática jurídica como también de la valoración de los precedentes, con un enunciado como “lo inaceptable no puede ser exigido” no se puede hacer nada, por lo menos cuando se discute qué es lo “inaceptable”.
- c. *Una teoría del uso de las premisas en la fundamentación jurídica*: la regla sostiene que deben considerarse todos los puntos de vista, pero el problema es que no se dice nada sobre qué punto de vista debe prevalecer y tampoco determina cuáles son los puntos de vista a considerar.

La obra de VIEHWEG, a pesar de las críticas de que es pasible, deja sobre el tapete la necesidad de razonar donde no caben fundamentaciones concluyentes, y la necesidad de explorar en el razonamiento jurídico los aspectos que permanecen ocultos desde una perspectiva exclusivamente lógica,

“El mérito de VIEHWEG no es el de haber construido una teoría, sino haber descubierto un campo de investigación.”¹⁹⁰⁵

La teoría de la argumentación jurídica procura (indudablemente entre otras pretensiones), sortear los defectos que imprime la tópica, estos defectos consisten 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 donde no son posibles fundamentaciones concluyentes, el campo no debe quedar abandonado a la decisión irracional...”¹⁹⁰⁶.

¹⁹⁰⁵ ATIENZA, MANUEL; *Las razones del Derecho*, cit., pág. 85.

¹⁹⁰⁶ ALEXY, ROBERT; *Teoría de la Argumentación Jurídica*, cit., pág. 57.

Por otra parte, la teoría de la argumentación descarta la crítica negativa de la imposibilidad de justificación, sin duda, toda argumentación, debe acabar alguna vez. Como se dijo, no hay una única respuesta correcta, siguiendo a K. BAIER, ALEXY rescata que la herramienta explicada no apareja una respuesta a la pregunta: ¿qué debo hacer?, sino a otra pregunta: ¿qué es lo *mejor* que puedo hacer?, la mejor decisión es la que está apoyada por las mejores razones. La determinación de las mejores razones es una actividad que importa una “deliberación”, deben diferenciarse dos niveles de reflexión y deliberación: a) en el primero se consideran los hechos y se pregunta por su relevancia, b) en el segundo se sopesan las razones obtenidas en el primer nivel. En el primer nivel de la deliberación se plantea la cuestión de qué se puede considerar como razón a favor de una proposición normativa singular, lo que hace que algo sea una razón son reglas (de inferencia en TOULMIN o premisas mayores de silogismos prácticos en HARE). Para TOULMIN, las reglas usadas en el primer nivel de la argumentación, permite una decisión sobre qué es lo que hay que hacer, para BAIER y ALEXY se pueden aducir tanto razones a favor como en contra de determinadas acciones.

“La acción obligatoria es aquella para la que se dan las *mejores* razones. El que haya una razón G para una acción ‘a’ sólo quiere decir que se debe hacer ‘a’ cuando no hay mejores razones en contra de ‘a’. Los hechos que son calificados como buenas razones por las reglas de razones, fundamentan por tanto sólo una presunción a favor de lo que hay que hacer.”¹⁹⁰⁷

En el segundo nivel se determinan qué razones, dentro de un determinado tipo de razones, y qué tipos de razones hay que colocar preponderantemente (BAIER las denomina “reglas de prioridad”). Este esquema de la argumentación práctica da cuenta de una de las características típicas de dicha argumentación: *el ir y venir de las razones*. En las discusiones jurídicas, específicamente, pues son las que nos interesan en este trabajo, siempre hay razones a favor como en contra de una determinada solución. La decisión se produce en el nivel de las reglas de prioridad. El dilema es cómo se justifican estas mismas reglas (TOULMIN recurre a una premisa utilitarista: “evita el sufrimiento evitable”), la respuesta que parece más refinada es la de HARE, BAIER y ALEXY: a través del punto de

¹⁹⁰⁷ ALEXY, ROBERT; *Teoría de la Argumentación Jurídica*, cit., pág. 147.

vista moral. Ello reconduce a dejar claro que las decisiones se dirigen mediante reglas, y no determinadas por el propio interés (puro decisionismo)¹⁹⁰⁸.

TOULMIN constata que uno de los modos de comportamiento es el de la práctica de razonar (i.e. dar razones a un tercero, sobre lo que pensamos, decimos o hacemos). Distingue dos usos del lenguaje –sin obviar la enorme variedad de usos existentes–, un primero al que denomina *uso instrumental*, que tiene lugar cuando la emisión lingüística consigue directamente su propósito sin precisar acudir a razones adicionales (v.g. una orden); y un *uso argumentativo*, que supone que las emisiones lingüísticas fracasan o tienen éxito, según que puedan o no apoyarse en razones (v.g. cuando se plantea una pretensión jurídica). Los problemas sobre los que se argumentan pueden ser muy variados, por ello, el razonamiento varía según las situaciones¹⁹⁰⁹. Quien participa en un “argumento”, está postulando su *racionalidad* (o su falta de racionalidad), según que se halle abierto al argumento (*open to argument*), es decir que reconoce la fuerza de las razones o procura replicar; o sordo al argumento (*deaf to argument*), es decir, ignora las razones contrarias, o replica con aserciones dogmáticas.

Las tesis de HARE y TOULMIN señalan que, quien aduce a favor de una proposición normativa, debe dar razones para ello, pero si se quiere fundamentar a favor de las razones, entonces deben aportarse nuevos fundamentos¹⁹¹⁰, lo que conlleva la problemática del regreso al infinito; para evitarlo, la fundamentación se interrumpe en algún momento y se sustituye por una decisión que ya no se precisa fundamentar. El riesgo de esto es claro: la posibilidad de arbitrariedades. ALEXY prefiere el recurso a las reglas de la discusión racional¹⁹¹¹, ellas no garantizan la certeza definitiva de todo resultado, pero sí

¹⁹⁰⁸ ALEXY, ROBERT; *Teoría de la Argumentación Jurídica*, cit., pág. 149. El profesor de Kiel, siguiendo a BAIER explica que existen diversos criterios para enjuiciar las reglas morales (v.g. que no sean autofrustrantes, autodestructivas, moralmente imposibles, *et sit cétera*), su análisis tiene que ver más con los juicios morales en cuanto tales que con nuestra propuesta.

¹⁹⁰⁹ ATIENZA, MANUEL; *Las razones del Derecho*, cit., pág. 138. TOULMIN explicita que el término *argumentación* se refiere a la actividad total de plantear pretensiones, ponerlas en cuestión, respaldarlas produciendo razones, criticando esas razones, refutando, *et sit cétera*. La voz *razonamiento*, tiene un uso más restringido, y se refiere a la actividad central de presentar las razones a favor de una pretensión, así como para mostrar de qué manera esas razones tienen éxito en dar fuerza a la pretensión.

¹⁹¹⁰ Para una proposición normativa N (v.g. A ha obrado mal), se precisa una razón R (v.g. A ha mentido), lo que presupone una regla L (v.g. mentir es malo); de R y L se sigue lógicamente N, pero si se procura poner en duda N, puede atacarse tanto R como L, de donde habrá que fundamentar L (es malo mentir); entonces se recurre a una razón de segundo nivel R¹ (v.g. mentir ocasiona sufrimientos evitables), que presupone una regla L¹ (v.g. lo que causa sufrimientos evitables es malo).

¹⁹¹¹ ALEXY, ROBERT; *Teoría de la Argumentación Jurídica*, cit., pág. 254.

caracterizan el resultado como racional. La racionalidad no se equipara con la certeza absoluta, pero es un gran avance igualmente.

TOULMIN sostiene, que en todo argumento, hay cuatro elementos: pretensión, razones, la garantía y el respaldo. La *pretensión (claim)* atrapa el punto de partida y de destino del proceder argumentativo (v.g. a Sócrates debe sancionárselo dándole de beber cicuta). Cuando al comienzo de toda argumentación, el actor plantea el problema frente a terceros, si estos no cuestionan la pretensión, no se precisa argumentar, pero si surgieran cuestionamientos, deben darse *razones (grounds)* a favor de la pretensión inicial, que sean al mismo tiempo, relevantes y suficientes (v.g. Sócrates es un corruptor de la juventud). Las razones no son teorías generales, sino los hechos específicos del caso, obviamente, de ello se deduce que variarán de acuerdo con el tipo de argumentación de que se trate, tratándose de una argumentación jurídica -que es lo que nos interesa-, serán los hechos que integran el supuesto de hecho de la norma aplicable al caso discutido; el tercero puede discutir los hechos aun, pero, incluso aceptándolos, puede exigir del actor que justifique el paso de las razones a la pretensión: los enunciados generales que autorizan dicho paso se denominan *garantías (warrant)* del argumento; la naturaleza de las garantías depende, también, del tipo de argumento de que se trate, pueden consistir en reglas de experiencia, principios jurídicos, normas, *et sit cétera*, de cualquier manera, las garantías no son enunciados que descifran hechos, sino reglas que permiten o autorizan el paso de un enunciado a otro (v.g. los corruptores de la juventud deben ser sancionados). Establecida la garantía para el argumento, esto no es suficiente, en ocasiones, resulta menester mostrar que la garantía es válida, relevante, y con suficiente peso, máxime si existen diversas formas posibles de pasar de las razones a la pretensión, en dichos casos, el actor debe mostrar que su garantía es superior a cualquier otra, para ello debe aportar el campo general de información o *respaldo (backing)*, está presupuesto en la garantía aducida, y variará según el argumento (v.g. la corrupción de la juventud implica un adoctrinamiento mediante el cual los adolescentes atenienses son inducidos a la rebelión intelectual contra sus padres y los líderes políticos de Atenas). Los enunciados de garantía son hipotéticos, el respaldo puede expresarse en forma categórica sobre hechos; la garantía no es, entonces, una mera repetición de los hechos registrados en el respaldo, sino que tiene un carácter práctico, muestra de qué manera se puede argumentar a partir de tales hechos. Téngase en cuenta que

un argumento no tiene porque estar aislado, puede formar parte de una cadena de argumentos¹⁹¹².

El contar con argumentos sólo predica de la corrección o validez de lo pretenso, pero una cuestión distinta, es la de la fuerza de un argumento. La pretensión de corrección puede afirmarse con mayores o menores grados.

“Así, mientras que en la matemática (y en la lógica deductiva) el paso a la conclusión tiene lugar de manera necesaria, en la vida práctica no suele ser así (las razones)... prestan a (la pretensión)... un apoyo... débil que suele expresarse mediante *cualificadores modales* (*qualifiers*), como *presumiblemente*, *con toda probabilidad*, *plausiblemente*, *según parece*, etc. Por otro lado, el apoyo suministrado a (la pretensión)... puede serlo sólo en ciertas condiciones, esto es, existen ciertas circunstancias extraordinarias o excepcionales que pueden socavar la fuerza de los argumentos y a las que se denomina *condiciones de refutación* (*rebuttals*).”¹⁹¹³

Graficando:

Aplicando el anterior esquema a nuestro ejemplo:

¹⁹¹² ATIENZA, MANUEL; *Las razones del Derecho*, cit., págs.140 a 142.

¹⁹¹³ ATIENZA, MANUEL; *Las razones del Derecho*, cit., pág. 143.

Fig. 4.5. Los elementos en la argumentación para Toulmin

TOULMIN agrega que, a este marco, debe entenderse como con todos los elementos del argumento, conectados entre sí, de modo que entre ellos se da una fuerte dependencia. Además, para que la argumentación sea posible –y esta tenga fuerza-, se precisa que tengan puntos de partida común.

“Estos presupuestos comunes caracterizan cada una de las empresas racionales (derecho, ciencia...) en cuyo seno se argumenta. Por ejemplo, los argumentos judiciales son fuertes en la medida en que sirven para los fines más profundos del proceso jurídico...”¹⁹¹⁴

Debe destacarse que, en las cuestiones de Derecho, las razones no sólo pueden ser hechos declarados probados por el tribunal de instancia, sino también las decisiones de otros tribunales de segunda instancia, normas, doctrina, *et sit cétera*. La garantía, a su vez es una norma jurídica general o un principio jurídico. Y el respaldo de la argumentación se enfocará a una norma o principio vigente, también.

Finalmente, como destacado, TOULMIN da por tierra con el modelo de análisis tradicional de la lógica, simple en exceso por cuanto: a) reporta sólo un tipo de argumento infrecuente en la práctica, más simple que el de la argumentación usado en las diversas esferas de ésta, y b) al centrarse en un tipo de argumento muy simple, la lógica formal no toma en consideración diferencias importantes, como las referidas a las garantías o al respaldo de un argumento, o entre la garantía y la condición de refutación. Es decir,

¹⁹¹⁴ ATIENZA, MANUEL; *Las razones del Derecho*, cit., pág. 145.

mientras que la lógica sólo distingue entre premisas y conclusión (i.e. entre premisa mayor y menor), TOULMIN distingue

“...seis tipos distintos de proposiciones, que, además, cumplen funciones distintas en la argumentación: el respaldo, la garantía, las razones, el cualificador, la condición de refutación y la pretensión. Sin introducir estas diferencias, no sería posible (argumentar debidamente)...”¹⁹¹⁵

Lo cierto es que TOULMIN ofrece un esquema de representación de los argumentos que es interesante pues incorpora muchos aspectos de la argumentación que, si bien pueden recibir una explicación de la lógica (a lo largo de estas líneas ya hemos entendido que ésta no es plenamente descartable en los casos sencillos), la forma habitual –lineal- de representar los argumentos por aquella, no permite ver con claridad. La tesis de TOULMIN, para concluir, es interesante, pues explica una forma de “argumentación correcta”, lo que pretende es algo más que describir cómo, de hecho, se argumenta en determinados contextos.

HABERMAS, en su *teoría consensual*, señala que las expresiones normativas como valoraciones y mandatos, pueden ser fundamentadas como las proposiciones empíricas: a la verdad de las proposiciones empíricas, corresponde la *corrección* de las expresiones normativas. El criterio de la *verdad consensual* estriba en que sólo se le puede atribuir a un objeto, un predicado, si cualquier otro, que pudiera iniciar un diálogo conmigo, atribuyera al mismo objeto el mismo predicado. La condición para la verdad de las proposiciones es el acuerdo potencial de todos los demás; en contra de esto se halla la teoría de la *verdad como correspondencia* (superada según HABERMAS) donde sólo se puede designar un enunciado como verdadero si existe el estado de cosas que el enunciado expresa, un estado de cosas que existe es un “hecho”, la verdad se puede entonces definir como correspondencia entre enunciados y hechos. El problema de esta tesis surge en torno a qué es aquello con lo que se debe corresponder el enunciado (i.e. qué es un hecho). HABERMAS supera este último problema, y señala que hechos son lo que los enunciados, cuando son verdaderos, enuncian; no son aquello a lo que se refieren los enunciados, no son como las cosas o acontecimientos sobre la faz de la tierra, presenciados, oídos o vistos. Los hechos no son objetos de la experiencia, que están en el mundo, son esencialmente dependientes del lenguaje.

¹⁹¹⁵ ATIENZA, MANUEL; *Las razones del Derecho*, cit., pág. 158.

Para HABERMAS, la verdad es una pretensión de validez que unimos a actos de habla constatativos, una proposición es verdadera si está justificada la pretensión de validez de los actos de habla con los que afirmamos cualquier proposición mediante el uso de enunciados. Por lo tanto, y esto es lo que nos interesa, *la justificación de una aserción no depende, como se suponía tradicionalmente, de la verdad de la aserción, sino que la verdad de ésta depende de la justificación de la aserción.*

“El concepto de verdad es, si se quiere, trasladado del nivel de la semántica al nivel de la pragmática.”¹⁹¹⁶

Así, la verdad no consiste en una problemática de la relación enunciado- mundo, y además se equiparan las proposiciones normativas y no normativas, en cuanto a su capacidad de verdad.

HABERMAS enmarca la teoría de los actos de habla dentro de una teoría general de la comunicación. Diferencia dos formas distintas de comunicación: acción y discurso; las primeras son reconocidas tácitamente, las segundas, tienen una pretensión de validez precisamente problemática y se investiga su justificación; en las primeras no se analiza si existe el estado de cosas expresado en ella, pues se trata de la comunicación de la experiencia con objetos del mundo, se intercambian informaciones; y éstas son fiables, pero tan pronto como se pregunta sobre la verdad de la proposición usada para la transmisión de información, ingresamos en el campo del discurso. En el discurso, se está libre de experiencias, se introduce información, y el resultado del proceso consiste en el reconocimiento o rechazo de pretensiones de validez problemáticas. En el proceso discursivo, no se produce nada, sólo argumentos.

Permanece la dependencia del lenguaje, el discurso asegura (entre otras cosas, pues en él penetran experiencias, aunque su objeto no son experiencias) la dependencia de las proposiciones respecto de los hechos, sin que por ello estos hechos se transformen en objetos en el mundo.

En una teoría consensual es factible diferenciar las aserciones fundadas de las infundadas, los argumentos válidos de los inválidos. Una condición para ello es que se puedan formular las reglas que permitan hacer estas diferenciaciones, la respuesta de HABERMAS es la unión entre la teoría de las pretensiones de validez y los actos de habla;

¹⁹¹⁶ ALEXY, ROBERT; *Teoría de la Argumentación Jurídica*, cit., pág. 161.

según ello, un juego de lenguaje que funcione, presupone el reconocimiento recíproco de cuatro pretensiones de validez: a) inteligibilidad de lo expresado, b) verdad de su contenido proposicional, c) corrección o adecuación de su contenido performativo y d) veracidad del sujeto hablante. La pretensión de corrección se refiere al contenido performativo del acto de habla, este contenido performativo debe ser comprobado desde el punto de vista de si puede ser considerado como “cumplimiento” de una norma justificada, el objeto de la comprobación discursiva no es el acto de habla regulativo mismo, sino la norma respecto de la cual éste se considera el cumplimiento (v.g. una orden debe poder ser justificada con la referencia a una norma vigente que atribuye la correspondiente competencia para dar órdenes). Con apoyo en ello, en los actos de habla regulativos, debe distinguirse entre enjuiciamiento de lo que se hizo y de lo que se dijo (v.g. una orden puede ser enjuiciada desde el punto de vista de si se ha producido en el marco de una competencia para dar órdenes, pero también puede ser enjuiciada desde el punto de vista de si lo que se ordenó es correcto o adecuado); esta distinción es muy útil cuando se procura hablara de “decisiones injustas”, quien quiera discurrir sobre esto último, debe también (por lo menos) comprobar la justificación del juicio de valor afirmado en esta expresión (v.g. esta decisión es injusta).

El juicio puede ser defectuoso no sólo por la no fundamentación de la regla en él presupuesta¹⁹¹⁷, sino también por una falsa apreciación de los hechos. El problema de la tesis de HABERMAS¹⁹¹⁸ es que una teoría consensual, precisa del acuerdo potencial de

¹⁹¹⁷ Debe distinguirse entre una regla que confiere competencias (v.g. para dar órdenes), de una regla que dice cómo ha de ser el alcance y valoración de la competencia (v.g. cómo ha de ser una buena orden en una determinada situación).

¹⁹¹⁸ Otra crítica a este autor, pero que supera en mucho nuestra propuesta, es la de NIKLAS LUHMANN, defensor de la teoría de sistemas: sostiene que la posición de HABERMAS está condenada al fracaso en un mundo rico en posibilidades como el actual. Hoy ya no resulta relevante la corrección interna de decisiones o normas, sino el de la superación de la complejidad. La cuestión de la *justicia* no se vincula ya con las nociones de verdad y fundamentabilidad, sino como pregunta sobre la complejidad adecuada del sistema jurídico.

Una discusión a partir de una teoría de sistemas, para LUHMANN, no se detiene en la exigencia de condiciones ideales, sino que superando las limitaciones de cualquier sistema de discusión presenta las posibilidades de aumentar su utilidad mediante organizaciones alternativas del discurso. Sin embargo, esta objeción sería viable si, y sólo si, la teoría del discurso efectivamente permaneciera anclada en la exigencia de condiciones ideales, pero esto no es así. A la teoría del discurso le corresponde también investigar incluso cómo se puede argumentar racionalmente y se argumenta, en condiciones limitadoras, y cómo puede mejorarse la posibilidad de argumentar racionalmente en dichas condiciones. Para ello se precisa el conocimiento del rendimiento de los diferentes sistemas discursivos y de la posibilidad de aumentar su rendimiento.

Por otra parte, respecto a si las ideas de fundamentabilidad y justicia han perdido actualmente relevancia, y de que ambas nociones deban separarse como pregunta sobre la complejidad adecuada del sistema jurídico, ALEXY responde que la fórmula de la complejidad adecuada contiene una referencia a una condición necesaria del decidir justo, y debe ponerse en duda que hoy, a las normas, no vaya unida una pretensión de

todos como condición de la verdad de una proposición no normativa, como también para la corrección de una proposición normativa. Tal criterio tiene dos puntos débiles: por un lado no puede ser cumplido, y por el otro, incluso su cumplimiento no sería suficiente; así, las personas muertas no pueden ser parte del consenso, y además el acuerdo podría estar basado en un error o una coacción¹⁹¹⁹. Tiene en ello razón HARE, no se precisa de este complejo consenso¹⁹²⁰, sino de que el individuo que juzga, acepte las consecuencias para todos.

A su vez, la tesis de HABERMAS es relevante porque contiene un procedimiento de crítica y fundamentación de normas, y ofrece métodos para poder introducir en la discusión las necesidades y convicciones normativas entre los participantes, pero soslaya que, en la gran mayoría de los discursos prácticos, los afectados por una deliberación no participan en la misma (v.g. las deliberaciones de los órganos judiciales), de donde, su utilidad para nuestra propuesta es sólo relativa.

PERELMAN discurre de manera similar con su concepto de “auditorio”, que es el conjunto de sujetos sobre los que quiere influir el orador por medio de su argumentación. Para conocer al auditorio al que se dirige el orador, es necesario conocer las intenciones de éste. La finalidad de toda argumentación es lograr o fortalecer la adhesión del auditorio. Para lograrlo, el orador debe adaptar su discurso al auditorio, la misma afirmación puede ser, para un auditorio, un argumento a favor de una tesis del orador, pero para otro auditorio, una tesis en contra. El papel del auditorio es lo que distingue la *argumentación* de la *demonstración*, por “demonstración”, PERELMAN entiende la deducción lógica dentro de un cálculo lógico (hay reglas de inferencia establecidas), tal prueba es o no correcta, independientemente del acuerdo de cualquier auditorio; pero quien “argumenta” debe asegurarse la adhesión tanto a sus premisas como a cada paso de la prueba, la adhesión explícita de los interlocutores es necesaria en cada paso, a fin de permitir que el

corrección o fundamentabilidad. “En cualquier caso, una mirada a la praxis de las discusiones político – jurídicas, de las deliberaciones judiciales, de las discusiones científicas, así como del razonamiento cotidiano, muestra que hay motivos para pensar que este modo, por lo menos, no se ha generalizado todavía. La objeción de la teoría de sistemas, por tanto, puede ciertamente descubrir los límites de la teoría del discurso, pero no puede ser aceptada, sin embargo, como argumento contra la posibilidad y necesidad de tal teoría.”. Conf. ALEXY, ROBERT; *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., pág. 190 a 191.

¹⁹¹⁹ ALEXY, ROBERT; *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., pág. 170.

¹⁹²⁰ Donde las propiedades formales del discurso y de la situación de deliberación, garantizan suficientemente que sólo pueda producirse un consenso sobre intereses susceptibles de generalización interpretados adecuadamente (i.e. necesidades que son compartidas comunicativamente).

razonamiento avance¹⁹²¹. Vale la pena retener esta última distinción, pero la idea de “auditorio universal” es tan poco práctica como la de “consenso” en HABERMAS: quien se dirige a un auditorio universal ha de saber que el acuerdo no puede lograrse nunca y que, en general, ni siquiera todos los seres podrán tomar conocimiento de sus argumentos; así, por caso y en lo que nos interesa, el juez debe orientar sus decisiones únicamente de acuerdo con los deseos y convicciones de la comunidad que lo ha instituido, claramente el juez aspira, como ya se explicó *supra* a una decisión racional, y está sujeto a la tradición de determinados oyentes (i.e. destinatarios públicos de las resoluciones) de su comunidad, pero de ahí a sostener una pretensión de universalidad dista mucho.

Lo relevante es que lo que caracteriza a un auditorio no son tanto los valores que admite, cuanto la manera como se los jerarquiza. Una manera de jerarquizar consiste en recurrir a premisas de orden muy general, a los “lugares comunes” (i.e. a los tópicos), de donde, la tópica, en PERELMAN, es un aspecto de la retórica.

Existen otras dos nociones en PERELMAN que son las de *persuadir* (*persuader*) y *convencer* (*convaincre*), o bien entre argumento eficaz (*efficace*) y válido (*valable*)¹⁹²²; quien busca sólo el acuerdo de un auditorio particular, persuade; quien se esfuerza por obtener el del auditorio universal, convence. Consecuentemente, los argumentos para un auditorio universal son válidos, pero para un auditorio particular son sólo eficaces. La línea entre ambos es difícil de trazar, pero podemos retener la idea de que, para un auditorio particular (propio de las decisiones judiciales), se utilizan los valores, las jerarquías y los topoi, pues se trata de argumentos de gran generalidad¹⁹²³.

PERELMAN también aporta el concepto de *principio de inercia*, según el cual, una idea que haya sido aceptada una vez, no puede rechazarse sin un motivo suficiente, por ello tiene el carácter de una regla de carga de la argumentación: la apelación a una praxis preexistente no requiere ninguna justificación¹⁹²⁴, sólo el cambio precisa una justificación, ello

“...constituye... ‘el fundamento de la estabilidad de nuestra vida intelectual y social’. Sirve de base a la apelación al precedente y a las normas aceptadas en la ética y la jurisprudencia. Esto no significa que todo lo que hay debe permanecer

¹⁹²¹ ALEXY, ROBERT; *Teoría de la Argumentación Jurídica*, cit., págs. 230 a 231.

¹⁹²² PERELMAN, CHAIM y OLBRECHT-TYTECA, LUCIE; *op. cit.*, pág. 705.

¹⁹²³ PERELMAN, CHAIM y OLBRECHT-TYTECA, LUCIE; *op. cit.*, pág. 70 y ss.

¹⁹²⁴ PERELMAN, CHAIM y OLBRECHT-TYTECA, LUCIE; *op. cit.*, pág. 178.

invariable. Simplemente enuncia que es irrazonable abandonar sin motivo una idea aceptada hasta entonces. Quien duda o critica debe dar una razón para su duda o crítica... No es necesario justificarlo todo, sino sólo aquello en lo que, con razones, se duda.”¹⁹²⁵,

esto posibilita descomprimir la carga del argumentar, pues permite partir de presuposiciones, sin las cuales sería imposible argumentar.

A veces puede cometerse el error de apoyarse en premisas que el interlocutor no ha admitido, incurriéndose así en la *petición de principio* (i.e. se postula precisamente lo que se quiere probar). La petición de principio no es un error de tipo lógico (una deducción lógica siempre incurriría en este defecto, pues la conclusión está ya contenida en las premisas), sino en un error de argumentación, es un mal uso del argumento *ad hominem* (i.e. depende de lo que el interlocutor esté dispuesto a admitir), se supone que el interlocutor ha aceptado ya una tesis, que se intenta que admita¹⁹²⁶.

Lo importante en la argumentación, no son tanto los elementos aislados de los argumentos, sino el todo del que forman parte. Todos los elementos de la argumentación están en constante interacción,

“...interacción entre diversos argumentos enunciados, interacción entre éstos y el conjunto de la situación argumentativa, entre éstos y su conclusión y, por último, interacción entre los argumentos contenidos en el discurso y los que tienen a este último por objeto.”¹⁹²⁷

Rechazando el silogismo, donde el paso de las premisas a la conclusión es necesario; cuando se procura pasar de un argumento a una decisión, tal paso no es necesario, ya que de serlo, no se podría hablar de una decisión, pues ella supone siempre la posibilidad de decidir de otra manera o de no tomar ninguna decisión. A diferencia de lo que ocurre en las ciencias deductivas, en la argumentación jurídica resulta difícil lograr un acuerdo entre las partes, tiene el carácter de una controversia; pero las dificultades se sortean mediante la imposición de una decisión por la vía de la autoridad. Específicamente, en PERELMAN, la autoridad judicial juega un papel central, donde, entiende, el razonamiento jurídico se manifiesta por antonomasia¹⁹²⁸. El razonamiento jurídico no es

¹⁹²⁵ ALEXY, ROBERT; *Teoría de la Argumentación Jurídica*, cit., pág. 248 a 249.

¹⁹²⁶ ATIENZA, MANUEL; *Las razones del Derecho*, cit., pág. 96.

¹⁹²⁷ PERELMAN, CHAIM y OLBRECHT-TYTECA, LUCIE; *op. cit.*, pág. 699.

¹⁹²⁸ ATIENZA, MANUEL; *Las razones del Derecho*, cit., pág. 111.

una simple deducción silogística, ni tampoco una mera búsqueda de una solución equitativa, sino la búsqueda de

“...una síntesis en la que se tenga en cuenta a la vez el valor de la solución y su conformidad con el Derecho. O, dicho de otra forma, la conciliación de los valores de equidad y seguridad jurídica, la búsqueda de una solución que sea ‘no sólo conforme con la ley, sino también equitativa, razonable y aceptable’.”¹⁹²⁹

PERELMAN clasifica las técnicas argumentativas en dos grupos: a) *procedimientos de enlace*, que unen elementos distintos y permiten establecer entre estos elementos una solidaridad que pretenda o estructurarlos o valorarlos –positiva o negativamente-; b) *procedimiento de disociación*, donde el objetivo es separar, desolidarizar elementos considerados componentes de un todo –i.e. de un sistema-¹⁹³⁰. Las subclasificaciones de estos dos procedimientos, si bien interesantísimas y relevantes para el conocimiento de temática como la que proponemos, excedería en mucho nuestra propuesta, vale señalar que el primero se divide en argumentos cuasilógicos (compuesto a su vez por argumentos de contradicción, identidad, transitividad, reciprocidad, inclusión, *a pari*, *a contrario*, *et sit cétera*); argumentos basados en la estructura de lo real (compuesto, entre otros, por los argumentos paradigmático, de la dirección, de la superación, sostenido en el nexo causal, de autoridad, *et sit cétera*) y argumentos que fundan la estructura de lo real (ilustración, modelo, razonamiento analógico, *et sit cétera*). Además, la clasificación que ofrece de los argumentos, él mismo destaca que es arbitraria, además de no especificar entre las diversas categorías cuál es el criterio utilizado para la clasificación; los supuestos de duda son más que los de claridad y no se ve la utilidad de emprender tal esfuerzo clasificatorio, lo interesante es el contenido de cada categoría.

El núcleo de la fundamentación pragmático- universal de las normas fundamentales, es que a las manifestaciones, se une la pretensión de comprensibilidad, de corrección y verdad. Quien afirma un juicio de valor o de deber plantea la pretensión de corrección, pretende que su afirmación es fundamentable racionalmente. Esto no significa que, con toda expresión de un juicio de valor o de deber, se plantea la pretensión de

¹⁹²⁹ ATIENZA, MANUEL; *Las razones del Derecho*, pág. 113. Para PERELMAN, en esto subyace la crítica definitiva al positivismo jurídico, pues por esta vía se favoreció la experiencia nacionalsocialista, al eliminar toda referencia de justicia, la nueva concepción del Derecho estaría caracterizada por la importancia atribuida a los principios generales del Derecho y a los tópicos jurídicos (i.e. a los lugares específicos del Derecho).

¹⁹³⁰ PERELMAN, CHAIM y OLBRECHT-TYTECA, LUCIE; *op. cit.*, págs. 299 a 300.

fundamentabilidad; si bien quien entra en discusiones sobre la corrección de las expresiones plantea tal pretensión, sin embargo puede perfectamente expresar opiniones morales sin esa pretensión. Las normas fundamentales del diálogo racional tienen, entonces, sentido, sólo para quien se decide a tomar parte en el juego de lenguaje de la argumentación práctica. Pero si no se aducen razones, o se remite a la competencia de un tercero para la fundamentación, o se aducen razones de por qué no se puede o no se quiere aducir razones, asegura la discutibilidad de la manifestación de quien lo expresa.

POPPER se involucra con reglas como ésta al expresar que, la circunstancia de que la postura racionalista considera el argumento y no a la persona que argumenta, tiene muchas consecuencias. Tal postura conduce a la perspectiva de que nosotros debemos considerar a cualquier persona con quien nos comunicamos como una fuente potencial de argumentos y de información racional. Se produce allí una unión entre los hombres que se puede designar como “unidad racional de la humanidad”¹⁹³¹. El carácter ideal de las reglas de razón, como la posibilidad de engañarse sobre la medida de su cumplimiento, demuestra que ningún consenso producido tácticamente es una garantía de validez de los resultados del discurso; las reglas señaladas no indican, por ejemplo, ningún procedimiento sobre cómo debe resolver un jurista un caso determinado en una situación determinada; de donde, si bien la teoría de HABERMAS describe un “bello ideal”, sirve de poco en la práctica de la argumentación moral cotidiana y en las ciencias normativas como la jurisprudencia¹⁹³². No garantiza tampoco la corrección del resultado, la mayoría de las normas son sólo discursivamente posibles, esto significa que tanto ellas como sus negaciones son compatibles con las reglas del discurso; las reglas del discurso no prescriben cuáles son las convicciones normativas de las que los participantes en el discurso tienen que partir, ni cómo tienen que cambiarse estas convicciones,

“El que esto se deje a los participantes en el discurso no es, sin embargo, un defecto, sino una de las ventajas decisivas de una teoría del discurso.”¹⁹³³

Si una norma es sólo discursivamente posible (incluso aunque hubiera consenso), entonces no puede predicarse de su fundamentación definitiva.

¹⁹³¹ POPPER, KARL; *El mito del marco común. En defensa de la ciencia y la racionalidad*, Paidós, Barcelona 1997, pág. 15 y ss.

¹⁹³² ALEXY, ROBERT; *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., pág. 198.

¹⁹³³ ALEXY, ROBERT; *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., pág. 202.

El abandono de una norma aceptada generalmente tiene muchas razones: la interpretación de las necesidades puede cambiar, el conocimiento empírico manipulado hasta el momento puede devenir insuficiente, las contradicciones normativas se advirtieron *a posteriori*. Con el tiempo, las condiciones ideales de diálogo, no se realizaron de forma suficiente. Por ello, las normas discursivamente posibles, han de considerarse siempre como fundamentadas provisionalmente, son falsables en cualquier momento. No se precisa operar aquí con el principio de falsación¹⁹³⁴, sino que las reglas de razón abren ya la posibilidad de problematizar de nuevo cualquier norma en cualquier momento, y, llegado el caso, de mostrarla como infundada.

En las argumentaciones no se trata de realizar inferencias precisas como en la matemática, sino de utilizar diversos instrumentos lingüísticos para convencer al interlocutor. Sin embargo, ello no implica que en una teoría de la argumentación se deba prescindir de la utilización de los métodos de la lógica moderna, ello se decanta del hecho de que todo análisis de un argumento tiene que entrar, en primer lugar, en su estructura lógica. Así se pueden detectar premisas encubiertas y poner en evidencia la inserción de medios persuasivos para efectuar pasos no concluyentes lógicamente.

De más está decir que la refinada construcción del profesor de Kiel denota, con mejor técnica, la realidad de lo que hacen los tribunales (o deberían hacer), en vez de las mucho más rudimentarias construcciones como las de resolución de conflictos normativos recurriendo a jerarquías o preeminencias de los valores en juego, cual si los estándares supranormativos fueran mensurables; que se han intentado articular en la doctrina nacional¹⁹³⁵, extremo que por cierto, es imposible dilucidar, si no va de la mano de una decisión arbitraria. Así, se ha dicho que el valor vida o libertad, tienen entidad preeminente sobre los relativos a la organización del poder, tal aserto no suma ni resta nada, lo cierto es que una evaluación de ese tenor sólo es factible a la luz de determinada

¹⁹³⁴ POPPER, KARL; *La lógica de la investigación científica*, (trad. Víctor Sánchez de Zavala) Tecnos, Madrid, 1980, *passim*.

¹⁹³⁵ Por todos EKMEKDJIAN, MIGUEL; *El valor dignidad y la teoría del orden jerárquico de los derechos individuales*, en BIDART CAMPOS, GERMÁN y GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS (coords.), “Los valores en la Constitución Argentina”, Ediar, Buenos Aires, 1999, págs. 13 a 20.

forma de gobierno en determinada época; dicho de otro modo, su relatividad espacio-temporal es tal que postularla como axioma fundamental deviene en dislate¹⁹³⁶.

Para SAGÜÉS siempre existen libertades o derechos preferidos, valorados por la comunidad como más importantes o trascendentes¹⁹³⁷, pero con eso nada se ha dicho, pues quién interpreta esos valores, o cuáles son, sigue siendo indeterminado, y por ello se precisa una teoría de la argumentación. Piénsese en el instituto jurídico de la cosa juzgada, como garantía de la protección de certeza y seguridad en las relaciones jurídicas, donde está en juego la *estabilidad de las decisiones*, a más también, de la prohibición de que el Estado, al que se le proporcionan todos los medios para que descubra la verdad, lleve a cabo esfuerzos repetidos para condenar a un individuo¹⁹³⁸; sin embargo, a pesar de todo ello, este principio (prácticamente monolítico) terminó debilitándose a la luz de argumentos como: que se trata de un principio *sujeto a excepciones* pues la seguridad jurídica propia de las sentencias firmes no debe ceder a la razón de justicia, que no pueden quedar impunes hechos aberrantes en virtud de lo establecido por los estatutos penales internacionales, y que no pueden soslayarse las obligaciones internacionales destinadas a comprobar delitos de lesa humanidad e identificar a los autores y cómplices¹⁹³⁹. Explicándolo en pocas palabras, la cosa juzgada ha sido, en el último siglo, un paradigma de la seguridad de las resoluciones en todo Estado de Derecho, mas, de cara a la nueva doctrina imperante de la mano de los Derechos Humanos que fluyen de los tratados internacionales, ha terminado relativizándose frente a principios de justicia (no debidamente definidos) y derechos de las víctimas de delitos de lesa humanidad a que se investiguen los hechos en cuestión y se sancione a los culpables. Un ejemplo como este patentiza que lo importante son los argumentos y no las jerarquías de valores que transmutan con el color de los tiempos.

¹⁹³⁶ Conf. BIDART CAMPOS, GERMÁN; *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1987, pág. 237.

¹⁹³⁷ SAGÜÉS, NÉSTOR; *La interpretación judicial de la Constitución*, 2ª ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, *passim*.

¹⁹³⁸ C.S.J.N., “*Mattei, Ángel*”, 1968, Fallos 277:188.

¹⁹³⁹ C.S.J.N., “*Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad*”, 2007, M. 2333.XLII.

CAPÍTULO V

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

*¡Conque era verdad que había excepciones,
que la autoridad podía desconcertarse,
que la regla podía retroceder ante un hecho,
que todo no cabía en el texto de la ley...”**

§38.- El principio de legalidad como negación al poder de los jueces.

Juez y silogismo. Montesquieu. Beccaria. Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. La libertad en el siglo de las luces. Rechazo del silogismo. Antecedentes.

Para negar que los jueces dispongan de un poder discrecional, se han construido diversas variantes del silogismo judicial, cuyo origen puede hallarse en MONTESQUIEU.

La célebre fórmula de MONTESQUIEU rezaba:

“Si los tribunales no deben ser fijos, las sentencias deben serlo de tal manera que sean siempre más que un texto preciso de la ley.”¹⁹⁴⁰,

así, señala que el margen de poder discrecional del juez varía según se acerque o se aleje del despotismo:

“...en los Estados despóticos no hay ley; el juez es su propia regla... en el gobierno republicano, es de la naturaleza de la constitución que los jueces sigan la letra de la ley...igualmente, en Inglaterra los jurados deciden si el acusado es culpable o no, del hecho que ha comparecido ante ellos, si es declarado culpable, el juez pronuncia la pena que la ley inflige para dicho acto y, por ello, no requiere más que ojos.”¹⁹⁴¹

Agrega que en estas condiciones el poder de juzgar

“...es, en cierto sentido, nulo (y los jueces no son) más que la boca que pronuncia las palabras de la ley; seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor.”¹⁹⁴²

La teoría del silogismo fue retomada por BECCARIA señalando que

* HUGO, VÍCTOR; *Los miserables*, (trad. Javier Peñaloza), 14ª ed., Editorial Porrúa, México, 1997, pág. 837.

¹⁹⁴⁰ MONTESQUIEU, CHARLES DE SECONDAT, BARÓN DE; *Del Espíritu de las Leyes*, (trad. Mercedes Blázquez y Pedro Vega), Tecnos, Madrid, 1987, XI,11.

¹⁹⁴¹ MONTESQUIEU, CHARLES DE SECONDAT, BARÓN DE; *op. cit.*, VI, III.

¹⁹⁴² MONTESQUIEU, CHARLES DE SECONDAT, BARÓN DE; *op. cit.*, XI, VI.

“En presencia de todo delito, el juez debe formar un silogismo perfecto: la premisa mayor debe ser la ley general; la menor el acto conforme o no conforme con la ley; la conclusión sería la absolución o la condena.”¹⁹⁴³

En la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* puede leerse:

“Todo aquello que no está prohibido por la ley no puede ser impedido y nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordena.” (art. 5),

y

“Ningún hombre puede ser acusado, arrestado, ni detenido más que en los casos determinados por la ley y de conformidad con las formas por ella prescriptas.” (art. 7),

finalmente

“nadie puede ser penado más que en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito.” (art. 8)

En la Asamblea Constituyente de 1879, la teoría del silogismo fue invocada por diversos oradores, así CAZALES señalaba que

“la sentencia no es más que el acto material de aplicación de la ley”

y CLERMONT- TONNERRE

“el poder judicial, eso que se llama impropriamente poder judicial, es la aplicación de la ley o voluntad general a un hecho particular, no es por tanto en último análisis más que la ejecución de la ley.”,

la idea fue desarrollada por otros muchos hombres políticos como CONDORCET, ROBESPIERRE, entre otros¹⁹⁴⁴.

La justificación del silogismo y su emanación de premencia residía en el principio de legalidad, ligado estrechamente a la concepción que se tenía de la libertad en el Siglo de las Luces. Por esta vena, la expresión “libertad política” tiene dos sentidos enmarcados en esa época: en *sentido amplio*, es la libertad de aquel que se halla sometido únicamente a la ley, es libre porque la sociedad –como en el mundo físico- está en posibilidad, si conoce las leyes, de saber, por lo mismo, todas las consecuencias de sus acciones y, así tomar decisiones con claridad; la libertad es entonces, simplemente, la previsibilidad o seguridad jurídica. La libertad política *lato sensu* sería destruida si

¹⁹⁴³ BECCARIA, CESAR; *De los Delitos y de las Penas*, en www.iestudiospenales.com.ar/consulta-de-libros/751-cesar-beccaria.html, pág. 11.

¹⁹⁴⁴ TROPER, MICHEL; *El poder judicial y la democracia*, trad. Rolando Tamayo y Salmorán, en MALEM, JORGE, *et. al.* (coord.), “La función judicial”, Gedisa, Barcelona, 2003, pág. 214.

existiera, por parte de la autoridad de ejecución, el más mínimo margen de apreciación, porque entonces sería imposible prever las decisiones de esta autoridad. Por el contrario, siempre estando al sentido que venimos examinando, la libertad es perfectamente preservada si la sentencia no es más que la conclusión de un razonamiento silogístico que deja al juez sin ningún poder y que le da un papel de convidado de piedra.

BECCARIA se expresaba claramente a este respecto:

“Cada ciudadano debe poder hacer aquello que no es contrario a las leyes, sin preocuparse de otro inconveniente que de aquel que pueda resultar del acto mismo; he ahí el dogma político en el que los pueblos deberían creer y al que los magistrados supremos deberían proclamar y mantener con el mismo cuidado que las leyes.”¹⁹⁴⁵

La libertad política así comprendida, existe, aun si la ley no es democrática y aunque sea injusta; entre otras cosas, esto es lo que para MONTESQUIEU distingue la monarquía del despotismo: en ambos casos gobierna uno solo, pero en la primera lo hace conforme a la ley, en tanto que en la segunda según su capricho.

“En la monarquía, si los jueces no hacen más que aplicar una ley anterior, el ciudadano es libre porque, obedeciendo al juez, obedece indirectamente a la ley. En el despotismo el súbdito no sabe jamás cuáles serán las consecuencias de sus acciones. Esto es porque si el juez pudiera hacer otra cosa en vez de aplicar las reglas, si, por ejemplo pudiera crear o recrear las normas al momento de aplicarlas, viviríamos bajo un régimen despótico.”¹⁹⁴⁶

Hemos visto, e insistimos, la teoría del silogismo no es satisfactoria. Se presenta como una teoría normativa, pero, en rigor, es una postulación técnica que procura asegurar el reino de la ley. Procura limitar al juez a la producción de silogismo. Esta regla técnica es también la traducción de una proposición que describe una relación causal: *si el juez se limita a la producción de silogismo, eso tendrá por consecuencia el reino exclusivo de la ley*¹⁹⁴⁷.

¹⁹⁴⁵ BECCARIA, CESAR; *op. cit.*, pág. 12.

¹⁹⁴⁶ TROPER, MICHEL; *ibídem*.

¹⁹⁴⁷ El BGH alemán a propósito de esto señaló que: “El principio del sometimiento del juez a la ley no significa una vinculación del juez a una norma que no es apta de ser desenvuelta. La aplicación correcta, es decir: conforme al Derecho, del Derecho positivo, no sólo permite al juez desenvolver el Derecho en sentido de continuar su formación mediante la interpretación del Derecho establecido, sino que incluso le obliga a ello cuando así lo exige la formulación de una decisión justa...” (BGHZ, 3, 315 citado por LARENZ, KARL; *op. cit.*, pág. 291).

Como regla técnica fracasa, si se descubre que el juez no se limita a esa actividad. No es verdadero que la conclusión del juez sea sólo una derivación silogística cuyas premisas sean independientes del juez¹⁹⁴⁸. Liminarmente, la ley no prescribe nada para un caso concreto, sino, como se ha venido examinando y se seguirá, prescribe para una clase de casos. De donde debe determinarse a qué clase de casos pertenece el que se tiene que juzgar, de donde, resulta menester comenzar por determinar la premisa menor que no es un dato, sino el resultado de una operación intelectual (v.g. un mismo acto puede ser indagado como abuso sexual o una injuria, según, por caso, que el tocamiento se tenga por agresor de la inverecundia sexual o vejante del honor). La decisión de subsumirlo en una u otra categoría es discrecional. Aun más, el juez puede rehacer la ley, mediante su interpretación e, incluso rehacerla con efectos retroactivos.

Sobre esto se ahondará en este capítulo procurando resaltar que no se puede considerar que los jueces puedan ser limitados a la producción de silogismos, ya que ellos disponen de un margen de poder discrecional y de elección de la ley aplicable, al par que determinan su significado. De esta manera, los ciudadanos están sometidos a normas individuales que no son deducidas de leyes democráticas y a normas generales que no son adoptadas democráticamente.

La procura de impedir la interpretación de las leyes por los jueces, ya ha sido analizada, pero por el andarivel de lo que se analiza en este apartado, la idea propuesta por BECCARIA fue receptada expresamente por FEDERICO II:

“Prohibámosle a los jueces interpretar en los casos dudosos... queremos que, cuando algún punto de este cuerpo de derecho parezca a los jueces ser dudoso y tener necesidad de aclaración, se tengan que dirigir al Departamento de Justicia...”; dicho Departamento de Justicia era dependiente del rey-Legislador, y el fundamento de la prohibición se hallaba en el principio del Derecho romano: *eius est interpretari legem cuius est condere*. Durante el transcurrir de la Revolución Francesa, una regla similar fue adoptada, pero se acompañó de penas severas. TROPER ha señalado con agudeza que

“El sistema, sin embargo, no es satisfactorio... (la) obligación de referir al Departamento de Justicia muestra que se está bien consciente del hecho que

¹⁹⁴⁸ Ver *supra* Capítulo IV (“Interpretación y aplicación de las normas penales”).

subsisten casos dudosos cualquiera que sea el cuidado que se tome en redactar las leyes.”¹⁹⁴⁹

El Código de Napoleón se fundamentaba en la misma concepción, prolongando ese sistema jurídico. Se prohibía a los tribunales dejar de juzgar bajo el pretexto de

“silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley” (art. 4),

lo que significaba que se consideraba que ellos podían hallar siempre una disposición clara, aplicable al caso que se les sometía; así, los tribunales debían efectuar una interpretación *in concreto*, pero se cuidaban de denominar a esta operación “interpretación”. Por otro lado, el Código no contenía ningún artículo relativo a la interpretación de las leyes, y en parigual, les estaba

“prohibido... pronunciarse por vía de disposición general o reglamentaria sobre los casos que les son sometidos.” (art. 5):

los jueces, se suponía, siempre aplicaban la ley sin interpretarla y sin crear normas generales.

Veamos entonces cómo opera el principio de legalidad, y cómo los jueces, quienes quebrantan el dogma silogístico recurriendo a la interpretación, soslayan el respeto que aquel reclama.

¹⁹⁴⁹ TROPER, MICHEL; *op. cit.*, pág. 217.

§39.- La “clausura” en el ordenamiento jurídico.

Sistemas cerrados. Principio de legalidad. Permiso y prohibición. Permisos expresos y adiaphorias. Conducta no prohibida frente a conducta no prohibida. Defectos del principio de legalidad. El postulado de la plenitud hermética del Derecho. El cerramiento de los sistemas normativos para Alchourrón y Bulygin. Funciones del principio de legalidad.

La idea de ordenamientos jurídicos cerrados, necesariamente completos, ha sido ampliamente analizada en la filosofía del Derecho y en la lógica deóntica.

Muchos iusfilósofos entienden que, todos los sistemas son cerrados, o que existen algunos sistemas jurídicos cerrados, como por ejemplo, un sistema de Derecho Penal que contenga la regla *nullum crimen, nulla poena sine lege*. VON WRIGHT ha definido la clausura como:

“Un sistema normativo es cerrado cuando toda acción es deónticamente determinada en él... Un sistema que no es cerrado se denominará abierto.”¹⁹⁵⁰,

en la terminología de aquel una acción es deónticamente determinada cuando en un sistema ella es permitida o prohibida, así, un sistema normativo cerrado es aquel en el que toda acción es deónticamente determinada en todo caso posible. Los sistemas que no son cerrados, son abiertos. Debemos señalar aquí que, no admitimos la posibilidad de sistemas cerrados, salvo que ellos se construyan en el sentido de ALCHOURRÓN y BULYGIN, como fragmentos de normas para problemas específicos; pero a la luz de todo el espectro penal de un ordenamiento jurídico dado (sistema normativo suficientemente amplio, y no un mero recorte normativo), ello no es posible. Deviene claro que los autores citados procuran manejar los problemas normativos con la metodología de las matemáticas y la física, evitando involucrarse con las vaguedades propias de las ciencias normativas, para lo cual escinden de sus análisis todo lo referente a cuestiones lingüísticas y axiológicas, baremos que trasladan a otros niveles de análisis. Entendemos que tales recortes de los problemas son incorrectos, máxime desde las ciencias normativas, en éstas, los análisis campean a través de todas las cuestiones críticas, de allí sus dificultades metodológicas¹⁹⁵¹, el diseño de ALCHOURRÓN y BULYGIN no se condice con el perfil “realista” que procuramos otorgarle a éste trabajo.

¹⁹⁵⁰ Citado por ALCHOURRÓN, CARLOS E. y BULYGIN, EUGENIO; *Introducción a la metodología de las...*, cit., pág. 170.

¹⁹⁵¹ Ver *supra* parágrafo 1 (“Palabras previas. Sobre la ‘ciencia del Derecho’”).

Los argumentos de aquellos autores que sostienen que todos los sistemas normativos son necesariamente cerrados, giran alrededor del *principio de legalidad*¹⁹⁵², el que puede enunciarse como “todo lo que no está prohibido está permitido”.

Si el *principio de legalidad* fuera una verdad necesaria, toda situación estaría reglada, ya sea prohibida o permitida desde el Derecho. En consecuencia todo sistema sería cerrado, y “permitido” y “prohibido” interdefinibles:

P = - Ph (permitido es igual a no prohibido)

Ph = - P (prohibido es igual a no permitido)

Como es obvio que en algún sentido existen sistemas normativos incompletos (con lagunas), VON WRIGHT ha señalado que los caracteres deónticos señalados no son interdefinibles. Es posible la existencia de *sistemas abiertos*, siempre que los conceptos de “permitido” y “prohibido” no sean correspondientes. Con ello el *principio de legalidad*, en una primera aproximación, no se percibe como una verdad necesaria. Asiste razón a ALCHOURRÓN y BULYGIN cuando destacan que el *principio de legalidad* esconde una engañosa ambigüedad en cuanto supone que es analíticamente verdadero pero no clausura el sistema o prueba fehacientemente que todos los sistemas son cerrados, en ningún caso puede desempeñar ambas funciones: ser verdadero y clausurar los sistemas¹⁹⁵³. En lo que sigue, entenderemos que este postulado es cierto.

“Permiso” y “prohibición”, no son contradictorios, pues cabe una tercera opción¹⁹⁵⁴. La idea de “permiso” de VON WRIGHT importa lo que hemos ya estudiado aquí como *permisos expresos*, pero cabe la posibilidad de los *permisos por ausencia de constreñimiento* o *adiaphorias*¹⁹⁵⁵, que es lo que ocurre cuando entre las consecuencias del sistema, no figura ninguna norma que permita o prohíba la acción de que se trate. Es frecuente calificar de “permitida” una conducta por el sólo hecho de que dicha conducta no está prohibida en el sistema, pero es indudable que aquí, el término *permiso* peca por insuficiente.

Los “permisos expresos” y las “adiaphorias”, son un carácter de la norma el primero y de la conducta el segundo, no son analizables en términos de presencia de norma

¹⁹⁵² Que utilizamos indistintamente con la regla *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

¹⁹⁵³ ALCHOURRÓN, CARLOS E. y BULYGIN, EUGENIO; *Introducción a la metodología de las...*, cit., pág. 173.

¹⁹⁵⁴ ALCHOURRÓN y BULYGIN hablan de *permisos fuertes* y *permisos débiles*, pero ello es caer, según nuestra concepción, en la criticable tesis de la completitud del sistema, todos los permisos fluirían así del Derecho.

¹⁹⁵⁵ Ver *supra* parágrafo 29 (“La norma jurídica”).

permisiva para el primero y ausencia de norma prohibitiva para el segundo, aunque se exponga la cuestión desde esa óptica para aprehender la cuestión en términos más conocidos.

Parece claro que la garantía de libertad, y por ello, las *adiaphorias*, son contingentes, producto de una determinada política y de un tiempo y lugar determinados. Para reforzar lo dicho, debe indicarse que la conducta de un individuo puede estar jurídicamente *no prohibida*, sino “permitida”, porque el ordenamiento jurídico garantiza que los demás individuos están obligados a respetar esa conducta, a no impedirla; pero puede ser que la conducta esté *no prohibida* y por ello permitida, y que entre en conflicto con otra conducta *no prohibida* y permitida en el mismo sentido; se trata de un conflicto de intereses que el Derecho no soluciona¹⁹⁵⁶, estas situaciones son claramente lagunas del Derecho.

Una permisión por ausencia de constreñimiento, o *adiaphoria*, no excluye la posibilidad de que el sistema de que se trate sea incompleto. El principio de legalidad, no clausura el sistema y es compatible con la existencia de lagunas (el sistema no correlaciona con ninguna solución). Con éste análisis, el principio de legalidad no puede formularse disyuntamente como “*todo está prohibido o permitido*”, reduciéndose a un caso de *tercero excluido*, porque como hemos destacado, existe la posibilidad de acciones no prohibidas por ser esferas de libertades externas al Derecho.

El *principio de legalidad* no es ni necesario ni verdadero, al menos que todos los sistemas normativos sean absolutamente cerrados, es decir completos respecto a cualquier conducta “C” en cualquier caso “T”: *Todo lo que no está prohibido está permitido, para todo sistema “S”, para toda conducta “C” y para todo caso “T”, vale que si de S no se infiere la prohibición de C en T, entonces de S se infiere la permisión de C en T*. No es dable concluir lo dicho, pues del sólo hecho que una cierta norma prohibitiva no pertenezca a un sistema, no puede inferirse que otra norma distinta (permisión), forme parte del mismo, a menos que el sistema contenga una “regla de clausura”: una regla que permita efectuar aquella inferencia. De esto se puede concluir, en una primera aproximación, que el

¹⁹⁵⁶ ROSS, ALF; *op. cit.*, pág. 205. Kelsen, si bien parte de una noción similar, al entender que si no se aplica una norma determinada, se aplica todo el ordenamiento jurídico, entendiendo que recién entonces, si una conducta no está regulada como prohibida, automáticamente se deduce su permisión, parece abonar la idea de completitud del Derecho.

principio de legalidad precisa algún tipo de formulación normativa explícita (v.g. art. 18 de la Constitución Argentina), no es un enunciado metasistemático, es decir, una proposición acerca de los sistemas normativos, donde, para todo sistema normativo “S”, para toda conducta “C” y para todo caso “T”, vale que si “C” no está prohibido en el caso “T” en “S”, entonces “C” está permitido en el caso “T” en “S”¹⁹⁵⁷.

La tesis de que los sistemas jurídicos son cerrados es conocida usualmente como *Postulado de la plenitud hermética del Derecho*. ALCHOURRÓN y BULYGIN han observado que, no siempre que los juristas sostienen que el Derecho es herméticamente pleno, pretenden negar la existencia de lagunas¹⁹⁵⁸:

- I. Hay quienes entienden que “plenitud”, es la exigencia de que el orden jurídico sea completo (v.g. CARNELUTTI).
- II. Hay quienes admitiendo la existencia de lagunas, sostienen que el Derecho tiene plenitud, pues el sistema jurídico en todo sentido provee los medios necesarios para eliminar las lagunas (v.g. DEL VECCHIO).
- III. Hay quienes entienden que el Derecho carece de lagunas, aunque la ley sí puede tenerlas. Esta idea es poco clara, y puede querer decir tanto como que los jueces llenan las lagunas o que los enunciados del Derecho provenientes de la legislación pueden ser incompletos, pero existen otros conjuntos de enunciados (v.g. el Derecho Natural), que agregándolos a las leyes, convierten en completo cualquier sistema jurídico (v.g. COSSIO).

El postulado “I”, ya se ha visto que no puede ser verdadero en modo alguno. En tanto que los postulados “II” y “III”, sólo importan capitulaciones, pues en definitiva terminan por concluir que los sistemas normativos son incompletos, salvo que se recurra a otro tipo de estándares o decisiones para el caso, lo que no implica en absoluto la completitud de los sistemas, sino la necesidad de herramientas *ad hoc*.

Resumiendo, sólo puede sostenerse la plenitud hermética de un sistema, si y sólo si, aquel aporta soluciones para cualquier universo de casos. Como ello no es posible en atención a problemáticas de tipo lingüístico o de indeterminación de los propósitos del legislador, se recurre a la introducción de una “regla de clausura” en el sistema, pero como

¹⁹⁵⁷ ALCHOURRÓN, CARLOS E. y BULYGIN, EUGENIO; *Introducción a la metodología de las...*, cit., pág. 177.

¹⁹⁵⁸ ALCHOURRÓN, CARLOS E. y BULYGIN, EUGENIO; *Introducción a la metodología de las...*, cit., pág. 180 y ss.

explicaremos en lo que sigue, ésta es derrotable en tanto no puede cubrir sus pretensiones, a lo que se aduna lo ya examinado en torno a la insoslayable existencia de las *adiaphorias*, y la mecánica de la interpretación judicial que procura el ajuste y/o rediseño de los sistemas de que se trate.

CARLOS COSSIO ha señalado, con razón en lo basal entendemos, que la propiedad deóntica “permitido” es intrínseca a la noción de conducta.

“En virtud de su estructura ontológica peculiar, el hombre es metafísicamente libre, lo cual quiere decir que todos sus actos son ‘ontológicamente’ permitidos. El derecho –como derecho positivo- opera imponiendo restricciones a esa libertad metafísica del hombre, al prohibir algunos actos. El ‘axioma ontológico de la libertad’ permite afirmar la prioridad ontológica de la permisión sobre la prohibición: para que una conducta esté prohibida, hace falta una norma; para que una conducta esté permitida no hace falta norma alguna, pues toda conducta lleva en sí una permisión, que no es más que la expresión de la libertad del hombre...”¹⁹⁵⁹

Sólo dos observaciones al anterior aserto del fundador de la escuela egológica, en primer lugar una cuestión que es ajena a nuestro problema, y que estriba en que la exposición que antecede se funda en postulados metafísicos de difícil verificación, pero además, no puede soslayarse la existencia de permisos legales que no provienen de ninguna particularidad de la conducta humana sino de revocaciones específicas de prohibiciones.

En lo que hace a la completitud del sistema, la crítica de ALCHOURRÓN y BULYGIN a las digresiones de COSSIO prereseadas destacan un dato de interés, lo que interesa es la completitud como propiedad del sistema normativo, que las conductas humanas apelen a algo así como la libertad metafísica del hombre, no es dable para postular la plenitud hermética del sistema¹⁹⁶⁰. En rigor pareciera deducirse todo lo contrario.

Los sistemas normativos, entonces, no son cerrados necesariamente. La pregunta que restaría para el presente apartado es, si es factible, y en su caso cómo, construir un sistema normativo cerrado. Para éste interrogante, sólo hay dos respuestas: a) correlacionar todos y cada uno de los casos con alguna solución, que es lo que ALCHOURRÓN y BULYGIN llaman “*clausura por casos*”, se requiere la previa determinación

¹⁹⁵⁹ Citado por ALCHOURRÓN, CARLOS E. y BULYGIN, EUGENIO; *Introducción a la metodología de las...*, cit., pág. 188.

¹⁹⁶⁰ ALCHOURRÓN, CARLOS E. y BULYGIN, EUGENIO; *Introducción a la metodología de las...*, cit., pág. 189.

del UC de acuerdo a las circunstancias que se consideran relevantes, determinado el UC (el conjunto de los casos genéricos relevantes) después se asigna una solución maximal a cada uno de esos casos genéricos elementales, satisfaciéndose así la exigencia de completitud, y b) recurrir a algún tipo de regla de clausura, es decir, una regla que califique deónticamente todas aquellas acciones que no estuvieran calificadas ya por el sistema de que se trate, éste paso es supletorio, sólo se recurrirá a él una vez que se ha comprobado que mediante las reglas ordinarias no se infiere ninguna solución para algún caso sometido a decisión.

En el caso “a”, ello es sólo posible desde las ideaciones de ALCHOURRÓN y BULYGIN respecto a un “sistema normativo”¹⁹⁶¹, pero no respecto a un ordenamiento jurídico (que es como nosotros entendemos a los sistemas normativos), una empresa tal superaría la posibilidad cognoscitiva humana. En el caso “b”, la introducción de una regla de clausura trae una serie de cuestiones a desentrañar, que importará el análisis siguiente de éste capítulo para descubrir su inoperatividad material, más allá de su enunciación formal, sin embargo, adelantamos algunas puntualizaciones.

El ejemplo más conocido de “regla de clausura” es el *principio de legalidad*, se encuentra en prácticamente todos los ordenamientos jurídicos actuales, pero es complejo desentrañar su contenido y funciones –pues parece cumplir varias, sobre las que haremos referencia en lo que sigue-. Se lo suele entender como una directiva al Legislador, prohibiendo la creación de delitos *ex post facto*; y en lo tocante a los ilícitos penales, se lo suele vincular a la *determinación de certeza*, extrayendo del principio, una suerte de particularidad del mismo que es la exigencia de que los tipos penales estén definidos con la mayor precisión posible (*principio de máxima taxatividad legal interpretativa*). También se lo entiende como una directiva a los jueces, en el sentido de que las sanciones sólo pueden ser declaradas si existe una norma previa que califique a la conducta como delito, para ello se extrae también una suerte de particularidad del principio de legalidad consistente en la *prohibición de analogía*. Pero su función fundamental es aquella que entiende, que a partir del principio en examen, se viabiliza inferir la permisón de una conducta, si del sistema no surge ninguna prohibición; se la suele restringir al ámbito penal, pues en el civil carece de eficacia, si bien ALCHOURRÓN y BULYGIN señalan que conforme con ello, el sistema penal

¹⁹⁶¹ Para el significado particular de ello, ver *supra* parágrafo 28.1 (“El sistema jurídico como sistema normativo”).

que contiene una regla de clausura es relativamente cerrado, cerrado en relación al universo de soluciones penales¹⁹⁶², ello se debe a su peculiar concepción del Derecho. Nosotros hemos ya destacado la permeabilidad del Derecho a otro tipo de estándares, la relevancia de las decisiones judiciales, y los problemas lingüísticos del Derecho entre otros, todo ello construye una derrotabilidad de la regla de clausura del sistema al permear el avance de otros baremos en la decisión.

¹⁹⁶² ALCHOURRÓN, CARLOS E. y BULYGIN, EUGENIO; *Introducción a la metodología de las...*, cit., pág. 198.

§40.- Una aproximación al Principio de Legalidad.

La codificación. Dimensiones del concepto de legalidad. Tipo normativo de ley penal constitucional. Aspectos del principio. Origen histórico. El principio en la legislación Argentina. Legalidad formal. La tipicidad. Caracteres. Lex praevia. Lex certa. Lex stricta. Lex scripta. Competencia exclusiva legislativa. La ley como garantía de objetividad. Lo típico. Elementos normativos y descriptivos. Menciones indeterminadas. Cláusulas generales. El ámbito vedado al juez. La cultura de la interpretación. Interpretaciones generalizables.

Nuestro sistema jurídico se ha organizado mediante la codificación, es decir, por un conjunto ordenado de normas escritas. Dejemos en claro que la codificación no es obligatoria ni histórica ni normativamente, por caso, el sistema jurídico angloamericano, estructurado bajo un sistema de *case law* es ejemplo de ello, donde, las reglas jurídicas fundamentales no han de estar fijadas de antemano y por escrito, sino que pueden ser elaboradas paso a paso a partir de la decisión de un caso jurídico y los casos similares subsiguientes.

“Una vez que se ha elegido la codificación como forma de organización de las reglas jurídicas fundamentales, esto tendrá necesariamente amplias consecuencias en cuanto a la importancia del lenguaje en el derecho¹⁹⁶³. Pues en ese caso la ley adquiere una función de parámetro que, por lejos, no se puede comparar con el rol de los *precedents* (es decir, las decisiones anteriores similares en un caso jurídico concreto) en un sistema de derecho casuista: la ley no solamente antecede a la decisión, sino que es creada por medio de un procedimiento específico, con competencias particulares, es publicada según reglas especiales..., por ello, solamente se procede en forma consecuente cuando se somete a la ‘reserva de la ley’ a todas las decisiones esenciales...”¹⁹⁶⁴

El lenguaje, ya se dijo, es esencial para el Derecho, pues siempre que se pregunta acerca de cuál es el Derecho que rige, nos remitimos a la ley, y de ese modo a un objeto que es lenguaje, pero también el fruto de esfuerzos interpretativos de corrección en

¹⁹⁶³ Particularmente sobre este tema ver *supra* parágrafo 30 (“Lenguaje y Derecho”).

¹⁹⁶⁴ HASSEMER, WINFRIED; *Crítica al derecho penal de hoy*, cit., pág. 15.

torno a la precisión y la seguridad del significado. La ley es el punto de cristalización de la teoría del Derecho y de la teoría del método y de la dogmática¹⁹⁶⁵.

En una primera aproximación, el *concepto de legalidad*, tiene una doble dimensión: político y jurídica.

Desde la perspectiva de la ciencia política, la legalidad es un requisito y un atributo del Poder que supone ciertos límites al ejercicio del mismo; se ejerce con apego a un catálogo de reglas previamente establecidas y, desde ésta óptica se halla íntimamente relacionada con la idea de legitimidad¹⁹⁶⁶. No es éste nuestro ámbito de estudio.

Desde el punto de vista de la ciencia jurídica, la legalidad, se refiere al segundo nivel de relación entre Derecho y poder político, es decir, a la adecuación de los actos de autoridad a un conjunto de disposiciones legales. Aquí se halla el *principio de legalidad*, el que descansa sobre la contraposición entre “gobierno de los hombres” y “gobierno de las leyes”, en el primer caso los gobernados se encuentran supeditados al margen discrecional absoluto de los gobernantes para afectar la vida de aquellos, en el segundo los súbditos cuentan con mayores posibilidades para conocer de antemano los límites y el alcance del ejercicio de la autoridad, existe un cierto grado de certeza y de seguridad jurídica¹⁹⁶⁷. Aquí nos detendremos en lo que sigue.

Es conforme a este principio que se construye el *tipo normativo de ley penal constitucional*, eliminándose de tal forma las leyes penales ilícitas, sostiene ZAFFARONI¹⁹⁶⁸. Además, el principio afirma que la única fuente (en sentido estricto) del Derecho Penal es la ley penal¹⁹⁶⁹.

En un análisis muy grueso de él, todas las conductas humanas posibles se encuentran normadas por los sistemas penales cerrados: dada una conducta *x*, o bien la misma está tipificada (por lo que es obligatorio imponer una sanción penal), o bien no lo está (por lo que está prohibido imponer una sanción penal); de lo que se sigue que los sistemas penales contemporáneos carecen de lagunas normativas con relación a la acción de

¹⁹⁶⁵ HASSEMER, WINFRIED; *ibídem*.

¹⁹⁶⁶ SALAZAR, PEDRO; *Una aproximación al concepto de legalidad y su vigencia en México*, Isonomía nro. 9, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, Octubre 1998, pág. 193.

¹⁹⁶⁷ SALAZAR, PEDRO; *op. cit.*, pág. 194.

¹⁹⁶⁸ ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO; *op. cit.*, pág. 111.

¹⁹⁶⁹ ZAFFARONI, EUGENIO R.; *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, T. I, Ediar, Buenos Aires, 1998, pág. 131.

“imponer una sanción penal”, ya que la misma o es obligatoria o está prohibida. Sin embargo, como hemos señalado antes¹⁹⁷⁰, en el ámbito penal suele afirmarse que existen “lagunas”, en especial cuando se advierte que un hecho considerado disvalioso no está tipificado como delito, considerándose que debería estarlo (v.g. delitos informáticos)¹⁹⁷¹.

El principio en examen presenta tres aspectos clásicos en su formulación jurídica: a) prohibición de retroactividad (*nullum crimen sine lege previa*), b) reserva de ley (*nullum crimen sine lege scripta*) y c) exigencia de certeza o determinación (*nullum crimen sine lege stricta o sine lege certa*). En definitiva este principio fundamenta los postulados de ‘*nullum crimen sine lege*’ –no hay delito sin ley- y ‘*nulla poena sine lege*’ –no hay sanción sin ley-, conllevando desde esa perspectiva la exigencia de una “lex praevia, scripta, stricta y certa”¹⁹⁷². Ahondaremos sobre los mismos más adelante, puntualizando particularmente en el tercero, pues implica la consagración de la “regla de clausura”.

La ley penal tiene una función decisiva en la garantía de la libertad, y dicha garantía se expresa en el principio examinado¹⁹⁷³.

Su origen histórico debe rastrearse en las raíces del propio constitucionalismo:

a) La Carta Magna del Rey JUAN SIN TIERRA de Inglaterra de 1215 dictada en Runny- Meade, cuyo art. 39 consagraba un privilegio feudal (no *erga omnes*)¹⁹⁷⁴:

¹⁹⁷⁰ Ver *supra* parágrafo 39 (“La ‘clausura’ en el ordenamiento jurídico”).

¹⁹⁷¹ Como se verá, el principio de legalidad sin embargo suele ser vulnerado cuando se pretende punir una conducta considerada disvaliosa, y para la que no existe previsión legal.

Ver Anexo IV acápite XXIII, se presentan ejemplos paradigmáticos de lo dicho en el texto en la jurisprudencia argentina.

¹⁹⁷² YACOBUCCI, GUILLERMO; *El sentido de los principios penales*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002, pág. 256. BACIGALUPO, ENRIQUE; *Principios constitucionales de Derecho Penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, págs. 44 y 45.

¹⁹⁷³ BACIGALUPO, ENRIQUE; *Derecho Penal...*, cit., pág. 103. Quien señala que, en España, la validez constitucional del precepto es indiscutida, pues fluye del art. 25.1º de la CE.

¹⁹⁷⁴ ZAFFARONI señala que el principio de legalidad penal no estaba contenido en ésta fórmula, lo único que emparenta a tal pretérita prescripción con nuestro art. 18 de la C.N. es la similitud de la fórmula. Además el principio de legalidad penal no podía estar comprendido en la Carta Magna pues es incompatible con el sistema del *common law* de creación judicial del Derecho.

Sin embargo, señala ZAFFARONI que recientemente la teoría de que los tribunales pueden diseñar nuevos delitos a partir del desarrollo de las leyes, fue impugnada, con fulcro: a) en que en una sociedad democrática los delitos deben ser creados por el poder Legislativo, b) en que existe el riesgo de que el activismo judicial promueva incertidumbre respecto de la extensión de las reglas penales, c) la facultad judicial creadora del Derecho contraviene el principio de la proscripción de la punición penal *ex post facto*.

La creación judicial del Derecho halló su partida de defunción a partir de 1972, cuando la Cámara de los Lores en el caso “*Kneller Ltd. v. Director of Public Prosecutions*” de forma unánime rechazó la existencia de

“Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley, ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del reino”.

b) En el ámbito penal alcanza su formulación cumbre a partir de las ideaciones de FEUERBACH quien plasmó sus disquisiciones -1799- en la frase latina:

Nullum crimen sine lege

Nulla poena sine lege

Nullum crimen sine poena legale

Se lo vinculaba a la teoría de la pena como coacción psicológica (prevención general). La ley penal debía preceder a la acción delictiva porque de esta manera podía la pena cumplir su función preventiva como inhibidora del impulso delictivo¹⁹⁷⁵, el amenazado tiene que saber por qué se le conmina y con qué se le coacciona.

La fracción *Nulla poena sine lege* implica que la existencia de una pena supone una ley penal anterior, sólo la amenaza del mal por la ley fundamenta la posibilidad de una pena.

El *Nullum crimen sine lege* apunta a la existencia de una pena condicionada por la existencia de la acción amenazada. La pena conminada está ligada por la ley al acto como supuesto jurídicamente necesario.

Finalmente la fracción latina *Nullum crimen sine poena legale*, informa que el acto legalmente amenazado (el supuesto legal) se halla condicionado por la pena legal. El mal, como una consecuencia jurídicamente necesaria, está ligado por la ley a la concreta lesión jurídica.

c) La constitución de los Estados Unidos, cuyas raíces se encuentran en las constituciones de Filadelfia- 1774-, Virginia -1776- y Maryland -1776-, consagra el principio, esta última fuente en su art. 15 establece:

un poder residual de los organismos jurisdiccionales para crear nuevas figuras penales o ampliar las existentes.

Uno de los más resonantes casos del siglo XX en lo que hace a la creación judicial del Derecho en Inglaterra, está referido al caso *Shaw* -1961-, conocido como “caso de la guía de damas” (*Ladie’s Directory Case*), que se trataba de un hecho en que un sujeto publicó una guía conteniendo avisos de prostitutas, además de otras imputaciones se condenó a la persona en cuestión por el delito de *conspiracy* (acuerdo para cometer delitos) para corromper la moral pública. El catálogo de actos ilícitos no abarcaba aquellos a los que supuestamente incitaba el encausado, no obstante ello la Cámara de los Lores sostuvo que la Corte podía extenderlo en virtud de su poder residual de creación del Derecho. ZAFFARONI, EUGENIO R.; *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, T. I, cit., págs. 133 a 134.

¹⁹⁷⁵ BACIGALUPO, ENRIQUE; *ibídem*.

“Las leyes retroactivas que declaran criminales o castigan actos cometidos antes de la existencia de dichas leyes, son injustas e incompatibles con la libertad. En lo sucesivo no deberán dictarse leyes ex post facto”.

d) La Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano (1789), es la que le otorga el carácter de universalidad definitivo en un doble carácter, como garantía procesal, en su art. 7º:

“Ningún hombre puede ser acusado ni detenido sino en los casos determinados por la ley y de acuerdo con las formalidades prescriptas por ella.”

Como garantía penal se extrae del art. 8º:

“La ley no debe establecer más que penas estrictas y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida con anterioridad al delito y legalmente aplicada.”

En la Argentina su consagración fluye de la normativa constitucional que sigue:

Art. 18 CN: *Ningún habitante puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso.*

Art. 19 CN: *Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.*

Art. 75.22 CN (art. 9 CADH): *Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable.*

Art. 75.22 CN (art. 9 PIDCP): *Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido por ésta.*

Art. 75.22 CN (art. 15.1º PIDCP): *Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el Derecho nacional o internacional.*

La Constitución de 1853 consagró, como es dable observar, la segunda y tercera parte del postulado de FEUERBACH en su artículo 18, esto es, el *principio de legalidad formal* (principio de legalidad de la represión en términos de RICARDO NUÑEZ¹⁹⁷⁶), que implica la prohibición de la ley ex post facto, ello reconduce *ipso facto* a que la Carta Magna nacional no previó, o dio por supuesto, el *principio de legalidad penal o material*¹⁹⁷⁷.

¹⁹⁷⁶ NUÑEZ, RICARDO C.; *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 4ª edic., actualizada por Roberto Spinka y Félix González, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1999, pág. 64.

¹⁹⁷⁷ ZAFFARONI, EUGENIO R; *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, T. I, cit., pág. 132.

Esto no es descabellado, pues en la Convención de Virginia no se lo consagró por considerarlo obvio, destaca ZAFFARONI¹⁹⁷⁸; quien a su vez enseña que, de todas formas, dicho principio se deduce del art. 1º de la CN y asimismo fue consagrado expresamente por los arts. 9 CADH y 9 PIDCP. El principio se completa con el llamado *principio de reserva* que fluye del art. 19 CN, todo lo cual importa la consagración de la denominada *garantía de legalidad*, emanación de la racionalidad en el ejercicio del Poder que emerge de los *actos republicanos de gobierno*, art. 1 CN¹⁹⁷⁹.

En el PIDCP, el alcance del principio difiere de las restantes formulaciones o de las incluidas en otros instrumentos internacionales (con la excepción de la DUDH, art. 11.2º), pues se agrega como requisito un detalle relevante, que la conducta se halle receptada por el Derecho Internacional Penal¹⁹⁸⁰.

Desde el punto de vista *formal*, legalidad significa que:

A) *La única fuente productora de ley penal en el Sistema argentino son los órganos constitucionalmente habilitados.*

B) *La única ley penal es la formal emanada de ellos conforme al procedimiento constitucional.*

Sumemos a lo antedicho, que a fin de ser *exigible y aplicable* la ley penal debe ser publicada (art. 19 C.N., 2 CC y 2 CP.). Además, que los pensamientos no son punibles, en virtud del principio de reserva consagrado en el art. 19 C.N.

A *contrario sensu* de lo reseñado, el poder punitivo no es habilitado por la jurisprudencia ni por las costumbres (pueden establecer límites a la tipicidad penal cuando la propia ley tácita o expresamente se remite a ellos, v.g.: fraude comercial). Sin embargo esto debe interpretarse de *buena fe*, así, la jurisprudencia puede limitar el poder punitivo reduciendo a términos racionales los alcances meramente semánticos de la ley y, si bien la ley penal no se deroga por *desuetudo*, no es menos cierto que una ley penal que no se aplica

¹⁹⁷⁸ ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO; *op. cit.*, pág. 112.

¹⁹⁷⁹ ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO; *ibidem*.

¹⁹⁸⁰ PRUNOTTO LABORDE deduce de esto que podrían atacarse de inconstitucionalidad aquellos tipos penales que no fueran considerados delictivos por la comunidad internacional, freno fundamental a aquellas conductas que sólo son transgresiones a la moral o pecados (el tema excede nuestra propuesta). PRUNOTTO LABORDE, ADOLFO; *Principio de Legalidad. Alcances y precisiones*, en Revista de Derecho Penal, Rubinzal Culzoni, 2001-1, pág. 361.

o se interpreta pacíficamente de una forma, no puede ejercerse sorpresivamente contra un habitante, una criminalización secundaria omitida por largo tiempo no puede oponerse¹⁹⁸¹.

No ingresaremos aquí en la problemática de la inconstitucionalidad o no de la ley penal emanada de la administración (v.g. decreto- ley), las leyes de facto y las leyes penales en blanco por ser cuestión ajena a la propuesta¹⁹⁸². Baste decir que, el principio en cuestión, alcanza a todo tipo de normas que tenga relación con la definición de un injusto.

Desde BELING, creador de la teoría de la tipicidad, el principio *nulla poena sine lege* apunta a la determinación de los conceptos fundamentales de las infracciones. Al no haber delito sin tipo legal que lo fije, el principio predetallado implicaría que:

“no hay delito sin tipicidad”¹⁹⁸³

Ahora bien, se ha dicho que la sola exigencia de la ley previa no es suficiente, aquella debe reunir ciertos caracteres: a) concretamente definitoria de una acción, b) trazar una figura cerrada en sí misma, c) por cuya virtud se conozca no solamente cuál es la conducta comprendida sino también cuál es la no comprendida¹⁹⁸⁴. De donde, el principio de legalidad penal en una intelección superadora de lo meramente formal, exige

“...la determinación de aquella conducta humana (acción u omisión) que será considerada como Delito –por ínfima que sea-, así como su correspondiente consecuencia legal (pena o medida de seguridad), deben estar establecidas de antemano (con anterioridad al hecho cometido) en una ley emanada exclusivamente del Poder Legislativo –como única fuente de producción del Derecho Penal-”¹⁹⁸⁵

Afinando estos baremos, el principio de legalidad, se expresa en exigencias dirigidas al Legislador y al juez, una sanción penal se habrá aplicado con arreglo al principio de legalidad si está establecida en una¹⁹⁸⁶:

¹⁹⁸¹ ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO; *op. cit.*, págs. 112 a 113.

¹⁹⁸² Son verdaderas delegaciones, a los poderes ejecutivos, de la potestad de describir la conducta prohibida. De este modo, en muchos casos quien termina decidiendo cuáles son las conductas penalmente prohibidas y, por ende, cuándo corresponde imponer sanciones penales, es el órgano ejecutivo del Estado, en lugar del Legislador (como órgano representativo de la voluntad popular).

¹⁹⁸³ JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS; *op. cit.*, pág. 98.

¹⁹⁸⁴ SOLER, SEBASTIÁN; *Fe en el Derecho y otros ensayos*, Tea, Buenos Aires, 1956, pág. 283.

¹⁹⁸⁵ GUILLAMONDEGUI, LUIS R.; *Introducción al estudio de la Parte Especial del Derecho Penal*, en www.pensamientopenal.com.ar, pág. 7

¹⁹⁸⁶ BACIGALUPO, ENRIQUE; *Derecho Penal...*, cit., págs. 126 a 136.

- I. *Lex praevia*. No se pueden aplicar las leyes en forma retroactiva en perjuicio del afectado.

En la práctica, ésta consecuencia del principio de legalidad conduce al problema de los límites de la ley penal.

- II. *Lex certa*. Deben formularse las normas con tanta precisión como sea posible. La punibilidad ha de estar legalmente determinada antes del hecho, caso contrario la determinaría el juez, abarca la descripción precisa de la conducta y de la pena aplicable.

Se busca reducir al mínimo razonable la posibilidad de decisión personal de los jueces en la configuración concreta del hecho que se prohíbe. Es una noción “normativista” que se opone a una postura “decisionista” que abre las puertas a las decisiones imprevisibles y arbitrarias de la autoridad, se parte de una postura ideológica de carácter liberal, pues se pretende salvaguardar con esta concepción del derecho, el principio ético de autonomía de la persona¹⁹⁸⁷.

“Las disposiciones penales deben describir con relativa exactitud el supuesto de hecho, al que se vincula el mandato de imponer el castigo como consecuencia jurídica.”¹⁹⁸⁸

La ley dictada, para cumplir con el principio de legalidad ha de contener una descripción de las prohibiciones y de las sanciones previstas para su violación, lo más exhaustiva posible. La exhaustividad importa contener todos los presupuestos que condicionan la pena y determinan la consecuencia jurídica.

Se entiende que un precepto contiene todos los presupuestos que condicionan la pena, cuando se trata de una enumeración expresa o implícita de los elementos en cuestión. Las exigencias de exhaustividad se tienen por cumplidas, aun cuando el Legislador utilice elementos normativos en sus construcciones.

Se sostiene que los elementos normativos, a diferencia de los descriptivos, otorgan una mayor libertad al juez, pues requieren de una valoración para

¹⁹⁸⁷ Debe diferenciarse entre una *actuación discrecional* y una *actuación arbitraria*, la primera no puede ser suprimida, debido en parte a que las normas son expresadas en lenguaje natural, la segunda se caracteriza por tomar decisiones sin ofrecer las razones que la justifican.

¹⁹⁸⁸ ENGISCH, KARL; *Introducción al...*, cit., pág. 34.

determinar el contenido aplicable, aunque se espera que este no aplique sus valores personales, sino los morales generales de la sociedad. Modernamente se admite que los descriptivos también precisan de valoraciones¹⁹⁸⁹.

También se admite como compatible con el principio, un cierto grado de generalización del texto legal, no se precisa un casuismo estricto. La generalización, sólo estará prohibida si el ciudadano común no puede reconocer qué está prohibido y qué permitido.

III. *Lex stricta*. No se puede aplicar el Derecho en forma analógica en perjuicio del imputado¹⁹⁹⁰. La prohibición se dirige en primer lugar al Legislador que no puede autorizarla y posteriormente al juez que no puede aplicarla.

Para esta cuestión, la “analogía” se distingue de la “interpretación extensiva”, ésta importa la aplicación más amplia de la ley hasta donde lo consiente el sentido literal del texto, en tanto que aquella es la aplicación de la ley a un caso similar al legislado, pero no comprendido en su texto¹⁹⁹¹.

Hay consenso en el ámbito penal respecto a la admisión de la analogía *in bonam partem*, rigiendo la prohibición sólo para la analogía *in malam partem*, ello es consecuencia de que las reglas penales nunca pueden ser aplicadas vulnerando, sino favoreciendo al acusado.

Sin embargo, la moderna dogmática penal distingue de manera diversa entre “interpretación admitida” y “analogía prohibida”. La fórmula del “sentido literal posible del texto” no resuelve satisfactoriamente la cuestión.

¹⁹⁸⁹ Sobre esto se volveré más adelante. Ver *infra* parágrafo 49 (“La actividad creadora del juez ante los conceptos normativos, indeterminados y las ‘cláusulas generales del derecho’”).

¹⁹⁹⁰ YACOBUCCI, GUILLERMO; *op. cit.*, pág. 257.

¹⁹⁹¹ Hay que señalar que en el caso de las causas de justificación se da una relación distinta, pues estas son “normas inversas”, mientras que la analogía extensiva, supone para el tipo la ampliación de la punibilidad, en las causas de justificación conduce a la restricción de la punibilidad de la conducta, que entonces resultaría lícita. La construcción en HIRSCH, HANS JOACHIM; *Derecho Penal. Obras Completas*, T. II, Rubinzal Culzoni, 2000, págs. 316 a 317. JAKOBS por su parte destaca que se exceptúan expresamente las causas de justificación de la prohibición de generalización y ello con base en dos razones: en primer lugar limitar una causa de justificación tipificada legalmente crea punibilidad para los supuestos en que, sin dicha limitación, estarían justificados, en segundo lugar reconocer causas de justificación no escritas disminuye los ámbitos de punibilidad (JAKOBS, GÜNTHER; *Derecho Penal...*, cit., pág. 107.).

Una postura entiende que, toda interpretación requiere analogía, ésta no es sino un procedimiento habitual de discusión de la lógica jurídica, que es utilizada en el derecho penal de la misma manera que en todo el Derecho, y no sólo *in bonam partem*. En síntesis, la prohibición de analogía debe entenderse como la exclusión de la analogía con el fin de creación de nuevo Derecho (se cita a JESCHECK).

Otra posición finaliza con la impotencia de la fórmula para limitar la discrecionalidad judicial y sostiene que la prohibición de la analogía no es una garantía segura para los ciudadanos. De allí que la cuestión depende del criterio del propio intérprete, habrá analogía o interpretación según su consciencia (se sigue a SCHMIDHÄUSER).

BACIGALUPO cierra la cuestión con su opinión personal respecto al tema, efectuando una digresión en lo tocante a los alcances del art. 4º del C.P. español que después analizaremos¹⁹⁹².

IV. *Lex scripta*. El juzgador debe contar con una regla escrita para condenar o agravar las penas. La ley formal es la única fuente del Derecho Penal.

Ley en el sentido del principio de legalidad, es toda norma jurídica escrita, bien se trate de una ley formal, un reglamento o un decreto. La forma de ley, se requiere, pues la punibilidad ha de estar determinada mediante reglas generales; no sólo mediante reglas válidas para el caso concreto o sólo para un individuo. No se trata de la generalidad de la ley como garantía de solución correcta, sino de la generalidad para impedir la arbitrariedad¹⁹⁹³.

Se proscribe el Derecho Penal consuetudinario. Este rige como el caso de la analogía, la aplicación *in bonam partem* se considera legítima.

Se discute la aplicación del Derecho consuetudinario en cuanto a su extensión, hay una tendencia a limitar la exclusión sólo a la Parte Especial de los códigos.

¹⁹⁹² Ver *infra* parágrafo 43 (“Aplicación rigurosa de la ley”, un análisis de Bacigalupo respecto del art. 4.3º del CP Español”).

¹⁹⁹³ JAKOBS, GÜNTHER; *Derecho Penal...*, cit., pág. 89.

Retornando a los destinatarios del principio, estos son, en primera instancia los legisladores y los jueces, y en segunda instancia, la sociedad en general. Para los primeros importa un mandato del que no pueden apartarse a fin que las leyes penales sean claras y precisas, reduciendo en el caso de los jueces la discreción obligándoles a ceñirse a la ley y prohibiéndoles la aplicación analógica de las leyes penales, y para los segundos se trata asimismo de un mandato –en relación con el principio de reserva- y de una garantía como contracara del mandato que se impone a los primeros destinatarios¹⁹⁹⁴.

Diferenciando entre jueces y legisladores, en lo tocante a estos implica que, el mandato está dentro de la forma que debe tener la redacción de la ley y de la cual no pueden apartarse a riesgo que devenga la regla inconstitucional. Para los jueces importa que no pueden apartarse, en el caso concreto, de lo que la ley establece, siempre que esta sea constitucional, máxime teniendo en cuenta el control difuso de constitucionalidad que impera en la Argentina.

Liminarmente señalemos que, aunque parezca obvio, resulta necesario remarcar la competencia constitucional exclusivamente *legislativa* para el dictado de las disposiciones penales de carácter normativo. Esto es así, fundamentalmente, por la gran cantidad de normas penales contravencionales o de faltas emanadas de la policía (que normalmente depende de los poderes ejecutivos de los Estados). Debe recordarse que esas normas establecen, incluso, penas privativas de la libertad (aunque la prevean con otra denominación). Al *Legislador* le está vedado conminar con pena un comportamiento indeterminado. Si bien es cierto que no se puede afirmar sin más cuándo cabe calificar de indeterminada a una ley (pues toda regulación que vaya más allá del caso individual recibe de quien aplica la ley, una parte de determinación para aplicarla al caso concreto), el Legislador podría modificar a voluntad el espacio de libertad del juez¹⁹⁹⁵.

A efectos que la ley cumpla con su función de garantía de objetividad, la determinación de los tipos delictivos de la Parte Especial, debe plantearse de modo que la norma, en su conjunto, conduzca a resultados sistemáticamente adecuados; la propia ley tiene que cerrar el paso al abuso para fines de regulación ilegítimos. Naturalmente que la regla no puede renunciar a cláusulas que se adapten elásticamente a los cambios del orden

¹⁹⁹⁴ PRUNOTTO LABORDE, ADOLFO; *op. cit.*, pág. 374.

¹⁹⁹⁵ JAKOBS, GÜNTHER; *Derecho Penal...*, cit., pág. 95.

social, permitiendo tener en cuenta peculiaridades del supuesto concreto, no obstante, a través de estas cláusulas generales, la ley no puede convertirse en una norma en blanco, sino que ella misma ha de indicar qué elementos pretende tutelar.

Téngase en cuenta que existen al menos, cuatro modos de aplicar la voz tipo: a) los tipos de la teoría general del Estado, b) los tipos jurídico- generales, c) los tipos jurídico- penales, y d) los tipos fiscales¹⁹⁹⁶. Lo importante aquí son los segundos y terceros, pues a través de todos ellos se manifiesta el principio de legalidad; por otra parte, más allá de las contraposiciones de la idea de “tipo” lo cierto es que, de una manera u otra, es más concreto que el “concepto”¹⁹⁹⁷. Estas nociones de tipo no engloban la idea de *tipo medio o de frecuencia*, que implica lo que se espera de ordinario o regularmente, lo significativo o característico: dicho de otro modo, lo que implica usualmente la voz “típico” (ciertamente, detrás de conceptos relativamente indeterminados de objetos como “bosque”, “enfermedad mental” y similares, se esconde un tipo de frecuencia, que puede ser descripto o ilustrado con ejemplos). Tampoco abarcan la idea de *tipo conocido en su peculiaridad* que se trata de lo conocido como “pensamiento tipológico”, dirigido a la abstracción aislante y separación de las características de las cosas, pensado para diferenciar y separar. En rigor, el tipo es utilizado en su imagen de *tipo normativo*, como metaimagen útil cual criterio de valoración para todas las realizaciones que hallamos empíricamente. El tipo se presenta en la ciencia del Derecho, en primer lugar, como medio para designar elementos del supuesto de hecho; en segundo lugar, como forma de aprehensión y exposición de relaciones jurídicas. Su función es la de aprehensión y exposición de relaciones jurídicas, por ello también se lo ha llamado *tipo estructural jurídico*, pues se refiere a la estructura de las relaciones o institutos jurídicos que se consideran en cada momento típicos. Cuando predicamos la *tipicidad* de un “homicidio”, estamos diciendo que este homicidio en concreto, responde en todos los aspectos esenciales para ello, al tipo de homicidio. De allí se distinguen las formas típicas, de las atípicas formas jurídicas. El tipo es, pues, una forma o figura especial: lo “típico”, aquello que es peculiar precisamente de este tipo, lo que constituye su especialidad. No puede averiguarse si algo está prohibido sin una previa definición de ello. Aunque no se respete el principio de legalidad el tipo es necesario por razones lógicas.

¹⁹⁹⁶ LARENZ, KARL; *op. cit.*, pág. 345.

¹⁹⁹⁷ ENGISCH citado por LARENZ, KARL; *ibídem*.

En los tipos delictivos de la Parte Especial ha de evitarse la indeterminación innecesaria. Así, si una regulación relativamente imprecisa puede determinarse con mayor precisión, hay que elegir la variante más precisa. Obviamente ello carece de fuerza cuando efectuar una regulación más fina sólo es factible con tanta dificultad que al aplicarla se pierda de todas formas la ventaja inicial de la exactitud¹⁹⁹⁸.

El resultado de aplicación de una regla depende de qué se considere interpretación de una norma y qué formación de una nueva norma, de tal modo las reglas surten efecto con diverso rigor dependiendo de la cultura de la interpretación que se practique. El que al mencionar con mayor precisión los distintos bienes puedan surgir problemas de delimitación, intersecciones y lagunas, es consecuencia de toda especificación y por eso lo asume el ordenamiento que observa el principio de legalidad¹⁹⁹⁹.

Continuando con la perspectiva desde el Legislador, JAKOBS insiste en que no hay un declive de determinación desde los elementos descriptivos hacia los normativos, en tanto estos como aquellos posean una valoración relevante efectivamente determinada. Por caso la voz “ajeno”, se halla sumamente determinada en términos relativos. El declive sí se da en la esfera de protección de los bienes, pues se retira la determinación en muchos supuestos, generalmente en los designados difusamente²⁰⁰⁰.

La inconstitucionalidad de las reglas sólo se impone (y ello en casos extremos) en supuestos en que: a) se regula mediante la mención indeterminada de cantidades relativas a la medida del resultado (v.g. “considerable”, “gravemente”), estas expresiones pueden descartar la criminalidad de bagatela, pero en su mayor parte se direccionan en el sentido de que sólo cierta medida de realización del resultado llega a ser antijurídica; b) cuando en los elementos fundadores de la punibilidad cabe configurar con precisión los elementos del orden reduciéndolos a su núcleo, o cuando los elementos que impiden la punibilidad es posible derivarlos con respecto a un principio general (v.g. en las coacciones o en la extorsión sólo se tutela la libertad jurídicamente garantizada); y c) las cláusulas generales que mencionan valoraciones extrajurídicas (v.g. “reprochable”, “móviles viles”), sólo se podrían complementar mediante valoraciones indiscutidas, el

¹⁹⁹⁸ JAKOBS, GÜNTHER; *Derecho Penal...*, cit., pág. 96.

¹⁹⁹⁹ JAKOBS, GÜNTHER; *ibidem*. Cita una norma del Concejo muniqués de 1919: “*Se castigará toda vulneración de los principios revolucionarios. El tipo de pena está sujeto al arbitrio del juez*”, es una forma más tosca que los actuales sintagmas como: “*perpetre desórdenes públicos*” de digestos contravencionales.

²⁰⁰⁰ JAKOBS, GÜNTHER; *Derecho Penal...*, cit., pág. 97.

empleo de cláusulas generales en la determinación de los tipos delictivos de la Parte Especial es síntoma de legitimación deficiente en el Legislador, ello no puede explicarse simplemente recurriendo al problema de la distancia entre regla y caso concreto, pues el Legislador tiene que poder compensar el descuido en resaltar las peculiaridades del caso concreto con una regulación con mayor seguridad jurídica²⁰⁰¹.

En el caso del *juez*, al aplicar la ley, debe interpretar la regla descendiendo el nivel de generalización en el que ésta formula los elementos positivos del tipo delictivo, tornándolo más específico, estrechando el ámbito de aplicación siempre que este descenso corresponda al sistema legal en mayor medida que si se mantiene el nivel.

Lo que le está vedado al juez es aumentar el nivel de generalización de la regla, ampliando su ámbito de aplicación. A esta prohibición de generalización se la ha equiparado con la prohibición de analogía, erróneamente²⁰⁰².

El determinar cuándo se infringe la prohibición de aumentar el nivel de generalización de la ley, es complejo, ello se debe a que el alcance de los elementos del delito contenidos en la regla, se determinan por cómo los entiende el juzgador, y ello depende de las hipótesis (prejuicios) que éste tiene sobre el fin de la regulación.

El juez efectúa dos caminos ante la regla y las hipótesis que él cree que debe regular aquella, son casos en que el intérprete cree que la ley estrecha demasiado el objeto de la regulación o incluso designa un espectro incorrecto de supuestos: a) el intérprete entiende la regulación parcial o no adecuada como desafortunada, pero como un intento idóneo de regular otros supuestos, infringe entonces la prohibición de generalización pues amplía la ley; b) el intérprete concibe la denominación del objeto de la regla limitadora o no adecuada, pero como un término técnico jurídico, para el todo o para lo que se adecua, en esto, es la propia ley la que acierta en regular el caso en forma amplia o adecuada, si bien en un lenguaje técnico que no se deduce en una primera lectura²⁰⁰³.

²⁰⁰¹ JAKOBS, GÜNTHER; *Derecho Penal...*, cit., pág. 99.

²⁰⁰² JAKOBS, GÜNTHER; *Derecho Penal...*, cit., pág. 100. Acertadamente, el autor reconoce que, en toda interpretación no se puede prescindir de deducciones analógicas, en toda constatación de un supuesto de hecho, se argumenta afirmando la suficiente semejanza de lo abarcado y aquel, cita para ello a ARTHUR KAUFMANN (nota 60).

²⁰⁰³ JAKOBS, GÜNTHER; *Derecho Penal...*, cit., pág. 101. Los ejemplos que da el autor para estos casos, ilustran la cuestión que nos proponemos. 1) la violencia, ¿incluye que el autor administre a la víctima furtivamente narcóticos? ¿Qué los autores lleven adelante una huelga general? ¿Qué interrumpan mediante una sentada la circulación ferroviaria?, 2) ¿retiene una carta quién retiene un giro postal, un aviso de giro, un aviso de un paquete?, 3) ¿usa un arma quien arroja ácido clorhídrico al rostro de la víctima?.

En pro de una solución, gran parte de la doctrina impone que el intérprete debe atenerse a la acepción propia, que los usos lingüísticos utilizados en la regla, poseen en el habla ordinaria –cotidiana-. JAKOBS rechaza la postulación pues sostiene que, no existe una única habla ordinaria que produzca contenidos conceptuales, aquella detenta manifestaciones regionales, locales, *et sit cétera*; ninguno de dichos ámbitos es decisivo jurídico- penalmente, de allí que a todas las palabras más comunes, se le ofrece un amplio espectro de significados en el habla cotidiana, no resultando, entonces, la formación conceptual jurídico- penal limitada. El contexto limita el bagaje de significados posibles, y el habla cotidiana al no estar cerrada a nuevas acepciones en contextos nuevos, aporta seguridad al momento de interpretar²⁰⁰⁴. De todas formas, en la búsqueda del significado posible, no puede desacoplarse el contexto jurídico- penal, para que tenga así, sentido adecuado la regulación, pues el significado posible en contextos extrapenales (cotidianos), puede ser jurídico- penalmente irrelevante; en síntesis, al indagar la significación posible se debe incluir el contexto jurídico- penal, la información de la vida cotidiana, que determina al lenguaje, no termina ante la justicia.

La solución de JAKOBS al problema estriba en que, la prohibición de generalización ha de resolverse entendiendo que la interpretación no tiene límites objetivos sino de la cultura de la interpretación (seriedad del esfuerzo por excluir la arbitrariedad mediante la sujeción al sistema, y por otorgar al lenguaje utilizado por la ley, un significado sólo conforme a reglas susceptibles de generalización) que se practique, el límite de la interpretación no radica en el sentido que tienen los conceptos del Derecho, sino en aquel que se les pueda atribuir. Para que las normas jurídico- penales no sean arbitrarias, han de conectarse entre sí formando un *sistema*, no necesariamente completo, pero sin contradicciones en el escenario que se resuelva. El intérprete ha de partir de la acepción jurídico- penal, pero no está sujeto a la misma, la norma a interpretar puede generar un nuevo contexto y con ello nuevos significados para antiguas denominaciones de elementos delictivos, la única sujeción del intérprete está, en que la interpretación no usual que propugne tiene que ser generalizable, es decir, repetible en situaciones similares sin que se desmorone el sistema²⁰⁰⁵.

²⁰⁰⁴ JAKOBS, GÜNTHER; *Derecho Penal...*, cit., pág. 102 y 103.

²⁰⁰⁵ JAKOBS, GÜNTHER; *Derecho Penal...*, cit., pág. 104. Es destacable que la construcción del autor es asimilable a una suerte de imperativo categórico del intérprete formulado veladamente.

Para concluir, el principio de legalidad es un imperativo categórico, se impone fatalmente la pena a quien viola la prohibición²⁰⁰⁶.

²⁰⁰⁶ ENGISCH, KARL; *Introducción al...*, cit., pág. 31.

§41.- Fundamentación del Principio de Legalidad.

Principio de culpabilidad. Principio republicano. Imperio de la ley. Seguridad del Derecho. Protección de la confianza.

Se lo ha entendido como derivado del principio de culpabilidad, pues si este requiere que el autor haya conocido, o cuanto menos podido conocer, la norma vulnerada, ello es sólo posible, si el *factum* punible se plasmó en una regla.

En otro sentido se ha sostenido que se trata de un derivado del principio republicano (art. 1º CN Argentina), una ley previa es presupuesto necesario, de toda intervención en Derechos fundamentales de los ciudadanos, por parte de funcionarios sin legitimidad democrática como los jueces²⁰⁰⁷. Es una de las bases del sistema democrático de Derecho, pues al ser la ley expresión de la voluntad popular, a través de este principio, se asegura la participación del pueblo en el sistema penal²⁰⁰⁸, es la expresión máxima de la autonomía de un colectivo social que generaliza la autonomía de sus componentes mediante la regla de las mayorías. Se ha criticado a ésta fundamentación que su perspectiva es más cercana a argumentos de índole político –legitimidad democrática del órgano emisor de reglas- que a consideraciones de carácter jurídico –producción y aplicación de normas jurídicas-.

También se lo ha considerado una necesaria concreción de todo Estado de Derecho, vinculado éste con el *imperio de la ley*²⁰⁰⁹ como presupuesto de cualquier actuación estatal sobre bienes jurídicos de los ciudadanos, concibiendo al Derecho Penal como un conjunto de pautas públicas dirigidas a personas racionales con el propósito de guiar su comportamiento y de suministrar las bases de la cooperación social. Significa que el principio se apoya en el liberalismo político, uno de cuyos postulados es la sujeción de los Poderes Ejecutivo y Judicial a leyes previas formuladas abstractamente, lo que asegura la libertad del ciudadano ante las intromisiones de la autoridad, delegando una limitación tan importante como es el Derecho señalado, a una ley dictada por el Poder más

²⁰⁰⁷ JAKOBS, GÜNTHER; *Derecho Penal...*, cit., pág. 80.

²⁰⁰⁸ DE LA FUENTE, JAVIER ESTEBAN; *La ley 24.660 y su aplicación en las provincias. Situación de los procesados*, en Revista de Derecho Penal, 2001-2, Rubinzal Culzoni, 2002, pág. 581.

²⁰⁰⁹ La noción de “imperio de la ley” va más allá del concepto de legalidad y exige que las normas jurídicas existentes cumplan con un catálogo de características específicas. Importa un ideal del Derecho, que no se satisface con la simple existencia del mismo; es un universo ético, no una propiedad del Derecho o algo inherente a la mera existencia empírica del ordenamiento jurídico. SALAZAR, PEDRO; *op. cit.*, pág. 195.

representativo del Estado: el legislativo²⁰¹⁰; este poder tiene, *de iure*, una función conductora y de delimitación frente a los otros dos, que se ejerce mediante el instrumento de la ley, en el ámbito de la jurisprudencia ello es lo que se denomina “sujeción a la ley”, y que se asocia con la idea de que el juez solamente debe “aplicar” sin poder adicionar nada a su contenido, la sujeción del juez a la ley estaría asegurada constitucionalmente²⁰¹¹. Es un límite al poder punitivo del Estado, ya que no sólo los ciudadanos, sino el propio Estado, se someten a la voluntad de la ley, se trata de establecer los principios fundamentales del Estado de Derecho, donde la esencia de tal Estado es que está absolutamente sometido a la Constitución²⁰¹², en ésta fundamentación del principio estudiado, no basta con la existencia de normas jurídicas y con el apego a las mismas por parte de quienes ocupan los estratos gubernamentales del poder político de un Estado, es menester a fin de garantizar efectivamente el imperio de la legalidad, que esas normas cuenten con algunas características en su origen y estructura –aspecto estático del Derecho- y que sean aplicadas respetando determinados criterios –aspecto dinámico del Derecho-.

Se vinculó el principio a la función de seguridad del Derecho, esto es, las personas a las que van destinadas las normas jurídicas deben saber a qué atenerse, deben conocer con anterioridad a su comportamiento cuáles de estos están prohibidos, son obligatorios o les están permitidos. La seguridad se vincula a la idea de posibilidad de planificar las conductas, saber de antemano qué consecuencias se derivarán de ellas y poder actuar entonces conforme a ello²⁰¹³.

Finalmente, se ha buscado la función del principio de legalidad en la *protección de la confianza*, como componente necesario del Estado de Derecho. La libertad de acción sólo tiene pleno valor, allí donde no existe peligro de que se vinculen al comportamiento consecuencias gravosas de modo no calculable; de allí que se tutele la confianza del ciudadano fiel al Derecho, en tanto que su comportamiento no habrá de ser definido posteriormente como injusto²⁰¹⁴. En última instancia ésta concepción se funda en

²⁰¹⁰ ROXIN, CLAUDIUS; *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, cit., págs. 144 a 145.

²⁰¹¹ HASSEMER, WINFRIED; *Crítica al derecho penal...*, cit., pág. 16. El autor señala que, si el Poder Legislativo, no se expresa con la suficiente claridad como para que el marco semántico de los conceptos que emplea sea preciso, coloca a los otros dos poderes en el lugar, que conforme a la división de poderes, está reservado a él. Estos límites, advierte HASSEMER, son en buena medida, construcciones del lenguaje.

²⁰¹² DONNA, EDGARDO A.; *Teoría del Delito y de la Pena*, T. 1, cit., pág. 5.

²⁰¹³ MORENO, JUAN JOSÉ y VILAJOSANA, JOSEF MARÍA; *op. cit.*, pág. 45.

²⁰¹⁴ JAKOBS, GÜNTHER; *Derecho Penal...*, cit., pág. 81.

la idea liberal de “autonomía” de las personas, la que ha dado paso a la noción de *rule of law* (imperio de la ley) en su versión inglesa o *Rechtstaat* en su versión germana.

Las críticas que se han ideado a estas postulaciones excederían en mucho nuestra propuesta, la intención se ha puesto en presentar las dudas que giran en torno al principio en análisis. Por otra parte afirmar la reducción del principio de legalidad a un único fundamento es prácticamente imposible, sobre todo porque este principio tiene funciones de diverso orden.

§42.- Funciones del *Principio de Legalidad*.

Principio político. Función limitadora de las fuentes de conocimiento. Función limitadora de las fuentes formales. Función de garantía. Aseguramiento de las normas fundamentales.

La legalidad no es una característica del sistema de justicia penal, sino su misión y objetivo. Es un principio político²⁰¹⁵.

El principio en examen cumple tres funciones, a saber²⁰¹⁶:

1. *Función limitadora de las fuentes de conocimiento del Derecho Penal*. Se limita a la ley formal, excluyendo el derecho consuetudinario y jurisprudencial.
2. *Función limitadora de las fuentes formales de producción del Derecho Penal*. Se limita la fuente de producción, a los órganos autorizados dentro del Estado de Derecho a emitir normas penales. Para cumplir éste ideal, se precisan determinadas características: a) las leyes deben ser emitidas por autoridades facultadas legalmente para ello (se necesitan entonces reglas de competencia); b) las leyes nóveles deben ser congruentes con el resto del sistema social; c) las normas jurídicas deben ser de carácter general, dirigirse a clases abiertas de individuos y no restringirse a grupos determinados, con esto se tutela la igualdad ante la ley (*isonomía*); d) las normas deben ser no retroactivas sino prospectivas; e) deben gozar de cierta estabilidad en el tiempo, una vigencia razonable a fin que los individuos a quienes se dirigen puedan prever las consecuencias de sus actos; y f) el contenido de las reglas debe ser razonablemente claro y conocido por el mayor número de sujetos a ellas sometidos (necesidad de publicidad y claridad de las normas)²⁰¹⁷.
3. *Función de garantía*. Se divide a su vez en la *función de garantía jurídica* –certeza– que es la que permite a los ciudadanos conocer qué conducta es considerada delictiva en su sociedad; y *función de garantía política* –seguridad–, lo que importa que las leyes penales deben presentar respecto, de sus tipos penales y consecuencias jurídicas, un mínimo de determinación (a ésta exigencia se vincula el *principio de máxima taxatividad legal interpretativa* que se analizará *infra*²⁰¹⁸), que no debe

²⁰¹⁵ HASSEMER, WINFRIED; *Crítica al derecho penal...*, cit., pág. 22.

²⁰¹⁶ PRUNOTTO LABORDE, ADOLFO; *op. cit.*, pág. 377. Una de las dificultades de entender el principio estriba precisamente, en que parece desempeñar varias funciones distintas (conf. ALCHOURRÓN, CARLOS E. y BULYGIN, EUGENIO; *Introducción a la metodología de las...*, cit., pág. 196.

²⁰¹⁷ SALAZAR, PEDRO; *op. cit.*, pág. 197.

²⁰¹⁸ Ver *infra* parágrafo 44 (“El Principio de Máxima Taxatividad Legal Interpretativa”).

asignarse fuerza retroactiva a leyes fundamentadoras o agravantes de pena y que sobre la base de la analogía y del Derecho consuetudinario no deben crearse nuevos tipos penales. Sólo las leyes claras, precisas y cognoscibles permiten a los hombres trazar sus planes de vida con garantías. A la capacidad de elegir y ejecutar dichos planes se vincula el respeto a la “autonomía personal”; en la medida en que las leyes penales no son precisas, disminuye la capacidad de diseñar el esquema individual de vida a la luz de lo prescripto por el Derecho Penal, la autonomía así comprendida es un principio de la racionalidad²⁰¹⁹. La función debatida guarda relación con el aspecto dinámico del Derecho, con la aplicación concreta de las leyes a casos particulares, para ésta dimensión del sistema jurídico, el referente obligado es el *due process of law* anglosajón (debido proceso legal), el que salvaguarda a su vez cuatro garantías fundamentales: 1) nadie puede ser sancionado sin mediar un proceso jurisdiccional, 2) todo juicio debe llevarse a cabo ante tribunales previamente establecidos, 3) durante todo proceso jurisdiccional deben observarse las formalidades del caso y 4) las resoluciones judiciales deben sustentarse en normas jurídicas vigentes antes de la comisión del hecho materia de procedimiento; éste nivel de garantías y otras no menos relevantes que se derivan de las anteriores (v.g.: imparcialidad de los jueces, equidad de acceso a la justicia, garantía de defensa en juicio, *et sit cétera*), son entendidas como el corazón de todo Estado de Derecho moderno ya que en ellas se materializa la relación cotidiana y efectiva del cuerpo normativo con los sujetos sometidos a su imperio²⁰²⁰.

Es aquí donde puede destacarse la afirmación de FRANZ V. LISZT acerca de que el principio de legalidad es la *magna charta del delincuente*²⁰²¹; aunque ello está hoy

²⁰¹⁹ MORESO, JOSÉ JUAN, *Principio de Legalidad...*, cit., pág. 532. Señala el profesor de la Universidad Pompeu Fabra que LON FULLER ve en la “claridad” uno de los elementos constitutivos de lo que denomina la *moralidad interna del Derecho*, junto a las exigencias de que las leyes sean generales, públicas, irretroactivas, no contradictorias, que no impongan deberes imposibles de cumplir, estables en el tiempo y que la actuación de los órganos del Estado sea congruente con lo que las leyes establecen.

²⁰²⁰ SALAZAR, PEDRO; *op. cit.*, pág. 198.

²⁰²¹ La idea de que el principio de legalidad se dirige al delincuente ha sido abandonada, en rigor, su sujeto es el juez quien “...nunca tiene delante de sí a un delincuente, pues nadie puede ser considerado como tal mientras no se haya dictado una sentencia condenatoria en su contra. Por tanto, el Código Penal no debe ser considerado la *magna charta del delincuente*, sino la *magna charta del ciudadano*.”

“La diferencia ‘no es un juego de formulaciones elegantes’, pues si el acento se pone en el delincuente es claro que el principio de legalidad se debería entender como un mal necesario, pues protege al mal ciudadano frente a la sociedad; consecuentemente, toda reducción de su contenido puede aspirar a contar con

en crisis²⁰²². El ordenamiento jurídico no sólo debe preocuparse por establecer los mecanismos de prevención de delitos mediante el establecimiento de sanciones, sino de lo que se trata es de fijar también límites a la potestad punitiva del Estado en procura de que el justiciable no reste inerte ante el poder irresistible de aquel, de allí que las garantías constitucionales se instrumenten como mecanismos de protección²⁰²³.

La sujeción a la ley, debe garantizar la objetividad. Los comportamientos punibles y sus consecuencias, no han de determinarse bajo la impresión de hechos ya ocurridos y aun por juzgar, ni como medida contra autores individualizados, sino por anticipado y con validez general; por intermedio de una ley determinada, dictada antes del hecho. En el límite de ésta construcción, se ha supuesto que la prescripción no es objeto del principio en examen, dado que en el cálculo del autor, no desempeña papel alguno aquel instituto, pero no se trata de eso, sino de que el Estado, al prolongar el plazo de prescripción (v.g. por prórroga, por el establecimiento de un nuevo tipo de cálculo, o por la ideación de nuevas causales de interrupción de la prescripción) amplía su competencia para punir, y ello, es una retroactividad deliberada para hechos ya sucedidos y por enjuiciar²⁰²⁴.

En otro sentido se ha dicho que, el principio de legalidad, tiene por función, la misión de reafirmar y asegurar las normas fundamentales de una sociedad. El aseguramiento de las normas, presupone que, en el proceso penal, se van a aplicar tal y como el Derecho material las dispone, es decir, según la legalidad jurídico- material. Si aquel se implanta desigualmente en el proceso penal, ello repercute negativamente en el sistema jurídico- criminal en su conjunto, el principio de legalidad asegura la “igualdad” de trato al ciudadano, pues obliga a una aplicación igualitaria de las normas jurídicas²⁰²⁵.

El Derecho penal estructurado por el principio de legalidad, en su forma jurídica liberal es poco apropiado para flanquear objetivos políticos, orientar ámbitos de problemas y prevenir situaciones de peligro. Es más bien un instrumento prudente dirigido

comprensión. Por el contrario, si el principio de legalidad protege al ciudadano, será un bien necesario, pues protegerá al débil frente al poderoso (el Estado), y la limitación de sus alcances no debería contar con la comprensión de los ciudadanos.”. BACIGALUPO, ENRIQUE; *Principios constitucionales...*, cit., pág. 46.

²⁰²² JAKOBS, GÜNTHER; *Derecho Penal...*, cit., pág. 82.

²⁰²³ GUILLAMONDEGUI, LUIS R.; *ibídem*.

²⁰²⁴ JAKOBS, GÜNTHER; *Derecho Penal...*, cit., pág. 83.

²⁰²⁵ HASSEMER, WINFRIED; *La persecución penal: legalidad y oportunidad*, en Revista de Derecho Penal, Rubinzal Culzoni, 2001-2, págs. 65 y 66.

al pasado, dotado de un arsenal de medios fragmentarios, le son vedados los casos de perturbaciones generales, de objetivos flexibles o abiertos al futuro, su utilización está sólo autorizada cuando se ha realizado un injusto relevante²⁰²⁶.

La legalidad provee a la seguridad jurídica, pues la ley penal no puede vulnerarla afectando sus aspectos material y subjetivo,

“...sembrando la incertidumbre acerca de lo prohibido y lo punible. Un orden penal que no permita saber qué es lo prohibido y punible, no provee a la seguridad jurídica, sino que la destruye.”²⁰²⁷

Así como la ley civil debe resolver todos los conflictos de intereses que se le planteen aun llenando las lagunas vía la analogía o principios generales del Derecho, la ley penal sólo puede involucrarse con acciones futuras, desligándose de aquellas que no han sido jurídicamente relevadas. El principio de legalidad no apunta entonces al casuismo legislativo, sino a la determinación lo más precisa posible de la materia penal relevante como delito²⁰²⁸.

Veremos que estas pretensiones, a pesar de todo, restan en intenciones no articuladas materialmente. A ZAFFARONI, a quien esto no escapa, indica que más allá de la estructura del principio de legalidad, dada la abstracción ineludible de las tipificaciones penales, pueden presentarse relativizaciones (distorsiones) en la concretización de la aplicación de la regla al caso, pero sólo se limita a decir que

“La abstracción es inherente a la previsión legislativa, de modo que, por sí misma, no es violatoria del principio de legalidad.”²⁰²⁹,

en estricta rigurosidad esto es un juego de palabras que viene a destacar la vulneración del principio analizado, cuestión sobre la que ahondaremos en lo que sigue.

²⁰²⁶ HASSEMER, WINFRIED; *Derecho Penal Simbólico y protección de bienes jurídicos*, (trad. Elena Larrauri), en VV.AA., *Pena y Estado*, Editorial Jurídica Conosur, 1995, Santiago, pág. 31.

²⁰²⁷ ZAFFARONI, EUGENIO R.; *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, T. I, cit., pág. 140.

²⁰²⁸ ZAFFARONI, EUGENIO R.; *ibídem*.

²⁰²⁹ ZAFFARONI, EUGENIO R.; *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, T. I, cit., págs. 140 a 141.

§43.- “Aplicación rigurosa de la ley”, un análisis de Bacigalupo respecto del art. 4.3º del CP Español²⁰³⁰.

El ideal de la vinculación del juez a la ley penal. La tesis del formalismo. La tesis del particularismo. El diseño institucional liberal. Montesquieu. Beccaria. Feuerbach. Lardizabal. Antecedentes históricos. La escuela de la exégesis. La esclavitud del juez. El indulto. Orden jurídico y orden legal. La aplicación de un método interpretativo reconocido. La consideración de los valores fundamentales del orden jurídico.

El art. 4º del Código Penal español establece en su tercer párrafo que los tribunales deben aplicar la ley en forma rigurosa.

Esta tesis, en una primera lectura, parece indicar en el Derecho Penal que el tribunal²⁰³¹:

- i. Debe aplicar la ley aunque considere que el hecho no merece castigo.
- ii. Debe castigar con la pena establecida, aunque considere que la misma es desproporcionada.

En lo que aquí interesa, y dejando de lado la génesis histórica de la norma, la tesis señalada, desde una perspectiva político- criminal, expresa una idea de cuál es la vinculación del juez a la ley penal, estableciendo que el tribunal²⁰³²:

- i. No puede decidir sin invocar una norma general que justifique su decisión.
- ii. Debe aplicar la ley sin tomar en consideración el resultado (justo o injusto) de ésta aplicación.

BACIGALUPO observa que la cuestión es clara si lo que viene a establecer la norma en cuestión es la división entre las competencias legislativas y judiciales, siendo que para los jueces la aplicación del Derecho es obligatoria. Sin embargo, la disposición se oscurece si de ella se deduce que los jueces deben aplicar la ley de una manera literal, si el juez está vinculado por un texto legal al cual no puede interpretar (tesis del *formalismo*)²⁰³³.

Otro problema estriba en el aparente rechazo de las consideraciones en torno a si el resultado es justo en relación con el caso concreto o si la pena es proporcionada en

²⁰³⁰ Al respecto el tema fue tratado en BACIGALUPO, ENRIQUE; *Sobre la vinculación del juez penal a la ley*, en Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 2, nro. 1y 2, 1997, págs. 39 a 50, en adelante, sin embargo, se utilizará la más nueva referencia efectuada por aquel autor, en el §19 (*Principio de legalidad y “rigurosa aplicación de la ley” en el sentido del art. 4.3º del Código Penal español*) de su *Derecho Penal. Parte General*, ya citado, págs. 108 a 126.

²⁰³¹ BACIGALUPO, ENRIQUE; *Sobre la vinculación...*, cit., pág. 108.

²⁰³² BACIGALUPO, ENRIQUE; *Sobre la vinculación...*, cit., pág. 109.

²⁰³³ BACIGALUPO, ENRIQUE; *ibídem*.

relación con el daño específicamente causado, al momento de tomar una decisión el tribunal. Las penas se deben aplicar en abstracto, sin considerar la gravedad concreta (tesis del *particularismo*).

La regla que BACIGALUPO examina, responde a un contexto histórico específico: el diseño institucional clásico del Liberalismo. Así se distingue claramente entre *aplicación de las leyes* e *interpretación* de las mismas; ésta escisión era el presupuesto objetivo de la división de poderes. La interpretación de los textos normativos se identificaba con la creación del Derecho, de donde, los jueces sólo pueden aplicar las normas. En consecuencia, para BACIGALUPO, el art. 4.3º del Código Penal español, se debe entender, en primer lugar, a partir de su contexto histórico- constitucional,

“... como la expresión de la ideología jurídica dominante respecto de la función del juez en el siglo XVIII y principios del siglo XIX.”²⁰³⁴

El magistrado del Tribunal Supremo español que venimos reseñando destaca que lo antedicho se patentiza especialmente a partir de las concepciones de los máximos teóricos de dicha corriente²⁰³⁵:

i. *MONTESQUIEU*. Para quien,

“todavía no habrá libertad si el poder de juzgar no está separado del legislativo y del ejecutivo”

Para el barón de LA BRÈDE,

“las sentencias jamás deben ser otra cosa que un texto preciso de la ley; si fueran una opinión particular del juez, viviríamos en sociedad sin saber precisamente cuáles son las obligaciones contraídas.”

ii. *BECCARIA*. Entendía que

“Ni siquiera en los jueces penales puede residir la autoridad de interpretar las leyes penales, por la misma razón que éstos no son legisladores”,

agregando que

“Nada es más peligroso que el axioma común que indica que es necesario consultar

²⁰³⁴ BACIGALUPO, ENRIQUE; *Sobre la vinculación...*, cit., pág. 110.

²⁰³⁵ RADBRUCH trae a colación que la idea de que la interpretación debía ser proscripta por cuanto desvirtuaba el auténtico contenido de la ley, puede remontarse a la gran compilación de JUSTINIANO, donde se trató de establecer todo el pensamiento jurídico anterior, proponiéndose sentar un final absoluto, poniendo término para siempre al desarrollo de la ciencia jurídica, “Ante semejante obra, definitiva y completa, ¿para qué las *legum interpretaciones*, immo magis *perversiones*?”, se declaraba así prohibida y castigada con la pena para los falsarios, toda elaboración de las fuentes que trascienda la labor puramente mecánica. Conf. RADBRUCH, GUSTAV; *Introducción a la filosofía...*, cit., pág. 98.

el espíritu de la ley...

“El espíritu de la ley sería el resultado de una buena o mala lógica de un juez, de una digestión fácil o malsana; dependería de las violencias de sus pasiones, de la debilidad del que sufre, de las relaciones del juez con el ofendido, y de todas aquellas pequeñas fuerzas que transforman las apariencias de todo objeto en el ánimo fluctuante del hombre.”

iii. *FEUERBACH*. De manera similar a los anteriores

“El juez está vinculado a la palabra escrita y desnuda de la ley.

“...su tarea no debe ser otra que la de comparar el caso dado con sus palabras y, condenar sin consideración del sentido y espíritu de la ley, cuando el sonido de las palabras condena, y absolver, cuando ésta absuelve.”

iv. *LARDIZABAL*. Si bien procuraba distanciarse de *BECCARIA* en el sentido de entender que la consulta al espíritu de la ley no resultaba “tan peligrosa”, sostenía que

“...cuando la ley es oscura, cuando atendidas las palabras, se duda prudentemente...

“...entonces no debe ni puede el juez valerse de su prudencia para determinar, aunque parezca justo; sino ocurrir al Príncipe, para que declare su intención, como se previene en nuestras leyes.”,

además

“Si la ley es clara y terminante, si sus palabras manifiestan que el ánimo del legislador fue incluir o excluir el caso particular, entonces, aunque sea o parezca dura y contra equidad, debe seguirse literalmente.”

A ello puede sumarse, como información, la legislación de la época, según el Proemio al *Corpus Iuris Fridericiani* (1749-1751), se prohibía bajo graves penas el comentario sobre el

“total Derecho particular o sobre parte de él”

Las Observaciones sobre el Código Penal para el reino de Baviera, en la Ordenanza del 19 de octubre de 1813, prohibían la redacción de otros comentarios y mandaban a los tribunales de justicia y a los profesores de sus universidades atenerse exclusivamente al texto de la ley, utilizando las Observaciones. En Argentina, en el Reglamento Provisorio de 1817 y el Reglamento Provisorio de la Provincia de Córdoba (30-I-1821), el art. 6° disponía que toda sentencia en causas criminales para que se reputase válida, debía ser pronunciada por el texto expreso de la ley, siendo la infracción de ésta un crimen del

Magistrado, punible con el pago de costas, daños y perjuicios causados²⁰³⁶.

Por esta vena, la *escuela de la exégesis*, dominó el pensamiento jurídico continental hasta aproximadamente 1880, caracterizándose por su concepción del Derecho como un sistema deductivo y por la configuración que hacía del razonamiento judicial según la conocida teoría del silogismo. Al juez sólo debía preocuparle que su decisión fuera conforme a Derecho, y no debía entrar a considerar las posibles consecuencias o el carácter razonable de la misma²⁰³⁷. SEBASTIÁN SOLER recoge los principios que guiaban a esta corriente: a) el principio de inmovilización -provocado por la codificación-, b) el principio de monopolio interpretativo por parte del Legislador –para interpretar la ley sólo puede apelarse al pensamiento que la inspiró-, c) el principio de discontinuación –la codificación provocó la ruptura con el pasado-, y d) el principio de exclusividad de la ley²⁰³⁸.

Tal “esclavitud del juez” respecto al texto legal, se traduce en el sistema del art. 4.3º del Código Penal español. Los jueces no pueden decidir los casos basándose en consideraciones particulares de justicia. Las cuestiones concernientes a la equidad tienen que ser planteadas a otros órganos del Estado, en el caso del Derecho penal, el Ejecutivo tiene la posibilidad de atenuar la aplicación de las leyes mediante el indulto²⁰³⁹.

BACIGALUPO señala que, una concepción de la función judicial como la preresenada adolece de críticas importantes:

- i. Un sistema de relaciones entre el Poder Judicial y el Ejecutivo de las características antedichas, es dudosamente compatible con la idea central de la división de poderes en un Estado democrático. A más de que el indulto es una institución que en la actualidad goza de escaso prestigio²⁰⁴⁰.
- ii. Esta concepción es ajena al sistema constitucional vigente, por cuanto, el *orden jurídico*, es algo más que el mero *orden legal*, aquel no sólo se compone de leyes sino también de valores superiores (v.g. justicia, igualdad, pluralismo político, dignidad de la persona, *et sit cétera*)²⁰⁴¹. Como a los jueces compete la potestad

²⁰³⁶ NUÑEZ, RICARDO C.; *op. cit.*, pág. 71.

²⁰³⁷ Con cita de PERELMAN, ATIENZA, MANUEL; *Las razones del Derecho*, cit., pág. 112.

²⁰³⁸ SOLER, SEBASTIÁN; *La interpretación de la ley*, cit., págs. 12 a 13.

²⁰³⁹ BACIGALUPO, ENRIQUE; *Sobre la vinculación...*, cit., pág. 113.

²⁰⁴⁰ BACIGALUPO, ENRIQUE; *ibidem*.

²⁰⁴¹ Ciertamente una distinción como ésta genera un problema central en la Teoría del Derecho, “...cómo es posible determinar el alcance del orden jurídico, y si es posible conocer objetivamente las consecuencias normativas que se siguen de las pautas que conforman ese orden.”. Conf. NAVARRO, PABLO E.; BOUZAT,

jurisdiccional y se hallan sujetos no sólo a la ley, sino también a la Constitución y al resto del ordenamiento,

“...es evidente que su misión consiste en realizar en sus juicios no sólo el sentido literal de las leyes, sino un sentido capaz de materializar las finalidades y los valores del orden jurídico²⁰⁴²

iii. Los tribunales pueden interpretar y aplicar las leyes. En tal sentido se expidió el Tribunal Constitucional español (STC 89/83 y 75/84),

“la facultad de interpretar y aplicar la ley penal (...) corresponde a los tribunales de ese orden.”²⁰⁴³

iv. Por otro lado, los tribunales no sólo deben interpretar y aplicar los textos legales, sino el *Derecho*. De donde, la aplicación de un principio no explícito puede ser compatible con el principio de legalidad, mientras que la aplicación literal de una ley puede ser violatoria de la legalidad cuando contradice a los propósitos generales e implícitos del Derecho²⁰⁴⁴.

En el contexto antedicho, la consecuencia lógica para BACIGALUPO sería la derogación del art. 4.3º del C.P., por cuanto contradice el sistema constitucional de división de poderes y reduce el orden jurídico a los solos textos legales. En éste marco la pregunta que cabe es ¿qué puede significar que un juez está obligado a aplicar la ley de manera rigurosa?²⁰⁴⁵. Las respuestas son dos:

- i. El art. 4.3º no puede ser entendido como una regla que impida aplicar eximentes de responsabilidad criminal que no hayan sido taxativamente introducidas por el Legislador. Las causas supralegales de eximentes de responsabilidad, basadas en los principios generales del orden jurídico, no vulneran el principio de legalidad. Hay una admisión de la analogía *in bonam partem*²⁰⁴⁶.
- ii. Si el juez está vinculado al orden jurídico y no sólo al legal,

ANDRÉS y ESANDI, LUIS M.; *op. cit.*, pág. 662. Sin embargo, no son objeto de éste trabajo tales cuestiones, sino simplemente señalar que efectivamente los jueces al resolver para el caso, recurren a estándares diversos que los meros textos legales.

²⁰⁴² BACIGALUPO, ENRIQUE; *Sobre la vinculación...*, cit., pág. 114. Señala el autor que, el Tribunal Constitucional sostuvo que el ordenamiento jurídico no sólo se compone de leyes (causa 89/83): “ni la garantía criminal ni la penal pueden ser entendidas, sin embargo, de forma tan mecánica que anulen la libertad del juez para resolver...”.

²⁰⁴³ BACIGALUPO, ENRIQUE; *Sobre la vinculación...*, cit., pág. 115.

²⁰⁴⁴ BACIGALUPO, ENRIQUE; *Sobre la vinculación...*, cit., pág. 116.

²⁰⁴⁵ BACIGALUPO, ENRIQUE; *ibídem*.

²⁰⁴⁶ BACIGALUPO, ENRIQUE; *Sobre la vinculación...*, cit., pág. 117.

“...la aplicación de la ley no se puede desentender de la significación que la misma tenga respecto de los valores fundamentales del orden jurídico, particularmente de la justicia. Sin embargo, esta afirmación requiere ser precisada. El juez no puede hacer justicia con total independencia de la ley ni tampoco sólo según su particular percepción de la misma.”

El juez no puede prescindir de la ley, por ello es preciso determinar cómo puede coexistir la obligación de aplicar la ley y la de tener en cuenta los valores fundamentales del orden jurídico. Es imposible aplicar una ley sin *comprenderla* previamente. Dado que no existe una única manera de entender un texto legal, es preciso utilizar un método interpretativo. Aplicar rigurosamente la ley, entonces, es aplicarla utilizando un *método interpretativo reconocido* (lo que no importa decir que sea dominante, sino que tenga la posibilidad de ser objeto de consenso científico), lo que es consustancial en un sistema en el que la elección de las alternativas interpretativas es una parte de la teoría práctica del Derecho. A efecto de sortear la arbitrariedad, el método interpretativo utilizado no puede ser un criterio introducido *ad hoc* por el juez²⁰⁴⁷.

De éste modo, el art. 4.3º del Código Penal español no es una norma excluida de la interpretación, sino necesitada como todas de ella. Entonces, al interrogante de cómo debe interpretarse la obligación del juez de aplicar las leyes en forma rigurosa, no se responde con la tacha del impedimento de valoración (propia de la concepción formalista moldeada por el positivismo jurídico que entiende que la aplicación del Derecho se agota en una mera subsunción formal), tal

“...modelo de aplicación de la ley no responde a las concepciones actuales de la metodología del derecho y oculta una buena parte de la realidad.”²⁰⁴⁸

La necesidad de valoración por parte del juez, señala BACIGALUPO, ha sido reconocida ante todo como una operación impuesta por las leyes mismas. ¿Cómo podría el juez determinar, sin valorar, la capacidad de culpabilidad, la característica de las lesiones, la gravedad del daño o la razonabilidad del caso?. En todos los casos reseñados, la dificultad se halla en que los elementos legales no se aprehenden del mismo modo que los objetos sensoriales, pero como el juez debe fundamentar su juicio de valor, lo que

²⁰⁴⁷ BACIGALUPO, ENRIQUE; *Sobre la vinculación...*, cit., págs. 118 a 119.

²⁰⁴⁸ BACIGALUPO, ENRIQUE; *Sobre la vinculación...*, cit., pág. 120.

importará que el juez no dependa de su propia visión valorativa, sino que aplique los criterios valorativos elaborados y considerados vinculantes por la comunidad, a lo que debe adunarse los modernos avances de la hermenéutica que han permitido comprobar que los cánones interpretativos tradicionales no pueden garantizar una completa exclusión de preconceptos. Siendo que la interpretación jurídica en gran medida implica comprensión de textos legales, y ello no se reduce a un comportamiento del sujeto que interpreta, sino que tiene lugar en todo el contexto existencial del mismo, es inseparable de su experiencia en el mundo, y no hay método de interpretación que pueda excluir ésta cuestión²⁰⁴⁹.

Concluye BACIGALUPO que, todo esto demuestra que una concepción realista de la ‘aplicación rigurosa de la ley’ nunca podrá excluir las consideraciones previas del juez referentes a la justicia y otros baremos o estándares supralegales, incluso el juez que quiera limitarse a un entendimiento literal de los textos legales, está ya haciendo una opción interpretativa. La aplicación rigurosa de la ley no excluye su interpretación sino que requiere una consideración de los valores fundamentales del orden jurídico²⁰⁵⁰.

²⁰⁴⁹ BACIGALUPO, ENRIQUE; *Sobre la vinculación...*, cit., págs. 120 a 121.

²⁰⁵⁰ BACIGALUPO, ENRIQUE; *Sobre la vinculación...*, cit., pág. 123. De otra opinión NAVARRO, PABLO E.; BOUZAT, ANDRÉS y ESANDI, LUIS M.; *op. cit.*, pág. 687, para quienes la calificación de “rigurosa” a la obligación de aplicar las leyes es sólo una expresión retórica destinada a reforzar la obligatoriedad de aplicar las normas penales; para ellos “...no existe diferencia alguna entre la *aplicación de una norma* y la *aplicación rigurosa de una norma*...”, por tal razón el art. 4.3º del C.P. español es redundante (dice que las normas tienen que aplicarse cuando las mismas en definitiva así lo proponen) y su derogación sería vacua. El problema de ésta intelección es que subraya la relevancia de la norma en lo que hace a la idea de *obligatoriedad* de las normas, desde un análisis típicamente positivista, en tanto que BACIGALUPO puntualiza en torno a la *interpretación* del Derecho en un análisis típicamente iusnaturalista; esta última concepción nos parece más adecuada al esquema propuesto.

§44.- El Principio de Máxima Taxatividad Legal Interpretativa.

Vertiente material del principio de legalidad. Tipos precisos y unívocos. Reducción de la vaguedad: uso de elementos descriptivos. La necesidad de los conceptos valorativos. La determinación. La exigencia de tipicidad. Formalización de la criminalización primaria. Principio de claridad en el Derecho. Problemas de consistencia. Inconstitucionales o aplicación de la regla de la máxima taxatividad. La complementación del aplicador del Derecho. El lenguaje. Expresiones legales de contenido valorativo. Vaguedades de los conceptos y predicados valorativos. Infra y sobreinclusión en el Derecho Penal: justificaciones subyacentes y causas de justificación. Prohibición de analogía. Sistema maestro. El razonamiento penal, la contraposición realista. Definiciones legales. La máxima taxatividad en las causas de justificación. El trilema de Moreso.

El principio de máxima taxatividad es el más refinado fruto de la evolución del principio de legalidad²⁰⁵¹.

“... el principal problema que ha de afrontar la realización práctica del principio de legalidad no es en la actualidad el alcance de la reserva constitucional de ley orgánica en materia penal, pese a toda la importancia que esto tiene. Más bien, deseo resaltar otros problemas relativos a la vertiente *material* del principio de legalidad: concretamente, los que afectan al principio de *taxatividad o mandato de determinación*...”²⁰⁵²

Es una parte del ideal de certeza del Derecho.

Como ya se señaló, este principio se vincula a la función de garantía del principio de legalidad, a este último, debe tratárselo con más rigor cuanto más propenso a las valoraciones sea el campo de regulación, valoraciones que hayan de adoptarse para la decisión del caso en cuestión y que no sean generalizables. Sin embargo, ésta regla se quiebra, pues el establecimiento de las consecuencias de hecho, sólo se hallan legalmente determinadas de modo relativamente impreciso²⁰⁵³.

La exigencia de la determinación- taxatividad de la norma penal se traduce en la solicitud, al Legislador, de formular el tipo de modo preciso y unívoco (taxativo y determinado precisamente), a fin de permitir individualizar con certeza el límite entre lo lícito e ilícito²⁰⁵⁴. El principio de legalidad exige que la pena, no sólo se fundamente en una

²⁰⁵¹ MARIO ROMANO citado por ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO; *op. cit.*, pág. 116.

²⁰⁵² SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, pág. 253.

²⁰⁵³ JAKOBS, GÜNTHER; *Derecho Penal...*, cit., pág. 89.

²⁰⁵⁴ MAZZACUVA, NICOLA; *Observaciones sobre el principio de taxatividad en material penal: reflejos procesales de una norma constitucional*, en *Revista de Derecho Penal*, Rubinzal Culzoni, 2001-2, pág. 9. Quien extrae el principio en examen del principio de legalidad contemplado en el art. 25.2º de la Constitución Italiana:

Nadie puede ser separado del juez natural preconstituido por ley.

norma escrita, sino además que se determine con certeza mediante esa ley, la ley penal debe delimitar y determinar la acción contraria a la norma²⁰⁵⁵. La taxatividad exige que las leyes penales contengan en la descripción de los comportamientos prohibidos penalmente y sujetos a una sanción, solamente *elementos descriptivos* y que los mismos sean lo más precisos posibles, *ergo*, que la vaguedad que afecta a todos los conceptos generales, se reduzca todo lo posible; claramente la exigencia de taxatividad halla consagración mayor en algunos tipos penales que en otros, pero a rasgos generales, en muchos de ellos, de manera suficiente²⁰⁵⁶.

La reducción de factores de indeterminación parece, entonces, una de las consecuencias más relevantes de la exigencia de taxatividad. Por tanto, la búsqueda de una mayor *precisión y autonomía semántica* de los conceptos aparecen como elementos ideales para la determinación de la ley penal²⁰⁵⁷. En el primer caso, se intenta que las leyes eviten expresiones vagas y, en el segundo caso, se pretende que las conductas prohibidas por el Legislador puedan ser identificadas sin recurrir a argumentos morales. Como señala MORESO, la taxatividad

“... suele ser entendida en, al menos, dos sentidos: a) una reducción de la vaguedad de los conceptos usados para determinar los comportamientos penalmente

Nadie puede ser castigado sino en fuerza de una ley que haya entrado en vigor antes del hecho cometido.

Nadie puede ser sometido a medidas de seguridad sino en los casos previstos por la ley.

El Tribunal Constitucional español deduce la exigencia, de la formulación constitucional del principio de legalidad penal (art. 25 Cp), en éste sentido STC 133/1987 (FJ 4º), citado en MORESO, JOSÉ JUAN; *Principio de Legalidad...*, cit., pág. 527. Este autor menciona también que, en Estados Unidos, la exigencia de taxatividad lleva el nombre de *void for vagueness doctrine*, la que reconoce como límites para cualquier disposición penal del país, conforme a la Constitución, la reducción de la vaguedad y la preferente utilización de conceptos descriptivos en el diseño normativo, la doctrina penal de Estados Unidos entiende que la doctrina precitada está incorporada en la V y XIV (*due process clauses*) Enmiendas de la Constitución.

En México, el art. 14 de la Constitución Política establece el principio de legalidad:

A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos,

sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

“...en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer (...) pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”

Citado por SALAZAR, PEDRO; *op. cit.*, pág. 202.

²⁰⁵⁵ DONNA, EDGARDO ALBERTO; *Teoría del delito y de la pena*, T. 1, Astrea, 2ª edición, 2001, pág. 18.

²⁰⁵⁶ MORESO, JUAN JOSÉ; *Principio de Legalidad...*, cit., pág. 526.

²⁰⁵⁷ En términos generales, un concepto posee autonomía semántica cuando es posible identificar a qué se refiere sin desarrollar un argumento evaluativo. Acerca de la noción de autonomía semántica (Conf. SCHAUER, FREDERICK, *op. cit.*, pág. 115 y ss.).

prohibidos y b) una preferencia por el uso de conceptos descriptivos frente al uso de conceptos valorativos.”²⁰⁵⁸

De manera tradicional, se afirma que el problema *neurálgico* de la taxatividad del Derecho Penal radica en que el Legislador no puede evitar los conceptos valorativos en la formulación de sus normas y ello introduce un amplio margen de indeterminación²⁰⁵⁹. Sin embargo, a diferencia de los enfoques tradicionales, va ganando consenso la idea de que la introducción explícita de conceptos valorativos permite incorporar contenidos morales que limitan objetivamente la discreción judicial. De esta manera, la admisión de (al menos, un cierto grado de) objetivismo moral y la expresa incorporación de contenidos morales en la legislación penal no sólo son compatibles con las exigencia de taxatividad, sino que ayudarían a disminuir la discreción y permiten encontrar respuestas correctas que no han sido expresamente previstas por el Legislador.

Con frecuencia los términos “determinación” y “taxatividad” son utilizados como sinónimos, pero distinguiéndolos, cabe resaltar que el primero importa un requisito de formulación del tipo, un vínculo al que debe obedecer el Legislador en el momento de redactar la norma; en tanto que la taxatividad, que a su vez incluye la exigencia de determinación pues obliga a enumeraciones cerradas de hechos o casos con exclusión de cualquier otro hecho o caso no expresamente precisado, impide que el tipo pueda ser ampliado a hechos que no se encuentran comprendidos en su dimensión abstracta, proscribire la aplicación analógica por el juez²⁰⁶⁰.

Existe una clara correlación entre el principio de taxatividad y el concepto de “tipicidad”, la norma penal incriminadora, describe el hecho proscripto, sólo puede asumir un contenido determinado y limitar su aplicación a los sucesos concretos taxativamente previstos por aquella, sólo una norma determinada puede consentir un juicio de conformidad entre un hecho histórico y un modelo normativo abstracto, en pos del cual se pueda postular la tipicidad del primero respecto del segundo²⁰⁶¹.

La exigencia de tipicidad no repercute de igual forma en todo el ordenamiento jurídico, ella detenta un peso relativo específico sustancial en el ámbito penal, pues en él, lo ilícito penal, debe ser formulado taxativamente y ello en razón de la

²⁰⁵⁸ MORESO, JOSÉ JUAN, *Principio de legalidad...*, cit., pág. 527.

²⁰⁵⁹ ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal. Parte General*, tomo I; cit., pág. 170.

²⁰⁶⁰ MAZZACUVA, NICOLA; *op. cit.*, pág. 10.

²⁰⁶¹ MAZZACUVA, NICOLA; *ibídem*.

importancia de los bienes que allí se tutelan. Por el contrario, en el espectro civilista, la exigencia prealudida es desconocida, las formulaciones normativas viabilizan incluir cualquier hecho doloso o culposo (ilícitos en general) en su marco; reglas de tal atipicidad son inadmisibles en el ámbito penalístico. Es de resaltar que la determinación es

“...coesencial a la connotación de la norma penal como *mandato*: sólo un imperativo claramente formulado tiene la posibilidad de ser percibido por el destinatario y de ser observado. En el derecho civil las normas desarrollan, en cambio, la diferente función de garantía inmediata de derechos subjetivos, que, según amplios sectores de la doctrina, estaría acordada por una elección distinta a favor de la tipicidad de lo ilícito civil.”²⁰⁶²

Aunque la ley penal se expresa en palabras y estas nunca son totalmente precisas, no puede despreciarse el *principio de legalidad*, de allí que el Legislador debe agotar los *recursos técnicos* para afinar la mayor precisión posible en su obra (mandato de determinación). La criminalización primaria debe formalizarse en ley, pero además:

- a. Debe hacerse en forma taxativa.
- b. Con la mayor precisión técnica posible.

Lo antedicho permite estructurar el “principio de claridad del Derecho”, que estará conformado por el mandato de determinación dirigido al Legislador, y la prohibición de analogía. La claridad de las normas penales, desde el punto de vista del ciudadano, reduce la discrecionalidad de los órganos de aplicación, otorgando mayor autonomía a los ciudadanos.

Exigir un máximo de taxatividad o determinación, sobrepasa lo que puede llevar a cabo cualquier práctica legislativa o interpretativa. De allí que, al tener en cuenta el principio en examen, ha de ser observado como una mera “idea rectora”, sin vinculatoriedad en el caso concreto. Su eficacia óptima se hace presente cuando se critica a la praxis, pero sin cuestionarla globalmente. De lo dicho se deduce que, el principio de taxatividad, no puede ser utilizado en el Derecho Penal, rigurosamente como en otros ámbitos, caso contrario amplios sectores de la Parte Especial de los digestos punitivos modernos serían inconstitucionales, como asimismo los principales preceptos de la teoría de la imputación de la Parte General²⁰⁶³.

²⁰⁶² MAZZACUVA, NICOLA; *op. cit.*, pág. 11.

²⁰⁶³ JAKOBS, GÜNTHER; *Derecho Penal...*, cit., pág. 79.

Las exigencias de *lex certa* y *lex stricta*, de la ley penal son las que fundamentan el principio en examen, pues en ocasiones se presentan marcos penales sumamente amplios y no caracterizables como “determinables”, el problema se resuelve por lo general, a través de una determinación *interpretativa* que claramente no es determinación *legal*.

Debe señalarse que, la precisión de la determinación legal disminuye al aumentar la generalidad de lo regulado, quien se enfrente a la aplicación del Derecho en la Parte General de cualquier código penal, tiene que precisar en mayor medida que en la Parte Especial, los preceptos legales, para hacerlos aplicables al caso individual. En igual medida, los límites para complementar las reglas, de forma permitida, se trazan con mayor amplitud para las reglas generales que para la Parte Especial, para las primeras se permiten complementaciones de los preceptos legales en tanto no los contradigan, de allí que se permitan regulaciones ni siquiera sugeridas, con tal que no dejen de estar en consonancia con los preceptos legales. Por el contrario, para la Parte Especial, sólo se permiten las complementaciones que amplíen el ámbito de lo punible en tanto se correspondan con los preceptos legales, no cabe introducir regulaciones nóveles no determinadas legalmente, sino sólo aplicar las existentes²⁰⁶⁴.

Los problemas de consistencia del principio de determinación se presentan con especial fuerza cuando, a) los límites legales no se establecen conforme al principio, b) el Legislador prescinde del verbo típico, c) se establece una escala penal muy amplia, d) se remite a conceptos vagos para determinar los comportamientos penalmente prohibidos, o e) utiliza conceptos valorativos de dudosa precisión en vez de conceptos descriptivos. El principio, como se dijo, exige la formulación en términos precisos de los supuestos de hecho de las normas penales; frente a ello, el Derecho Penal tiene dos posibilidades, o bien declarar la inconstitucionalidad de la ley o bien aplicar el principio de máxima taxatividad interpretativa. En principio debe optarse por la inconstitucionalidad sólo si, la aplicación de la máxima taxatividad interpretativa, fuere muy artificiosa, careciera de todo apoyo legal o la ley contuviera una irracionalidad irreductible que no respondiera a un notorio error

²⁰⁶⁴ JAKOBS, GÜNTHER; *Derecho Penal...*, cit., pág. 91. Quien señala que en la Parte General, los preceptos legales constituyen puntos fijos de un sistema, que ha de formarse sin dirección legal en su contenido y alcance; en tanto que, en la Parte Especial, los preceptos legales, a favor del autor, proporcionan todo el material disponible para la formación del sistema.

material; sin embargo, la inconstitucionalidad debe ser rechazada si tendría por resultado una irracionalidad aun mayor. El postulado de *prudencia* de la Corte Suprema, que relega la inconstitucionalidad a *ultima ratio* se asienta en la pretendida presunción de legalidad de las leyes, no puede aplicarse a estos casos pues abre las puertas al ejercicio arbitrario del poder punitivo²⁰⁶⁵; además, se vincula, implícitamente, con la noción del carácter coherente del sistema jurídico, afirmando que la interpretación de conformidad con la Constitución es una consecuencia obligada de su doble carácter de *lex posterior* y *lex superior*²⁰⁶⁶. El principio de interpretación de las leyes de conformidad a la Constitución es, ante todo, un criterio, directiva o guía que debe inspirar siempre toda actividad interpretativa en el nivel que sea, pero el valor práctico de esto no se agota en tal papel de inspirador de interpretaciones, posee una funcionalidad para optar entre diversos significados de enunciados de comprensión poco clara, así: a) como consecuencia obligada del principio, si son posibles dos interpretaciones de un precepto, de las cuales, una se ajusta a la Constitución y la otra no, estando a la interpretación de las leyes conforme a la Constitución, debe optarse por el primero de los significados, b) entre diversos significados de un enunciado, todos ellos compatibles con la Constitución, se debe optar por el más conforme con ésta; esto es

“...consecuencia del principio de coherencia del sistema jurídico, entendido como ordenación axiológica de las normas de forma armoniosa.”²⁰⁶⁷

En síntesis, el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad no está justificado cuando por vías interpretativas cabe la adecuación de una norma dudosa al ordenamiento constitucional, reservándose la declaración de inconstitucionalidad sólo para aquellos enunciados

“...cuya incompatibilidad con la misma resulte indudable, por ser imposible el llevar a cabo tal interpretación.”²⁰⁶⁸²⁰⁶⁹

²⁰⁶⁵ ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO; *op. cit.*, pág. 117.

²⁰⁶⁶ En el Anexo IV, acápite XXIV, se presenta un ejemplo en que, bajo pretensa tutela constitucional, se estiran los argumentos interpretativos a través de eclecticismos metodológicos.

²⁰⁶⁷ Con citas del Tribunal Constitucional español, EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER; *La argumentación en la justicia...*, cit., pág. 141. Pero el autor, de esto, extrae una apreciación que no compartimos, que el *argumento a coherencia* puede bastarse a sí mismo como criterio interpretativo sin precisar del auxilio de ningún otro criterio para proceder a la atribución de un significado a un enunciado.

²⁰⁶⁸ EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER; *La argumentación en la justicia...*, cit., pág. 143.

Lo cierto es que los sistemas jurídicos modernos, flexibles frente al mundo moderno en constante cambio y movilidad, han preferido, a modificar las reglas legales (tal como es exigencia del principio de codificación y de división de poderes que se esgrimen monolíticamente), abandonarse a la complementación de quien aplica la ley. El jurista hoy, con el lenguaje como herramienta, no acude tanto a la interpretación, cuanto a la argumentación. Pero claramente, la tendencia del Legislador moderno, a expresarse en forma poco clara, y de cargar el peso de la decisión en el poder judicial, tiene diferente intensidad según la rama del Derecho de que se trate, algunas se encuentran en constante movimiento como es su esencia (v.g. Derecho Impositivo), pero otras aspiran a cierta petrificación de sus postulados (v.g. Derecho Penal), los primeros aceptan mejor que los segundos un Derecho judicial flexible, en los últimos, las alteraciones sorpresivas transmiten sensación de inestabilidad²⁰⁷⁰.

El Derecho Penal, por la calidad de los bienes jurídicos que tutela, y lo inherente de los instrumentos que utiliza se halla en una situación peculiar, no sólo respecto de los Derechos fundamentales de los intervinientes en el conflicto penal, sino también respecto del lenguaje,

“...es justamente el lenguaje el que ayuda a asegurar importantes principios del sistema jurídico. La seriedad que debe regir precisamente en el derecho penal acentúa nuevamente la importancia del lenguaje en esta rama del derecho.”²⁰⁷¹,

dicho de otra forma, los estrictos instrumentos del Derecho Penal son restringidos, no solamente por principios (v.g. principio de proporcionalidad), sino también por el modo del lenguaje jurídico- penal, se sostiene que a diferencia de otras ramas del Derecho, el derecho penal tiene el deber de expresarse de una manera determinada. Lo cierto es que, ante las dificultades de esto último, HASSEMER ha dicho que, el programa “derecho correcto mediante un lenguaje correcto”, no debe ser esperado con demasiadas expectativas, como si una correcta comprensión y utilización del lenguaje fuera a garantizar que el resultado también sea correcto:

“un lenguaje correcto... puede no producir un derecho correcto (...) Pero un

²⁰⁶⁹ Ver Anexo IV acápite XI, se muestra un peculiar ejemplo jurisprudencial argentino, donde no se hesitó en invalidar dos tipos penales por violación al mandato de certeza, estableciendo su inconstitucionalidad aunque recurriendo para ello a un eufemismo.

²⁰⁷⁰ HASSEMER, WINFRIED; *Crítica al derecho penal...*, cit., pág. 18.

²⁰⁷¹ HASSEMER, WINFRIED; *Crítica al derecho penal...*, cit., pág. 21.

lenguaje incorrecto puede excluir un derecho correcto.”²⁰⁷²

Se sostiene, continuando con los problemas que flanquean al principio de máxima taxatividad, que la

“...determinación de los conceptos contenidos en las disposiciones penales es una cuestión de grado y cuál deba ser el grado exigible, el umbral mínimo, depende en buena medida de la justificación de la taxatividad

“... la preferencia por el uso de conceptos descriptivos... es presentada de manera muy estricta... como requisito de un derecho penal garantista, LUIGI FERRAJOLI, considera que el uso de conceptos descriptivos en la formulación de las normas penales permite la formulación de proposiciones descriptivas relativas a esas normas penales, aptas para la verdad y la falsedad... el hecho de que alguien sea menor de doce años es un hecho que puede ser descrito mediante un enunciado apto para la verdad y la falsedad... el uso de conceptos valorativos (v.g. actos obscenos) en la formulación de las normas penales no permite el establecimiento de proposiciones aptas para la verdad o la falsedad.”²⁰⁷³

Voces como las de “mujer honesta” (art. 10 del Código Penal argentino derogado por ley 26.472), la punición de la “corrupción” (art. 125 C.P.), “exhibiciones obscenas” (art. 129 C.P.), “material pornográfico” (art. 128 C.P.), por sólo mencionar algunos ejemplos (y sin mencionar tipo contravencionales que reflejan aun más esta problemática), dejan abierto un considerable margen de indeterminación, que puede provocar controversias acerca de qué conductas están permitidas y cuáles prohibidas. En los textos legales, aparecen usualmente expresiones de indudable contenido valorativo, que dificultan considerablemente la identificación del comportamiento correcto. El problema que se les presenta, por caso a los positivistas (defensores a ultranza de un principio de taxatividad rígido), es en qué medida podemos identificar el material aportado por el Legislador, de una manera neutral, garantizando así la certeza y la imparcialidad.

La vaguedad de los conceptos y los predicados valorativos son desafíos que se imponen a la exigencia de taxatividad. La vaguedad es un problema de imprecisión del significado de las expresiones que usa el Legislador, la que procura erradicarse mediante sucesivas reinterpretaciones y re-elaboraciones del texto. Por lo general, no se discute que

²⁰⁷² HASSEMER, WINFRIED; *Crítica al derecho penal...*, cit., pág. 27.

²⁰⁷³ MORESO, JOSÉ JUAN; *Principio de legalidad...*, cit., pág. 529. FERRAJOLI denomina al principio de taxatividad, *estricta legalidad* (“stretta legalità”)

las expresiones pueden tener diferente grado de precisión (no todas las palabras son vagan en la misma medida). Por ello, parece reprochable que un Legislador, pudiendo elegir una formulación precisa de una cierta disposición, promulgue una ley que contiene términos menos precisos. En este sentido, es usual encontrar en la dogmática penal exhortaciones a la reducción de la imprecisión en la mayor medida posible, como una consecuencia natural de la adhesión al ideal de Estado de Derecho. Así, suele sostenerse que

“El rigor absoluto no puede, ciertamente, alcanzarse, pero no por ello hay que renunciar absolutamente al rigor, sino que es preciso intentar lograrlo hasta donde sea posible, de modo persistente y fijándose cada vez, como meta a conseguir cotas más elevadas de seguridad y certeza...”²⁰⁷⁴

Con los conceptos valorativos (v.g. “ilegítimamente”), la cuestión, como se ve, es diferente que lo que acaece con los conceptos descriptivos. Señala NAVARRO que si el objetivo hubiese sido conseguir disposiciones lo más precisas posibles, había innumerables formulaciones alternativas que presentasen un menor grado de indeterminación, y, citando a ENDICOTT:

“... una norma vaga no representa necesariamente un déficit en el Estado de Derecho. Reemplazar una norma vaga con otra precisa no acerca necesariamente la comunidad al ideal del Estado de Derecho.”,

de donde destaca

“...que las normas precisas no pueden ser los *únicos* instrumentos en la regulación de la conducta. También necesitamos estándares más abstractos, cargados de connotaciones valorativas, que nos permitan resolver razonablemente situaciones que no podemos especificar acabadamente de antemano. Así, no sólo hay que, por ejemplo, prohibir conducir a más de 120 kilómetros en una autopista sino que también es necesario prohibir la conducción peligrosa o irresponsable. Si los conceptos valorativos no pueden ser erradicados, entonces sería tentador suponer que, por esa misma razón, la exigencia de taxatividad no opera como un genuino límite a las decisiones del legislador.”²⁰⁷⁵

A los efectos de otorgar coherencia a nuestra exposición, y sin perjuicio de continuar rebatiendo los axiomas del principio en examen, señalamos, liminarmente, que la

²⁰⁷⁴ COBO DEL ROSAL, MANUEL y VIVES ANTÓN, TOMÁS, *Derecho penal. Parte General*, 4ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 312.

²⁰⁷⁵ NAVARRO, PABLO; *Taxatividad y conceptos valorativos*, inédito, Universidad Nacional del Sur, pág. 6.

discusión en torno a la vaguedad de los conceptos, la utilización de conceptos valorativos y la indeterminación semántica, son problemas inerradicables de las normas cuando se utilizan conceptos generales, pues siempre se presentan casos marginales cuya subsunción individual en la cláusula diseñada con clases generales, no deviene una conclusión simple. Asimismo, la indeterminación de propósitos oscurece la viabilidad de diseñar hipótesis abstractas que permitan captar los casos futuros, donde se presentarán dudas en torno a si el concepto se aplica o no al caso, es la construcción hartiana de la *textura abierta del lenguaje*²⁰⁷⁶. En lo que hace a la utilización de *conceptos valorativos* (nosotros preferimos utilizar la construcción de “conceptos normativos”, no ya por un mejor ajuste conceptual sino por la tradición del uso de dicha intelección²⁰⁷⁷), MORESO advierte que se trata de una cuestión “mucho más grave” que el de la mera vaguedad de los conceptos, pues, como el profesor de la Universidad Pompeu Fabra señala, en definitiva, sólo son problemáticos en los casos marginales en que se aplican, pero los conceptos normativos, son problemáticos en todos los casos en que se aplican; para sortear éste problema, MORESO se procura una herramienta sencilla, otorga el alcance que más le conviene para éstos conceptos, así sostiene que los mismos sólo ostentan una función lingüística primariamente prescriptiva o recomendatoria de donde es posible distinguir conceptos valorativos con contenido descriptivo muy escaso aunque no nulo (v.g. correcto, inmoral, injusto), que son los *conceptos valorativos ligeros (thin)*, de los conceptos de éste tipo, con mayor contenido descriptivos (v.g. casto, valiente), serían los *conceptos valorativos densos (thick)*, a estos últimos sí puede atribuírseles un contenido descriptivo pues disponen de contenido informativo. En síntesis, el problema que visualiza MORESO en estos conceptos no es su alto contenido de discrecionalidad al momento de utilizarse, sino que, el problema de su uso –como en definitiva algo de descriptivo tienen- reside en que son vagos en un alto grado. Esto, no es cierto, nosotros utilizaremos aquí un bagaje tradicional en torno a la idea de conceptos normativos, si bien coincidimos en la vaguedad de los mismos, también debemos concluir en que el problema va más allá: en el escenario que nos ocupa, los jueces gozan de una discrecionalidad amplia, pues les permite cerrar su juicio sobre un caso

²⁰⁷⁶ HART, H. L. A.; *El concepto de Derecho*, cit., págs. 159 y 160.

²⁰⁷⁷ Ver *infra* parágrafo 49 (“La actividad creadora del juez ante los conceptos normativos, indeterminados y las ‘cláusulas generales del derecho’”).

particular de manera creativa. La afirmación de MORESO continúa aposentando al juez en su rol de intérprete, lo que en definitiva soluciona su tesis²⁰⁷⁸.

La afirmación de que sólo es posible una determinación relativa, se suele tratar, al examinar los límites, como prohibición de la analogía. Para examinar esto debe tenerse en cuenta lo que sigue en torno a la interpretación legal²⁰⁷⁹.

En primer lugar, toda reglamentación de conductas en el ámbito penal, se efectúa a partir de reglas generales, lo que importa no regular un solo supuesto concebible sino una clase de supuestos. La interpretación de la ley consiste en especificar los elementos que ha de reunir la clase de que se trate. Tal especificación puede ser sencilla en algunos casos, pero incluso en dichos extremos, el intérprete parte de una hipótesis previa del fin de la regulación. Esta dependencia del entendimiento de la ley con respecto a la hipótesis previa de aquello que persigue la regulación, es inevitable (el llamado círculo hermenéutico)²⁰⁸⁰. Que no pueda substraerse a éste círculo, no significa que todas las hipótesis previas de fines de la regulación tengan el mismo valor y que la interpretación se agote en enumerar un panorama de especificaciones de los conceptos de clases. Llevar la certeza al extremo implicaría un desaconsejable casuismo, pues las reglas siempre incluyen algunos casos que la razón que la justifica, no abarca, y excluyen algunos que la razón que justifica la regla exigiría que estuvieran incluidos, cuanto más se aleja la formulación de la regla de su razón justificante mayor es el peligro de sobre e infrainclusión²⁰⁸¹. El Legislador entonces se encuentra frente a una opción dilemática: a) formular su directiva diciendo simplemente que debe realizarse el propósito buscado, o b) formular su directiva formando una clase de casos cuya extensión lo más parecida posible al conjunto ideal de supuestos en los que se realizaría perfectamente el propósito buscado y para pertenecer a la cual haya de concurrir una determinada propiedad. Ambas opciones tienen sus desventajas, en el primer supuesto: 1) los ciudadanos quedan en una evidente situación de inseguridad y 2) la identificación en concreto de los casos que satisfacen el propósito buscado por el Legislador no dependerá de su propio juicio sino que restará librado al juicio de quien aplique la regla. En el segundo supuesto: 1) habrá inevitablemente algunos casos en que sea

²⁰⁷⁸ MORESO, JOSÉ JUAN; *Principio de legalidad...*, pág. 532.

²⁰⁷⁹ JAKOBS, GÜNTHER; *Derecho Penal...*, cit., págs. 92 a 94.

²⁰⁸⁰ Obsérvese aquí, que la construcción de JAKOBS se aproxima a los propósitos subyacentes a la norma que propone HART.

²⁰⁸¹ SCHAUER, FREDERICK, *op. cit.*, págs. 89 a 92.

aplicable la regla y en los que sin embargo, su cumplimiento, no promueva el propósito realmente buscado; y 2) a la inversa, casos que caigan fuera del ámbito de aplicación de la norma y en los que, sin embargo, hacer lo que ésta exige sí promovería su propósito²⁰⁸². En el Derecho penal, el problema de la *infrainclusión* es menor, pues impera la idea de aceptar que los comportamientos que no están prohibidos penalmente, están permitidos; por el contrario, el problema de *sobreinclusión* es mayor para el ideal de certeza, pues la incorporación de nuevos tipos penales, frecuentemente indeterminados, apareja que puedan incluirse en los supuestos de hecho de dichos tipos, muchos comportamientos no abarcados por su razón justificante, de allí la importancia de las *causas de justificación*, pues su función consiste en excluir precisamente, de los comportamientos penalmente prohibidos, aquellos que aún siendo instancias de los comportamientos descritos por los tipos penales, no penetran en el alcance de la razón que justifica su punición, porque entran en conflicto con otros bienes o intereses que el Derecho también tutela²⁰⁸³.

En segundo lugar deben determinarse cuáles son las hipótesis previas idóneas, para ello se presentan tres modelos puros:

- a. *Teoría subjetiva –voluntad del Legislador–*. Se procura averiguar qué quiso regular legítimamente el Legislador al promulgar la regla que se interpreta.
- b. *Teoría objetiva –voluntad de la ley–*. Se analizan las hipótesis previas que mejor se adapten al sistema, de lo que en la actualidad legítimamente se debe regular.
- c. *Teoría histórica –voluntad histórica de la ley–*. Se atiende al sistema de regulaciones existente en el momento de la promulgación de la regla.

En todo caso, no pueden hallarse soluciones interpretativas sin considerar que las distintas hipótesis, no son eslabones de una sola cadena de desarrollo, sino que se

²⁰⁸² BAYÓN, JUAN CARLOS; *Principios y reglas...*, cit., págs. 45 y 46. Para el profesor de la Universidad Autónoma de Madrid, El primer modelo de legislación se corresponde con legislar de acuerdo a *principios*, y el segundo, de acuerdo a *reglas* (utilizando la distinción de DWORKIN). Los principios serían normas que prescriben que se realicen ciertos valores (esta concepción de los principios es la que nosotros seguimos en el presente trabajo), en tanto que las reglas serían normas que modalizan deónticamente acciones determinadas descriptas en términos que poseen *autonomía semántica*.

Un Derecho compuesto sólo de principios daría lugar a la llamada *jurisprudencia de razones*, en la que la solución de cada caso exigiría en todo caso una concreción y ponderación de todos los valores en juego con resultados imprevisibles; un Derecho compuesto sólo por reglas, permitiría controlar la decisión en cada caso en concreto en que aquellas se aplican, incluso cuando hacerlo significaría soslayar la exigencia del propósito subyacente, esto es lo que se denomina *opacidad de las reglas*.

²⁰⁸³ MORESO, JOSÉ JUAN; *Principio de legalidad...*, cit., pág. 535.

hallan yuxtapuestas sin interconexión, sin conexión de las hipótesis previas subjetivas, objetivas e históricas²⁰⁸⁴.

JAKOBS entiende que, es preferible la teoría objetiva, con matización del requisito de conexión. Rechaza la teoría subjetiva pues la considera inviable en una democracia por falta de determinación vinculante de las presuposiciones de las respectivas mayorías parlamentarias del momento de que se trate, asimismo rechaza la teoría histórica pues concluye que no puede ser vinculante, cuando ya no existe el respectivo contexto de la regulación.

La primacía de la tesis objetiva no importa que cada intérprete pueda extraer de la ley cualquier conclusión, en función de su idea de la regulación. Dicha teoría, sin conexión con las hipótesis previas, no produce resultados adecuados, salvo por azar. Con tal afianzamiento sistemático, la teoría objetiva, no abre ninguna puerta a la arbitrariedad.

Dicho esto, es relevante retornar a la concepción de que, la primordial manifestación del principio de máxima taxatividad legal interpretativa es la prohibición de la analogía, especialmente la *in malam partem*.

Si bien más adelante se volverá sobre esto²⁰⁸⁵, el sistema al que se alude, está fuertemente asociado con la escuela racionalista (s. XVIII) y los movimientos de codificación. ALCHOURRÓN lo denomina “Sistema Maestro” y sus principios son²⁰⁸⁶:

- (a) *El principio de inexcusabilidad*. Los jueces deben resolver todos los casos que se les someten a juzgamiento dentro de la esfera de su competencia. Esta exigencia suele aparecer en el Derecho positivo, bajo la fórmula de prohibición de abstenerse de juzgar, si bien cada juez tiene su competencia preasignada, se presupone que, tomadas en conjunto, las competencias abarcan la totalidad del arco de problemáticas posibles.
- (b) *El principio de justificación*. Una decisión judicial requiere fundamento, y los jueces deben exponer las razones de su decisión. Las decisiones no deben ser arbitrarias, de donde, los jueces han de ofrecer las razones que justifiquen la decisión adoptada. Esta exigencia suele estar incluida en Constituciones y códigos de procedimiento

²⁰⁸⁴ Ver *supra* parágrafo 33 (“Técnicas interpretativas”).

²⁰⁸⁵ Ver *infra* parágrafo 50 –“La actividad creadora del juez ante las ‘lagunas’ y las ‘reglas injustas’”–.

²⁰⁸⁶ ALCHOURRÓN, CARLOS E.; *Sobre Derecho y Lógica*, cit., pág. 13 y ss.

(c) *El principio de legalidad*. Las decisiones jurídicas deben fundarse en normas jurídicas del Estado. Es complementario éste principio, del anterior, las decisiones no sólo deben fundarse, sino que dicho fundamento debe ser normativo, el juez no puede acudir al Derecho de otro Estado para resolver, o a estándares morales, *et sit cétera*; excepto cuando el propio Derecho lo autoriza, pero incluso en esos casos, el fundamento último de la decisión será una norma del sistema.

EZQUIAGA GANUZAS ha resaltado en lo que llama la “sujeción del juez a la ley desde lo objetivo”, un esquema similar²⁰⁸⁷: a) *toda decisión judicial debe estar motivada*, de esa forma –sin considerar la motivación respecto de los hechos- se le exige al juez argumentar el razonamiento interpretativo llevado a cabo para determinar el significado otorgado a la norma; b) *el juez no está autorizado a crear normas jurídicas*, ante las lagunas el juez no puede hacer otra cosa que recurrir a las normas reconocidas por el sistema y obtener de allí los alcances que justifiquen su decisión; c) *se presume el conocimiento de la ley por parte del juez*, no habría distinción (aunque sabemos que sí la hay), entre lo que importa la cognoscibilidad del material jurídico dada por la publicación necesaria de los documentos normativos, del conocimiento de los alcances de dicho material; d) *el juez no puede rechazar la aplicación de una ley*, es un deber incondicionado del juez de aplicar las *leyes aplicables*; y e) *no vinculación a los precedentes*, es la cara oculta de todo lo anterior en el marco del sistema continental- europeo.

Cada uno de estos tópicos está en clara crisis, no corresponde su análisis aquí pues de ello nos hemos ocupado y nos ocuparemos a lo largo del texto.

Lo dicho fluye de la normativa legal que sigue:

art. 15 del Código Civil: los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes.

art. 273 del Código Penal: Será reprimido con inhabilitación absoluta de 1 a 4 años, el juez que se negare a juzgar so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley.

Estos artículos serían un reconocimiento, por parte del Legislador, de su incapacidad para poder prever todas las situaciones posibles que el Derecho debería solucionar. Estas disposiciones, junto a los principios generales del Derecho, la analogía, y la costumbre, estarían demostrando que el Derecho siempre tiene una regulación para

²⁰⁸⁷ EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER; *Función legislativa y función judicial*:..., cit., págs. 44 a 47.

cualquier supuesto y que, por ello, toda laguna puede ser llenada por medios extraídos del propio sistema²⁰⁸⁸.

El Derecho Civil cumple mejor su función de seguridad jurídica cuando soluciona el mayor número de conflictos (*es un sistema continuo sin lagunas*), en él, la tarea del juez siempre debe ser creativa, de allí que su propia normativa (art. 16 C.C. argentino), remita a todo tipo de principios y a la costumbre para hallar solución al caso.

El Derecho Penal, por el contrario, prohíbe la analogía para completar el texto legal, pues la norma tiene un límite lingüísticamente insuperable que es la máxima capacidad de la palabra. Sólo la ley formal es fuente de criminalización primaria, el juez no puede completar los supuestos (*es un sistema discontinuo y así en éste sistema se pretende aportar más seguridad jurídica*)²⁰⁸⁹.

La analogía, se ha dicho, que es *integración analógica* (diferenciándola de la *interpretación analógica*, aunque algunos la equiparan), M. E. MAYER aceptaba la analogía *intra legem*, en tanto descartaba la *praeter legem* y la *contra legem*. De todas formas la analogía no puede ser excluida como forma del pensamiento, o mejor llamado *argumentum a simile*²⁰⁹⁰, pues sirve para la lógica jurídica, al efectuar comparaciones a los efectos de razonar (v.g. la *violencia* del art. 164 del Código Penal argentino, es *análoga* a la del art. 280 del mismo cuerpo legal). Ahora bien, ahondando en esta cuestión, y retornando sobre conceptos ya expresados, la analogía *in malam partem*: integra la ley extendiendo la punibilidad, por ello se halla totalmente proscripta, en tanto que la analogía *in bonam partem*; que restringe la ley más allá de su letra, es admisible siempre que no sea arbitraria²⁰⁹¹.

El principio que examinamos, se expresa en un segundo momento que es *puramente interpretativo*, pues dentro del alcance semántico de las palabras legales puede haber, un sentido más amplio para la criminalización o un sentido más limitado o restringido para aquella. Esto se trata de la misma razón que da origen al principio procesal *in dubio pro reo*, sostiene ZAFFARONI, aunque reconoce que no es pacíficamente aceptado pues se ha considerado que es una regla interpretativa del Derecho Procesal para la

²⁰⁸⁸ Ver *infra* parágrafo 48 (La actividad creadora del juez ante las “lagunas” y las “reglas injustas”).

²⁰⁸⁹ ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO; *op. cit.*, pág. 117 y 118.

²⁰⁹⁰ Ver *supra* subparágrafo 34.4 (“La Analogía”).

²⁰⁹¹ ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO; *op. cit.*, pág. 118.

valoración de la prueba y no del penal; dentro del límite semántico del texto legal puede elegirse libremente la interpretación más amplia, la literal o la restrictiva (no hay principio general), el penalista de mención sostiene el rechazo de esta última postura pues entiende que, sólo excepcionalmente la interpretación semántica restrictiva cede ante la más amplia: *cuando la consecuencia sería ridícula o absurda y la literal más amplia evita esto* (v.g. *cosa mueble* del art. 162 del C.P. argentino es más amplia que el Código Civil argentino, pues incluye los inmuebles por accesión y representación); también en ocasiones debe estarse por debajo del límite semántico mínimo (v.g. en el *incumplimiento de deberes* el funcionario es más limitado que el señalado por el art. 78 C.P. argentino, pues sino se penaría al recolector de residuos que omite retirar la basura del vecino)²⁰⁹². Tanto el *in dubio pro reo*, como la interpretación restrictiva, se deducen de la excepcionalidad de la criminalización primaria y son límite a la tipificación irresponsable.

Si de un entendimiento ordinario, pero estricto de la regla, devienen lagunas, ello no es causa suficiente para efectuar una interpretación generalizadora. Un ordenamiento jurídico, respetuoso del principio de legalidad, no puede deducirse de forma tal que se colmen todas las lagunas, pues el principio sólo es necesario cuando hay campos que no se regulan, es decir, precisamente cuando restan lagunas de regulación. Sólo puede soslayarse el entendimiento ordinario cuando, la regla, puede ser arbitraria teniendo en cuenta grupos de supuestos del mismo rango donde se trata de forma desigual el supuesto de hecho, o incluso grupos de supuestos menos graves que se tratan a partir de la regla con más rigor que otros grupos más graves, que además precisan de regulación pues se dan en lo cotidiano con la misma o mayor frecuencia²⁰⁹³.

Es interesante observar, que con el objeto de proteger a ultranza el principio de legalidad, los penalistas razonan de un modo muy diverso al que hemos estudiado, que es como razonan los tribunales. Admiten “interpretaciones analógicas”, pero no “integraciones analógicas”. Aceptan la “interpretación objetiva”, pero rechazan otros tipos de razonamiento. Es viable la analogía *in bonam partem*, mas no la *in malam partem*. Ciertamente todo este bagaje conceptual choca con la teoría de la interpretación estudiada *supra*²⁰⁹⁴, y se diseñan argumentos que no se condicen con lo que se hace en la realidad, o

²⁰⁹² ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO; *op. cit.*, pág. 118 y 119.

²⁰⁹³ JAKOBS, GÜNTHER; *Derecho Penal...*, cit., pág. 105.

²⁰⁹⁴ Ver *supra* capítulo IV (“Interpretación y aplicación de las normas penales”).

donde, de manera artificiosa, se soslaya la verdadera actividad judicial. De una u otra forma, se procura salvar en lo formal el principio de legalidad –y su emanación: el principio de máxima taxatividad legal interpretativa-, cuando en lo material se lo desarticula sin tapujos.

Por esta vena, en ocasiones, y de cara a los llamados *tipos penales abiertos*, que son aquellos que expresan una falta de definición legal que se completaría en anexos ajenos a la ley y su interpretación, donde se observa una descripción demasiado genérica e imprecisa de la conducta prohibida, dejando la tarea de cerrar los tipos al órgano judicial, quien efectúa esa labor después de cometido el hecho que es objeto de juzgamiento,

“Esto es lo que suele ocurrir, en el nivel de análisis de la tipicidad, en los supuestos de los *delitos culposos* y en la construcción extralegal de los llamados *delitos impropios de omisión o de comisión por omisión*”²⁰⁹⁵,

se ha dicho que

“...no es necesario que la taxatividad con la que se debe llevar a cabo la tarea tipificante, para no violentar el principio constitucional de legalidad, llegue a un casuismo tan particularizado que termine consagrando un catálogo cuyo grado de detalles descriptivos trasunte una manera obsesiva de definir conductas que lejos de aparecer como previsiones generales posibles, evidencie una enumeración de comportamientos tan individualizados que emerjan como irrepetibles.”²⁰⁹⁶,

obsérvese que asertos como éste, se cargan de argumentos adjetivantes (v.g. “manera obsesiva”), para sostener lo indefendible, que los tipos penales son precisos pese a que utilicen voces vagas o ambiguas, en el caso se examinaba un supuesto de “acceso carnal por *cualquier* vía”, sabido es que dicho sintagma ha dado y da lugar a debates que no hallaron solución, se sostuvo entonces que

“... (el) término ‘cualquier’ ... (es equiparable a) ‘todas’ o ‘todos’, no deja imprecisa a la previsión normativa, sino que simplemente la pluraliza al grado mayor de la

²⁰⁹⁵ VITALE, GUSTAVO; *Estado constitucional de Derecho y Derecho Penal*, en VV.AA., “Teorías actuales en el Derecho Penal”, ad-hoc, Buenos Aires, 1998, pág. 82.

²⁰⁹⁶ Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala II (integrada por los magistrados Dres. MANCINI, HORTEL y CELESIA, con primer voto del mencionado en primer término), “E., J. M. s/ recurso de casación”, causa nro. 8.851, rta. 21 de octubre de 2004. En SIMAZ, ALEXIS LEONEL; *Doctrina Judicial del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires*, Nova Tesis, Rosario, 2008, pág. 81.

pluralidad posible remitiendo, en realidad, la indicación legislativa al sustantivo en cuestión...”²⁰⁹⁷,

claramente la voz “cualquier”, puede equipararse a “todas” o “todos”, pero esto ¿implica que el tipo es preciso porque meramente pluraliza? o precisamente demuestra que el tipo es abierto ya que remite a estándares no claros. Obsérvese que los jueces están llamados a efectuar numerosas de estas construcciones justificantes y artificiosas para defender los tipos penales de la tacha que les impondría el principio de legalidad que se esgrime monolíticamente en todos los casos; para finalizar esta digresión y continuando con las propias palabras del fallo referido a los efectos de destacar lo forzado de las conclusiones que suelen postularse para compatibilizar el principio aludido y los tipos penales, se dijo que

“...acaso no sobre puntualizar que, en principio, y salvo groseras excepciones, no son las leyes en su texto las que atentan contra el principio de legalidad, sino precisamente, la aplicación que de tales leyes pretenda hacerse en un caso concreto... Mientras ocurra..., que el texto legal es susceptible de interpretación...mal puede enarbolarse el principio de legalidad en abstracto contra la ley.”²⁰⁹⁸

Una cuestión interesante, para examinar mejor esto, estriba en tener en cuenta que, en el espectro penal, que es en definitiva el ámbito discursivo sobre el que estamos especulando, la exigencia de taxatividad no sólo parece ser examinable en la descripción de los comportamientos prohibidos –tipos penales-, sino también en las causas de justificación, las que muchas veces son diseñadas a partir de términos imprecisos y valorativos que infringen el principio en cuestión. Además su relevancia deviene insoslayable con fulcro en la necesidad de excluir los casos que las reglas sobreincluyen, como ya se señalara. Esto conduce a MORESO a idear un *trilema*: a) proponer una redacción de las causas de justificación que respete el principio de determinación, b) proponer un Derecho Penal sin causas de justificación o, c) limitar el alcance del principio de taxatividad para que no incluya o para que lo haga de manera atenuada, las causas de justificación²⁰⁹⁹.

²⁰⁹⁷ *Ibidem.*

²⁰⁹⁸ *Ibidem.*

²⁰⁹⁹ MORESO, JOSÉ JUAN; *Principio de legalidad...*, cit., pág. 527.

El primer supuesto implicaría formular causas de justificación para cada uno de los tipos penales, de no darse de éste modo, las causas de justificación tendrían un diseño más general, y en tal sentido, más impreciso; similar al Derecho argentino y español, donde aquellas se refieren a todos los supuestos incluidos en los tipos penales. El peligro de esta primera opción del trilema estriba en el intolerable casuismo que se impone, el que de realizarse, comportaría un riesgo de infrainclusión de los comportamientos considerados justificados, así se transgrediría la función principal de estos permisos que es el de eliminar la sobreinclusión de los comportamientos prohibidos.

El segundo supuesto presenta dos variantes: a) que a la vista de que las causas de justificación no se dejan moldear por el principio de taxatividad, se postule un Derecho Penal que no reconozca causas de justificación de ningún tipo y b) que se construya un Derecho Penal sin causas de justificación explícitas, pero donde los órganos de aplicación del Derecho dispongan de la competencia para absolver a personas que realizaron los comportamientos típicos, en atención a las circunstancias concretas del caso. La primera posición, señala MORESO, no ha sido defendida por nadie, es insostenible, un Derecho Penal sin causas de justificación carecería de criterios de solución para los conflictos, violando de tal forma la autonomía personal que justifica también el ideal de certeza. La segunda posición es la sostenida por LUIGI FERRAJOLI, resuelve los problemas de sobreinclusión de los tipos penales mediante el recurso que denomina el *poder de connotación* del juez y el *juicio de equidad*; sin causas de justificación explícitas el juez dispone del poder de absolver los comportamientos que aun siendo típicos no merecen sanción por las circunstancias accidentales e individuales del caso individual (v.g. hurto famélico). El rechazo de MORESO estriba en el aumento de la discrecionalidad de los jueces con la consiguiente sustracción de pautas para los ciudadanos que no van a saber cuándo determinados comportamientos típicos serán considerados justificados, además desafía la taxatividad al dejar los tipos absolutamente abiertos en su límite inferior.

El tercer y último supuesto del trilema supone reducir la fuerza del principio de taxatividad en la formulación de las causas de justificación, clarificando, en los tipos penales, el umbral mínimo de la taxatividad debe ser más alto que en la formulación de las causas de justificación, ello se debe a que en el caso de éstas últimas se debe poder excluir como punibles ciertos comportamientos. Las causas de justificación han de ser lo

suficientemente flexibles para adaptarse a nuevas circunstancias que sería deseable permitir, admiten un grado de vaguedad que sería intolerable en los tipos penales, los que requieren que los delitos sean definidos con la suficiente especificidad para advertir a los ciudadanos, con claridad, cuáles son sus derechos y obligaciones; el mandato de certeza en la formulación de los tipos se relaja cuando de supuestos de exclusión se trata, un sistema jurídico penal liberal, admite cierta imprecisión a favor del reo²¹⁰⁰.

A la luz de éste último supuesto, MORESO destaca que la formulación de las causas de justificación deben establecer

“... unas pautas generales que, a la vez que permitan excluir de los comportamientos penales prohibidos aquellos a los que no alcanza su justificación, introduzcan algunas restricciones a las decisiones posibles de los jueces y señalen claramente las vías por las cuales una persona puede presentar su comportamiento como justificado.”²¹⁰¹

Esta posición del profesor de la Universidad Pompeu Fabra, como él mismo se encarga de subrayarlo, es sostenida por CLAUS ROXIN, para quien en las causas de justificación, la interpretación correspondiente al principio de legalidad no está vinculada al límite del tenor literal, sino sólo a los principios ordenadores inmanentes a las respectivas causas de justificación; al aplicar los permisos no se efectúa una operación de subsunción del caso individual en la prescripción normativa sino que la operación guarda una relevante similitud con la *ponderación de conflictos* entre principios; las causas de justificación brindan las pautas generales con las cuales el juez deberá construir, para el caso concreto, un conjunto de reglas que señalen qué propiedades relevantes hacen aplicables o no la causa de justificación.

MORESO concluye que la tercera posibilidad del trilema parece la más adecuada pues: a) muestra cómo el trilema puede disolverse, b) señala una reducción del alcance del principio de taxatividad a favor de poder excluir de los comportamientos punibles aquellos que caen más allá de las razones justificantes, y c) destaca el mayor respeto por el principio de autonomía de la persona.

En conclusión, el umbral de precisión que se exige para la formulación de los tipos penales es más alto que el exigido para la formulación de las causas de

²¹⁰⁰ MORESO, JOSÉ JUAN; *Principio de legalidad...*, cit., pág. 539, nota 35.

²¹⁰¹ MORESO, JOSÉ JUAN; *Principio de legalidad...*, cit., pág. 538.

justificación, la razón de ello es que, mientras en el caso de la formulación de los tipos penales, la precisión puede producir algún grado de infrainclusión (casos abarcados por la razón justificante que la regla no abarca), dicha infrainclusión soportable en virtud de la relevancia que insoslayablemente se le otorga a la certeza en la delimitación de los comportamientos prohibidos penalmente. Por el contrario, en la formulación de las causas de justificación, la infrainclusión sería mucho más grave, indicaría que determinados comportamientos justificados serían punibles, de allí que se precise una formulación más amplia y flexible en éstas que viabilice atrapar casos en que no existen razones para punir. Ésta formulación, más amplia y flexible, subraya MORESO, comporta que en muchos casos, los permisos jurídicos se aproximen a la justificación moral, y ello fluye de que la introducción de criterios permeables se acepta, con el fin de permitir al aplicador de las normas, acudir a las razones subyacentes que justifican que determinados comportamientos no sean punibles, y en numerosos casos dichas razones subyacentes, son en definitiva, razones de carácter moral.

MORESO cierra su discurso con una suerte de petición de principios, que en nuestra opinión no se condice con el desarrollo anterior, que es, que las formulaciones de las causas de justificación no deben permitir la discrecionalidad absoluta de los aplicadores del Derecho, para ello, el Derecho Penal debe señalar explícitamente las vías por las cuales aquellos que toman una decisión en dicho, ámbito, acceden a las razones subyacentes. Se trata de frenos de tinte institucional, esta última crítica la destacamos al sólo efecto de hilvanar lo hasta aquí dicho en las ideaciones del profesor de la Pompeu Fabra con respecto a nuestro propio entendimiento de lo que realmente hacen los aplicadores del Derecho; a MORESO no le resta otro camino que cerrar su tesis con un freno positivista como el prealudido, pues caso contrario sería inconsecuente con su propia ubicación filosófica mas ciertamente no puede soslayarse que se trata de un mero ajuste metodológico que no se condice con la construcción anterior. De una u otra forma, el juez, recurrirá a los propósitos o razones subyacentes de carácter moral al momento de decidir, y ello lo efectuará a partir de conclusiones analógicas (en el caso de las causales de justificación MORESO lo admite implícitamente cuando rechaza la subsunción simple).

§45.- Algunas palabras acerca de la “relevancia” y “estrictez” del *principio de legalidad*.

Plano ideal y alcance práctico. Problemas. Las fallas de la regla lex praevia. El caso de los centinelas del muro. El conflicto en contra del principio de legalidad. Casos argentinos. Las excepciones a las reglas por motivos de oportunidad.

Sin perjuicio de lo que se ha venido señalando, de forma más o menos expresa, como observaciones críticas al *principio de legalidad*, y lo que se expresará en el capítulo siguiente, vamos a destacar aquí, algunas cuestiones que resultan de interés a fin de dar por tierra con la insistente idea de que el principio en cuestión es absoluta y estrictamente respetado.

Como se insiste una y otra vez a lo largo de éste trabajo, no es nuestra pretensión acercar juicios de valor sobre los institutos examinados, sino simplemente señalar que, en numerosas ocasiones, la pretensión de relevancia de dichos institutos no se condice con su aplicación real. Muchos de los institutos jurídicos que estudiamos se mueven en un plano ideal, mas en modo alguno se los indaga en su justo alcance práctico.

La razón de que le hayamos otorgado una importancia superlativa al *principio de legalidad* y sus evoluciones y alcances, radica en que, de seguirse éste a ultranza según los extremos preanalizados, daría por tierra en una importante medida, con nuestra concepción de existencia de un *ámbito indeterminado o libre de valoración jurídica*, pues, sencillamente, las reglas se aplicarían de manera estricta, sin lugar a interpretaciones o ideaciones del aplicador jurídico. Esto, entendemos, no es así.

Claramente, el *principio de máxima taxatividad legal* como emanación específica y superior, del principio de legalidad, no logra triunfar de forma absoluta sobre las deficiencias y limitaciones provenientes y debidas al lenguaje común, ello se decanta de las conclusiones mismas a que arriban JAKOBS, ZAFFARONI y MORESO –por sólo mencionar a los académicos que hemos traído a colación al examinar el principio-, y del análisis que efectuáramos en torno a las problemáticas de la dialéctica entre *Derecho y lenguaje*²¹⁰².

De la formulación tradicional de FEUERBACH del *principio de legalidad* (que es donde alcanza su perfil definitivo y más acabado) extrajimos cuatro exigencias: a) *lex certa*, b) *lex stricta*, c) *lex scripta* y d) *lex praevia*. Las dos primeras se emparentan con el

²¹⁰² Ver *supra* parágrafo 30 (“Lenguaje y Derecho”).

principio de máxima taxatividad legal e indudablemente, siendo coherentes con lo que se viene diciendo, no son de realización absoluta. Si bien la cuestión no hace a nuestro objeto de estudio, a los fines de otorgar mayor sustento al fin que nos hemos propuesto, deviene importante destacar que las últimas dos exigencias, en torno a las cuales siempre se ha predicado su validez absoluta, también flaquean. A este extremo dedicamos las líneas que siguen.

Según la exigencia de *lex praevia*, un hecho sólo puede ser penado si la punibilidad está determinada legalmente con anterioridad a la comisión del hecho, ello se corresponde al clásico principio inserto por FEURBACH “*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*”, esto es el prototipo de una regla de validez estricta, cuando concurre el supuesto de hecho, cuando la punibilidad de un hecho no ha sido determinada legalmente antes de su comisión, surge obligatoria y definitivamente la consecuencia jurídica: la punición está prohibida. A diferencia de las exigencias de *lex certa* o *lex stricta*, aquí no tiene lugar ponderación alguna; la mera subsunción basta para establecer definitivamente el resultado.

Si bien lo antedicho puede ser así en la gran mayoría de los casos, veremos que no puede predicarse una validez tan absoluta como se pretende, para esto, creemos de interés examinar la resolución de un caso, que por conocido y resonante, ilumina lo lábil de aquel aserto: La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín²¹⁰³.

En noviembre de 1992 a dos años de la reunificación alemana, el Tribunal Supremo Federal afirmó la punibilidad de los guardias fronterizos²¹⁰⁴. El 24 de octubre de 1996, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional Federal declaró aquella jurisprudencia acorde con la Constitución germana²¹⁰⁵.

²¹⁰³ BGHSt (sentencia del Tribunal Supremo Federal en causas penales) 39, 168; 39, 199; 39, 353; 40, 48; 40, 113; 40, 218; 40, 241; 41, 10; 41, 101; 41, 149. Citadas por ALEXY, ROBERT; *Derecho injusto...*, cit., pág. 197.

²¹⁰⁴ Se trataba de dos guardias fronterizos destinados entre la orilla del Reichstag y la Rudower Chausse, quienes descubrieron a un natural de Berlín Oriental que había saltado para salvar a nado, el río Spree, con la intención de cruzarlo para llegar a la orilla de Kreuzberg, arribando a la zona occidental de la ciudad. Había alcanzado la mitad del río y no reaccionó a la voz de alto de los soldados, estos, a un tiempo dispararon sobre el sujeto dándole muerte. Se desconoce cuál de ambos soldados provocó el disparo letal, pero en todo caso ambos actuaron con el objetivo común de impedir la fuga. El hecho acaeció en la noche del 14 al 15 de febrero de 1972.

²¹⁰⁵ *Ibidem*.

El conjunto de reglas que regían el caso al tiempo del hecho (antes de la entrada en vigor de la Ley de Fronteras de la República Democrática Alemana del 25 de marzo de 1982) estaba compuesto por:

§20.3 de la Ley sobre funciones y competencias de la policía popular alemana. Del 11 de junio de 1968, por la cual los miembros del ejército popular estaban autorizados a *“ejecutar las competencias reguladas en ésta ley en cumplimiento de las funciones militares de vigilancia, orden y seguridad conforme a las instrucciones del Ministro para la Defensa Nacional”*.

§17.2.a de la Ley sobre funciones y competencias de la policía popular alemana. Establecía que podía abrirse fuego para evitar la inminente comisión o la continuación de un hecho punible el cual, en función de las circunstancias, pudiera constituir delito.

§213 del Código Penal de la República Democrática Alemana. El cruce ilegal de la frontera, la fuga de la República se consideraba un delito contra el orden público.

Art. 89 del reglamento de servicio 30/10 del Ministerio para la Defensa Nacional. De 1967 establecía que *“la patrulla... vigilará la frontera estatal con la misión de no permitir que nadie atraviese la línea fronteriza y de detener provisionalmente o, en su caso, abatir, a quienes traspasen ilegalmente la frontera, así como garantizar bajo cualquier circunstancia la protección de la frontera estatal”*.

La cuestión preliminar es, si el hecho cometido por los guardias fronterizos, fue en su momento punible según el Derecho de la República Democrática Alemana.

En su resolución el Tribunal Supremo, de manera correcta según ALEX²¹⁰⁶, rechaza la idea de que las muertes eran punibles incluso de acuerdo con el Derecho positivo entonces vigente en la República Democrática Alemana, a la luz de la legislación predetallada, el tenor literal y práctica estatal al tiempo de los hechos (en tanto integrante del Derecho positivo entonces vigente²¹⁰⁷) amparaban la muerte del fugitivo, siempre y cuando no hubiera podido evitarse la fuga de otro modo.

Si bien en la actualidad este tipo de conductas se encuentra penada en la Alemania unificada, se sostiene en la resolución la validez estricta de la prohibición de retroactividad –a la que también se la tilda de “absoluta”- que emana del art. 103.2 de la Ley Fundamental.

²¹⁰⁶ ALEX²¹⁰⁶, ROBERT; *Derecho injusto...*, cit., pág. 202.

²¹⁰⁷ ALEX²¹⁰⁷ sostiene que el *Derecho positivo* (compuesto por el tenor literal de las normas como por la correspondiente práctica interpretativa) depende no sólo de lo que ha sido debidamente positivizado, sino también de lo que es eficaz socialmente, teniendo en cuenta que esto último puede influir en los criterios de la positividad válida y formalmente establecida. ALEX²¹⁰⁷, ROBERT; *Derecho injusto...*, cit., págs. 202 y 204.

Con lo hasta aquí reseñado, pareciera que el *principio de legalidad* se ha mantenido incólume y que nada nuevo hemos traído con esto al análisis de dicho principio, mucho menos dar por tierra, como nos apresuráramos a destacar al inicio de éste párrafo, con la exigencia de *lex praevia*. Sin embargo, el Tribunal Supremo fue más allá y concluyó condenando a los guardias, esto, indudablemente sólo puede darse si se presenta algo que elimine o neutralice la eximente de responsabilidad que proporcionaba el derecho positivo de la República Democrática Alemana entonces vigente y si dicha eliminación no conculca el principio de irretroactividad, de todas formas, a pesar de presentar el Tribunal el primer tópico, también conculcó el principio de irretroactividad.

A efectos de neutralizar la eximente de responsabilidad el Tribunal Supremo Federal recurrió a la famosa *Fórmula de Radbruch*, que el tribunal esgrimiera ya en contra del Derecho injusto nacionalsocialista; según la fórmula, el Derecho viene determinado no sólo por la positividad válida y formalmente establecida sino también por su contenido de justicia material,

“Lo que tiene de especial la Fórmula de Radbruch es que postula una conexión necesaria ente derecho y moral, pero sin pretender un solapamiento total entre ambos. Así, por razones de seguridad jurídica, el derecho positivizado y eficaz no deja de ser derecho aunque tenga contenidos desproporcionados o injustos. La fórmula introduce únicamente un límite excepcional en el concepto de derecho. Según ella, el derecho positivo sólo pierde su validez cuando, como dice RADBRUCH, ‘la contradicción de la ley positiva con la justicia alcanza una medida de tal modo insostenible, que la ley, en tanto que “derecho injusto”, ha de ceder ante la justicia’. El derecho extremadamente injusto no es derecho.”²¹⁰⁸

La eximente de responsabilidad otorgada por el Derecho positivo, es eliminada mediante una apelación a un Derecho supra-positivo²¹⁰⁹.

La justificación de la muerte del fugitivo resultante del Derecho positivo vigente en la República Democrática Alemana es declarada ineficaz pues se arremete de

²¹⁰⁸ ALEXY, ROBERT; *Derecho injusto...*, cit., pág. 205.

²¹⁰⁹ ALEXY señala que ARTHUR KAUFMANN objeta que RADBRUCH ha sido malinterpretado, no existe ningún Derecho *suprapositivo*, sino sólo Derecho positivo; aquel sería el Derecho Natural clásico, con pretensión de validez para todos los hombres y todos los tiempos. En realidad, señala KAUFMANN, que su maestro apelaba a un Derecho *supralegal*, que en definitiva es Derecho positivo, y una de sus fuentes más significativas serían los Derechos Humanos, los que tienen una validez positiva, como el derecho consuetudinario, sin que por ello precisen de un anclaje legal. Ver *supra* párrafo 36.3 (“Otras variantes del Derecho correcto”). ALEXY, ROBERT; *Derecho injusto...* cit., pág. 220.

una manera abierta e insoportable contra los mandatos elementales de justicia, como asimismo los Derechos Humanos tutelados por el Derecho Internacional. El Derecho positivo cede ante la justicia.

La conculcación del principio de retroactividad, viene acto seguido de la exclusión de la justificación de la muerte del fugitivo por apelación a principios suprapositivos o supraleales (la distinción carece de relevancia por especiosa a pesar de la argumentación de KAUFMANN). El Tribunal sostiene que el guardia fronterizo, no sufriría ningún engaño en su confianza en la vigencia de las reglas legales, sino exclusivamente en su confianza en la permanencia de una determinada interpretación del Derecho escrito, pues era una práctica estatal contraria a los Derechos Humanos, una confianza semejante según el órgano decisor, no es ya digna de tutela en el sentido del art. 103.2 de la Ley Fundamental, pues éste ampara tan sólo la confianza en el Derecho legal escrito.

¿Qué es lo que está diciendo el tribunal?. Palabras más, palabras menos, que pese a la existencia de una causa de justificación, reglada y basada en una orden y una práctica estatales, debe recurrirse a una interpretación favorable a los Derechos Humanos, la cual contradecía el derecho vigente en la República Democrática Alemana. Se sorteó sin más el art. 103.2 de la Ley Fundamental a través de una maniobra interpretativa retroactiva, para ALEXY ello constituye una retroactividad encubierta²¹¹⁰, para nosotros descarada.

El profesor de la Universidad de Kiel destaca que el Tribunal Federal ha manifestado reiteradamente, desde su primera decisión acerca de los *centinelas del muro*, que está dispuesto a pagar ese precio cuando una ley haya sido tan perversa que no admita en modo alguno una interpretación favorable a los Derechos Humanos, esto abre las “peligrosas” puertas de, si se permite una limitación como la examinada a causa del Derecho extremadamente injusto, se debería entonces entender la limitación a todos los casos de justificaciones extremadamente injustas que se mantuvieran en el marco del tenor literal de una ley o de cualquier otra norma que sirviera de justificación al tiempo de los hechos²¹¹¹.

La estricta y absoluta protección de la confianza amparada en el *principio de legalidad* (en la especie el art. 103.2 de la Ley Fundamental alemana), ya no rige, pueden

²¹¹⁰ ALEXY, ROBERT; *Derecho injusto...*, cit., pág. 207.

²¹¹¹ ALEXY, ROBERT; *Derecho injusto...*, cit., pág. 208, nota 43.

citarse otros ejemplos²¹¹², pero a los fines propuestos continuaremos en unas pocas líneas más ahondando el estudio del caso propuesto. El Tribunal Supremo expresa que, en este tipo de situaciones completamente especiales, donde la punibilidad ha de evaluarse conforme al Derecho de un Estado que

“...no respeta ni la democracia ni la división de poderes ni los derechos fundamentales”,

se plantea un conflicto entre: a) el mandato de justicia material del Estado de Derecho, y b) la prohibición absoluta de retroactividad del art. 103.2 de la Ley Fundamental; el Tribunal concluye que *este conflicto se resuelve* cuando aquel Estado dicta un

“...derecho estatal extremadamente injusto... tipificando supuestos de hecho penales para las violaciones criminales más graves, pero excluyendo sin embargo la punibilidad mediante causas de justificación para ámbitos parciales, e invitando así, por encima de las normas escritas, a éste derecho injusto, favoreciéndolo, y conculcando de forma muy grave los derechos humanos reconocidos con carácter general en la comunidad internacional.”,

todo ello por cuanto desaparece el *fundamento especial de confianza* que en un Estado de Derecho, se encuentra ligado a la validez estricta de la prohibición de retroactividad.

“En una palabra: ‘la protección estricta de la confianza mediante el art. 103.2 de la Ley Fundamental debe inaplicarse’.”²¹¹³

“Una decisión de un tribunal en el sentido de que un acto particular fue un delito, aunque no hubiera ninguna disposición jurídica anterior que la estableciera como delito, es legislación retroactiva...”²¹¹⁴

²¹¹² Por caso, PEDRO SALAZAR, refiriéndose al caso mexicano, señala que a pesar de la consagración del principio de legalidad en la Constitución de dicho país, “... la aplicación del derecho en México distorsiona los presupuestos del Estado de Derecho: el aparato de justicia responsable de garantizar la constitucionalidad y legalidad de los actos de autoridad es un cúmulo de rezagos e ineficiencias (por)...la inobservancia de las leyes y su deficiente y desigual aplicación... la aplicación efectiva del ordenamiento jurídico, haciendo valer la ley, sin excepciones,... significa poner el acento en el papel de los jueces y en las condiciones para el ejercicio de su función. De otra forma, el principio de legalidad en México seguirá siendo un elemento consagrado en el texto constitucional pero no logrará instalarse como una garantía de igualdad, seguridad y certeza jurídicas para todos los mexicanos.”; SALAZAR, PEDRO; *op. cit.*, págs. 203 a 204. Si bien la crítica se dirige a la corruptela de los organismos resolutivos en México, y no como en el supuesto de los *guardias del muro* alemanes, en donde el destacado se encuentra en los fundamentos de la resolución, el corolario es el mismo, el soslayamiento del principio que nos convoca.

²¹¹³ ALEXY, ROBERT; *Derecho injusto...*, cit., págs. 212 a 213.

²¹¹⁴ RAZ, JOSEPH; *El concepto de sistema jurídico*, cit., pág. 206.

También HART, cuando analizaba la posibilidad de enjuiciar penalmente a los delatores nazis, pese a no existir una norma que reprimiese su conducta al momento en que fue realizada, sostenía:

“Puede concederse que los delatores alemanes, que guiados por móviles egoístas procuraron el castigo de otros por aplicación de leyes monstruosas, hicieron algo prohibido por la moral; sin embargo, la moral puede exigir también que el Estado castigue únicamente a aquellos que, al hacer el mal, hicieron lo que estaba prohibido por el Estado en ese momento. Este es el principio *nulla poena sine lege*. Si hemos de introducir fisuras en este principio para impedir algo que se considera un mal mayor que su sacrificio, es vital que las cuestiones en juego sean identificadas claramente.”²¹¹⁵

Compartimos la idea de ALEXY de que la decisión del Tribunal es correcta en cuanto a su resultado, pero que sin embargo constituye un palmario ejemplo de que un resultado correcto no basta allí donde lo que importa es la fundamentación. Lo problemático de la decisión es la referencia reiterada y sistemática a la estricta y absoluta prohibición de retroactividad, pues una prohibición de tal tenor se define,

“...por no conocer ninguna limitación y por no entrar nunca seriamente en conflicto con otros mandatos, puesto que, a causa de su carácter estricto y absoluto, prevalece desde un principio y no debe ceder en ningún caso... ¿Cómo puede algo ser absoluto pero limitado; regir estrictamente y, en cambio, estar en conflicto con otros mandatos ‘irrenunciables’; estar dotado de carácter absoluto y estricto y, sin embargo, tener que ceder o inaplicarse?”.²¹¹⁶

La decisión del Tribunal resalta que la prohibición de retroactividad no rige con carácter absoluto. ALEXY indica que hubiera sido menos hipócrita diferenciar entre una validez *incondicionalmente absoluta o estricta* y una validez *condicionadamente absoluta o estricta*, pero el profesor de Kiel, entendemos, no percibe que éste no es un problema exclusivo y aislado del Tribunal Supremo alemán, la predicación sobre el carácter absoluto y estricto del *principio de legalidad* es postulado a ultranza en todos los países

²¹¹⁵ HART, H. L. A.; *El concepto de Derecho*, cit., pág. 261.

²¹¹⁶ ALEXY, ROBERT; *Derecho injusto...*, cit., pág. 213.

occidentales, no ya los que detentan el sistema continental- europeo de diseño institucional sino también los del *Common Law*²¹¹⁷, sin embargo su vulneración es también universal.

En la Argentina, la base normativa internacional de los Derechos Humanos, destaca que la *retroactividad de la ley penal más benigna* debe ser necesariamente respetada, en toda su dimensión, por la legislación penal de cada uno de los Estados. A este efecto, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* consagra este principio con toda amplitud, al expresar que "si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello" (art. 15, 1). Idéntico texto contiene la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (art. 9). A este respecto se ha dicho que

"En caso de no ser respetada íntegramente esta garantía suprema por el órgano legislativo de un Estado, le corresponde, entonces, al órgano judicial la tarea indeclinable de interpretar su texto de conformidad con aquella cláusula de superior jerarquía, declarando (cuando sea necesario) la inconstitucionalidad de la ley inferior. De este modo, toda ley penal que imponga excepciones o limitaciones a este principio (ya sea pretendiendo aplicarlo sólo a los casos de *disminución* de la pena y no a los supuestos de *desincriminación*, o bien intentando aplicarlo sólo *hasta el momento en el que concluye la ejecución* de la pena y no en el *lapso posterior*, es decir no cuando la nueva ley más benigna entra en vigencia luego de cumplida la pena) debe ser desconocida por el órgano judicial de un Estado Constitucional de Derecho (ya sea por vía de interpretación constitucional o de declaración de inconstitucionalidad, según sea el caso). Este desconocimiento de la

²¹¹⁷ Si bien el sistema de precedentes no es el modelo marco de nuestro trabajo, muchas de las apreciaciones que aquí se postulan pueden traspolarse a aquel. El hecho de que en un caso anterior de carácter similar se haya elegido una cierta regla como fundamento de la decisión, constituye un fuerte motivo para que el juez funde la decisión presente en la misma regla. A más de brindar ahorro de tiempo, dificultades y responsabilidades eventuales, apoyarse en los precedentes se vincula con la idea de respeto a la justicia formal: el entendimiento de que los casos análogos reciban análogo tratamiento.

Los jueces anglosajones, sin embargo, no suelen atarse a la doctrina del *stare decisis*, cuando ya no guardan armonía con las nuevas condiciones, el *common law* ha cambiado y lo sigue haciendo, esto no viola la doctrina del *stare decisis*, pues lo fundamental no es que los precedentes posean fuerza obligatoria o no, sino que suministren criterios objetivos y relevantes. El juez no está supeditado a la regla de derecho formulada por el juez anterior, es un simple *dictum*, por ello el juez del caso puede entender como irrelevantes ciertas ponderaciones que los jueces anteriores consideraron importantes; además, el caso presente es distinguible del anterior, y los precedentes pueden diferir de tal modo de no obligar al juez actual.

ALF ROSS entiende que la doctrina del *stare decisis* es una ilusión que en rigor sólo procura ocultar la realidad de la libre función creadora del Derecho que tienen los jueces, transmitiendo la visión engañosa de que estos sólo aplican el Derecho existente que puede ser determinado sencillamente por las reglas objetivas preordenadas (*op. cit.*, pág. 119).

literalidad del texto legal (por alguna de las vías aludidas) es la única opción que les queda, en ciertos supuestos, a los órganos judiciales de la mayoría de los países.”²¹¹⁸,

sentencias como esta abundan en los textos legales, sin embargo, la C.S.J.N. también soslayó el principio, y extractando algunos párrafos de los que sobran en los precedentes que siguen respecto al tema que nos ocupa, en los fallos “*Priebke, Erich s/ solicitud de extradición, causa nro. 16.063/94*” (rta. 2 de noviembre de 1995), donde se señaló que

“...las convenciones sobre extradición no constituyen leyes penales, sino meras formas de procedimientos para la entrega de los procesados o condenados, según la reiterada jurisprudencia de la Corte (Fallos: 110:412), y por consiguiente son disposiciones de orden público *respecto de las cuales no rige el principio de la no retroactividad de las leyes* (Fallos: 95:201). En lo que atañe al caso, el nuevo tratado aprobado por ley 23.719 establece en su artículo 25, segundo párrafo que “La presente convención entrará en vigor el primer día del mes siguiente al vencimiento del período de tres meses desde la fecha del intercambio de los instrumentos de ratificación”, en virtud de lo cual su vigencia se remonta al 1º de diciembre de 1992” (el resaltado nos pertenece).

En “*Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/homicidio calificado y asociación ilícita*”, causa nro. 259 (rta. 24 de agosto 2004) donde se señaló:

“Que en razón de que la aprobación de la “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad” y su incorporación con jerarquía constitucional (ley 25.778) se produjo con posterioridad a la comisión de los hechos de la causa corresponde examinar la cuestión relativa a si la regla que establece la imprescriptibilidad de la imputación por el delito de asociación ilícita se aplicaría al sub lite retroactivamente o si ello lesiona el principio nulla poena sine lege.

“23) Que el fundamento de la imprescriptibilidad de las acciones emerge ante todo de que los crímenes contra la humanidad son generalmente practicados por las mismas agencias de poder punitivo operando fuera del control del derecho penal, es decir, huyendo al control y a la contención jurídica. Las desapariciones forzadas de personas en nuestro país las cometieron fuerzas de seguridad o fuerzas armadas operando en función judicial; los peores crímenes nazis los cometió la Gestapo

²¹¹⁸ VITALE, GUSTAVO; *op. cit.*, pág. 81.

(Geheiminis Staatspolizei o policía secreta del Estado); la KGB estalinista era un cuerpo policial. No es muy razonable la pretensión de legitimar el poder genocida mediante un ejercicio limitado del mismo poder con supuesto efecto preventivo. Por ello, no puede sostenerse razonablemente que sea menester garantizar la extinción de la acción penal por el paso del tiempo en crímenes de esta naturaleza.

(...)

“Que esta convención sólo afirma la imprescriptibilidad, lo que importa el reconocimiento de una norma ya vigente (*ius cogens*) en función del derecho internacional público de origen consuetudinario. De esta manera, *no se fuerza la prohibición de irretroactividad de la ley penal, sino que se reafirma un principio instalado por la costumbre internacional, que ya tenía vigencia al tiempo de comisión de los hechos.*

“29) Que en rigor no se trata propiamente de la vigencia retroactiva de la norma internacional convencional, toda vez que su carácter de norma consuetudinaria de derecho internacional anterior a la ratificación de la convención de 1968 era *ius cogens*, cuya función primordial "es proteger a los Estados de acuerdos concluidos en contra de algunos valores e intereses generales de la comunidad internacional de Estados en su conjunto, para asegurar el respeto de aquellas reglas generales de derecho cuya inobservancia puede afectar la esencia misma del sistema legal" (Fallos: 318:2148, voto de los jueces Nazareno y Moliné O'Connor). Desde esta perspectiva, así como es posible afirmar que la costumbre internacional ya consideraba imprescriptibles los crímenes contra la humanidad con anterioridad a la convención, también esta costumbre era materia común del derecho internacional con anterioridad a la incorporación de la convención al derecho interno.

(...)

“*Ante el conflicto entre el principio de irretroactividad que favorecía al autor del delito contra el ius gentium y el principio de retroactividad aparente de los textos convencionales sobre imprescriptibilidad, debe prevalecer este último*, que tutela normas imperativas de *ius cogens*, esto es, normas de justicia tan evidentes que jamás pudieron oscurecer la conciencia jurídica de la humanidad (Regina v. Finta, Suprema Corte de Canadá, 24 de marzo de 1994). Cabe reiterar que para esta Corte tal conflicto es solo aparente pues las normas de *ius cogens* que castigan el delito de lesa humanidad han estado vigentes desde tiempo inmemorial.

(...)

“Esta Corte, en cambio, no puede adherir a la autoridad de la casación francesa en cuanto juzga que ningún principio del derecho tiene una autoridad superior a la ley francesa ni permite declarar la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra, ni prescindir de los principios de legalidad y de no retroactividad de la ley penal más severa cuando se trata de crímenes contra la humanidad (Corte de Casación, Fédération Nationale des désportés et internés résistants et patriotes et autres c. Klaus Barbie, 20 de diciembre de 1985; N° 02-80.719 (N° 2979 FS) - P+B, 17 de junio de 2003). Cabe advertir, con cierto énfasis, que Francia no es parte en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.

“32) Que el principio de irretroactividad de la ley penal ha sido invariable jurisprudencia de esta Corte no tratándose de delitos de lesa humanidad, pues no es posible hallar precedente alguno que contemple delitos de esa índole. Fue recién en el caso Priebke en el que esta Corte entendió que la calificación de los delitos de lesa humanidad depende de los principios del ius cogens del derecho internacional y que no hay prescripción para los delitos de esa laya (Fallos: 318:2148).” (los resaltados nos pertenecen).

Finalmente, en *“Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc.” causa N° 17.768* (rta. 14 de junio de 2005.) se señala:

“Esto significa que quienes resultaron beneficiarios de tales leyes (de amnistía y punto final) no pueden invocar ni la prohibición de retroactividad de la ley penal más grave ni la cosa juzgada. Pues, de acuerdo con lo establecido por la Corte Interamericana en los casos citados, tales principios no pueden convertirse en el impedimento para la anulación de las leyes mencionadas ni para la prosecución de las causas que fenecieron en razón de ellas, ni la de toda otra que hubiera debido iniciarse y no lo haya sido nunca. En otras palabras, la sujeción del Estado argentino a la jurisdicción interamericana impide que el principio de "irretroactividad" de la ley penal sea invocado para incumplir los deberes asumidos en materia de persecución de violaciones graves a los derechos humanos.

(...)

“43) Que el principio de no retroactividad de la ley penal ha sido relativo. Éste rige cuando la nueva ley es más rigurosa pero no si es más benigna. Así, la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad reconoce una conexidad lógica entre imprescriptibilidad y

retroactividad. Ante el conflicto entre el principio de irretroactividad que favorecía al autor del delito contra el *ius gentium* y el principio de retroactividad aparente de los textos convencionales sobre imprescriptibilidad, debe prevalecer este último, pues es inherente a las normas imperativas de *ius cogens*, esto es, normas de justicia tan evidentes que jamás pudieron oscurecer la conciencia jurídica de la humanidad (Regina v. Finta, Suprema Corte de Canadá, 24 de marzo de 1994). Cabe reiterar que para esta Corte tal conflicto es sólo aparente pues las normas de *ius cogens* que castigan el delito de lesa humanidad han estado vigentes desde tiempo inmemorial (causa "Arancibia Clavel", voto del juez BOGGIANO, considerando 39).

(...)

“... la imperatividad de tales normas las torna aplicables aun retroactivamente en virtud del principio de actualidad del orden público internacional (Fallos: 319: 2779).

La realidad es que las reglas con carácter absoluto y estricto no existen, pueden ser limitadas conforme a distintos principios que juegan en lo individual, llámese principio de proporcionalidad, de tolerancia, regla de oro, *et sit cétera*; es decir, siempre que así lo exijan “derechos fundamentales de terceros” o “valores jurídicos” reglados o no. De allí que el Tribunal Supremo alemán no considere necesario ahondar en mayores explicaciones sobre el hecho de haber desatendido el tenor literal del monolítico *principio de legalidad* en sus exigencias de *lex scripta* y *lex praevia*, pues en definitiva lo único “absoluto” es precisamente excepcionar las reglas con principios de oportunidad²¹¹⁹.

Específicamente, la realidad es que la defensa de la regla de irretroactividad procura sortear la frustración de las expectativas justificadas, pero la restricción, si se excepciona, ya no es absoluta y mucho menos, por ende, eje central. KELSEN ya avizoraba el problema con su lucidez sin par:

“Debe tenerse en cuenta,... que cuando ninguna norma jurídica positiva general predetermina en su contenido la norma jurídica individual que el tribunal tiene que producir, esa norma individual es impuesta con fuerza retroactiva. Una norma

²¹¹⁹ Nos referimos aquí a la utilización de estándares variables: principios, utilizados para el caso. Por “oportunidad” se quiere hacer referencia a la coyuntura de que se trata, marco social o instante político relevante que impulse una decisión en un sentido dado. Nada tiene que ver con el *principio de oportunidad* en cuanto herramienta opuesta a los principios de oficialidad y legalidad formal, en el ejercicio de la acción penal, por el órgano requirente del proceso penal.

jurídica tiene fuerza retroactiva cuando el hecho al cual ella enlaza una sanción como consecuencia, fue establecido no después de su entrada en vigencia, sino que realizado anteriormente, es decir, por lo tanto, cuando en ese momento, el de la entrada en vigencia de la norma, no constituía una ilicitud, sino que sólo después fue convertido en tal cosa mediante esa norma jurídica.”²¹²⁰

En términos estrictos, el principio de legalidad, poco nos dice del contenido de las normas jurídicas que rigen a una comunidad determinada. La existencia de un ordenamiento jurídico no garantiza, por sí solo, la vigencia de un catálogo de garantías de seguridad jurídica para la comunidad regida por aquel. En sentido amplio, el principio que nos ocupa, debe entenderse como un ideal jurídico que no se refiere al *ser* sino al *deber ser*.

El principio de legalidad, como valor rector de la tipicidad penal, constituye un criterio puramente formal y meramente limitador, pero no es idóneo para proporcionar una línea directriz positiva, concretable²¹²¹.

²¹²⁰ Kelsen, Hans; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 254.

²¹²¹ En este sentido Schünemann, Bernd; *Cuestiones básicas del Derecho Penal...*, cit., pág. 86. Agrega que el criterio rector de la “solución social de los conflictos”, que se ofrece actualmente para el ámbito de la antijuridicidad, no proporciona un valor de referencia normativo, sino sólo un diagnóstico descriptivo.

§46.- ... y también, la laxitud del *Principio de Reserva*.

La reserva. Idas y vueltas en la incriminación de la tenencia de estupefacientes para consumo personal.

Reserva y multirreincidencia. La labilidad del stare decisis. La real-politik.

Hemos señalado, que el *principio de reserva*, que fluye del art. 19 de la C.N., completa el principio de legalidad²¹²². Al solo efecto de puntualizar el periclitarse de éste último, es interesante indicar la laxitud con que también ha sido tratado el principio de reserva y con ello finalizar la demostración de que toda ésta construcción propia del Iluminismo, precisa ser hoy reinterpretada con el objeto de no confrontar con la realidad de lo que los tribunales hacen.

Quizás el ejemplo más claro para puntualizar esto lo hallemos en el devenir de las resoluciones del tribunal cívico argentino en lo relativo a la punibilidad de la tenencia de estupefacientes con fines de consumo.

Así, en los casos “*Bazterrica*”²¹²³ y “*Capalbo*”²¹²⁴, se declaró la inconstitucionalidad del art. 6º de la ley 20.771 en cuenta incriminaba la tenencia de estupefacientes para uso personal, y así a más de otros fundamentos, pero reduciéndolos a lo que nos interesa, la norma no distinguía las acciones que ofenden a la moral pública o perjudican a un tercero, de aquellas que pertenecen al campo estrictamente individual, haciéndose entonces caso omiso del art. 19 de la Carta Magna argentina, que obliga a hacer dicha distinción.

Se sostuvo que el art. 19 de la C.N. establece límites a la actividad legislativa, consistente en exigir que no se prohíba una conducta que se desarrolle dentro de la esfera privada, entendida ésta no como la de las acciones que se realizan en la intimidad – protegidas por el art. 18-, sino como aquellas que no ofendan al orden o a la moralidad pública, esto es, que no perjudiquen a terceros. Las conductas de los hombres que se dirijan sólo contra sí mismo, quedan fuera del ámbito de las prohibiciones (voto de los Dres. BELLUSCIO y BACQUÉ).

Conviene diferenciar la ética privada de las personas, cuya violación está reservada por la Constitución al juicio de Dios, y la ética colectiva en la que aparecen

²¹²² Ver *supra* parágrafo 40 (“Una aproximación al Principio de Legalidad”).

²¹²³ C.S.J.N., 29-VIII-1986.

²¹²⁴ C.S.J.N., 29-VIII-1986.

protegidos bienes o intereses de terceros. A la protección de estos bienes se dirigen el orden y moral públicos, que abarcan las relaciones intersubjetivas, esto es, acciones que perjudican a terceros (voto de los Dres. BELLUSCIO y BACQUÉ).

La prohibición constitucional de interferir en las conductas privadas de los hombres, prohibición que responde a una concepción según la cual el Estado no debe imponer ideales de vida a los individuos sino ofrecerles libertad para que ellos opten, resulta suficiente para invalidar el art. 6º de la ley 20.771 (voto de los Dres. BELLUSCIO y BACQUÉ).

Si la ley penal pudiese prohibir cualquier conducta que afecte a la moral individual, el Estado estaría imponiendo una moral determinada, lo que lo colocaría en los bordes del totalitarismo ya que podría supervisar sin límites la actividad de todos los habitantes, sea ésta pública o privada (voto del Dr. PETRACCHI).

No son punibles las acciones de los hombres que constituyen actos de su esfera privada, siempre que no afecten el orden y la moral pública (voto del Dr. PETRACCHI).

La cláusula constitucional del art. 19 obliga a diferenciar entre acciones privadas y las que no lo son, y entre ética privada y moral pública. No puede pensarse a las acciones privadas como las que se hacen en privado, puesto que muchos delitos contemplados en nuestra legislación podrían ser ejecutados en privado. Por consiguiente, tal distingo está vinculado a la diferenciación antedicha, de modo que deberán entenderse como acciones privadas de los hombres aquellas que no interfieran con las acciones legítimas de terceros, que no perjudiquen a otros, o que lesionen sentimientos o valoraciones compartidos por un conjunto de personas en cuya protección está interesada la comunidad toda (voto del Dr. PETRACCHI).

Las conductas de los hombres que no se dirijan contra bienes que se encuentran en la esfera del orden y la moralidad pública y no perjudiquen a terceros, aun cuando se trate de actos que se dirijan contra sí mismos, quedan en virtud del art. 19 de la C.N., fuera del ámbito de las prohibiciones legales (voto del Dr. PETRACCHI).

El art. 6º de la ley 20.771, en tanto conculca el art. 19 de la C.N. debe ser invalidado, son conductas excluidas de la autoridad de los órganos estatales (voto del Dr. PETRACCHI).

La doctrina ha destacado que, frente a la tacha de inconstitucionalidad que propuso el tribunal, éste no puede ni debe manejarse con criterios de conveniencia u oportunidad en la política criminal expresada en la norma penal, pues debe limitarse a verificar si dicha norma, tal como es, y con el criterio de política criminal adoptado por el Legislador, pugna o no con la Constitución; pero ponderan que la no incriminación de este tipo de conducta, no busca otorgar amparo estatal a la autolesión o autodegradación, sino reinstalar en el Estado democrático el plexo de libertad jurídica que inmuniza a la persona frente a interferencia en acciones autorreferentes que no perjudican el orden, la moral pública, ni los derechos de otros. Una acción de las enfocadas por el art. 19 como propias de la privacidad, no deviene pública porque el Estado resuelva prohibirla²¹²⁵.

Es interesante observar que el argumento doctrinario expuesto, entiende la relevancia del principio de legalidad, pero trae a colación su eventual derrotabilidad por el principio de reserva, subespecie de aquel. Es decir que aparece una tensión interna en el principio, de difícil conciliación.

Más allá de lo preseñalado, nuestro interés en éste apartado estriba en demostrar el “desmanejo” del principio de reserva por parte de los tribunales, y para ello se ha utilizado la jurisprudencia de la Corte en lo atinente a la incriminación de la tenencia de estupefacientes para uso personal. Posteriormente, el superior tribunal argentino, dio marcha atrás con la doctrina preanalizada de “*Bazterrica*” y “*Capalbo*”, pero lo interesante es que, entre otros argumentos que carecen de interés para nuestro análisis, lo hizo sobre la base de un reforzamiento del principio de legalidad y una “reinterpretación” del principio de reserva, además es revelador el recurso insistente a estándares como “conciencia jurídica” y “moral de la comunidad”.

Así, en “*Montalvo*”²¹²⁶ se sostuvo que correspondía desestimar el planteo de inconstitucionalidad del art. 6º de la ley 20.771. Las razones dadas por el legislador para incriminar la tenencia de estupefacientes remiten a cuestiones de política criminal que involucran motivos de oportunidad, mérito y conveniencia, sobre los cuales está vedado a la Corte Suprema inmiscuirse so riesgo de arrogarse ilegítimamente la función legislativa

²¹²⁵ HERRENDORF, DANIEL E.; *Los Derechos Humanos ante la Justicia. Garantías de la libertad innominada*, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1998, págs. 220 a 221.

²¹²⁶ C.S.J.N., 11-XI-1990.

(voto de los Dres. LEVENE [H], CAVAGNA MARTÍNEZ, BARRA, NAZARENO, OYHANARTE y MOLINÉ O’CONNOR).

Los jueces tienen el deber de formular juicios de validez constitucional, pero les está prohibido basarse en juicios de conveniencia. Si el más Alto Tribunal hace esto último, desplaza a los poderes políticos y se convierte en una “superlegislatura”. Además, los jueces deben inclinarse a aceptar la legitimidad si tienen la certeza de que expresan, con fidelidad, “la conciencia jurídica y moral de la comunidad” (voto de los Dres. LEVENE [H], CAVAGNA MARTÍNEZ, BARRA, NAZARENO, OYHANARTE y MOLINÉ O’CONNOR).

Conforme al art. 19 de la C.N., las “acciones privadas”, están exentas de la autoridad de los magistrados cuando “de ningún modo” ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a terceros. Por ello, lo que “de algún modo”, cierto y ponderable tenga ese carácter –ofensivo o perjudicial–, trae aparejado los efectos aludidos en el art. 19 de estar sujeto a la autoridad de los magistrados y, por tanto, se subordina a las formas de control social que el Estado, como agente insustituible del bien común, pueda emplear lícita y discrecionalmente (voto de los Dres. LEVENE [H], CAVAGNA MARTÍNEZ, BARRA, NAZARENO, OYHANARTE y MOLINÉ O’CONNOR).

El art. 19 de la C.N. queda excluido si las acciones privadas originan esas “consecuencias” en algunos casos (voto de los Dres. LEVENE [H], CAVAGNA MARTÍNEZ, BARRA, NAZARENO, OYHANARTE y MOLINÉ O’CONNOR).

El fallo “*Arriola*”²¹²⁷ implicó un retorno a “*Bazterrica*” y “*Capalbo*”, en lo que aquí interesa (pues se exploraron aspectos como la zigzagueante jurisprudencia del superior tribunal argentino en materia de tenencia de estupefacientes para consumo personal; la necesidad de examinar el tema nuevamente; el fracaso de la política implementada en “Montalvo”: en tanto no se combatió eficazmente la actividad vinculada al comercio de estupefacientes a través de esta incriminación; la necesidad de relevar la reforma constitucional de 1994 receptando el andamiaje de tratados de Derechos Humanos; la revictimización: pues se tiene al adicto como víctima; la peligrosidad como estándar excluido de la evaluación del accionar delictivo; la imposibilidad de recurrir a la mera invocación de intereses colectivos para justificar la persecución de acciones sin respetar los principios democráticos: el principio *pro homine* como lectura más compatible para

²¹²⁷ C.S.J.N. A.891.XLIV, 25/8/09.

consagrar la zona de libertad individual) se volvió a explorar que este tipo de acciones se hallan en el ámbito de reserva del individuo²¹²⁸.

Otro ejemplo, de marchas y contramarchas emprendidas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación se observó en lo atinente al tratamiento del instituto de la multirreincidencia y consecuente reclusión por tiempo indeterminado (arts. 52 y 53 del Código Penal)²¹²⁹. Así, en “*Sosa, Marcelo Claudio s/ recurso extraordinario*”, del 9 de agosto de 2001, la mayoría integrada por los magistrados MOLINÉ O’CONNOR, BELLUSCIO, BOGGIANO, LÓPEZ y VÁZQUEZ, afirmó que el instituto que nos ocupa se trataba de una medida de seguridad, y que las consecuencias que depara

“...no significa conceptualmente un castigo por el delito cometido, sino una consecuencia jurídica preventivo-especial frente a la peligrosidad manifestada por el sujeto en la comisión de aquel (se funda en)...una necesidad preventivo-especial, y no preventivo- general de respuesta (como acaece con la pena).”

Asimismo sostuvo la mayoría en el fallo que nos ocupa que el multirreincidente del art. 52

“...debe haber cometido un delito que haya puesto de relieve una vez más su peligrosidad criminal, como también que esa probabilidad demuestre la probabilidad concreta de comisión de otros delitos en el futuro.”,

los antecedente del autor vendrían a demostrar

“...una cierta habitualidad en la ejecución de hechos ilícitos...”

y es tal habitualidad la que amerita una respuesta como la tratada. Finalizando, la Corte rebatió los argumentos del tribunal de origen que había declarado la inconstitucionalidad de la figura y sostuvo –he aquí la tan manida respuesta que examinamos en este apartado- que, en definitiva, *no había violación al principio constitucional nulla poena sine lege*.

Pero en “*Gramajo, Marcelo Eduardo s/ robo en grado de tentativa*”, causa nro. 1573, el 5 de septiembre de 2006, una nueva composición de la Corte, dio un giro total a lo sostenido en “*Sosa*”, la mayoría, integrada por los jueces HIGHTON DE NOLASCO, MAQUEDA, ZAFFARONI y LORENZETTI, sostuvo que, el instituto pretratado no es una medida de seguridad sino una pena, para ello se dijo que carecía de relevancia el *nomen juris* que el Legislador le endilgara al instituto, pues aunque se legislara una pena encubiertamente bajo

²¹²⁸ Ver Anexo IV acápite XXV, se traen los tópicos del fallo “Arriola” a este respecto.

²¹²⁹ El análisis de los fallos que siguen en PITLEVNIK, LEONARDO G.; *Multirreincidencia y reclusión por tiempo indeterminado*, en PITLEVNIK, LEONARDO G. (dir.); *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. II, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, págs. 115 a 146.

la denominación de “medida de seguridad”, no por ello perdería su naturaleza de pena. Por esa parte, no es sostenible que la reclusión del art. 52 no es la misma que la del art. 5 C.P., bajo la idea de que esta última es reclusión a secas, y aquella por “tiempo indeterminado”, lo que la convertiría en una medida de seguridad; la del art. 52 es una pena de reclusión, pero no por tiempo determinado (penas de la parte especial en función del art. 5 C.P.), sino por tiempo indeterminado. De donde es obvio que, algo que tiene las características de una pena, es una pena conforme al principio de identidad, y no deja de serlo por estar prevista de forma más grave.

Finalmente se sostuvo la inconstitucionalidad del instituto y ello con fulcro en –como no podía faltar-, la violación al *principio de legalidad* (art. 18 C.N.), pues lo que impone la reclusión no se trata de la infracción a una conducta descripta por la ley penal en un tipo determinado, sino el mero carácter peligroso del agente, además se trata de una pena indeterminada. Asimismo viola el *principio de reserva* (art. 19 C.N.) pues se censura exclusivamente al individuo la forma en que conduce su vida, que el Estado decide considerar peligrosa; es una determinación por la conducción que de su vida hace el agente. Además se sostuvo que vulneraba otros principios como el de proporcionalidad, prohibición de la persecución penal múltiple, *et sit cétera*, cuyo análisis pormenorizado excede nuestra pretensión.

En síntesis, y más allá de la valoración que se haga de una u otra posición, que no es lo que aquí nos interesa, lo cierto es que: a) en ambos casos, para fundar lo que se sostuvo, se recurrió a los principios de legalidad y de reserva pero haciéndoles decir aquello que venía mejor para el caso, b) en el segundo caso, “*Gramajo*”, la Corte lo que hizo fue revocar una decisión de la Cámara Nacional de Casación que no había hecho más que seguir las conclusiones que la propia Corte ordenara en “*Sosa*”, c) llamativamente, el tribunal de origen, en ambos casos, fue el Tribunal Oral nro. 9, cuya decisión en el primer supuesto fue revocada por la Corte, en tanto que en la segunda oportunidad se la avaló, y d) todo este marco no sólo patentiza falta de coherencia en el tribunal cimero nacional, sino que también lo debilita como intérprete último de la ley fundamental, pues dejan

“...a la ciudadanía en ignorancia del Derecho, es decir, temerosa por no saber a qué atenerse en materia jurídica.”²¹³⁰

Si bien es cierto que la doctrina del *stare decisis* no es un mandato inexorable, por caso, la Corte norteamericana ha procurado especialmente en mantener la fidelidad al precedente pues ello deviene esencial en una sociedad en la que rija el Estado de Derecho (*rule of law*) (v.g. el caso “Payne” del 27 de junio de 1991 donde se sostuvo que los cambios jurisprudenciales conforman una cuestión de consecuencias de suma entidad). Si los criterios sentados para fijar un estándar son revisables en cada caso, las decisiones devienen puro voluntarismo judicial con escenarios impredecibles, claramente ello conforma auténticos *ámbitos indeterminados de Derecho*.

Asiste razón cuando se señala que, el devenir fluctuante en éste tema es una filtración en la pesada maquinaria romanista, del superempirismo norteamericano, en una suerte de *real-politik* judicial. Es una nueva manera de pensar al Derecho, sobre todo bajo la égida de tipos penales poco claros que viabilizan interpretaciones permeables y flexibles sobre lo que es y no es delito²¹³¹. Pero lo más relevante, en lo que importa a nuestro análisis en éste apartado, es que el propio principio de reserva es reinterpretado por los tribunales, según criterios de oportunidad y conveniencia, a pesar de que se sostenga apodícticamente que tales criterios corresponden al Legislador.

²¹³⁰ GARGARELLA, ROBERTO; *Inconsistencia y parcialidad. Un examen histórico de la jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina*, JA, 2003-IV-1175.

²¹³¹ Conf. en este sentido HERRENDORF, DANIEL E.; *op. cit.*, págs. 233 y 242.

CAPÍTULO VI

EL ÁMBITO INDETERMINADO O LIBRE DE VALORACIÓN JURÍDICA

§47.- El derecho penal simbólico.

Modelos de Estado de Derecho. La Teoría del Delito: más allá de la función aplicadora del Derecho. Legislación simbólica. Formas simbólicas del Derecho. El riesgo. La caída de la certeza en el Derecho. El fin del Derecho Penal liberal.

En todo proceder legislativo y en su resultado: la ley; ha de reconocerse que la delimitación entre legislación y jurisdicción (i.e. entre creación y aplicación del Derecho), se mueve desde una perspectiva técnico- jurídica y sociojurídica, sobre terreno desdibujado.

DÍEZ RIPOLLÉS ha señalado cuatro tipos de Estado de Derecho que se han dado de manera progresiva²¹³². El *Estado de Derecho positivista*, en el que la ley tiene una relevancia suma institucional, como producto de una voluntad contingente, no sometida a otros límites que la voluntad de los detentadores de la soberanía, pero que tiene como problema una desconexión con la vinculación con la razón, lo que conlleva un sobredimensionamiento de la codificación. Posteriormente se consolida el *Estado de Derecho social*, donde perdida la racionalidad de la ley, se percibe una inflación de reglamentos y normas de inferior jerarquía, más idóneos en una sociedad intervencionista. El tercer estadio es el del *Estado de Derecho constitucional*, donde impera la aprobación de constituciones con abundantes contenidos sustanciales, con relevantes principios orientadores de la acción política, que constriñen la relevancia de la ley, derivando en una mayor pérdida de estatus y supeditación a normativas constitucionales. Finalmente, estando a los últimos desarrollos del Estado de Derecho, nos enfrentamos en última instancia a la aparición de la *sociedad de riesgo*,

“...ansiosa por prevenir peligros vinculados a actividades sociotecnológicas ambivalentes en su bondad: Ello, por un lado, demanda un intervencionismo administrativo superior al del estado social, lo que parece exigir una legislación

²¹³² Esta es sólo una tesis, mucho más técnica es la construcción de JOSEPH RAZ (“El Estado de Derecho y su virtud”, cap. XI, en *La autoridad del Derecho...*, cit., pág. 263 a 285), pero no es este el lugar para explorar en profundidad la cuestión.

imprecisa que permita la discrecionalidad... y, por otro lado, realza el protagonismo judicial, pues son finalmente los tribunales los que, ante la ausencia de conocimientos científicos seguros sobre las consecuencias de tales actividades tecnológicas,... tienen la última palabra en cada caso sobre su procedencia; en cualquier caso la legislación pierde racionalidad o queda condicionada por el casuismo judicial.”²¹³³

La jurisdicción ha cobrado un rol garantizador de la vigencia de ciertos principios de naturaleza garantista, lo que realiza por lo general mediante interpretaciones teleológicas que la llevan más allá de su función aplicadora del Derecho. Estando a esto, la jurisdicción penal dispone de una teoría de la argumentación, nucleada en torno a la teoría jurídica del delito, cuya profundidad y refinamiento le han dado tanta influencia, que en numerosas oportunidades fueron el motor de modificaciones legislativas (v.g. delito continuado, delitos de comisión por omisión, error de prohibición, *et sit cétera*). La enorme potencia que denota la teoría jurídica del delito, cuyos ricos ribetes se patentizan especialmente al momento de la aplicación del Derecho, ejerce un efecto secante sobre cualesquiera esfuerzos tendentes a dotar de específicos contenidos de racionalidad a la creación del Derecho.

Que la pena sea el centro de la argumentación presupone que la realidad jurídico- normativa del Derecho Penal ya existe, y que hay que justificar la aflicción que causa; a cuyos efectos surgen los principios limitadores de los objetos de tutela de esta corriente y los principios de responsabilidad garantista. Un esfuerzo de legitimación que proviniera de un Derecho por crear, empezaría de manera inversa, esto es, identificando previamente al Derecho Penal con la tutela de los bienes jurídicos de la suficiente importancia, para a continuación preguntarse hasta dónde puede llegar su salvaguarda.

Esta evolución, que es coincidente con la de otros sectores del ordenamiento jurídico, no puede ocultar que la ley sigue teniendo una gran relevancia en materia criminal. Una de las pruebas más patentes es el progresivo uso de una *legislación simbólica*,

²¹³³ DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS; *Presupuestos de un modelo racional de legislación penal*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 24, Alicante, 2001, págs. 485 a 487.

instrumento que recupera a la ley penal para labores de transformación o manipulación sociales, aunque sea a costa de ignorar principios básicos del Derecho Penal²¹³⁴.

Suele debatirse política y científicamente, la efectividad y justeza del Derecho Penal, éste claramente se vería desautorizado si tuviera un objeto exclusivamente simbólico.

“Los procesamientos, los juicios y las penas tienen unas raíces demasiado profundas en nuestras vivencias personales y sociales como para poder aceptar su aspecto solamente simbólico”²¹³⁵

HASSEMER sostiene que la política no es sólo cuestión de Poder e Intereses, sino que también abarca la provisión y defensa de símbolos como los procesos de “*elaborating symbols*” y “*summarizing symbols*” los que tienen un importante potencial emotivo y manipulativo y cuyo mayor peligro es relacionarse sólo vagamente con la realidad, desarrollando una nueva realidad –aparente y ficticia-. El fenómeno norteamericano de *prohibición*, procura minimizar los comportamientos proscriptos; subyacen a él valores culturales y morales que simbolizan un estilo de vida determinado que es colonizado por la propia prohibición penal, tan es así, sostiene el profesor de Frankfurt, que, al amparo de las teorías del “*labelling approach*”, la criminalidad no es un objeto preexistente, sino el resultado de una determinada interacción en la cual el Legislador ocupa un rol activo y en el cual el proceso es fundamentalmente simbólico de adscripción de etiquetas²¹³⁶.

Y es aquí donde estriba el principal problema que se analizó al estudiar el *ámbito vacío de derecho* a la luz de las teorizaciones de ARTHUR KAUFMANN: la necesidad de superar el binomio “jurídico- antijurídico” a partir de una tercera posición como son las conductas “no prohibidas” deriva, entre otras cosas (aunque ésta es la más patente hoy), de la proliferación y multiplicación del derecho penal simbólico imperante. Detallando un poco más esto, es dable observar una clasificación de diversas formas simbólicas de Derecho:

²¹³⁴ El incremento de la frecuencia de las modificaciones legales es denominado *temporalización de la validez de las normas* por LUHMANN, en atención a la especial sensibilidad cognitiva (i.e. irritabilidad frente a otros sistemas), de las leyes en las sociedades actuales.

²¹³⁵ HASSEMER, WINFRIED; *Hermenéutica y Derecho*, cit., pág. 23.

²¹³⁶ HASSEMER, WINFRIED; *ibidem*.

- a. *Leyes de declaración de valores*, uno de cuyos ejemplos es el aborto indicado, donde confluye la exigencia moral de la mujer a su determinación y descendencia por un lado y la confirmación de la prohibición de matar por otro.
- b. *Leyes con carácter de apelación*, pudiendo presentarse como ejemplo el Derecho Penal de medio ambiente que procura dotar de conciencia ecológica a los individuos.
- c. *Respuestas sustitutorias del Legislador*, son leyes de crisis que procuran tranquilizar la protesta pública.
- d. *Leyes de compromiso*, son cláusulas penales generales, las que si bien son poco decisorias, siempre detentan un núcleo central para satisfacer necesidades de actuar²¹³⁷.

Como puede deducirse, el primer supuesto enmarca ejemplos de conductas “no prohibidas” que postula KAUFMANN, en tanto que los supuestos tres y cuatro son ejemplos paradigmáticos de escenarios donde el *principio de legalidad* entra en crisis. La conservación y promoción de la confianza y fidelidad al Derecho, son procesos comunicativos, con un amplio arco de variables cognitivas y emotivas en juego, donde las decisiones penales importan sólo un aspecto menor y de difícil determinación en su dirección.

Un Derecho Penal simbólico, como el hoy imperante, no debe apoyarse en elementos de disposición como los *objetivos* o *intenciones* del Legislador; estos elementos, como ya se vio, presentan problemas de aplicación en atención al método subjetivo-histórico de interpretación de las leyes que ya JAKOBS advirtió en procura de estructurar un *principio de legalidad* autosuficiente y no contradictorio²¹³⁸. La mayor parte de las veces el Legislador o bien guarda silencio sobre sus intenciones, o incluso tampoco le son claras a él en leyes de compromiso o en prescripciones con contenido de mandatos morales (v.g. el aborto).

“Existe un legislador institucional pero no intencional”²¹³⁹

Es ante este escenario que, los conceptos deben estructurarse *objetivamente*, no ya en expectativas sino en previsibilidad, en vez de en intenciones, en los efectos de las

²¹³⁷ HASSEMER, WINFRIED; *Hermenéutica y Derecho*, cit., pág. 24.

²¹³⁸ Ver *supra* parágrafo 40 (“Una aproximación al principio de legalidad”).

²¹³⁹ HASSEMER, WINFRIED; *Hermenéutica y Derecho*, cit., pág. 27.

leyes, no se trata de examinar fines sino funciones. Sólo puede entonces manejarse, al momento de manipular reglas, conclusiones comparativas (*tertium comparationis*). El simbolismo legal importa que ya no se puede hablar de absolutos sino de “un más o menos”²¹⁴⁰. La idea de leyes simbólicas no es un concepto analítico inocuo, sino una designación normativa que va más allá de una descripción, para transformarse en una crítica.

El modelo de código tradicional,

“...con vocación de constituir un conjunto autosuficiente, homogéneo y coherente de normas...”²¹⁴¹

parece no adecuarse a las exigencias del Derecho Penal contemporáneo, donde se tutela una sociedad compleja (“sociedad de riesgo” en la concepción del sociólogo BECK), con una pluralidad de fuentes normativas ágiles. Un Derecho Penal “flexible”, si bien es difícilmente compatible con las exigencias de determinación y legalidad formalizadas en las codificaciones²¹⁴², se percibe que ha devenido preponderante,

“Este fenómeno se advierte claramente en los contenidos materiales de los llamados bienes jurídicos protegidos y en las formas de ofensa que ya no se asientan exclusivamente en la relación individuo- lesión, sino que tienden a comprender nuevas formas de exposición al peligro de afectación de personas y colectividades cada vez más amplias e indeterminadas. Esta situación ha originado una modulación hacia estructuras normativas sin una orientación axiológica jerárquicamente preestablecida ni una concentración en textos codificados, que progresivamente aparecen sustituidos por conjuntos o microsistemas de tutela integrada según el sector de la actividad...”²¹⁴³

No escapa a la doctrina que éste movimiento desestabiliza la composición cierta y orgánica de las codificaciones y que además labiliza las garantías del individuo

²¹⁴⁰ Ver la idea de KAUFMANN *supra* acerca de la superación de lo objetivo y subjetivo por intermedio de una interpretación inclusiva que tome algo de ambas, expresada por: “un no solo sino también”. Ver *supra* parágrafo 4 (“El ‘espacio libre de derecho’ para Arthur Kaufmann”).

²¹⁴¹ MAHIQUES, CARLOS A. (Dir.); *Leyes penales especiales*, Fabián J. Di Plácido editor, Buenos Aires, 2004, pág. 37.

²¹⁴² Según MAHIQUES, un proceso de resistemización o codificación, ocurre en dos momentos: a) en una fase de consolidación de los valores y de la matriz socio- política del sistema (v.g. el Código Francés de 1791), y b) en situaciones no cuentas donde un sistema de valores modula civilizadamente hacia otro diferente, o cuando el viejo modelo aun no ha sido erradicado e inicia uno nuevo, dándose un supuesto de cohabitación. La desestructuración del sistema penal actual no halla fulcro en ninguno de ambos momentos (MAHIQUES, CARLOS A.; *Leyes penales especiales*, cit., pág. 35).

²¹⁴³ MAHIQUES, CARLOS A.; *Leyes penales especiales*, cit., pág. 37.

sustentadas en la previsibilidad de las consecuencias sancionatorias. Se exige que las nuevas manifestaciones del Derecho Penal no se desentiendan de la certeza. El riesgo para los penalistas estriba en la proliferación de una legislación penal simbólica o el recurso a fórmulas que no se condicen con un respeto al principio de legalidad. No es finalidad de éste trabajo abrir juicio sobre las bondades o problemas críticos que acarrea el nuevo Derecho Penal, sino simplemente señalar que nuestro análisis anterior deviene especialmente relevante, entendemos, a la luz de éste escenario.

El Derecho Penal clásico, se caracterizaba porque la situación del núcleo de la acción era la lesión de los objetos de tutela o un peligro concreto, asimismo se procuraban reglas rigurosas y fundadas en el principio de legalidad, como regla universal, abstracta e inderogable. El Derecho Penal moderno, se caracteriza por un núcleo de acción puesto en el riesgo, donde su clave hermenéutica es la teoría de la imputación objetiva, hay un pasaje del Derecho Penal de acto al Derecho Penal de la peligrosidad²¹⁴⁴, por otro lado, hay una laxitud del principio de legalidad notable y un recurso en aumento a la construcción de tipos delictivos con variados elementos normativos, o una reconstrucción del *tatbestand* penal en lo que hace a los nuevos modelos incriminatorios a partir de fórmulas generales o ampliación de las tipologías punibles.

“La proliferación hipertrófica de leyes especiales ha determinado una *caída en la certeza del derecho*, esto es, de la cognoscibilidad de la norma penal y de la posibilidad de conformar la propia conducta a los parámetros normativos... también se ha operado una *caída de la certeza en la interpretación jurisprudencial*, en el momento [de interpretar por los órganos judiciales, la variación en la asignación del alcance de las normas alentado a su vez por una mayor “judicialización” de los casos], en las condiciones descriptas, no resulta discernible ni aplicable unívocamente el principio de legalidad, en particular ante la concurrencia formal- estructural entre figuras convergentes, donde se verifican relaciones de especialidad generadoras de interferencias muchas veces resueltas ‘equitativamente’ mediante el expediente del concurso aparente de leyes con perjuicio de la certeza exigible en la materia penal.”²¹⁴⁵

Se asiste al fin del Derecho Penal liberal,

²¹⁴⁴ MAHIQUES, CARLOS A.; *Leyes penales especiales*, cit., pág. 39.

²¹⁴⁵ MAHIQUES, CARLOS A.; *Leyes penales especiales*, cit., págs. 48 a 49.

“...estamos asistiendo al ocaso de las garantías formales, representadas por el principio de legalidad y, muy en particular, por su manifestación en el principio de taxatividad o mandato de determinación. Nuestro tiempo se caracteriza ciertamente, por la proliferación de preceptos penales con términos vagos, con cláusulas generales o de intenso contenido valorativo. De modo no infrecuente se obtiene la impresión de que, más que de mecanismos de garantía de las libertades individuales, se trata de instrumentos flexibles de la acción del Estado.”²¹⁴⁶

A partir de lo antedicho, se entiende que puede esperarse que se realicen a través de las normas y su aplicación, otros objetivos que los descriptos en la propia norma. Los propósitos que subyacen a la norma son –comparativamente- distintos a los que se decantan de las condiciones objetivas de la propia regla.

²¹⁴⁶ MAHIQUES, CARLOS A.; *Leyes penales especiales*, cit., pág. 55.

§48.- La creación del Derecho por los jueces.-

Los tribunales como la clave para identificar los criterios de identidad del sistema jurídico. La superación de la subsumción. La analogía como recurso ineludible. Los actos de aplicación del Derecho como conocimiento y voluntad. Normas expresas y normas implícitas. La liberación de la sujeción a la ley. El tribunal de la conciencia y la conciencia del tribunal. Los jueces crean Derecho. Exigencias impuestas a los jueces desde la legislación positiva. Norma individual y norma general. El peso de los considerandos. El ámbito indeterminado o libre de valoración jurídica. Indeterminaciones del Derecho. Carrió y la negación de que los jueces crean Derecho. La faz descriptiva de “los jueces crean Derecho”.

Nuestro objeto de estudio, claramente no es el “derecho penal simbólico”, su presentación en el párrafo precedente, importa, al solo efecto de señalar que, la problemática por la que atraviesa la aplicación de las normas penales, de ser compleja, ha pasado a ser aguda a la luz de la novel forma de punir conductas; con lo que, la cuestión que venimos examinando, entendemos, deviene mucho más relevante. Además, RAZ con agudeza, ha señalado que

“...una disposición jurídica es parte del sistema jurídico sólo si está reconocida por las instituciones jurídicas. Por tanto, el énfasis es dado, más que a las instituciones creadoras del derecho, a las instituciones que lo aplican.”²¹⁴⁷

y agrega

“Cuando la acción de los órganos jurídico- creadores y la de los órganos jurídico-aplicadores entran en conflicto, la acción de estos últimos es la que afecta las consideraciones de los súbditos: son ellos los que tienen, en última instancia, autoridad para declarar cuál es el derecho... Si los tribunales persistentemente interpretan una ley de manera diferente a su significado original, el contenido de su interpretación, y no su sentido original, es la que se convierte en derecho.”²¹⁴⁸,

la existencia del Derecho, ineludiblemente, está lógicamente relacionada con la práctica de los órganos jurisdiccionales aplicadores²¹⁴⁹.

²¹⁴⁷ RAZ, JOSEPH; *La autoridad del Derecho...*, cit., pág. 116. Para el discípulo de HART, sólo los tribunales pueden proporcionar la clave de los criterios de identidad del sistema jurídico.

²¹⁴⁸ RAZ, JOSEPH; *La autoridad del Derecho...*, cit., pág. 117.

²¹⁴⁹ Insistamos, aunque más no sea para erradicar dudas que, que una disposición jurídica sea parte de un sistema, devenga de si es reconocida por los tribunales, no implica que las disposiciones jurídicas sean simples descripciones o predicciones de lo que los tribunales hacen o harán. Los tribunales están compuestos por seres humanos, y los motivos de sus comportamientos son materia de análisis psicológico; las resoluciones de los tribunales, sin embargo, son el fruto de decisiones deliberadas basadas en la evaluación de ciertas razones para varias alternativas.

Por cierto, las instituciones judiciales varían grandemente de un país a otro; sus prácticas son usualmente el producto de tradiciones informales y de lenta evolución.

Hemos señalado que, la *aplicación del Derecho* y la *interpretación* a él vinculada, consisten en “algo más” que en un “acto de conocimiento” con una estructura científica especial.

Este “algo más”, empezó a aparecer a partir de resaltar el escaso rigor que posee el concepto de *subsunción*, al aplicar el Derecho, como asimismo la equivocidad con la que tiene que luchar la interpretación en todas sus etapas, la diversidad de métodos de interpretación (todos ellos en mayor o menor medida criticables, y falseables en sus premisas –pues en una u otra medida no extraen del texto ninguna conclusión lógica sino que lisa y llanamente concluyen haciéndole decir a la norma lo que la misma no dice-), la polémica sobre el propósito fundamental de la interpretación y, finalmente, la equivocidad de los conceptos de “interpretación extensiva” e “interpretación restrictiva”.

BÜLOW fue el primero en señalar que los actos de aplicación del Derecho tenían una doble naturaleza: un elemento *cognoscitivo* y otro *volitivo*. Se trata de una actividad primariamente de conocimiento que desemboca en un acto de voluntad²¹⁵⁰.

Como ya se señaló, la analogía (supuestamente proscripta por el principio de legalidad), es un recurso del que no puede prescindir el pensamiento del hombre, de donde, cuando se procede con el Derecho Penal, tampoco se puede prescindir de aquella. Es imposible no aplicar la analogía en la lógica jurídica, la tarea no sólo sería dificultosa sino inviable. Sin embargo, se han pretendido distinciones especiosas para impugnar el ingreso de la analogía en el discurso punitivo, así, en los casos de la aplicación del *argumentum a simile*, la norma tiene cierto alcance, pero no se traspasaría el límite de la letra de la ley, si sólo se *interpreta*, en tanto que si se pasa de tal límite, se *integra*.

“Toda ley tiene un ‘sentido literal posible’, es decir, un contexto literal dentro del cual pueden asignársele diferentes alcances a la prohibición o mandato que expresa: todo recurso lógico para desentrañar ese alcance dentro de su ‘posible sentido literal’ es una forma de interpretación más extensiva o más restrictiva, que no es analogía.”²¹⁵¹,

²¹⁵⁰ LARENZ, KARL; *op. cit.*, pág. 209, nota 1.

²¹⁵¹ ZAFFARONI, EUGENIO R.; *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, T. I, cit., pág. 304.

los esfuerzos de los penalistas por construir diseños que aparten a la analogía del discurso punitivo resultan loables, y han contribuido de manera eficaz a la complicación más absoluta de entender esquemas básicos como lo es la tarea de interpretar; por cierto, ésta técnica por sí sola explica suficientemente la mecánica de los aplicadores del Derecho sin necesidad de recurrir a la confusa noción de integración²¹⁵², y además, la analogía permea por ella misma. Los límites de garantía estarán dados por la racionalidad y los justificativos controlables de los jueces, y no por indicativos semánticos (“sentido literal”) de las normas, los que de por sí, son objeto de la propia interpretación.

Por cierto asiste razón a BOBBIO cuando distingue la “falsa analogía” que no es más que pura arbitrariedad, de la “interpretación extensiva” o analogía propiamente dicha; pues en aquella no hay semejanza entre caso y caso sino una mera deducción abstracta de principios supraempíricos²¹⁵³, en tanto que la segunda conlleva todo el aparato metodológico que ya presentáramos antes²¹⁵⁴.

La Ilustración, aparejó una notable desconfianza en los jueces, sustentada en la arbitrariedad y la justicia de gabinete (justicia sometida a las directivas del soberano) que venía del régimen anterior, a esto se sumó la postulación superior de la racionalidad de la ley, todo lo cual eclosionó en exigir el sometimiento estricto del juez a aquella²¹⁵⁵.

²¹⁵² Ver *supra* Capítulo IV (“Interpretación y Aplicación de las normas penales”).

²¹⁵³ BOBBIO (“L’analogia nella logica del diritto”) citado por ZAFFARONI, EUGENIO R.; *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, T. I, cit., pág. 305.

²¹⁵⁴ Ver *supra*, subparágrafo 34.4 (“La analogía”).

²¹⁵⁵ Ver sobre esto, más en profundidad, la reseña del análisis de BACIGALUPO que efectuamos *supra* (parágrafo 43 –“Aplicación rigurosa de la ley, un análisis de Bacigalupo respecto del art. 4.3º del CP Español”-), respecto a la aplicación rigurosa de la ley al analizar los alcances del principio de legalidad.

El proyecto de la Ilustración –máxima expresión de la modernidad– fracasó, no se cumplió porque estaba plagado de simulaciones e hipocresías.

La modernidad, en tanto que hizo de la razón el centro de todo lo verdadero, *el centro de todo lo real*, en ese sentido se configuró como una etapa que no podía sino conducir a la construcción del conocimiento a través de explicaciones estrictamente sistemáticas: la sistemática era entonces el presupuesto de cualquier explicación científica. Es un hecho que la modernidad hizo de la razón un extremo irracional. La razón extrema es tan unilateral como reduccionista y lineal. Así, quien antepone sobre todo a la razón avanza –linealmente– sobre supuestos, y según sus supuestos, de tal manera que pierde el horizonte y cae en lo irracional.

La modernidad, muy en particular la Ilustración, antes que ser un proyecto inacabado, es en realidad un proyecto fracasado que termina donde comenzó. Su finalidad fue alcanzar en plenitud la autonomía y libertad del hombre, y si bien logró liberar al hombre de ciertos dogmas eclesiásticos, no menos cierto es que los nuevos hombres, los hombres de la modernidad, a saber: burócratas, militares, y en general el *hombre masa*, no estuvieron a salvo en lo personal, espiritual y humano, sino que por el contrario, las instituciones –producto del desarrollo y el progreso– fueron las primeras en atentar contra la espiritualidad del hombre, arrebatándoles su identidad, en una lógica disfrazada de individualismo, en la que el binomio individuo-sociedad se escinde por completo. De esta manera el hombre moderno es definido e identificado conforme a

Se imponían, entonces, prohibiciones de interpretación y de comentario, llegando a suprimir la libertad del juez para fijar la cuantía de la pena (sistema de *peines fixes* en el *Code Penal* de 1791). El juez era un “esclavo de la ley” la “boca de la ley”.

“Estaba reservada para los ilustrados, la adjudicación al legislador terrenal, de una omnipotencia que ni el más decidido nominalista había pretendido para Dios.”²¹⁵⁶

Esta concepción de la relación entre el juez y la ley retrocedió a lo largo del siglo XIX. Así, no sólo se consideró que era irrealizable la exigencia de una estricta vinculación del juez a la ley; porque no es posible concebir las leyes tan exactamente, y realizar su interpretación de una manera tan precisa y exhaustiva como para que se eliminen todas las dudas de la aplicación, sino que, también se pensó que la exigencia de sometimiento a la ley distaba mucho de ser ideal²¹⁵⁷. Además, es un lugar común sostener que los sistemas jurídicos están compuestos por *normas expresas* y *normas implícitas*, las primeras representan el significado de la disposición normativa, pero las segundas son un poco más oscuras, puede entenderse que se trata de *normas derivadas* de las normas expresas; es decir que fluyen de una concreta interpretación, serían su derivación lógica (por la vena de ALCHOURRÓN y BULYGIN). Puede entenderse que se trata de *normas inexpressas*, es decir que no se las reconoce como el significado de una precisa disposición normativa sino como una combinación de disposiciones o partes de ellas, o finalmente se las puede entender como *normas implícitas en sentido estricto* que son las que proporcionan los distintos instrumentos para llenar las lagunas del sistema; pero de todo ello queda claro que, cualquiera fuere el alcance asignado a la idea de “normas implícitas”, tienen un alcance de creatividad que no viene dado por el Legislador, son normas nuevas y diferentes a las imputables directamente a éste, y en muchas ocasiones

“...resultado exclusivamente de una actividad interpretativa ‘creativa’ y no meramente cognoscitiva, aunque sea presentada como tal (del)... intérprete, que no existían antes de la actividad de este: tanto la analogía, como los principios jurídicos, el argumento *a fortiori* o el *a contrario*, dan lugar a la producción de

su función. La idea de función –rol o papel– y la práctica inevitable de la misma, desemboca en la desesperación que padecen los burócratas, supuestamente libres y autónomos. En menos palabras, como es sabido, el concepto de libertad individual proveniente de la Ilustración no hizo sino legitimar el liberalismo burgués.

²¹⁵⁶ WELZEL, HANS; *op. cit.*, pág. 193.

²¹⁵⁷ ENGISCH, KARL; *Introducción al...*, cit., pág. 128.

normas jurídicas nuevas que regulan casos genéricos cuya solución normativa no se encontraba prevista.”²¹⁵⁸

La liberación de la sujeción a la ley, fluyó de la independencia del Poder Judicial respecto del soberano y de su actuación con objetividad y sentido de justicia en su calidad de tercer poder. La “des-sujeción” respecto de la ley importó que los jueces obtuvieran la libertad de decisión necesaria para juzgar en la realidad, teniendo en cuenta la multiplicidad e imprevisibilidad de la misma.

Sin embargo, tampoco puede postularse una laxitud extrema en la relación entre el juez y la norma como pretendiera a principios del siglo XX la “escuela del derecho libre”. Algún tipo de consideración metodológica ha de primar en las conclusiones jurisdiccionales con el fin de sortear la arbitrariedad judicial.

Indudablemente existe un claro choque entre el método jurídico y el tipo de conclusiones lógicas, que estudiáramos, a que arriban los aplicadores del Derecho por un lado, y el principio de legalidad por el otro. El principio de sumisión a la ley por el administrador de justicia es claramente una rémora de la Ilustración, formulado como hoy se lo entiende. Las leyes mismas, están estructuradas de tal manera en todas las ramas del Derecho, que el juez no puede encontrar y fundar sus decisiones mediante subsunciones en conceptos jurídicos fijos cuyo contenido pueda ser descubierto a través de la interpretación, sino que formulan valoraciones independientes, y de ésta manera deciden y actúan, en importante medida como Legisladores. La cuestión parece gestarse en el crisol de la mayor o menor vinculación a la ley.

Sin embargo, parte del problema tiene que ver con la metodología de la legislación misma, teniendo en cuenta el relajamiento de la vinculación de los tribunales a la ley. Nos enfrentamos entonces a las diferentes formas de expresión legal, las que tienen como consecuencia que quien aplica la ley adquiere mayor independencia frente a ella²¹⁵⁹.

²¹⁵⁸ EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER; *Función legislativa y función judicial...*, cit., pág. 43. El autor señala que las normas implícitas demuestran la actividad creadora del juez, pero en tanto la función legislativa es totalmente libre, la judicial exige el apoyo de una disposición elaborada por una autoridad normativa.

²¹⁵⁹ Nos interesa analizar la flexibilidad y laxitud en las valoraciones que el juez hace sólo respecto al “supuesto de hecho legal”, al texto de la norma y los alcances de la misma, no respecto de las “consecuencias jurídicas”; esta última cuestión se vincula con el tipo y grado de sanción que impone el juez una vez convencido de que el caso concreto debe enmarcarse en el supuesto contemplado por la regla y si las decisiones de libre apreciación de dichos jueces pueden ser modificadas por tribunales superiores. Esta última cuestión no es objeto de nuestro análisis.

JAVIER MUGUERZA, en un interesantísimo trabajo plantea un juego de palabras basado en el *tribunal de la conciencia* y la *conciencia del tribunal*²¹⁶⁰. El “tribunal de la conciencia”, partiendo de la Metafísica de las Costumbres kantiana, existe como una suerte de metáfora, donde la conciencia actúa a semejanza de un tribunal interno al hombre (i.e. es la conciencia moral). Ya hoy nadie discute que consciencia y conciencia son diferentes, para la primera se reserva la idea de que uno ha hecho algo, en tanto que para la segunda, de que ese algo está mal hecho o de que no debería haber sido hecho. La conciencia moral en KANT se refiere a la última idea, según la cual todo hombre tiene en todo momento que aducir obligaciones de conciencia como motivo de sus acciones, al tiempo que experimenta sentimientos de culpa de conciencia si se obra en contra de sus dictados.

“Negar estos fenómenos... sería atentar contra la fenomenología moral y, desde luego, haría ininteligible la lectura no sólo ya del Nuevo Testamento, sino la de un sinnúmero de piezas de la historia literaria –desde ESQUILO a DOSTOYEVSKI-, así como la obra de unos cuantos filósofos morales, KANT sin duda entre ellos.”²¹⁶¹

MUGUERZA explica que la conciencia moral actúa como un desdoblamiento, es, dicho de otra manera, lo que hoy se conoce como la estructura reflexiva de nuestra objetividad (una filosofía de la “autoconciencia”). Lo que KANT denomina “juicio moral”, se apoya en la capacidad de desdoblamiento en sí y en otro que tiene el sujeto. Se trata de otro al que el sujeto le coloca un juez, al que se presenta como si lo hiciera ante una audiencia ajena, con la particularidad de que la ley con la que el sujeto será juzgado, no es sino la ley que el sujeto se ha dado a sí mismo.

Lo característico del sujeto moral, señala MUGUERZA, no es el atributo de la *autoconciencia*, sino el más relevante de la *autonomía*. El sujeto moral no siempre puede acceder a la posibilidad de autodictarse códigos morales, sino que dichos contenidos proceden de los códigos morales que imperan en la sociedad en donde se desenvuelve (la fuente de la moralidad suelen ser entonces las religiones, las ideologías, las concepciones generales de la vida, *et sit cétera*). Sin embargo, aunque los contenidos morales, conforme

²¹⁶⁰ MUGUERZA, JAVIER; *El tribunal de la conciencia y la conciencia del tribunal*, en VÁZQUEZ, RODOLFO (comp.) *Derecho y Moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, 1ª reimpresión, Gedisa, Barcelona, 2003.

²¹⁶¹ MUGUERZA, JAVIER; *op. cit.*, pág. 185.

lo anterior, son heterónomos (i.e. advienen desde una conciencia moral ajena a la del sujeto), el sujeto moral

“...siempre podrá asumir ‘autónomamente’ si esa es su voluntad, con lo que el *nómos* en cuestión dejaría de ser *heterónimo* para pasar a convertirse en ley moral *autónoma*...”²¹⁶²,

la existencia de esta ley moral autónoma, como lo sostenía KANT, convierte al hombre en libre. La distinción entre causalidad y libertad lleva a KANT a dos distinciones, de carácter epistémico- metafísico la primera y de carácter metafísico- moral la segunda: a) distingue entre el mundo sensible (fenoménico en KANT) presidido por una trama de relaciones de causa- efecto, y un mundo más allá de aquel, inteligible (nouménico en KANT), en el que emplaza al sujeto libre; b) distingue entre el mundo del ser y del deber ser. MUGUERZA señala que la primera distinción, de concluirse que para ser libre debe ser sujeto nouménico, sustraído al orden de la causalidad, es decir sustraído al yo empírico, debe rechazarse; pero como no hay nada de eso, puede avanzarse con la misma: el sujeto moral, en tanto que sujeto libre, no se halla ni por debajo ni por encima del hombre de carne, se trata de seres en devenir (perpetuamente *in fieri*) desde el nacimiento hasta la muerte²¹⁶³. Dicho de manera no metafísica, adaptándonos al llamado “giro lingüístico” contemporáneo (el que reemplaza a la vieja filosofía de la conciencia por una filosofía del lenguaje) que permita aprehender de manera sencilla las complejas categorías metafísicas de la filosofía kantiana, el sujeto moral es siempre un “individuo” (que implica indiviso en la traducción latina *individuum* de la palabra griega *átomo*), pero en tanto que sujeto moral, el individuo

“...es también ‘dividuo’, es decir, *dividido* en dos a dos en uno, que es lo que le permite desdoblarse... en un *ego* y un *alter* destinados a oficiar de interlocutores en tal diálogo... le permite desdoblarse en un ‘yo’ y un ‘tú’ que deliberan.”²¹⁶⁴

Respecto de la segunda de las distinciones (la del ser y del deber ser), el mundo del deber ser, no es un mundo más allá de éste, sino una expresión que denota la insatisfacción con lo que hay en este mundo, unida a la aspiración con lo que debería haber. Si bien el hombre común no “debiera” traicionarse moralmente, lo cierto es que lo hace,

“...prestando así harto mayor fidelidad a lo que ‘somos’ que a lo que creemos que ‘debiéramos ser’”²¹⁶⁵

²¹⁶² MUGUERZA, JAVIER; *op. cit.*, pág. 186.

²¹⁶³ MUGUERZA, JAVIER; *op. cit.*, pág. 188.

²¹⁶⁴ MUGUERZA, JAVIER; *op. cit.*, pág. 189.

Como se ve, las nociones de libertad y causalidad, son mucho más complejas en el orden social que en el natural, por ello no pueden equipararse las acciones de los hombres a fenómenos impredecibles (v.g. las nubes) o fenómenos paradigmáticamente formales (v.g. los relojes), lo que se percibe aun más profundamente en lo que hace a las justificaciones morales; el hombre no es libre para cambiar las leyes naturales, pero sí está altamente indeterminado en sus roles sociales, esta indeterminación no es libertad, ni mucho menos, sino una

“...determinación no causal que conocemos como autodeterminación. Nosotros mismos, en tanto que sujetos morales, somos, qué duda cabe, un producto social, y no está claro que en otras épocas u otras sociedades menos evolucionadas los individuos se hallaran en condiciones de autoconcebirse como sujetos morales a nuestra usanza.”²¹⁶⁶

Obrar en conciencia no es equiparable a *obrar como es debido*²¹⁶⁷, pues si bien nadie podría afirmar que está haciendo lo que moralmente debiera, sí puede hacer lo que en conciencia cree que debe hacer, esto es lo más lejos que un individuo puede llegar si pretende cumplir con deberes morales.

Esto lleva a la otra parte de la ecuación que planteara MUGUERZA, y por cierto la que aquí nos interesa, que es la de la *conciencia del tribunal*. La cuestión no se vincula con las “objeciones de conciencia”, lo que reenvía a la conciencia del objetor de las normas, sino a la conciencia del juez.

Comparando la conciencia del juez con la conciencia del sujeto moral kantiana, es dable puntualizar que aquella, como la de cualquier hombre, es factible de desdoblarse desde una perspectiva moral, pero no acaece lo mismo desde el punto de vista jurídico. El juez no pasa a ser juzgador y acusado. El juez como tal es una sola persona, una sola conciencia, y las decisiones que tome se verán constreñidas por las prescripciones que el Legislador le impone heterónomamente.

Visto así, se trata de un sujeto, que como tal es también un sujeto moral, pero donde las constricciones impuestas a su voluntad no operan por vía causal (v.g. como

²¹⁶⁵ MUGUERZA, JAVIER; *op. cit.*, pág. 191.

²¹⁶⁶ MUGUERZA, JAVIER; *op. cit.*, pág. 192.

²¹⁶⁷ MUGUERZA, JAVIER; *op. cit.*, pág. 195. La distinción es de WELZEL.

en las leyes naturales o sociales), sino que son, estrictamente, constricciones jurídicas. Es el imperio de la ley,

“Pero teniendo en cuenta que el juez es, como se ha dicho, un sujeto moral, ¿cabe pensar que, de esa suerte, se hayan acabado sus problemas? ¿Cabe pensar que un juez no tenga ‘problemas de conciencia’, o no será más bien que el problema de la conciencia del juez, dado por resuelto, con tanto apresuramiento, comienza justamente a partir de este punto?”²¹⁶⁸

La concepción formal, que ya se criticara en este trabajo²¹⁶⁹, según la cual la decisión jurídica se construye vía la inferencia de la lógica deductiva, y sin problemas interpretativos, bastando el llamado silogismo judicial, que deriva una sentencia de una norma de manera mecánica, es una teoría que no se condice con la realidad.

En estas páginas hemos desechado la visión de DWORKIN en cuanto postula que para todo caso jurídico existe una sola respuesta correcta, como la de ROBERT ALEXY respecto a que el Derecho positivo proporciona siempre, cuando menos, una respuesta correcta; de donde siempre es posible hacer justicia de acuerdo con el Derecho. Hemos por el contrario preferido una perspectiva más realista.

MUGUERZA señala que, los casos emblemáticos que plantean problemas de conciencia a los jueces, son los “casos trágicos”²¹⁷⁰, pues insertan el conflicto entre la ley y la conciencia, entre el ser jurídico o legal y el deber ser moral o político. Siguiendo a D. KENNEDY trata de describir el razonamiento legal de un juez que se halla en este tipo de conflicto y se pregunta “cómo salir del paso” (*how I want to come out*), tal pregunta puede entrapar al juez por diversas causas, por ejemplo

“...el hecho de haber aceptado un previo soborno y la necesidad en que se halla de mantener el trato, o el deseo de hacerse popular dentro de su comunidad –sea la comunidad vecinal, sea la comunidad profesional-, o también ¿por qué no?, la repugnancia que le inspira la obligación que recae sobre él de tener que aplicar una disposición legal contraria a sus convicciones. En cualquiera de esas hipótesis, se produce un choque entre la ley y sus preferencias personales, lo que no es sino otro modo de decir que todo *juicio* de un juez ha de ser inevitablemente precedido, lo

²¹⁶⁸ MUGUERZA, JAVIER; *op. cit.*, pág. 197.

²¹⁶⁹ Ver Capítulo IV (“Interpretación y Aplicación de las normas penales”).

²¹⁷⁰ La construcción es de ATIENZA, ver *supra*, parágrafo 37 (“Derecho y argumentación jurídica como discurso racional”).

sepa y lo quiera el juez o no, de un *prejuicio* que contribuye a ponerlo *en situación*.”²¹⁷¹

La disyuntiva del juez se hallaría en sostenerse a sí mismo que no se puede ir más allá de la ley, o ver en la misma un instrumento de la justicia (i.e. lo que cree justo en conciencia). Si no rehúye la disyuntiva, MUGUERZA advierte que el juez se comprometería con la tesis de MAX WEBER de “pacto con el diablo”, contraído en su calidad de funcionario de la Administración²¹⁷². Sin embargo, en los lindes, el remedio es encomendar el caso a la discrecionalidad del juez, como hace HART, aunque éste no sea un *Hércules* a lo DWORKIN (al que por otra parte ya rechazamos), en este punto el juez “crearía Derecho”, cercano al “voluntarismo” de ALF ROSS. El problema del voluntarismo estriba en los límites de la creación judicial del Derecho, ya que de ser irrestricta, se arribaría elípticamente a las vías que precisamente la Ilustración procuró proscribir, pero postular el imperio absoluto del “pacto con el diablo”, reduciría el escenario a una irrealdad.

Lo que es claro es que los jueces están llamados, al menos en algunas ocasiones, a echar mano de argumentos que revelan su carácter moral más que su habitualidad jurídica²¹⁷³.

La noción de que los jueces crean Derecho es una cuestión debatida, BULYGIN señala tres posiciones claramente diferenciadas²¹⁷⁴:

- (a) *Doctrina tradicional*. Teoría que sostiene que el Derecho, entendiendo por tal el conjunto de normas generales, es creado por el Legislador, en tanto que los jueces se limitan a aplicar el Derecho a casos particulares.
- (b) *Teoría de Kelsen de la creación de normas individuales*. Teoría por la cual se sostiene que el Derecho es el conjunto de todas las normas, generales e individuales, y los jueces sólo crean éstas últimas.
- (c) *Teoría de Bulygin de la creación de normas generales*. Esta última posición sostiene que los jueces no crean Derecho en situaciones normales, pero sí lo hacen porque crean normas generales en situaciones especiales.

En torno a estas posturas nos hemos expedido a lo largo de éste trabajo; la primera postura, que procura una separación tajante entre la función del Poder Legislativo,

²¹⁷¹ MUGUERZA, JAVIER; *op. cit.*, pág. 202 a 203.

²¹⁷² MUGUERZA, JAVIER; *op. cit.*, pág. 204.

²¹⁷³ RAZ, JOSEPH; *La autoridad del Derecho*, cit., pág. 68.

²¹⁷⁴ BULYGIN, EUGENIO; *Los jueces ¿crean derecho?*, cit., pág. 7.

poder político por excelencia, ejercido por el parlamento compuesto por representantes del pueblo, como creador de normas generales y el Poder Judicial, poder puramente técnico, ejercido por jueces profesionales, cuya tarea se agota en ser un mero aplicador de esas normas, fue rebatida al criticar el postulado de la subsunción simple. La interpretación está en esta etapa, vinculada a la creación normativa y por ende proscripta de la potestad del Poder Judicial²¹⁷⁵.

La denominada doctrina tradicional, caracterizada por una distinción estricta entre creación y aplicación del Derecho, como ya se indicó *supra*, halla sus fuentes en la Ilustración, en la teoría de la división de poderes; la Revolución Francesa –que procuró poner en práctica las ideas de los pensadores de la Ilustración-, y la codificación napoleónica –consecuencia necesaria de la división de poderes cuya vigencia doctrinaria se mantiene hasta nuestros días-²¹⁷⁶.

BULYGIN advierte uno de los problemas de ésta tesis: la tarea de los jueces se circunscribe a la aplicación de las *normas generales* al caso concreto. Ello importa tanto como decir que el Derecho está sólo compuesto por normas generales, y que aquel es completo y coherente, en el sentido de que contiene una solución para todo problema que sea sometido al juez y que no haya dos o más soluciones incompatibles para el mismo caso.

“...la falta de una norma que resuelva el caso (lo que tradicionalmente se llama *laguna del derecho*) o la existencia de dos o más normas incompatibles aplicables al mismo caso (*conflicto de normas*) impediría al juez resolver el caso, esto es, aplicar el derecho, sin solucionar antes esos problemas.”²¹⁷⁷

La *codificación* ha sido el primer intento en firme, de obtener una legislación completa y coherente, para una determinada materia (v.g. civil –Código Civil-, penal –Código Penal-, *et sit cétera*). Destaca BULYGIN que, que las normas generales aporten soluciones para todos los casos y de manera coherente, es una *condición necesaria* a efectos de que el juez limite su función al mero aplicar reglas, sin introducir modificaciones o cambios en ellas. Esta idea posee tal fuerza, que los órdenes jurídicos modernos –devenidos de la codificación napoleónica- dan por supuesto que el Derecho es

²¹⁷⁵ En este sentido ENRIQUE BACIGALUPO. Ver *supra* parágrafo 43 (“‘Aplicación rigurosa de la ley’”, un análisis de Bacigalupo respecto del art. 4.3º del CP Español”).

²¹⁷⁶ BULYGIN, EUGENIO; *Los jueces ¿crean derecho?*, cit., pág. 8.

²¹⁷⁷ BULYGIN, EUGENIO; *ibídem*.

siempre completo y coherente, en el sentido de que proporciona una respuesta y sólo una respuesta a todo problema jurídico²¹⁷⁸.

Esto lo prueba, para el profesor de la Universidad de Buenos Aires, las exigencias que se imponen desde la legislación positiva a los jueces²¹⁷⁹:

- (a) Los jueces tienen la obligación de resolver todos los casos sometidos a su competencia.
- (b) Las resoluciones de los jueces deben fundarse en normas jurídicas (de donde si existe tal deber es porque existe la posibilidad de cumplirlo).
- (c) En el Derecho los jueces siempre hallarán soluciones para cualquier problema planteado.

Ejemplo de esto son el art. 15 del C.C. y el 273 del C.P. argentinos.

En la contracara, Kelsen entiende que los actos jurídicos, son al mismo tiempo actos de aplicación y creación del Derecho. La diferencia entre la función del Legislador y la del Juez, es sólo cuantitativa: el juez suele estar más limitado que el Legislador, pero ambos crean Derecho dentro del marco establecido por la norma suprema.

Kelsen entiende que las sentencias judiciales son normas individuales. Bulygin, en análisis que compartimos, rechaza esta postulación, pues señala que la tesis de Kelsen es una simplificación excesiva, ya que la sentencia es una *entidad compleja* que consta de dos partes: los considerandos y la parte resolutive. La parte resolutive (v.g. condenar a Sempronio a tres años de prisión) es una norma individual, pero la misma está precedida por los considerandos, donde el juez justifica o funda su decisión (v.g. Sempronio cometió homicidio, reprimido por el art. 79 del Código Penal argentino). Los considerandos son parte de la sentencia, y son parte esencial. Bulygin dice que

“En esto estriba una diferencia fundamental entre el acto del legislador y el acto del juez: los jueces, a diferencia de los legisladores, están obligados a justificar expresamente sus decisiones y esta justificación forma parte de la sentencia. El legislador también justifica, a veces, las normas que dicta, agregando a la ley una explicación de motivos, pero ésta no forma parte de la ley, mientras que la justificación o fundamentación de la decisión judicial es una parte imprescindible

²¹⁷⁸ BULYGIN, EUGENIO; *Los jueces ¿crean derecho?*, cit., pág. 9.

²¹⁷⁹ BULYGIN, EUGENIO; *ibídem*.

de la sentencia. Una sentencia que carece de justificación es una sentencia arbitraria, sujeta a la anulación o revocación.”²¹⁸⁰

JOSEPH RAZ también advirtió esto y explicó que

“...se supone que únicamente las razones directas y menos generales de las consideraciones del tribunal constituyen la *ratio*, las razones más generales que se usan para defender y justificar las razones directas son meramente *obiter dicta* (...*obiter dictum* es, o se aplica a cualquier enunciado o argumento jurídico del juez que no constituye o no es parte de la *ratio decidendi* o de los principios de la sentencia) –sin embargo... ciertas consideraciones que durante un tiempo se había pensado constituían parte de la *ratio* de un precedente son, en realidad, *obiter dicta*, igualmente ciertas consideraciones que hasta entonces fueron entendidas como *obiter dicta* son, en realidad, parte de la *ratio*. Cabe señalar que aunque nunca es obligatorio para un tribunal, consideraciones *obiter dicta* pueden ser de peso y tener un valor persuasivo... (por ello) Asumo que todas las razones del tribunal de cualquier generalidad que sean son parte de la *ratio*.”²¹⁸¹

Además, hablar de normas individuales es cuanto menos discutible. La locución “norma”, requiere de la generalidad²¹⁸², de allí que para BULYGIN sería más racional denominar a la parte resolutive *disposición o mandato*²¹⁸³.

Una norma individual –la parte dispositiva de la sentencia- dictada por un juez, como lo afirma Kelsen, está justificada si y sólo si, se infiere lógicamente de los considerandos. De allí que los considerandos deban contener un fundamento fáctico y otro normativo, el primero –no relevante para nuestro análisis- consiste en la descripción del caso individual. La doctrina tradicional entiende que el caso individual es una instancia (tiene las propiedades definitorias) de un caso genérico, de donde la operación de dictar una norma individual por el juez radica simplemente en subsumir; éste razonamiento simple ya ha sido analizado y desechado *supra*²¹⁸⁴. El fundamento normativo –que es en lo que estriba nuestro trabajo y propuesta- para BULYGIN, es una norma general que soluciona el caso genérico al que pertenece el caso individual sometido a la decisión del juez, para que su decisión esté fundada, el juez debe subsumir el caso individual en un caso genérico y

²¹⁸⁰ BULYGIN, EUGENIO; *Los jueces ¿crean derecho?*, cit., pág. 12.

²¹⁸¹ RAZ, JOSEPH; *La autoridad del Derecho...*, cit., pág. 232.

²¹⁸² Ver *supra* parágrafo 29 (“La norma jurídica”) y Anexo I (“La jurisprudencia analítica”).

²¹⁸³ BULYGIN, EUGENIO; *Los jueces ¿crean derecho?*, cit., pág. 13.

²¹⁸⁴ Ver Capítulo IV (“Interpretación y Aplicación de las normas penales”).

luego dictar una resolución o norma individual que solucione el problema. Para sostener que el juez crea Derecho, Kelsen entiende que la sentencia no es un acto de conocimiento sino un acto de voluntad del magistrado, y que en la sentencia se concretan una serie de elementos que en la norma general aplicada sólo son mencionados de forma abstracta²¹⁸⁵.

La crítica a ésta postura señala que, el dictado de una norma individual, se funda en una norma general creada por el Legislador, pero de esto no se sigue que el juez ha creado Derecho. Para entender que el juez creó Derecho, debe irse más allá de la mera solución del caso, es decir, que el material con que se ha justificado la decisión no es simplemente aportado por el Legislador.

Coincidimos en esto con BUYGIN en cuanto sostiene que, los jueces crean Derecho, pero no por la tesis kelseniana de que estos crean normas individuales —que difícilmente puede considerarse como creación del Derecho—, sino porque los jueces crean Derecho (el profesor de la Universidad Nacional de Buenos Aires habla de normas generales). La creación de Derecho es efectuado no sólo por los acuerdos plenarios de las Cámaras y Tribunales de Casación, o por las resoluciones de los Superiores Tribunales, sino también por los jueces ordinarios, en caso de contradicciones normativas, lagunas, utilización de conceptos normativos, *et sit cétera*. Sin embargo BUYGIN señala que, las normas creadas por el Legislador son obligatorias para todos, en cambio el Derecho creado por los jueces para justificar sus decisiones, sólo es obligatorio en el caso.

“Si otros jueces siguen el camino trazado, tendremos una jurisprudencia uniforme...Pero bien puede suceder que otro juez resuelva de otra manera un caso análogo. En tal situación tendríamos normas generales incompatibles. El conflicto entre esas normas será resuelto, tarde o temprano, por otros jueces, de modo que el proceso de creación judicial de las normas generales desembocará en una norma general reconocida de origen jurisprudencial.”²¹⁸⁶

Esta situación, de creación del Derecho por los jueces (a través de todos los mecanismos explicados hasta aquí), y la posibilidad de que otros jueces resuelvan conforme o no con la decisión de sus pares —máxime en un país con control difuso de constitucionalidad como es la Argentina—, importa la aparición clara y precisa de lo que hemos dado en llamar *ámbito indeterminado o libre de valoración jurídica*. Partiendo de la

²¹⁸⁵ BUYGIN, EUGENIO; *ibídem*.

²¹⁸⁶ BUYGIN, EUGENIO; *Los jueces ¿crean derecho?*, cit., pág. 25.

noción de que el Derecho está indeterminado cuando el conjunto de razones que las reglas aportan aisladamente es insuficiente para que un juez extraiga una única solución para el caso.

De acuerdo con esto, la creación judicial de Derecho se produce en diversos supuestos, que son los que se analizan en los apartados subsiguientes. El Derecho puede estar indeterminado racionalmente por dos causas²¹⁸⁷: a) una *indeterminación por ausencia de solución*, que es el análisis que reservamos para el estudio del problema de las lagunas en el Derecho²¹⁸⁸, y b) una *indeterminación por exceso de soluciones* que se presenta particularmente en los casos de problemas de precisión en el lenguaje que complejizan el extraer de las normas su significado o porque existen antinomias normativas; el primero es un problema de interpretación, en tanto que en el segundo la indeterminación es por defectos sistémicos, cuestiones que se analizarán más adelante²¹⁸⁹. Antes de continuar, es del caso resaltar que se ha distinguido entre indeterminaciones *globales*, que se dan cuando

“...las razones jurídicas no son capaces de justificar una única solución para ningún caso particular...”,

e indeterminaciones *locales* que se presentan cuando las

“...razones no son capaces de justificar soluciones únicas para algunos casos concretos, pero sí para otros.”,

por caso de estos últimos, los llamados casos fáciles²¹⁹⁰. Nosotros como se ha venido plasmando en éste trabajo, suscribimos la última de las tesis, si bien reconocemos que, incluso en algunos ejemplos de casos fáciles, los jueces pueden racionalizar respuestas a partir de materiales extrajurídicos si las exigencias coyunturales son particularmente fuertes.

Previamente a efectuar el análisis de los supuestos de creación del Derecho por los jueces, vale la pena detenernos un instante en el examen crítico de GENARO CARRÍO respecto al enunciado: “Los jueces crean Derecho”. El autor rechaza en un primer momento que el enunciado preseñalado sea una cuestión de hecho, pues es difícil concebir que los juristas no puedan ponerse de acuerdo respecto de un hecho fácilmente verificable; sin

²¹⁸⁷ La distinción es postulada en MARTÍ, JOSÉ LUIS; *op. cit.*, pág. 265.

²¹⁸⁸ Ver *infra* parágrafo 50 (“La actividad creadora del juez ante las ‘lagunas’ y las ‘reglas injustas’”).

²¹⁸⁹ Ver *infra* parágrafo 49 (“La actividad creadora del juez ante los conceptos normativos, indeterminados y las ‘cláusulas generales del derecho’”).

²¹⁹⁰ Las citas en MARTÍ, JOSÉ LUIS; *op. cit.*, pág. 266.

perjuicio de continuar con las puntualizaciones de CARRIÓ²¹⁹¹, entendemos que el autor yerra en este punto en su análisis, contrariamente a los extremos vistos, además de subsumirse en otras cuestiones, el enunciado que nos ocupa versa sobre una cuestión de hecho, y el dilema no se halla en la verificación fáctica o no de lo que se discute, sino en que, desde las formulaciones de la autoridad normativa se sostiene un discurso (el de la mera aplicación de las reglas por los jueces), avalado por el discurso ideológico que lo sustenta (como se ha venido destacando en éste trabajo, las líneas de la Ilustración a través de la concepción de la división de poderes y del principio de legalidad, y del positivismo jurídico en lo que hace al análisis de la noción del Derecho como un sistema jurídico son los que priman en el estudio del Derecho Penal), que discurre a la inversa de lo que se percibe como real en la administración de justicia²¹⁹².

Otra forma de encarar el problema, para CARRIÓ, consiste en reemplazar la fórmula, “los jueces crean Derecho”, por un conjunto de proposiciones diversas, que la fórmula genérica citada pareciera englobar en su seno, de donde, es posible observar que la discrepancia inicial entre la tesis que acepta y la que rechaza el aserto en cuestión, es una consecuencia de no haber precisado el sentido de los términos en uso: el descuerdo es puramente terminológico²¹⁹³. Para ello basta con precisar las siguientes ideas:

- a) si la expresión “los jueces”, se usa como sinónimo de “cada uno de los jueces” (1), o de los jueces como un cuerpo múltiple y complejo (2).
- b) para el término “crear”, especificar si implica que, “siempre crean” (3), o sólo lo hacen en determinadas circunstancias (4).
- c) buscar una precisión adecuada de la voz “Derecho”, señalando que, o bien se la usa como sinónimo de “normas generales sancionadas por el Legislador” (5), “normas generales, legislativas o no, impuestas por el poder público incluidos los jueces” (6), “normas generales, legislativas o no, impuestas por el poder público incluidos los jueces, o normas individuales que no son una mera deducción a partir de aquellas normas generales” (7), o “normas –generales o individuales-, impuestas por el poder público, incluidos los jueces” (8).

²¹⁹¹ CARRIÓ, GENARO R.; *op. cit.*, pág. 106.

²¹⁹² Insistimos a efectos de evitar confusiones, que lo dicho en el texto ha sido pensado teniendo en vista el ámbito jurídico Europeo continental, y en particular el argentino, en el mundo del *common law* juegan otros factores.

²¹⁹³ CARRIÓ, GENARO R.; *op. cit.*, pág. 107 a 110.

A partir de las precisiones señaladas, CARRIÓ elabora una serie de proposiciones que tengan la capacidad de sustituir al –supuesto- ambiguo aserto “los jueces crean Derecho”:

- a) “el conjunto de los jueces, dadas ciertas circunstancias, elaboran normas generales” [significado incluido en (2) + (4) + (6)].
- b) “los jueces, es decir, cada uno de ellos, siempre dictan sentencias” [significado incluido en (1) + (3) + (8)].
- c) “en ciertas circunstancias los jueces dictan sentencias que no son el resultado de una mera deducción a partir de normas generales preexistentes” [significado incluido en (1) + (4) + (7)].

CARRIÓ indica que el caso “a” no implica más que reconocer la fuente autónoma de Derecho que posee la jurisprudencia, “b” es una verdad obvia, y “c” puede ser una afirmación aceptada por cualquiera de las partes en disputa, siempre que por “deducción” entiendan lo mismo, de donde, “los jueces crean Derecho”, puede ser aceptado sin más tanto por quienes aceptan la idea o se resisten a ella. Al mismo tiempo, puede ser que ambas partes, quienes aceptan y quienes rechazan la idea de que “los jueces crean Derecho” sostengan la falsedad de las siguientes proposiciones:

- d) “es falso que los jueces, actuando individualmente o como cuerpo, dicten leyes” [significado incluido en (1 y 2) + (3 y 4) + (5)].
- e) “es falso que los jueces actuando en forma individual dicten normas generales” [significado incluido en (1) + (3 y 4) + (6)].

Sin embargo, CARRIÓ admite que, la noción de que “los jueces crean Derecho”, puede significar para quienes la defienden, algo más que la aceptación de las proposiciones “a”, “b”, y “c”, y el rechazo de “d” y “e”.

Para CARRIÓ, entonces el problema no es ni verbal, ni terminológico, sino de actitud, se refiere a lo que los jueces *deberían* hacer,

“Para quienes afirman ‘los jueces crean Derecho’, los jueces deberían empuñar más resueltamente el haz de sus atribuciones y actuar con clara conciencia de la importante función que les toca cumplir en la sociedad...”²¹⁹⁴

²¹⁹⁴ CARRIÓ, GENARO R.; *op. cit.*, pág. 111.

Esto reconduciría la cuestión a un plano teórico acerca de la importancia, relativa o absoluta, que tiene la labor judicial en la dinámica de los fenómenos jurídicos, este tipo de camino no es el que hemos procurado desarrollar en éste trabajo, orientado a la faz *descriptiva* de la cuestión, cuando señalamos “los jueces crean Derecho”, estamos procurando suministrar información sobre lo que hacen los jueces, sin involucrarnos en aspectos valorativos como los propuestos por CARRIÓ, más allá de destacar que el límite del problema se halla en la arbitrariedad judicial²¹⁹⁵.

Sí entendemos con el autor de mención, que existe una posición extrema en quienes defienden la tesis que nos ocupa, cuando de la expresión “los jueces crean Derecho”, se pasa a la expresión ciertamente más fuerte de “sólo los jueces crean Derecho”, posición del realismo jurídico norteamericano, que como afirma CARRIÓ, es un

“...movimiento que ha procurado por sobre todo reformar el estado de cosas existente, no describirlo.”²¹⁹⁶,

como se señaló insistentemente a lo largo de éste trabajo, posturas como ésta soslayan la relevancia primaria del material jurídico aportado por la autoridad legislativa²¹⁹⁷, un realismo jurídico como el que hemos pretendido sustentar en éstas líneas, necesariamente no puede, con fulcro en su base metodológica, llegar a tales extremos.

²¹⁹⁵ Ver *supra* parágrafos 35 (“El método jurídico y la creación del Derecho”) y 36 (“La corrección de los enunciados normativos. El Derecho correcto”).

²¹⁹⁶ CARRIÓ, GENARO R.; *op. cit.*, pág. 112.

²¹⁹⁷ Ver *supra* Capítulo III (“Sistema y Conceptos Jurídicos Básicos”).

§49.- La actividad creadora del juez ante los conceptos normativos, indeterminados y las “cláusulas generales del derecho”.

Los conceptos indeterminados. Razones internas y externas. Conceptos normativos y descriptivos. Los conceptos jurídicos (Beling). Conceptos de importancia jurídica y conceptos jurídicos genuinos (Radbruch). Conceptos normativos: la valoración del juez. Conceptos de apreciación libre. La incorporación de baremos morales al Derecho a través de los conceptos normativos. El soslayamiento del principio de máxima taxatividad legal interpretativa. El dilema de Ferrajoli. La aplicación estricta de la ley. Imposibilidad de aplicar de manera neutral los conceptos valorativos. Conceptos normativos densos y ligeros. Discrecionalidad y pautas de consistencia. Los conceptos valorativos y los problemas semánticos. El razonamiento moral como creador (no identificatorio). Cláusulas generales. El método casuístico. Aspecto metodológico. La apertura a las valoraciones. La moral objetiva. La creación del Derecho por los aplicadores (la necesidad de evitar la arbitrariedad).

La idea de actividad creadora del juez, dirige nuestra digresión a, los conceptos jurídicos indeterminados, los conceptos normativos, las cláusulas generales y los conceptos de libre interpretación.

Estos conceptos, afectan a la determinación de las leyes, problema especialmente relevante en el marco del Derecho Penal. Junto con la prohibición de retroactividad y la reserva de ley, la precisión de las normas penales es una de las dimensiones específicas del principio de legalidad, y como ya se señalara, la relevancia de la precisión es pocas veces puesta en duda en la dogmática penal. A pesar de las declaraciones de los dogmáticos, los órganos de creación y aplicación de normas no acostumbran a usar la exigencia de taxatividad como criterio de validez de las normas penales y su ocasional invocación no pasa de ser, en la mayoría de los casos, un instrumento de retórica judicial. Las exigencias que el mandato de determinación establece a la ley penal ni son reconocidas ni se cumplen en la práctica²¹⁹⁸.

Los *conceptos indeterminados* son aquellos cuyo contenido y alcance es, en alguna medida, incierto. Si bien es raro hallar conceptos absolutamente indeterminados, la mayoría de los conceptos jurídicos son, al menos, parcialmente indeterminados. Esto se aplica a algunos conceptos naturales que utiliza el Derecho como “nocturnidad”, “peligroso”, “cosa”, “veneno”, *et sit cétera*. Lo dicho implica el rechazo de la idea de que

²¹⁹⁸ SUB, FRANCK, *El trato actual del mandato de determinación*, citado por NAVARRO, PABLO; *Taxatividad y conceptos valorativos*, cit., pág. 2.

este tipo de conceptos, son conceptos que califican valorativamente una cierta conducta o estado de cosas sin determinar, en términos de propiedades descriptivas, cuáles sean sus condiciones de aplicación, siendo dicha razón la que controvierta su aplicación concreta en la mayoría de los casos; tal construcción nosotros la reservamos para los “conceptos normativos”²¹⁹⁹, los conceptos indeterminados hallan su problemática reducida a una cuestión lingüística.

Y se aplica en alguna medida a conceptos jurídicos propiamente dichos (v.g.: ilegítimo, antijurídico, negocio jurídico, *et sit cétera*).

Esto se vincula con la cuestión del lenguaje y el Derecho que ya analizáramos²²⁰⁰; pero ahora corresponde destacar el peso, que esta problemática, posiciona sobre el llamado a decidir en un caso legal.

Obsérvese que, el ejemplo del *aborto indicado*, que ha venido siendo uno de nuestros modelos directriz en este trabajo, presenta cuestiones discutibles en su entramado. Así, el aborto implica la muerte de un feto, como contraposición al homicidio que es la muerte de una persona. Qué divide uno de otro extremo, se ha dicho que es el “nacimiento”. Después del nacimiento existe una “persona” en el sentido jurídico. Pero la duda radica en cuándo estamos frente a un nacimiento propiamente dicho: ¿cuando comienzan los dolores de parto?, ¿en la expulsión completa del feto del claustro materno?, ¿con el corte del cordón umbilical?, ¿cuando comienza la respiración autónoma?, ¿cuando el feto es viable? No hay una respuesta concreta a la cuestión.

La necesidad de contar con instrumentos jurídicos flexibles que permitan al sistema penal dar respuesta eficiente y justa a situaciones sociales novedosas, parece ser una de las principales motivaciones que dan lugar a la utilización de *conceptos indeterminados*²²⁰¹. Estas razones son *internas* al desarrollo de los ordenamientos penales, y se manifiestan en tensiones en los principios y herramientas con que diseñamos este tipo de sistemas; pero también hay razones *externas* que generan importantes dificultades al momento de elaborar leyes precisas. Entre éstas razones externas son especialmente destacables aquellas que se relacionan con la naturaleza del lenguaje y los límites que este

²¹⁹⁹ ATIENZA, MANUEL y RUIZ MANERO, JUAN; *Ilícitos atípicos*, Trotta, Madrid, 2000, pág. 41.

²²⁰⁰ Ver *supra* parágrafo 30 (“Lenguaje y Derecho”).

²²⁰¹ La imprecisión puede deberse: a) al resultado de una ponderación de fines en conflicto que persigue el sistema penal, o b) por el tipo de estructura de las normas penales escogida por el Legislador, como ocurre en el caso de las leyes en blanco. En NAVARRO, PABLO; *Taxatividad y conceptos valorativos*, cit., pág. 2.

instrumento impone al cumplimiento de la exigencia de taxatividad. En particular, los conceptos que emplea el Legislador en la formulación de sus normas, padecen de un inevitable margen de indeterminación, como consecuencia de su (relativa) vaguedad y compromisos valorativos.

Muchos conceptos indeterminados son también, *conceptos normativos*; estos suelen colocarse frente a los *conceptos descriptivos* que serían los que hacen referencia descriptiva a objetos reales o pseudoreales. Entre los conceptos descriptivos también hay conceptos indeterminados (v.g.: dependencias, muerte, nocturnidad, velocidad, *et sit cétera*). Ello no importa que todos los conceptos indeterminados sean al mismo tiempo normativos; aunque, los conceptos normativos, en una medida relevante presentan ejemplos significativos de indeterminación, aparejando así inseguridad y una relativa discrecionalidad en la aplicación de la ley. El lenguaje precisa de criterios de clasificación en los que se escogen ciertas características como definitorias en vez de otras, los enunciados descriptivos,

“...fuera de hallarse formalmente sujetos a criterios de aceptabilidad sintáctica y semántica, no son todos equivalentes: algunos dan buen resultado cuando se los constituye en guías de nuestras creencias y actitudes (por ejemplo, creer que llueve y llevar paraguas), en tanto otros conducen a consecuencias no deseadas (creer que hay buen tiempo y llegar a destino empapados)... Pero no todas las descripciones se refieren a hechos actuales y fácilmente verificables, de modo que desarrollamos criterios bastante inseguros, para decidir...”²²⁰²,

el hecho de distinguir unos objetos de otros, muestra el uso de criterios (v.g. fundados en la forma, el color, el movimiento, *et sit cétera*).

LARENZ critica la distinción entre elementos normativos y descriptivos que hace la doctrina jurídico- penal. Advierte que no se ha podido alcanzar una clara delimitación de estos conceptos, pero que además la diferenciación no es útil:

“Si por elementos ‘descriptivos’ se entienden sólo los hechos accesibles a la percepción, y por ‘normativos’ los predicados de valor, entonces quedan excluidos tanto el sentido inteligible de las acciones humanas y de las declaraciones, como las relaciones jurídicas. Si se incluyen también los elementos ‘normativos’, entonces no se distingue con la suficiente claridad su diferencia de los predicados de valor.

²²⁰² GUIBOURG, RICARDO A.; *op. cit.*, pág. 604.

En definitiva, todos los elementos del supuesto de hecho son, en un sentido amplio, ‘normativos’: precisamente como elementos del supuesto de hecho están referidos al sentido de la norma jurídica.”²²⁰³

Ya BELING enseñaba que todo concepto jurídico

“...está recubierto con una trama normativa...”,

pero que sólo alguno de aquellos expresaban una valoración jurídica, siendo la mayoría de ellos, meros componentes de las prescripciones jurídicas, aunque aun en estos casos

“...el jurista debe preguntarse en qué sentido ha entendido el legislador el concepto que en un precepto jurídico aparece como objeto regulado. Lo que significan ‘perro’, ‘ferrocarril’, ‘veneno’ en el sentido de un precepto, no pueden contestarlo definitivamente ni el zoólogo, ni el técnico de ferrocarriles ni el químico; es el jurista el que debe examinar si el legislador tenía o no presente, y en qué medida, una representación concordante o distinta. También se requiere..., para aclarar el contenido de los delito-tipos, penetrar intuitivamente en los tipos de ilicitud.”²²⁰⁴

Por su parte RADBRUCH distinguía entre *conceptos de importancia jurídica*, que son aquellos de que se parte para construir las circunstancias de hecho que la ley recepta (v.g. sustracción, cosa mueble, *et sit cétera*), dichos conceptos no los crea la ciencia jurídica, sino que los toma de otros campos del saber, aunque los puede modificar en más o en menos sin alterar su sustancia; y *conceptos jurídicos genuinos* gracias a los cuales pueden ser manejados conceptualmente el contenido de las normas jurídicas (v.g. los conceptos de derechos subjetivos, deberes jurídicos, instituciones jurídicas, *et sit cétera*)²²⁰⁵. El contenido de los “genuinos conceptos jurídicos” depende de las normas jurídicas, si no existieran tales normas, entonces, tales conceptos no designarían nada, por ello, estos conceptos no se refieren a hechos naturales, sino a hechos institucionales. Esta relación de los genuinos conceptos jurídicos, con normas jurídicas, permite 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 un de

²²⁰³ LARENZ, KARL; *op. cit.*, pág.191, nota 66.

²²⁰⁴ VON BELING, ERNST; *op. cit.*, pág. 283. Ese “penetrar intuitivamente”, no puede ser otra que la vía del intérprete objetivo, más allá de las intenciones del Legislador.

²²⁰⁵ RADBRUCH, GUSTAV; *Introducción a la filosofía...*, cit., pág. 11.

estos conceptos, subsume por ello este supuesto de hecho bajo las normas que constituye este concepto²²⁰⁶.

Ahora bien, la idea de “concepto normativo” no es unívoca. Si se sostuviera que cada concepto jurídico es elemento constitutivo de una norma jurídica y que a través de ella recibe contenido y sentido, habría que concluir que todo concepto jurídico es normativo y dentro del “supuesto de hecho legal” a toda característica del supuesto de hecho; pero de esta forma todos los “conceptos descriptivos” serían “normativos”; pues los vocablos como “persona”, “nocturnidad” entre otros, tienen, en cuanto conceptos jurídicos, un alcance peculiar, que puede distinguirse de su concepción física o biológica. Cuando se habla de conceptos normativos debe referirse a algo específico, algo distinto de la mera pertenencia al sistema.

En una primera acepción los conceptos normativos son los que, por oposición a los descriptivos, apuntan a datos que no son simplemente perceptibles o experimentables, sino que pueden ser comprendidos en conexión con las normas (v.g. hablar de la “ajenidad” de algo en un robo, significa que la cosa pertenece a una persona distinta del autor del delito, pero para ello se está presuponiendo la regulación que de la propiedad hace la normativa civil; no se puede pensar que algo es ajeno sin co- pensar al mismo tiempo en las normas de la propiedad). No todos estos conceptos serán absolutamente indeterminados, algunos son relativamente determinados, pues los presupuestos de su aplicación están descriptos en forma bastante clara, estos últimos son los que se definen mediante características descriptivas; en esos supuestos el sentido normativo es suficientemente específico (v.g. declarar “menor de edad” a aquel que no cumplió dieciocho años, el concepto normativo se estructura por medio de elementos descriptivos bastante sencillos). En su segunda acepción, los conceptos normativos, son los que siempre necesitan una valoración para poder aplicar al caso concreto el texto legal (v.g. “deshonesta”, “ensañamiento”, “alevosía”), esto es, que el volumen normativo de tales conceptos ha de ser llenado con valoraciones en cada caso concreto; si la valoración es subjetiva o personal, o si se recurre a valoraciones de clase o de la generalidad, es ya otro problema²²⁰⁷.

²²⁰⁶ En este sentido ALEXY, ROBERT; *Teoría de la Argumentación Jurídica*, cit., pág. 354.

²²⁰⁷ ENGISCH, KARL; *Introducción al...*, cit., págs. 131 a 133.

Debe tenerse en cuenta que, los conceptos normativos, son empleados en una *función expresiva*, es decir para manifestar aceptación o rechazo de determinados objetos o situaciones. Pero, aunque aquellos tengan principalmente esa función, no puede negárseles sin más contenido informativo. Esta distinción es bien conocida en la dogmática penal, aunque su relevancia y función no siempre ha sido aceptada de manera pacífica. Para MEZGER, creador de la distinción entre elementos descriptivos y normativos, los segundos son elementos del tipo que no agotan su referencia a un supuesto de hecho dado sino que exigen al juez el desarrollo de un juicio valorativo. En esta caracterización se insinúa claramente la distinción, entre conceptos que no describen simplemente un supuesto fáctico, y conceptos que requieren una integración mediante juicios de valor por parte del juez.

En los elementos normativos del tipo, la subsunción presupone un acto de valoración del juez²²⁰⁸.

La valoración, en realidad, es personal, es lo que tiene que ver con la “relajación de la vinculación legal”. El libre criterio judicial, es el criterio personal del juez el que prima en la especie. Si bien hay quienes distinguen entre conceptos indeterminados y conceptos de apreciación libre, otros clasifican estos últimos entre los primeros, algo similar puede afirmarse entre conceptos normativos y de libre estimación. Debe destacarse que, libre apreciación, no siempre se encuentra vinculada a una autorización legal en ese sentido, aun cuando, aquella, está basada conceptualmente en disposiciones legales, es una subespecie de los conceptos indeterminados y normativos²²⁰⁹. Asimismo es del caso resaltar que, no todos estos últimos son conceptos de apreciación libre, en algún punto las reglas, expresadas en lenguaje alguna firmeza y claridad deben aportar, caso contrario la regulación de la vida en comunidad devendría absolutamente anárquica y arbitraria; así, los conceptos descriptivos indeterminados, lo son en sus lindes, donde se enfrentan a la problemática propia del lenguaje, pero no por una cuestión de valoración ya en su liminar intelección.

²²⁰⁸ SCHÜNEMANN, BERND; *Cuestiones básicas del Derecho Penal...*, cit., pág. 48, nota 68.

²²⁰⁹ En esto coincidimos con ENGISCH, aunque no con los alcances que el profesor de Heidelberg pretende otorgar a este esquema. Para él, la libre apreciación es pequeña y está limitada principalmente a la administración, nosotros postulamos ciertamente un alcance mucho más radical y amplio de la libre apreciación judicial.

La mayoría de las veces, la libre apreciación tendrá que ver con los conceptos normativos, que en verdad exigen una valoración, una valoración personal²²¹⁰; la que, auténticamente libre, apunta inevitablemente a los conceptos indeterminados y normativos²²¹¹. Tampoco cabe decir que, los conceptos normativos, que necesitan una valoración como complementación sean en principio conceptos de criterio libre, resulta menester observar previamente si los criterios de valoración se encuentran ya fijados en la ley (v.g. art. 77 del C.P.); fuera de ello, depende de quién aplica la ley el encontrar, subjetiva y personalmente, la decisión “correcta” del caso concreto, según la concepción personal de lo conveniente, lo justo, lo necesario y lo recto²²¹².

Los conceptos normativos importan un desafío en la formulación de las normas penales a la luz de la exigencia de taxatividad²²¹³. Resaltamos ésta cuestión a la luz de tres asertos diferentes: (i) la necesidad de las valoraciones en la aplicación de esos conceptos; (ii) la conexión entre conceptos normativos e indeterminados con la, vaguedad y discreción; y (iii) la incorporación de la moral en el Derecho. La discusión de estos temas involucra a cuestiones de filosofía del lenguaje²²¹⁴ y teoría moral²²¹⁵ que han sido analizados tangencialmente a los efectos de introducir el presente, *supra*.

El empleo de conceptos indeterminados y normativos en la legislación genera casos marginales. En los casos claros, los jueces no precisan valorar genuinamente, sino que pueden aplicar de manera neutral esos conceptos. En casos marginales, es

²²¹⁰ En esto disintimos con ENGISCH, el que entiende que la valoración, lejos de ser personal, debe ser objetivamente válida y unívoca; esto lo rechazamos puesto que, tal concepción importaría arribar a una suerte de “moral del pueblo”, “sentir del pueblo” o “*völksgesist*”, del que precisamente el autor reseñado postula que desea apartarse. Un parámetro tal es inaprensible, y aun de existir, la aproximación al mismo sería desde la concepción personal del intérprete.

²²¹¹ Esto vuelve sobre la temática que ya hemos desechado en su abordaje, acerca de si puede ser objeto de apreciación libre cualquier elemento de la proposición jurídica, esto es, “libre apreciación del supuesto de hecho” y “libre estimación de las consecuencias jurídicas”, importa pues se ha sostenido que la verdadera apreciación libre se refiere, siempre o en la mayoría de los casos, a las consecuencias jurídicas. Este tema debe quedar pendiente pues no es nuestro objeto de estudio, sin embargo, la distinción debe señalarse, pues tanto en uno como en otro caso se trata de una verdadera apreciación libre por el jurista.

²²¹² La posición que entiende que la libre apreciación no es personal, recurre a baremos sustentados en intereses superiores de la comunidad y del bienestar general. El problema de esto es que, tales baremos, son susceptibles también de interpretación; con lo que, de igual forma, se cae en las manos de la apreciación personal del jurista que es lo que procuran evitar.

²²¹³ Tan es así, que la jurisprudencia ha efectuado notables esfuerzos para encajar a los mismos como respetuosos del principio de legalidad, cuando es palmaria la vulneración de éste principio de la Ilustración. Ver Anexo IV acápite XVI, se presenta un ejemplo paradigmático de lo dicho en el texto en la jurisprudencia argentina.

²²¹⁴ Ver *supra* parágrafo 30 (“Lenguaje y Derecho”).

²²¹⁵ Ver *supra* parágrafo 36 (“La corrección de los enunciados normativos. El Derecho correcto”).

necesario desarrollar un argumento moral (recurrir a estándares por fuera del material normativo aportado por el Legislador) para resolver el caso; pero en estos casos, los jueces tienen discreción para determinar el contenido del Derecho. Esta afirmación importa una toma de posición respecto a la tesis según la cual, el uso de conceptos normativos, incorpora normas morales al Derecho que limitan la discreción judicial y suministran respuestas jurídicamente correctas.

Los conceptos normativos, al involucrar valores, carecen de autonomía semántica (v.g. “buen padre de familia”, “culpa grave”, precio vil”, *et sit cétera*), su significado profundo se asemeja al de proposiciones evaluativas o justificatorias, su objetivo no es conocer el mundo, sino modificarlo, desde el hontanar político o axiológico. “Deshonroso”, “contra las buenas costumbres”, *et sit cétera*, no son hechos constatables, sino *predicados de valor* que la ley presupone que pueden o no ser aplicables al comportamiento a enjuiciar; designan una cualidad valorativa que corresponde a tal o cual comportamiento, “Por supuesto que al juez llamado a decidir no le dice ningún códex de costumbres en el que pudiera subsumir el hecho, cuál es la valoración correcta en el caso concreto. Antes bien, debe realizar el mismo e cada caso concreto la valoración exigida en el supuesto de hecho, pudiendo orientar su decisión solamente a ciertos criterios de comparación que se han formado ya en el tráfico o en la práctica judicial.”²²¹⁶. Se ha pretendido sustentar su naturaleza descriptiva de estándares normalmente usados en la práctica jurídica para evaluar, en forma intersubjetivamente controlable el marco que se procura regular (v.g. “la conducta del buen padre de familia”, “si ha mediado culpa grave”, “se ha abonado un precio vil”, *et sit cétera*). Estos enunciados se deslizan por la línea de cómo debería ser la sociedad, y desde el ángulo de la dogmática jurídica –que es lo que aquí nos interesa-, cómo debería ser el Derecho en términos axiológicos, morales o ideológicos. El problema aquí, es si existe algún tipo de control racional para las expresiones normativas, si es dable o no arribar a algún acuerdo intersubjetivo sobre los criterios de sus alcances.

El problema estriba en el soslayamiento del principio de máxima taxatividad legal interpretativa, que todo dogmático penal procura evitar sostener; estos son conscientes de que la utilización de conceptos normativos exige de los jueces tomar decisiones que no

²²¹⁶ LARENZ, KARL; *op. cit.*, pág. 194.

pueden ser racionalmente controladas y, de esta manera, se afecta la aplicación imparcial del Derecho, reduciendo la certeza e incrementando las controversias acerca de la corrección o incorrección de una conducta. El desacuerdo y la controversia son un rasgo central de nuestras prácticas morales y ello ha sido considerado como un síntoma de que los juicios morales no son verdaderos ni falsos, sino que únicamente expresan las preferencias de los individuos. En este sentido, FERRAJOLI sostiene que un concepto valorativo

“... al referirse a una actitud de desaprobación del sujeto que lo pronuncia, es absolutamente inverificable e irrefutable y es más bien un acto de valoración basado en una opción subjetiva y meramente potestativa.”²²¹⁷,

para él, una exigencia de ‘estricta legalidad’ prohíbe que las leyes penales usen conceptos sustanciales que sean condición suficiente para la configuración de los delitos y cuya aplicación sólo puede decidirse mediante juicios de valor²²¹⁸. No sería admisible una formulación de leyes penales que tipificasen conductas sólo mediante expresiones valorativas tales como ‘escándalo público’, ‘actos obscenos’, ‘razonabilidad’; si las leyes penales se formularan mediante expresiones valorativas no sería posible identificar objetivamente la clase de comportamientos y situaciones que el Legislador ha prohibido, y ello dejaría al intérprete un amplio margen de discreción al momento de aplicar las normas. De este modo, tanto la certeza jurídica como la imparcialidad en la aplicación del Derecho se ven afectados por la regulación de conductas mediante conceptos valorativos. Si se acepta este enfoque de los juicios morales, entonces como señala MORESO,

“... es importante darse cuenta de que la presencia de conceptos valorativos en las normas penales constituiría un problema mucho más grave que el de la vaguedad de los conceptos, porque al fin y al cabo los conceptos vagos son sólo problemáticos en los casos marginales de aplicación, mientras que los conceptos valorativos, con arreglo a esta concepción serían problemáticos en *todos* sus casos de aplicación.”²²¹⁹

FERRAJOLI señala dilema, que nos impone optar entre conceptos descriptivos, que pueden ser aplicados sin necesidad de desarrollar argumentos morales, y conceptos normativos (valorativos según la terminología del autor), que implican en la práctica una delegación de poder para la aplicación discrecional de las leyes penales. Sin

²²¹⁷ FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón*, cit., pág. 123.

²²¹⁸ FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón*, cit., pág. 375.

²²¹⁹ MORESO, JOSÉ JUAN, *Principio de legalidad...*, cit., pág. 530.

embargo, esta discrecionalidad, en algunas opiniones, importa que cuando un juez aplica un concepto normativo no es necesario que use a sus propias valoraciones en una determinada situación, sino que puede intentar determinar a qué cosas se refieren los miembros de su comunidad mediante esos conceptos; un concepto normativo puede usarse para valorar, como así también para reflejar ciertas valoraciones compartidas por los miembros de una comunidad²²²⁰.

Por consiguiente, el uso de conceptos valorativos en la formulación de las normas penales, no es equivalente a conferir automáticamente a los jueces la posibilidad de valorar discrecionalmente a qué se refiere el Legislador. Un juez, al momento de aplicar un concepto valorativo, puede usar esa expresión de la misma manera en que la emplean en su comunidad, y los márgenes de su discreción dependerán de la precisión con que la comunidad utilice a ese concepto;

“...no presupone que los jueces impongan sus propios puntos de vista morales y sustituyan a las decisiones del legislador, él parece cumplir con las aspiraciones que fundamentan a nuestro ideal del Estado de Derecho.

“Tampoco puede pensarse que en un Estado de Derecho sea *a priori* ilegítimo el procedimiento consistente en que el legislador se remita a valoraciones existentes en otros campos de normas, jurídicas o extrajurídicas, en lugar de valorar él directamente. Y esto es así porque precisamente en tal remisión se encierra la valoración del legislador...”²²²¹

ATIENZA y RUIZ MANERO, en digresión que compartimos, no rechazan que los jueces puedan, como una cuestión de hecho, aplicar de manera neutral los predicados valorativos; sino que niegan que exista necesariamente una norma que expresamente imponga a los jueces un deber de aplicar de esa manera a esos conceptos²²²². Es contingente, que un sistema jurídico establezca de manera expresa que los jueces tienen que aplicar de manera neutral a los conceptos valorativos y, en el Derecho Argentino, no existe una norma similar. NAVARRO critica esta tesis pues entiende que los profesores de la Universidad de Alicante, no distinguen entre normas expresamente formuladas y normas

²²²⁰ ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO; *Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico*, en ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO, *Análisis Lógico y Derecho* (Prólogo de G.H. von Wright), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pág. 315.

²²²¹ NAVARRO, PABLO; *Taxatividad y conceptos valorativos*, cit., pág. 11. En el segundo apartado el autor cita a FULGENCIO MADRID CONESA: *La legalidad del delito*.

²²²² ATIENZA, MANUEL y RUIZ MANERO, JUAN; *Ilícitos atípicos*, cit., pág. 45.

derivadas en un sistema normativo; el deber de los jueces puede surgir de otras normas del sistema y, por ello, podría todavía sostenerse que es innecesario formular esa norma de manera expresa cuando, como ocurre en el marco de un Estado de Derecho, los jueces tienen el deber de aplicar estrictamente las leyes penales. Pero va más allá aun y destaca que

“En general, los jueces están obligados a fundar sus decisiones en derecho y, en particular, los jueces competentes en cuestiones criminales están estrictamente obligados a aplicar la ley penal. Este deber se encuentra consagrado en diferentes textos normativos y es usual anclar su contenido normativo en disposiciones con jerarquía constitucional. De este deber expresamente consagrado se deriva la obligación de usar las *normas* que el legislador ha formulado. Es importante subrayar que no es posible cumplir ese deber invocando otras normas diferentes, aun cuando esas otras normas pueden ser semejantes a las promulgadas por la autoridad, o incluso cuando el juez piense que esas otras normas son más justas o convenientes.”²²²³

En torno a una noción como la que postula éste autor, es decir, de vinculación de los jueces a las normas que formula la autoridad, con restricciones en su tarea interpretativa, ya hemos hablado *supra*²²²⁴; pero vale destacar que la postura preresñada la hemos rebatido en el entendimiento de que el sentido de las normas puede cambiarse mediante la reinterpretación del significado del texto formulado por la autoridad, y para ello suelen invocarse principios o estándares de oportunidad que justifiquen ese apartamiento.

La resistencia a una tesis como la esgrimida en éste trabajo, se halla en que la asignación de significado literal a un texto legislativo es especialmente relevante en la búsqueda de taxatividad de las leyes penales. De donde se sostiene dogmáticamente que, en materia penal, los jueces no sólo tienen que invocar las *leyes* que el Legislador promulga sino que tiene que aplicar las *normas* que la autoridad introdujo mediante esos textos legislativos; la libertad de los jueces para cambiar las normas penales mediante interpretación, se entiende, está notablemente acotada, pues, a los tipos penales, en *pro* de la determinación de la materia que los jueces tienen que manejar, se les añaden los principios específicos de ésta rama del Derecho. Sin embargo, tales asertos, sólo se

²²²³ NAVARRO, PABLO; *Taxatividad y conceptos valorativos*, cit., pág. 13.

²²²⁴ Ver especialmente parágrafo 43 (“Aplicación rigurosa de la ley”, un análisis de Bacigalupo respecto del art. 4.3º del CP Español”).

sostienen a modo de petición de principio, al resolver, los jueces no se ven acotados por éstas restricciones, y sostener un panorama como éste importa dar por tierra con algunos de los pilares básicos del Derecho Penal como ya hemos analizado²²²⁵.

La primacía del sentido ordinario de las palabras, no se pierde automáticamente cuando el Legislador usa conceptos normativos. Después de todo, el uso de estos conceptos también está asociado a instancias paradigmáticas que fijan – de manera más o menos precisa – su significado. Por caso, la aplicación de la agravante de *ensañamiento* en casos de homicidio requiere constatar un sufrimiento especial de la víctima (art. 80.2° del Código Penal argentino). Pero también existen supuestos de hecho donde los jueces tienen que recurrir al desarrollo de argumentos adicionales para decidir sobre la correcta solución del caso. A pesar de todo, nadie afirmaría allí que el juez ha violado su deber de decidir conforme a Derecho.

NAVARRO entiende que los conceptos valorativos también están dotados de un contenido descriptivo, que es lo que permite aplicar de manera *neutral* esos predicados. El Legislador usa determinadas expresiones – valorativas y, también, no valorativas - sólo porque ellas tienen un cierto significado. A efectos de cumplir con el deber de aplicar las normas formuladas por la autoridad, los jueces tendrían que capturar ese sentido específico. Para éste autor, en general, nuestro uso del lenguaje – descriptivo, valorativo, *et sit cétera* - no se basa en el conocimiento del grado de consenso que se requiere para que una palabra tenga un determinado significado en la comunidad (postura de JOSÉ JUAN MORESO). No empleamos correctamente el lenguaje porque seamos capaces de indicar qué grado de consenso respalda la aplicación de nuestras palabras. Más bien, nuestro lenguaje funciona como herramienta de comunicación, porque *de hecho* clasificamos cosas similares de la misma manera. Con independencia de las *razones* que guían nuestras clasificaciones, coincidimos en el *modo* en que usamos las palabras generales²²²⁶.

Sin embargo, ésta construcción de neutralidad para la intelección de los conceptos normativos, es más propia de la utilización del lenguaje en la comunicación cotidiana, que del lenguaje jurídico. Allí, los desacuerdos entre los miembros competentes de una comunidad lingüística es característico de la vaguedad de los conceptos y,

²²²⁵ Ver *supra* Capítulo V (“El Principio de Legalidad”).

²²²⁶ NAVARRO, PABLO; *Taxatividad y conceptos valorativos*, cit., pág. 18.

precisamente por ello, este tipo de indeterminaciones representa un desafío típico a la exigencia de taxatividad.

Siempre hay un margen de controversia acerca de la posible aplicación de los conceptos, lo que lleva a señalar a NAVARRO que la incapacidad para determinar el grado de consenso requerido para que haya aplicaciones ‘correctas’ de una expresión, se trataría de una conclusión que tendría que generalizarse también a los predicados descriptivos²²²⁷. Esto es también erróneo, pues los predicados descriptivos son capaces de hallar un consenso en la comunidad no jurídica (máxime que al utilizar los mismos el Legislador no se ha apartado del uso común, de donde los jueces deben limitarse a su aplicación de conformidad con las situaciones que ellos caracterizan), en tanto que los conceptos normativos precisan necesariamente de una construcción jurídica para su intelección, de allí que en tales casos haya razones de peso para descartar un enfoque neutral (aunque fuera conveniente su utilización) de la aplicación de tales conceptos.

Como ya se examinó, MORESO diferencia en el campo de los conceptos normativos, los densos de los ligeros. Los conceptos ligeros tienen escaso contenido descriptivo, y correlativamente, en gran medida su aplicación genera controversias, mientras que los conceptos valorativos densos dan lugar a menos complicaciones al momento de su aplicación. Estos últimos son conceptos que conllevan una ‘carga cultural’ que permite a los miembros de una determinada comunidad usarlos tanto como base para el conocimiento de hechos de naturaleza moral, como también como guías de la acción. Esta distinción si bien puede ser útil para delimitar entre conceptos valorativos con más o menos contenido informativo, en modo alguno, como ya se señaló²²²⁸, puede idearse con el objeto de delimitar el grado de discrecionalidad judicial para acotar la interpretación. MORESO puntúa en la vaguedad de los conceptos antes que en el contenido informativo de estos²²²⁹.

Sin embargo, la distinción entre conceptos normativos densos y ligeros, al ser una cuestión de grado, es incierta. Además, ¿qué grado de precisión tiene que tener un concepto para ser denso? Sólo si es posible responder esta pregunta tiene sentido utilizar la distinción entre conceptos densos y ligeros como solución al problema de la taxatividad.

²²²⁷ NAVARRO, PABLO; *Taxatividad y conceptos valorativos*, cit., pág. 19.

²²²⁸ Ver *supra* parágrafo 44 (*El Principio de Máxima Taxatividad Legal Interpretativa*).

²²²⁹ MORESO, JUAN JOSÉ; *Principio de legalidad...*, cit., pág. 531.

“De esta manera, la distinción entre ambos tipos de conceptos valorativos sería una vía tan poco prometedora como la de la aplicación neutral de los predicados valorativos.”²²³⁰

El problema de los conceptos normativos, es que imponen a los jueces una tarea inadmisibles en un estado de Derecho: decidir discrecionalmente la solución de los casos penales. Contra ello MORESO pretende mostrar que estos enunciados son aptos para la verdad o falsedad y que, por ello, su aplicación no deja al juez las ‘manos libres’ para una decisión discrecional; en tanto que NAVARRO pretende lo mismo, pero desde un enfoque neutral de los conceptos normativos. Para MORESO el Derecho contemporáneo incorpora pautas morales que guían las decisiones de los jueces y evita la discrecionalidad (v.g. las causas de justificación son conceptos valorativos densos que expresan razones morales que los jueces tienen que tener en cuenta para determinar la atribución de responsabilidad). En la realidad, los conceptos normativos, no incorporan pautas morales, sino que son la puerta para que a través de la discrecionalidad judicial, tales pautas se filtren, aportando material extra para las decisiones respecto del creado por el Legislador²²³¹.

Los límites del ordenamiento jurídico se manifiestan en diferentes situaciones de indeterminación, por caso ante la vaguedad de los conceptos, donde se regula la conducta de manera imprecisa. En esos supuestos, los jueces tienen que decidir si una situación puede subsumirse en el alcance de una cierta norma, y para esa decisión desplegarán usualmente una amplia gama de recursos interpretativos que racionalizan su elección. Esas decisiones discrecionales son guiadas por pautas de racionalidad o moralidad.

Las tesis positivistas, por caso la de JOSEPH RAZ, niegan la incorporación de la moral en el Derecho, y consideran que los conceptos valorativos sólo confieren discreción a los jueces. Por el contrario MORESO defiende que cuando el Legislador usa conceptos valorativos densos, incorpora normas morales al Derecho positivo; en esas ocasiones, las normas morales son pautas jurídicamente vinculantes para los jueces, ellos tienen que desarrollar un razonamiento moral para identificar el contenido del Derecho, y, por ello, no es verdad que sus decisiones sean discrecionales. Pero estos panoramas parcializados pierden de vista el todo, parece más adecuada la tesis de cierre de MORESO en

²²³⁰ La crítica, con la que coindimos, en NAVARRO, PABLO; *Taxatividad y conceptos valorativos*, cit., pág. 22.

²²³¹ Ver *supra* parágrafo 36 (“La corrección de los enunciados normativos. El Derecho correcto”).

su ensayo²²³², en cuanto que las discrepancias morales impiden soluciones paradigmáticas y ello abre un espacio para el ejercicio de la discreción judicial, el ingreso de la moral en el Derecho permite únicamente limitar –pero no eliminar- la elección que tienen que efectuar los jueces, de tal manera que sus decisiones no sean plenamente discrecionales, sino que se encuentren sometidas a pautas de consistencia y articulación de sus elecciones.

La interpretación fuerte de la incorporación de valores y normas morales, niega que los jueces tengan discreción en el caso que tengan que aplicar conceptos valorativos. La incorporación de pautas morales ofrecería, de acuerdo a esta interpretación, *siempre* una respuesta correcta que excluye la necesidad de elección judicial; ésta es la postura de DWORKIN para entender que sólo existe una interpretación posible. Esta tesis tiene por problema, entre otros, que sin reglas específicas que impongan soluciones en casos marginales, la vaguedad de un concepto impide encontrar una única respuesta correcta; en estos casos de penumbra, los jueces tienen que decidir nuevamente sobre la referencia de un determinado concepto. Si los conceptos valorativos padecen de vaguedad, incluso en grado mayor que otro tipo de conceptos, entonces será mayor el margen de discrecionalidad que confieren a los jueces en la aplicación del Derecho²²³³.

Al señalar MORESO que

“...si el Derecho remite a la moralidad entonces se deberá recurrir a ella para identificar lo que el derecho prescribe y que, por lo tanto, por una parte, puede ocurrir – aunque no es necesario – que la validez de las pautas jurídicas dependa de la moralidad y, por otra parte, los jueces no tienen siempre discreción al aplicar pautas morales a las que el derecho remite...”²²³⁴

Aquel autor, sólo actúa en otro ámbito, como los positivistas, en tanto que para estos todo está en la legislación positiva, para MORESO, no habrá discrecionalidad por cuanto la moral integra el material aportado por el Legislador.

En la realidad, los jueces en muchos de los casos (sin recurrir a la noción de casos oscuros o marginales y claros), precisan elegir la mejor solución sobre la base de razones morales, pero la decisión es discrecional²²³⁵. Ciertamente en gran cantidad de supuestos en la aplicación del Derecho (paradigmáticamente cuando se emplean conceptos

²²³² MORESO, JOSÉ JUAN; *Principio de legalidad...*, cit., pág. 545.

²²³³ En éste sentido NAVARRO, PABLO; *Taxatividad y conceptos valorativos*, cit., pág. 26.

²²³⁴ MORESO, JOSÉ JUAN; *Principio de legalidad...*, cit., pág. 542.

²²³⁵ Ver *supra* parágrafo 36 (“La corrección de los enunciados normativos. El Derecho correcto”).

normativos), las propias convicciones morales del juez no juegan papel alguno para determinar la solución correcta del caso; pero en otros supuestos (v.g. casos difíciles, pero no solamente en estos²²³⁶), el juez no tiene más remedio que desplegar un razonamiento moral para identificar el contenido del Derecho, pero en este caso su decisión es discrecional y no puede defenderse como la única respuesta correcta.

Para negar la existencia de discreción, hace falta mostrar que la aplicación de los conceptos valorativos, siempre puede ser calificada como correcta o incorrecta. Pero, si se admite con MORESO, que los conceptos valorativos padecen de vaguedad, ello es incompatible con la existencia de una única respuesta correcta. Si la aplicación de un concepto valorativo en un caso de vaguedad es un problema semántico, hay que admitir que no existe una respuesta correcta en ese caso²²³⁷.

En síntesis, el desarrollo del razonamiento moral no es para *identificar* el contenido del Derecho sino, una manera de crear Derecho a partir del material jurídico existente, mediante la introducción de estándares diversos a las leyes establecidas por la autoridad.

²²³⁶ Ejemplos de que los jueces despliegan razonamientos para justificar decisiones contrarias a las reglas, aun en los llamados *casos fáciles* son traídos por SCHAUER.

Por caso, la responsabilidad por productos defectuosos en Nueva York en 1916 eran exclusivamente del vendedor del producto, el fabricante, como no participaba de la transacción con el consumidor final (que sufría perjuicios por el producto defectuoso), no era responsable. En el caso “*MacPherson v. Buick Motor Co.*”, el juez BENJAMÍN CARDOZO de la Corte de Apelaciones de Nueva York señaló que los fabricantes, aun cuando no participaran en la operación, podían ser responsables frente a los consumidores.

Otro ejemplo lo constituía la regulación de los contratos en Nueva Jersey (1960), donde se entendía que la renuncia del consumidor a una garantía era válida salvo que dicha renuncia tuviera por fuente un acto fraudulento del fabricante o vendedor. Sin embargo, en “*Henningsen v. Bloomfield Motors Inc.*”, la Corte Suprema de Nueva Jersey resolvió que tales renunciaciones eran nulas incluso en ausencia de fraude, “cuando fueran excesivas y la naturaleza del rubro no suministrase una genuina oportunidad para que el consumidor pudiera negociar cláusulas distintas en el contrato”.

SCHAUER indica que la clave de estos casos “...reside en el hecho de que no se trató de casos en los que no hubiese ninguna regla en el momento de la decisión, ni tampoco se trató de casos en los que una regla posiblemente aplicable fuese vaga o de alguna otra forma indeterminada. Por el contrario, al tiempo en el que los jueces debieron decidir estos casos, los abogados de las respectivas jurisdicciones podrían haber identificado reglas que parecían aplicables a sus supuestos fácticos. Nos equivocáramos si concibiésemos a estos casos como situaciones no previstas por el derecho preexistente, o como subsumibles en lagunas del derecho preexistente, o como si sólo constituyeran casos de penumbra de las reglas existentes. *Desde el punto de vista de la imagen que se tenía entonces acerca de las reglas existentes, no se trataba de casos difíciles sino de casos fáciles.*” (el resaltado nos pertenece) (SCHAUER, FREDERICK; *op. cit.*, pág. 239).

²²³⁷ NAVARRO, PABLO; *Taxatividad y conceptos valorativos*, cit., pág. 29. El profesor de la Universidad Nacional del Sur resalta que algunos autores defienden, en Teoría del Derecho, un enfoque epistémico de la vaguedad de los conceptos, (v.g. ALCHOURRÓN y BULYGIN), y ello se complementa con su visión neutral de la aplicación de los predicados valorativos.

Otra cuestión vinculada a la anterior (conceptos indeterminados y conceptos normativos) es la de las *cláusulas generales*. Con el objeto de sortear la legislación por “cláusulas generales” (es una redacción expresiva de los supuestos de hecho que abarca con gran generalidad un campo de casos y les señala su correspondiente tratamiento jurídico), el Legislador suele recurrir a una “configuración casuística” del supuesto de hecho; ello implica un conjunto de presupuestos que condicionan a la ordenación jurídica de la consecuencia jurídica, abarca

“grupos de casos especiales en su específica peculiaridad”

Así puede legislarse, o bien enumerando conjuntamente los diferentes supuestos de hecho del delito que deban tener una consecuencia, o bien se crea un supuesto de hecho unitario de la acción permitida; en éste último caso, en vez de una formulación casuística, aparece una cláusula general²²³⁸.

Las “cláusulas generales” suelen no estar bien vistas en un Estado de Derecho, pues se las considera inconciliables con el *principio de legalidad*, que precisa una cierta casuística para ser respetado en el entendimiento que le otorgaba la Ilustración. Esto es relevante, pues la legislación argentina (y la de muchos otros países) recurre frecuentemente a la moral y las buenas costumbres.

Por otra parte, debe señalarse que las “cláusulas generales” y el “método casuístico”, no siempre se excluyen recíprocamente dentro de una rama del Derecho, sino que pueden complementarse (v.g. art. 172 del C.P. argentino –estafa- y los supuestos señalados por los arts. 173 –defraudaciones especiales-, 174 –defraudaciones agravadas- y 175 –defraudaciones atenuadas-). Una vinculación recomendable, en alguna medida, entre el método casuístico y la cláusula general es el llamado “método ejemplificante”.

Ahora bien, la relación entre las “cláusulas generales” y los conceptos indeterminados, normativos y libres de apreciación, es insoslayable. Si bien no todos estos últimos son “cláusulas generales” –esta tiene una generalidad de que carecen los otros conceptos-, ni tampoco puede sostenerse que dichas cláusulas sean simultáneamente, la mayoría de las veces, cláusulas de criterio libre, a lo que se suma que en alguna medida las “cláusulas generales” detentan una pretensión de determinación pues se sirven de conceptos

²²³⁸ ENGISCH, KARL; *Introducción al...*, cit., pág. 143.

descriptivos, y no contienen ninguna delegación de apreciación libre pues apuntan a valoraciones objetivas.

Las “cláusulas generales” no poseen desde el punto de vista metodológico, ninguna estructura peculiar, no precisan ningún proceso mental especial más allá del que requieren los conceptos normativos o indeterminados. A lo sumo aumentan la distancia entre otros conceptos frente a los conceptos determinados. Su distinción se encuentra en el campo de la técnica legislativa, debido a su generalidad, viabilizan someter íntegramente un grupo mayor de situaciones de hecho a una misma consecuencia jurídica.

La casuística, por el contrario, corre el riesgo de manejar el material jurídico de forma fragmentaria y provisional. Ello se evita, precisamente, utilizando “cláusulas generales”.

Ahora sí, reflexionando sobre estas cuestiones y el acto de interpretación de la ley, corresponde repreguntarse si los conceptos normativos, indeterminados y las “cláusulas generales” -que existen en la ley-, constituyen criterios valorativos objetivos o autorizaciones para una valoración propia; criterios vinculados o criterios verdaderamente libres; ya algo se adelantó en éste mismo apartado en contra de la *posición valorativa neutral*, pero interesa ahondar un poco más en torno a ésta cuestión. No podemos soslayar que los conceptos normativos tienen, como una importante función, el permanecer abiertos al cambio de las valoraciones, valoraciones que son, en definitiva, una cuestión de conocimiento. Las decisiones individuales, mediante las cuales se “concretan” conceptos normativos necesitados de complementación valorativa, constituyen una especie de interpretación de estos conceptos.

Los conceptos normativos tienen una peculiaridad, de la que a menudo, carecen los conceptos descriptivos, utilizando las valoraciones a que están referidos, pueden acomodarse “elásticamente” a las condiciones especiales de cada caso y a los cambios que sobrevienen en las concepciones valorativas.

El juez que tiene que referir un caso individual a un concepto normativo, realiza una concreción de tipo especial; determina y precisa las ideas fundamentales que necesitan complementación valorativa, recurriendo a la valoración actual, pero no obtiene dicha determinación del concepto en cuanto tal, además tiene en cuenta, las características especiales del caso a juzgar.

Esto llama la atención sobre una cuestión, los conceptos normativos, dan una nueva dirección al razonamiento jurídico en la aplicación de la ley.

Que los conceptos empíricos sean a menudo indeterminados (v.g. nocturnidad), dificulta la interpretación en los casos concretos, e impone un valladar a la subsunción que en ella se basa, obligando a quien aplica la ley a hacer una reflexión especial. Aquí nadie puede sostener sin más que la aplicación de la ley es un proceso mecánico o que el juez es la “boca de la ley” (MONTESQUIEU).

Dos caminos se abren, veamos el primero.

Es ampliamente difundido el criterio que opina que, existen concepciones morales fundamentales que deben guiar al juez; son decisivas las circunstancias del caso concreto, contempladas desde el punto de vista del marco social. Estos ambientes sociales son los que otorgan al orden jurídico estatal respectivo, criterios de decisión. Al encontrarse el juez dentro de este círculo debe decidir conforme a las valoraciones sociales, considerando su propia sensibilidad moral sólo si no es exclusiva en exceso.

No interesa el punto de vista eminentemente personal, sino lo que en el medio ambiente en cuestión se piensa. El juez no puede dejar de tener en cuenta aquello que se llama “ley moral objetiva” y que el Legislador ya reconoce.

Se hace una remisión a un círculo de normas metajurídicas, que no sólo son referencias a formas de conductas cambiantes en una sociedad dada, sino también mandatos morales; cuya obligatoriedad descansa en el orden de los valores y en el orden de las proposiciones del deber ser que rigen la vida humana en común (v.g. la moralidad sexual).

La valoración propia, del juez, es un elemento material de conocimiento, pero no el último criterio válido de conocimiento, sino un eslabón en la cadena de múltiples valoraciones igualmente válidas.

El otro criterio, postula que, la actividad del juez en este escenario, es un tipo de conocimiento encaminado a comprobar lo que tiene carácter valioso para comprender lo que es inequívocamente justo en la especie. Se confía en el cumplimiento fiel de una línea personal, que garantiza mejores decisiones, que la búsqueda insegura de puntos de vista “objetivos”.

Estos casos jurídicos de valoración transforman a quien aplica la ley en un verdadero creador de Derecho, en un Legislador del caso individual.

Nosotros entendemos que, el criterio personal del juez, es el que prima en las decisiones individuales; como venimos sosteniendo, de todas formas, ciertamente debe respetarse siempre la prohibición de cometer una “arbitrariedad”²²³⁹. Así, el juez penal que impone una sanción, que dentro de ciertos límites, es discrecional, no puede hacer uso del tope más alto por motivos puramente personales. Debe señalarse que en el manejo del criterio libre hay que evitar exageraciones en la interpretación y la mala utilización de aquel. La arbitrariedad y la falta de vinculación total, no pueden ser los pilares de una decisión en un supuesto dado, prescindiendo de las limitaciones legales y supralegales de la decisión personal, rigen reglas teleológicas y axiológicas; que si bien ciertamente no pueden determinar materialmente de una forma exacta la decisión, le dan un respaldo lógico.

Así como el Legislador está orientado en su obra, por las circunstancias individuales e históricas, lo mismo acaece con la aplicación del Derecho. El Derecho es en todas sus formas algo viviente que se encuentra vinculado a las personas que lo *crean*, al darle origen (ley) o al aplicarlo (sentencias). Como se ve, el encargado de aplicar el Derecho al caso singular, tiene poder y oportunidad para dominar en forma justa y funcional, la situación concreta de acuerdo con su peculiaridad.

Además, la tesis de la moral ya incorporada al Derecho (v.g. MORESO), se ha visto que adolece del mismo problema que le achaca al positivismo, éste último pretende que el Derecho está completo con el material legislativo, aquella otra tesis, entiende que el Derecho está completo con las leyes y las normas morales incorporadas a aquel.

²²³⁹ Este también es un criterio de valoración, y a los fines de no caer en un regreso *ad infinitum*, lo dejaremos, por ahora, como criterio último de valoración.

§50.- La actividad creadora del juez ante las “lagunas” y las “reglas injustas”.

Insuficiencias del Derecho. El Derecho formado y el Derecho no formado (Stammler). La idea de laguna en el Derecho. La inevitabilidad de las lagunas. Intentos de delimitación (Stammler, Bierling, Binder y Cossio). Lagunas de la ley o del ordenamiento jurídico. La actuación supplendi y corrigendi causae. Lagunas técnicas. Métodos de llenado de lagunas. Lagunas de la ley y lagunas de regulación (Larenz). Los defectos. Lagunas ocultas y lagunas abiertas. Notas de la noción de lagunas. Principios jurídicos suprapositivos y lagunas. La plenitud hermética del Derecho. El espacio no sometido a regulación jurídica. El papel hermenéutico del juez: erradicación de las lagunas (Kelsen). Origen histórico de las lagunas. Diferencia entre lagunas y adiaphorias. Clasificaciones de lagunas: Klug, Conte, Bobbio, Perelman, Brunetti, Raz, Alchourrón y Bulygin. Falta de conocimiento. Lagunas normativas. Lagunas de conocimiento. Lagunas de reconocimiento. Posiciones en torno a las lagunas normativas. La ausencia de discreción ante las lagunas (Atria). La presencia de discreción (Navarro). La tesis de la ausencia de lagunas. Sentencias declarativas y normativas. Normas de competencia y normas de obligación. El rechazo de la tesis de Alchourrón y Bulygin. El rechazo de la demanda (Atria). El problema penal. Complementación jurídica. Lagunas provocadas e involuntarias. Aplicación secundum legem. Eliminación praeter legem de las lagunas. Lagunas axiológicas. Tesis de relevancia e hipótesis de relevancia. El hueco o vacío legal y las lagunas. El Derecho que habla con voz incierta, con muchas voces y el mudo. El Derecho defectuoso. Contradicciones técnicas legales. Contradicciones entre normas. Contradicciones de valoración. Contradicciones teleológicas. Contradicciones de principio. El razonamiento analógico y la abducción. Analogía legal y jurídica. Apelación a principios jurídicos.

Hemos visto en el párrafo anterior, la primera de las actividades creadoras del juez, orientada por juicios de valor y decisiones de voluntad cuando de aplicar una regla se trata, y se enfrenta a la existencia de conceptos indeterminados, normativos o cláusulas generales. Vinculado ello a los métodos interpretativos.

Debemos ahora examinar, según el esquema que nos hemos propuesto, las vías de pensamiento del encargado de aplicar la ley frente a dos cuestiones más: a) las lagunas y b) las reglas injustas. Ambas, según las teorías tradicionales en la materia, son *insuficiencias* y representan variantes incompletas del Derecho.

STAMMLER, estudiando el tema, señalaba que dentro del Derecho positivo era dable distinguir entre el *Derecho formado* y el *Derecho no formado* (i.e. que aun hay que elegir). Por Derecho formado, entendía las proposiciones que de antemano

determinaban la decisión para los casos futuros. El Derecho no formado, en cambio, dejaba pendiente la solución

“...constatándose después, cuando se produce un caso determinado, en indicar al juez que ‘para decidir ha de elegir aquella proposición jurídica, entre las distintas que se le ofrecen, que esté situada en la dirección de la idea del Derecho.’. Según STAMMLER, existe por ejemplo tal indicación cuando la ley remite al juez para la decisión a la ‘buena fe’, a las ‘buenas costumbres’, a su ‘equitativo arbitrio’ o a ideas rectoras análogas.”²²⁴⁰;

en esos casos, el juez no halla en las reglas, la que es apropiada para subsumir el caso, sino que elige aquella más apropiada conforme a ideas de justicia. Ante la misma encrucijada, según STAMMLER, se halla el juez en los casos de Derecho formado pero que presentan lagunas que no pueden ser integradas mediante el esclarecimiento de la idea a la que se ha querido aludir²²⁴¹.

Algunos de los autores que se ocuparon del problema de las lagunas del ordenamiento en Europa Central en el inicio del siglo XX, y que se consideran lecturas obligatorias para quien quiera ahondar en el tema desde este punto de vista, son los siguientes: EUGEN EHRLICH, *die Juristische Logik* (1925), KARL BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, ERNST ZITELMANN (1852-1923), *Lücken im Recht* (1903) DONATO DONATI (1883-1950), *Il problema delle lacune de'll ordinamento giuridico* (1910). También se podrían consultar algunos textos de FRANCOIS GÉNY y G. BRUNETTI. Por otro lado, consideramos que el esfuerzo en el resumen y análisis de los títulos a los que aquí referimos resultaría poco proporcional para el objeto y el rendimiento de la presente investigación.

Se ha dicho que la

“ausencia de toda norma con autoridad es vivida (*felt*) como una falta, como un defecto o ‘laguna’ en el derecho, que el juez debe suplir. Éste lo hará decidiendo la concreta situación planteada en la forma que estime justa, y al mismo tiempo tratará de justificar su decisión destacando aquellos puntos del caso que le parecen relevantes... Por medio de una serie de decisiones referentes a circunstancias

²²⁴⁰ Cit. LARENZ, KARL; *op. cit.*, pág. 104.

²²⁴¹ LARENZ, KARL; *op. cit.*, pág. 105.

análogas (el vacío) se irá fijando en forma gradual, y hará su aparición un derecho de precedentes creado por el propio juez.”²²⁴²

Para STAMMLER las lagunas son inevitables, ya que el concepto de Derecho lleva ínsita la idea de limitación

“es imposible agotar con el instrumento de la elaboración técnica de proposiciones jurídicas el universo de posibilidades de cuestiones jurídicas que se pueden plantear en un momento determinado”²²⁴³,

ningún Legislador puede prever todos los supuestos ni responder exhaustivamente a la infinita miríada de cuestiones jurídicas posibles; por ello, el Derecho formado, para STAMMLER, constituye en todas las épocas, sólo una parte más o menos extensa, del Derecho en su totalidad, es una parte limitada y que no puede extenderse a todo el Derecho imaginable²²⁴⁴. BIERLING explicaba que sólo se puede hablar de lagunas del Derecho cuando las normas (legales, contractuales, consuetudinarias) existentes no satisfagan por completo la intención de determinadas relaciones jurídicas; por su parte SAUER decía que existe una laguna cuando la ley calla

“precisamente cuando se espera una norma jurídica para un hecho existente”;

y JULIUS BINDER señalaba que

“Existe una laguna en el Derecho cuando una exigencia al Derecho, fundamentada objetivamente por las circunstancias sociales y económicas que nos vienen dadas, no encuentra satisfacción en el Derecho.”²²⁴⁵

La discusión comienza cuando procura dilucidarse si las lagunas son sólo de la ley o también del ordenamiento. La idea de que “no hay lagunas en el Derecho, pero sí las hay en la ley” es una discusión acerca de la visión sistemática del Derecho, se refugia en el problema de las lagunas. COSSIO la llama eclecticismo, porque es una postura que trata de conciliar dos posiciones contradictorias mediante una especie de hipóstasis sobre el concepto de “ley”. Mayoritariamente la doctrina se inclina por la idea de que las lagunas

²²⁴² ROSS, ALF; *op. cit.*, pág. 131.

²²⁴³ Cit. LARENZ, KARL; *ibídem*.

²²⁴⁴ Para este autor, la integración de las lagunas, debe hacerse mediante un modo fundamentado, tendiendo a una decisión justa. Rechaza de plano el pensamiento analógico. Las formas de arribar a los principios del Derecho justo es a través de líneas directrices que no son proposiciones jurídicas: “Los principios de un Derecho justo no son más que recursos intelectuales para reconocer la idea en un querer jurídico condicionado.”: la multitud de fines que tiene el Derecho deben ser ordenados y clasificados y limitados en sus frecuentes contradicciones conforme a un criterio superior: *la idea del Derecho* (cit. LARENZ, KARL; *op. cit.*, pág. 106).

²²⁴⁵ Autores cit. en LARENZ, KARL; *op. cit.*, pág. 295.

son sólo de la ley, pues el ordenamiento ofrecería medios de autointegración para solucionarlas. Otro sector, no duda en considerar inconcebible un ordenamiento jurídico sin lagunas, lo que se engarza con el dogma de la plenitud del ordenamiento, su afirmación o negación estará vinculada a ambos aspectos: no pueden soslayarse las directrices a los jueces de comportamiento, como si el ordenamiento fuera completo.

A la “laguna” el juez la elimina mediante la complementación jurídica, actúa *praeter legem, supplendi causa*. Las “reglas injustas” se eliminan por la corrección de la ley, el juez actúa *contra legem, corrigendi causa*²²⁴⁶. WINDSCHEID decía que para completar las lagunas de la ley había que descubrir la verdadera idea del todo jurídico, las lagunas no se completaban en base a un supuesto Derecho Natural, sino en base “al espíritu del mismo todo jurídico”; se está presuponiendo que el Derecho es algo más que una suma de imperativos, que es también una conexión objetiva de sentido de la que se puede inferir mediante deducciones el miembro intermedio que falta; en cambio, respecto a la “ley defectuosa” se debe imponer la verdadera voluntad del Legislador de cara al enturbiamiento legal, es decir,

“desarrollar conforme a sus principios la ley defectuosa o imperfecta”²²⁴⁷

El límite entre ambos no es claro, pero la posición del encargado de aplicar la ley es completamente diferente en uno y otro caso.

Desde otro ángulo, puede hablarse de *lagunas técnicas* como defecto de fabricación, sólo caben dos soluciones: negar la efectividad de la disposición hasta que sea desarrollada por el Legislador, o sustituir la inactividad de éste por medio de la interpretación; con lo que el juez actúa de forma creativa, los métodos para llenar las lagunas son interminables y variados, pero siempre se destaca una división fundamental²²⁴⁸: a) *heterointegración* que consiste en solucionar las lagunas recurriendo a otro ordenamiento distinto del que se halla en vigor, o a una fuente distinta que la ley (v.g. el Derecho Natural, derecho comparado, la idea de justicia, la naturaleza de las cosas, la equidad, la doctrina – aunque este es extraño-, *et sit cétera*); b) *autointegración* consiste en solucionar las lagunas reconocidas, pero sin salir del ordenamiento, a través de diversos métodos (v.g. la analogía; los principios generales del Derecho; la interpretación sistemática, teleológica, *et sit cétera*;

²²⁴⁶ ENGISCH, KARL; *Introducción al...*, cit., pág. 161.

²²⁴⁷ Cit. LARENZ, KARL; *op. cit.*, págs. 44 y 48.

²²⁴⁸ EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER; *La argumentación en la justicia...*, cit., pág. 56 y ss.

el argumento *a fortiori*). Pero los métodos por excelencia para llenar las lagunas son la analogía y los principios jurídicos.

Definir una laguna es complejo, aunque suele sostenerse, en lo primario, que es una incompletitud contraria al plan (*planwidrige Unvollständigkeit*)²²⁴⁹, o que se trata de una insuficiencia no remediada dentro de un todo, como lo postula ENGISCH; o como una acción que no está jurídicamente prohibida ni permitida²²⁵⁰. Definir una laguna va unido al concepto mismo de Derecho, si el Derecho únicamente es legal, “laguna del Derecho” será “laguna de la ley”; así se tratará del supuesto de que, utilizando una interpretación, no sea posible obtener de la ley respuesta para una cuestión jurídica. Si concebimos al Derecho como la totalidad del “Derecho positivo”, abarca junto al Derecho legal, el Derecho consuetudinario, habrá laguna sólo cuando ni la ley, ni la costumbre puedan dar respuesta a un problema jurídico; si la costumbre proporciona una solución allí donde la ley no la da, habrá una laguna legal, pero no una laguna del Derecho²²⁵¹.

“Una laguna existe cuando falta en un ordenamiento dado una regla a la que el juez pueda referirse para resolver un conflicto que tiene planteado. Lo característico de la laguna es, por tanto, que un caso no está regulado por el derecho debiendo estarlo, es decir, no caben lagunas en abstracto, la laguna está siempre referida a un problema jurídico concreto al que el ordenamiento no da respuesta.”²²⁵²,

esta última noción nos va aproximando a la postura que finalmente adoptaremos en este apartado en el contexto de nuestro estudio.

KARL LARENZ entendía que sólo existían “lagunas de la ley”, las que se presentaban cuando una norma vigente no podía ser aplicada si no se añadía una ulterior disposición que faltaba en la ley (ZITELMANN denominaba a estas lagunas “lagunas propias”). Paralelamente existían las “lagunas de regulación”, donde no se trataba de una proposición jurídica incompleta, que no podía ser aplicada sin ser completada, sino de una regulación determinada que era incompleta en su conjunto (“lagunas impropias” para ZITELMANN); en estos casos, la regulación de un determinado sector material, no contiene

²²⁴⁹ CLAUS WILHELM CANARIS, *Die Feststellung von Lücken* citado por BALDÓ, FRANCISCO; *Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito*, Anales de Jurisprudencia, Sexta Época, nro. 248 (noviembre-diciembre), Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2000, pág. 269.

²²⁵⁰ RAZ, JOSEPH; *La autoridad del Derecho...*, cit., pág. 82.

²²⁵¹ ENGISCH, KARL; *El ámbito...*, cit., págs. 118 a 119.

²²⁵² EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER; *La argumentación en la justicia...*, cit., pág. 45.

ninguna disposición especial para una cuestión que debía ser regulada en conexión con esta regulación,

“No es que la ley no haga posible ninguna respuesta en absoluto, pues, a falta de un orden legal de consecuencia jurídica, se podría dejar el hecho en cuestión sin consecuencia jurídica alguna”²²⁵³

Pero aquí, LARENZ introduce ya una cuestión que nos servirá más adelante para explicar los reales alcances que le otorgamos en estas líneas a las lagunas, al delimitarla con las *adhiatorias*, señala el catedrático de la Universidad de Munich que sólo se puede fijar el límite entre una laguna de regulación y un “defecto”, en sentido político- jurídico (*de lege ferenda*); señalando que no implica una constatación lógico- formal, sino de una consideración independiente y crítica frente a la ley; de donde, la diferencia entre “laguna” y “defecto” viene dada por el distinto criterio de valor que se coloque en la base²²⁵⁴. También distingue LARENZ entre *lagunas ocultas* y *lagunas abiertas*, reconociendo que su frontera es fluctuante, dependiendo de que se encuentre o no expresada en la ley una proposición general respecto de la cual representaría una limitación la regla que se nota a faltar²²⁵⁵.

“Conforme a todo lo expuesto, podemos decir que existe una laguna de la ley (*de lege lata*) allí –pero sólo allí– donde la ley –medida con su propósito y con su teleología inmanente– sea incompleta, es decir, esté necesitada de complemento, y donde su complemento no contradiga una limitación querida por la ley... se tiene que tratar de una imperfección que contradiga el plan del legislador, es decir, ‘contraria al plan’.”²²⁵⁶

Asimismo, las lagunas pueden ser originarias o posteriores, y dentro de las primeras: aquellas de las que fue consciente el Legislador, de las que no lo fue; existe una laguna consciente cuando el Legislador, deliberadamente, ha dejado sin solucionar una cuestión a fin de dejar su decisión en manos de la jurisprudencia y la ciencia (de todas formas, la mayoría de las veces, este supuesto, se tratará de imperfecciones del lenguaje).

Para EZQUIAGA GANUZA, las notas relevantes de la noción de laguna son²²⁵⁷:

²²⁵³ LARENZ, KARL; *op. cit.*, pág. 294.

²²⁵⁴ Esto debe retenerse, pues, en definitiva, LARENZ viene a reconocer la necesaria valoración para determinar una existencia de laguna, aspecto que para nosotros es irreprochable.

²²⁵⁵ LARENZ, KARL; *op. cit.*, pág. 297.

²²⁵⁶ LARENZ, KARL; *op. cit.*, pág. 299.

²²⁵⁷ EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER; *La argumentación en la justicia...*, cit., pág. 46.

- a. Sólo es posible comprender la noción de laguna, partiendo de la idea de un ordenamiento jurídico completo.
- b. En un sistema, tendencialmente completo (i.e. con vocación de regular todos los casos posibles), la aparición de una laguna se considera un fallo, una deficiencia del sistema (i.e. un reconocimiento de que la plenitud del sistema no se halla completamente explicitada).
- c. Con carácter general, y atento el principio de plenitud del ordenamiento, no se reconoce la existencia de lagunas. De aparecer, siempre serán provisionales, pues el juez puede solucionar el defecto con los remedios a su alcance. Es un reconocimiento de que, siendo la completitud del sistema, un ideal, no pudiendo construirse por la cúspide (i.e. el Legislador), se traslada la misión al juez que debe: 1) actuar como si el sistema fuera completo y 2) restaurar en todo caso la imagen de plenitud del ordenamiento por medio de los instrumentos que se hallan para tal fin.

En lo que hace al último tópico, y relacionado con nuestra hipótesis de trabajo, vale señalar que, puesto que el Derecho es identificado a través de los ojos de los tribunales, las lagunas del Derecho deben ser también identificadas de la misma manera.

La cuestión a elucidar se patentiza cuando, el Derecho positivo, en su conjunto, presenta una laguna, pero se entiende que puede ser colmada recurriendo a principios jurídicos suprapositivos. ¿Es esto una laguna?, si la interpretación de las normas pone al descubierto ciertas lagunas (lagunas de la ley), pero se las colma empleando la analogía y otros recursos semejantes que, se considera, se hallan dentro de los límites de la ley.

En una primera aproximación este esquema parece rechazar la idea de una laguna, pues la ley, aunque no de forma inmediata, ha dado, de una u otra forma, una respuesta a la cuestión jurídica.

Asimismo, reglas como las que prohíben el negarse a dictar sentencia a los encargados de aplicar el Derecho; es decir, lo facultan mediante cláusulas generales para hallar el Derecho como si fuera el propio Legislador; son autorizaciones para sortear las lagunas en todo supuesto. Por esta vena, la jurisprudencia de intereses recomendaba completar las lagunas de la ley, otorgando al juez la posibilidad de *desenvolver* el Derecho

“con fidelidad a la ley” y, no obstante, conforme con las necesidades de la vida. HECK, al amparo de la corriente, explicaba que las lagunas de la ley y de su integración, figuraban en el eje central de la teoría jurídica del método,

“HECK rechaza,... la concepción de que la ley tiene dispuesta para todo caso imaginable una decisión a averiguar mediante la subsunción en las normas dadas, es decir, que ‘no tiene lagunas’. Asimismo ataca el método de la ‘jurisprudencia de conceptos’, que él califica de ‘procedimiento de inversión’ de inferir de conceptos jurídicos generales, mediante la conclusión lógica, nuevas proposiciones jurídicas no expresadas en la ley.”²²⁵⁸;

el procedimiento de inversión, según HECK, era ilegítimo, pues los conceptos jurídicos que la ciencia del Derecho abstrae de los mandatos legales individuales, no son, en realidad, conceptos genéricos jurídicos obtenidos mediante abstracción de las normas de un determinado Derecho positivo, sino que son: o categorías real- ontológicas, o categorías éticas.

Así las cosas, pareciera que las soluciones siempre proceden del mismo Derecho, éste nunca deja de aportar una solución. El orden jurídico sería “hermético”, por consiguiente no conoce lagunas; bajo tal perspectiva, éste concepto pierde fundamento, en la medida en que supone una insuficiencia dentro de la totalidad del ordenamiento jurídico. Lo dicho proviene de las posturas que han convertido en dogma la *plenitud hermética* del orden jurídico negando la existencia de verdaderas lagunas en el Derecho; de hecho, el debate sobre las lagunas en los ordenamientos jurídicos, nace precisamente con el dogma de plenitud

“Cuando el derecho romano recogido en el Corpus iuris se convierte poco a poco en el derecho por excelencia, y alcanza su punto culminante en la época de la codificación, cuando el Estado precisa monopolizar la actividad legislativa.”²²⁵⁹

Esto es lo que postula la tesis del *espacio no sometido a regulación jurídica*, sosteniendo que, el todo jurídico se extiende sobre determinados campos y en tal sentido el Derecho es una completitud; junto a los campos jurídicamente regulados hay otros en los que el Derecho nada tiene que decir (v.g. la fe o las relaciones sociales); estos campos se hallan en el “espacio no sometido a regulación jurídica”, pero estas no son lagunas sino conductas

²²⁵⁸ Cit. LARENZ, KARL; *op. cit.*, pág. 69.

²²⁵⁹ EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER; *La argumentación en la justicia...*, cit., pág. 43.

que se encuentran totalmente fuera del Derecho. Así la ecuación es, o bien la conducta está decidida en el Derecho, o bien no lo está y entonces cae en el ámbito de lo no jurídico, por consiguiente no existe laguna pues dicho espacio libre está situado por fuera del todo jurídico.

La relación de las lagunas con la “plenitud hermética” del Derecho fue analizada por Kelsen y Zitelmann en Alemania, y por Carlos Cossio en Argentina. Analizaban las lagunas desde su relación con la autonomía privada y el principio de que “todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido”. Zitelmann se ocupó del problema en su conferencia “Las lagunas del Derecho”, la cual fue transcrita y finalmente publicada en 1903, entendía que la proposición mediante la cual se integra una laguna está contenida ya, desde un principio, en la ley –o por lo menos en el orden jurídico–; estrictamente la ley no tiene lagunas, el que las tiene es nuestro conocimiento de la ley, de donde, la proposición que aplica el juez es ya Derecho, entonces el juez no crea Derecho alguno. Esto debe ser rechazado pues desconoce el carácter productivo y creador del proceso cognoscitivo en el que se obtiene la proposición integradora de la laguna: hay un Derecho potencial, pero no actual. La proposición integradora de la laguna se basa, en gran medida en la ley, pero la jurisprudencia y la doctrina no se detienen allí; sino que, en algunos casos, transforman la regulación legal y crean, incluso, nuevos institutos jurídicos desconocidos por la ley.

Kelsen hace referencia a ellas en la “Teoría Pura del Derecho”, y Cossio, - quien fue grandemente influenciado por el positivismo jurídico y por el maestro vienés-, hace referencia al principio de plenitud en varias de sus publicaciones. Carlos Cossio señalaba que

“El problema jurídico de la libertad irrumpe dogmáticamente en la Dogmática con el axioma ontológico de que todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido, axioma que es conceptualmente aprehendido con la noción de la Plenitud Hermética del ordenamiento jurídico.”²²⁶⁰

En Kelsen, el dualismo positivismo/ iusnaturalismo reporta que el Derecho devenga insuficiente, de la mano de la segunda parte del dualismo de mención. El problema, señala Kelsen, procede de identificar el Derecho con la ley, o de diferenciar la

²²⁶⁰ COSSIO, CARLOS; *La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964, pág. 656.

ley de un Derecho natural, al menos. KELSEN entra a analizar la integración del juez como un papel fundamental en la definición de la noción de “laguna”. La integración hace que el intérprete sea quien complete el Derecho, y que la laguna no esté en el Derecho, sino en la ley. De esta manera, no existen lagunas, porque se acepta el papel hermenéutico del juez como una acción deliberada²²⁶¹. Examinando disposiciones del código civil suizo, de similar tenor a los arts. 15 y 16 del Código Civil argentino, KELSEN concluye que si bien son disposiciones típicas, presuponen la posibilidad de que el Derecho de un país dado no sea aplicable lógicamente a un caso concreto que deba resolverse,

“Como ello, empero, no es de hecho posible, puesto que un orden jurídico siempre es aplicable y efectivamente es aplicado cuando el tribunal tiene que rechazar la demanda fundándose en que el orden jurídico no contiene ninguna norma general que imponga al demandado la obligación pretendida por el demandante, resulta que el supuesto del cual parte la disposición citada es una ficción. Consiste en que la falta de determinada norma jurídica dentro de un orden jurídico, atribuida fundándose en un juicio de valor subjetivo, político- moral, es representada como la imposibilidad lógica de su aplicación.”²²⁶²

Como hemos mencionado a lo largo de este trabajo, el principio de plenitud hermética del ordenamiento surgió como una forma de justificar el monopolio estatal de la producción jurídica. Este monopolio estaría personificado en los movimientos codificadores, especialmente en el Código francés de 1804.

“Sin embargo, con el transcurso del tiempo los cánones hermenéuticos experimentarían una crisis, al verse cuestionados por movimientos que criticaban el estatismo y el dogma de la plenitud. BOBBIO señala tres razones principales para el surgimiento de esta crítica al estatismo jurídico: las ‘insuficiencias’ que mostraba la codificación a medida que envejecía, la Revolución Industrial y el ‘descubrimiento de la sociedad por debajo del Estado’”²²⁶³

²²⁶¹ KELSEN, HANS; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 255.

²²⁶² KELSEN, HANS; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 256.

²²⁶³ GARCÍA, IGNACIO; *El Principio de Plenitud Hermética y la Lex Mercatoria*, en www.iiij.derecho.ucr.ac.cr/archivos/documentacion/Plenitud_Hermetica_y_lex_mercatoria.pdf, sitio de la Universidad de Costa Rica –Facultad de Derecho/ Instituto de Investigaciones Jurídicas, pág. 28.

El autor señala que “Con el transcurso del tiempo empezaron a generarse nuevas situaciones de hecho no previstas por el Código, con lo cual lo que había sido la voluntad casi divina del legislador empieza a mostrar fisuras propias de una creación humana. Una de las situaciones que no previó el movimiento codificador, precisamente por ser un instrumento y un resultado de esta condición socio-económica, fue el tránsito de una economía agrícola a una industrial. La Revolución Industrial hizo que los Códigos se mostrasen anacrónicos.

La tesis preplantada posee un problema crucial. Si entendiéramos al Derecho como un *totum*, habría que sostener entonces que la regla de clausura opera férreamente; de donde, o bien las conductas están reguladas por el Derecho, o están permitidas por él, en síntesis no hay lagunas. Pero ya hemos visto dos cuestiones respecto a ésta tesis mecánica: por un lado la regla de clausura no funciona de esa manera perfecta, sino que es un ideal (en lo que sigue ahondaremos en esto sin perjuicio de lo ya dicho²²⁶⁴); y en segundo lugar, la construcción que analizamos, no diferencia entre *adiaphorias* y permisos jurídicos, distinción crucial que ya propusiéramos. Introduciremos un esquema aportado por otros autores, que nos permitirá diferenciar las cuestiones señaladas, adecuadamente.

Esto fija una diferencia sustancial: lagunas y huecos del sistema son dos cosas distintas. Los segundos, son *adiaphorias*, no imperfecciones del sistema (esto debe reservarse para los defensores de la plenitud hermética del sistema), y no pueden ser “llenadas” de contenido jurídico, por el contrario, las lagunas, que sí son imperfecciones del sistema, son solucionables por analogía.

Solamente podría hablarse realmente de que se está ante una laguna jurídica –en el sentido de laguna del Derecho positivo– cuando no se halle ni en las fuentes del Derecho totalmente objetivada (legislación), ni en las parcialmente objetivadas (costumbre jurídica y precedente) la solución adecuada para un determinado caso concreto; ya que cuando no se encuentra una respuesta jurídica razonable en el tipo de fuente del Derecho no objetivada, no se puede hablar propiamente de que se está ante una laguna jurídica, sino frente a una *adiaphoría*, que es uno de aquellos casos de especie que, causados por la evolución (o revolución) social acelerada, en forma extraordinaria, por diversos factores políticos, económicos, sociales, científicos, técnicos, culturales, *et sit cétera*, no pueden ser

La industria y todos los problemas conexos de la organización del trabajo provocaban un ‘desfase cada vez más rápido y macróscopico entre Derecho positivo y realidad social.’ Esta transformación del Derecho se da dentro de un trasfondo mucho más vasto y complejo, principalmente la ‘crisis de la razón’—entendida en un sentido cartesiano, como una explicación omnicomprendensiva de las interrogantes universales—, y el surgimiento de nuevas corrientes de filosofía social como el marxismo o el positivismo. La aparición de nuevas organizaciones sociales, tanto industriales (organizaciones privadas de comercio) como obreras (sindicatos y partidos), son un producto directo del liberalismo.”.

De donde, el problema de las lagunas del Derecho no coincide con la formación de los conceptos jurídicos. Se da de una manera posterior, una vez que la flexibilidad social resquebraja el pétreo concepto de Derecho de las codificaciones.

²²⁶⁴ Ver *supra* parágrafo 39 (“La ‘clausura’ en el ordenamiento jurídico”).

jurídicamente resueltos en forma satisfactoria, por vía jurisprudencial, sino que únicamente lo podrán ser mediante una regulación jurídico-positiva establecida por el Poder Legislativo o, incluso, el Poder Constituyente del Estado. Mientras esto sucede, se revelan como casos de *non liquet*, ya que ni el Derecho legislado o consuetudinario o jurisprudencial, ni aun los principios generales del Derecho, pueden dar una respuesta jurídica que satisfaga plenamente los parámetros axiológicos vigentes, pues la conciencia jurídica colectiva, tanto a nivel nacional como internacional, no ha podido, todavía, determinarla, por lo que se encuentran en un *ámbito libre de regulación jurídica*²²⁶⁵²²⁶⁶.

Los ordenamientos jurídicos, califican normativamente ciertas conductas, reglando así los comportamientos de los individuos²²⁶⁷. La manera de solucionar los conflictos sociales –que es una de las finalidades del Derecho–, sólo es factible –salvo en comunidades muy reducidas²²⁶⁸– mediante el dictado por la autoridad de normas generales que solucionen casos genéricos. Sin embargo, tal sistema detenta el problema de la duda o ignorancia acerca de la solución que corresponde al caso individual²²⁶⁹.

ALCHOURRÓN y BULYGIN²²⁷⁰ han esquematizado este problema de la siguiente manera²²⁷¹:

²²⁶⁵ PETZOLD PERNÍA, HERMANN; *El principio “Mater in iure samper certa est” frente a la transferencia de embriones humanos, en el derecho civil venezolano*; en www.zur2.com/fp/otras_public_procu, Publicaciones Jurídicas Venezolanas, Procuraduría General de la República, Revista de la Fundación Procuraduría, Summa, Caracas, 1998, §4.

²²⁶⁶ Ver Anexo IV acápite XV, se presenta un ejemplo bastante claro, en la jurisprudencia argentina, de confusión entre laguna y *adiaphoria*.

²²⁶⁷ Acerca de la noción de *ordenamiento jurídico*, ya hemos efectuado un análisis previo, ver *supra* parágrafo 28 (“Presupuesto. El orden jurídico”).

²²⁶⁸ HART, H. L. A.; *El concepto de Derecho*, cit., pág. 113 y ss.

²²⁶⁹ Para estos autores hay dos complejos de problemas que suelen confundirse conjuntamente bajo el rótulo de *interpretación*: unos son problemas *conceptuales* que se suscitan al nivel de los casos y normas generales, son los problemas de subsunción; los segundos se producen en la *aplicación* de las normas generales y son problemas empíricos o semánticos. ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO; *Introducción a la metodología de las...*, cit., pág. 61.

²²⁷⁰ Esta es la construcción que nos parece más articulada. Pero existen muchas clasificaciones de lagunas, algunas con ítems criticables o cuanto menos analizables finamente, pero sobre lo que no avanzaremos.

U. KLUG clasifica: a) *lagunas verdaderas* –donde falta una solución esperada en el sistema para un estado de cosas–, b) *lagunas no verdaderas* –hay solución en el sistema pero se la considera falsa–, c) *lagunas intencionadas* –está expresamente construida por el Legislador pues deja el espacio para que sea llenado por el juez–, d) *lagunas no intencionadas* –son lagunas inconscientes–, f) *lagunas primarias* –se hallan desde el inicio operativo de la norma–, g) *lagunas secundarias* –en atención a alguna modificación del sistema, se manifiestan estos defectos–, h) *lagunas en la ley* –lagunas en el sistema de normas positivas–, i) *lagunas en el Derecho* –lagunas en el sistema suprallegal de normas no empíricas–, j) *lagunas provisionales* –se hallan en la ley pero las corrige el Derecho–, k) *lagunas inmanentes*, l) *lagunas trascendentes*, m) *lagunas de conflicto* y n) *lagunas técnicas*.

Fig.6.1. Las lagunas según Alchourrón y Bulgin

La *falta de conocimiento*, es acerca de la calificación normativa de una conducta determinada. La falta de conocimiento (duda o ignorancia) acerca del *status* jurídico de una conducta, puede tener diversos orígenes. En primer lugar puede provenir de un *defecto del sistema*, el que a su vez puede provenir de una ausencia de solución (caso de *laguna normativa*) o en la existencia de varias soluciones incompatibles (*incoherencia*). En dichos supuestos se ignora cuál es la solución porque no hay solución o ésta no es unívoca²²⁷². Las *lagunas normativas* aparecen cuando, a un caso definido en términos de

A. G. CONTE distingue entre: a) *lagunas deontológicas* –inadecuación del orden normativo al deber ser-, b) *lagunas ontológicas* –inadecuación del orden normativo al ser-. Las primeras se subdividen en: 1) *ideológicas* –inadecuación con relación a una ideología del orden normativo-, 2) *teleológicas* –inadecuación en relación con un fin immanente al orden normativo. Las ontológicas se subdividen en: 1) *críticas* –imposibilidad de una evaluación deóntica de un comportamiento según las normas-, 2) *diacríticas* –imposibilidad de dar una solución al caso dudoso-. La clasificación de N. BOBBIO es similar.

CHAIM PERELMAN divide a las lagunas en tres especies: *intra legem*, *praeter legem* y *contra legem*.

BRUNETTI diferencia entre las “lagunas ideológicas o de iure condendo” y las “lagunas reales o de iure conditio”. Las primeras, también conocidas como lagunas “impropias”, consisten en la ausencia de una norma justa o de una norma que facilite una solución satisfactoria. Las segundas, también denominadas “propias” son lagunas en un sentido más tradicional, es decir aquellas que se encuentran en el mismo ordenamiento jurídico.

RAZ distingue entre: a) *lagunas jurisdiccionales*, un orden es jurisdiccionalmente completo si sus tribunales tienen jurisdicción sobre todas las cuestiones jurídicas, pero hay una laguna jurisdiccional si sus tribunales carecen de jurisdicción sobre ciertas cuestiones jurídicas; b) *lagunas del Derecho (strictu sensu)*, un orden jurídico es jurídicamente completo si hay una solución completa sobre todas las cuestiones sobre las cuales los tribunales tienen jurisdicción, contiene una laguna del Derecho si algunas cuestiones jurídicas sometidas a la jurisdicción de los tribunales no tienen ninguna solución completa, pero también en esta segunda categoría, se puede tener un concepto más amplio de laguna cuando se trata de cuestiones jurídicas sin solución. RAZ, JOSEPH; *La autoridad del Derecho...*, cit., pág. 95 a 96.

Conf. EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER; *La argumentación en la justicia...*, cit., pág. 49, nota 16.

²²⁷¹ ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO; *Introducción a la metodología de las...*, cit., pág. 203.

²²⁷² ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO; *Introducción a la metodología de las...*, cit., pág. 202.

las propiedades que han sido consideradas relevantes por la autoridad normativa, no se le ha correlacionado solución normativa alguna²²⁷³.

En segundo lugar, la falta de conocimiento acerca de la solución del caso puede provenir de que el sistema soluciona casos genéricos, mientras que es necesario saber también cuál es la solución correspondiente a los casos individuales. Ya hemos visto que la *subsunción* es una idea mecánica que no se aplica tal cual como es sostenida dogmáticamente, en el Derecho, pero en lo que aquí interesa, el caso *prima facie* tiene una solución en el Derecho, pero se desconoce cuál es ella: o bien porque falta información acerca de algún hecho relevante (*laguna de conocimiento*), o porque el caso individual cae dentro de la zona de vaguedad de algún concepto relevante (*laguna de reconocimiento*)²²⁷⁴.

Las *lagunas de conocimiento* se presentan porque hay algunos aspectos del hecho que son desconocidos, y ello dificulta la posibilidad de clasificar el caso; este defecto se ha remediado mediante la apelación a un recurso práctico que les permite obviar la falta de información: las *presunciones legales*, las cuales desempeñan un papel muy importante en la práctica judicial, ello le permite al juez suplir su falta de conocimiento y actuar como si conociera todos los hechos relevantes, su lugar central lo ocupa el principio general de la carga de la prueba²²⁷⁵. De éste tipo de lagunas no nos ocupamos aquí, pues hacen al aspecto fáctico de la resolución (el caso individual) y no es el foco de nuestro análisis constituido por los casos genéricos; el Derecho Procesal es la rama del Derecho que se ocupa de estas cuestiones, estableciendo reglas sobre la admisibilidad de pruebas, reglas que distribuyen la carga de la prueba de los hechos entre las partes y reglas para la valoración de las pruebas.

Las *lagunas de reconocimiento* presentan un aspecto problemático mucho más agudo, pues no puede erradicarse absolutamente la vaguedad (actual o potencial) que los conceptos utilizados en los textos legales (descriptivos o normativos), tienen. La vaguedad puede ser reducida en alguna medida a través de la utilización de conceptos técnicos, introducidos por definiciones explícitas, que estipulan expresamente sus reglas de aplicación; sin embargo, la discrecionalidad judicial permanece puesto que el problema señalado no es del todo erradicable: siempre cabe la posibilidad de que se presente un

²²⁷³ RODRÍGUEZ, JORGE LUIS; *Lagunas axiológicas y relevancia normativa*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 22, Alicante, 1999, pág. 349.

²²⁷⁴ ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO; *Introducción a la metodología de las...*, cit., pág. 203.

²²⁷⁵ ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO; *Introducción a la metodología de las...*, cit., pág. 62.

objeto atípico o insólito, o bien que mute el eje de valoración social, escapando así a las reglas de aplicación del concepto, por más numerosas y minuciosas que éstas sean (sólo en los lenguajes puramente formales, como los de la lógica y la matemática, no se plantean problemas de vaguedad)²²⁷⁶. La mecánica que utilizan los jueces frente a éstas cuestiones las hemos venido analizando *supra*²²⁷⁷, son problemas que interesan a nuestro análisis en virtud de su perfil empírico- conceptual. Sin embargo, respecto a las llamadas *lagunas de reconocimiento* caben algunas reflexiones. HART entiende que aquellas se originan en los *problemas de penumbra*, propios de la problemática empírica, de donde muchos autores concluyen en que, en la aplicación del Derecho a casos individuales, al comprobarse la existencia ineludible de estos problemas, el Derecho es esencialmente incompleto ya que contiene numerosas lagunas. De la misma manera su discípulo RAZ entiende que un tipo de causa para las lagunas es la indeterminación del lenguaje, si bien admite que este tipo de cuestión no constituye la peculiaridad del Derecho; sin embargo, quien estuviera comprometido con la tesis de las fuentes sociales del Derecho debería considerarlas inevitables pues este depende de la acción humana con sus inherentes indeterminaciones²²⁷⁸. Pero ALCHOURRÓN y BULYGIN llaman la atención que, denominar “lagunas” a los casos de penumbra, puede aparejar confusiones, pues estos últimos nada tienen que ver con el problema de las lagunas en el Derecho, que es el problema de la completitud normativa. Decir que el Derecho es incompleto, sugiere un defecto –una ausencia o falta de algo-, pero los problemas de penumbra no aparecen porque a aquel le falte algo, sino que se deben a ciertas propiedades semánticas del lenguaje en general²²⁷⁹. Nosotros hemos analizado ésta cuestión antes, como presupuesto de las problemáticas interpretativas y de la relación entre Derecho y lenguaje²²⁸⁰, en lo sucesivo, coincidiendo con los autores mencionados, no las introduciremos como “lagunas” del Derecho²²⁸¹.

²²⁷⁶ ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO; *ibídem*.

²²⁷⁷ Ver Capítulo IV (“Interpretación y Aplicación de las normas penales”).

²²⁷⁸ RAZ, JOSEPH; *La autoridad del Derecho...*, cit., pág. 98.

²²⁷⁹ ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO; *Introducción a la metodología de las...*, cit., pág. 65. RAZ termina por criticar también este tipo de lagunas pero no por cuestiones conceptuales sino empíricas.

²²⁸⁰ Ver *supra* parágrafo 30 (“Lenguaje y Derecho”) y Capítulo IV (“Interpretación y Aplicación de las normas penales”).

²²⁸¹ ALCHOURRÓN y BULYGIN, anotan la controversia generada entre SOLER y CARRIÓ. En tanto, SOLER destaca como una de las características más importantes de los conceptos jurídicos su “finitud lógica” –los conceptos jurídicos tienen un número limitado y taxativo de notas definitorias-; CARRIÓ señala que dichos conceptos son “vagos”, lo que implica que en su uso empírico, pueden surgir dificultades. Pero la controversia es sólo aparente, pues el primero reduce su análisis a problemas conceptuales, y el segundo a lo empírico, y

Frente al problema de las *lagunas normativas* se pueden señalar tres posiciones básicas²²⁸²:

- a. Teorías que consideran que el Derecho es necesariamente completo y, por lo tanto, niegan la posibilidad de lagunas. Kelsen es el representante emblemático de ésta tesis.
- b. Teorías que consideran que aunque haya lagunas normativas, esto no impide que los jueces puedan resolver todos los casos mediante la aplicación de las normas generales preexistentes, Atria y Ruiz Manero representan a esta posición.
- c. Teorías que sostienen que la existencia o inexistencia de lagunas es una cuestión empírica y por ello contingente. Alchourrón y Bulgin se inscriben aquí.

Las teorías que admiten la existencia de lagunas, entienden que los jueces tienen discrecionalidad para resolver los casos que allí se presentan, ésta es nuestra postura. Para Atria, aunque haya lagunas, no hay discreción, pues afirma que la obligación de admitir o rechazar una demanda muestra que los jueces carecen de discreción; para Navarro el tópico adolece de claridad,

“...es preciso distinguir entre el uso de poderes discrecionales para resolver una laguna normativa, v.gr. para crear Derecho, y la necesidad del ejercicio de discreción para admitir o rechazar una demanda.”²²⁸³

La de Atria es una postura difícil, el rechazo o la admisión de la demanda no soluciona el caso genérico que apareja una laguna para un sistema normativo dado, admitir o rechazar una demanda es una acción del juez completamente diferente de la conducta que tienen que ejecutar las partes sometidas al proceso. En resumidas cuentas, para Atria, los jueces tienen que señalar que en el caso no hay normas aplicables y rechazar la demanda, pero se soslaya que lo que un juez debe hacer en casos de lagunas es dependiente, en gran medida, de las normas que regulan la actividad judicial,

ello se confirma en el tratamiento dispar que ambos autores hacen de las *lagunas*: Soler entiende que las lagunas no existen, pues todos los órdenes jurídicos son completos en tanto solucionan todos los casos (su trabajo se refiere a las *lagunas normativas*); por el contrario, Carrió critica por falsa la afirmación de que los sistemas jurídicos son cerrados, y están dotados de plenitud hermética, el Derecho tiene lagunas pues hay casos que no pueden ser resueltos con fundamento exclusivo en sus normas o una mixtura de ellas (pero su pensamiento discurre en torno a las *lagunas de reconocimiento*). Alchourrón, Carlos y Bulgin, Eugenio; *Introducción a la metodología de las...*, cit., págs. 68 a 69.

²²⁸² Bulgin, Eugenio; *Los jueces ¿crean derecho?*, cit., págs. 14 y 15.

²²⁸³ Navarro, Pablo; *Casos difíciles, Lagunas en el Derecho y Discreción Judicial*, en Atria, Fernando *et al*, “Lagunas en el Derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial”, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid y Barcelona, 2005, pág. 96.

“...una reconstrucción teórica de la justificación de las decisiones judiciales no debería apartarse arbitrariamente de este esquema institucional.”²²⁸⁴

(v.g. en Argentina debe tenerse en cuenta el art. 16 C.C., de donde, en el Derecho argentino no puede decirse que la obligación de los jueces, en casos de lagunas, sea rechazar la demanda). Si existe una laguna en determinado caso, NAVARRO entiende que la única forma de resolverla es modificando el sistema normativo; si una acción no tiene una regulación normativa para un caso, la única manera de calificar deónticamente dicha acción es añadiendo una nueva norma, y los jueces, ciertamente, llevan a cabo dicho accionar ejercitando

“...ese poder normativo, que es intersticial, restringido y dirigido, una nueva norma se añade al sistema y se completa la laguna. En otras palabras: es imposible colmar una laguna sin modificar el sistema, y ello requiere uso discrecional (¡pero no arbitrario!) de poderes normativos. Por supuesto, es posible debatir acerca de si la nueva norma es obligatoria, v.gr. si otros jueces deben emplearla para resolver casos similares, o si esas normas son vigentes...”²²⁸⁵

Antes de continuar con la explicación que hace a la postura que aquí se sustenta, corresponde rebatir la tesis de quienes niegan la existencia de lagunas. Esta postura se basa en el *principio de legalidad* –“Todo lo que no está prohibido, está permitido”-; para Kelsen, este principio forma parte de todo orden jurídico, siendo la idea central que el Derecho prohíbe ciertas conductas, y las restantes al no estar prohibidas, están automáticamente permitidas. Todas las conductas tienen un *status* normativo (prohibidas o permitidas), de donde, no existen conductas no regladas por el Derecho.

El argumento señalado tiene varios problemas que hemos analizado oportunamente²²⁸⁶. Pero resumiendo lo dicho, y a los fines de perfeccionar el análisis en este punto, la tesis predetallada no distingue entre la afirmación de que todo ordenamiento jurídico *sea* completo y la *exigencia* de que todo ordenamiento sea completo. El postulado de la plenitud hermética, en cuanto afirmación de que todos los sistemas jurídicos son necesariamente completos, carece de justificación²²⁸⁷.

²²⁸⁴ NAVARRO, PABLO; *Casos difíciles*, ..., cit., pág. 95.

²²⁸⁵ NAVARRO, PABLO; *Casos difíciles*, ..., cit., pág. 97.

²²⁸⁶ Ver *supra* parágrafo 39 (“La ‘clausura’ en el ordenamiento jurídico”).

²²⁸⁷ ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO; *Introducción a la metodología de las...*, cit., pág. 227. Los autores mencionados entienden que de ello no se sigue que la *exigencia de completitud* también sea injustificada, “...una cosa es afirmar que la completitud es un hecho y otra, muy diferente, decir que los

Primariamente, el postulado no diferencia entre diferentes sentidos del término “permitido” (*adiaphorias* o permisos legales).

En segundo lugar, las *normas* son expresiones prescriptivas que prohíben, ordenan, o permiten ciertas conductas en determinadas circunstancias. Las normas pueden ser calificadas de válidas o inválidas, de eficaces o ineficaces, pueden ser obedecidas o no; pero no son ni verdaderas ni falsas; si el principio es entendido como una genuina norma que autoriza aquellas acciones que no han sido prohibidas, no puede afirmarse que se trate de una verdad analítica, dado que no tiene sentido alguno atribuir valores de verdad a las normas, y no hay razón que justifique por qué una norma tal debería formar parte de todo sistema jurídico concebible. Por el contrario las *proposiciones normativas*²²⁸⁸ son verdades o falsas, pero no tienen ninguno de los atributos de las normas. De todo ello es dable inferir que el término “permitido”, cuando se utiliza en una norma, se lo hace prescriptivamente, significa lo mismo que “no prohibido”. Entonces, del principio “Todo lo que no está prohibido, está permitido”, debe elucidarse primariamente si es una norma o una proposición normativa; de donde: a) si es una norma que permite todas las conductas que no están prohibidas por otras normas, entonces, como toda norma, es contingente y no puede pertenecer necesariamente a todo orden jurídico; b) si es una proposición normativa, caben dos posibilidades: o bien “permitido” implica “no prohibido”, entonces el principio de legalidad es necesariamente verdadero, pero absolutamente trivial, pues sólo dice que lo que no está prohibido, no está prohibido (lo que es inocuo y compatible con la existencia de lagunas); o bien “permitido” significa que una conducta no está prohibida porque hay una norma que lo permite, lo que es falso, pues del mero hecho de la ausencia de una norma prohibitiva, no se infiere sin más la presencia de una norma permisiva. En síntesis, el

sistemas normativos *deban ser* completos [...] ¿Cuál es el *status* de ésta exigencia? Parece claro que no es un enunciado descriptivo de alguna realidad, susceptible de ser verdadero o falso. Tampoco es una norma de conducta, ya que no establece ninguna obligación, prohibición, ni permisión, en una palabra, no prescribe ninguna conducta. Parece razonable concebirla como una *regla ideal*... Al establecer una pauta o criterio para juzgar los sistemas, esta regla expresa un ideal: el ideal de completitud normativa.”.

²²⁸⁸ Decir que p está prohibido por el sistema S, no es dictar una norma sino expresar una proposición. Tal proposición normativa pertenece a un nivel de lenguaje diferente al de los enunciados normativos de referencia; se trata de una proposición metalingüística con respecto al lenguaje del sistema normativo S. decir que p está prohibido por S, significa que la norma que prohíbe p, pertenece a o es una consecuencia del sistema S. Un enunciado metalingüístico en el sentido indicado, puede ser entendido, en su negación, en el siguiente sentido: decir que una acción no está prohibida en un cierto sistema normativo puede significar que no existe en el sistema normativo considerado una norma que prohíbe tal acción, sentido de acuerdo con el cual la negación opera sobre la norma mencionada en el enunciado metalingüístico. RODRÍGUEZ, JORGE LUIS; *Lagunas axiológicas y...*, cit., pág. 351.

principio de legalidad, si es una norma es contingente, y si es una proposición normativa es o bien vacuo o bien falso, en ningún caso puede sustentar la tesis de que el Derecho sea necesariamente completo²²⁸⁹.

De lo antedicho surge la importancia (aunque es un tema que no será tratado aquí), de diferenciar entre una lógica de normas (que intenta reconstruir la racionalidad en el dictado de las normas) y una lógica de proposiciones normativas (que procura determinar qué consecuencias se siguen de un sistema normativo)²²⁹⁰.

Las teorías que consideran que el Derecho es necesariamente completo, utilizan como remedio para conjurar los problemas de la *falta de conocimiento* (explicitados *supra*), la implantación de la denominada jurisdicción obligatoria; de éste modo, la jurisdicción, ejercida por los jueces que son los llamados a determinar si las conductas de los individuos son o no conforme a Derecho y de imponer consecuentemente sanciones o no, es obligatoria en dos sentidos: a) el demandado o acusado no puede sustraerse al proceso, ni hace falta su consentimiento para que éste tenga lugar; y b) las obligaciones y sanciones ordenadas por los jueces son impuestas coercitivamente. Por otro lado, los conflictos de intereses que resuelven los jueces son de dos tipos: a) aquellos en los que la controversia versa acerca de la clasificación o tipificación de un caso individual –es decir si el caso individual pertenece o no a un caso genérico-, y b) aquellos que versan sobre la calificación normativa de una determinada conducta. En consecuencia las preguntas dirigidas al juez son también de dos tipos: a) acerca de la clasificación, que se refieren a la subsunción de un caso individual en uno genérico y b) preguntas normativas que se refieren a la calificación normativa de una conducta en un supuesto individual. La actividad jurisdiccional consiste entonces en dar respuesta a las preguntas señaladas, y

“...como las preguntas son de dos clases, también las respuestas son de dos tipos distintos”²²⁹¹

ALCHOURRÓN y BULYGIN distinguen, en consecuencia, dos tipos de sentencias, cuyo carácter está ligado a la naturaleza del problema planteado: las *sentencias declarativas* corresponden a las controversias que versan sobre un problema de clasificación, y las *sentencias normativas* resuelven problemas normativos; el contenido de las primeras son

²²⁸⁹ BULYGIN, EUGENIO; *Los jueces ¿crean derecho?*, cit., pág. 16.

²²⁹⁰ RODRÍGUEZ, JORGE LUIS; *Lagunas axiológicas y...*, cit., pág. 352.

²²⁹¹ ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO; *Introducción a la metodología de las...*, cit., pág. 204.

proposiciones que admiten (afirman) o rechazan (niegan), una determinada tipificación de un caso individual; las segundas contienen normas que regulan lo que debe o puede hacerse en el caso en cuestión²²⁹².

Dicho esto, es dable señalar el conjunto de normas que regulan la conducta de los jueces, y siguiendo en esto también el criterio de ALCHOURRÓN y BULYGIN por su interés y adecuación a nuestra línea argumental, tales normas pueden dividirse en dos grupos²²⁹³:

(a) *Normas de competencia*. Son las que confieren a los jueces la jurisdicción, es decir, la facultad de juzgar. Establecen que los jueces pueden -son competentes- para entender en ciertos casos y dictar ciertas clases de sentencias observando determinadas formalidades.

COSSIO entendía que el juez siempre debe juzgar, porque esa es su ontología, y no porque tal obligación le sea impuesta por un Legislador. El “ser” del juez consiste en su deber de juzgar. En contraposición con esto ALCHOURRÓN y BULYGIN, entienden que es posible definir al juez en función de normas permisivas; no hay nada contradictorio para ellos, en un juez que no *deba* juzgar sino que *pueda* juzgar. Lo realmente contradictorio sería el caso de un juez que no pudiera juzgar, pero es concebible que un juez no tenga obligación de juzgar.

(b) *Normas de obligación*. Además de las normas de competencia, constitutivas de la función judicial, están las normas de obligación, que establecen obligaciones y prohibiciones para los jueces. Dichas normas tienen por finalidad regular el

²²⁹² ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO; *Introducción a la metodología de las...*, cit., pág. 207. Los autores señalan que la doctrina procesalista suele clasificar las sentencias en declarativas, de condena y constitutivas; pero tal clasificación, afirman, es objetable, pues no se explicita el criterio clasificatorio, y de ser el mismo, un criterio de carácter lógico (proposición o norma), la tercera categoría estaría de más.

²²⁹³ ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO; *Introducción a la metodología de las...*, cit., págs. 208 a 211. El tema, sin la terminología de estos autores, ya fue abordado, se lo analiza nuevamente por su vinculación a la cuestión tratada. Ver *supra* parágrafo 44 (“El Principio de Máxima Taxatividad Legal Interpretativa”), donde se mencionan los arts. 15 del C.C. y 273 del C.P. argentinos.

Lo cierto es que, y en lo referente a las lagunas, el ficcionalismo de HANS VAIHINGER entiende que “...no interesa tanto la verificación de una esencia axiológica. Es posible que no exista un ‘cielo de los conceptos’ en donde se pueda tocar un ente llamado ‘Justicia’”, por ejemplo. Lo importante es que la gente actúa ‘como si’” ese valor realmente existiera, y es esta acción social lo que realmente importa para el análisis social. ¿Cómo se adapta esta postura filosófica al problema de las lagunas? Reconociendo la existencia de las lagunas en el Derecho, pero actuando ‘como si’ no las hubiere, para evitar que las conductas humanas queden al margen de toda regulación.” Conf. GARCÍA, IGNACIO; *op. cit.*, pág. 33; una forma de pragmatismo, del que el ficcionalismo es una submodalidad es el postulado de obligación de resolver por el juez.

comportamiento de los jueces en cuanto tales, es decir, cuando ejercen su actividad jurisdiccional:

- 1) Los jueces tienen la *obligación de juzgar*, de dictar sentencia resolviendo la controversia sometida a su conocimiento; si el caso no ingresa en su competencia, el juez no sólo no debe resolverlo, sino que usualmente le está prohibido el hacerlo. Esta obligación, comúnmente se halla legislada bajo la forma de prohibición de abstenerse de juzgar (v.g. art. 15 C.C. y 273 C.P.)²²⁹⁴, es una obligación cuya existencia depende de que lo ordene el Legislador, y por ello, es contingente. Sin embargo, la existencia de ordenamientos jurídicos en los que los jueces pueden abstenerse de juzgar es lógicamente posible e históricamente comprobable.
- 2) Los jueces tienen la *obligación de fundar sus decisiones en Derecho*. La obligación de indicar expresamente la razón o fundamento de la decisión, suele figurar en los códigos procesales²²⁹⁵ y en las Constituciones²²⁹⁶. Que una sentencia esté fundada tiene dos sentidos, un sentido estricto que es cuando una sentencia tiene fundamento y éste se expresa en aquella; y un sentido lato, cuando la sentencia tiene un fundamento expresable, aunque de hecho no se lo haya plasmado (v.g. por obvio). Si las resoluciones carecen de fundamento, devienen arbitrarias.

La obligación de fundar la sentencia, tiene un sentido distinto según de qué tipo de sentencia se trate. Así, en las sentencias declarativas, donde el problema se reduce a determinar si el caso individual tiene o no alguna de las propiedades definitorias del caso general, la justificación de una decisión tiene como principal valladar, problemas semánticos y ello puesto que la dificultad, aquí, consiste en identificar la propiedad designada en los textos legales.

²²⁹⁴ En el Derecho positivo español: el art. 1.7 C.C. impone a los jueces “el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido” y el art. 357 C.P. señala la pena de suspensión para el juez que “se negare a juzgar, so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley”.

²²⁹⁵ Art. 123 del Código Procesal Penal de la Nación Argentina y art. 106 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.

²²⁹⁶ Art. 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

“La obligación de fundar en derecho significa aquí que el juez no debe atribuir a las expresiones y términos jurídicos significados arbitrarios, sino que debe usar, en lo posible, los significados que ellos tienen...”²²⁹⁷,

la dificultad de esta determinación ya ha sido examinada, y es una de las problemáticas de la actividad interpretativa de los jueces²²⁹⁸. En este contexto, los jueces hallan dos problemas: falta de información sobre los hechos e indeterminación semántica (v.g. vaguedad, textura abierta, ambigüedades), es decir, con la terminología de ALCHOURRÓN y BULYGIN, lagunas de conocimiento y de reconocimiento respectivamente.

Por el contrario, las lagunas normativas, cuando se trata de fundar una sentencia declarativa, no parecen presentar mayores problemas; y ello es obvio, pues como se discute que un caso individual se incluya dentro de uno genérico, el que éste último esté o no solucionado, carece de relevancia. En la fundamentación de una sentencia normativa, se busca la derivación de un sistema normativo (sistema que correlaciona casos genéricos con soluciones genéricas). Dicha fundamentación comprende varias etapas (subsunción, determinación de la solución y derivación de la solución para el caso individual mediante las reglas de inferencia del sistema). La presencia de lagunas normativas en el sistema normativo usado para la fundamentación de la sentencia normativa es dificultoso en el caso de las sentencias normativas por la variedad de cuestiones planteables.

ALCHOURRÓN y BULYGIN sostienen que las lagunas normativas demuestran la completitud del sistema, todas las demás no son lagunas, son lagunas axiológicas. Dicha idea es insuficiente: a) por un lado, si todo sistema normativo puede diseñarlo el jurista a su antojo pues no importa la naturaleza de los enunciados de base, no importan las fuentes del Derecho; entonces ya el operador está actuando discrecionalmente, puede, según lo sostienen los autores, juntar normas con costumbre, hacer mixtura de fallos (antecedentes) y de reglas, *et sit cétera*; si ya el operador puede hacer este desbarajuste, es que hace lo que quiere, y los autores están encubriendo la actividad creadora en la base; b) entonces, la creación de lagunas normativas es voluntarista, pues han soslayado incluir, por caso en los enunciados de base, principios jurídicos que habrían podido rellenar el sistema; es dable observar que en el ejemplo de sistema que ellos utilizan, ya efectúan una interpretación

²²⁹⁷ ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO; *Introducción a la metodología de las...*, cit., pág. 212.

²²⁹⁸ Ver *supra* Capítulo IV (“Interpretación y Aplicación de las normas penales”).

amplia²²⁹⁹ en los enunciados que manejan. Por qué no incluir en cualquier otro caso, junto a las reglas del sistema que manejen, una serie de principios jurídicos útiles; la respuesta parece ser que el diseño es flexible para mostrar lo que se quiere mostrar; un sistema será incompleto si sólo se utilizan reglas interpretadas de una manera, pero completo si se lo utiliza interpretando las reglas de otra manera o introduciendo otros enunciados necesarios; en síntesis, no hay diferencia entre lagunas axiológicas y normativas, todo depende del recorte que se quiera efectuar en la base, de donde sólo serán distinguibles en el caso de efectuar efectivamente un recorte en dicha base (sólo por ello conviene mantener la distinción).

Todas las lagunas son insuficiencias del ordenamiento en uno u otro sentido, sin embargo, este aserto precisa aun de un ajuste más.

Los autores, a quienes no se les escapa esto, señalan que si a un *sistema normativo*, se lo integrara con otra norma, las lagunas desaparecerían, pero entonces se trataría de un sistema distinto, lo que demuestra la importancia de ponerse de acuerdo acerca de qué normas se están utilizando cuando se habla de lagunas²³⁰⁰. La distinción es especiosa en grado sumo, y a diferencia de lo que entienden los autores, los juristas no operan de ese modo, recurren a todo el ordenamiento para solucionar el problema, ya Kelsen mostraba que

“Como el derecho válido, sin embargo, siempre es lógicamente aplicable, puesto que no tiene ‘laguna’... la fórmula en cuestión sirve, una vez que se va más allá de su carácter ficticio, no a conseguir la limitación buscada en la autorización concedida al tribunal, sino a su autosuperación. Pero si el tribunal mismo acepta el supuesto de que el derecho tiene lagunas... (tomará sobre sí) la responsabilidad de una innovación creadora en el derecho... desempeñ(ándose) en el lugar del legislador.”²³⁰¹

También es interesante destacar que ALCHOURRÓN y BULYGIN advierten que, aunque a los jueces los rijan “normas de obligación”, ello no importa que siempre lo hagan. La posibilidad de discrepancia entre las reglas del sistema y lo que los jueces dicen, surge tanto cuando el juez yerra en su apreciación o cuando se aparta deliberadamente del contenido de las normas (v.g. por considerarlas injustas, o por meros criterios de

²²⁹⁹ ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO; *Introducción a la metodología de las...*, cit., pág. 39.

²³⁰⁰ ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO; *Introducción a la metodología de las...*, cit., pág. 47.

²³⁰¹ Kelsen, HANS; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 257.

oportunidad); esto es lo examinado propiamente por las corrientes *realistas* a las que los autores precitados soslayan por no corresponderse con su análisis. Sin embargo, éste trabajo pretende enrolarse precisamente en tal perspectiva, de donde los análisis de las lagunas en el Derecho, necesariamente, poseen salvedades a efectuar a la tesis lógica de ALCHOURRÓN y BULYGIN, sin obstar a las digresiones de estos por su profundidad y pertinencia.

En los casos de lagunas normativas, si el sistema nada dice al juez en torno a si éste tiene que condenar o absolver, y toda vez que el magistrado sólo tiene la obligación genérica de juzgar, se abren dos posibilidades.

La primera tesis, en la que se podría enrolar a RUIZ MANERO y a ATRIA, que ya se citó *supra*, sostiene que, no existiendo una norma específica que obligue al juez a condenar, entonces el magistrado está obligado a rechazar la demanda (absolver, sobreseer)²³⁰². ATRIA entiende que si bien puede existir una respuesta negativa a la pregunta en torno a si el caso de que se trate, está regulado por el Derecho, no impide que haya una respuesta correcta en torno a qué debe hacer el juez ante el caso individual: la respuesta es que el juez debe rechazar la demanda (absolver, sobreseer); para ATRIA, las dos preguntas son independientes (para ALCHOURRÓN y BULYGIN no). En consecuencia, no es verdad que el juez tenga discreción para resolver el caso individual cuando hay una laguna normativa: aunque el caso genérico no esté regulado, el caso individual siempre lo estará²³⁰³.

El argumento tiene un par de problemas. En primer lugar presenta una analogía aparente con una forma válida de razonar: el silogismo disyuntivo, de donde, de una proposición disyuntiva y de la falsedad de un miembro de la disyunción, se infiere la verdad del otro miembro. Pero en el analizado, el enunciado disyuntivo es normativo, pues aparece afectado por el operador deóntico “Obligatorio” (obligatorio condenar o absolver, obligatorio juzgar o no), y es importante no confundir la obligación de realizar un acto disyuntivo con la disyunción de dos obligaciones, ya que el operador deóntico señalado no es distributivo respecto de la disyunción²³⁰⁴.

Además, el argumento de ATRIA no distingue entre normas y proposiciones normativas, pues

²³⁰² BULYGIN, EUGENIO; *Los jueces ¿crean derecho?*, cit., pág. 17.

²³⁰³ BULYGIN, EUGENIO; *Los jueces ¿crean derecho?*, cit., pág. 18.

²³⁰⁴ ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO; *Introducción a la metodología de las...*, cit., pág. 216.

“Si el juez se limitara a informar a las partes que el derecho no contiene una norma que obligue al demandado, su sentencia sería una mera proposición normativa. Pero la función del juez no es informar a los litigantes acerca del contenido del derecho, sino resolver el conflicto y para hacerlo tiene que dictar una norma, ya sea que obligue al demandado,... o una norma que permita al demandado no hacer lo que el actor pretende, es decir, una norma de la forma permitido no F. en ambos casos se trata de normas y no de proposiciones normativas.”²³⁰⁵;

BULYGIN señala que el juez justifica las normas individuales mediante normas generales, y como por hipótesis, no hay una norma general preexistente que justifique la decisión del juez, éste tiene que inventarla²³⁰⁶. Además, si el juez decidiera sin apoyo en una norma general, la decisión no estaría justificada, dicho de otro modo, sería arbitraria.

Finalmente, el “no debe” condenar que señala ATRIA, surge de la mera ausencia de una norma que obligue al juez a condenar, pero tal inferencia no es válida extraerla de la *obligación de juzgar* y de la *ausencia de obligación de condenar*. Rechazar la demanda (absolver, sobreseer) termina siendo también una creación del juez, que es precisamente lo que quiere evitar ATRIA, pues el caso de laguna se caracteriza precisamente por la ausencia de toda obligación *específica* para el juez.

En el caso de laguna el juez no tiene ninguna obligación específica, pero sí le está prohibido el abstenerse de juzgar. Tiene que hacer entonces alguna de dos cosas, o condenar o absolver; haciendo cualquiera de las dos cosas, cumple con su obligación genérica de juzgar. Es evidente que si el ordenamiento nada dice acerca del *status* deóntico de la conducta del demandado, el juez no cumplirá con la obligación de fundar su decisión, cualquiera que sea la decisión que adopte, lo que hará, será

“...modificar primero el sistema primario (recorte del ordenamiento), llenando la laguna, y fundar su decisión en el sistema modificado...”²³⁰⁷,

esto claramente está reñido con el postulado del juez aplicador del Derecho, pero no creador del mismo. Además debe destacarse, que del hecho de que el juez cree Derecho, no se infiere que las lagunas no existan.

²³⁰⁵ BULYGIN, EUGENIO; *Los jueces ¿crean derecho?*, cit., pág. 20.

²³⁰⁶ Kelsen se resiste a admitir que ésta norma general es creada por el juez, por ello señala que se trata de una norma no positiva. Nosotros hemos defendido la tesis de la creación judicial del Derecho sin ambages.

²³⁰⁷ ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO; *Introducción a la metodología de las...*, cit., pág. 218.

La postura contrario, aquella sostenida por la dogmática penal que no se involucra en estas cuestiones, plantea sin advertirlo, una problemática insoluble, veamos. Si al juez le está prohibido modificar el Derecho, entonces incumplirá con alguna de sus obligaciones: en efecto, si resuelve conforma su obligación de juzgar, pero no se basa en el ordenamiento (porque entiende que no está reglado el caso), dicho de otra manera si soluciona el caso individual sin solucionar el caso genérico, entonces su decisión no estará fundada en Derecho. Por el contrario, si modifica el sistema, regula el caso genérico, como por hipótesis, le está prohibido hacerlo, realiza un acto prohibido. Y por último, si se abstiene de resolver el caso, viola su obligación de juzgar. Todo lo dicho, muestra que las exigencias de *prohibición de abstenerse de juzgar*, *obligación de juzgar conforme a Derecho* y la *prohibición de modificar el Derecho*, son incompatibles entre sí en el caso de lagunas²³⁰⁸.

La realidad es que los jueces vulneran sistemáticamente el tercero de los postulados. Como el juez tiene que invocar una norma que establezca la obligación, si ésta no existe (como en el caso de las lagunas), entonces el juez la “llena” creando Derecho, a fin de poder justificar su decisión. Ya hemos rechazado la tesis que entiende que el juez resuelve mejor el problema, no “llenando” la laguna, puesto que le basta decir que no existe ninguna norma que imponga dicha obligación (v.g. ATRIA). No hay ninguna diferencia como se señaló *supra* entre la resolución que dispone condenar y la que dispone absolver, en ambos casos el juez llena previamente la laguna; si la llena con una norma que impone una obligación al demandado, debe condenarlo; si la nueva norma permite evitar la obligación, entonces se debe rechazar la demanda (absolver, sobreseer).

“Si no llena la laguna y rechaza la demanda, su sentencia carece de fundamento, del mismo modo que si hiciera lugar a la misma. El mero hecho de que no haya una norma que obligue al demandado no justifica el rechazo de la demanda.”²³⁰⁹

La mera ausencia de una norma, no es suficiente entonces, para justificar una decisión. Si no se integra el sistema con una norma genérica, el rechazo de la demanda es tan poco justificado como su admisión. De hecho, admiten ALCHOURRÓN y BULYGIN, los jueces tratan siempre de resolver el caso genérico, ya sea por aplicación analógica o extensional de alguna norma existente, o ya sea creando Derecho; para aquellos es

²³⁰⁸ ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO; *ibídem*.

²³⁰⁹ ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO; *Introducción a la metodología de las...*, cit., pág. 221.

plenamente factible que el sistema modificado por los jueces, venga a demostrar que, si es seguida sucesivamente por otros órganos judiciales, ha aparecido una nueva norma de origen jurisprudencial²³¹⁰.

Ahora bien, si el ordenamiento jurídico no puede aspirar a una plenitud hermética, y al mismo tiempo existen conductas por fuera del Derecho, forzosamente las lagunas han de importar algo distinto. Veamos.

El concepto de *complementación jurídica*, presupone lógicamente, manejarse con un concepto de laguna que se puede caracterizar como una insuficiencia del Derecho, que se percibe como una ausencia de regulación jurídica para determinada situación objetiva en que cabía esperarla, y cuya faltante viabiliza una decisión judicial que complete el Derecho.

Las lagunas aparecen, entonces, donde la ley (o quizás también el Derecho consuetudinario²³¹¹) no proporcionan una respuesta inmediata a una cuestión jurídica. Cabe aclarar que la ley proporciona una respuesta siempre que ésta pueda decantarse de su texto (vía interpretación, incluso extensiva, en la medida en que tal interpretación es suficiente para responder a las cuestiones jurídicas), allí, no hay lagunas.

Otra modalidad de laguna es aquella, donde el Legislador, deliberadamente, ha dejado abierta la decisión de un problema jurídico para quien aplicará las reglas. Se introduce entonces la concepción de que las lagunas pueden ser tanto provocadas como involuntarias. Cabe aquí reflexionar una vez más sobre algunos conceptos ya vertidos, no puede sostenerse que, la utilización por el Legislador, de conceptos normativos indeterminados o cláusulas generales, sean lagunas; aunque en gran medida se comporten como tales al conceder un amplio margen a la decisión de quien aplica las normas; en los mismo sólo hay un relajamiento en los conceptos legales que bucea en la idea de permitir un ajuste de la decisión a las circunstancias especiales del caso concreto. HECK ya había caído en esta trampa cuando señalaba que, si existía una laguna de la ley, en vez de una deducción formal- lógica de un superconcepto, se exigía una “formación valorativa del mandato”, el concepto de laguna tenía, para el mencionado autor, un significado normativo: uno crítico,

²³¹⁰ ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO; *Introducción a la metodología de las...*, cit., pág. 223.

²³¹¹ Ver en este sentido ENGISCH; KARL; *Introducción al...*, cit., pág. 164.

“...falta algo cuya existencia se desea o se espera. La constatación de una laguna de la ley es ya, por consiguiente, el resultado de una consideración crítica, de una consideración valorativa. Para integrar una laguna, HECK exige que el juez se represente los intereses participantes y que acto seguido los valore independientemente y, sin embargo, de acuerdo con los principios valorativos contenidos en la ley.”²³¹²

Como es dable percibir, los límites entre la aplicación del Derecho *secundum legem* y la eliminación *praeter legem* de lagunas, cláusulas generales o interpretación discrecional, es muy fina.

Lo dicho importa la concepción, básica, de una laguna. Pero también suelen presentarse supuestos en los que, se habla de lagunas pero en un sentido distinto al reseñado, no son ya lagunas normativas, sino lagunas axiológicas o político- jurídicas. Se trata de los casos en que se detecta una suerte de insuficiencia insatisfactoria, una no regulación planificada por el Legislador, pero que deben diferenciarse de las *adiaphorias*, como regulación negativa, pues son conductas de las que se espera una sanción, pero carentes de punibilidad por el Derecho; aunque es dable señalar que, a pesar de la distinción prealudida, este especial tipo de lagunas se encuentran en el *ámbito no reglado por el Derecho*, sus circunstancias de hecho caen fuera del Derecho y no constituyen lagunas auténticas. No son lagunas auténticas, del Derecho vigente (*de lege lata*), sino lagunas desde el punto de vista de un Derecho ideal (*de lege ferenda*). También se las ha denominado “falsas lagunas”, “lagunas impropias” o “lagunas ideológicas”, en tanto importan la confrontación de un sistema real con uno ideal; no falta una solución, sino una solución satisfactoria según los valores del intérprete²³¹³.

Usualmente se dice que una laguna de este tipo sólo puede abrir paso a una reforma legislativa, pero en modo alguno puede ser llenada por un juez. El llenado de una laguna por vía judicial sólo es viable ante una laguna de *lege lata*.

Sin embargo, la cuestión no es sencilla, es una cuestión de interpretación el determinar si un supuesto de hecho cae dentro del *ámbito libre de regulación jurídica* o no.

²³¹² Cit. LARENZ, KARL; *op. cit.*, pág. 70. Explica que, según HECK, la analogía está justificada cuando la igualdad de la situación de los intereses, exige que la valoración por los intereses de la comunidad jurídica sea la misma.

²³¹³ EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER; *La argumentación en la justicia...*, cit., pág. 48. Aunque la definición es de N. BOBBIO.

Cuando en la ley falta una consecuencia jurídica, no debe admitirse sin más un *espacio libre de regulación jurídica*, pues puede acaecer que dicha “falla” se trate de una auténtica laguna, debe distinguirse.

“El momento de la ‘oposición al plan del legislador’, en cuanto elemento del concepto de laguna, tiene especial importancia cuando se trata de la inexistencia de disposiciones de excepción.”²³¹⁴,

estando a una consideración meramente formal, se debe limitar a aplicar la disposición de carácter general al caso; en el supuesto, entonces, no habría una laguna. El ejemplo que cita ENGISCH de esto, y que deviene sumamente ilustrativo a la luz del tipo de casos que hemos venido barajando en el estudio que estamos llevando adelante, es el del aborto; así, señala el profesor de Heidelberg, que si se interrumpiera un embarazo por “indicación social” (necesidad económica), tal conducta sólo podría ser analizada de acuerdo a las reglas del delito de aborto, pues no está explícitamente reconocida por el Derecho; es entonces cuando se plantea la cuestión de si en realidad aplicar la regla general, coincide mejor con el plan del Legislador que si se aplicara una norma de excepción a la circunstancia fáctica, en el caso del ejemplo, el juez, si considera que se realizará mejor el plan del Legislador soslayando la regla general, es porque se comprobó la necesidad y justificación de llenar la laguna, la misma sería llenada mediante un principio supralegal que entiende, que en el supuesto en examen, es más conveniente excepcionar el caso.

El problema de si la ausencia de una disposición de carácter excepcional para la interrupción del embarazo, constituye una falta de *lege lata*, y por consiguiente una “laguna”, no puede analizarse desde el punto de vista del Legislador histórico ni desde el punto de vista actual –interpretación objetiva-. El cambio de las concepciones en el devenir histórico, puede dar origen a lagunas que antes no habían sido notadas, lagunas del Derecho, y en este sentido lagunas axiológicas. Esto es lo que da origen a la distinción entre *lagunas primarias* –las que desde un comienzo se encuentran vinculadas a una regla- y *lagunas secundarias* –las que aparecen posteriormente con motivo de los cambios de las circunstancias históricas o con el cambio de las valoraciones-.

Esta idea, entonces, de las *lagunas axiológicas*, es muy importante y precisa ser explicitada. Una propiedad es relevante en un *sentido descriptivo*, para un caso y en

²³¹⁴ ENGISCH, KARL; *Introducción al...*, cit., pág. 167.

relación a un sistema normativo y un universo de soluciones, porque afirma un estado de cosas que de hecho se da; tal estado de cosas significa que, el caso en cuestión (p) y su complementario (- p), *tienen* diferente estatus normativo. Pero la relevancia puede utilizarse también en un *sentido prescriptivo*, donde no se afirma que un estado de cosas es, son que debe o debería ser; tal estado de cosas significa que el caso en cuestión (p) y su complementario (- p), *deberían tener* diferente estatus normativo. La confusión entre las lagunas axiológicas y las normativas, se debe al uso indistinto de la expresión “laguna”, en combinación con la ambigüedad mencionada de la expresión “relevante”. Sobre esta base, se distingue entre *tesis de relevancia* e *hipótesis de relevancia*: donde la primera significa que un sistema normativo S, para un universo de acciones, es una proposición que identifica el conjunto de todas las propiedades relevantes con relación a S y al universo de acciones; la hipótesis de relevancia para un universo de acciones es la proposición que identifica el conjunto de todas las propiedades que deben ser relevantes para ese universo de acciones. La tesis de relevancia es un criterio para la selección del universo de propiedades y, consecuentemente, para el universo de casos, y permite determinar las propiedades formales de un sistema normativo tales como la consistencia y completitud. La hipótesis de relevancia es un criterio de adecuación axiológica para sistemas normativos, dado que determina el conjunto de propiedades que deben ser relevantes para el universo de acciones. El problema de determinar si una propiedad debe o no ser relevante, es un problema axiológico y supone un juicio de valor²³¹⁵.

Las lagunas axiológicas son las que determinan que una propiedad (p) debe ser relevante para el caso de que se trate con una cierta hipótesis de relevancia, pero la propiedad (p) es irrelevante para el sistema S, en relación con la tesis de relevancia. Para que exista una laguna axiológica, debe haber una discrepancia entre la tesis y la hipótesis de relevancia de un sistema²³¹⁶.

Una laguna axiológica es una propiedad de un caso, es relativo a un sistema normativo, a un universo de acciones y a una cierta hipótesis de relevancia. Además, el caso debe estar relacionado con alguna solución normativa para que pueda predicarse la

²³¹⁵ Seguimos para ésta tesis de ALCHOURRÓN y BULYGIN, la clara presentación de RODRÍGUEZ, JORGE LUIS; *Lagunas axiológicas y...*, cit., pág. 354.

²³¹⁶ NAVARRO, PABLO y RODRÍGUEZ, JORGE; *Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas*, Isonomía nro. 13, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, Octubre 2000, pág. 76.

existencia de una laguna axiológica, caso contrario lo que habría sería la llamada laguna normativa.

ALCHOURRÓN y BULYGIN señalan que dos problemas recurrentes son, la confusión entre lagunas axiológicas y normativas, y la no distinción entre lagunas axiológicas y desacuerdos valorativos.

“La idea es que la autoridad normativa no ha tomado en consideración una cierta propiedad porque no la ha considerado, pero si la hubiera considerado, le habría dado al caso una solución diferente. En lugar de resolver el caso como lo hizo, le habría dado una solución distinta.”²³¹⁷

Frente a ello, los jueces pueden actuar de dos maneras. En un primer sentido, expresarán sus propios juicios de valor de manera encubierta, y para ello el utilizar la voz “laguna”, implica una típica instancia de este tipo de operaciones; puesto que si bien puede ser cierto que, si la autoridad normativa hubiese tomado en cuenta cierta propiedad, el caso hubiese sido correlacionado con una solución normativa diversa, no es menos cierto que tal enunciado contrafáctico es de difícil prueba; de forma que los jueces postulan para el caso la solución que juzgan más adecuada amparándose en la imposibilidad de probar la afirmación anterior. En otro sentido, al afirmarse una laguna axiológica, es posible que el juez esté procurando reconstruir las propiedades que deberían ser consideradas relevantes de acuerdo con el sistema axiológico presupuesto por la autoridad normativa, y no proponiendo sus propios puntos de vista.

Tomando en cuenta el último sentido, RODRÍGUEZ entiende que, la propiedad en cuestión no *debería* ser relevante, sino que lo *es*. Después de todo, la autoridad sólo expresa ciertas prescripciones para hacer conocer sus intenciones, las que deben ser interpretadas; de donde, si se ha de ser fiel a las intenciones del Legislador al interpretar sus normas, y si dicha autoridad tenía la genuina intención de otorgar relevancia a cierta propiedad, entonces tal propiedad es relevante en el sistema. A partir de esto, el autor citado entiende que tras la idea de lagunas axiológicas se confunden dos nociones: a) la idea de laguna axiológica como un enunciado de crítica respecto de un sistema normativo (enunciado prescriptivo), expresado desde el punto de vista del sistema axiológico del intérprete; y b) la idea de laguna axiológica como un enunciado interpretativo respecto de

²³¹⁷ RODRÍGUEZ, JORGE LUIS; *Lagunas axiológicas y...*, cit., pág. 356.

cierto conjunto de formulaciones normativas que intenta reconstruir las intenciones del Legislador. En éste último sentido no se trataría de un enunciado valorativo, pues se trata de una mera descripción del hecho de que, aunque la autoridad normativa no ha plasmado cierta propiedad en su formulación explícita, dicha propiedad está implícita en el sistema axiológico propuesto por la autoridad en cuestión, el que puede reconstruirse a partir de las restantes reglas promulgadas por la autoridad²³¹⁸.

Que una propiedad (p) no esté prevista en el sistema S, implica que el sistema no proporciona ninguna información en relación a los casos no previstos; no puede derivarse ninguna norma del sistema respecto del caso, pero ello no significa que no puedan formularse proposiciones normativas a su respecto (v.g. “de acuerdo con el sistema S, no está prohibido realizar el acto q en el caso – p”, en el sentido de que no existe una norma que prohíba q para el caso – p en el sistema S, proposición que resultaría verdadera respecto del sistema señalado)²³¹⁹.

La débil línea entre las lagunas normativas y las axiológicas (más allá de que la doctrina conserve la distinción por su utilidad metodológica), en la práctica judicial ya fue señalada *supra* en éste mismo apartado.

Ahora bien, llegados a este punto, debemos señalar nuestras conclusiones parciales, al menos en lo tocante al tema de las lagunas. De lo dicho extraemos que, con el material aportado, no es posible distinguir entre lagunas jurídicas y situaciones jurídicamente irrelevantes (o *adiaphorias*), pues si se entiende que la ausencia de solución normativa para un caso μ , debe terminar por concederse que también serían lagunas una infinita serie de situaciones triviales de la vida cotidiana que ya hemos colocado bajo el paraguas de las *adiaphorias* (v.g. saludarse, mover un dedo, *et sit cétera*); la carencia total de regulación normativa no puede entonces llamarse laguna sino que es un hueco o vacío legal. Hemos visto también lo arbitrario del sistema de lagunas normativas, de donde, si se careciera auténticamente de una propiedad, sería un vacío legal, como también lo es la ausencia de propiedad deóntica para el mover un dedo; pero si se tratara de una ausencia de solución por construcción discrecional del operador jurídico que ha utilizado un espectro de sistema muy reducido, sería una laguna axiológica, ya que como explicáramos, tal sistema

²³¹⁸ RODRÍGUEZ, JORGE LUIS; *Lagunas axiológicas y...*, cit., pág. 357.

²³¹⁹ RODRÍGUEZ, JORGE LUIS; *Lagunas axiológicas y...*, cit., pág. 364.

puede ampliarse o contraerse o sencillamente deconstruirse a voluntad del operador conforme el sistema de valores que utilice en el sistema.

Entonces, sólo resta reservar para el concepto de laguna, el espacio creado para las denominadas *lagunas axiológicas*; donde no se trata de conflictos irresolubles, sino de disposiciones jurídicas que tengan fuerza *prima facie* y deban ser sometidas a consideraciones morales u a otras consideraciones no basadas en la tesis de las fuentes sociales. Así, la proposición jurídica de que se trate no sería ni verdadera ni falsa hasta que el tribunal autoritativamente determine su validez, los tribunales gozan de discrecionalidad cuando se requiere aplicar consideraciones morales. Las lagunas entonces se dan cuando el Derecho habla con voz incierta (indeterminación) o cuando habla con muchas voces (contradicciones), pero no cuando el derecho es mudo²³²⁰, allí hay *adhiaporias*.

Volviendo a la concepción del hermetismo del “orden jurídico”, importante para completar la exposición, puede ocurrir que no sea posible llenar la laguna de una formulación jurídica, pues no es ya una laguna de la ley sino de todo el orden jurídico²³²¹; dichas lagunas pueden permanecer vacías; en tanto es probable que, en rigor, se trate de un ámbito vacío de Derecho y no de una auténtica falta de regulación. No siempre tiene que ser posible dar una respuesta jurídica a una cuestión jurídica²³²². Tal concepción no vale *a priori*, pues es concebible que el juez, ante ciertas lagunas se halle autorizado a no dar respuesta, a lo que se suma que, aun cuando un juez esté llamado a decidir y se encuentre obligado a ello, no importa esto que su decisión se funde suficientemente en principios jurídicos trayendo así una decisión jurídica, podemos enfrentarnos a una decisión puramente arbitraria.

La idea de plenitud hermética del orden jurídico se emparenta con el *principio de unidad del orden jurídico*. Este último permite estudiar el problema de la *corrección del Derecho defectuoso* (muy similar al de las lagunas axiológicas pero que debe diferenciarse conceptualmente), aunque aquel principio sea más amplio que ésta cuestión, no es menos cierto que se relaciona profundamente con la última.

Un aspecto del principio de unidad del orden jurídico, es el mandato de eliminar las contradicciones dentro del orden jurídico, dichas contradicciones son “fallas” o

²³²⁰ RAZ, JOSEPH; *La autoridad del Derecho...*, cit., pág. 103.

²³²¹ Se trata de una cuestión más filosófico- jurídica que metodológica.

²³²² STAMMLER citado por ENGISCH, KARL; *Introducción al...*, cit., pág. 188.

“defectos” de diverso tipo, aunque pueden ser definidas como primarias o secundarias; las primeras se encuentran desde un momento inicial en el conjunto de las proposiciones jurídicas, las segundas se presentan *a posteriori*. El más común es el segundo, pues es usual que el Legislador dicte normas de manera armónica y razonable, pero al dictar nuevas normas no advierta una contradicción con las proposiciones individuales ya existentes en el orden jurídico.

El tipo de contradicciones posibles, en prieta síntesis, puede ser el que sigue²³²³:

- a. *Contradicciones técnico- legales*. Se trata de una falta de unidad en la terminología utilizada. Por caso, los conceptos de “funcionario- público”, “cosa”, “error”, “negligencia”, ostentan diversa significación en los distintos preceptos jurídicos en que se los inserta.

Los conceptos reciben contenido y alcance del contexto en que se encuentran, especialmente del concepto normativo y teleológico, entonces, la univocidad del uso jurídico del idioma resta relegada a un segundo plano ante la relatividad objetiva.

Esta cuestión no es una laguna, como se señaló al analizar las denominadas *lagunas de reconocimiento* es un problema empírico- conceptual.

- b. *Contradicciones entre normas*. El supuesto se presenta cuando una conducta, en abstracto o en concreto, aparece como simultáneamente ordenada y prohibida. Es el caso emblemático en que el orden jurídico manda al mismo tiempo a cumplir incondicionalmente la orden de un superior y prohíbe realizar determinadas acciones punibles (v.g.: privar de la libertad, allanar un domicilio, *et sit cétera*).

Las contradicciones de este tipo no pueden tener permanencia, ello es claro, y de hecho muchas de estas contradicciones son en verdad aparentes, es el supuesto en que después de la conjugación de distintas normas, se observa que no existe tal contradicción pues el rango entre las distintas prescripciones es diverso.

Se corrige mediante reglas como: 1) *lex specialis derogat legi generali* –la norma especial se antepone a la general-, 2) *lex superior derogat legi inferiori* –la norma superior deroga a la norma inferior, 3) *lex posterior derogat legi priori* –la ley

²³²³ En el esquema subsiguiente se sigue a ENGISCH, KARL; *Introducción al...*, cit., pág. 191 a 196.

posterior deroga a la ley anterior-. No ingresaremos al análisis de estas cuestiones, baste decir que el mismo es campo de la dogmática penal.

En caso de no poder determinarse qué regla tiene prelación sobre cuál, las normas contradictorias se anulan mutuamente y se produce la llamada *laguna por colisión*.

No son lagunas, sino problemas vinculados a la metodología judicial y a cuestiones de *inconsistencias normativas*, ya los hemos analizado oportunamente²³²⁴.

- c. *Contradicciones de valoración*. Son las contradicciones dentro del orden jurídico, en las cuales, el Legislador, sin caer en una contradicción normativa, no permaneció fiel a la valoración que él mismo realizara. Deben ser analizadas cuidadosamente por interpretación, con el objeto de no caer, el juez, en el riesgo de resolver de acuerdo a sus propias valoraciones que no armonicen con las del Legislador.

La cuestión puede vincularse a los extremos de las lagunas axiológicas preanalizados.

- d. *Contradicciones teleológicas*. Aparecen cuando no se da la relación de medio a fin entre las normas, allí donde precisamente tendrá que producirse.

Es el caso en que el legislador persigue con determinadas normas fines específicos, pero con otras normas no logra diseñar las únicas medidas que son viables para considerar como medio para lograr dichos fines. El legislador prevé ciertas medidas, pero luego deja de dictar aquellas normas que son indispensables para su realización.

Son lagunas jurídicas no eliminables, antes que contradicciones.

- e. *Contradicciones de principio*. Importan desarmonías en el ordenamiento jurídico, cuando en su formación participan diversas ideas fundamentales que pueden entrar en conflicto entre sí.

Son cuerpos extraños en el ordenamiento jurídico. Un ejemplo local fueron los arts. 33 a 39 del controvertido decreto ley 6582/58, donde se punía el robo de automotor con una pena mínima de 9 años superior a la mínima contemplada para el homicidio simple, alterando el esquema de bienes jurídicos de nuestro ordenamiento.

²³²⁴ Ver *supra* parágrafo 31 (“La interpretación jurídica”).

Forma parte del “conflicto decisivo” entre “justicia” y “seguridad jurídica” al que aludiera RADBRUCH. Se refiere a la relación del Derecho positivo con el suprapositivo y a la posibilidad de la corrección del primero por medio del último.

Lo dicho hasta aquí, y teniendo un panorama más claro de qué son las lagunas o el *Derecho defectuoso*, nos reconduce a la cuestión de qué métodos conceptuales de carácter jurídico hacen falta para llenar aquellas o corregir a éste (por comodidad nos referiremos a la cuestión de las primeras): y la respuesta es la *analogía* (el mecanismo abductivo²³²⁵ ya analizado también posee virtualidad en éste aspecto, mas lo que importa es visualizar claramente que, el método de la subsunción mecánica falla cuando de llenado de lagunas se trata; como asimismo, la vulneración al *principio de legalidad* es palmaria, aunque se utilizan argumentos discursivos para ocultar la mecánica que explicitamos). La identidad del método utilizado para solucionar éste problema, como asimismo, la problemática de los conceptos normativos, cláusulas generales y los conceptos indeterminados, pautan la vinculación entre ambos. Se borran los límites entre los conceptos normativos y las cláusulas que remiten a determinadas valoraciones por una parte, y los principios de la solución de lagunas por otra; de tal forma, se oscurecen los límites entre la aplicación del Derecho *secundum* legem y la aplicación del Derecho *praeter legem*. Ya hemos destacado anteriormente que, el razonamiento por analogía no sólo es legítimo sino frecuentemente usado, mucho más de lo reconocido, allí donde la similitud cesa, aparece una diferencia esencial y halla la analogía sus límites, apareciendo también en ocasiones el *argumentum a contrario*, el razonamiento que va desde la diferencia de los presupuestos a la diferencia de las consecuencias jurídicas.

Precisando el campo de actuación de la analogía, cabe la aplicación analógica de toda proposición jurídica; no sólo de la ley en sentido estricto, sino también de todo tipo de ordenación jurídica, se puede razonar analógicamente dentro de los límites de alguna rama del Derecho, como asimismo entre dos ramas del Derecho. La analogía se sitúa entre la interpretación y el *argumentum a contrario*²³²⁶, pero así como es difícil

²³²⁵ Ver *supra* parágrafo 34.3 (“La abducción”).

²³²⁶ Soslayaremos deliberadamente el *argumentum a maiori ad minus*, el *argumentum a minori ad maius* de sentido contrario y otros argumentos similares (en este sentido parágrafo 33 –“Técnicas interpretativas”-). Ver además *supra* parágrafo 34.4 (“La analogía”).

determinar en lo concreto la relación entre éste último y la analogía, tampoco son precisos los límites entre ésta y la interpretación; aunque puede sostenerse que el razonamiento analógico se utilizará *a posteriori* de una interpretación extensiva (v.g. si la interpretación tiene sus límites donde el sentido literal no coincide con una decisión jurídica, en dicho límite empieza a operar el razonamiento analógico)²³²⁷. La cuestión cobrará especial relevancia, cuando el ordenamiento jurídico de que se trate permita jurídicamente todo tipo de interpretación, pero proscriba la analogía.

Las cuestiones analizadas al estudiar el método de la interpretación, también cobran relevancia en la analogía, ello se patentiza cuando, al examinarse una cuestión, se debe atender o bien a la voluntad del Legislador histórico o bien se debe recurrir a una interpretación objetiva, es decir, cuáles son los propósitos que subyacen a la regla, operando entonces una analogía teleológica²³²⁸. Impone la diferenciación de la *analogía legal* y la *analogía jurídica*, la primera parte de una proposición jurídica singular (v.g. art. 166 inc. 2º del C.P. argentino) y de ella se obtiene una idea fundamental aplicable a casos similares; la segunda parte de una “serie” de disposiciones jurídicas singulares y desarrolla a partir de ellas, mediante el mecanismo explicado al analizar la forma de obtener conclusiones analógicas, principios generales, aplicándolos a casos que no caen bajo ninguna disposición legal²³²⁹. La diferencia entre ambas es de grado.

Se entiende, en orden a lo ya estudiado, que la analogía tiene límites; así, cuando una disposición procede para un caso excepcional, no puede aplicarse, por analogía, a casos en los que no se presenta dicha situación excepcional (*singularia non sunt*

²³²⁷ ENGISCH citando a PHILIPP HECK comenta que “El límite de las hipótesis de interpretación es el *texto posible*”, ENGISCH, KARL; *Introducción al...*, cit., pág. 176.

Sin embargo, HECK, señala que, en la aplicación del Derecho, en la interpretación, en la corrección de la ley y en la complementación de las lagunas, deben tenerse en cuenta los intereses causales. En todas partes el Derecho prefiere ciertos intereses a otros y decide conflictos de intereses reales o posibles mediante la valoración de dichos intereses (Teoría del Conflicto); por ello cada mandato jurídico decide un conflicto de intereses, está basado en una divergencia de ellos, la protección de intereses se efectúa en un mundo donde ellos abundan y en el cual todos los bienes son deseados y, por consiguiente, siempre a costa de otros intereses. Ahondando en esto, HELMUT COING señaló que no son intereses cualquiera los que deben ser respetados, no se encuentran junto a los elementos del hecho que hay que ordenar, sino por encima de ellos, los decisivos son los valores sobre los que descansa el orden jurídico, tales como la equidad, la confianza y el respeto a la dignidad de las personas; COING, HELMUT; *op. cit.*, págs. 201 a 204.

²³²⁸ ENGISCH citando a EBERHARDT SCHMIDT señala que éste último recomienda como medio para llenar las lagunas, que, junto con consideraciones puramente teleológicas acerca de la aptitud de una regulación jurídica para la realización práctica de determinados fines, se debe efectuar una valoración jurídica. ENGISCH, KARL; *Introducción al...*, cit., pág. 186.

²³²⁹ ENGISCH, KARL; *Introducción al...*, cit., pág. 177.

extendenda). A falta de presupuesto especiales, no puede producirse la consecuencia jurídica específica (*argumentum a contrario*), pero dentro de los límites de los propósitos subyacentes a la regla de excepción sí es viable la analogía. Por todo ello, la máxima *singularia non sunt extendenda*, no trae nada nuevo en lo que respecta a la relación entre analogía y *argumentum a contrario*.

La prohibición de analogía que establece el Legislador, es también un límite a ella. El caso paradigmático es el ya estudiado *principio de legalidad*, que a la luz de su entendimiento por la Ilustración, importa la obligación de juzgar y castigar un delito sólo sobre la base de una regla aplicable. Pero tal principio también tiene que ser reinterpretado, como ya se mencionó, de donde este límite deviene igualmente difuso²³³⁰.

En síntesis, el razonamiento por analogía y el *argumentum a contrario*, sirven para transformar normas jurídicas en medios para llenar lagunas. La cuestión radica en cómo se debe llenar una laguna cuando la resistencia semántica de la regla lógica y teleológica no son suficientes para fundamentar una decisión buscada. Los jueces suelen recurrir a principios jurídicos más seguros para suplir las lagunas, cuando la respuesta es negativa y la razón moral no es considerada como suficiente para el caso dado (v.g. interrupción del embarazo por indicación social), dicha respuesta está sustentada en consideraciones del tipo que pueden denominarse “Derecho justo”²³³¹. Sin embargo, existen fundadas razones para oponerse a esta forma de llenar las lagunas, en tanto existe el peligro de que cuando una falta voluntaria produce una consecuencia no deseada pueda aquella ser eliminada simplemente invocando crípticas o inexplicables bases fundantes.

Más allá de ello, no importa aquí qué se considera como “objetivamente justo” sino la fundamentación metodológica, y con esto estamos ya señalando que nuestra dirección de estudio es netamente procedimental, al estilo del imperativo categórico kantiano, como ya se mencionara (posición realista jurídica).

Es evidente que, para justificar a una decisión del tipo de la que venimos analizando, se debe apelar a principios generales del Derecho, llámese a los mismos

²³³⁰ Ver *supra* el análisis efectuado en el Capítulo V (“El Principio de Legalidad”).

²³³¹ Ver *supra* parágrafo 36 (“La corrección de los enunciados normativos. El Derecho correcto”).

principios generales propiamente dichos, valoraciones del *dominus*, Derecho justo, Derecho natural, *et sit cétera*²³³².

ENGISCH entiende que los principios no pueden tratarse jerárquicamente. DWORKIN, por el contrario, señala la dimensión de peso que entre ellos existe, de la misma partida es ALEXY.

²³³² Los principios pueden ser universalmente válidos, o principios que pertenecen a un orden jurídico histórico concreto. Cuando se llenan las lagunas, se tienen en cuenta, claramente, los primeros: principios jurídicos absolutos, universalmente válidos, o al menos máximas formales. Las fórmulas que invocan el “espíritu del orden jurídico” o las “valoraciones del *dominus*” se sustentan en principios que sólo son válidos desde el punto de vista histórico.

§51.- Derrotabilidad y conocimiento del Derecho.

Derrotabilidad de las normas. Alcances de la cuestión. El desafío de la derrotabilidad. La validez de las inferencias normativas. Condicional derrotable. Sistemas jurídicos no monotónicos. El sistema maestro y la derrotabilidad. La normalidad y la anormalidad. La cláusula “a menos que...”. Derrotabilidad interna y externa. Las normas como condicionales derrotables revisables. Excepciones implícitas. No excepción implícita. Indeterminada como excepción. Derrotabilidad y creación del Derecho. Las limitaciones legislativas. Argumento de la derrotabilidad. Rol del intérprete. El enunciado “toda propiedad que no ha sido tomada como relevante es irrelevante”. Derrotabilidad y creencias. El razonamiento jurídico derrotable. Supuestos de excepción y casos fuera del alcance de las normas. Metanormas y prioridades. Fuerza prima facie de las disposiciones jurídicas. Excepciones indeterminadas. Indeterminación del Derecho ante las normas derrotables.

El conocimiento del Derecho es primordial a los fines de determinar el *status* deóntico de las acciones de las personas. Como ya hemos señalado, el material elemental para arribar a dicho conocimiento por los jueces a los fines de la determinación prealudida, son las normas expresamente formuladas por las autoridades²³³³.

Sin embargo, como se ha visto, y es sostenido por la filosofía del Derecho contemporánea, la primacía de los sistemas jurídicos es puesta en tela de juicio, una de las principales posiciones, destaca el rol de los *principios jurídicos* en las calificaciones normativas de las conductas,

“Así, a menudo se señala que las normas válidas no agotan el contenido del derecho, y que para conocer el estatus normativo de una acción también son relevantes otros estándares...”²³³⁴

El alcance de una norma que en general establece un límite válido a un derecho fundamental, puede ser a su vez limitado, respecto de ese mismo derecho, en atención a circunstancias, cuya especificación parece remitirse, a la ponderación de derechos en conflicto en las circunstancias del caso concreto (v.g. la libertad de expresión y el derecho

²³³³ Ver *supra* Capítulo III (“Sistema y conceptos jurídicos básicos”).

²³³⁴ NAVARRO, PABLO; *Sistemas normativos, Derrotabilidad y conocimiento del Derecho*, Isonomía nro. 13, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, Octubre 2000, pág. 8.

al honor del injuriado)²³³⁵. Las discusiones encaminadas a determinar si el razonamiento jurídico es o no derrotable, giran inevitablemente en torno a cuestiones centrales de la Teoría del Derecho, tales como el modo de concebir los principios y su relación con las reglas.

Una noción como la de las normas como “razones para la acción”, como razones protegidas, excluye el rasgo de la derrotabilidad. Pero como nosotros hemos rechazado aquella construcción, las normas terminan simplemente siendo razones de primer orden que, en tanto tales, deben ser ponderadas por el juez, junto con otros estándares que sean aplicables para la resolución del caso²³³⁶.

Esta puntualización llama la atención sobre el papel que desempeñan las normas en el razonamiento jurídico, cuestión que gira en torno a la *Derrotabilidad de las normas (defeasibility)*²³³⁷; y que si bien podríamos haber analizado al momento de efectuar nuestro estudio respecto de las mismas²³³⁸, como hace especialmente, entendemos, al rol creativo de los jueces, hemos preferido su inclusión en este apartado.

Entendemos que se trata de un fenómeno global asociado con la coherencia normativa²³³⁹, y no restringido a la indeterminación lingüística (v.g. ambigüedad, vaguedad, *et sit cétera*), como lo estudia ALCHOURRÓN²³⁴⁰; el autor entiende la derrotabilidad como una forma de indeterminación semántica, en particular, como la indeterminación del significado de una expresión debida a la imposibilidad de expresar en una regla semántica todas las condiciones necesarias negativas (es decir, las excepciones) para pertenecer a una clase²³⁴¹. Esta ambigüedad del objeto de la idea que examinamos,

²³³⁵ BAYÓN, JUAN CARLOS; *Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico*, Isonomía nro. 13, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, Octubre 2000, pág. 89.

²³³⁶ En éste sentido también BAYÓN, JUAN CARLOS; *Sobre la racionalidad de dictar y seguir reglas*, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 19, Alicante, 1997, págs. 143 y ss.

²³³⁷ BAYÓN, JUAN CARLOS; *Derrotabilidad, indeterminación del derecho y...*, cit., pág. 90. Señala el autor que *defeasibility* puede traducirse como “superable” o “desplazable”, aunque se ha impuesto la voz “derrotabilidad”.

²³³⁸ Ver *supra* párrafo 29 (“La norma jurídica”).

²³³⁹ En éste sentido también RÓDENAS, ÁNGELES; *op. cit.*, pág. 69.

²³⁴⁰ ALCHOURRÓN, CARLOS E.; *Sobre Derecho y Lógica*, cit., *passim*.

²³⁴¹ MARÍA INÉS PAZOS señala, con acierto entendemos, que “Quienes suscriben esa tesis de la derrotabilidad como indeterminación parecen haber pasado por alto una línea de investigación sugerida en el trabajo que dio nombre al problema de la derrotabilidad. En “The Ascription of Responsibility and Rights”, H. L. A. HART dice:

La consideración del carácter derrotable de los conceptos jurídicos... pone de manifiesto cuán equivocado sería sucumbir a la tentación, ofrecida por las modernas teorías del significado, de identificar el significado

llevó a sostener que entre los diversos sentidos en que se predica derrotabilidad con relación al Derecho

“no existe... un núcleo común de significado, sino que responden a un conjunto muy diverso de problemas (entre los cuales, todo lo más)...parece haber cierto parecido de familia.”²³⁴²

La idea tiene paralelismo con la de los “deberes *prima facie*”. Para nosotros, en las líneas que siguen en que no abordaremos exhaustivamente el tema, sino que efectuaremos una toma de posición en el mismo por su vinculación con los *ámbitos en que el Derecho queda indeterminado o libre de valoración jurídica*, la derrotabilidad depende del contenido de un enunciado y no de su forma, del modo de vincular los conceptos y no de la formulación específica mediante la cual lo hace, seguimos para éste tema la idea de que la derrotabilidad se predica para los casos de indeterminación respecto de la aplicación del concepto α al caso “C”, y no en el significado de “C” o α , lo que no está determinado es cuáles de los referentes de “C” son también α .

Para ejemplificar nuestra posición explicada *supra*. INÉS PAZOS señala dos casos: a) Las viudas pueden cobrar una pensión por la muerte de su esposo, pero aunque la regla no lo diga, por la aplicación de diversos principios jurídicos, hay casos en los que la viuda no goza de ese derecho (v.g. si la viuda mata a su esposo con el fin de cobrar la pensión); b) si alguien mata a otro debe ser sancionado, pero no es claro que la muerte por eutanasia deba ser sancionada. En los casos explicitados, no se plantean dudas acerca del concepto de viudez, de pensión, del de matar o el de aplicar una sanción; en lo que interesa, las normas no traen los casos de excepción que se aluden, sino que no se sabe qué casos de “C” deben ser excluidos de la generalización que aporta la regla, o si hay tales casos. Tal indeterminación de las excepciones, al menos en los ejemplos reseñados, no parece afectar

de un concepto jurídico, digamos ‘contrato’, con la formulación de las condiciones en las cuales se sostiene que los contratos existen.” (PAZOS, MARÍA INÉS; *Derrotabilidad sin indeterminación*, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 25, Alicante, 2002, pág. 441).

Las excepciones a los conceptos jurídicos, señala HART, conformarían “listas abiertas”, la consecuencia que extrae de ello es que “...no es posible formular condiciones suficientes para pertenecer a la categoría o concepto en cuestión. Afirma que es absurdo usar en conexión con los conceptos jurídicos el lenguaje de las condiciones necesarias y suficientes [...] Las observaciones de HART sobre derrotabilidad en aquel artículo inaugural eran sugestivas porque vinculaban el problema, que aún no estaba identificado con precisión, a dificultades no en el lenguaje sino en la teoría del significado.” (PAZOS, MARÍA INÉS; *op. cit.*, pág. 442).

²³⁴² RODRÍGUEZ, J. y SUCAR, G.; *La derrotabilidad de las normas jurídicas*, Isonomía nro. 6, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, 1997, abril 1997, págs. 149 y ss.

a los casos de “C” normales; en particular, no resultaría problemático determinar si en los casos normales de viudez corresponde asignar una pensión, o si en las acciones normales de matar a otro debe aplicarse una sanción. La indeterminación se plantea respecto de los casos anormales,

“Eso puede explicarse con base en el hecho de que la consecuencia normativa de tener derecho a una pensión por viudez o ser sujeto de una sanción son situaciones normativas previstas especialmente para los casos normales. Esos son los que se tuvieron en cuenta al dictar la norma y por eso los casos normales están... en la zona clara del significado de la norma.”²³⁴³

La indeterminación que involucra la derrotabilidad de la norma, no depende en estos casos de la vaguedad de los conceptos, sino de la parte del significado involucrada en el contexto, ambos dependen de un conjunto heterogéneo de factores, tales como la ubicación de los términos en un texto más amplio, el uso de la expresión, el papel del discurso, el conjunto de presupuesto, los destinatarios, *et sit cétera*.

Con frecuencia se sostiene que una reconstrucción sistemática del Derecho, basada en la noción clásica de consecuencia, nos compromete con una visión distorsionada de las normas jurídicas; especialmente el problema surge cuando se admite que las calificaciones normativas ofrecidas por las normas, pueden ser superadas o derrotadas por una modificación del contexto fáctico o normativo previsto por el Legislador²³⁴⁴. La problemática sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas no plantea un problema lógico en sentido estricto, sino un problema de otro tipo, vinculado a qué funciones de revisión son aceptables para “derrotar” a una norma jurídica.

“El desafío de la derrotabilidad puede ser presentado de una manera simple: las normas jurídicas nunca ofrecen razones concluyentes para justificar una decisión institucional. En el mejor de los casos, las normas... ofrecen una (buena) razón que tiene que ser incorporada al balance de razones... Por consiguiente, la calificación normativa de una acción dependerá del resultado de este balance de razones antes que de la característica atribuida a esa acción por las normas en cuestión...”²³⁴⁵

Desde una óptica iusnaturalista, podría afirmarse que los antecedentes de las normas jurídicas son revisables en función de ciertos principios morales, de tal forma que las

²³⁴³ PAZOS, MARÍA INÉS; *op. cit.*, pág. 457.

²³⁴⁴ NAVARRO, PABLO y RODRÍGUEZ, JORGE; *op. cit.*, pág. 61.

²³⁴⁵ NAVARRO, PABLO; *ibídem*.

normas jurídicas se encontrarían sujetas a excepciones de final abierto. Esta afirmación es imposible efectuarla desde el positivismo, debido a que contradice la identificación del derecho a partir de ciertas fuentes sociales.

La cuestión tiene que ver con la validez de las inferencias normativas, basadas en el modus ponens o el refuerzo del antecedente del condicional²³⁴⁶. El ejemplo que trae NAVARRO es claro: la norma que pune el homicidio (v.g. art. 79 del C.P. argentino), implica que, la acción de matar, es una condición suficiente para la obligación de sancionar; como el homicidio es una condición suficiente para la obligación de castigar, se sigue lógicamente que si el homicidio es cometido con ensañamiento, se mantiene la obligación de aplicar el castigo,

“Sin embargo, intuitivamente parece que matar con ensañamiento y matar por piedad no merecen el mismo reproche.”²³⁴⁷

Por lo antedicho, suele sostenerse que el Legislador no puede prever todas las posibilidades que traerá el futuro, de donde las regulaciones normativas están abiertas a excepciones que derrotan la calificación propuesta por la autoridad normativa. En oportunidades, las excepciones serán introducidas por el propio Legislador, pero en otras ocasiones, dichas excepciones serán implícitas y deben ser identificadas al momento de aplicar las normas.

La relevancia de las circunstancias excepcionales implícitas impediría controlar los razonamientos jurídicos mediante la apelación a las herramientas de la lógica (por otra parte nosotros hemos rechazado, en el presente trabajo, tal metodología jurídica). Por ello NAVARRO y RODRÍGUEZ entiende que existen dos estrategias para lidiar con el problema²³⁴⁸: a) introducir una conectiva especial para la representación de las normas jurídicas, se utiliza una conectiva debilitada para dar cuenta del nexo que media entre soluciones normativas y circunstancias en las normas jurídicas, esa conectiva, un “condicional derrotable”, no satisface la ley de refuerzo del antecedente y el modus ponens; b) abandonar la noción clásica de consecuencia lógica debido a que la validez de los razonamientos en el Derecho no podría ser evaluada adecuadamente a través de ella, ya que

²³⁴⁶ Pasar de “Si p entonces q” a “Si p & r entonces q” es denominada la operación de refuerzo del antecedente.

Si “p” por sí misma implica “q”, entonces la conjunción del antecedente “p” con cualquier proposición diferente de él también implica “q”.

Si “p” por sí misma no implica “q”, el condicional que dice que “Si p entonces q” se denomina *derrotable*.

²³⁴⁷ NAVARRO, PABLO; *Sistemas normativos, Derrotabilidad...*, cit., pág. 9.

²³⁴⁸ NAVARRO, PABLO y RODRÍGUEZ, JORGE; *op. cit.*, pág. 62.

tales razonamientos no satisfacen la propiedad de monotonicidad (definitoria de la noción clásica de consecuencia)²³⁴⁹²³⁵⁰. La adopción de estos enfoque destaca que, al ser las normas jurídicas derrotables, interpretándoselas como admitiéndose que ellas están sujetas a una cláusula de final abierto (excepciones no taxativamente enumerables), tal rasgo es inconciliable con la concepción sistemática del Derecho. Además, al ser los sistemas jurídicos no- monotónicos, ello obliga a reformular la concepción de aquellos como sistemas deductivos, como se los ha caracterizado tradicionalmente²³⁵¹. Estas últimas son cuestiones de filosofía de la lógica muy polémicas que escapan al esquema de éste trabajo, aquí nos interesa el aspecto más específicamente iusfilosófico del problema, no puntualizaremos sobre si se necesita algún tipo de lógica para formalizar el razonamiento derrotable, sino que sondearemos la tesis de por qué el razonamiento jurídico y las normas pueden ser derrotables.

La dogmática jurídica, suele sustentar su análisis del Derecho en el que ALCHOURRÓN denominara, “Sistema Maestro”²³⁵². Según ello, en todo ordenamiento

²³⁴⁹ Según RODRÍGUEZ y NAVARRO, la monotonicidad de la relación de consecuencia sería la versión metalingüística de la ley de refuerzo del antecedente: “si cierto enunciado es consecuencia de un conjunto de premisas α , él seguirá siendo consecuencia de cualquier ampliación β del conjunto de premisas originarias o, en otras palabras, aunque aumenten las premisas, las consecuencias que se obtenían del conjunto originario de premisas se mantienen. Y como en este plano existe igualmente una conexión intrínseca entre no-monotonicidad y modus ponens como regla de inferencia, el abandono de ambas constituye el rasgo característico de las lógicas no- monotónicas.”.

²³⁵⁰ Un argumento como el de la derrotabilidad procesal, parece soslayar el papel que desempeñan en el razonamiento judicial las normas jurídicas secundarias. “Supóngase que con arreglo al derecho si se de la condición positiva p , y siempre que no concurra la excepción e , se sigue la consecuencia jurídica c ...

$$(p \wedge \neg e) \rightarrow c$$

...la lógica clásica no permite derivar c sólo a partir de p . Lo que nos dicen entonces quienes propugnan este argumento es que, si admitimos que está justificado que los jueces dicten una decisión que aplica c cuando todo lo que se ha probado es p , o aceptamos la desagradable conclusión de que el razonamiento judicial escapa a las leyes de la lógica o, como el argumento nos sugiere, habrá que entender que sigue las leyes de *otra clase* de lógica (de una lógica no monotónica, precisamente). Luego –se concluye- lo que permite al juez derivar c sólo a partir de p es una regla de inferencia no monotónica [...] Pero esto es un error. Lo que en realidad autoriza ese paso es simplemente una norma jurídica, una regla secundaria de adjudicación dirigida al juez que le ordena dictar una decisión con el contenido c toda vez que el demandante haya probado p y el demandado no haya probado e ... Lo que hay que retener, por tanto, es que hemos de distinguir entre una norma primaria que establece cuáles son las condiciones para una cierta consecuencia jurídica y una norma secundaria que establece cuáles son las condiciones para que los jueces dicten una decisión que tenga dicha consecuencia jurídica como contenido cuando enjuician un caso.” (BAYÓN, JUAN CARLOS; *¿Por qué es derrotable...*, cit., pág. 42). La derrotabilidad procesal fracasa en tanto confunde una regla jurídica secundaria de adjudicación, con una supuesta regla de inferencia no monotónica, como consecuencia, la asignación de cargas de la prueba en los procedimientos jurídicos no implica que el razonamiento judicial sea no monotónico.

²³⁵¹ NAVARRO, PABLO y RODRÍGUEZ, JORGE; *op. cit.*, pág. 63. Un análisis similar en BAYÓN, JUAN CARLOS; *¿Por qué es derrotable...*, cit., pág. 35.

²³⁵² Ver *supra* parágrafo 44 (“El Principio de Máxima Taxatividad Legal Interpretativa”).

jurídico hay normas que proveen fundamentos para resolver cualquier caso posible; el contenido de cualquier decisión judicial es una consecuencia lógica de las premisas que la fundamentan²³⁵³. Al identificar los elementos que suelen utilizarse como fundamento en una justificación, la versión más estricta considera a la legislación como la única fuente formal (la noción de fuentes formales y materiales del Derecho, se halla fuertemente conectada con la noción de Derecho positivo) del Derecho; mientras que el resto de las fuentes sólo son receptables en tanto y en cuanto aquella viabilice su valoración. Esta concepción se cimenta en ciertos ideales políticos, deriva de la doctrina política de la separación de poderes, específicamente la separación entre el Poder Legislativo y el Poder Judicial, conforme con ello el primero es el único competente para especificar las reglas generales que sirvan como guía y evaluación del comportamiento de los individuos; el Poder Judicial se limita a aplicar dichas reglas²³⁵⁴. Ciertamente este sistema no garantiza la cualidad intrínseca de las decisiones adoptadas, en este modelo, la justicia de las decisiones judiciales, se deriva de la justicia de las normas generales legisladas,

“Además, en la medida en que la equidad requiere en ciertos casos una solución particular diferente del tratamiento que se le otorga a los casos corrientes, no existe lugar para ella dentro de esta teoría.”²³⁵⁵

Como puede percibirse, la insistencia en la derrotabilidad parece estar encaminada, en ocasiones, a poner en duda la viabilidad del positivismo jurídico; pero no todos los que atribuyen un papel relevante a ésta idea en la reconstrucción conceptual de las prácticas jurídicas, están dispuestos a afirmar dicho objetivo²³⁵⁶.

La concepción del Sistema Maestro tiene por objeto satisfacer los ideales políticos de igualdad y seguridad formal, pero no garantiza los ideales de justicia y

²³⁵³ El análisis dogmático se funda en el postulado científico *causalidad universal* (versión del principio de razón suficiente), que constituye el análogo del principio normativo de completitud. Ver *supra* parágrafo 1 (“Palabras previas. Sobre la ‘ciencia del Derecho’”).

²³⁵⁴ Hay distintas razones políticas que se esgrimen para ésta separación: a) el *argumento de la igualdad*, al limitarse los jueces a aplicar las reglas legisladas, todos los casos del mismo tipo recibirán la misma solución; b) el *argumento de la democracia*, como usualmente la judicatura no tiene el mismo origen que el Poder Legislativo, se prefiere que sea éste último quien resuelva en torno a la calificación deóntica de las conductas; c) el *argumento de la certeza y de la seguridad*, a través de ésta estricta separación de poderes, es la única forma en que los individuos pueden conocer *por anticipado*, sus derechos y obligaciones, las decisiones de los jueces contrarias con esto serán arbitrarias pues establecerán dichos derechos y obligaciones *ex post facto*. ALCHOURRÓN, CARLOS E.; *Sobre Derecho y Lógica*, cit., pág. 16.

²³⁵⁵ ALCHOURRÓN, CARLOS E.; *Sobre Derecho y Lógica*, cit., pág. 17.

²³⁵⁶ BAYÓN, JUAN CARLOS; *Derrotabilidad, indeterminación del derecho y...*, cit., pág. 95.

equidad²³⁵⁷. La cuestión es, cuánto de éste Sistema es preservado en la práctica efectiva del Derecho; en una primera aproximación puede destacarse que el Sistema Maestro, para satisfacer los ideales de igualdad y seguridad prereseados, precisa como condición del postulado de completitud, cuyos problemas ya se han analizado²³⁵⁸.

A más de las problemáticas propias de la *regla de clausura*, ya se han analizado previamente otros problemas del Sistema Maestro de ALCHOURRÓN: como los obstáculos propios de los textos legales (v.g. redundancias, vaguedades, textura abierta, *et sit cétera*), la presencia de conceptos indeterminados, normativos, cláusulas generales y lagunas. Todos ellos coadyuvan al componente “creativo” del proceso de interpretación jurídica.

Pero existe otro problema para dicho Sistema: la Derrotabilidad. Este postulado demuestra que las construcciones condicionales del tipo “Si A entonces B”, donde el antecedente A es una condición suficiente del consecuente B, el condicional puede estar sujeto a excepciones implícitas. Aquí, “Si A entonces B”, demuestra que “Si A y C entonces B”, es falso, pero la circunstancia C puede constituir una excepción que *derrota* el condicional “Si A entonces B”. Es decir, un condicional es derrotable si el siguiente esquema de inferencia (denominado *refuerzo del antecedente*) es lógicamente inválido: de “Si A entonces B”, se sigue que “Si A y C entonces B”²³⁵⁹.

La idea de *Derrotabilidad* se vincula con la noción de “normalidad” enseña ALCHOURRÓN,

“Formulamos nuestras afirmaciones para circunstancias normales, sabiendo que en ciertas situaciones nuestros enunciados serán derrotados. La noción de normalidad es relativa al conjunto de creencias del hablante y al contexto de emisión. Lo que resulta normal para una persona en un cierto contexto puede ser anormal para otra persona o para la misma persona en un contexto diferente.”²³⁶⁰

La “normalidad” o “anormalidad” de un caso individual respecto de una norma general depende de los principios del sistema normativo involucrado, ALONSO trae como ejemplo la conocida norma de PUFENDORF:

²³⁵⁷ ALCHOURRÓN, CARLOS E.; *ibídem*.

²³⁵⁸ Ver *supra*, Capítulo V (“El Principio de Legalidad”) y parágrafo 50 (“La actividad creadora del juez ante las ‘lagunas’ y las ‘reglas injustas’”).

²³⁵⁹ ALCHOURRÓN, CARLOS E.; *Sobre Derecho y Lógica*, cit., pág. 23.

²³⁶⁰ ALCHOURRÓN, CARLOS E.; *Sobre Derecho y Lógica*, cit., pág. 24.

“Quien derrame sangre en las calles de Bologna deberá ser sancionado con gran severidad”,

¿qué pasaría con un barbero que derramara la sangre de su cliente?; en dicho supuesto habría que ver si la regla de PUFENDORF forma parte de un sistema jurídico contemporáneo que consagra, entre sus principios supremos, el derecho a la vida y a la integridad física, en tal supuesto la regla importaría una instancia de tales principios, con el objeto de evitar (y eventualmente castigar) agresiones a las personas (homicidios, lesiones, duelos, entre otros) en la vía pública.

“A la luz de tales principios, el caso individual del barbero que derrama sangre en la calle afeitando a un cliente... será (un) caso “*anormal*”, en (el) que la norma debe ser derrotada.”²³⁶¹

Pero si aquella es una norma emanada de un

“...tirano obsesionado con la limpieza de los espacios públicos, que ha dictado severas normas sobre la higiene pública con el fin de cambiar ciertas tendencias poco higiénicas de los súbditos.”,

el caso del barbero, será un caso “*normal*” por lo que no existe ninguna razón para apartarse de lo dispuesto por la norma²³⁶².

La mayoría de las formulaciones normativas son derrotables, es decir, poseen usualmente excepciones implícitas, y aun suponiendo que fuera posible (extremo que no compartimos) identificar exhaustivamente las excepciones a cualquier norma jurídica, puede sin embargo, faltar información tanto acerca del Derecho como acerca de los hechos relevantes. Hay circunstancias que derrotan la norma aunque no estén expresamente formuladas; por ello HART entendía que las normas debían ser leídas como si finalizaran con una cláusula que dijera: “*a menos que...*”, con lo que pretendía expresar que las reglas poseen un conjunto indeterminado de excepciones²³⁶³, pues los conceptos jurídicos tienen un carácter *sui generis*, que hace que no sean susceptibles de definición *per genus et differentiam* y requieren un método de elucidación especial, que se manifiesta en la imposibilidad de establecer una lista de condiciones suficientes y necesarias para su aplicación (sólo es dable enumerar sus condiciones normales o típicas de aplicación, acompañadas por la cláusula abierta propuesta por HART). Aunque el propio HART

²³⁶¹ ALONSO, JUAN PABLO; *op. cit.*, pág. 294.

²³⁶² ALONSO, JUAN PABLO; *op. cit.*, pág. 295.

²³⁶³ ALCHOURRÓN, CARLOS E.; *ibidem*.

abandonó más tarde ésta estrategia de análisis²³⁶⁴. La norma en cuestión no es derrotable en función de otra norma positiva (contradictoria con la primera) que prevalecía por algún criterio; es derrotable debido a que en el caso individual en tanto se considera que éste presenta ciertas particularidades relevantes a la luz de ciertos principios, conjugado amerita apartarse de lo dispuesto por la norma.

SCHAUER sostiene que una regla con una cláusula que diga “a menos que...”, es decir, sujeta a excepciones al momento de su creación, sigue siendo una regla; pero lo que no admite es que las reglas estén sujetas a excepciones incorporadas *al momento de su aplicación*, en tales casos, no se trataría de reglas²³⁶⁵. No podemos coincidir con este planteo, la cuestión se explica a partir precisamente de la noción de derrotabilidad. El profesor de Harvard admite que las reglas pueden ser derrotables en un doble sentido: a) *internamente*, cuando resultan inaplicables estando a las consideraciones de las justificaciones subyacentes; y b) *externamente*, cuando se inaplican como consecuencia de su superación por factores externos particularmente exigentes. Hasta ahí nuestro acuerdo, pero SCHAUER soslaya la relevancia de no observar a las reglas como aisladas, máxime cuando de un acto de decisión se trata en que son tomadas en el contexto de un sistema (como un todo); en tales supuestos, y ampliando la construcción del autor de referencia, una regla sería *internamente derrotable* cuando las excepciones surgieran del propio sistema (v.g. la legítima defensa para el caso del homicidio), o *externamente derrotable* cuando las excepciones –el desplazamiento- provienen por fuera del ordenamiento legal, de otro tipo de estándares (v.g. una intelección amplia del principio de abuso de confianza).

Agreguemos a lo dicho que, presentar el contenido de las normas tal que (utilizando la terminología de ALCHOURRÓN)

(F) $p \rightarrow q$

es decir que “q se sigue de p”, a menos que existan condiciones que la interfieran, lo que importa tanto como sostener que “q se sigue de p, excepto en los casos en que, por alguna razón, no lo hace”. Agregar este tipo de cláusulas no elimina la no monotonicidad de la inferencia, por el contrario, constituye una señal clara de su no monotonicidad. Esta noción de las normas como condicionales derrotables revisables,

²³⁶⁴ BAYÓN, JUAN CARLOS; *Derrotabilidad, indeterminación del derecho y...*, cit., pág. 91.

²³⁶⁵ SCHAUER, FREDERICK; *op. cit.*, págs. 177 a 178.

tergiversa el sentido de derrotabilidad (preciso) propuesto por los particularistas. La noción preresenada de ALCHOURRÓN, presupone que el antecedente es completable, dicho de otra forma, existe un conjunto último de condiciones que, de manera invariable, permite obtener la consecuencia deóntica. El particularismo niega tal posibilidad, pues entiende que, las generalizaciones normativas son derrotables, pero no porque sus antecedentes se hallen incompletos, sino porque están sólo contingentemente relacionados con sus consecuentes, no se los puede completar de manera tal que la relación se torne universal²³⁶⁶.

Es obvio que va contra la regla de economía jurídica (pocas normas, claras y precisas), siendo que además es imposible y atentatorio de la claridad y cognoscibilidad del Derecho, intentar una formulación de todas las excepciones a una regla. Así, las formulaciones generales en que están concebidas las normas jurídicas, dejan muchas condiciones subyacentes sin enunciar, especialmente aquellas que se ponen de manifiesto en casos excepcionales. Es posible que el Legislador procure sortear este problema, haciendo explícitas las excepciones en otros textos, de donde la interpretación sistemática, podría reconstruir en el caso de que se trate, el problema, reconstruyendo el contenido conceptual de la norma mediante el recurso a otras normas del sistema. El problema estriba en que en la mayoría de los casos la cuestión no viene resuelta por el Legislador, pues no existen normas en el sistema donde se hayan contemplado las excepciones de forma explícita, y el intérprete ha de recurrir a la interpretación para operativizarlas.

Ahora bien, frente al texto normativo, que no contiene las excepciones necesarias, lo relevante es examinar el componente creativo del juez en la decisión. ALCHOURRÓN señala que existen diferentes alternativas²³⁶⁷:

- i. *Excepciones implícitas*. Aquí, el Legislador no consideró la circunstancia particular del caso en la norma, pero si la hubiera considerado, habría introducido la misma excepción que introdujo el juez. En dicho caso la excepción estaba implícita en el texto legislativo, y de acuerdo con ello, la

²³⁶⁶ REDONDO, MARÍA CRISTINA; *op. cit.*, pág. 172.

²³⁶⁷ ALCHOURRÓN, CARLOS E.; *Sobre Derecho y Lógica*, cit., págs. 27 y ss. Otra tesis, aunque similar a la de Alchourrón, es la que entiende que, en una norma, una propiedad puede ser irrelevante; porque habiendo sido considerada por la autoridad normativa, ella decidió darle la misma solución tanto a los casos en que dicha propiedad está presente, como a aquellos en que está ausente, a ésta noción se la denomina *irrelevancia positiva*. Cuestión diversa implica decir que una propiedad es irrelevante porque sencillamente ella no fue considerada por la autoridad, esta noción es llamada *irrelevancia negativa* (NAVARRO, PABLO y RODRÍGUEZ, JORGE; *op. cit.*, pág. 83).

norma contenía la disposición como una de sus excepciones. En síntesis, la norma utilizada por el juez es la misma que la expresada por el Legislador²³⁶⁸.

- ii. *No excepción implícita.* El Legislador ha rechazado como excepción, la interpretación del juez, de donde la decisión de éste último es incompatible con la norma legislada.
- iii. *Indeterminada como excepción.* La circunstancia no fue determinada por el Legislador. Si la hubiese tomado en cuenta, ni la habría incluido ni la habría excluido como excepción. En dicha perspectiva, la decisión del juez importa un cambio de la norma legislada.

“Siguiendo sus convicciones valorativas, los miembros de la Corte habrán enriquecido el contenido de la norma legislada mediante la adición de una excepción. Pero como la excepción no había sido excluida por el legislador, la modificación resulta compatible con la norma previa e implica suministrar un contenido normativo más preciso a la ley.”

Pese a la noción de ALCHOURRÓN, entendemos que en la Derrotabilidad subyace la creación jurídica por el aplicador del Derecho, se va más allá a los fines de resolver que el material aportado por el Legislador. Por caso, en el supuesto primero del esquema anterior, puede sostenerse dogmáticamente que el contenido de la decisión se sigue de las normas existentes, pero lo cierto es que el órgano aplicador ha hecho uso de su perspectiva valorativa. En el tercer supuesto, el autor reconoce sin más el rol creador del juez; pero introduce, elípticamente, la tesis de una aceptación tácita por el Legislador, lo que otorgaría a dicha decisión un estatus normativo por adhesión. En el segundo supuesto, la decisión puede ser revisada, pero si es sostenida en instancias superiores, entonces, la interpretación creativa, a partir de la perspectiva valorativa del juzgador, se constituirá en la fuente de una nueva norma; en el segundo supuesto, el juez ha decidido considerar relevante una propiedad cualquiera distinta de las que definen el supuesto de hecho de la norma, si bien no se afirmarían sin más que ha violado el Derecho, tampoco puede afirmarse que puede justificar su decisión en las normas del sistema.

²³⁶⁸ El planteo es similar al de RODRÍGUEZ frente a las lagunas axiológicas cuando diferencia en las mismas dos nociones: como enunciados de críticas y enunciados interpretativos (Ver *supra* parágrafo 50 –“La actividad creadora del juez ante las ‘lagunas’ y las ‘reglas injustas’”-).

El proceso de reformulación e incorporación de excepciones en las normas jurídicas, nunca puede considerarse completo, porque al decidir un caso es necesario juzgar la relevancia o irrelevancia de todas sus características; de donde no es posible invocar una regla predeterminada que declare irrelevante cualquier propiedad del caso que sea distinta de aquellas que componen una lista ya cerrada.

“La aceptación de una norma tal sólo sería racional, siguiendo esta idea, si el agente considera toda posible situación en la cual las propiedades en cuestión pudieran verificarse, y juzga que debe actuarse del mismo modo en todas ellas, porque el resto de las posibles descripciones resultan normativamente irrelevantes (KLAUS GÜNTHER hace referencia a esta intuición como “el ideal de la norma perfecta”). Si ese no es el caso, la aceptación de esa norma implicaría una renuncia anticipada a evaluar todas y cada una de las circunstancias adicionales del caso particular, renuncia que constituiría una forma de irracionalidad.”²³⁶⁹

La presencia de elementos no enunciados, parece ser una característica general del Derecho, el Legislador formula ciertas frases a partir de las cuales pueden identificarse las propiedades que aquel considerara expresamente relevantes; pero esas formulaciones normativas están sujetas a interpretaciones, y al asignar significado a dichas formulaciones, el intérprete puede considerar la relevancia, no sólo de aquellas propiedades expresamente señaladas como relevantes por el Legislador, sino de otras propiedades que fluyan de fuentes legislativas o de otras fuentes.

Todo esto destaca que la derrotabilidad torna dificultosa la identificación de las normas que el Legislador ha dispuesto, mucho más que la simple ambigüedad. Constituye uno de los factores que demuestra la relevancia de la introducción de operaciones valorativas y el uso de pautas axiológicas en la interpretación de los textos normativos²³⁷⁰.

Para determinar cuál es el derecho aplicable a un caso, no basta con que el acto individual acaecido, sea indubitavelmente subsumible (con arreglo a las convenciones lingüísticas imperantes), en el acto genérico que constituye el supuesto de hecho de la norma,

²³⁶⁹ RODRÍGUEZ, JORGE LUIS; *Lagunas axiológicas y...*, cit., pág. 366.

²³⁷⁰ ALCHOURRÓN, CARLOS E.; *Sobre Derecho y Lógica*, cit., pág. 28.

“...sino que se requiere además que aplicar a ese acto individual la solución normativa que aquélla estipula satisfaga realmente, atendidas todas las circunstancias concretas del caso, el fin, propósito o justificación subyacente de la norma: si no es así, se considera admisible su inaplicación a casos subsumibles en su supuesto de hecho (*reducción teleológica*), del mismo modo que –con restricciones para ciertos sectores del derecho o ciertas clases de normas- en atención a dicho fin o justificación se acepta igualmente su aplicación a casos que no lo son (*extensión analógica*). (además)... todos los sistemas jurídicos... aceptan el criterio interpretativo según el cual la aplicación de una norma a un caso indubitadamente comprendido en su tenor literal es improcedente cuando el resultado de dicha aplicación sea manifiestamente irracional o absurdo.”²³⁷¹

La actividad interpretativa aporta la idea de que existe una brecha entre normas generales y casos particulares, y que su conexión sólo es posible a partir de nuevas decisiones interpretativas. Uno de los fundamentos de esto es que el alcance de una norma general siempre está abierto a excepciones implícitas; la interpretación no consiste únicamente en desplegar las consecuencias lógicas de una norma general sino también en valorar si existen circunstancias excepcionales. Ha dicho en éste sentido VÍCTOR FERRERES que

“...el legislador no puede prever todas las combinaciones de circunstancias relevantes que pueden darse en el futuro. Pueden surgir casos con alguna propiedad no contemplada, que hace dudar acerca de si es correcto, a la luz de las valoraciones implícitas de las que ha partido el legislador, aplicarles la ley en cuestión... Si el legislador hubiese reparado en esa propiedad, ¿la habría teniendo en cuenta y habría decidido que la consecuencia jurídica prevista con carácter general no se debería aplicar a ese caso excepcional? Así, supongamos que una norma prevé una sanción para quien suministre bebidas alcohólicas a menores de edad. ¿Comete infracción el párroco que suministra vino a un niño que hace la primera comunión?”²³⁷²

Una tesis que compartimos, entiende que, para resolver el problema de las excepciones implícitas, siempre es necesaria una interpretación, es lo que se ha llamado el

²³⁷¹ BAYÓN, JUAN CARLOS; *Derrotabilidad, indeterminación del derecho y...*, cit., pág. 90.

²³⁷² FERRERES, VÍCTOR; *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 34.

“argumento de la derrotabilidad”²³⁷³. Pero debe restar claro que aquí entendemos que las normas jurídicas *pueden* ser derrotables, lo que es ciertamente distinto que afirmar que la derrotabilidad es un rasgo necesario de las mismas²³⁷⁴. A partir de lo antedicho, y considerando la postulación de quienes sostienen que el *razonamiento jurídico es derrotable* porque las *normas jurídicas son derrotables*²³⁷⁵, BAYÓN ha destacado dos tesis: a) puede haber efectivamente normas jurídicas derrotables: pero para quienes entienden que de hecho *todas* las normas jurídicas son realmente derrotables, parecen no advertir que, tomada en serio, tal afirmación es

“...fuertemente contraintuitiva y con toda probabilidad falsa, así que el apoyo que pueda prestar a la idea de que el razonamiento jurídico es derrotable debería ser visto con recelo.”,

b) sí existe un sentido en el que es dable sostener que el razonamiento jurídico es derrotable,

“...pero no se basa en la posibilidad de que las normas jurídicas sean a su vez derrotables y, sobre todo, no pone en tela de juicio el carácter subjuntivo de la justificación jurídica.”²³⁷⁶

Para cerrar esta digresión, coincidimos con el autor citado en cuanto, afirmar que todas las normas jurídicas son en realidad derrotables, es tanto como admitir que el Derecho es globalmente indeterminado, lo que no se ha predicado en éste trabajo, pues entendemos que el Derecho suministra razones que sopesar, no siendo necesario en todo momento recurrir a pautas extrajurídicas de ponderación.

Sólo los intérpretes pueden resolver adecuadamente si en el proceso de aplicación de una norma surge una circunstancia excepcional. Una de las críticas usuales es

²³⁷³ NAVARRO, PABLO; *Acerca de la inevitabilidad de la Interpretación*, cit., pág. 115. Para el autor, éste argumento no muestra que la interpretación sea inevitable, sino más bien que ella pretende evitar resultados injustos o absurdos estando al alcance de la norma. Nosotros entendemos que nada obsta a que ambos argumentos se potencien mutuamente, pues si bien la interpretación es inevitable, es posible que se recurra a esta herramienta no ya con el objeto de determinar el alcance de un texto legal, sino con el fin de resolver una controversia de una manera moralmente apropiada.

²³⁷⁴ BAYÓN, JUAN CARLOS; *¿Por qué es derrotable...?*, cit., pág. 37. El profesor de la Universidad Autónoma de Madrid señala que, hay autores que afirman sin ambages que, a pesar de su posible atractivo inicial, la idea de norma jurídica derrotable es irremisiblemente el producto de confusiones conceptuales, no sobrevive a un análisis riguroso y debe ser sin más desechada.

²³⁷⁵ Las normas derrotables son tanto las que tienen significado prescriptivo como descriptivo, así como definiciones. El hecho de que el concepto de norma no prejuzgue acerca de qué género de las mismas se trata, requiere que la noción de derrotabilidad que se utilice, sea lo suficientemente amplia como para dar cuenta de la derrotabilidad de las normas descriptivas. En éste sentido PAZOS, MARÍA INÉS; *op. cit.*, pág. 451.

²³⁷⁶ BAYÓN, JUAN CARLOS; *¿Por qué es derrotable...?*, cit., pág. 38.

que la decisión de sustituir la solución que la ley ofrece literalmente por las concepciones morales de los órganos de aplicación, representa un desafío al “gobierno de las leyes”, al Estado de Derecho²³⁷⁷, y abre las puertas a la tiranía²³⁷⁸.

Reafirmando lo hasta aquí dicho, al legislar, una autoridad normativa no puede considerar más que los casos normales. No obstante, siempre pueden surgir casos, reales o imaginarios, que resulten atípicos y que merezcan por ello una solución diferenciada (v.g. el homicidio por piedad). De allí que las obligaciones y derechos consagrados en las normas jurídicas deberían entenderse como sujetos a excepciones implícitas, es decir, debería rechazarse a su respecto el refuerzo del antecedente. Un modo de sortear esto último sería considerar a las normas inderrotables (“toda propiedad que no ha sido tomada como relevante es irrelevante”)²³⁷⁹, considerar irrelevantes a todas aquellas circunstancias a las que el Legislador no atribuyó relevancia. Pero, esto soslaya el hecho de que, al promulgar un conjunto de normas, la autoridad normativa sólo puede considerar un número limitado de circunstancias, si bien a algunas de ellas las pudo obviar adrede (descartadas), otras pueden no haberse considerado. En consecuencia, del sistema normativo no puede derivarse solución alguna para el caso en que concurra alguna de las circunstancias no previstas²³⁸⁰. Otra crítica al enunciado de que “toda propiedad que no ha sido tomada como relevante es irrelevante”, es que padece los mismos problemas de interpretación que la regla de clausura (“todo lo que no está prohibido está permitido”), que

²³⁷⁷ REDONDO señala que “... puede afirmarse que la idea de estado de derecho asume el carácter universal de las razones jurídicas, es decir, supone que el derecho ofrece un conjunto limitado de normas o principios que, si bien por sí mismos no especifican un resultado, establecen razones cuya consideración es vinculante para los decisores, y que deben ser honradas en la decisión final.”, hasta aquí podría no objetarse nada a lo dicho, pues las reglas ciertamente aportan el material primigenio de consideración por los aplicadores de las normas; pero acto seguido agrega la autora que “Esta idea no se concilia con la tesis del particularismo” (REDONDO, MARÍA CRISTINA; *op. cit.*, pág. 162), afirmación que entendemos, no se sigue necesariamente del párrafo anterior.

Un particularista se basará en las circunstancias del caso, pero también tendrá en cuenta las normas, estas no son soslayables absolutamente para dicha posición; pero de ahí a entender, que para que se respete al Estado de Derecho, el juez debe limitarse a ser un mero aplicador de reglas dadas, sin ponderación de los elementos del caso específico, nada aporta a favor de aquel principio, pero sí parece, en una aproximación ligera, vulneratorio del principio republicano. No ahondaremos en el tema, por ser ajeno a la temática propuesta. En torno a la noción de *particularismo*, ya hemos destacado algunas ideas *supra* (ver parágrafo 29.1 –“*Las normas en términos de ‘razones’*”-).

²³⁷⁸ NAVARRO, PABLO; *Acerca de la inevitabilidad de la Interpretación*, cit., pág. 116.

²³⁷⁹ RODRÍGUEZ, JORGE LUIS; *Lagunas axiológicas y...*, cit., pág. 367. Puede el enunciado interpretarse como una directiva a los jueces en el sentido de que no deberían atribuir relevancia normativa a ninguna otra propiedad que no haya sido explícitamente considerada tal por el Legislador.

²³⁸⁰ NAVARRO, PABLO y RODRÍGUEZ, JORGE; *op. cit.*, pág. 81.

ya hemos examinado²³⁸¹, procura consagrar un “modelo de atrincheramiento” (*entrenched*) o “modelo rígido” (SCHAUER) de aplicación de normas²³⁸², según el cual los jueces carecerían de competencia para introducir excepciones en la aplicación de las normas generales del sistema que no surjan de otras normas generales explícitamente formuladas por el Legislador²³⁸³; pero no es esto lo que los jueces hacen en la realidad²³⁸⁴.

Un análisis de las diferentes actitudes que puede adoptar un juez al decidir un caso particular, viabiliza advertir la razón de lo que se reseñó; puede que el sistema contenga o no una “regla de clausura” a los efectos de considerar irrelevante o no una determinada propiedad, pero el juez, con independencia de ello puede determinar la relevancia o no de la propiedad en cuestión; de donde podría dejar de lado la solución normativa preestablecida por el sistema (forma de la *no excepción implícita* de ALCHOURRÓN), lo que es perfectamente posible y verificable; por el contrario, si el sistema carece de una “regla de clausura” de éste tipo, el juez no tendrá obligación de considerar irrelevante o no la propiedad de que se trate.

“No hay inconveniente en aceptar que la aplicación de cualquier norma jurídica puede resultar derrotada en este sentido, pero ello no constituye una objeción contra la posibilidad de identificar las normas que conforman el derecho ni contra la posibilidad de su reconstrucción sistemática.”²³⁸⁵

Autores como RODRÍGUEZ entienden que, las normas jurídicas deberían ser consideradas como inderrotables o derrotables de conformidad con la presencia o ausencia de una regla de clausura de la relevancia en el sistema jurídico de referencia²³⁸⁶. Pero ello,

²³⁸¹ Ver *supra* párrafos 39 (“La ‘clausura’ en el ordenamiento jurídico) y 50 (“La actividad creadora del juez ante las ‘lagunas’ y las ‘reglas injustas’”).

²³⁸² BAYÓN señala que el *atrincheramiento* es una de las problemáticas que demuestra el porqué de que la derrotabilidad de las normas sea contingente, pues bastaría con incluir una regla de éste tipo para establecer condiciones *suficientes* para una determinada consecuencia jurídica (BAYÓN, JUAN CARLOS; *¿Por qué es derrotable...*, cit., pág. 54), en lo que sigue del párrafo, señalamos las bases de nuestro apartamiento de tal tesis.

²³⁸³ NAVARRO, PABLO y RODRÍGUEZ, JORGE; *op. cit.*, pág. 82.

²³⁸⁴ Para BAYÓN, la inserción de una “regla de clausura respecto a la relevancia”, torna a las normas identificadas finalmente (debe tenerse en cuenta que para éste autor las normas se obtienen en un paso ulterior al de las *formulaciones normativas*, de donde en una suerte de interpretación forzada de su pensamiento, podría entenderse que: *normas = formulaciones normativas + interpretación*) inderrotables, “...lo que es tanto como decir que han quedado dotadas de aquel ‘rigor artificial’ al que se refería HART que permite que en su aplicación no se necesite ‘algo distinto al razonamiento deductivo’...”. BAYÓN, JUAN CARLOS; *Derrotabilidad, indeterminación del derecho y...*, cit., pág. 104.

²³⁸⁵ NAVARRO, PABLO y RODRÍGUEZ, JORGE; *op. cit.*, pág. 84.

²³⁸⁶ RODRÍGUEZ, JORGE LUIS; *Lagunas axiológicas y...*, cit., pág. 368.

conforme lo que aquí se expone, no es más que un aserto dogmático rebatible; el juez, con independencia de tal regla, como se ha señalado insistentemente, puede decidir tomar como relevante para su decisión, una propiedad no contemplada. Más allá de la existencia de una regla de clausura, si bien estará dejando de lado la solución normativa preestablecida por el sistema, estará recurriendo a baremos extranormativos para argumentar en pro de la decisión que entiende “correcta” para el caso.

De esto deviene que, las normas jurídicas son derrotables, en el sentido de que siempre es posible asignar relevancia normativa a ciertas propiedades que no han sido tomadas en cuenta por la autoridad normativa (excepciones implícitas, no excepción implícita o indeterminada como excepción). El intérprete, que tiene a su cargo la responsabilidad de decidir un caso individual, puede entender que una propiedad no considerada o receptada por el Legislador, *debe ser* tomada como relevante desde cierto punto de vista axiológico. En esos casos, la derrotabilidad se aproxima a las lagunas axiológicas, en el sentido de un enunciado de crítica respecto de sus soluciones, destacando que el contenido de un sistema jurídico puede ser cuestionado desde el punto de vista de otro sistema normativo (v.g. un sistema moral).

Las creencias en general, y en lo que aquí interesa, las creencias en la esfera jurídica, pueden ser desechadas a la luz de información suplementaria. Las creencias son derrotables, pues pueden estar justificadas racionalmente en relación con ciertos datos, aunque datos adicionales, de los que sólo se disponga en un momento ulterior, demuestren que se carece ya de justificación para seguirlas manteniendo, y deban ser reemplazadas. El razonamiento con información incompleta es derrotable. Cuando estas nociones se proyectan sobre la esfera del Derecho, suelen generar ideas discutibles, pues como ejemplifica BAYÓN, se ha sostenido que, que uno tenga la obligación de reparar el daño causado, no depende en realidad directamente de lo que haya acontecido, sino de lo que se haya probado. Por ello, el profesor de la Universidad Autónoma de Madrid propone distinguir con claridad entre condiciones para una cierta consecuencia jurídica tal y como el Derecho las ha establecido, condiciones para creer justificadamente –a la luz de la información disponible– que cierta consecuencia jurídica se aplica en efecto a una determinada situación, y condiciones (fijadas por una norma secundaria de aplicación) para que el juez resuelva que procede acoger la pretensión de que dicha consecuencia jurídica es

aplicable²³⁸⁷. De éstas líneas, BAYÓN extrae una conclusión interesante, es cierto que todo sujeto debe estar dispuesto a revisar sus creencias a la luz de nuevas informaciones, de donde cabe considerar como una tesis de epistemología general el que toda creencia es derrotable, y decir que alguna creencia está justificada implica sostener que, con la información disponible, no ha quedado derrotada; pero todo esto, a pesar de ser una conclusión correcta, es tan obvio que deviene trivial sostener que la pretensión de que el razonamiento jurídico es derrotable, se reduzca a ésta simple idea²³⁸⁸.

RODRÍGUEZ y SUCAR entienden que, decir de algo que es “derrotable”, sólo puede predicarse de nuestras creencias acerca de qué proposiciones normativas referidas al Derecho son verdaderas, no de las normas mismas. No es aceptable calificar a las normas mismas como derrotables porque

“...para que pueda decirse con sentido que una norma está sujeta a una excepción, es menester que otra norma que estipule una solución normativa lógicamente incompatible con la primera resulte preferida a ella para el caso de conflicto.”²³⁸⁹,

de donde para aquellos, al ser los enunciados que componen un sistema jurídico, finitos, en teoría sería posible identificar todas las excepciones que corresponde incorporar a una norma; de modo que el producto final de la interpretación constituiría un sistema de reglas de normas inderrotables, lo que equivale a decir que sería factible (a pesar de lo engorroso y laborioso),

“...especificar todas y cada una de las condiciones suficientes para el surgimiento de las soluciones normativas establecidas.”²³⁹⁰

BAYÓN señala, en tesis que seguimos, una crítica al argumento de los autores destacados: si bien es cierto que las formulaciones normativas que el Legislador aporta, constituyen un material bruto, a partir del cual la identificación del Derecho se desarrolla tomando en cuenta no sólo el texto normativo, sino también toda una serie de convenciones interpretativas, cuyo contenido está determinado por las prácticas de los operadores jurídicos correspondientes, todo lo cual lleva razón a RODRÍGUEZ y SUCAR acerca de que son dos cosas distintas hablar de “derrotabilidad” entendida como revisabilidad a la luz de informaciones incompletas (de nuestras creencias *prima facie* acerca de cuáles son las

²³⁸⁷ BAYÓN, JUAN CARLOS; *¿Por qué es derrotable...?*, cit., pág. 44.

²³⁸⁸ BAYÓN, JUAN CARLOS; *¿Por qué es derrotable...?*, cit., pág. 45.

²³⁸⁹ RODRÍGUEZ, J. y SUCAR, G.; *La derrotabilidad de las normas jurídicas*, cit., pág. 163.

²³⁹⁰ RODRÍGUEZ, J. y SUCAR, G.; *La derrotabilidad de las normas jurídicas*, cit., pág. 166.

normas que pertenecen al sistema), y hablar por otro lado de la derrotabilidad de las normas mismas como un hipotético resultado al que sería posible llegar cuando se completa dicho proceso de identificación; pero a BAYÓN le resulta cuestionable que se extraiga de lo antedicho

“...la afirmación de que el producto final de la identificación del derecho *tiene que ser* un conjunto de normas inderrotables...”²³⁹¹

Decir de un razonamiento, que es derrotable, para indicar que su conclusión no podrá seguir siendo mantenida si una de sus premisas resulta ser falsa; es reducir la noción de derrotabilidad a la idea de mera falibilidad. Por el contrario, lo que se procura es destacar, que si bien se conservan las premisas originales, su relevancia resta socavada por la información añadida, de un modo tal que desplaza la vieja conclusión; así que la inferencia que nos lleva de las premisas a la conclusión, no puede ser deductiva: esto es el razonamiento jurídico derrotable²³⁹².

Y lo dicho, nos permite aclarar aun más la idea, con el objeto de no confundir la derrotabilidad con las otras puertas de la creatividad judicial que señaláramos *supra*. Afirmar que las normas jurídicas son derrotables, equivale, como se dijo, a decir que están sujetas a excepciones implícitas que no pueden ser identificadas exhaustivamente de antemano. Pero ello no consiste en razones morales concluyentes para apartarse en una ocasión determinada de lo dispuesto por una norma jurídica, con esto se confunde entre la noción de qué es lo que habría que hacer en un caso determinado para actuar de acuerdo con el Derecho y la noción de si moralmente se debería o no hacerlo. Lo que se sostiene con la idea de derrotabilidad es que toda norma está sujeta a excepciones en virtud de su potencial colisión con otras normas jurídicas, entendido así, aquel postulado se presenta como una consecuencia de la interacción entre principios y reglas²³⁹³.

Dicho de otro modo, para hallar excepciones implícitas a una norma por razones de principio, puede deberse a dos motivos: a) es posible que la aplicación de una regla a ciertos casos en los que de hecho resulta aplicable, vaya en rigor en contra de su propósito o justificación subyacente, de éste modo, se podría sostener que un caso comprendido en el antecedente de la regla, no merece desde el punto de vista del balance de

²³⁹¹ BAYÓN, JUAN CARLOS; *Derrotabilidad, indeterminación del derecho y...*, cit., pág. 103.

²³⁹² BAYÓN, JUAN CARLOS; *¿Por qué es derrotable...*, cit., pág. 46.

²³⁹³ BAYÓN, JUAN CARLOS; *¿Por qué es derrotable...*, cit., pág. 52.

razones en el que la regla se basa, la solución normativa que ella establece (se presentan los problemas de infra y sobreinclusión de las reglas que SCHAUER analizara²³⁹⁴); y b) en un caso en el que sea aplicable una regla puede concurrir una razón fundada en un principio que no fue tomado en cuenta en dicho balance anticipado que la regla refleja; con lo que para decidir el caso habría que recurrir de nuevo a la ponderación (entre el principio tras la regla y el que quedó fuera de ella)²³⁹⁵. RÓDENAS entiende que si bien ambos motivos son supuestos de derrotabilidad, el primero se trata de un supuesto que resta fuera del *alcance* de la norma, en tanto que el segundo implica una *excepción* a la norma pues si bien le son aplicables algunas de las principales razones en pro de la regla, hay otras razones presentes que no han sido tenidas en cuenta en el balance de razones que la regla contempla. La profesora de la Universidad de Alicante, para ejemplificar los casos, señala el supuesto de “prohibición de utilización de aparatos de radio en una biblioteca”, de donde, para el primer motivo se configuraría un caso fuera del “alcance” de la norma en el supuesto del empleado de limpieza que conecta la radio antes de la hora de apertura al público, ya que la acción del empleado no causa molestias a los usuarios de la biblioteca (el caso cae dentro del texto de la regla, pero no está incluido en el propósito subyacente); para el segundo motivo, presenta el caso de la bibliotecaria que conecta la radio en plena hora de atención al público porque se ha dado aviso de un posible atentado en la zona, si bien la acción de la bibliotecaria produce molestias a los usuarios, se configura un caso de “excepción” a la norma, porque la información de la que está pendiente la empleada es vital de cara a abortar el peligro para la vida de las personas que están en la biblioteca, esta última razón –el valor vida humana– prevalece sobre aquellas contempladas en el compromiso de utilización de la biblioteca²³⁹⁶. Tanto en los supuestos de excepción a las reglas, como en los casos fuera del alcance de las mismas, se produce la derrotabilidad de las prescripciones contenidas en las formulaciones normativas, pero no del balance de razones subyacente a las mismas. Sin embargo, también

²³⁹⁴ Son las llamadas *experiencias recalcitrantes* que revisten dos formas: a) la generalización contenida en la formulación normativa comprende estados de cosas que no producen las consecuencias representadas en la justificación de la regla (la prescripción contenida en la formulación normativa es *sobreincluyente* en relación con su justificación subyacente, pues la prescripción incorpora ciertos supuestos en los que no sería aplicable su justificación); b) cuando la prescripción no comprende ciertos estados de cosas que pueden contribuir, en casos particulares, a la consecuencia representada en la justificación subyacente a la regla, es decir, las prescripciones contenidas en las formulaciones normativas no incorporan ciertos supuestos en los que su justificación sería aplicable (la prescripción es *infraincluyente*).

²³⁹⁵ BAYÓN, JUAN CARLOS; *¿Por qué es derrotable...*, cit., pág. 53.

²³⁹⁶ RÓDENAS, ÁNGELES; *op. cit.*, pág. 74.

cabe la derrotabilidad de los compromisos (o juicios de prevalencia) entre razones subyacentes a las reglas, dice RÓDENAS que

“...es posible también que, en segundo término, de forma excepcional, los jueces y demás aplicadores del Derecho consideren derrotada una regla cuando estimen que el compromiso entre razones, que se hallan implícitos o explícitos en otras partes del sistema jurídico y que son aplicables al caso en cuestión, se aprecia un error en el propio compromiso entre razones de primer orden que opera como justificación subyacente de la regla [...] Abundando en esta idea, podríamos añadir que, mientras lo que se cuestiona en el primer tipo de supuestos es la aplicabilidad de la prescripción al caso concreto, en el segundo es su validez.”²³⁹⁷

Con fulcro en la última señalización, BAYÓN destaca que la inderrotabilidad de las normas es contingente²³⁹⁸, pues se asume que no existen metanormas que establezcan prioridades entre los principios en colisión. Para él, parece difícil negar que haya como mínimo algunos casos paradigmáticos de colisión en los que la relación de prioridad resulta indiscutiblemente clara. Si existiesen dichas metanormas de prioridad, lo cual es contingente, también lo sería la existencia de normas jurídicas inderrotables. Sin embargo, entendemos, al profesor de la Universidad Autónoma de Madrid, se le escapa que dichas metanormas también pueden devenir derrotables (aunque no necesariamente, pues como hemos visto no es dable predicar la derrotabilidad de todas las normas), de donde su incidencia para el caso de que se trate correrá la misma suerte; además, ningún sistema constitucional establece una jerarquización precisa (un orden léxico) entre todos los derechos fundamentales que pudieran entrar en conflicto en diversas circunstancias.

Si existiera, entonces, una metanorma que otorgara prioridad o preferencia a una formulación normativa sobre otra, tales relaciones de prioridad pueden ser,

²³⁹⁷ RÓDENAS, ÁNGELES; *op. cit.*, pág. 75. La autora ve difícil el planteo señalado en el texto, con fulcro en el sistema de *control de constitucionalidad concentrado* español, pues no está previsto en dicho sistema que los jueces ordinarios declaren la nulidad de una regla (de rango legal), sino que suspendan su aplicación y planteen una cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. En la Argentina, donde rige un sistema de *control de constitucionalidad difuso*, es el propio órgano de aplicación el que debe desarrollar una argumentación que demuestre que el sistema jurídico contiene otro juicio de prevalencia de las razones aplicables al caso, que es opuesto al que opera como razón subyacente a la regla, y que es aquel el que debe prevalecer. De allí que la noción de derrotabilidad cobre tanta relevancia para nuestro análisis. Cristina Redondo señala que las *excepciones* impiden que un contenido normativo sea aplicable a un caso (al caso excepcional), en cambio, las *razones que generan conflictos* dejan intacta la identidad de la norma, con la cual entran en conflicto, y compiten con ella (REDONDO, MARÍA CRISTINA; *op. cit.*, pág. 49).

²³⁹⁸ Ya vimos *supra* en éste mismo apartado que otro baremo de contingencia de la inderrotabilidad, para el autor de mención, es la introducción de una regla de clausura que atrinchere las condiciones suficientes.

incondicionadas, de manera que quede preestablecida la prioridad de una de las dos normas sobre la otra para *todos* los supuestos en que colisionen²³⁹⁹, o *condicionadas*, en cuyo caso queda preestablecida la prioridad de una de las normas sobre la otra para los casos en que no sólo concurren las propiedades que determinan la aplicabilidad de ambas normas en colisión, sino además determinadas circunstancias “C”. Para el resto de los supuestos de colisión entre dos normas es posible que no exista otra regla de prioridad de signo inverso (que dé prioridad a la norma que queda desplazada cuando concurren las circunstancias “C”), como que no se halla preestablecido la prioridad de ninguna de las dos normas²⁴⁰⁰. Ahora bien, como que tales reglas de prioridad se inserten en un sistema, resulta contingente, también lo es que se solucione el caso de colisión de dos normas donde una representa la excepción en la aplicabilidad de otra; a ello se aduna que las reglas de prioridad deben ser condicionadas auténticas (v.g. art. 185 C.P. argentino) y no meramente aparente, en que las circunstancias “C” resten definidas de un modo que no equivalga en realidad a configurar una clase cierta de excepciones, pues se requieran evaluaciones caso por caso (v.g. si se sostuviera que N¹ prevalece sobre N² en las circunstancias C, “cuando sea razonable”, porque “Se salvaguardan intereses de mayor importancia que los sacrificados”, *et sit cétera*), en dichos casos implosionará una auténtica derrotabilidad (v.g. art. 34.3 del C.P. argentino).

Para ir concluyendo con éste aspecto de nuestro trabajo, debemos insistir en la idea de que una norma derrotable deja el Derecho indeterminado en lo que concierne a todos los casos subsumibles en su supuesto de hecho. Ello debe servir para distinguir la derrotabilidad genuina de una norma jurídica de otras situaciones diversas pero que se pueden asimilar a ella incorrectamente. JOSEPH RAZ ha sostenido que el Derecho puede hacer que ciertas disposiciones jurídicas tengan fuerza *prima facie*²⁴⁰¹ sometiéndolas

²³⁹⁹ RODRÍGUEZ y SUCAR sostienen que cuando no están predeterminadas relaciones de preferencia entre dos normas que pueden colisionar, estas no son *derrotables*, sino simplemente *contradictorias*. Pero BAYÓN, con acierto entendemos, señala que de contradicción sólo puede hablarse cuando colisionan dos normas que previamente han sido analizadas en base a todos sus antecedentes y localización sistemática en el ordenamiento, en síntesis, en tal caso debería haber una genuina condición suficiente de soluciones normativas incompatibles (BAYÓN, JUAN CARLOS; *Derrotabilidad, indeterminación del derecho* y..., cit., pág. 108).

²⁴⁰⁰ BAYÓN, JUAN CARLOS; *Derrotabilidad, indeterminación del derecho* y..., cit., pág. 107.

²⁴⁰¹ SCHAUER entiende que las razones *prima facie*, es decir las razones para la acción no absolutas, si bien sugieren que ellas pueden ser superadas o desplazadas por otras razones que, en lo que hace al caso particular, inclinan en otro sentido, no es menos cierto que sugieren también la presencia de una “...razón con una fuerza relativamente considerable.”. Ya de por sí igualmente están aportando una razón, incluso si esa razón fuera

únicamente a consideraciones morales o a otras consideraciones basadas en fuentes (v.g. si se dispusiera que los contratos son inválidos si son inmorales)²⁴⁰². BAYÓN para objetar ésta tesis sostiene que hay dos formas de inteligirla: a) por caso el concepto de “contrato immoral” no es en modo alguno totalmente indeterminado, pues hay muchos casos paradigmáticos que pueden reputarse claramente morales o inmorales; para dichos casos no hace falta una decisión del juez, sino que la configuración es previa a él, de donde no habría por qué afirmar en una situación semejante que la disposición jurídica precitada tiene una fuerza meramente *prima facie* pues para cualquier positivista la realidad del Derecho es convencional, está construida por la actividad de los seres humanos y

“...consiste en un conjunto de creencias compartidas y de actitudes y expectativas interdependientes constitutivas de una práctica social. En ese sentido, los límites de las convenciones son los límites del derecho... incluyen todo ese conjunto de convenciones interpretativas, lo que es tanto como decir que hay que recurrir a éstas para identificar cuál (es el Derecho)... Pero una vez identificad(o), no parece que nada autorice a afirmar que la norma misma es derrotable”

o –como dice RAZ- tiene fuerza *prima facie*; b) pero puede ser que los contratos que no son válidos si son inmorales, no supediten su alcance a criterios definidos convencionalmente (creencias compartidas en la comunidad acerca de qué es immoral), sino a criterios no convencionales, de donde el Derecho restará indefinido en ese punto²⁴⁰³.

La primera de las posturas de BAYÓN apunta a una hipótesis de “requisitos valorativamente neutros”, por ello entiende que la derrotabilidad es un fenómeno mucho menos relevante en las prácticas jurídicas de lo que se sostiene, pues varios de los casos que se incluyen en ésta construcción, son del primer tipo. BAYÓN entiende que, por la vía de la reducción teleológica se introducen excepciones en el supuesto de hecho, pero que están expresamente configurados en las formulaciones normativas, entonces puede afirmarse que ni se ha transgredido el Derecho ni se ha tomado una decisión discrecional en el espacio de indeterminación generado por una genuina norma derrotable, sino que se trata de

ceteris paribus (se entiende por tal una razón que es tan débil que determina el resultado solamente si todo lo demás permanece igual) tendría efectos si las restantes circunstancias permanecieran inalterables, por ello, contaría como una razón (si bien no absoluta). SCHAUER, FREDERICK; *op. cit.*, págs. 175 y 176.

²⁴⁰² Citado por BAYÓN, JUAN CARLOS; *Derrotabilidad, indeterminación del derecho y...*, cit., pág. 109.

²⁴⁰³ BAYÓN, JUAN CARLOS; *Derrotabilidad, indeterminación del derecho y...*, cit., págs. 110 y 111.

excepciones cuya admisibilidad está predeterminada por las convenciones interpretativas existentes.

El problema de dicha interpretación estriba en que la derrotabilidad, entendemos, no es un problema de “transgresión del Derecho”, sino de imponer excepciones a las reglas, dichas excepciones provendrán siempre de una interpretación judicial, ya sea que la misma recurra para la decisión a valoraciones del tipo neutro o a criterios no convencionales, pero en todo caso, habrá efectuado una decisión discrecional. Si las excepciones ya vienen determinadas por las reglas, no podemos estar entonces refiriéndonos a normas derrotables, pues de ser así, las propias normas traerían su solución y no serían auténticas excepciones configuradoras de derrotabilidad, sino parte de la propia norma.

Esta idea de valoraciones neutras, también prima en RÓDENAS, la que destaca que el juez a la hora de apreciar la derrotabilidad de las justificaciones subyacentes a las reglas, no es libre. Entiende que

“...un juez no puede rechazar por erróneo el compromiso entre razones contenido en una norma jurídica aplicable basándose en razones hasta el momento no reconocidas por el ordenamiento jurídico. Por ejemplo, no puede apelar simplemente a la consecución de los intereses de ciertos grupos sociales, a la realización de programas políticos, a la potenciación de nuevos objetivos sociales o a la promoción de nuevos valores no incorporados hasta el momento al orden jurídico. Razones como éstas sólo pueden ser alegadas por el legislador para justificar la aprobación de una regla que incorpore un nuevo compromiso entre razones de primer orden, o la derogación de una regla que contenga un compromiso que se estime inadecuado, pero nunca pueden ser esgrimidas por los órganos de aplicación.”²⁴⁰⁴,

la digresión es propia de una cultura del positivismo jurídico, pero no se ajusta a lo que los jueces hacen en la realidad, unos pocos ejemplos bastarán para destacar la derrotabilidad de las normas con base en los argumentos que la profesora de la Universidad de Alicante procura proscribir.

En el caso “*Lochner vs. New York*” (con disidencia de OLIVER WENDELL HOLMES) la mayoría de la Corte Estadounidense indicó que la razonabilidad de una ley

²⁴⁰⁴ RÓDENAS, ÁNGELES; *op. cit.*, pág. 76.

recusada bajo la Constitución, debe ser determinada como un hecho objetivo por el juez en base a su propio juicio independiente; en la especie, la ley estadual establecía un máximo de horas de trabajo para los panaderos, al sostener que la ley era inválida, la mayoría sustituyó su juicio por el de la legislatura, y decidió por sí misma que la ley no era razonable en relación con cualquiera de los fines sociales para los cuales el poder gubernamental pudiera válidamente ser ejercido. HOLMES en su voto en disidencia señaló que

“se ha decidido en base a una teoría económica que en gran parte del país no se comparte”²⁴⁰⁵

En el caso “*Brown*” la Corte Estadounidense discutió la constitucionalidad de la segregación escolar, con escuelas separadas para alumnos blancos y negros, del tipo que existían en gran parte de Estados Unidos especialmente en los estados del sur, y bajo el liderazgo de EARL WARREN señaló que la Corte

“no podía retrasar el reloj hasta 1868, cuando se aprobó la Enmienda, o ni siquiera hasta 1896, cuando se dictó *Plessy v. Ferguson*”²⁴⁰⁶. Debemos considerar a la educación pública a la luz de su pleno desarrollo y de su lugar actual en la vida norteamericana a través de toda la nación (en dichas condiciones la segregación en las escuelas sobre base racial, debe afirmarse que)... priva al niño del grupo minoritario de iguales oportunidades educacionales.”²⁴⁰⁷

No es necesario ir más allá y traer los notables ejemplos de la Corte Suprema contraria a las políticas del *new deal* de FRANKLYN D. ROOSEVELT, para continuar señalando la posibilidad de los jueces de recurrir a “programas políticos” para rebatir normas²⁴⁰⁸.

Cuando una parte del sistema jurídico se configura a partir de normas derrotables, se ha de reconocer que en ese espacio el Derecho queda indeterminado. Una

²⁴⁰⁵ SCHWARTZ, BERNARD; *Algunos artífices del derecho norteamericano*, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1989, págs. 120 y 121.

²⁴⁰⁶ En 1896 la Suprema Corte estadounidense dictó este fallo, donde PLESSY, con un octavo de sangre negra, había sido arrestado cuando viajaba en un tren que salía a New Orleans por rehusar moverse de un “coche blanco” a un “coche de color”. El conductor había actuado según los términos de una ley estadual que requería que los ferrocarriles proveyeran iguales pero separadas comodidades para las razas blanca y de color, la Suprema Corte rechazó la pretensión de que esta ley violaba las garantías de igual protección de la Enmienda IV, y la segregación racial no fue considerada anticonstitucional.

²⁴⁰⁷ SCHWARTZ, BERNARD; *op. cit.*, págs. 180 y 181.

²⁴⁰⁸ Ver Anexo IV acápite XXVI, se presenta un ejemplo de lo dicho en el texto en la jurisprudencia argentina.

norma jurídica derrotable no determina por sí sola, de manera completa, ninguna decisión particular, pues hay siempre un hiato entre ella y su aplicación que, al efecto de ser salvado, requiere ir más allá de los extremos que definen los límites del Derecho. Una postura positivista entiende que las excepciones a una norma positiva se configuran según lo dispuesto por otras normas positivas, allí resta la derrotabilidad; pero en rigor, es posible aplicar en dichos supuestos, criterios de primacía (v.g. *lex specialis*), para resolver la cuestión. Para nosotros las excepciones no son identificables por su origen positivo, sino que, siguiendo a BAYÓN, no existen normas jurídicas *ex ante* inderrotables; al contrario, todas las normas jurídicas son potencialmente derrotables, están sujetas a excepciones de final abierto, excepciones determinables desde perspectivas no positivas (v.g. perspectivas morales o razonamientos prácticos); de allí que sólo pueda predicarse que una norma jurídica es inderrotable *a posteriori*: dado un cierto caso individual, se estipula que corresponde aplicar la norma *prima facie* (o *ex ante*) aplicable una vez evaluadas todas las circunstancias individuales que presenta ese caso individual.

Un positivista, estando a las fuentes del Derecho que admite, sólo puede aceptar que el conjunto de principios involucrado ostente una jerarquía superior al conjunto de reglas derrotadas, estando a ello, podría afirmar que

“...que existen reglas sobreincluyentes derrotables y reglas sobreincluyentes no derrotables²⁴⁰⁹

“... las normas infraconstitucionales que son contradictorias o incoherentes con las normas constitucionales deben ser eliminadas del sistema (la contraria no se da). La declaración de inconstitucionalidad de tales normas admite varias formas procesales: desde sentencias *declarativas* que excluyen ciertas soluciones normativas, hasta sentencias *creadoras* que modifican los sistemas normativos infraconstitucionales, adecuándolos a las exigencias constitucionales.”²⁴¹⁰

Pero una postura emparentada con el iusnaturalismo, como la que hemos propugnado en ocasiones en éste trabajo, no precisa para la derrotabilidad de la “*primacía constitucional*”

²⁴⁰⁹ Como ejemplo de inderrotabilidad, ALONSO señala las conductas atípicas en el Derecho Penal. En dichos casos, sostiene el autor (como la mayoría, por no decir absolutamente todos los dogmáticos), la sobreinclusión no habilita la derrotabilidad, en virtud del principio de legalidad o taxatividad penal, que como ya hemos venido sosteniendo en éste trabajo, no implica *per se* un valladar a la derrotabilidad, sino un principio ampliamente vulnerado.

²⁴¹⁰ ALONSO, JUAN PABLO; *op. cit.*, pág. 297.

y la “jerarquía entre diversos estratos de normas”²⁴¹¹, puede dar cuenta de un fenómeno distinto: la derrotabilidad de las reglas por principios que no son superiores, sino diseñados *ad hoc*.

La derrotabilidad es un fenómeno que resalta la tensión entre la *dimensión de certeza de Derecho* y la *dimensión de adecuación del Derecho*.

²⁴¹¹ Ello sin negar que la mayoría de los sistemas jurídicos contemporáneos son estratificados; especialmente, los sistemas jurídicos constitucionales. Las teorizaciones delineadas por Kelsen en la *Teoría Pura del Derecho* son, probablemente, los pilares más utilizados y sólidos de las modernas nociones de jerarquía jurídica, constituyendo una referencia obligada en el tema. Básicamente sus lineamientos son:

- a) Las normas jurídicas se estructuran como una pirámide ideal, hallándose en su “vértice” las normas más generales y en la “base” las normas más específicas.
- b) Las normas de la “base” obtienen su fundamento de validez en las normas de superior grado, las que a su vez, obtienen su fundamento de validez en otras normas de superior grado. Finalmente, las normas de grado más superior en el sistema, obtienen su fundamento de validez de la *norma fundamental (Gründnorm)*, que es un presupuesto epistemológico de la ciencia jurídica.
- c) La “pirámide” jurídica no debe concebirse de manera estática sino dinámica. Se trata del fenómeno de la “producción escalonada del Derecho”. Según ello cada estrato regula la producción de normas en el estrato inferior.

§52.- El auténtico rol creador del juez. Límites. El activismo judicial.

El juez: concepciones personales vs. vinculación al Legislador. Autorizaciones legales especiales. Discrecionalidad. La tesis débil positivista: el rechazo a la discreción absoluta. Norma social y regla normativa. Los casos difíciles. Criterios no inmutables. Imprevisibilidad y búsqueda de corrección. El pretexto en la práctica judicial. La interpretación: fallas de redacción, fallas de motivo y fallas de concepción. Aplicar y corregir la ley. Objeciones al juez creador. El juez en lugar del Legislador –lectura realista-. Determinación del sentido de la norma (la decisión libre). Tener discrecionalidad y ejercer discrecionalidad. Clases de discrecionalidad. Libertad y perímetro normativo. Libertad positiva y libertad negativa. Indeterminación. El poder. La tarea intersticial de los jueces. La reelaboración racional de una regla. Interpretación: la superación de la actividad meramente aplicativa. Criterios supralegales. La necesidad de arbitrar medios de control y garantías de racionalidad. Precompromisos y elección del método: creación de una norma general. El control de constitucionalidad. El papel de los tribunales ante el control de las leyes (Habermas y Luhmann). Sentencias manipulativas. Sentencias aditivas. Sentencias sustitutivas. Derechos fundamentales. Interpretación adecuada de la ley. Conflictos entre derechos fundamentales. La naturaleza constitutiva de las decisiones judiciales.

La intervención del juez para llenar lagunas, precisar los conceptos normativos, y la legitimidad del método utilizado, se suele fundamentar, como reiteradamente se ha señalado aquí, en autorizaciones legales especiales, pero también en la posición tradicional del juez. ¿En qué medida, el juez que actúa como Legislador debe apoyarse en su pura concepción personal de lo justo, y en qué medida debe preocuparse por asegurar una vinculación con el legislador histórico?, la cuestión de la valoración del juez se vinculará en conocer, en definitiva, en qué medida ha jugado la “propia valoración”, como personal y subjetiva y en qué medida se trata de una decisión que procura hallar apoyo en criterios objetivos; si bien la doctrina suele apoyar este último baremo, no es menos cierto, que en gran medida, triunfa la primera.

Como enseña DWORKIN, tanto los abogados como los legos saben que los jueces poseen un gran poder político, y la preocupación es si ese poder se justifica, en general o en los casos particulares,

“No están necesariamente convencidos de que los jueces que sientan nuevos precedentes están actuando con impropiedad; pero quieren saber hasta qué punto la justificación del poder judicial aplicable a los casos fáciles –en que el juez aplica estándares ya establecidos- se extiende a los difíciles y, por consiguiente, qué

medida y qué clase de justificación suplementaria requieren esos casos difíciles.”²⁴¹²,

agrega el profesor de Oxford que no hace falta nada para demostrar que los jueces discrepan y que, frecuentemente, sus decisiones reflejan sus antecedentes y su temperamento.

Antes de ingresar al análisis de lo que entendemos que sería el *desafío realista*²⁴¹³, corresponde indicar algunas puntualizaciones en torno a las que denominamos “autorizaciones legales especiales” para la intervención de los jueces. Estas son identificables –desde una perspectiva muy general– con las *reglas jurisdiccionales* de SCHAUER²⁴¹⁴, o las comúnmente llamadas reglas de competencia, que conceden típicamente a los órganos aplicadores del Derecho la potestad para tomar decisiones con respecto a un determinado espectro o categoría de problemas jurídicos. La cuestión estriba en que este tipo de reglas conceden jurisdicción independientemente del grado de control sustantivo del ejercicio de dicha jurisdicción, dicho de otro modo, las reglas de competencia no imponen ninguna exigencia regulativa sustantiva sobre el ejercicio de la potestad conferida, nada dicen sobre cómo ha de resolverse el caso concreto, la personalización de la tarea y la configuración de la decisión, sino que se limitan a conferir normativamente a ciertos órganos, la potestad de decidir o dar solución a conflictos sociales²⁴¹⁵.

Cuando se carece de reglas que impongan exigencias regulativas sustantivas a los órganos decisores, o aquellas resulten lábiles, se entiende que estos órganos gozan de *discrecionalidad*, es decir, se hallan formalmente limitados, pero sustantivamente libres. La cuestión de la discrecionalidad es esencialmente variable, pues su medida está supeditada a las reglas del sistema, esto es, si las reglas del sistema imponen que los jueces tomen decisiones de tal o cual manera, o simplemente se regulan sus decisiones a partir de

²⁴¹² DWORKIN, RONALD; *Los derechos en serio*, cit., pág. 48. Esta cuestión judicial, señala el profesor de Oxford, tiene derivaciones interesantes, pues, a más de afectar a la extensión de la autoridad judicial, afecta a la extensión de la obligación moral y política que tiene un individuo de obedecer la ley hecha por los jueces. Un objetor de conciencia podría decir que un juez ha cometido un error de derecho en determinada decisión. Esto además reporta que hay cuestiones morales de principio subyacentes en problemas aparentemente lingüísticos “Los críticos del derecho aceptan, también en este caso por hábito o por convicción, el principio de que una decisión judicial es más justa si representa la aplicación de estándares establecidos más bien que la imposición de otros nuevos.” (*ibídem*).

²⁴¹³ Para una descripción somera de ésta corriente ver Anexo II (“El Realismo Jurídico”).

²⁴¹⁴ SCHAUER, FREDERICK; *op. cit.*, pág. 231.

²⁴¹⁵ MAIER, JULIO B. J.; *Derecho Procesal Penal. Sujetos Procesales*. T. II, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, pág. 436.

baremos flexibles como “razonable” o “motivado” librándolos entonces en el plano sustantivo para decidir por ellos mismos en lo que hace a los extremos del conflicto que se les someta.

Es posible que en algunos casos un juez no tenga el deber de resolver en ningún sentido, exceptuando al realismo jurídico norteamericano en su versión extrema, en algunos casos, es innegable, que el juez tiene el deber de decidir en un sentido determinado, pues el Derecho le exige tal decisión²⁴¹⁶, nada en el positivismo compromete con la idea de que sólo las normas jurídicas de origen social deben guiar las decisiones judiciales, pero dicha corriente sí está comprometida con la tesis más débil de que, si hay una regla jurídica con origen social que se aplica al caso en cuestión, entonces esta debe utilizarse para decidir la controversia. El margen de discreción de un juez depende de los límites que el Derecho establece para la solución de controversias, si la discreción fuera *absoluta*, los jueces no tendrían límites en la búsqueda de pautas apropiadas para justificar sus decisiones (i.e. deciden conforme a sus convicciones sobre la mejor solución para el caso de que se trate), pero, aunque el Derecho no es un sistema de absoluta discreción²⁴¹⁷, las convenciones que determinan la existencia de las normas jurídicas nunca son tan específicas que ofrezcan una respuesta cualquiera a la controversia; por ello, en casos no regulados por el Derecho, los jueces tendrían discreción para modificarlo.

Aquí se diferencian los casos fáciles de los difíciles, en los primeros, los desacuerdos son de naturaleza empírica, en los segundos se discute sobre el modo en que ha de emplearse la discreción. Retornando al deber de los jueces de resolver en un sentido preexpresada, se debe explicar porqué lo tienen, DWORKIN dice que podríamos decir que los jueces están obligados por una norma general en el sentido de que deben hacer lo que dice la ley, pero sigue sin estar claro de dónde proviene la norma; que se diga que lo impone la Constitución, nada aporta, pues ¿qué impone a los jueces el deber de seguir la Constitución?, no pudiendo decirse que la Constitución lo impone pues se incurriría en petición de principio. Entonces,

²⁴¹⁶ DWORKIN, RONALD; *Los Derechos en serio*, cit., pág. 105.

²⁴¹⁷ RAZ opina que sólo un sistema de discreción absoluta permite resolver en base a cualquier estándar, todo sistema por debajo de ese límite presupone que existen estándares que, aunque no parezcan los mejores, vinculan al magistrado. RAZ, JOSEPH; *La autoridad del Derecho...*, cit., pág. 149.

“...debemos tratar de encontrar no simplemente razones por las cuales los jueces deban hacerlo, sino fundamentos para declarar asertivamente ese deber...”²⁴¹⁸,

según HART, los deberes existen cuando hay normas sociales que prevén tales deberes

“Semejantes normas sociales existen cuando se satisfacen las condiciones prácticas para su existencia. Tales condiciones prácticas se satisfacen cuando los miembros de una comunidad se comportan de cierta manera; este comportamiento constituye una norma social e impone un deber... La existencia de la norma social y, por ende, la existencia del deber, es simplemente un hecho.”²⁴¹⁹,

transportado ello al deber de los jueces de seguir las normas, HART construye una tesis sencilla y clara: en cada sistema jurídico el comportamiento de los jueces satisface las condiciones prácticas para entender que existe una norma social que impone el deber de identificar y aplicar las reglas; dicho de otra manera, si los funcionarios aplican regularmente lo establecido por las reglas para sus decisiones, y además justifican esta práctica apelando a la norma según la cual los jueces deben seguir lo que dice la ley, censurando a los funcionarios que no lo hacen, entonces, en la comunidad de que se trate habrá una norma social según la cual los jueces de la misma tienen una norma social por la que estos deben seguir lo que dice la ley.

DWORKIN critica a esto que lo único que se está haciendo es describir un comportamiento de una comunidad sobre un cierto punto, pero no que sus miembros estén de acuerdo con ello:

“...cuando es un miembro de la comunidad quien apela a una norma con el fin de criticar su propio comportamiento o el de algún otro, entonces lo que se propone no es simplemente describir el comportamiento de otras personas, sino evaluarlo. No quiere decir simplemente que los otros creen que tienen cierto deber, sino que *tienen tal deber.*”²⁴²⁰ (resaltado en el original)

La confusión surge de no distinguir entre dos clases de enunciados que se valen, en ambos casos del concepto de norma: norma social y regla normativa, donde la primera se justifica si se da cierta práctica (i.e. situación fáctica) al estilo de la expuesta por HART, pero la segunda precisa de una situación normativa; esto es, si los individuos tienen en realidad el

²⁴¹⁸ DWORKIN, RONALD; *Los Derechos en serio*, cit., pág. 106.

²⁴¹⁹ DWORKIN, RONALD; *ibídem*.

²⁴²⁰ DWORKIN, RONALD; *Los Derechos en serio*, cit., pág. 107.

deber que suponen tener en el ejemplo de HART, el juez está en la segunda posición, no en la primera.

“No se propone (el juez) enunciar fría y simplemente que la mayoría de los jueces creen que tienen el deber de seguir lo que ha dicho la ley; quiere decir que en realidad tienen un deber tal, y cita ese deber, no las creencias de otros, como justificación de su propia decisión. Así las cosas, la norma social no puede, sin más ni más, ser la fuente del deber que él cree tener.”²⁴²¹

En HART, hay una identificación de ambos tipos de normas, cuando se afirma la *existencia* de una norma, esto es, dice que están dadas las condiciones prácticas, además muestra su *aceptación* de la norma como estándar para guiar su propia conducta y juzgar la de los demás; dicho de otro modo, cuando identifica una práctica social, indica su disposición a conformar su comportamiento de acuerdo con ella. En síntesis, cuando un juez recurre a la norma que promulga el cuerpo Legislativo, adopta un punto de vista interno hacia una norma social, pero además, señala la práctica social como justificación de su propia conformidad para con ella.

Relacionando la distinción entre normas sociales y reglas normativas con la discreción judicial, DWORKIN aporta tres tesis²⁴²²: a) de matriz hartiana, entiende que toda comunidad evolucionada, tiene alguna norma social o conjunto de ellas –i.e. regla de reconocimiento- que establece los límites del deber del juez para reconocer como Derecho cualquier otra norma o estándar (v.g. en Argentina los jueces sólo deberían tener en cuenta normas o principios promulgados por el Poder Legislativo, no pudiendo tener en cuenta otra cosa); b) todo sistema jurídico tiene alguna regla o principio normativo en particular, o un conjunto complejo de ellos, que es adecuado para que los jueces utilicen para identificar normas o principios de Derecho más particularizados (v.g. en Argentina los jueces tienen el deber de no reconocer como Derecho más que las leyes independientemente de que en realidad lleguen o no de esa manera a sus decisiones); c) entiende que en cada sistema jurídico, la mayoría de los jueces aceptan alguna regla o teoría normativa que rige su deber de tomar otras normas como normas legales (v.g. en Argentina los jueces, más o menos conscientemente seguirían una regla determinada que designa ciertas fuentes exclusivas del Derecho, o bien una teoría más compleja que reporta cómo debe hallarse el Derecho, de

²⁴²¹ DWORKIN, RONALD; *Los Derechos en serio*, cit., pág. 108.

²⁴²² DWORKIN, RONALD; *Los Derechos en serio*, cit., pág. 119.

esta tesis no se sigue que todos los jueces sigan la misma teoría). Ahora bien, la tesis adjudicada a HART por DWORKIN, depende de la idea tradicional de que las normas jurídicas se pueden distinguir como grupo de las normas morales o políticas, existe algún criterio de Derecho comúnmente aceptado que tiene la forma de una regla social lo que basta para distinguir las normas jurídicas de las morales; en tanto que DWORKIN, que sostiene que siempre hay una respuesta en el Derecho (i.e. deben usarse unos principios y no otros, o asignar a un principio un peso dado pero no mayor), se inclina por la segunda tesis, de donde, se podría defender de forma convincente una teoría con preferencia a otra en lo tocante a cómo deben decidir los jueces los casos difíciles. Para nosotros, la primera tesis es útil en los casos fáciles, pero no siempre una regla social estipula las condiciones necesarias y suficientes de aquello que los jueces deben reconocer como Derecho, los desacuerdos entre los jueces no son ni raros, ni pocos, de donde, tal postura no puede seguirse apodócticamente y pierde en los lindes su utilidad; la segunda tesis cae en el yerro que hemos venido criticando en este trabajo de que existe una única respuesta correcta en el Derecho que debe ser hallada, tal vía sólo es dable para un *juez Hércules* a lo DWORKIN, pero es irreal. Preferimos la tercera tesis, pues en rigor, los jueces tienen la discreción, pero no el deber, de emplear ciertos principios, del hecho de que muchos jueces sigan durante un cierto tiempo un determinado principio, no se sigue que se deba tener en cuenta en lo sucesivo, si bien su persistencia facilita su aplicación cual una norma social, nada más puede predicarse de ello. Además, la inmensa mayoría de los principios y directrices que siguen los jueces son discutibles (por lo menos en cuanto al peso); por otra parte y sumado a lo anterior, el recurso a algunos principios en numerosas ocasiones no ha sido objeto de una práctica judicial establecida.

Los casos difíciles pueden ser resueltos en modo diverso, a menudo dependiendo de las valoraciones de los jueces. Allí es complicado predecir qué será resuelto, si bien puede echarse mano de los precedentes, en los casos *completamente nuevos* las consecuencias jurídicas no pueden ser conocidas con antelación, simplemente porque antes de la intervención jurisdiccional no hay una norma jurídica que lo contemple. Incluso aunque no se tratara de un caso de laguna, sino que se hallara cubierto por una norma que *prima facie* prevé el supuesto de hecho, mientras los tribunales no se hayan

pronunciado, a aquel juez que le toca decidir carece de cualquier directiva sobre los alcances que la regla apareja.

“La situación puede complicarse aun más si, como consecuencia, por ejemplo, de una reforma legislativa, diferentes tribunales de primera instancia comienzan a pronunciarse de forma contradictoria sobre (los alcances)... que expresan las mismas disposiciones. Hasta que, por ejemplo en España, no se produce el pronunciamiento del Tribunal Supremo o, en su caso, del Tribunal Constitucional, diferentes jueces pueden aplicar (soluciones) distintas a partir de las mismas disposiciones.”²⁴²³

Además, los criterios de los tribunales superiores no son inmutables, y frecuentemente dan giros que importan modificaciones del Derecho. Todo esto señala claramente en la dirección de que las decisiones no necesariamente serán correctas (aunque es ineludible que tengan pretensión de ello), pero no puede eludirse el recurso a la racionalidad de los argumentos, por respeto a los principios de la argumentación jurídica; esto no garantizará la previsibilidad de las decisiones, pero sí reduce la arbitrariedad, que es el límite que entendemos infranqueable en este trabajo.

La práctica judicial involucra una suerte de *pretexto* en todas las oportunidades que los jueces afirman que están ateniéndose a la ley, cuando en realidad la norma o no existe, o carece de fuerza en la especie. Aquella práctica destaca que en numerosas ocasiones los jueces tienen buenas razones para afirmar que están siguiendo una ley, cuando de hecho la están inventando. Esta en modo alguno es una práctica “misteriosa” como muchos pretenden tacharla, por lo que no cabe analizar si tiene o no sentido (pues en definitiva es una realidad comprobable), sino

“...más bien, una pregunta relativa a la cantidad, por así decir: ¿qué nivel de engaño puede permitirse sin que el resultado sea un cuadro absurdo de la práctica judicial?”²⁴²⁴

No se debe distorsionar la realidad, los ciudadanos comunes no desconocen el peso que tiene la Corte Suprema de un país (lo que como MARMOR agudamente visualiza cuando pone de manifiesto que existe siempre un gran interés en la designación de los jueces y sus

²⁴²³ EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER; *Función legislativa y función judicial*, ..., cit., pág. 49.

²⁴²⁴ MARMOR, ANDREI; *op. cit.*, pág. 157.

antecedentes políticos²⁴²⁵), aquella no sólo puede no acatar una decisión de primera instancia sino que también puede interpretar las lacónicas fórmulas constitucionales²⁴²⁶. Si se considera la relevancia de la política que trabaja por detrás del sistema jurídico, el “misterio” del que se habló *supra*, se difumina sin más, los casos difíciles, especialmente los que involucran ejemplos controvertidos de revisión judicial, son típicos casos en los que el *pretexto* en la práctica judicial, no carece de sentido, sin embargo, coincidiendo con MARMOR, la necesidad de *pretexto* no tiene por qué ser política en grado sumo²⁴²⁷.

Si las razones para seguir las reglas, se sustentan en que la autoridad conoce mejor lo que debe hacerse en determinadas circunstancias (ya efectuó el balance de razones excluyéndolo para cada caso), entonces parece razonable tomar en cuenta sus intenciones, y lo que debe hacerse es aclararlas precisamente. Sin embargo, ya hemos planteado que éste no es el camino a relevar, las razones que se tienen para obedecer las órdenes de la autoridad política, no se basan en que la autoridad legislativa conozca mejor lo que debe hacerse, de donde sus órdenes se abren a diferentes interpretaciones; los jueces no disponen de ninguna razón particular para decidir el caso según las intenciones del Legislador²⁴²⁸.

Se ha entendido en ocasiones que, no es conciliable con la división de poderes el que el juez solucione su tarea de encontrar el Derecho, en caso necesario, aun por encima de la ley, de forma tal que en vez de hallar el Derecho mediante la intelección de un principio jurídico, imponga el Derecho mediante actos de voluntad según puntos de vista de oportunidad o conveniencia. ENGISCH (quizás un poco ingenuamente), entiende que debe hacerse todo lo posible para contestar jurídicamente a las cuestiones jurídicas y llenar las lagunas del Derecho positivo con ideas jurídicas²⁴²⁹, sin embargo: ¿cuál es la diferencia entre recurrir a un principio jurídico construido por cábala jurídica y resolver por conveniencia?, es cierto que no puede renunciarse a obtener una respuesta jurídica para llenar una laguna, lo que no es claro es porqué algunas veces se entiende que se recurrió a un principio jurídico válido y otras veces se concluye que el juez actuó arbitrariamente; la solución a esta duda parece ser a su vez otra petición de principio, pues para resolver al

²⁴²⁵ MARMOR, ANDREI; *op. cit.*, pág. 158.

²⁴²⁶ Por caso, piénsese cuánto contenido es posible extraer de frases como “Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos” (art. 18 Constitución Argentina), “La propiedad es inviolable” (art. 17 del cuerpo legal precitado), entre otras.

²⁴²⁷ MARMOR, ANDREI; *ibidem*.

²⁴²⁸ Ver *supra* subparágrafo 294.1 (“Las normas en términos de ‘razones para la acción’”).

²⁴²⁹ ENGISCH, KARL; *Introducción al...*, cit., pág. 189.

respecto se suele recurrir ante un órgano con competencia superior al que resolvió en primer lugar a los fines que dirima la duda; sin embargo, la decisión a su respecto, según como se lo mire puede ser también arbitraria aunque se sostenga a partir de argumentos de autoridad que se decidió conforme a principios jurídicos válidos. Que un principio devenga jurídico y sea válido parece ser más una cuestión de decisión por un órgano con competencia superior, que de auténtico hallazgo e intelección teleológica jurídica, en síntesis: el último que habla, habla mejor.

Retornando a la cuestión, si quien está llamado a aplicar el Derecho, puede dejar de lado la solución sostenible desde el Derecho porque a él se le presenta como injusta desde un punto de vista superior, ¿puede o tiene el juez en casos especiales que resolver *contra legem*?

La realidad es que, si bien se sostiene que el Derecho tiene que seguir siendo Derecho aun cuando en el caso concreto no sea justo, y que el juez está atado a la ley no pudiendo corregir al Legislador, lo cierto es que aquel no se limita a llenar lagunas, sino que en numerosas ocasiones: rectifica la ley.

Esto va más allá de la corrección de las llamadas *fallas de redacción*, en las que se trata sólo de una interpretación encaminada a imponer la verdadera voluntad de la ley, ante una expresión legal, que por descuido, contiene errores.

La cuestión se inserta también en las *fallas de motivo*, que se perciben no ya cuando el Legislador se ha equivocado en la expresión, sino que partió de determinados datos a los cuales adaptó consciente y voluntariamente su regulación; mas sin examinar o tener en cuenta situaciones, que actualmente, quedan afectadas por la regulación, pero a las que el Legislador hubiera dotado de una regulación diferente.

Y aun se puede ir más allá: en los casos preexaminados, de *corrección de la ley*, cuando colocándose en el terreno del Legislador, de su voluntad y los fines que aquel persiguió, rompiendo los límites literales, se efectúa una “interpretación” en contra de aquel en pro de ideas trascendentes, aquí se entiende que existen *fallas de concepción*, es decir, en donde el Legislador, “no ha visto completamente o ha visto falsamente circunstancias de la vida” (v.g. un plan de vacunación ordenado legalmente que posteriormente se comprueba que es perjudicial²⁴³⁰). En la misma línea se encuentra el caso de la adecuación de las leyes

²⁴³⁰ El ejemplo es de ENGISCH, KARL; *Introducción al...*, cit., pág. 212.

a una realidad o grupo de valoraciones que el tiempo ha modificado. Estamos señalando en apariencia dos planos: corrección de acuerdo con el espíritu del Legislador y corrección contra la voluntad de aquel.

Presuponemos que el mismo sentido de la ley, al que se arribó por un método aceptable, es objetable. Más allá de la interpretación restrictiva y extensiva, de la comprobación valorativa de la existencia de una laguna y su eliminación mediante la analogía, se encuentra aún, un resultado insatisfactorio, que por razones “trascendentes” se considera inadecuado o injusto o contrario a la moral u otro marco supralegal que torna inaceptable la intelección extraída de la norma. Evidentemente el límite entre *aplicar* la ley y *corregirla* (o crearla) es en los casos concretos, tan inseguro como los límites a trazar en el espectro metodológico.

El problema se hizo más agudo aun (y en esto coincidimos con ENGISCH), a la luz de la legislación de los Estados totalitarios, que contradicen las tradicionales concepciones del Derecho y la justicia, lo que acentúa la cuestión del sometimiento del juez a la ley injusta. El límite más razonable a los efectos de no periclitar en la arbitrariedad, en un primer acercamiento lo hallamos en la *formulación de Radbruch*, acerca de que el Derecho positivo, asegurado por su sanción y promulgación, tiene preeminencia aun cuando su contenido sea injusto y no adecuado: a no ser que la contradicción del Derecho positivo con la justicia devenga insoportable, donde la ley, en tanto Derecho injusto, tenga que ceder ante la justicia²⁴³¹.

Las objeciones a la tesis del juez creador del Derecho, están basadas, entre otras en los siguientes tópicos: a) respeto al Derecho Constitucional –violación al principio de la división de poderes cuando se renuncia a obedecer al Legislador colocándose críticamente contra él-, b) cautela ante los peligros que encierra para la pureza e independencia de la aplicación del Derecho –se trata del riesgo de politización de la justicia-, y c) la arbitraria impresión de las formulaciones del Derecho supralegal –se trata de una cuestión de criterio la que puede corregir el conflicto justo entre ley y Derecho supralegal, la “justicia”, la “moral”, el “Derecho natural” y otras ideas por el estilo son imprecisas y su utilización dificultosa en grado sumo-²⁴³².

²⁴³¹ ENGISCH, KARL; *Introducción al...*, cit., págs. 207 y 208.

²⁴³² Ver *infra* subpárrafo 52.1 (“La legitimidad de los órganos aplicadores para crear Derecho”).

Todos los problemas prereseados indican el esfuerzo por arribar, mediante la interpretación, pero también por la analogía, a un fin; que en principio parece lejano al Legislador. Ello importará la tacha de quienes desean mantener la vinculación del Derecho a la ley, pero debe indicarse que lo hasta aquí estudiado no importa una toma de posición sino una lectura de lo que en realidad acaece, se trata de casos, los ya estudiados (conceptos normativos, cláusulas generales, lagunas, *et sit cétera*) donde se atropella clandestinamente, pero sin tapujos, la ley.

No solamente, donde el Derecho autoriza excepcionalmente al juez a basar una decisión en su propia valoración de intereses –especialmente cuando se le concede una facultad discrecional-, ocupa el juez el lugar del Legislador; lo hace en numerosas oportunidades, sin más.

Hemos mencionado sucesivamente la idea de *discreción* como estándar acerca de la actividad judicial, debemos entonces a esta altura referir qué entendemos aquí en torno a la misma²⁴³³. Liminarmente podemos señalar que la perspectiva no es la de los actos del Legislador, primeramente por no ser ámbito de nuestra propuesta; pero en segundo lugar, porque no cabría hablar de discrecionalidad para un órgano soberano, que goza de completa libertad. Es en el ámbito de los órganos jurisdiccionales donde deviene relevante el estudio; la actividad judicial se limita, para la concepción clásica –como ya se señaló- a reproducir lo contenido en la ley (el juez boca de la ley), y lo que faltaría para hablar de discrecionalidad aquí es el margen de libertad.

A partir de Kelsen, la discusión filosófica, a propósito de la discrecionalidad, se ha centrado en el ámbito judicial, casi de manera exclusiva. Según el autor de la *Teoría Pura del Derecho*, el sistema jurídico se estructura en forma de pirámide, cada norma extrae su validez de la superior en grado, y ello precisamente porque esta última regula el procedimiento por el que debe dictarse la norma inferior. La relación de grado superior a inferior entre normas, es en Kelsen, una relación de determinación; pero dicha determinación nunca es completa, ya sea porque se faculta a los órganos inferiores a colmar la indeterminación o por defectos inerradicables como la ambigüedad, las

²⁴³³ Existen teorías radicales, como las de los realistas, para las que los jueces gozan de discrecionalidad en todos los casos (siendo ellos los verdaderos creadores del Derecho); posiciones moderadas, como la de HART, según las cuales los jueces gozarían de discrecionalidad sólo en algunos casos, los difíciles; y posiciones absolutistas según las cuales los jueces no gozarían de discrecionalidad en absoluto, cuyo ejemplo paradigmático es DWORKIN con su tesis de la única respuesta correcta.

contradicciones, *et sit cétera*. El Derecho positivo entonces, no permite individualizar una única respuesta correcta, la interpretación necesaria para concretar la aplicación del Derecho importa, en consecuencia, un acto de voluntad y no meramente de conocimiento. La determinación del sentido de una norma para su aplicación al caso concreto, es fruto de una decisión libre, no vinculada al ordenamiento²⁴³⁴.

LIFANTE VIDAL señala dos elementos que son constantes siempre que se analiza la idea aludida: por un lado la libertad que tiene un órgano jurídico en la toma de decisiones; y por otro lado, el que dicha libertad no sea absoluta, sino delimitada por un marco normativo²⁴³⁵. Al mismo tiempo, abre dos cuestiones, la de “qué es la discrecionalidad” y “cómo surge o cuándo podemos decir que un órgano posee discrecionalidad”, estos dos interrogantes marcarían la división entre sostener que alguien *tenga discrecionalidad o ejerza discrecionalidad*²⁴³⁶.

En su sentido ordinario discreción alude a la posibilidad de tomar decisiones dentro de un área abierta por patrones establecidos por alguna autoridad particular; puede también entenderse como sensatez o buen juicio, en un contexto no suficientemente claro, pero al mismo tiempo como la capacidad -en un marco preciso- de una autoridad superior cuyas decisiones no pueden ser revisadas por otra autoridad. Finalmente, existe un tercer sentido al que DWORKIN denomina “fuerte”, cuando se dice de alguien que no está obligado por los patrones establecidos por la autoridad que se supone pertinente²⁴³⁷. Dicho de otra forma, puede sostenerse que existen tres clases de discrecionalidad: a) la existencia de varias soluciones igualmente válidas para el Derecho, entre las cuales el órgano decisor tendría que elegir, así la discrecionalidad se concibe como un poder o facultad de elegir entre dos o más cursos de acción, cualquiera de los cuales es admitido por el sistema; b) la ausencia de estándares jurídicos que guíen la toma de decisión –sentido fuerte dworkiniano–, un funcionario, frente a un problema jurídico, no está vinculado por estándares impuestos por la autoridad, sino que puede recurrir a criterios extrajurídicos; y c) la ausencia de

²⁴³⁴ Kelsen, HANS; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 253. Señala el autor que, si bien se suele decir que en esos casos el juez está facultado para actuar como Legislador, no es exacto, pues por legislación se entiende la producción de normas generales, en tanto que el tribunal sólo está autorizado a producir una norma individual. La diferencia es de grado, pues la discrecionalidad del juez es mucho menor que la del Legislador.

²⁴³⁵ LIFANTE VIDAL, ISABEL; *Dos conceptos de discrecionalidad jurídica*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 25, Alicante, 2002, pág. 414.

²⁴³⁶ LIFANTE VIDAL, ISABEL; *op. cit.*, pág. 416.

²⁴³⁷ DWORKIN, RONALD; *Los derechos en serio*, cit., pág. 84 y ss.

enjuiciabilidad o el carácter último de la decisión –uno de los “sentidos débiles” dworkinianos-, este último suele verse como la consecuencia, si bien no necesaria, sí factible, de las otras dos clases de discrecionalidad. Usualmente, cuando se habla de discreción se la está usando en el sentido fuerte, en el sentido de que no está limitado por estándar alguno procedente de la autoridad legislativa; una parte del problema, según DWORKIN, se debe a que los juristas suelen asociar Derecho y normas. Citando a ROSCOE POUND, en habla inglesa, lo anterior hallaba explicación en el hecho de que en el idioma inglés se usa la misma palabra para ambos, pero cambiando sólo un artículo para hablar de “una ley” (*a law*) y de el Derecho (*the law*), en otras lenguas, existen palabras diferentes para ambos *loi* y *droit* en francés, y *Gesetz* y *Recht* en alemán; sin embargo, la equiparación de ambos conceptos es más profunda y, como explica DWORKIN, consiste en que

“...durante largo tiempo, la formación jurídica ha consistido en enseñar y examinar aquellas normas establecidas que configuran lo esencial del derecho...”

“En todo caso, si un abogado entiende el derecho como un sistema de normas y reconoce sin embargo, como debe, que los jueces cambian las viejas normas e introducen otras nuevas, llegará naturalmente a la teoría de la discreción judicial en el sentido fuerte.”²⁴³⁸

Para nosotros, discreción no equivale a un *bill* de elecciones respecto de restricciones de racionalidad, de efectividad y de equidad, tampoco importa restar a salvo de toda crítica. En nuestra construcción discreción no se sigue en el sentido débil de buen juicio o margen de libertad bien que acotado por otra autoridad, sino de capacidad de recurrir a parámetros extrajurídicos que el juez puede seleccionar conforme con parámetros de racionalidad y motivadamente.

El elemento de libertad en la toma de decisiones, suele mostrarse como el más relevante en el análisis de la discrecionalidad. Acompañamos la idea de que es una libertad en modo alguno absoluta, sino que tiene ciertos límites impuestos por un “perímetro normativo” que la rodea.

“Esta es precisamente la idea a la que DWORKIN aludió con la ya famosa metáfora del agujero de la rosquilla: sólo tiene sentido referirse al agujero (que sería el

²⁴³⁸ DWORKIN, RONALD; *Los derechos en serio*, cit., pág. 93.

margen de libertad) en presencia de la rosquilla (que sería el perímetro normativo).”²⁴³⁹

LIFANTE VIDAL recurre a la ya archiconocida distinción efectuada por ISAIAH BERLIN entre libertad positiva (poder ordenar las acciones de acuerdo con normas que el sujeto se dicta a sí mismo) y libertad negativa (el ámbito en el que un hombre puede actuar sin ser obstaculizado por otros): el segundo sentido sería para la discrecionalidad un permiso para optar entre las distintas alternativas acordes con el Derecho, pero también fuertemente vinculado a la ausencia de enjuiciabilidad, pero el que una conducta sea última o no sujeta a control no señala que sea libre; por el contrario, el primer sentido, remarca que es el órgano decisor el responsable de concretar los estándares que van a guiar la toma de determinación, ello se vincula más con la idea de responsabilidad que con la de permiso²⁴⁴⁰, este último es el que se adecua a nuestra exposición. Aquí debe aclararse un extremo

“Hay que ser conscientes de que cuando la libertad se predica de los individuos, la misma se conecta con ideales personales. Pero si es posible que la referencia a la libertad personal, como realización de la propia voluntad o desarrollo de la autonomía, baste para justificar una acción individual que caiga en el marco de la libertad reconocida; en los casos en los que la ‘libertad’ se predica de los órganos públicos, parece que esa justificación resulta insuficiente. No hay ninguna razón para pensar que el hecho de que los órganos públicos tengan un margen de actuación ‘libre’ o discrecional sea, por ello mismo, algo valioso, sino que habrá de ser valorado y justificado siempre de manera instrumental.”²⁴⁴¹

Otra variable a considerar en el análisis de la discreción es el de la indeterminación del Derecho, problemática que ya hemos visto varias veces a lo largo de este trabajo, sobre todo en el análisis hartiano de la dificultad de subsunción de hechos particulares bajo rótulos clasificatorios generales, que determina la aparición de un núcleo de certeza y un halo de penumbra. Al aplicar una norma a un caso se dan una serie de problemas que permean la discrecionalidad judicial.

Finalmente la noción de “poder”, es insertada por LIFANTE VIDAL como variable para distinguir dos contextos a que se liga el concepto de discrecionalidad. En un sentido formal, como capacidad de elegir entre más de una alternativa (i.e. competencia o

²⁴³⁹ LIFANTE VIDAL, ISABEL; *op. cit.*, pág. 421.

²⁴⁴⁰ LIFANTE VIDAL, ISABEL; *op. cit.*, pág. 423.

²⁴⁴¹ LIFANTE VIDAL, ISABEL; *op. cit.*, pág. 424.

posibilidad de producir un resultado normativo), en un sentido material, como posibilidad de introducir en el sistema jurídico nuevas evaluaciones de intereses²⁴⁴².

Para DWORKIN, que parte de una teoría holista del Derecho, no puede haber lagunas, ya que incluye todas las normas explícitamente establecidas por referencia a sus orígenes sociales, junto con los principios jurídicos implícitos, que son coherentes con aquellas normas y constituyen su justificación. Desde el punto de vista interpretativo, ya se ha insistido bastante en esto; para el sucesor de HART en Oxford, no hay lugar para la discreción, ni los jueces tienen la facultad de crear Derecho. En los casos difíciles, cuando fallan las fuentes sociales del Derecho que conducen a la decisión de algún punto en litigio, los jueces acuden a los principios y a su dimensión moral.

Nosotros hemos preferido en este respecto, seguir los lineamientos de HART, especialmente en su *Post Scriptum*, la intervención de los jueces en aquellos casos no completamente regulados por las leyes, no ha de entenderse como el ejercicio de la potestad de un Legislador; no ya por las restricciones inherentes a su función que les impiden introducir reformas en gran escala o hacer códigos nuevos, sino porque su tarea sólo puede ser *intersticial*, abocándose a la solución de casos particulares,

“... en tales casos el juez tiene que pronunciar una resolución y no, como BENTHAM alguna vez sostenía, declararse incompetente o referir los asuntos no regulados por el derecho existente a la legislatura para que decida, el juez tiene que ejercer su *discreción* y *crear* derecho para el caso, en vez de aplicar meramente el derecho preexistente ya establecido.”²⁴⁴³

²⁴⁴² LIFANTE VIDAL, ISABEL; *op. cit.*, págs. 426 a 428. La autora señala que, a partir de la combinación de las distintas variables de libertad, indeterminación y poder, se pueden extraer dos sentidos de discrecionalidad. El primer sentido al que llama *Discrecionalidad- 1*, se vincula con la idea de libertad entendida como permiso para elegir entre alternativas, y la indeterminación es entendida como un problema de subsunción de un caso en el supuesto de hecho de la norma, en tanto que el poder se reduce a la capacidad formal para adoptar una decisión.

El segundo sentido, *Discrecionalidad- 2*, se dirige a una libertad positiva (es el sujeto decisor el responsable de determinar qué curso de acción se emprende), la indeterminación consisten en la cualidad de no haberse fijado en la norma cuál sea la conducta a seguir, y el poder incluye la factibilidad de insertar nuevas evaluaciones de intereses.

Son dos sentidos heterogéneos que no pueden englobarse so riesgo de confundir y distorsionar los fenómenos que abarcan, y le permiten a la autora explicar la distinción entre “tener discrecionalidad” y “ejercer discrecionalidad”, pues cuando se ejerce discrecionalidad se lo hace en el sentido de la Discrecionalidad- 1, aunque no se posea Discrecionalidad- 2, y ello se debe a que aquella no se puede poseer sino ejercitar, “...no puede verse como la característica de un determinado poder de decisión, sino como una propiedad de una decisión concreta...”. LIFANTE VIDAL, ISABEL; *op. cit.*, pág. 431.

²⁴⁴³ HART, H. L. A.; *Post Scriptum*..., cit., pág. 54.

En esta tarea sí lo rigen limitaciones generales que alcanzan al Legislador, como no proceder de manera arbitraria, justificar sus decisiones al amparo de las circunstancias, creencias y valores imperantes.

En la descripción del proceso judicial, no debe concedérsele una relevancia sobredimensionada al discurso de los jueces, que parece sostener que estos se limitan a descubrir y reconocer un Derecho ya existente, en rigor hay efectivamente una creación del Derecho, si bien con las limitaciones ya señaladas, y recurriendo a la analogía (por más que se reniegue de ella), a los principios, y razones varias que encuentran algún apoyo en las reglas.

El proceso judicial, con lo dicho, no puede asimilarse a la tarea legislativa, la discreción no permea una delegación de poderes a la justicia, claramente antidemocrática; como enseña HART, la discreción como poder del juez está sometida a múltiples restricciones que estrechan su arco de elecciones, restricciones que una legislatura no tendría, además, porque las potestades de los jueces se ejercen para casos particulares, de donde no podrían introducirse reformas a gran escala,

“...sus poderes son intersticiales y sujetos a muchas limitaciones sustantivas.”²⁴⁴⁴

El punto emerge ante las interpretaciones de normas que, al aplicarse a casos concretos, suscitan controversia respecto de su alcance y sentido. Un simple mandato se entiende en su integridad, a partir de una serie de instancias concretas que se tienen presentes, pero el alcance de una norma jurídica va más allá de lo que se pueda saber o suponer de las intenciones de los legisladores, e incluso puede ser aplicada a situaciones que estos no pudieron siquiera haber considerado. De lo dicho se colige que la aplicación a casos nuevos puede llevar a un complemento o una natural reelaboración de la norma misma. Se trata de un fenómeno que nada tiene que ver con la llamada “legislación judicial” que pregonaban los utilitaristas, ni “elección creadora” como la rotulaban los norteamericanos. Al interpretar las reglas se dan alcances que, *a posteriori* de haber reflexionado el aplicador, implican una elaboración o articulación natural de la regla que puede ir más allá de la decisión legislativa: es la reelaboración racional de una regla. En lo que disintimos con HART es que entendemos que este fenómeno descrito no es raro en modo alguno, sino más usual de lo que se quiere reconocer.

²⁴⁴⁴ HART, H. L. A.; *Post Scriptum*..., cit., pág. 56.

Sólo tiene sentido hablar de discrecionalidad cuando alguien está encargado de tomar decisiones sujetas a las normas, y que a su vez, generan efectos normativos en el sistema de que se trate (i.e. cuando alguien tiene un poder conferido por el sistema normativo de referencia para tomar decisiones dotadas de autoridad). La discrecionalidad jurídica no puede concebirse como un efecto colateral de las normas generales, ni como un fenómeno periférico al ejercicio de la autoridad, sino como un fenómeno central y necesario para llevar a cabo las funciones esenciales del Derecho (v.g. promover activamente ciertos fines o valores).

Ciertamente la administración y aplicación cotidiana del Derecho no podría efectuarse sin leyes que resuelvan claramente la mayoría de los casos. Pero, tampoco puede soslayarse que, existen muchos casos límite y dudosos que no se pueden decidir con claridad a partir de la ley (esto ya fue destacado por los partidarios de la *teoría del Derecho libre*, aunque quizá de forma demasiado radical). Lo que importa es reconocer la significación independiente del Derecho del juez. A lo largo de nuestro estudio, se ha visto que la ley no sólo tiene que ser aplicada e interpretada (aunque esto último con su justo alcance), sino también completada y creada sobre la base de valoraciones que pertenecen a un cosmos más extenso que el aportado por las reglas. En este sentido, para considerar justificada una decisión, no basta con presentarla como el resultado de un silogismo subjuntivo cuya premisa normativa viene dada previamente por el Derecho, no es una actividad meramente aplicativa la que ejercen los jueces, sino que hace falta una actividad de desarrollo y concreción del Derecho (el sentido de Discrecionalidad- 2 de LIFANTE VIDAL conduce también a esta conclusión²⁴⁴⁵).

Es del caso resaltar que la subsunción, conduce a una equiparación que no siempre puede deducirse de una manera inequívoca de la ley y de su pretenso propósito subyacente. Se gesta una valoración, numerosas veces, que importa una apreciación que no necesariamente fluye de la ley siempre que el aplicador de ésta entienda que, la aplicación literal del texto legal impidiera alcanzar el objetivo racional que, se cree, es la *ratio* de aquella.

Las consideraciones supraleales deciden también acerca de los métodos de interpretación, acerca del orden jerárquico de los medios de interpretación y acerca de la

²⁴⁴⁵ Ver *supra*, nota 311 en este mismo apartado.

corrección de las teorías subjetivas y objetivas en la interpretación. Es fácil observar que se va más allá de la teoría de los métodos específicamente jurídicos, para ingresar en el campo de problemáticas jurídico- filosóficas²⁴⁴⁶. La relación entre ley y Derecho deviene, en algún punto, un problema de la naturaleza última mencionada.

Esto sucede no en una deducción racional de un pensamiento axiomático que extraiga lógicamente, a partir de determinados principios contenidos en la idea de Derecho, decisiones concretas; sino que, mediante un razonar el problema, desde diferentes puntos de vista (jurídicos o extrajurídicos), se resuelven los casos por articulación de conceptos más allá de las reglas por los juristas. Aquí es donde claramente juega la analogía.

El jurista debe prestar atención a los criterios supraleales que aplica (llámese justicia, equidad, moral, derecho natural, *et sit cétera*²⁴⁴⁷), debiendo tener en cuenta cuál es el contenido que estas medidas importarán una vez aplicadas a lo jurídico. Se precisa una clara concepción teórica del alcance de los derechos fundamentales, del orden valorativo y de las premisas que interactuarán en el conflicto a decidir, todo ello con el objeto de señalar qué ideas supraleales exigen consideración y cuáles están maduras para ser aplicadas jurídicamente. Cuando se efectúa esto, se trata, sin lugar a dudas de una respuesta cuya fundamentación última no puede ser obtenida con métodos jurídicos.

El pensamiento que se ocupa de dar respuesta a estas cuestiones ya no es jurídico, sino filosófico- valorativo: iusfilosófico. El modo de este pensar es diverso del que emplea el pensamiento jurídico.

Una vez más y reforzando lo que se viene diciendo, el carácter peculiar de los actos valorativos del juez, demuestra la necesidad de arbitrar medios de control y garantías de racionalidad. El rol del jurista no se reduce a lo que es propiamente la

²⁴⁴⁶ Esto ya lo anunciamos al inicio de este apartado.

²⁴⁴⁷ Debe tenerse mucho cuidado con las “fuentes del Derecho” a las que se apela, por caso “la conciencia jurídica del pueblo”, sus “recursos morales”, sus “principios éticos”, “el espíritu del pueblo”; todas estas expresiones, ha señalado WELZEL, se refieren al factor de producción del Derecho que es históricamente constante y que está menos expuesto a fallar que las decisiones del Legislador. Pero tampoco la conciencia jurídica del pueblo lleva consigo la justicia por el mero hecho de su existencia, piénsese por caso en las declamaciones del nacionalsocialismo en su toma de decisiones, por ello esta conciencia, puede ser tan sólo un intento de formular en el tiempo lo que es justo; la historia ha demostrado, destaca el profesor de Bonn, que la idea de justicia de una comunidad determinada puede fallar igual que los actos del Legislador. (Welzel, Hans; *op. cit.*, págs. 174 y 175).

interpretación de las normas; preside todo el proceso que conduce a la decisión jurídica, desde el tratamiento simultáneo e interrelacionado de normas y supuestos de hecho, hasta la misma comprensión de los principios del Derecho. El proceso real de la interpretación y aplicación del Derecho, es un proceso en el que acontece una elección de método por el intérprete o aplicador; en lugar de hallarse sometido al imperio de un método que le guíe con mano segura hacia la objetividad²⁴⁴⁸. Lo normal en la aplicación del Derecho sería la elección del método (la opción entre los cánones interpretativos, por caso) a partir de un control teleológico de la corrección del resultado desde el punto de vista de la aceptabilidad de un orden social dado. Ciertamente, entre los cánones de la interpretación no es posible establecer una jerarquía ni aportar criterios generales que guíen la elección entre ellos para cada caso, pero, aunque toda interpretación presupone una serie de juicios de valor, la decisión al respecto no debería restar abandonada a la subjetividad del intérprete, sin embargo, es lo que pasa. De allí que suelen postularse una serie de limitaciones y medios de control: los fines positivos del ordenamiento, como límite de la posibilidad actualizadora del juez, la necesidad de buscar propuestas coherentes con el sistema jurídico global y que tengan una mínima apariencia razonable, la posibilidad de ponderación de propuestas y soluciones mediante la consideración de consecuencias o la comparación de casos, la responsabilidad del intérprete del Derecho ante el medio social, frente al que ha de asegurarse la plausibilidad de sus soluciones, *et sit cétera*. En rigor nada de ello acaece, cuando el jurista resuelve en los casos complejos que hemos venido reseñando (cláusulas generales, lagunas, *et sit cétera*), desinsacula el método que mejor se adecua a la conclusión que ya se formó previamente (precomprensión) y resuelve para el caso, creando en tal supuesto una norma –norma general según BULYGIN-, y no parece existir un baremo claro que actúe como medio de control.

Una de las maneras en que se presenta en la actualidad el activismo judicial es a través del *control de constitucionalidad* de las leyes, donde lejos de limitarse a colocar la ley bajo los designios de la norma fundamental, ha desencadenado un protagonismo de la jurisdicción frente a la legislación desconocido hasta la actualidad en el Derecho moderno. No se trata de que los tribunales constitucionales, singularmente mediante la resolución de

²⁴⁴⁸ Ver *supra* parágrafo 43 (“‘Aplicación rigurosa de la ley’, un análisis de Bacigalupo respecto del art. 4.3º del CP Español”).

los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad, corran el serio riesgo de suplantar al Legislador, en especial cuando caen en la tentación de convertirse en legisladores positivos a través de sentencias que aportan determinados contenidos a la ley examinada. La propia jurisdicción ordinaria, al tiempo que se involucra con cuestiones de inconstitucionalidad y de su obligación de realizar interpretaciones legales constitucionalmente conformes, ha asumido un papel que ha permitido sostener actualmente a un relevante sector doctrinario que la vinculación del juez a la ley no es realmente cierta. El importante bagaje de principios que aparejan las constituciones modernas, y la necesidad de ponderarlos en los casos en que concurren (algo que se considera que no está al alcance de la perspectiva general y abstracta de la legislación), ha repercutido en que la aplicación judicial de cualquier ley se vea sometida a un previo análisis de su correspondencia en el caso concreto, con ciertos principios, con independencia de su reconocimiento explícito o implícito en la norma legal correspondiente. Esta vinculación del juez a los principios antes que a la ley, se ve además potenciada por la teoría de la argumentación jurídica, que inserta la racionalidad jurídica en la jurisdicción²⁴⁴⁹.

HABERMAS y LUHMANN lidian con el papel de los tribunales ante el control de las leyes. En el caso del primero, la atribución de la competencia aludida, origina dos riesgos: en primer lugar pone en peligro la división de poderes, en tanto que los tribunales, en un estado de Derecho (social)

“...no pueden limitarse a considerar programas sólo condicionales, sino que se ven obligados a ocuparse de programas finales, de directivas políticas orientadas al futuro, asumiendo así competencias legislativas para las que carecen de legitimidad democrática.”;

en segundo lugar, se trastocan las constituciones en órdenes de valores, en vez de considerarlas como un sistema de reglas estructurado conforme con principios,

“...lo que los lleva a convertirse en una instancia autoritaria que ya no se ocupa de identificar normas obligatorias sino que asume la tarea de optimizar todos los valores...”

Para HABERMAS, su existencia sólo es justificable, si el control de las leyes es concebido como un *autocontrol* del Legislador delegado en los tribunales. En las ideaciones de LUHMANN, el control constitucional de los tribunales se configura como

²⁴⁴⁹ Ver *supra* parágrafo 37 (“Derecho y argumentación jurídica como discurso racional”).

“...elemento esencial del acoplamiento estructural que, a través de las constituciones modernas, se lleva a cabo entre el sistema político y el jurídico.”, la legitimidad del control se basa en que los tribunales deben poder llevar adelante el acoplamiento sin distorsionar los límites entre ambos sistemas; sin embargo, para LUHMANN es usual que los tribunales, se vean como organismos legitimados para ponderar valores y desarrollar directrices políticas, lo que desdibuja los límites preseñalados. Los tribunales no deben salir del ámbito de los programas condicionales, de forma que, cuando el control constitucional los lleve a considerar programas finales, estos sólo deben verse desde la perspectiva de cuáles sean las condiciones que deben darse para que tal programa final sea aplicable, debiendo dejarse fuera de las consideraciones reflexiones como la oportunidad, utilidad, *et sit cétera* del programa²⁴⁵⁰.

Los textos constitucionales contienen muchas cláusulas con términos valorativos, y la manera de acceder a ellas es mediante algún tipo de argumentación moral (v.g. la prohibición de trato inhumano o degradante). La cuestión conduce a la elucidación de la estructura de nuestros sistemas jurídicos y a un problema filosófico político:

“...la compatibilidad de la democracia entendida como regla de la mayoría y el atrincheramiento de determinadas cuestiones que ni la mayoría puede modificar.”²⁴⁵¹

En este trabajo hemos adherido a un control de constitucionalidad de las leyes, como herramienta imprescindible para poner coto a un Legislador arbitrario, mal informado o defectuoso²⁴⁵². Este mecanismo no es dable de instrumentarse mediante, por

²⁴⁵⁰ Las citas y análisis en Díez RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS; *op. cit.*, págs. 498 a 499. Se utiliza en el texto una distinción que debe clarificarse aquí: Un *programa condicional* fija las condiciones necesarias para producir ciertos efectos, de forma que, si se dan aquellas deben producirse éstos. Se estructuran en torno a las condiciones.

Un *programa final* identifica los efectos que se quieren producir y se acepta una parcialmente amplia e imprecisa variedad de acciones mediante las que se puedan lograr aquellos. Se estructuran en torno a las metas.

²⁴⁵¹ MORESO, JOSÉ JUAN; *Cuestiones persistentes y microteorías*, cit., pág. 633.

²⁴⁵² No encaramos las ventajas de contar con un Tribunal Constitucional, por dos motivos: en primer lugar, porque el mismo no existe en nuestro país aun, en segundo lugar porque un desarrollo de este tema excedería en mucho nuestra propuesta.

Sin embargo, y a todo evento, entendemos que organismos de este tipo, aportan de forma inmediata ciertas ventajas, entre ellas, la que deriva de que es preferible, sustancialmente, una declaración de inconstitucionalidad de una ley, que un continuo e impredecible goteo de interpretaciones aisladas y diversas, procedentes de la jurisdicción ordinaria.

caso, la creación de una segunda instancia legislativa²⁴⁵³; de igual forma que, el último control a la arbitrariedad jurisdiccional no es un tribunal supremo supremo, sino una modificación legislativa, ya que, una vinculación laxa de los jueces a la ley ordinaria, también atentaría contra las normas constitucionales.

Vale la pena aquí comentar que en este tipo de instancias aparecen las denominadas *sentencias manipulativas*, que son aquellas sentencias interpretativas que no se pronuncian simplemente sobre la conformidad o no con la Constitución de una disposición, sino que el tribunal, produce un nuevo material jurídico (se suele hablar de una nueva norma), que no es el resultado de la interpretación de la disposición en crisis, sino que a juicio del organismo jurisdiccional, viene impuesta por la Constitución para conservar la validez de dicha disposición, aunque, finalmente, el nuevo material jurídico es presentado como un significado de la disposición impugnada. En estos casos, el grado de creatividad del juez es relevante, ya que las conclusiones que se extraen, lo son en realidad, al margen de la disposición aunque se le atribuyan a ésta. Las sentencias manipulativas pueden ser de dos tipos, *sentencias aditivas*, donde la disposición no se ve alterada ya que ninguna de sus partes es declarada inconstitucional, pero formalmente si lo es, pues las conclusiones que extrae el tribunal son tan distorsivas que implican una construcción novedosa, permitiendo recién ahí considerar a la disposición enjuiciada conforme con la Constitución y, consecuentemente, su permanencia en el ordenamiento; dicho de otra forma, lo inconstitucional afecta a la interpretación tradicional que se deduce de la disposición, pero el supuesto añadido por el tribunal, que se incorpora al sentido de la disposición, pasa a ser el único sentido con el que ésta puede ser aplicada en el futuro para que no se la entienda inconstitucional, el poder creador del juez es en este supuesto, es mucho más patente que en un caso de mera sentencia interpretativa, hay una genuina labor creativa que invierte el sentido del liberalismo-iluminista poder legislativo- poder judicial²⁴⁵⁴, graficando:

²⁴⁵³ Una teoría como esta se verá *infra* entre otras, en el párrafo 52.1 (“La legitimidad de los órganos aplicadores para crear Derecho”).

²⁴⁵⁴ GASCÓN ABELLÁN, MARINA FELICIA; *La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción*, en Revista Española de Derecho Constitucional, Año 14, nº 41, Madrid, 1994, págs. 72 a 73. Un tipo de sentencias aditivas más respetuosas con la separación de poderes, es que al apreciar la inconstitucionalidad por la omisión del supuesto, el tribunal no enuncia algo nuevo (una nueva norma según GASCÓN ABELLÁN, N° en nuestra nomenclatura), sino que deja al Legislador un margen de discreción para acomodar la disposición al mandato constitucional, aunque respetando las directrices enunciadas por la sentencia. Aquí, se

Fig. 6.2. Esquema de sentencias aditivas

La otra forma de *sentencias manipulativas*, son las *sentencias sustitutivas*, que son aquellas que declaran la inconstitucionalidad por prever –o en el tramo que prevé– un determinado supuesto en lugar de otro indicado por el tribunal en su decisión que, según este, debería contemplar para conformarse con la Constitución. La sustitución puede hacerse de dos formas, ya sea por vía interpretativa, sin afectar la disposición, o declarando la inconstitucionalidad de una parte de ésta; las del primer tipo se parecen mucho a las sentencias aditivas, donde tampoco se ve afectada la disposición en crisis. La diferencia es que, en las aditivas, la nueva conclusión (norma) del tribunal se añadía a la disposición, en tanto que en las sentencias sustitutivas se la sustituye por la construcción del tribunal, es una actividad legislativa incluso superior a la de dictar una sentencia aditiva²⁴⁵⁵, graficando:

declara la inconstitucionalidad de una interpretación (norma en la autora), pero no se declara la nulidad de la disposición.

²⁴⁵⁵ GASCÓN ABELLÁN, MARINA FELICIA; *op. cit.*, pág. 73 y ss.

Fig. 6.3. Esquema de sentencias sustitutivas

El papel cada vez más invasivo de los derechos fundamentales en el contexto del constitucionalismo, abre las compuertas de varias cuestiones que quiebran con el modelo positivista. Por caso, el Legislador presta cada vez más atención a los procedimientos judiciales caracterizados por la tutela y la garantía de los derechos fundamentales en un caso, y al mismo tiempo se otorga cada vez más poder a quien debe decidir esas controversias (el juez). Un ejemplo, es la

“...atención, dirigida a una cada vez más plena realización de un ‘justo proceso’, encuentra expresión en una jerarquía de valores en la cual la tutela de los derechos fundamentales puede ser preeminente respecto a la búsqueda de la verdad en la reconstrucción de aquello sobre lo que versa la controversia...”²⁴⁵⁶

Es indudable que, a partir de la segunda gran guerra, hubo una cada vez mayor centralización jurídica de la tutela de los derechos fundamentales. Los criterios de identificación de las normas de un ordenamiento, no se agotan ya (como acaecía en los

²⁴⁵⁶ MAZZARESE, TECLA; *Razonamiento judicial y derechos fundamentales. Observaciones lógicas y epistemológicas*, (trad. Juan Ruiz Manero) Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 26, Alicante, 2003, pág. 687.

ordenamientos jurídicos de los Estados liberales) con los criterios de validez formales consistentes en el dictado de normas conforme metanormas de procedimiento y competencia, hoy esto se integra por criterios de carácter material que exigen la conformidad de las normas de deber con los valores expresados en los derechos fundamentales, positivizados o no. Estos criterios materiales son preeminentes respecto de los de carácter formal, dicho de otra forma, aunque una norma sea aprobada y emane según los procedimientos que el ordenamiento prevé, si su contenido no es conforme a valores expresados en los derechos fundamentales, deviene pasible de anulación, o según el caso de que se trate el control de legitimidad, de no aplicación judicial.

Esto repercute en los modos de aplicación judicial del Derecho, como se ha insistido hasta el hartazgo en estas líneas, dicha aplicación no se reduce a un mero y no comprometido reconocimiento de la ley o a una concreción más o menos mecánica de la norma, sino que los órganos de aplicación se ven inducidos a tener en cuenta los valores expresados por los derechos fundamentales, en el proceso interpretativo.

TECLA MAZZARESE señala que son dos los aspectos en que los derechos fundamentales inciden en la aplicación judicial del Derecho: a) el de su papel en la articulación de las formas y modos de la jurisdicción, es decir, en la reconfiguración de las formas de los procedimientos judiciales; y b) en la redefinición de las resoluciones de las controversias (i.e. en la interpretación del Derecho en base al cual decidir las controversias);

“...el primero de los dos perfiles es el de los derechos fundamentales *sobre* la aplicación judicial del Derecho, el segundo es el de los derechos fundamentales *en* la aplicación judicial del Derecho.”²⁴⁵⁷

Respecto al primero de los aspectos, el Legislador ha redefinido los modelos procesales caracterizados por la garantía de los derechos fundamentales, los modelos procesales viabilizan la realización plena de los derechos fundamentales a partir de una efectiva tutela judicial de los derechos fundamentales; esto es, a pesar de la pregonada aplicación mecánica judicial, no es menos cierto que en la actualidad es el propio Legislador el que ha delegado en los jueces este rol activo.

²⁴⁵⁷ MAZZARESE, TECLA; *op. cit.*, pág. 691.

Los derechos fundamentales avanzan más allá del papel que tienen en el carácter procedimental en las formas de la aplicación judicial; como se señaló, redefinen las resoluciones de las controversias, es un papel sustancial. Ello puede darse de un modo *positivo* cuando la tutela judicial se presenta de manera directa o indirecta, siendo su rasgo distintivo la efectiva justiciabilidad de los derechos fundamentales, no su mera enunciación; una de las modalidades directas aludidas, es para el caso de los sistemas con control difuso de constitucionalidad de las leyes que permite a los jueces de primera instancia no aplicar una ley juzgada de inconstitucional. De modo *negativo* lo que se releva es la posibilidad de competitividad entre los valores y la necesidad de una ponderación²⁴⁵⁸ de estos (donde destacarán excepciones y vínculos).

Entre la manera de tutelar los derechos fundamentales suele mencionarse la eventual existencia de metanormas. En ausencia de metanormas que diriman conflictos entre principios (i.e. valores), como es el caso del Derecho argentino, la justiciabilidad de aquellos se articula mediante la consolidación de prácticas jurisprudenciales. La práctica jurisprudencial de reclamar derechos fundamentales (sancionados constitucionalmente) como herramienta de interpretación de las leyes a aplicar, es lo que se conoce como interpretación adecuadora de la ley.

Deviene innegable que, en los ordenamientos jurídicos de los modernos Estados de Derecho constitucional, los derechos fundamentales cobran cada vez más relevancias: ya sea en el aspecto procedimental (i.e. en la articulación de las formas y modos de jurisdicción), como en el aspecto sustancial en la resolución de la controversia. Hay una cada vez más difundida praxis jurisprudencial de la justiciabilidad de los derechos fundamentales, aun cuando explícitamente el Legislador no garantice la tutela judicial. La incidencia es tan grande que, la positivación de los derechos fundamentales en documentos normativos de rango constitucional, conjuntamente con la adopción de medidas tendentes a garantizar su realización y tutela, ha repercutido a tal punto en los ordenamientos jurídicos, que, ha condicionado

“...cada vez más radicalmente el concepto mismo de Derecho en su dimensión ontológica, epistemológica y fenomenológica; esto es, condicionando y estimulando una redefinición (a) de los criterios de identificación de las normas

²⁴⁵⁸ Por esta vía ROBERT ALEXY y RONALD DWORKIN.

cuyo conjunto integra y constituye un ordenamiento jurídico (dimensión ontológica), (b) de las formas en que puede darse conocimiento de tales normas (dimensión epistemológica) y (c) de los modos en que puede darse realización y/o aplicación judicial de tales normas (dimensión fenomenológica).”²⁴⁵⁹

Los derechos fundamentales son entidades fundadas en valores, y precisamente por ello, adquieren una dimensión innegablemente axiológica, que trastoca toda el aparato de aplicación normativo por los jueces a los casos; al tener que recurrir a estándares como estos, en que, por un lado, ya se presenta un disenso acerca de cuáles pueden o debe ser los derechos fundamentales a incluir en el conjunto de baremos que incidirán en el caso de que se trate hay una cuestión compleja. Este disenso no se refiere ya al fundamento último²⁴⁶⁰, sino a la diversidad de valores en juego de conformidad con las distintas concepciones morales, ideológicas o políticas del decisor que constituyen los medios necesarios para garantizar los valores que, se entiende, deben realizarse. BULYGIN señala la conveniencia de no reducir a los valores que venimos tratando a una regulación normativa de un orden jurídico positivo, pues precisamente ellos ofrecen el marco para criticar a las leyes o instituciones del Derecho positivo²⁴⁶¹.

Otra dificultad de este tipo de derechos (que en definitiva no son más que principios o reglas morales como ya se explicara *supra*)²⁴⁶², viene dada por el hecho de que, al ser normativizados, su formulación lingüística se reconduce a términos valorativos. Son prescripciones dotadas de una alta naturaleza emotiva (i.e. valorativa o vaga; v.g. tortura, degradante, inhumano, *et sit cétera*), que permiten una pluralidad de lecturas y variables interpretativas. Todo ello halla fulcro, en consecuencia, en la discrecionalidad judicial. Debe destacarse que este tipo de indeterminación, lejos de considerarse un rasgo problemático para la justiciabilidad de estos derechos, el carácter vago de las formulaciones lingüísticas de las disposiciones jurídicas que expresan derechos fundamentales, se considera una virtud, pues permite hacer efectivos a los jueces estos derechos y viabilizar

²⁴⁵⁹ MAZZARESE, TECLA; *op. cit.*, pág. 689 a 690.

²⁴⁶⁰ Para BOBBIO esta búsqueda (como fundamento último) es sólo una ilusión. El problema de fondo de estos derechos no radica en su justificación sino en su protección, no es un problema filosófico sino político. Pero si bien BOBBIO refiere la urgencia de garantizar estos valores, nada dice acerca cuáles son esos derechos tan dignos de tutela reforzada.

²⁴⁶¹ Citado en MAZZARESE, TECLA; *op. cit.*, pág. 702.

²⁴⁶² Ver parágrafo 36 (“La corrección de los enunciados normativos. El Derecho correcto”) y subsiguientes.

su evolución progresiva en el acompañamiento de las nuevas variantes sociales impredecibles.

Asimismo, se pueden presentar dos tipos de conflictos entre derechos fundamentales, se hallen o no plasmados en un ordenamiento jurídico²⁴⁶³: a) conflictos que derivan de concepciones divergentes del valor a asignar a un mismo derecho fundamental, y b) conflictos que derivan de la imposibilidad de tutelar y/o de realizar un derecho fundamental sin violar a otro, o cuanto menos circunscribir el posible alcance entre ellos. Para DWORKIN y FERRAJOLI, este último conflicto es imposible (de allí la proscripción de la discreción judicial); nosotros, como se ha venido trasluciendo en este trabajo, no creemos que un determinado derecho entrañe la asunción de que el mismo vale universalmente, sin ninguna restricción, por el contrario, los conflictos entre derechos fundamentales se deben a que tutelan intereses sociales distintos y/o valores diversos que los derechos fundamentales tienden a realizar.

Una manera de visualizar esto sería destacando que el fenómeno de los conflictos entre este tipo de derechos, no es un caso particular del fenómeno del conflicto entre normas (antinomias), aunque existe relación entre ambos, los dos fenómenos divergen en puntos relevantes²⁴⁶⁴: a) para que exista un conflicto de normas estas deben estar explícitamente expresadas por disposiciones del Derecho positivo, en cambio puede haber conflicto entre derechos fundamentales, aunque ambos o alguno no se encuentre expresamente positivizado; b) no existen criterios (metanormas) para decidir unívocamente los conflictos entre derechos fundamentales, su competencia depende (aunque no exclusivamente) de la lectura de los valores que ellos importan; por el contrario, para las normas, los ordenamientos jurídicos suelen aportar criterios de decisión como los conocidos de *lex superior*, *lex specialis* y *lex posterior*. La realización y/o tutela de un derecho fundamental, puede enfrentarse con la realización y/o tutela de otro derecho fundamental, lo que denota la derrotabilidad (i.e. no monotonicidad) del razonamiento judicial.

Como factor aparejado por lo antedicho, las decisiones judiciales tienen naturaleza constitutiva, no declarativa. Ello tanto en la conclusión (la parte dispositiva), que

²⁴⁶³ MAZZARESE, TECLA; *op. cit.*, pág. 705.

²⁴⁶⁴ MAZZARESE, TECLA; *op. cit.*, pág. 707.

es el resultado de una deliberación y no de una mera deducción lógica; como las premisas, pues son el resultado, no de un proceso cognoscitivo de los hechos y de las normas, sino de un complejo proceso decisorio y valorativo. Los derechos fundamentales en la aplicación judicial del Derecho, son testimonio de la matriz hermenéutica, valorativa y subjetiva del razonamiento judicial, que se ha confundido al insistirse en el recurso a los cánones de la lógica deductiva clásica (v.g. la relación entre la conclusión y las premisas de una decisión).

Para concluir, y siendo consecuentes con nuestro objetivo, es claro que no podemos sostener, defender ni bregar por ningún tipo de valoración específica por la que el juez resuelva el conflicto de intereses que se le presente, nos hemos limitado a presentar un procedimiento sin aparato sustancial, procurando sondear las formas sin valor sobre la bondad o no de lo efectivamente diseñado.

§52.1.- La legitimidad de los órganos aplicadores para crear Derecho.

Argumento democrático. Legitimidad. La asignación temporal del poder. La visión crítica del activismo judicial. El restriccionismo (Dworkin). Tesis de la deferencia. Derechos contramayoritarios. Más equitativo. El activismo judicial como virtud. Imperio de la ley. Los problemas: opacidad de las normas y jurisprudencia de razones. Restricciones constitucionales y teoría del significado. Conceptos y concepciones. Quién debe efectuar qué tema vs. quién es el mejor haciendo qué. La división de poderes. La paradoja de la independencia judicial. La legitimidad materialmente democrática del juez. El principio democrático, problemas. La representación política. La vigencia del principio de la mayoría. El coto vedado. Intencionalistas. Intención grupal e intención compartida. El problema intergeneracional. La justificación. El respeto a los procedimientos democráticos y a la regla de la mayoría. Rasgos de los derechos fundamentales. Constitucionalismo. Conjugación entre principios constitucionales y principios democráticos. El utilitarismo. La teoría de la justicia de Rawls de cara a la cuestión. Respeto a los derechos de las minorías. El poder político de los jueces. El modelo procedimental. Los pactos constitucionales intergeneracionales. Las estrategias Ulises. Carácter no consensual ni representativo de la legitimación de los jueces. El juez como outsider del sistema político. El método del coloquio. Legislación y jurisdicción: relación simétrica sin rangos.

Se suele insistir en la importancia de la limitación de la competencia de los órganos decisores, principalmente a partir del argumento que entiende que los legisladores son quienes crean las leyes, en tanto los jueces han de reducirse a aplicarlas. Esta teoría tradicional no se basa tanto en el temor de que los jueces cometan errores al intervenir en un proceso de toma de decisiones de final abierto, cuanto en la suposición de que la determinación de cuestiones de valor sustantivo debe estar a cargo de instituciones responsables frente a la comunidad, como la legislatura, y no de instituciones no mayoritarias como los tribunales. El *argumento democrático* entiende que los legisladores – electos- reúnen mejores calificaciones para tomar decisiones políticas, lo cierto, y según lo dicho hasta aquí, los jueces al resolver sobre derechos legales, dependen, en ocasiones, de juicios de teoría política, que pueden ser formulados de diferentes maneras por distintos jueces; no importa que se recurra a argumentos de principios o argumentos políticos (estando a la distinción dworkiniana que receptamos *supra*)²⁴⁶⁵, lo relevante es que son decisiones apuntocadas en convicciones políticas. Se trata de un argumento de naturaleza política dirigido a mostrar la inconsecuencia institucional de otorgar potestad a un poder no elegido popularmente, de hecho constituido por una élite profesional, técnica que opera en

²⁴⁶⁵ Ver parágrafo 35 (“El método jurídico y la creación del Derecho”).

forma contramayoritaria; la tesis está sosteniendo que un poder como el judicial puede convertirse rápidamente en un obstáculo a las políticas votadas por la mayoría de los ciudadanos por la vía de declarar no válidas las reformas legislativas puestas en marcha.

Dicho de otro modo, los problemas concernientes a la distribución de funciones, deben determinarse por razones de *legitimidad*. En SCHAUER ello implica sostener que las reglas operan como herramientas para la distribución del Poder²⁴⁶⁶, pues las reglas asignan poder al atrincherar el *status quo*, se lo asignan al pasado quitándoselo al presente, y al presente restándoselo al futuro,

“...la asignación de poder es temporal, y se distribuye la jurisdicción para la toma de decisiones entre el pasado, el presente y el futuro. Esta atribución intertemporal de poder no sólo es importante cuando se verifica entre diferentes instituciones o agentes. También puede considerarse que las reglas asignan poder intertemporalmente en una misma institución o agente. En una institución pluripersonal, la toma de decisiones basada en reglas disminuye el grado de variación que produciría un cambio en las personas, y puede así atrincherar el poder a largo plazo de la institución en tanto institución contra el poder de alguno de sus miembros individuales en un cierto momento.”²⁴⁶⁷

La noción de *activismo judicial* se ha sostenido que equivale sin más a una invasión por parte de los jueces de un espacio de legitimidad que no les corresponde, colocando en peligro el sistema de equilibrio institucional,

“...En el fondo de este primer punto de vista late la convicción, dicho muy descarnadamente, de que el juez activista no es más que un individuo que, considerándose acaso parte de una élite moral, impone a los demás sus propios valores sin tomarse el trabajo de ganarse el derecho para hacerlo pasando a través del proceso político ordinario... (esto lo han sostenido entre otros ROBERT BORK y ANTONIN SCALIA).”²⁴⁶⁸

Se trataría de un sujeto que invade el espacio de discrecionalidad política que sólo está librado al criterio de oportunidad. El restriccionismo –estando a DWORKIN- se enrola en esta crítica y tiene dos subvariantes, que vale la pena señalar y criticar ya desde este

²⁴⁶⁶ Para el planteo de éste tema ver *supra* parágrafo 29.1 (“Las normas en términos de ‘razones para la acción’”). SCHAUER, FREDERICK; *op. cit.*, págs. 158 a 159 y 221 y ss.

²⁴⁶⁷ SCHAUER, FREDERICK; *op. cit.*, págs. 222 a 223.

²⁴⁶⁸ BAYÓN, JUAN CARLOS; *Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado constitucional*, en Jueces para la Democracia, Edisa, Madrid, nro. 27, 1996, pág. 41

margen: a) el *escepticismo político*, parte derechamente de que los individuos no tienen derechos morales contra el Estado, sino los derechos jurídicos que la Constitución les garantiza; y b) la *deferencia judicial*, que admite los derechos morales de los ciudadanos contra el Estado, que trascienden lo que el ordenamiento jurídico les garantiza de forma expresa, pero, si bien la fuerza y carácter de tales derechos pueden ser discutibles, los responsables de decidir cuáles derechos deben ser reconocidos son instituciones políticas diversas de los tribunales²⁴⁶⁹.

El escepticismo entiende que los derechos son algo inaprensible, y la fuerza y carácter de los mismos puede variar de caso a caso y de momento en momento. Para DWORKIN, el escéptico se halla en una posición difícil y debe apoyarse en posiciones extremas, puede concluir que no tiene sentido hablar de la bondad o maldad moral de un acto, puede sostener una forma extrema de utilitarismo donde lo único dable para determinar si un acto es bueno o malo es su influencia sobre el interés general, o puede aceptar alguna fundamentación totalitaria que funda los intereses individuales con el bien de la comunidad negando entonces que ambos pudieran hallarse en conflicto. Así visto, los hombres no tienen derechos contra la mayoría, y la decisión política se circunscribe a cuáles han de ser las preferencias que prevalezcan. La tesis de la deferencia es menos extrema, quien decide los problemas discutibles de moralidad política no son las mayorías tribunalicias conformadas por miembros vitalicios que ocupan cargos no electivos y no son responsables ante sus electores, sino los legisladores que ostentan precisamente estas ventajas. Pero la tesis presenta dos problemas: a) supone que el poder legislativo es efectivamente responsable ante el electorado tal como lo supone la teoría democrática, lo que en muchas ocasiones no es así, aunque DWORKIN agudamente admite que esto no socava tanto el argumento de la deferencia cuanto la falta de más democracia; y b) la idea de que democracia supone que todos los problemas no resueltos –entre ellos los morales y de principio- sólo deben ser resueltos por instituciones políticamente responsables, de una manera en que los tribunales no lo son, pero esta idea de democracia no fluye de las constituciones occidentales sin más, de hecho ni la Constitución estadounidense ni la Argentina poseen cláusula alguna que limite la revisión judicial, ni los tribunales han aceptado una restricción como esa.

²⁴⁶⁹ DWORKIN, RONALD; *Los derechos en serio*, cit., pág. 218.

No puede seguirse tampoco la tesis de la deferencia porque se entienda que es probable que las instituciones democráticas tomen decisiones *más sanas* que los tribunales respecto de los problemas fundamentales; pero ello soslaya que los tribunales deciden por bloques de casos y no de forma fragmentaria por un conjunto cambiante de circunstancias políticas, y ello con fulcro no ya en exigencias de su moralidad institucional sino porque su estructura institucional no estipula medios mediante los cuales puedan evaluar a las fuerzas políticas –aunque quisieran hacerlo–; además, la idea de que los tribunales tienen derecho a intervenir si la misma apareja resultados deseables, es incongruente con el activismo, que parte de la idea de que los individuos tienen derechos morales contra el Estado. Reforzando lo dicho, si se cree que al haber desacuerdos sobre los derechos, lo más seguro es dejar la decisión final sobre ello al proceso político, en el sentido de que se obtengan mejores resultados, se parte de la concepción de que la perduración de los acuerdos políticos sobre los derechos es una muestra de la moralidad política de tales acuerdos; lo que sería mejor que los argumentos de principio que podrían aportar los jueces si se librara a ellos la decisión; pero este no es un argumento que sume a la restricción, pues presupone que los jueces mantienen una suerte de diálogo con la nación donde presentan y defienden su visión reflexiva sobre los derechos de los ciudadanos. En rigor, los derechos contra el Estado, exigen que la sociedad *in totum* se avenga a instituciones que quizás no se adecuen cómodamente a ella, lo esencial en este marco es que un individuo tenga un derecho a ser protegido contra la mayoría –incluso al precio del interés general–, se exige un espacio para las minorías²⁴⁷⁰. No puede tampoco sostenerse que por algún motivo es *más equitativo* que sea una institución democrática y no un tribunal el que decida los problemas, ciertamente siempre es más equitativo que un problema lo decida una mayoría y no una minoría, pero

²⁴⁷⁰ DWORKIN explica genialmente que: “Una cosa es apelar a principios morales con la ingenua esperanza de que tanto la ética como la economía política se muevan en virtud de una mano invisible, de manera que los derechos individuales y el bien general hayan de fundirse, y de que un derecho que tenga como base el principio haya de llevar a la nación a una utopía de engranajes bien aceitado, donde todo el mundo esté mejor que antes... Pero es una cosa muy diferente apelar al principio *como* principio, para demostrar, por ejemplo, que es injusto obligar a los niños negros a recibir educación pública en escuelas para negros, aun cuando muchísima gente *vaya* a sentirse peor si el Estado adopta las medidas necesarias para impedir tal situación [...] Se trata de una versión diferente del progreso. Es progreso moral...” (DWORKIN, RONALD; *Los derechos en serio*, cit., pág. 230).

“...ésta es una posición que,... pasa por alto el hecho de que las decisiones referentes a derechos en contra de la mayoría no son problemas que equitativamente deban quedar librados a la mayoría.”²⁴⁷¹

El constitucionalismo precisamente procura restringir a esa mayoría para que no sea juez en su propia causa, de donde, los principios de equidad no hablan a favor del argumento de la democracia, sino precisamente en su contra²⁴⁷², la cuestión socava el argumento de que es equitativo permitir que la mayoría decida los límites de su propio poder. Ninguna de estas decisiones podría seguirla un escéptico pues supone que de alguna manera son identificables derechos morales, pero un seguidor de la deferencia judicial puede seguir alguna aunque no ambas.

Otro punto de vista, diverso al del restriccionismo (DWORKIN) o enfoque peyorativo (BAYÓN), entiende que el juez activista es un garante de la legalidad: el activismo resultaría no ya un vicio sino una virtud, los tribunales deben aceptar las directivas o mandatos de las estipulaciones constitucionales vagas²⁴⁷³, elaborando principios de legalidad, igualdad y otros semejantes, y revisarlos oportunamente bajo la óptica de la visión moral más actual; de acuerdo con ello juzgar los actos del Congreso y el Poder Ejecutivo²⁴⁷⁴. BAYÓN señala que cada una de las perspectivas es tributaria de la concepción que del Estado de Derecho se tenga, como así también de las concepciones que

²⁴⁷¹ DWORKIN, RONALD; *Los derechos en serio*, cit., pág. 223.

²⁴⁷² En *Marbury vs. Madison* el juez MARSHALL “...sentó la doctrina de la revisión judicial que ha sido desde entonces el cimiento de la estructura constitucional... fue el primer caso que estableció el poder de la Suprema Corte para revisar la constitucionalidad de los actos legislativos, y lo hizo en términos tan firmes y claros que tal poder no ha sido desde entonces puesto en duda legalmente [...] Los teóricos políticos se han preguntado durante largo tiempo si el supuesto por parte de la *Corte Marshall* del poder de revisión estaba justificado por la Constitución o era un acto de usurpación judicial. Aquellos que pregonan esta última posición pierden de vista el hecho de que *Marbury vs. Madison* confirmó meramente una doctrina que era parte de la tradición legal norteamericana de aquellos tiempos, derivada tanto de la experiencia colonial como de la revolucionaria. Podemos ir aun más allá. La revisión judicial era una de las premisas inarticuladas mayores sobre la cual estaba basado en última instancia, el movimiento para redactar la Constitución y la Declaración de Derechos. La doctrina de la inconstitucionalidad había sido sostenida por los norteamericanos aun antes de las primeras constituciones escritas, especialmente por JAMES OTIS en su ataque de 1761 a los mandamientos generales de ayuda y por PATRICK HENRY en 1763 [...] La doctrina pudo, sin embargo, convertirse en un principio de derecho positivo sólo luego de la independencia, cuando se adoptaron constituciones escritas que contenían limitaciones obligatorias, más allá del alcance del poder gubernamental... MARSHALL mismo pudo afirmar, en su opinión sobre el caso *Marbury vs. Madison*, no que la Constitución de los Estados Unidos establece la revisión judicial, sino sólo que ‘confirma y refuerza el principio’.”. Conf. SCHWARTZ, BERNARD; *op. cit.*, págs. 60 a 61.

²⁴⁷³ Ver *infra* en este mismo apartado.

²⁴⁷⁴ DWORKIN, RONALD; *Los derechos en serio*, cit., pág. 217.

se sustentan acerca del modo en que se desenvuelven los procesos de interpretación y aplicación de las normas²⁴⁷⁵.

El primer modelo (crítico) del activismo judicial, sería propio de los que avalan un modelo de *imperio de la ley*, por cuanto este sería el único que posibilitaría la autonomía individual. El Derecho no es un sistema de absoluta discreción, depende de la identificación de circunstancias fácticas, y las normas deben ajustarse en su estructura a la denominada por FULLER: “moralidad interna del Derecho” (normas generales, abstractas, prospectivas, razonablemente estables, públicas y tan claras como sea posibles –no deliberadamente vagas, abiertas o indeterminadas). Es el modelo del que DWORKIN rotula “restriccionalismo”, que permite que las decisiones de otras ramas gubernamentales se mantengan incólumes, aun cuando lesionen el sentido que los jueces tienen sobre los principios que fluyen de las doctrinas constitucionales²⁴⁷⁶. El modelo de decisión judicial compatible con lo antedicho, es aquel que se ha venido criticando por irreal a lo largo de este trabajo: una concepción cognoscitivista y deductivista, donde las sentencias son mera aplicación de la ley al caso concreto; la motivación jurídica excluye la invocación de otras pautas de justificación, y las leyes (claras y terminantes) son aplicadas sin interpretar, de donde, el juez no puede asignar sentido a disposiciones vagas o ambiguas y tampoco puede cambiar el sentido de disposiciones poco claras por razones de equidad. La aplicación del Derecho se reconstruye como una inferencia lógicamente válida. El ideal clásico del Estado de Derecho impone obligaciones principalmente al Legislador, de donde, los deberes impuestos a los jueces sólo se satisfacen cuando aquel ha cumplido los suyos²⁴⁷⁷.

En su *Teoría Pura del Derecho*, Kelsen, no halla lugar para una teoría de la justicia (i.e. no existe una concepción de la justicia que oriente los procesos de elaboración de leyes o de sentencias). El contenido de las leyes y de las sentencias está determinado por las normas de grado superior

“Esta afirmación tiene consecuencias al interior de la teoría pura del derecho: la justicia, en todo caso, es la validez de las normas o, en otros términos, la justicia es la legalidad, y existe la presunción de que son válidas las normas creadas por los órganos estatales competentes. La suposición da por satisfecha las tres condiciones

²⁴⁷⁵ BAYÓN, JUAN CARLOS; *Principios y reglas...*, cit., pág. 42.

²⁴⁷⁶ DWORKIN, RONALD; *ibídem*.

²⁴⁷⁷ BAYÓN, JUAN CARLOS; *Principios y reglas...*, cit., págs. 43 a 44.

de validez: competencia del órgano, observancia del procedimiento para crearlas y respeto del contenido de normas de grado superior.”²⁴⁷⁸

El jurista kelseniano, sólo puede describir las normas creadas en el orden jurídico de que se trate, caso contrario, su labor carece de rigor científico, y devendrá en actividad política al procurar modificar el mundo social; dicho de otra manera, cuando el jurista, no kelseniano, formula juicios de valor, sólo patentiza emociones (i.e. derecho natural inaprensible). Así, la justicia constitucional en KELSEN, posee rasgos peculiares, el cemento está dado por la estructura jerárquica del orden jurídico y el principio de validez: asume que los procesos de creación de las normas jurídicas en cualquier etapa de la estructura legal deben ser creadas por el órgano competente, observando a tal fin los procedimientos prescriptos para ello y de acuerdo con los contenidos de la norma superior. Por esta vena, es que se entiende el para qué de los principios y criterios que sustentan las medidas apropiadas para el control constitucional de las leyes; los principios de la democracia y del federalismo son apropiados para la estabilidad de la organización estatal; la democracia se manifiesta en la participación de quienes estarán sujetos a las normas jurídicas (i.e. una ley proveniente del Legislador no debe ser la decisión definitiva e irrevocable que obligue a la población de un Estado). La democracia tiene como guía el libre juego de argumentos y objeciones, lo que se opone a las autocracias, en donde la voluntad de los obligados no es relevante para la emisión de la ley. El constitucionalismo en KELSEN, entonces, no es sustancial, sino meramente formal: a) establece instituciones que aseguren la eficacia y validez de la Constitución, b) procura lograr seguridad de que se cumplirán las disposiciones constitucionales, c) evita incoherencias en las decisiones emitidas con fulcro en garantizar el control constitucional, d) evita injerencias de tipo político en el control constitucional de las leyes, e) entiende la necesidad de contar con un tribunal especial con competencia exclusiva para garantizar el control constitucional²⁴⁷⁹.

El modelo del imperio de la ley, o restriccionismo, es inalcanzable e irreal. Como se ha venido sosteniendo a lo largo de éstas líneas, existen problemas de vaguedad

²⁴⁷⁸ PÉREZ CARRILLO, AGUSTÍN; *La administración de justicia constitucional*, en MALEM, JORGE, *et. al.* (coord.), “La función judicial”, Gedisa, Barcelona, 2003, pág. 104.

²⁴⁷⁹ KELSEN, HANS; *La garantía constitucional de la jurisdicción*, en Anuario Jurídico- I (trad. Rolando Tamayo y Salmorán), Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1974, págs. 510 a 513. La puja con CARL SCHMITT es clara en tanto este pretendía que el control constitucional estuviera en manos del Poder Ejecutivo, entre otros tópicos diversos.

(actual o potencial) inerradicables; además, los legisladores a menudo no cumplen con los requisitos establecidos en el ideal del Estado de Derecho, con frecuencias sus normas formuladas carecen de autonomía semántica (cuando la determinación de la denotación de un término depende sólo de las reglas semánticas convencionalmente vigentes –pues las propiedades que connota son de carácter estrictamente empírico y no valorativo- y que carece de ella en caso contrario) o violan la *regla de formación del lenguaje legal* (FERRAJOLI) que exige que las normas dictadas posean autonomía semántica y el menor grado de vaguedad posible, o también fallan en los valores en juego. En estos casos, carece de sentido el reproche al activismo judicial²⁴⁸⁰, pero también carece de reproche en los casos jurídicamente fáciles y moralmente difíciles, donde el activismo concluye por introducir excepciones a las normas jurídicas, y ello con fulcro en todo lo dicho hasta aquí. Pero además, si bien, como señala BAYÓN, el Legislador puede prescribir las conductas de dos formas, mediante un modelo de reglas o mediante un modelo de principios, lo cierto es que ambos sistemas se conjugan en la práctica. Si el Legislador formula su norma conforme al primer modelo, esto es intentando establecer una clase de casos que sea lo más parecida posible al ideal que desea obtener, pueden darse casos de infrainclusión o sobreinclusión debido a la opacidad de las normas; si por el contrario se ata al segundo sistema, formulando directamente el ideal que desea alcanzar, los inconvenientes pueden ser la inseguridad y la absoluta delegación de su autoridad en los aplicadores del Derecho, dando lugar a la denominada “jurisprudencia de razones” en la que la solución de cada caso exigiría en todo momento la concreción y ponderación de todos los valores en juego con resultados imprevisibles de antemano, lo que tampoco es recomendable²⁴⁸¹.

La cuestión como se dijo es intermedia, si bien los jueces operan con un modelo de reglas, estas operan como tales, de manera opaca respecto a sus justificaciones subyacentes. Así, el Derecho se halla relativamente indeterminado en muchos casos atento la imposibilidad de guiar el comportamiento mediante reglas de manera exacta; además, la existencia de principios, normados o no es una realidad de los Estados actuales, de manera tal que los aplicadores del Derecho han de recurrir tanto a reglas como a principios y eventualmente a estándares extrajurídicos aun en algunos casos claros, pues aquellos

²⁴⁸⁰ BAYÓN, JUAN CARLOS; *Principios y reglas...*, cit., pág. 45.

²⁴⁸¹ BAYÓN, JUAN CARLOS; *Principios y reglas...*, cit., pág. 46.

estándares o principios pueden requerir que, aun en los casos comprendidos inequívocamente en la zona clara de aplicabilidad de una regla, sea resuelto de un modo diferente al dispuesto por aquella: justifican excepciones a las reglas, derrotan las reglas. Ello no importa tanto como decir que sean los jueces los únicos que determinan el estatus normativo de las acciones, pues las normas, en definitiva, son relevantes para resolver los casos (hay una presunción de fuerza institucional), por supuesto, habrá una infinidad de casos de aplicación de reglas que parezcan “fáciles” y que se resolverán como tales, pero la cuestión de la facilidad de esos casos es una cuestión de índole valorativa también.

Por esta vena, DWORKIN ha explicado que las restricciones constitucionales suelen ser precisas (v.g. la exigencia del juicio por jurados) o vagas (v.g. las cláusulas del debido proceso), estas últimas son elegidas deliberadamente por sus redactores en vez de formularlas de manera más específica. Ello se debe, según el profesor de Oxford a que los creadores de las voces vagas prefirieron este modismo, pues tenían en mente ejemplos que ellos habrían considerado transgresiones a lo que buscan restringir, han confiado en una *teoría del significado*, ello implica que

“...una interpretación estricta del texto dé una visión estrecha de los derechos constitucionales, porque los limita a aquellos derechos reconocidos por un grupo limitado de personas en una época fija de la historia. Obliga a quienes están a favor de un conjunto más liberal de derechos a conceder que están apartándose de la autoridad jurídica estricta; un apartamiento que deben, pues, tratar de justificar mediante la apelación exclusiva al carácter deseable de los resultados que obtienen.”²⁴⁸²

Esta teoría del significado pasa por alto una distinción filosófica entre *conceptos* y *concepciones*, que es una diferencia de tipo, no de detalle; en el primer caso se apela al concepto de que se trata (v.g. equidad) y no a las opiniones del proponente al respecto, en cambio, cuando se formula una concepción, el proponente especifica lo que él entiende para el caso (v.g. la opinión que tiene sobre la equidad). Explica DWORKIN:

“Cuando apelo a la equidad, planteo un problema moral; cuando formulo mi concepción de la equidad, intento resolverlo.”²⁴⁸³;

²⁴⁸² DWORKIN, RONALD; *Los derechos en serio*, cit., pág. 213.

²⁴⁸³ DWORKIN, RONALD; *Los derechos en serio*, cit., pág. 215.

el problema de cara a las fórmulas vagas estaría en el caso de que el constituyente hubiera formulado concepciones, pero en realidad, lo que ha formulado, son conceptos, de donde

“Las cláusulas sólo son vagas si las consideramos como intentos chapuceros, incompletos o esquemáticos de enunciar determinadas concepciones. Si las tomamos como apelaciones a conceptos morales, no se las podría precisar más por mucho que se las detallara.”²⁴⁸⁴

Claro está que, cuando los jueces señalan que recurren al método subjetivo de interpretación, es que han preferido decidir el caso de manera de respetar el juicio de otras instituciones gubernamentales (i.e. la legislatura), de esta forma, han tomado las cláusulas vagas como concepciones.

Aclaremos ya en este punto que, las teorías acerca de qué órgano debe efectuar qué tarea, son analíticamente distinguibles de las apreciaciones acerca de quién es el mejor haciendo qué. Nosotros nos ocupamos aquí de lo primero, no así de lo segundo.

Como el contenido de la teoría de la división de poderes es una cuestión discutida, conviene partir desde esta instancia estableciendo cuál es la base a utilizar al respecto en lo que sigue. Y sólo por quizás usar la más conocida o de mayor popularidad, se recurrirá a la versión clásica de MONTESQUIEU²⁴⁸⁵: donde los tres poderes básicos son el legislativo (creador de las normas), el judicial (aplicador de las normas) y el ejecutivo (ejecutor de las sentencias judiciales). Estos tres poderes, por el principio de división de poderes, necesariamente deben residir en órganos distintos e independientes entre sí.

Una teoría realista como la aquí propugnada, coloca en una situación de crisis (aparente), la división entre los poderes legislativo y judicial, pues éste último como encargado de la *interpretación* de las normas (actividad que como hemos visto es necesaria para la aplicación de aquellas)²⁴⁸⁶, trastocaría el sentido del material aportado por el poder legislativo. EZQUIAGA GANUZAS ha visto con agudeza que la división de poderes no lleva a una rígida separación entre los mismos, sino a una distribución ordenada de ellos, de donde la separación –o distribución– de los poderes del Estado exige al menos tres cosas: a) la creación constitucional de una serie de órganos en cada uno de los poderes (v.g. el Parlamento como titular del poder legislativo, los jueces y tribunales como titulares del

²⁴⁸⁴ DWORKIN, RONALD; *Los derechos en serio*, cit., pág. 216.

²⁴⁸⁵ MONTESQUIEU, CHARLES DE SECONDAT, BARÓN DE; *op. cit.*, *passim*.

²⁴⁸⁶ Ver *supra* Capítulo IV (“Interpretación y Aplicación de las normas penales”).

poder judicial), b) la atribución a cada uno de los poderes de un conjunto de competencias que configuran funciones diferentes (i.e. la función legislativa y la función judicial), y c) la ordenación de los tres poderes y establecimiento de reglas entre los mismos; en una aproximación apresurada al tema, el profesor de la Universidad del País Vasco indica que podría concluirse que la competencia para la creación del Derecho sería de la función legislativa, en tanto que la competencia para la aplicación de aquel sería función propia del poder judicial, estableciéndose así una subordinación, si bien no orgánica, al menos funcional, del juez al Legislador por medio del axioma de “sujeción del juez a la ley”, el que se presenta como un deber incondicionado. Pero la cuestión es más compleja²⁴⁸⁷.

Además, el control de constitucionalidad y la independencia judicial patentizan otro aspecto a tener en cuenta. En la garantía de independencia, las diversas condiciones que la sustentan (i.e. las normas relativas a la inamovilidad, intangibilidad salarial, el ingreso no político por concurso, *et sit cétera*), son valoradas de manera favorable, a la hora de considerar la independencia de los jueces frente a las presiones externas, es lo que se conoce como independencia negativa. Pero, aquellas, son el mismo conjunto de circunstancias que a la hora de analizar el poder judicial en función de su independencia positiva son consideradas como disvaliosas.

“La inamovilidad pasa a constituirse en una condición no democrática; el modo de ingreso en la función y el carácter técnico de la misma también, por no ser propios de un mandato representativo, sino antes bien de una elite, y así con cada una de las demás[...] existe una relativa y cierta incongruencia en tratar de manera no análoga un mismo conjunto de herramientas normativas que en un caso son vistas como medio para constituir una jurisdicción autónoma e independiente y, en el otro, para constituir una jurisdicción contramayoritaria.”²⁴⁸⁸

Esta encerrona es la que CARLOS ERNST denomina *la paradoja de la independencia judicial*: por un lado, la independencia de los jueces es vista como una exigencia democrática, pero al mismo tiempo los jueces no son un poder representativo, y por lo tanto

²⁴⁸⁷ EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER; *Función legislativa y función judicial...*, cit., págs. 39 a 40.

²⁴⁸⁸ ERNST, CARLOS; *Independencia judicial y democracia*, en MALEM, JORGE, *et. al.* (coord.), “La función judicial”, Gedisa, Barcelona, 2003, pág. 242. Entiende el autor que esta incoherencia es producto de inadvertir que la independencia afirmativa es, en rigor en parte, uno de los medios para el logro de la independencia negativa.

habría razones para restarles algunos de los poderes; pero, hecho ello bajo ciertas condiciones, se corre el riesgo de afectar su independencia y consecuentemente también la democracia. Entonces

“...si hoy el poder de los jueces es visto como técnico, elitista, no representativo y contramayoritario, ello no es un resultado casual. Tampoco es el resultado de que los jueces por sí se hayan constituido en una casta. Se trata en realidad de un resultado que en buena medida quisimos cuando construimos un cierto arreglo institucional para dotar a los jueces de independencia y decidimos organizar un sistema de reglas que lo garantizasen.”²⁴⁸⁹

El juez no es un sujeto político, tampoco un órgano de representación, le compete simplemente el desempeño de una función de garantía en última instancia de la efectividad de los derechos fundamentales y, en general, de la observancia de la legalidad. De ello se colige que su única sujeción es a la Constitución y a la ley, siendo ajeno al sistema de partidos (i.e. su legitimación no puede depender del sufragio, sino que su legitimación fluye del correcto ejercicio de la judicatura dentro de los parámetros constitucionales y legales). Debe el juez observar las prescripciones estatutarias y las reglas de los procesos contradictorios, y particularmente, el imperativo de motivación de las resoluciones en materia de hecho y en derecho.

Así las cosas, la legitimidad del juez no es formal, sino materialmente democrática. Su función está preordenada y es esencial para la garantía de los derechos fundamentales, que constituyen la “dimensión sustancial de la democracia”²⁴⁹⁰.

Por otra parte, si el material legislado procura fijar la seguridad jurídica a los fines de asegurar el Estado de Derecho, y ello es sólo factible vía un respeto incondicionado al principio de legalidad, que las normas no sean claras y precisas viene a indicar que aquel

²⁴⁸⁹ ERNST, CARLOS; *op. cit.*, pág. 243.

²⁴⁹⁰ IBÁÑEZ, PERFECTO ANDRÉS; *Democracia con jueces*, en MALEM, JORGE, *et. al.* (coord.), “La función judicial”, Gedisa, Barcelona, 2003, pág. 252. El magistrado del Superior Tribunal Español señala un aspecto de sumo interés engarzado con esto: explica que el régimen estatutario del juez que demanda el esquema constitucional de Derecho es incompatible con los criterios de articulación jerárquica que atentan con su independencia. También es incompatible con las modalidades de disciplina que pudieran encorsetar ideológicamente al juez, vallando su conciencia en la valoración de las pruebas y en la aplicación de la ley al caso. En cuanto a lo primero “...la organización judicial debería responder a criterios de *horizontalidad*, es decir, adoptar como imagen plástica de referencia la del *archipiélago* en lugar de la *pirámide*, para evitar que el momento jurisdiccional resulte interferido por el momento político- administrativo, como es la regla en el diseño napoleónico.” (*op. cit.*, pág. 253). En lo referente al aspecto de la disciplina, este tipo de reacciones sólo deberían vincularse a los incumplimientos profesionales, debidamente tipificados, y fácilmente detectables y objetivables con las necesarias garantías para sortear posibles manipulaciones.

principio no es realizable. Esta cuestión ya fue analizada en este trabajo por lo que no seguiremos aquí a su respecto²⁴⁹¹.

El choque con el principio de división de poderes reporta otra vulneración: al *principio democrático*. Este puede ser entendido en un doble sentido: a) *normativo* es un ideal regulativo que indica las características que ha de reunir un gobierno para estar más justificado político- moralmente, y b) *descriptivo* se utiliza para designar determinados gobiernos actuales concretos, y si se considera que tiene características definitorias, es factible individualizar ejemplos. Si por democracia se entiende la forma de gobierno en que las decisiones son tomadas directa o indirectamente por una mayoría de ciudadanos, la forma de articular tales decisiones son las leyes, las que son dictadas por el único órgano que aprehende en su seno las pretensiones ciudadanas, esto es el órgano que tiene la soberanía del Estado: el poder legislativo²⁴⁹².

La teoría de la representación política escapa a nuestra propuesta (ya se hable de *mandato libre* o de *mandato imperativo* o de otros tipos de subclasificaciones); pero en lo que aquí interesa, los representantes tienen alguna suerte de responsabilidad ante sus representados, y sus mandatos son periódicos o rotativos. Esto demuestra algún grado de dependencia respecto de los ciudadanos (ello sin involucrarnos en ningún tipo de mecanismos de democracia semidirecta como los de la *iniciativa popular*, *referéndum*, *plebiscito*, *et sit cétera*), extremo que no se da para con los jueces. La autonomía judicial, no puede nunca ser excesiva, de la misma manera en que no lo puede ser la excesiva adhesión a los principios constitucionales, que son los que determinan el alcance de aquella

“Autonomía no significa, pues, arbitrariedad. Esta adhesión es, además, un antídoto eficaz contra la siempre posible corrupción judicial, que justamente tiene su origen en la aplicación de criterios prudenciales que privilegian el interés personal.”²⁴⁹³;

la manera que se tiene de evitar que la judicatura se sienta tentada a obtener ganancias extraposicionales es protegerse con el reenvío a la adhesión a las reglas y principios básicos

²⁴⁹¹ Ver *supra* Capítulo V (“El Principio de Legalidad”).

²⁴⁹² FAYT, CARLOS; *Teoría de la Política en el siglo XXI. La Política, el Poder y el Estado. La democratización de la Democracia*, La Ley, Buenos Aires, 2002, págs. 101 a 105. Basta esta descripción genérica, pues no es dable aplicar el rótulo de “democracia representativa perfecta” a un sistema político determinado. La democracia, por definición, nunca puede estar satisfecha con el desarrollo alcanzado, es siempre perfectible (en éste sentido GARZÓN VALDÉS, ERNESTO; *Algo más acerca del “coto vedado”*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 6, Alicante, 1989, pág. 212).

²⁴⁹³ GARZÓN VALDÉS, ERNESTO; *El papel del poder judicial en la transición a la democracia*, en MALEM, JORGE, *et. al.* (coord.), “La función judicial”, Gedisa, Barcelona, 2003, pág. 130.

del sistema normativo. La promoción del interés personal suele ser un aspecto que los jueces llevan adelante, particularmente cuando no se sienten inhibidos por la adhesión a las reglas que determinan el alcance de sus competencias

“El riesgo del predominio de intereses privados existe siempre cualquiera que sea el diseño institucional que se adopte. HOBBS lo sabía: ‘Otra cosa necesaria para el mantenimiento de la paz es la debida ejecución de la justicia que consiste principalmente en la realización correcta de los deberes de los magistrados... que son personas privadas con respecto al soberano y consecuentemente en tanto tales pueden tener fines privados y pueden ser corrompidos con regalos o la intercesión de amigos...’. No hay duda que existe una mayor probabilidad de que se dé la ‘realización correcta de los deberes’ cuando la persona sobre quien recae esta obligación está convencida de la corrección de la misma.”²⁴⁹⁴

Adoptando el punta de vista interno (como indica HART), si bien los jueces no se *sentirían obligados* a obedecer el sistema normativo sino que consideran que *tienen la obligación* de hacerlo, aun cuando ello afectara sus intereses privados. La probabilidad de que los jueces pronuncien decisiones constitucionalmente correctas es mucho mayor cuando estos sustentan el punto de vista interno respecto a la Constitución²⁴⁹⁵.

Para GARZÓN VALDÉS, la democracia representativa no significa el “dominio de la mayoría” sino la vigencia del “principio de la mayoría”,

“...dentro de un marco de homogeneidad social que permita alentar la esperanza de la autodeterminación individual.”²⁴⁹⁶

Por ello los derechos que se incluyan en el *coto vedado* son los vinculados con la satisfacción de bienes básicos (sean estos tanto naturales –que son iguales en todas las sociedades, v.g. comer- o derivados –cambian según las circunstancias de tiempo y lugar y tienen una tendencia a la expansión, v.g. los derechos de segunda y tercera generación-); la discusión parlamentaria tiene por fin la obtención del compromiso y en ello consiste el verdadero significado del “principio de la mayoría”, de allí que las condiciones mismas que

²⁴⁹⁴ GARZÓN VALDÉS, ERNESTO; *El papel del poder judicial...*, cit., pág. 130.

²⁴⁹⁵ GARZÓN VALDÉS, ERNESTO; *El papel del poder judicial...*, cit., pág. 131. Señala el autor que, no debe olvidarse, a pesar de lo dicho en el texto, que la verdad de un enunciado no depende de la veracidad de quien lo emite, como la corrección de una decisión es lógicamente independiente de la corrección de la convicción interna de quien la pronuncia.

²⁴⁹⁶ GARZÓN VALDÉS, ERNESTO; *Algo más...*, cit., pág. 209.

hacen posible el compromiso (articulan el *coto vedado*), puedan ser a su vez objeto de negociación, caso contrario se admitiría

“...la posibilidad de que las decisiones mayoritarias pudieran en todo momento destruir las bases de la democracia parlamentaria, es decir, implicaría propiciar la dictadura de la mayoría...”²⁴⁹⁷

Para DWORKIN, la Constitución está destinada a proteger a los ciudadanos (individual o grupalmente), contra ciertas decisiones que podrían querer tomar una mayoría de ciudadanos, aun cuando esa mayoría actuara de tal forma que entendiera que satisface el interés común²⁴⁹⁸. Este *coto vedado* es el que fija, por exclusión, el ámbito de la decisión política; el ciudadano de un Estado democrático, es, según GARZÓN VALDÉS, un *homo suffragans restrictus*: sólo le está permitido negociar y decidir por mayoría aquellas cuestiones que no caen dentro del ámbito del “coto vedado”,

“Este se refiere a aquellos intereses y deseos primarios de las personas que llamaba el ‘dominio de la mayoría’, es decir, el poder totalitario del mayor número: la ‘enfermedad republicana’, según ALEXIS DE TOCQUEVILLE... Así como al *homo suffragans* le está prohibido el ingreso en el ‘coto vedado’, así también a los tribunales constitucionales les está prohibido ingresar en el ámbito de la negociación y decisiones políticas. Este es el sentido de la abstención judicial en los casos que caen dentro de la categoría de aquello que en la jurisprudencia norteamericana es llamado *political quaestion*.”²⁴⁹⁹

Los límites de la actividad política no deben ser fijados por decisiones mayoritarias del Parlamento, sino, la autonomía judicial se vería sometida a las decisiones cambiantes de la mayoría, lo que conlleva inseguridad jurídica. El contenido del *coto vedado* debe ser fijado por el constituyente (i.e. por los “padres de la Constitución”), ya que la limitación de actividad del *homo suffragans* no es el resultado de autosujeciones del tipo de las *estrategias Ulises*, sino que es algo que se impone desde afuera²⁵⁰⁰: estas

²⁴⁹⁷ GARZÓN VALDÉS, ERNESTO; *Algo más...*, cit., pág. 213.

²⁴⁹⁸ DWORKIN, RONALD; *Los derechos en serio*, cit., pág. 211.

²⁴⁹⁹ GARZÓN VALDÉS, ERNESTO; *El papel del poder judicial...*, cit., pág. 133.

²⁵⁰⁰ Son todos intentos fallidos como los del *ciudadano angélico* de ROUSSEAU, el *ciudadano simpático* de HUME, *ciudadanos razonables* de RAWLS, o las *personas deliberativas* de AMY GUTMAN; la determinación del contenido del “coto vedado” no puede ser función del Parlamento por razones conceptuales: “...estos derechos fundamentales inviolables son justamente los que trazan el límite de lo moralmente aceptable en la deliberación y en la toma de decisiones democráticas. Negar que tal es el caso es ignorar la diferencia que existe entre política constitucional y política parlamentaria. Es aquella la que determina las restricciones que

limitaciones impiden lo que JAMES BUCHANAN denominara *el apetito de las coaliciones mayoritarias*

“¿Puede el hombre moderno, en la sociedad democrática occidental, inventar o conseguir suficiente control sobre su propio destino como para imponer restricciones a su propio gobierno, restricciones que puedan impedir su transformación en un genuino soberano hobbesiano?.”²⁵⁰¹

Pero los derechos del *coto vedado* valen *prima facie*, pues o bien no se los puede satisfacer simultáneamente o bien se carece de recursos económicos para ejercerlos²⁵⁰².

En primer lugar, y teniendo en cuenta lo dicho, analizaremos algunas cuestiones (superficialmente, que al efecto que nos proponemos bastará) respecto de si es necesario que la intención legislativa desempeñe algún papel en la interpretación de la leyes.

Quienes se oponen al activismo judicial, como ya señalamos *supra* en este apartado, están a favor del respeto a la intención legislativa, que podemos denominar como hace MARMOR: *intencionalistas*²⁵⁰³. Opuestos a ellos aparecen los escépticos que entienden que no existe nada parecido a una llamada “intención legislativa”.

En éste trabajo hemos seguido un argumento, ciertamente, escéptico –en este sentido-. Hablar de “intención” presupone un predicado mental, sólo quien cuenta con determinada capacidad psíquica puede decirse que tiene intención. Un grupo de personas, como lo es un cuerpo legislativo, no tiene tal capacidad (que sí tienen los individuos que lo componen). A menos que fuere posible identificar las intenciones de individuos determinados (v.g. los legisladores Sempronio y Gayo), que supusieran la intención del cuerpo globalmente considerado, no es dable atribuir ninguna intención a un grupo de personas como tal.

esta última requiere para no sucumbir a la tentación de la dictadura mayoritaria.” (GARZÓN VALDÉS, ERNESTO; *El papel del poder judicial...*, cit., pág. 134 a 135).

²⁵⁰¹ Cit. por GARZÓN VALDÉS, ERNESTO; *El papel del poder judicial...*, cit., pág. 134.

²⁵⁰² GARZÓN VALDÉS, ERNESTO; *Algo más...*, cit., pág. 210.

²⁵⁰³ Para MARMOR un intencionalismo plausible debería hacerse cargo de un par de tesis: a) que las leyes, al menos en ciertos casos, son sancionadas con intenciones específicas, lo que es detectable por un procedimiento sencillo para fijar los hechos; y b) la cuestión de que una ley sea dictada con una específica intención, proporciona al juez una *razón* para decidir un conflicto conforme con dicha intención. MARMOR, ANDREI; *op. cit.*, pág. 202.

MARMOR para sortear estas críticas introduce una distinción entre la idea de una *intención grupal* que sería la que rechaza el escéptico ante el intencionalismo, y la idea de *intención compartida*. La primera está representada por el esquema que preanalizamos, en tanto que la segunda no supone las perplejidades ontológicas que reporta la noción de intención grupal.

“... atribuir intenciones compartidas a un grupo no es una cuestión puramente cuantitativa, que consiste en contar, por así decir, cuántos miembros de un grupo dado comparten una cierta intención. Tiene que cumplirse una condición adicional, que establezca una conexión no accidental entre la identificación de un grupo y la intención correspondiente.”²⁵⁰⁴

Pero como se observa, la idea de intención compartida, si bien aguda, no reporta más que una petición de principio, pues el presuponer una “conexión no accidental” entre intenciones y el grupo que las emite, nada dice. De hecho el mismo MARMOR señala diversos tipos de intenciones que un cuerpo legislativo puede tener al dictar una norma, así, además de las intenciones que se muestran en el lenguaje de la ley misma, los legisladores pueden tener también *intenciones adicionales* al sancionar una ley: que incluyen *intenciones vinculadas con la aplicación* de la ley (manifiestan las ideas del Legislador en torno a los medios para alcanzar ciertos fines). Además algunas de las intenciones adicionales pueden ser no confesables (v.g. la mera captación de votos), pero todo ello será consistente cuando las intenciones de aplicación de los legisladores sean compatibles con sus intenciones adicionales; de donde, como es detectable fácilmente, muchas veces no existirá tal consistencia, y las conexiones entre intenciones y el grupo emisor de la regla pueden devenir sólo eventuales, accidentales o coyunturales.

También debe dejarse constancia que las normas (especialmente la Constitución), expresan las concepciones de determinadas personas que ya no existen (v.g. o porque han muerto años antes, o porque simplemente dejaron de cubrir un rol de representantes políticos), esto pone sobre el tapete la cuestión de en qué medida dichas personas pueden controlar las conductas de las generaciones futuras. El problema intergeneracional es un tema sin respuesta automática.

²⁵⁰⁴ MARMOR, ANDREI; *op. cit.*, pág. 209.

De todas formas, lo dicho se relaciona primordialmente con el método de interpretación subjetiva, que ya hemos visto no prepondera hoy. Cosa distinta es analizar por qué las intenciones del Legislador deberían constituir una razón para que los jueces decidan una cuestión interpretativa conforme con ellas, esto está más relacionado con éste apartado. La cuestión se dirige a la pregunta por la justificación.

Como ya se adelantó, pero vale la pena insistir, la revisión judicial, en un sistema democrático, crea un problema consistente en que un cuerpo que no es elegido por la ciudadanía, que no es políticamente responsable en un sentido relevante, está imponiendo a los representantes electos una decisión que implica que ellos no pueden gobernar como les place.

En este contexto, suele decirse que los jueces, al no ser democráticamente elegidos, o políticamente responsables por sus decisiones, deben respetar las preferencias de los representantes elegidos por la ciudadanía. Pero este argumento no es tan claro como *prima facie* parece serlo, ¿qué deben respetar los jueces: los procedimientos democráticos o la regla de la mayoría?.

Que se respete la *regla de la mayoría*, por sí misma, no parece reportar ningún ideal o fundamento respetable autónomamente. La regla de la mayoría, concebida independientemente de los balances y contrapesos que parece aparejar como valor el principio democrático, no equivale más que a una defensa del populismo; y este no reporta ideal alguno, por lo menos en ninguna digresión filosófica o política que este autor haya tenido en sus manos.

Si bien puede sostenerse que existen decisiones que son consideradas moralmente correctas por el solo hecho de seguir la regla de la mayoría, son casos excepcionales que no pueden constituir las únicas razones para la preferencia del ideal democrático por sobre otros sistemas. Además, que un juez siguiera simplemente el sentir de la mayoría no lo retrovertiría automáticamente a la intención legislativa, pues a menudo sucede que éstas últimas están en conflicto con los deseos de la mayoría de los votantes (v.g. piénsese sino en los controvertidos aumentos de las tasas de ABL que en distintos distritos argentinos han enfrentado a representantes con legisladores), de donde los jueces deberían terminar consultando el sentir de los votantes y no el de los legisladores.

El argumento de la mayoría, por sí sólo, nada aporta, y tampoco refuerza al intencionalismo.

Que se respeten los *principios democráticos* trae problemas similares. Si esto implica que los jueces deben respetar las elecciones políticas de los representantes elegidos por la ciudadanía, deriva en una mera petición de principios, pues ¿qué es lo que los representantes han elegido democráticamente?, la respuesta liminar sería “textos autoritativos”; de donde el respeto a los principios democráticos derivaría en que los jueces deben aplicar aquellos siempre que sea posible, o que la última palabra en lo que hace a asuntos jurídicos debe estar en manos del cuerpo legislativo, pero esto no refuerza el argumento intencionalista, pues sólo trae como respuesta lo mismo que se ha preguntado.

Además, el argumento democrático pasa por alto una hipótesis problemática más, ¿qué pasa con la aplicabilidad de las reglas que no son contemporáneas?, las intenciones del Legislador primitivo podrían tener nada que ver con las del Legislador actual; las intenciones de los legisladores pudieron variar, y la mayoría sostiene hoy lo opuesto a lo que se sostenía al dictarse la regla de que se trate. Si el juez debe otorgarle un peso decisivo al argumento democrático, está obligado a elegir en torno a las pretensiones actuales, de donde debe seguir las intenciones del Legislador actual; pero entonces el intencionalismo ingresa en un ámbito poco cómodo, pues si el intencionalismo no direcciona hacia las intenciones de los legisladores que sancionaron la ley, sino que se extiende a las intenciones de los legisladores actuales, que por cierto no se expresaron en el texto de la regla, entonces el argumento que se apoya en el principio democrático torna al intencionalismo poco atractivo según sus propios términos.

Cuanto más antigua sea la ley, menos atractivo será el intencionalismo. Las razones son obvias: cambia el conocimiento especializado, se acumula nueva experiencia, y sobrevienen nuevas evidencias debidas al progreso interdisciplinario. Cuando los jueces siguen, en definitiva, las intenciones del Legislador actual, están trayendo a la valoración judicial material extrajurídico (nuevos estándares o simplemente directrices políticas), difícilmente se vea que el órgano jurisdiccional sondea las expresiones expresadas en las distintas comisiones, las intenciones de funcionarios y expertos que participaron en el proyecto originario; ese material, permite a los jueces justificar sus decisiones, pero a medida que la ley se aparta de su origen, es menos consultado. Al juez le es más sencillo

apoyar sus decisiones en consideraciones morales, o en la falta de conveniencia de respetar los textos legales (en lo que hace a su versión originaria) en el contexto de las obligaciones políticas actuales.

Es interesante observar que las normas que se plasman en los ordenamientos jurídicos, se deben a coincidencias entre los intereses de los miembros de la sociedad. Se sancionan y promulgan las normas porque han sido aprobadas por la mayoría, y se imponen a las minorías; tal imposición no se debe a ningún derecho moral de aquellas sobre estas, sino que es la manifestación institucional de una norma intersubjetivamente fundamentada por la mayoría: es una cuestión de poder.

Si se acepta la necesidad de separar el ámbito judicial del político, en alguna importante medida, pierde fuerza el argumento que reprocha al poder judicial su carácter contramayoritario. La función de los jueces no es expresar en sus fallos la voluntad popular, sino, contrariamente, en poner límites a los posibles extravíos inconstitucionales de los representantes de esa voluntad. Si la estabilidad consisten en el mantenimiento de la identidad del sistema, ello reporta la conocida “buena salud” del sistema, son justamente los jueces, especialmente los que integran Superiores Tribunales o Cortes Constitucionales, los encargados de mantenerla impidiendo desviaciones de las disposiciones constitucionales.

“El juez es, en este caso, una especie de ‘inspector de calidad’, es decir, es el encargado de evaluar y controlar la conducta gubernamental y legislativa de acuerdo con las pautas constitucionales.”²⁵⁰⁵

La puja entre los principios democráticos y constitucionales nos permitirá analizar mejor el problema para retomarlo después. Veamos, los derechos fundamentales son definidos a partir de dos rasgos²⁵⁰⁶:

- (a) Atrincheran bienes frente a políticas basadas en consideraciones agregativas (i.e. cálculos de coste- beneficio).

²⁵⁰⁵ GARZÓN VALDÉS, ERNESTO; *El papel del poder judicial...*, cit., pág. 131. La relación de estos Superiores Tribunales, con los poderes ejecutivo y legislativo es asimétrica, pues estos son responsables frente a aquel, dichos organismos tienen la última palabra “...se encuentran, por así decirlo, liberados de dar cuenta de sus decisiones. Las cortes constitucionales no son democráticamente responsables. Pero esta situación de irresponsabilidad no es lo decisivo. Lo importante es que sean *confiables* en el sentido de que adopten buenas decisiones desde el punto de vista democrático-constitucional.” (*op. cit.*, pág. 132).

²⁵⁰⁶ BAYÓN, JUAN CARLOS; *Derechos, Democracia y Constitución*; Discusiones (“Derechos y justicia constitucional”), nro. 1, Ediuns, Bahía Blanca, diciembre 2000, pág. 65.

- (b) Son límites a la toma de decisiones por mayoría sirviendo como vetos o cartas de triunfo (según la expresión de DWORKIN).

En general se admite que una teoría moral que atrinchera derechos, tiene que ser complementada por diseños institucionales como los propuestos por el *Constitucionalismo*, el que se define a partir de dos características²⁵⁰⁷:

- (a) Protección de derechos básicos en cartas constitucionales rígidas.
(b) Mecanismos de revisión judicial de las decisiones políticas ordinarias.

Las dudas se presentan en torno a la compatibilidad del diseño institucional constitucionalista con un régimen democrático de gobierno. Una de las respuestas que se ha ensayado es la necesidad de contar con una teoría moral que justifique la adopción de derechos fundamentales. Ahora bien, la función de una teoría moral es identificar bienes valiosos (i.e. suministrar una teoría del bien) e identificar lo que es correcto hacer (i.e. elaborar una teoría de la justicia); a su vez, la estructura de una teoría moral puede ser monista (donde hay un único principio relevante para evaluar la corrección de las instituciones sociales) o pluralista (donde hay un conjunto de principios relevantes para evaluar la corrección de las instituciones). Un análisis pormenorizado de estos temas excedería en mucho nuestra propuesta.

Más relevante deviene señalar los métodos de decisión que se presentan a los fines de conjugar los principios del constitucionalismo con los principios democráticos. Así, por ejemplo, el *Intuicionismo*, admite diversos principios para justificar una institución, pero pueden no suministrar criterios para resolver conflictos morales. Por su parte, para el *Consecuencialismo*, el valor moral de una institución depende de las consecuencias que ella genera en los miembros del grupo social (v.g. el utilitarismo clásico que defiende que la corrección de una sociedad depende del balance neto de satisfacción distribuido entre todos los individuos pertenecientes a ella, además es una doctrina monista pues sostiene que la corrección de un diseño institucional depende únicamente de la satisfacción del principio de utilidad). El *Deontologismo* postula que la corrección de una institución depende de sus características intrínsecas, una institución moralmente correcta

²⁵⁰⁷ BAYÓN, JUAN CARLOS; *Derechos, Democracia...*, cit., pág. 66.

De forma similar, GARZÓN VALDÉS, ERNESTO; *El papel del poder judicial...*, cit., pág. 134. Señala que existen dos frenos a la decisión por mayoría:

1. La formulación de un *bill of Rights* (coto vedado, catálogo de derechos fundamentales) inviolable.
2. Órganos judiciales de control de no violación de estos derechos.

es aquella que, al margen de su eficiencia para incrementar el bienestar general, respeta a las personas como fines en sí mismas (v.g. la doctrina de la *justicia como imparcialidad* de RAWLS, para el que la justicia de una institución depende de que los seres racionales elegirían en una situación hipotética, además es una doctrina pluralista pues admite la existencia de una familia de principios que determinan la justicia de una sociedad).

El *utilitarismo*, en tanto que consecuencialismo, rechaza en general la noción de derechos fundamentales basado en tres argumentos: a) la construcción de derechos fundamentales es una construcción metafísica inaceptable, b) la noción de derechos fundamentales no puede ser justificada con independencia del principio de utilidad, y c) la noción de derechos fundamentales es incompatible con los presupuestos de la democracia. En una democracia los individuos expresan sus preferencias y el criterio para tomar decisiones, i.e. la regla de la mayoría, respeta esas preferencias. Los derechos imponen límites a las decisiones de la mayoría y son incompatibles con estos presupuestos. El atractivo del utilitarismo estriba en que considera las preferencias reales de los individuos, la neutralidad sobre deseos e intereses, y el carácter igualitario; pero no tiene en cuenta el carácter interpersonal de las comparaciones de costos y beneficios y ello significa que no asume seriamente la separabilidad de los agentes morales, atribuye un carácter pasivo a los deseos, admite preferencias externas y no es capaz de garantizar la estabilidad de las instituciones sociales.

En RAWLS y su teoría de la justicia (sustentada en un contractualismo kantiano), el objeto de dicha teoría es establecer los principios básicos de justicia, que se apliquen en sociedades bien ordenadas donde reinan las circunstancias de la justicia, dichos principios son los que elegirían: a) seres libres y racionales, b) con un procedimiento imparcial. Si se acepta una teoría de la justicia entre cuyos principios hay algunos que confieren derechos básicos, nos permite retornar a la tensión insuperable entre constitucionalismo y democracia; pues si se admite la existencia de derechos, entonces las decisiones políticas ordinarias deben ser restringidas; en cambio, si se admite la regla de la mayoría, entonces las decisiones democráticas pueden quedar paralizadas por las cláusulas constitucionales.

Para los demócratas, atrincherar los derechos básicos en un catálogo constitucional es inadecuado, ya que no hay garantías de haber incluido a todos los

derechos relevantes y tampoco hay seguridad de no haber incluido entre los derechos básicos a expectativas que carecen de esa dignidad. La cristalización de los derechos básicos en fórmulas constitucionales impide el debate moral y favorece el escolasticismo. Finalmente entiende que, hay una tensión conceptual en el atrincheramiento de los derechos, el fundamento de esta decisión es el respeto por la autonomía moral de los miembros de la comunidad, sin embargo, imponerles restricciones sobre la agenda política surge de la desconfianza hacia las actitudes políticas y morales del resto de los ciudadanos; y esta desconfianza no parece compatible con el reconocimiento del valor de sus decisiones y su autonomía moral, máxime que las impugnaciones proceden de los jueces, quienes carecen de legitimidad para invalidar las decisiones democráticas²⁵⁰⁸. También se ha dicho que el nivel de respeto a los derechos de las minorías en una comunidad podría depender más de la cultura política que del diseño institucional, lo que implicaría que el constitucionalismo sería: a) injustificable como procedimiento, b) innecesario en sociedades con culturas cívicas respetuosas, e c) insuficiente en momentos de abuso institucional²⁵⁰⁹.

A ello, los constitucionalistas replican que un diseño institucional justo, exige que sea preciso instaurar un sistema político en el que las instituciones básicas reconozcan a los individuos su autonomía moral frente a exigencias de la mayoría. La mejor manera de preservar la autonomía moral de los individuos es reconociéndoles derechos frente a decisiones mayoritarias que intentan maximizar el bienestar de la comunidad. Reconocer a los miembros de una comunidad derechos individuales, protegidos por medio de un catálogo constitucional, significa que la soberanía parlamentaria tiene que estar restringida por un “coto vedado”. La primacía de la constitución requiere que las cláusulas constitucionales no puedan ser revisadas de la misma manera que la legislación ordinaria, diversos diseños institucionales apuntan a establecer distintos grados de rigidez constitucional o directamente impidiéndola²⁵¹⁰.

²⁵⁰⁸ BAYÓN, JUAN CARLOS; *Derechos, Democracia...*, cit., pág. 68.

²⁵⁰⁹ BAYÓN, JUAN CARLOS; *Derechos, Democracia...*, cit., págs. 73 a 74.

²⁵¹⁰ Un problema que se suele plantear a esto es ¿por qué no se admite un diseño constitucional que haga imposible la reforma de la constitución, si se entiende que la primacía de esta expresa el ideal del coto vedado?, no nos involucramos en ello, basta la mención. BAYÓN, JUAN CARLOS; *Derechos, Democracia...*, cit., pág. 67.

Nuestro modelo se inclina claramente por este último diseño, y como se ha venido expresando a lo largo de estas líneas, es el que mejor demuestra cómo deciden los jueces cuando deciden, lo que permite dar cuenta en mayor medida de la realidad. Los jueces al decidir los casos, no usurpan una cuota de poder que no poseen sino más bien aplican la voluntad del constituyente. No hay nada intrínsecamente valioso en el voto de la mayoría, de donde la democracia no es únicamente un procedimiento de decisión (i.e. regla de la mayoría) sino fundamentalmente una manera de asegurar los derechos fundamentales. En los casos difíciles, existe una brecha interpretativa entre el texto constitucional y lo que el Derecho dispone, los casos constitucionales son normalmente casos difíciles que exigen decisiones acerca de conceptos vagos y controvertidos, si a esto se añade la rigidez de las reformas constitucionales, entonces el poder político de los jueces es directamente proporcional a la dificultad de enmendar la constitución²⁵¹¹.

El constitucionalismo desafía el ideal democrático ya que, al exigir mayorías calificadas para reformar la constitución, sesga la decisión colectiva a favor de mantener el *status quo* y atribuye desigual valor al voto de partidarios y oponentes de la propuesta que se vota. Tampoco es cierto que la exigencia de la mayoría calificada sirva para la protección de las minorías ya que –salvo casos de unanimidad– la protección sólo es útil para las minorías lo suficientemente fuertes como para bloquear con éxito las decisiones de la mayoría, y además resta el problema de que las minorías mediante su veto pueden doblgar derechos de la mayoría o de otras minorías. El enfoque procedimental (que es el que se pregunta en torno a la relación que existe entre los procedimientos para tomar decisiones acerca de nuestras instituciones política y la justicia procesal, pudiendo ser procedimientos de decisión por unanimidad –propios de la dictadura o el anarquismo– o por mayoría –democrático–) conduce a un modelo de supremacía parlamentaria²⁵¹², que los constitucionalistas rechazan²⁵¹³.

²⁵¹¹ BAYÓN, JUAN CARLOS; *Derechos, Democracia...*, cit., pág. 68.

²⁵¹² BAYÓN, JUAN CARLOS; *Derechos, Democracia...*, cit., págs. 70 y ss.

²⁵¹³ BAYÓN, JUAN CARLOS; *ibídem*. El profesor de la Universidad Autónoma de Madrid se inclina por lo que denomina un constitucionalismo débil, donde exista un núcleo pequeño atrincherado que refleje el valor intrínseco del procedimiento democrático, con restricciones establecidas mediante principios que reflejen el valor instrumental de esas pautas para proteger el coto vedado, con revisión judicial de las decisiones ordinarias de la mayoría y la posibilidad ulterior de una revisión legislativa de las decisiones judiciales de constitucionalidad. Este tipo de propuestas es propia de un estudio constitucional del tema.

La democracia se halla en una paradoja: la de que cada generación desea ser libre para obligar a sus sucesores, sin estar obligada por sus predecesores. La democracia representativa está en contradicción con la existencia de un coto vedado a las restricciones de la mayoría. La imposibilidad de obligar a generaciones futuras fue sostenida ampliamente (HUME, LOCKE, KANT, JEFFERSON, entre otros), sosteniendo que los pactos constitucionales no pueden ser intergeneracionales; de igual manera en que los padres no pueden vincular a sus hijos, cualquier generación es libre de alterar una forma de gobierno impuesta por generaciones anteriores. La diferencia entre generaciones es similar a la diferencia entre dos naciones independientes, la capacidad de aprendizaje hace necesaria la posibilidad de modificar nuestras instituciones. A esto cabe responder que la propiedad se transmite hereditariamente con sus beneficios y cargas, la revisión permanente de los acuerdos institucionales trabaría el desarrollo social, favorecería el anarquismo y la formación de facciones; no es lo mismo dificultar las modificaciones legales que evitarlas completamente (esto en modo alguno se sostiene). Asimismo las deudas generacionales son admisibles en circunstancias especiales (v.g. la necesidad de financiar una guerra contra un ejército invasor), y los miembros de las sucesivas generaciones se confunden. Adúñase a todo lo dicho que los compromisos que acepta la autoridad no son límites sino expresión de su poder, las constituciones son restricciones que el pueblo se da a sí mismo; los miembros de generaciones futuras pueden interpretar las cláusulas constitucionales adaptando el pasado al presente.

Como defensa del precompromiso, es dable mencionar las *estrategias Ulises* que son maneras de superar la debilidad de la voluntad que impide conseguir diseñar y ejecutar un plan de vida racional. Un ser perfectamente racional no necesitaría atarse a sí mismo en el tiempo t^1 para aumentar la probabilidad de conseguir otro estado de cosas en el tiempo t^2 . La democracia constitucional expresa la idea de precompromiso ya que determinadas materias (derechos) quedan fuera de la agenda de política ordinaria. Si las decisiones colectivas son susceptibles de ser afectadas por la debilidad de voluntades concurrentes, entonces, es racional restringir el alcance de la regla de la mayoría. El precompromiso puede justificarse como un mecanismo de asegurar opciones que de otra manera quedarían fuera de alcance (v.g. una generación A, puede impedir a una generación B que esclavice a una generación C).

Las constituciones no sólo limitan sino que también y principalmente organizan el poder político, la separación de poderes permite un gobierno más eficiente, si bien históricamente la separación de poderes se justificaba como una manera de incrementar el poder del Príncipe, los constitucionalistas han visto en ella una manera de asegurar la superioridad política del pueblo sobre los gobernantes²⁵¹⁴. El problema que se observa en tesis como la de FERRAJOLI es, quizás, una exageración del alcance de las implicaciones de determinadas cláusulas constitucionales: para aquel, las constituciones modernas y los tratados internacionales en materia de derechos humanos aparecen como conteniendo exigencias normativas situadas más allá de lo que generalmente se considera que abarcan²⁵¹⁵.

Lo preresñado en la puja entre constitucionalismo y democracia nos trae nuevamente al estudio del rol del juez y su legitimidad en la toma de decisiones. Las sentencias exigen una motivación fundada sobre argumentos

“...cognitivos en los hechos y reconocitivos en el derecho, de cuya aceptación como ‘verdadera’ dependerá... su justicia o legitimación política o externa o sustancial...”²⁵¹⁶

Lo dicho hasta aquí señala el carácter no consensual ni representativo de la legitimación de los jueces y para fundar su independencia frente a cualquier poder representativo de la mayoría,

“...justamente, porque la legitimidad del juicio reside en las garantías de la verificación imparcial de los hechos, ésta no puede depender del consenso de la mayoría que, desde luego, no vuelve verdadero lo que es falso ni viceversa.”²⁵¹⁷

El poder judicial, encargado de la tutela de los derechos, es un poder virtualmente contra la mayoría,

²⁵¹⁴ FERRAJOLI, LUIGI; *El papel de la función judicial en el Estado de Derecho*, en ATIENZA, MANUEL y FERRAJOLI, LUIGI; *Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, págs. 95 a 97.

²⁵¹⁵ FERRAJOLI denomina “derechos subjetivos” a cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscriptas a un sujeto por una norma. Dentro de ellos, se hallan los “derechos fundamentales” que son “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados de estatus de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar. Tales derecho fundamentales ‘tienen su título inmediatamente en la ley’...” Conf. ATIENZA, MANUEL y Ruiz MANERO, JUAN; *Tres problemas...*, cit., pág. 92.

²⁵¹⁶ FERRAJOLI, LUIGI; *El papel de la función judicial...*, cit., pág. 98.

²⁵¹⁷ FERRAJOLI, LUIGI; *ibídem*.

“No se puede condenar o absolver a un ciudadano porque ello responde a los intereses o a la voluntad de la mayoría. Ninguna mayoría, por aplastante que sea, puede hacer legítima la condena de un inocente o la absolución de un culpable.”²⁵¹⁸, además, el poder de control sobre las ilegalidades del poder se desdibujaría si existiera cualquier relación de dependencia directa o indirecta de los jueces respecto del poder.

La ubicación institucional del juez se dimensiona más acabadamente caracterizándolo como un *outsider* del sistema político y por su equidistancia y alejamiento de los intereses de los actores involucrados;

“El juez no es precisamente un órgano del aparato del Estado. Respecto de los demás poderes del Estado, el juez es, si acaso, un contrapoder, en el doble sentido de que es el encargado del control de legalidad sobre actos inválidos y sobre actos ilícitos... para ejercer semejante papel, el juez no debe tener ninguna relación de dependencia... con ningún otro poder...”²⁵¹⁹

El que el juez haga uso de un segmento del poder que no está cubierto efectivamente por habilitación normativa, parece reportar

“...cierto coeficiente de ilegitimidad siempre asociado a esa dimensión extrapoder, a la que FERRAJOLI se ha referido de manera bien expresiva como ‘poder de disposición’...”²⁵²⁰

Hay propuestas que, haciéndose cargo de la ilegitimidad democrática de los jueces, pero advirtiendo su relevancia decisoria, sostienen que todo el poder de decisión no debe recaer en estos²⁵²¹. Los jueces deberían desarrollar el llamado *método del coloquio* entre la justicia y otras instituciones políticas (v.g. legislatura). Ello supone que los jueces no concentran todo el poder de decisión, sino que desarrollan una actividad que es completada por la discusión política en el parlamento. Con ello se pretende salir al paso de las críticas contramayoritarias del poder judicial. Los jueces deben desplegar un conjunto de técnicas jurídicas específicas que presuponen el impulso de un proceso legislativo, cuya consecuencia sea que ninguna de las partes que promueven un conflicto judicial se sienta totalmente ganadora o totalmente perdedora; estas técnicas judiciales serían especialmente relevantes ante dos andariveles: a) que los jueces declaren derechamente a la cuestión a

²⁵¹⁸ FERRAJOLI, LUIGI; *El papel de la función judicial...*, cit., pág. 99.

²⁵¹⁹ FERRAJOLI, LUIGI; *El papel de la función judicial...*, cit., pág. 100.

²⁵²⁰ IBAÑEZ, PERFECTO ANDRÉS; *Prueba y convicción judicial*, cit., pág. 189.

²⁵²¹ BURT, ROBERT; *Constitución y Conflicto*, (trad. a cargo de Gabriela Garrido de Ortells), Eudeba, Buenos Aires, 2000.

resolver como no judicial, sino política; o b) que se avoquen al tratamiento de la cuestión pero empujando el proceso hacia un trámite legislativo ulterior. Se pretende que los jueces sean conscientes de su poder, y que hay cuestiones que por su importancia, deben necesariamente ingresar a un marco de discusión más amplio y que contemple el perfil político del problema.

Para la teoría sistémica autopoiética de LUHMANN, legislación y jurisdicción se encuentran insertas en una relación simétrica sin rangos, en la que la jurisdicción ocupa el centro del sistema jurídico y la legislación la periferia. La jurisdicción adquiere ese lugar central porque se le asigna la tarea de lograr en todo momento la coherencia del sistema jurídico. Dicha tarea halla su explícita expresión en el principio de prohibición de denegación de justicia, que obliga a los tribunales a decidir todo caso que se les plantee jurídicamente, con independencia de que exista una legislación aplicable. Esta ineludible obligación de decidir, aunque sea a costa de efectuar simplificaciones, es la que permite a la jurisdicción alcanzar independencia política de cara a la división de poderes, dota de contenido a la argumentación jurídica, y es su aporte al cierre operativo del sistema jurídico sobre sí mismo. Enseña LUHMANN que, en la medida en que el mantenimiento de la consistencia y la coherencia es una tarea de la jurisdicción, sólo en ella puede buscarse la racionalidad jurídica, ello explica por qué los intentos de los juristas por alojar la racionalidad del Derecho en la actividad legislativa, construyendo una ciencia de la legislación, siempre han fracasado.

En rigor, detrás de la absolutización de la jurisdicción, subyace una idea equivocada, la de que la relación entre jurisdicción y legislación es de suma cero, de modo que todo lo que se otorgue a aquella va en detrimento de esta y viceversa. El constitucionalismo lo que plantea es una elevación del nivel de racionalidad tanto legislativa como jurisdiccional, a fin de satisfacer las pretensiones teleológicas, éticas y morales de la norma fundamental; sostener lo contrario implica minusvalorar uno de los fundamentos del estado de Derecho: su estructuración en torno a la ley como expresión de la voluntad general democráticamente expresada, imperio de la ley que se vería socavado si se mantuviera a ultranza la trascendencia irrestricta de decisiones particulares. Ello es algo contraintuitivo, máxime si apreciamos el reiterado uso de la técnica legislativa en el mundo jurídico occidental, que sería desacreditado si sostuviéramos que prima el simbolismo.

§53.- Recapitulación y conclusiones.

El pensamiento jurídico contemporáneo discurre sobre dos andariveles claros: el primero es la tendencia a razonar y argumentar en términos de derechos, y el segundo estriba en la prioridad otorgada a las herramientas lingüísticas en su operatoria de la realidad jurídica (i.e. el otorgamiento de una especial relevancia en el abordaje de las realidades jurídicas por la mediación del lenguaje del Derecho). A partir de estas premisas que analizamos *supra*, ahora podemos colegir las siguientes conclusiones de nuestro discurrir.

Pero antes, también se ha impuesto otra conclusión a partir de estas líneas. Como nuestro objeto, en definitiva, si bien no de forma inmediata, ha sido el Derecho – dijimos, que cualquier estudio sobre los límites del Derecho, debe necesariamente involucrarse con un concepto de éste-, hay un aspecto que se impone como relevante: lo que los jueces hacen con el Derecho es parte de lo que el Derecho es, y lo que los jueces afirman como juristas sobre el Derecho es, también, parte de lo que el Derecho es²⁵²².

I.-

Los problemas sobre los que efectuaron sus estudios KARL ENGISCH, HANS JOACHIM HIRSCH, ARTHUR KAUFMANN, MAX ERNST MAYER, GUSTAV RADBRUCH, JOSÉ LUIS GUZMÁN DÁLBORA y KARL BINDING, procuran solucionar una indeterminación *a priori*, sea cual fuere el ámbito que elijan para su análisis (v.g. lagunas en ENGISCH o causales de exculpación en HIRSCH). Ven en el Derecho un medio para guiar y coordinar la conducta de los ciudadanos, lo que implica adoptar respecto al Derecho, la perspectiva del Legislador.

En rigor, cualquiera sea el aspecto analizado, y dejando de lado el caso de las *adiaphorias* (cuestión de análisis *a priori*, pero también en alguna medida del tenor que señalaremos), el fenómeno jurídico se ha de analizar desde el punto de vista del caso concreto. Nosotros nos centramos en las decisiones judiciales, la perspectiva del juez, pues es allí, entendemos, donde entra en crisis el Derecho. Para nuestro estudio, lo que importa es cómo los jueces deciden el caso. Asimismo, no nos ha interesado todo lo que rodea al

²⁵²² Esta afirmación es de TAMAYO Y SALMORÁN, pero su exactitud para nuestra propuesta nos obliga a insertarla como propia. TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO; *Indeterminación del Derecho*, cit., pág. 58.

juez cuando toma sus decisiones (soslayamos el *contexto de descubrimiento*, es decir los móviles psicológicos o las circunstancias ideológicas que llevan a un juez a dictar una resolución, donde caben estudios de tipo empírico), sino el *contexto de justificación* de las decisiones jurisdiccionales, es decir, las razones que el juez alega para tratar de mostrar que su decisión es correcta o válida, allí caben estudios a partir del método jurídico²⁵²³. Debemos reforzar la idea de que para justificar las decisiones judiciales se utilizan dos tipos de razones: razones finalistas, donde una decisión se justifica porque promueve cierto estado de cosas que se considera valioso; y razones de corrección, donde una decisión se justifica porque se considera correcta o buena en sí misma, sin tener en cuenta ningún otro objetivo ulterior²⁵²⁴; los fines que hay que tomar en cuenta son, en último términos, los fines correctos de acuerdo con la rama del Derecho de que se trate.

En dicho contexto, la exigencia de que la decisión esté justificada implica, al mismo tiempo, la justificación jurídica y la justificación moral, y ello porque en la etapa interpretativa ambas se confunden.

La teoría “positivista” o “formalista”, que entiende que un sistema jurídico es un sistema lógicamente cerrado, en el cual se pueden deducir decisiones correctas a partir de reglas jurídicas predeterminadas valiéndose exclusivamente de medios lógicos, de donde no habría casos difíciles, halla uno de sus últimos baluartes más monolíticos en el Derecho Penal. En este trabajo se ha defendido en numerosas oportunidades una tesis “realista”, pero no en el sentido de entender que las decisiones judiciales son el producto de las preferencias personales o incluso de los prejuicios de los jueces (propio del “realismo norteamericano”, donde obviamente tampoco se dan casos difíciles pero por motivos diversos a los del positivismo), sino señalando que los jueces ejercen virtudes típicamente judiciales que no pueden describirse adecuadamente por conclusiones apresuradas como la de “legislación judicial”, sino que, como señala HART, los jueces al decidir los casos aplican criterios de relevancia y proximidad de parecido que dependen de muchos factores complejos; muy a menudo, tras dicha deliberación, la solución del caso puede presentarse como natural y aun como necesaria, pero no puede sostenerse a lo DWORKIN que haya una

²⁵²³ AGUILÓ, JOSEPH; *Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica*, Isonomía nro. 6, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, abril 1997, pág. 72.

²⁵²⁴ ATIENZA, MANUEL; *Las razones del Derecho*, cit., pág. 195.

única respuesta correcta que aguarda ser descubierta: no tiene sentido esforzarse por descubrirla. Los jueces tienen que sopesar argumentos de fuerza equivalente y orígenes diversos (jurídicos y extrajurídicos) para fundar sus decisiones, de donde la guía puede ser realmente difusa y discrecional (pero no arbitraria).

El Derecho no puede ser reducido al Derecho positivo, toda vez que existe, pues a más de existir un amplio conjunto de normas jurídicas vigentes de origen comunitario supranacional (especialmente el producido por las uniones supraestatales), tanto del recurso a la práctica judicial, como al lenguaje jurídico, como a la vida misma social se desprende la relevancia de la eticidad en la configuración de aquel. El racionalismo formalista y logicista que se halla en la base del positivismo es una concepción reductivista e incompleta de acceso a la realidad jurídica, el Derecho, ni siquiera el normativo, se halla en la realidad estructurado sistemáticamente (como lo propone la escuela analítica), sino que se presenta como plural y heterogéneo, y precisa ser abordado de un modo no meramente racional ni deductivo.

II.-

Las normas regulan un conjunto de situaciones abstractas (el denominado por ALCHOURRÓN y BULYGIN: Universo de Casos), que puede ser identificado a partir del análisis lógico de las propiedades (Universo de Propiedades) que el Legislador ha seleccionado como relevantes para la solución de un determinado problema. La identificación de éstas propiedades relevantes depende, en gran medida, de la interpretación de las formulaciones normativas. Sin embargo, no adscribimos a la tesis que sostiene que esta etapa interpretativa agota el problema del alcance de una norma.

Puede tomarse por caso, una norma expresamente formulada por la autoridad donde se correlaciona una situación: “A” (v.g. el aborto), con una solución: Obligatorio sancionar “s” (prisión).

Conforme con ello, el aborto es un elemento decisivo al momento de establecer qué es lo que debe hacer el juez, ya que su ocurrencia es una condición suficiente para que surja la obligación de castigar con la pena de prisión. Graficando (donde “→” es símbolo de condición material):

$$A \rightarrow Os$$

La importancia de la que hemos denominado sistematización, es la capacidad de hacer explícitas las normas del conjunto de normas derivadas del conjunto de normas que expresamente ha formulado la autoridad.

Ahora bien, la formulación que reprime un cierto delito, en la especie, el aborto, no expresa todo su contenido conceptual; es decir, la individualización de la norma que expresa una formulación normativa no se agota en la mera asignación de significado al texto promulgado por el Legislador. La individualización de las normas jurídicas precisa para su adecuada configuración, de la construcción jurídica a partir del material suministrado por el Legislador.

En el ejemplo acercado, la situación correlacionada, aborto, conlleva problemas importantes sólo solucionables a través de la interpretación; no es posible aplicar en el caso el simple *seguimiento de reglas* wittgensteniano, ya que, dicha situación no es detallada por el Legislador. Si se decide que por aborto se entienda la muerte de un feto²⁵²⁵, lo que lo divide del homicidio será el “nacimiento”, y para ello hay varios criterios, por caso: a) comienzo de las labores de parto bien que con el comienzo de la expulsión o cuando el feto ya sea visible y pueda actuarse sobre él directamente, b) expulsión completa del feto del claustro materno, pero este se divide a su vez entre los que requieren que 1) se corte el cordón umbilical o no, 2) se inicie la respiración autónoma o no, 3) viabilidad del feto, 4) que la vida sea autónoma y tenga significación social; entre otras²⁵²⁶.

Además, los juristas procuran satisfacer la exigencia de relevancia, lo que significa que al enunciar cuál es la norma completa que expresa un determinado conjunto de textos normativos, se introducen en éste momento analítico las excepciones u otras disposiciones pertenecientes al ordenamiento (v.g. las disposiciones de la Parte General de los códigos penales). De allí que, al legislar sobre el aborto, la autoridad normativa no precisa repetir nuevamente cuál es el ámbito personal de validez de las normas penales ya que esa cuestión ha sido resuelta en otra disposición (art. 1º del C. P. argentino). Así, en el caso de determinadas excepciones modificatorias de la regla primaria que la tornen más grave o menos grave, o que lisa y llanamente importen permisos que revoquen la

²⁵²⁵ BREGLIA ARIAS, OMAR y GAUNA, OMAR R.; *Código Penal. Comentado, anotado y concordado*, T. I, 4ª ed., Astrea, 2001, pág. 748.

²⁵²⁶ ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA; *Los delitos contra la vida humana: el delito de homicidio*, en Revista de Derecho Penal, Rubinzal Culzoni, 2003-1, pág. 23.

prohibición de que se trata, se resuelve entendiendo que el contenido conceptual del *aborto* no puede confundirse con el significado atribuido simplemente por el primer párrafo del art. 85 del Código Penal Argentino. Graficando nuevamente (donde “c” es el consentimiento de la mujer):

Art. 85.1°

A → Os –c

Art. 85.2°

A → Os c

Art. 86.2°, ap. 1 y 2

A → - Os .c .md (.ep .v .apd)

En el caso del art. 86.2°, apartados 1 y 2, debe destacarse que, el aborto, si media consentimiento de la mujer (“c”) y lo practica un médico diplomado (“md”), la práctica está permitida, pero a ello debe sumarse el evitar un peligro en el caso del apartado 1 (“ep”), o porque el embarazo proceda de una violación (“v”) o de un atentado al pudor sobre una mujer idiota o demente (“apd”). Señalemos de paso que en éste último supuesto se adscribió, a los efectos del gráfico, a la tesis que entiende que el supuesto de violación está contemplado por la norma en análisis²⁵²⁷, pero la cuestión ha sido debatida por demás, y claramente ello también es objeto de interpretación, al igual que otros extremos de la norma (v.g. qué ha de entenderse por “atentado al pudor”).

Es claro que,

“...la pretensión de autonomía y relevancia es a menudo postergada por la exigencia de *economía* en la reconstrucción del material normativo, que sugiere que el mejor criterio para individualizar a las normas jurídicas es tratar de respetar la información proporcionada por el legislador. De ésta manera, los diferentes artículos de un Código son la mejor guía para establecer cuáles son las normas que ha expresado el legislador. En esta reconstrucción, las excepciones no limitan el alcance de una norma sino más bien afectan a su fuerza institucional. La fuerza institucional de una norma, en un caso particular, es una función de su aptitud para justificar una decisión institucional...”²⁵²⁸

Lo que hemos procurado destacar, es la importancia de la relevancia de las normas que ha expresado el Legislador, pero que, una consecuencia de la falta de claridad

²⁵²⁷ SOLER, SEBASTIÁN; *Derecho Penal Argentino*, t. III, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1970, pág. 107 y 108.

²⁵²⁸ NAVARRO, PABLO E.; BOUZAT, ANDRÉS y ESANDI, LUIS M.; *op. cit.*, pág. 606.

en las mismas, conlleva que no impongan concluyentemente una solución. De esta manera, los órganos de aplicación, a través de la interpretación de los textos normativos, examinan si el caso se halla o no dentro del alcance de estos.

Aunque para determinar lo que es el Derecho tenemos necesariamente que recurrir a las “fuentes” (*acta anterioria y normae posteriorae*), ello no es suficiente para determinar ni la fuente misma ni sus productos. Recurrir a las fuentes proporciona sólo un indicio de *identidad*, una identidad *prima facie*. Si recurrir a las “fuentes” no es suficiente, aquí tenemos ya un problema de indeterminación. El positivismo ha procurado imponer el expediente sencillo de colegir que el acto “conforme” estaba –completamente- determinado por los actos jurídicos (o normas) que le preceden en la secuencia; pero esto, como se examinó anteriormente, no es verdadero. Además, el acto “conforme”, es más que un mero acto de tal naturaleza; este acto, adiciona a la secuencia elementos que no se hallaban predeterminados (i.e. previstos) en los actos previos de la secuencia. Entonces, si el acto adiciona una porción nueva que no se hallaba determinada por ningún acto anterior, el *additum* que resulta de la realización de cada acto, es *ab obvo*, necesariamente indeterminado. Si n^3 adiciona algo, y n^2 ya había adicionado algo, los actos sucesivos de la secuencia introducen cierto grado de innovación. Así, paso a paso, la lectura de n^1 no dice prácticamente nada del Derecho que será, la innovación se introduce gradualmente, si sumamos n^2 a n^1 , la determinación del Derecho se incrementa, sin embargo, aun así no sabemos nada, prácticamente, del Derecho que será. En los órdenes jurídicos ocurren innumerables actos jurídicos y todos introducen, al menos, un *modicum* de innovación.

“El derecho que podemos describir es el derecho acabado; pero durante el continuado proceso de creación y aplicación del derecho, el derecho padece de indeterminación.”²⁵²⁹

La cuestión es más compleja cuando ya no se trata de analizar la incidencia de los permisos que el Derecho prescribe expresamente, en el caso, sino de admitir la relevancia normativa de circunstancias que no han sido expresamente consideradas por el Legislador (lagunas axiológicas). Un enfoque positivista del tema sostendría que no se pueden tomar en cuenta estándares no relevados expresamente por el Legislador. Sin embargo esto no es lo que hacen los jueces efectivamente cuando resuelven; estos

²⁵²⁹ TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO; *Indeterminación del Derecho...*, cit., pág. 71.

introducen estándares relevante por fuera de las regulaciones expresas, ya sea a través del bloque de derechos favorables al imputado introducidos constitucionalmente (el denominado *garantismo*), o a partir de argumentos de tipo moral que gobiernen la justificación de la decisión; esto último se vincula necesariamente con los propósitos que subyacen a las reglas y las divergencias con las disposiciones jurídicas, de esto nos ocupamos al analizar la incidencia del principio de máxima taxatividad legal interpretativa en las causas de justificación a través del trabajo de JOSÉ JUAN MORESO²⁵³⁰.

La eficacia de las disposiciones establecidas por el Legislador, es una función del modo en que las leyes intervienen, efectivamente, en el razonamiento judicial. Sin embargo, las leyes no pueden ser consideradas meramente como *buenas razones* para justificar una decisión institucional o ser dejadas de lado cuando, en el balance de razones, otras razones superan el peso que tiene una norma para imponer una decisión (realismo norteamericano). Tampoco son *condiciones suficientes*, pues las normas no ofrecen razones que excluyen la formación de un balance de todas las razones para un caso particular. Las normas, en estricta rigurosidad, intervienen en la justificación de una decisión en un cierto caso, son *condiciones contribuyentes* para la solución, pues si bien ofrecen el material primordial de la decisión, son ponderables junto a otros estándares en el balance de razones.

Al sostener que una norma jurídica es vigente, se está señalando que es probable que ella sea empleada por los tribunales como factor de motivación de sus sentencias futuras. Sin embargo no hemos acompañado el carácter predictivo de las aserciones científicas que postula ROSS, generado en el postulado de verificación, en rigor entendimos en estas líneas que la idea de que

“...los enunciados que se refieren al Derecho vigente de hoy tienen que ser entendidos como enunciados que aluden a decisiones futuras hipotéticas.”²⁵³¹,

no tiene relevancia práctica; la vigencia debe ser entendida como probabilidad de aplicación actual y no como verificabilidad de aplicaciones futuras. El fundamento de la vigencia en las decisiones actuales dimensiona de manera acabada el dilema en que se halla quien debe ser juzgado acerca de cuál será el comportamiento de los jueces. La inaplicabilidad de una regla por aplicación de un principio clarifica la noción de un ámbito indeterminado de valoración en los casos de juzgamiento de un ciudadano.

²⁵³⁰ Ver *supra* parágrafo 44 (“El Principio de Máxima Taxatividad Legal Interpretativa”).

²⁵³¹ ROSS, ALF; *op. cit.*, pág. 40.

Esto nos permitió comprometernos con una noción de Derecho formal, liminarmente, compuesto por reglas específicas, y que los juristas describen a través de proposiciones jurídicas. Pero también nos permitió involucrarnos con la idea de que el Derecho es algo más que un sistema de normas jurídicas usadas directa o indirectamente por la comunidad; y aquí, acompañando a DWORKIN, el Derecho también es fuente de derechos, deberes, poderes y relaciones interpersonales, y la labor de los juristas debe dirigirse a precisar a estos, para ello,

“...echan mano de estándares que no funcionan como normas, sino que operan de manera diferente, como principios, directrices políticas y otros tipo de pautas.”²⁵³²

Cuando los juristas, argumentan, razonan o deciden recurren a normas, directrices o principios, de igual forma: todo ello integra el universo del Derecho.

Los principios, también se vio, son necesarios para justificar una decisión en un caso difícil, pero los argumentos, basados en principios, no tienen carácter concluyente, como sí lo tendrían si se basara en una regla obligatoria. Los principios son tributarios de valoraciones y suministran justificaciones en ausencia de otras consideraciones que jueguen en sentido contrario.

El juego de estos factores, entendemos, permite acercar la refinada construcción positivista de la creación y aplicación de reglas, formalista, en tanto que estudia el Derecho como lo establecido en determinadas circunstancias según procedimientos particulares por los órganos de producción estatuidos por las reglas de producción jurídica; a la nutriente visión iusnaturalista que explica el Derecho a través de su contenido y de su finalidad²⁵³³.

III.-

La necesidad de explicar qué es la interpretación jurídica, quién interpreta y cuál es su objeto, permitió señalar la relevancia de aquella herramienta en la aplicación jurídica, y su ontología como actividad dianoética.

Las normas jurídicas válidas tienen que ser aplicadas, y por tanto, reconocidas por los órganos de aplicación. Los juristas y abogados, saben que los jueces

²⁵³² DWORKIN, RONALD; *Los derechos en serio*, cit., pág. 72.

²⁵³³ Por esta vía BOBBIO, NORBERTO; *El Problema del Positivismo Jurídico*, cit., págs. 171 a 172.

efectivamente “aplican” las normas jurídicas válidas, pero también saben que esta aplicación se realiza de conformidad con las prácticas y costumbres de la profesión.

“Un presupuesto ampliamente aceptado por la profesión jurídica es que el derecho es un conjunto de normas. Pero estas normas sólo son las normas de la secuencia si son reconocidas y aplicadas por los tribunales. Los tribunales ‘reconocen’ las normas que aplican mediante el ‘mágico’ artilugio de la ‘interpretación’”,²⁵³⁴

Las normas, en cuanto a su determinación se refieren, son incompletas e insuficientes; también vagas y ambiguas, consecuentemente, tienen que ser interpretadas; en tanto que no son interpretadas, carecen de significado completo y, por tanto, sufren de indeterminación. La incompletitud, la vaguedad, la ambigüedad de las normas jurídicas se resuelven efectivamente mediante el acto de interpretación dada a estas normas por el acto de aplicación.

La segunda lectura que se hace en el acto de aplicación, compromete fuertemente la idea de legalidad que se obtiene de la primera lectura, la que presupone la idea de conformidad; sobre esto ya nos hemos explayado en el texto²⁵³⁵ y referiremos más adelante. El fuerte contraste de estas “lecturas”, se complica de cara a la creencia, refrendada desde el positivismo, de que los órganos de aplicación del Derecho (v.g. los tribunales) tienen el deber de aplicar el Derecho preexistente. Pero si los órganos de aplicación son las instancias que deciden lo que significa la norma que se aplica, se presenta como complejo colegir que los órganos de aplicación tengan el deber de aplicar el Derecho que interpretan: se trata de una clara perplejidad deóntica. Graficando las “lecturas” a que hacemos referencia:

“n”= representa toda norma.

“a”= representa todo acto jurídico que crea y aplica normas.

Fig. 6.4. Lecturas interpretativas y aplicativas

²⁵³⁴ TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO; *Indeterminación del Derecho...*, cit., pág. 71.

²⁵³⁵ Ver *supra* capítulo V (“El principio de legalidad”).

A través de la lectura que podemos denominar *aplicativa*, se da una situación paradójica, mientras n' pretende determinar lo que es n^2 , n^2 a través de a^2 pretende determinar (i.e. interpretar) lo que n' significa efectivamente. La práctica judicial ignora deliberadamente esta contradicción, lo presentan como dos artilugios distintos para “leer” el Derecho, aprendidos como herramientas de operación del sistema. Dicho de otra manera, los jueces, de la mano del positivismo, cuando pretenden indagar si a^n es un acto jurídico válido, analizan los actos que confieren facultades a un individuo, posteriormente se confronta este acto con el contenido de la norma que le confiere facultades para ver si, efectivamente, a^n , satisface las condiciones establecidas por los actos anteriores de la secuencia. Si, por el contrario, lo que se quiere es saber qué significa la norma n^n , se comienza analizando los actos posteriores, los actos autoritativos que interpretaron n^n . Desde estas líneas hemos visto que son dos herramientas necesarias, privilegiar una en desmedro de la otra, implica consagrar irrestrictamente el conservadurismo o el activismo judicial, cuando en rigor, parecen cumplir dos líneas diversas e inescindibles.

Nos hemos involucrado con la postura que entiende que, la interpretación del Derecho, es una etapa inevitable en el proceso de aplicación de normas jurídicas y justificación de las decisiones judiciales, aun a sabiendas que

“De ésta manera, se intenta avalar la tesis que sostiene que siempre es preciso una decisión institucional para resolver acerca de la calificación normativa de una determinada acción, y que este proceso interpretativo no puede ser completamente separado de consideraciones valorativas.”²⁵³⁶

Se debe superar, de una buena vez, el paradigma interpretativo que ya estudiamos creado por SAVIGNY. Hay innumerables ejemplos –no vale la pena reseñar alguno aquí por lo obvio– en la jurisprudencia en que se continúa utilizando el esquema del maestro de Marburgo y Berlín, quien designaba como tarea de la interpretación la reconstrucción de la idea expresada en la ley en tanto sea cognoscible en base a la ley, a través de los tres clásicos elementos: lógico, gramatical e histórico. Este conocer la idea de la ley considerando las circunstancias de su génesis, rechazando toda interpretación restrictiva o extensiva porque se consideraba que estos alcances no se hallaban en la ley sino que eran encontrados por el intérprete de modo artificial, dan la espalada a la realidad.

²⁵³⁶ NAVARRO, PABLO E.; BOUZAT, ANDRÉS y ESANDI, LUIS M.; *op. cit.*, pág. 659.

Por más que actualmente los jueces no citen a SAVIGNY, ciertamente se lo sigue de manera constante desde lo meramente discursivo.

Hemos señalado que los jueces hacen un uso amplio del concepto de interpretación, y ello sin necesidad de caer en la problemática distinción de textos claros y oscuros, pues independientemente de las dudas o controversias, se atribuyen significados a las formulaciones normativas.

Interpretar es una actividad no de tipo cognoscitivo, sino de valoración y decisión²⁵³⁷. No existe algo así como el significado *propio* de las palabras, ya que una misma puede hallar diversos significados según el contexto (v.g. el que le dé el intérprete, el que incorpora el usuario, o el estipulado por el órgano emisor). Las estipulaciones no son verdaderas ni falsas. Las diversas interpretaciones dependen, en una importante medida, de las posturas valorativas de los intérpretes; y así, frente a una laguna, los jueces crean Derecho nuevo²⁵³⁸. Interpretar, en este trabajo, no se ha defendido como un verificar (empíricamente) el significado objetivo del texto normativo y/o la intención subjetiva de sus autores, esta opinión se funda en premisas falaces como: a) que las palabras tienen un significado propio o intrínseco, dependiente de una relación natural entre la palabra y la realidad; b) que las autoridades normativas tienen una voluntad unívoca y reconocible, siendo el objetivo de la interpretación el simplemente descubrirla; y c) que todo texto normativo admite una y sólo una interpretación “verdadera”²⁵³⁹.

Nuestra postura nos lleva cerca, como se afirmara, de la tesis del *escepticismo ante las reglas*, pues nuestro análisis prefirió dirigirse a los problemas que plantea la construcción de la premisa normativa del silogismo judicial. Hemos soslayado, ex profeso, el denominado *escepticismo ante los hechos*, que es la corriente enfocada a los problemas fácticos que se presentan en los procesos de primera instancia; además es una postura que va más allá que la primera, pues los problemas de indeterminación no son sólo sobre el sentido en que los jueces interpretarán las normas, sino que se ocupa de predecir

²⁵³⁷ Hemos rechazado en diversas oportunidades la *Teoría Formalista*, y conviene reiterarlo una vez más. Para dicha corriente, la interpretación es una actividad de tipo cognoscitivo, procura verificar el significado objetivo de los textos normativos y/o la intención subjetiva de sus autores. Los enunciados de los intérpretes son enunciados del discurso descriptivo, de los cuales se puede comprobar la veracidad o falsedad. También afirma que todos los sistemas jurídicos son necesariamente completos y coherentes, teniendo respuestas preexistentes para todos los planteamientos, dejando así un espacio reducido o inexistente para la discrecionalidad judicial.

²⁵³⁸ GUASTINI, RICCARDO; *La interpretación...*, cit., págs. 30 a 31.

²⁵³⁹ *Ibidem*.

cuál será la actitud del juez ante la prueba, y a través de ella, cuál será su decisión sobre los hechos del caso.

Frente a la indeterminación del Derecho, una postura *realista*, puntúa en torno a un alto grado de discrecionalidad en la aplicación de las reglas por parte de los jueces. Nuestro análisis no pretende ser radical, hemos venido entendiendo que es posible y preferible, una situación en la que dicha discrecionalidad sea controlada, de allí la relevancia que poseen las reglas en sí mismas como material primordial del análisis interpretativo. Hemos en esto último seguido a ALF ROSS, de donde, la interpretación jurídica es entendida como la actividad dirigida a exponer el significado de una expresión, coincidiendo con el método jurídico o tránsito de una regla general a una decisión particular. Frente a la concepción de la actividad judicial como una inferencia lógico-deductiva, rechazamos la idea de que la interpretación de las leyes que llevan a cabo los jueces sea un proceso puramente cognoscitivo.

Es un problema más bien práctico, que posee la naturaleza de una decisión, de un acto de voluntad; y ello a pesar de que el objeto de interpretación son las directivas jurídicas recogidas en la legislación. La interpretación como actividad que conoce significados, se sirve de varios instrumentos: la dimensión semántica, la sintáctica, la conexión lingüística y el plano sistemático (la llamada *interpretación pragmática* por ALF ROSS). Dicho pragmatismo permite señalar que la ciencia jurídica, aunque se sostenga *a priori* que es descriptiva y no prescriptiva, contiene en realidad también directivas políticas.

Aceptado en estas líneas también un rol parcial de la hermenéutica para la ciencia jurídica (se siguió reiteradamente a este respecto a KAUFMANN y LARENZ), ello nos da que si bien en el Derecho se opera necesariamente con y mediante textos (i.e. establecidos gráficamente a través de signos lingüísticos), precisan de la interpretación para realizar una tarea de indagación, comprensión y determinación de los textos en los que se expresan las normas. KARL LARENZ destaca que la jurisprudencia se trata de las comprensiones lingüísticas, pero también del sentido normativo que les corresponde a las proposiciones legales, de allí que la jurisprudencia sea una ciencia: pues problematiza en principio los textos jurídicos (i.e. los interroga con relación a las diferentes posibilidades de interpretación)²⁵⁴⁰. A diferencia de otros ámbitos normativos (v.g. la moral), el Derecho

²⁵⁴⁰ LARENZ, KARL; *op. cit.*, pág. 202 y ss.

tiene este carácter textual, y dicho perfil institucional que importa la textualidad, determina las formas, caracteres y modalidades de su conocimiento y aplicación; que incluyen inevitablemente al menos un momento interpretativo, de determinación del sentido normativo de los textos jurídicos. Con esto, la relación de la jurisprudencia con la ley, aparece bajo una luz diversa de la que le corresponde según la doctrina tradicional; es una relación –según WALTHER SCHÖNFELD- dialéctica; no sólo el juez, sino también el Legislador, forman su propia conciencia jurídica conforme a la conciencia general de su época: por un lado, la jurisprudencia toma de la ley los puntos de vista enjuiciadores y los criterios generales de valor que para esta jurisprudencia son los que regulan el caso; y por otro lado, los concretiza continuamente conforme a nociones de equidad, justicia, *et sit cétera*; estas consideraciones que en cada momento se consideran paradigmáticas y correctas no pueden sustraerse al flujo del tiempo, y lo que hoy se ha objetivado y fijado, mañana ha de variar²⁵⁴¹. ESSER ha destacado que

“Toda interpretación representa una unión de *lex scripta* y *jus non scriptum* que es la que crea la norma positiva auténtica (*law in action*). Interpretación jurídica es más que hermenéutica jurídica, en cuanto que es incorporación de los principios del Derecho...”²⁵⁴²

GADAMER ha resaltado, adecuadamente entendemos, que en la dimensión de la aplicación, la hermenéutica demuestra que es imposible prescindir de un momento de concreción práctica, que se realiza a través de la sentencia o dictamen y de la predicación,

“En ambos casos esto implica que si el texto, ley o mensaje..., ha de ser entendido adecuadamente, esto es, de acuerdo con las pretensiones que el mismo mantiene, debe ser comprendido en cada momento y en cada situación concreta de una manera nueva y distinta

“... el sentido de la ley tal como se muestra en su aplicación normativa no es en principio algo distinto del sentido de un tema tal como se hace valer en la comprensión de un texto.”²⁵⁴³

Se trata de una perspectiva situacionista que no podemos rechazar en nuestro análisis, según el cual el contenido de las valoraciones y de las normas, se determina desde el caso concreto, relegando a un lugar a veces secundario o a veces indeterminado a las normas

²⁵⁴¹ LARENZ, KARL; *op. cit.*, pág. 207.

²⁵⁴² Cit. por LARENZ, KARL; *op. cit.*, pág. 208, nota 94.

²⁵⁴³ GADAMER, HANS GEORG; *op. cit.*, págs. 380 a 382.

jurídicas generales. Hay una precariedad y fragilidad deóntica de todo principio o norma, donde la equidad es una nota inherente a toda aplicación de toda regla (sea positiva o transpositiva), aun en los casos en que se suponga que la situación queda “claramente” enmarcada en las previsiones de la ley.

Retornando a ROSS, sin embargo, entendemos que soslaya otro relevante baremo utilizado en la actividad interpretativa: el Derecho como práctica social que se juzga mediante valores morales. En esto DWORKIN y su relevancia de los principios en el Derecho, aporta el faltante de la digresión rossiana. Sin embargo, el autor estadounidense extrae una conclusión que no compartimos de aquello, pues afirma que existe una interpretación correcta que excluye al resto de las interpretaciones, presenta al objeto interpretado como el mejor caso posible del género al que se considera pertenece. Para DWORKIN, una práctica jurídica concreta, puede desarrollar al máximo los valores de que se traten, de manera que se convierta en la mejor práctica posible entre las que admiten los materiales interpretados.

Ésta última crítica a DWORKIN la sustentamos en las posiciones de Kelsen y HART, para quienes no existe ningún método –caracterizable jurídico- positivamente- según el cual entre varios significados posibles de una norma, pueda ser designado como el “correcto”. Siempre existe un margen de discrecionalidad para el órgano aplicador, porque la relación entre una grada superior y una grada inferior del orden jurídico es de una incompleta determinación²⁵⁴⁴. Así, siempre habrá un grado de indeterminación que se configure en un abanico de posibilidades de aplicación.

“Es precisamente la tesis de HART acerca de la necesidad de adoptar una previa decisión interpretativa para poder aplicar las normas generales a los casos concretos, lo que permite situarse en una vía intermedia entre las opciones extremas presentadas por los formalistas (para los cuales el juez *diría* el Derecho) y los realistas –norteamericanos- (según los cuales el juez *crearía* el Derecho). Para HART, el juez *tiene que interpretar* el Derecho. De este modo, en opinión de HART, la comunicación en el Derecho no tiene que implicar ni una ‘jurisprudencia

²⁵⁴⁴ En Kelsen, la indeterminación, se debe a los llamados fallos técnicos cometidos en el proceso de producción de normas jurídicas: la ambigüedad, la discrepancia entre la voluntad y la expresión literal de la norma, y las contradicciones normativas (Kelsen, Hans; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 254 y ss.). En HART, la indeterminación procede de la ineludible utilización de términos clasificatorios generales, que oscurece la determinación en las zonas marginales de todas las normas (Conf. HART, H. L. A.; *El concepto de Derecho*, cit., pág. 155 y ss.).

mecánica’ (que no exigiría elecciones humanas), ni tampoco una ausencia de comunicación de estándares generales inteligibles (que equivaldría a la anarquía)”,²⁵⁴⁵

Hasta ahí nuestra coincidencia con el antiguo profesor de Oxford, como sostenemos el carácter discrecional de la interpretación, pero también su carácter no arbitrario, la actividad interpretativa está sujeta a límites normativos y a otros estándares. Así, es falso que las decisiones de los jueces sean siempre una actividad cognitiva, pero también lo es que sea siempre discrecional, se puede sostener que los intérpretes, usan la discrecionalidad no solamente al decidir la solución de controversias que caen en la “zona de penumbra”, sino también al decidir si cae o no en los “núcleos luminosos”²⁵⁴⁶.

La concepción de que al interpretar, el juez recurre a otros estándares en el ejercicio de su discrecionalidad judicial, no equivale a una autorización para dejar de lado a las leyes. EMIL LASK señalaba –criticando a STAMMLER- que las decisiones judiciales tienen una labor que no es “reproductiva” sino “productiva”, a través de una actividad siempre creadora en los jueces²⁵⁴⁷. El juez no puede imponer su propia concepción de lo que es moralmente relevante o conveniente. Esto es lo que hemos procurado advertir con la importancia de los métodos de interpretación que son manejados por el aplicador del Derecho, en la medida en que el Derecho deriva de actos deliberados de creación normativa, su interpretación ha de reflejar, de algún modo, el marco por ellas referidos (no necesariamente el referido por las autoridades normativas, pues ello implicaría tanto como imponer *de facto* el denominado método subjetivo de interpretación). Por ello asiste razón a BACIGALUPO cuando señala que, cualquier método reconocido por la comunidad, es válido para justificar una decisión para el caso²⁵⁴⁸.

Así, la creación jurídica no se produce de una vez y para siempre, es constante.

“Este carácter constante de la creación jurídica (lleva a) considerar que la experiencia jurídica es el marco de las variaciones jurídicas. El orden jurídico

²⁵⁴⁵ LIFANTE VIDAL, ISABEL; *La interpretación jurídica en la Teoría del Derecho Contemporánea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, págs. 233 a 234.

²⁵⁴⁶ GUASTINI, RICCARDO; *La interpretación...*, cit., pág. 34.

²⁵⁴⁷ LASK, EMIL; *Filosofía Jurídica*, Editorial B de f, Montevideo, 2008, *passim*.

²⁵⁴⁸ Ver *supra*, parágrafo 43 (“‘Aplicación rigurosa de la ley’, un análisis de Bacigalupo respecto del art. 4.3º del CP Español”).

(parcial o total) no es sino el cuadro de las transformaciones jurídicas unitariamente consideradas.”²⁵⁴⁹

Los órdenes jurídicos no están en reposo, sino en proceso continuo, las facultades conferidas por una norma jurídica para crear normas subsecuentes pueden ejercerse repetidas veces, así, los jueces, pueden crear varias normas en diferentes momentos. Retomando el diagrama de las “lecturas interpretativas y aplicativas”.

Fig. 6.5.- Repetidas creaciones judiciales a partir de la misma norma fuente

La idea fundamental es que, toda decisión judicial, no es sólo la aplicación de una norma acabada, sino una aportación *jurídico- creadora*. La ley no puede crear directamente Derecho es

“... ‘sólo una preparación, un intento para la consecución de un orden jurídico’. Todo litigio jurídico ‘representa un problema jurídico peculiar para el que no se encuentra todavía disponible en la ley la disposición legal aplicable... que no es posible tampoco inferir de las disposiciones legales con la absoluta seguridad de una conclusión lógica forzosa’. Bajo el ‘engañoso velo de la misma palabra legal’ se oculta una variedad de interpretaciones posibles.”²⁵⁵⁰

Este tipo de camino había sido explorado por la escuela del *Derecho libre*²⁵⁵¹.

Corre a cargo del juez elegir las disposiciones jurídicas que le parecen las más correctas para aplicar al caso. Cuáles son los criterios para la elección es problema diverso.

²⁵⁴⁹ TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO; *Indeterminación del Derecho...*, cit., pág. 75.

²⁵⁵⁰ OSKAR BÜLOW cit. LARENZ, KARL; *op. cit.*, pág. 75.

²⁵⁵¹ EUGEN EHRLICH, quien acuñó la expresión, entendía que no implicaba que el juez había de decidir conforme a su arbitrio; sino que, partiendo de la tradición jurídica debía aspirar al “Derecho Justo” en el sentido de STAMMLER. Pero, ciertamente, indicaba, con toda razón, que toda aplicación de una regla general al caso concreto era una aportación personal y por ello no podía excluirse la individualidad del juez. LARENZ, KARL; *op. cit.*, pág. 76.

IV.-

La noción que hemos defendido en torno a la interpretación jurídica, aparece dificultades especialmente relevantes en el ámbito del Derecho Penal. Esta disciplina sostiene a ultranza la idea de que, la atribución de responsabilidad penal, sólo puede justificarse en las normas que el Legislador ha proporcionado. Las decisiones y valoraciones consecuentes de los jueces nada tienen que decir aquí.

Los pretéritos pensadores penales argentinos como EUSEBIO GÓMEZ y JOSÉ PECO han sostenido que los casos ausentes de previsión penal, no lo están por un olvido sino porque el Legislador no quiere castigarlos. Repudian a la analogía por entender que en su interior lleva el germen del Derecho Libre²⁵⁵². El yerro de este tipo de análisis se basa en entender que no es deseable que el juez pueda considerar y penar (o excluir de pena) un hecho que no está expresamente previsto en los términos de una disposición legal, extremo que por cierto en este trabajo no abordamos, sino en que muchas veces los jueces *efectivamente* se involucran en razonamientos de este tipo más allá de la valoración que a su respecto se haga. El propio Kelsen advirtió que, en los hechos, los jueces

“...dictan una decisión conforme a derecho no porque se sientan ligados a esas normas jurídicas... sino porque consideran que la decisión es justa, o políticamente valiosa o porque tratan de evitar que sea revocada por la instancia superior. En los hechos ocurre muy a menudo que un juez decide el caso por una consideración cualquiera y solamente después de hacerlo busca fundamentos en la ley.”²⁵⁵³

Las doctrinas del positivismo jurídico, insisten en que los jueces deben *identificar* el Derecho y *aplicarlo*, sin referirse a consideraciones sobre cuál debe ser el Derecho en circunstancias determinadas. La distinción entre el Derecho como es y el Derecho como debe ser, implica una distinción paralela entre las actividades de *aplicar* el Derecho y *crear*lo. La interpretación es una actividad vinculada a la creación, tiene que ver con la determinación del significado de aquello que en algún aspecto relevante no está claro o determinado, pero también se dirige a precisar alcances *prima facie* claros pero susceptibles de ajustes especiosos; dicho de otra manera, la interpretación añade a aquello que se interpreta algo nuevo que antes no se conocía.

²⁵⁵² JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS; *op. cit.*, pág. 124.

²⁵⁵³ Kelsen, HANS; *Contribuciones a la teoría pura del derecho*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969, pág. 36.

Al ubicar a la interpretación del Derecho en el plano del proceso de creación del Derecho, hemos resaltado –consecuentemente– que el material jurídico, está al menos parcialmente indeterminado; de donde se patentiza una tensión entre la noción postulada de interpretación, creación y aplicación del Derecho por un lado, y la justificación de decisiones penales por el otro.

La cuestión estriba en que se da por sobreentendido que el *principio de legalidad* (examinado *in extenso supra*)²⁵⁵⁴, proscribe que en casos de indeterminación el problema sea solventado por la tarea interpretativa de los jueces –implicando la creación de Derecho en el ámbito penal–; para aquel, la calificación normativa de una acción sólo puede ser legítimamente decidida por el Legislador.

“Admitir que los jueces pueden crear derecho, aunque sea de manera intersticial, parece conllevar inevitablemente la consecuencia de que los derechos y obligaciones de los individuos pueden ser establecidos retroactivamente por una decisión judicial.”²⁵⁵⁵

El rechazo de la actividad creadora por parte de los jueces, y la inevitable tarea interpretativa de los magistrados, hemos visto que respondía al diseño institucional clásico del liberalismo (v.g. art. 4.3º del Código Penal español); los jueces debían aplicar la ley penal sin pretender, a través de las diversas herramientas metodológicas que le proporciona la interpretación, obtener soluciones normativas diversas que las proporcionadas por el Legislador. Tal intelección es ajena a la estructura constitucional que defienden los Estados con un Derecho de raigambre continental.

El principio de legalidad, si pretende otorgar respuestas a los problemas modernos del Derecho Penal y tener consecuentemente algún tipo de relevancia normativa, ha necesariamente de admitir una relección. Así, por fuera de una lectura estricta de dicho principio, los jueces de hecho interpretan la ley a la luz de diversos estándares (v.g. disposiciones constitucionales) a los que acuden para justiciar sus decisiones, yendo más allá de los meros tipos penales.

La distinción que introdujera BACIGALUPO en torno a *ordenamiento jurídico* y *ordenamiento legal* es útil para entender el problema. Aquel introduce, a más de las leyes promulgadas por las autoridades normativas, un conjunto de valores (v.g. justicia, igualdad,

²⁵⁵⁴ Ver Capítulo V (“El principio de legalidad”).

²⁵⁵⁵ NAVARRO, PABLO E.; BOUZAT, ANDRÉS y ESANDI, LUIS M.; *op. cit.*, pág. 661.

et sit cétera). Conforme hemos venido estudiando, los modelos positivistas concluyen que la aplicación de la ley se agota en un simple proceso formal de subsunción, y en ello la valoración del juez resta excluida.

Sin embargo, la necesidad de valorar se impone por numerosas causas: entre ellas porque las mismas leyes usan términos que no se refieren a hechos brutos, sino a circunstancias cargadas de connotaciones valorativas. Además, la propia dinámica interpretativa impone una valoración, pues, aun en el caso en que el tribunal se inclinara por aplicar al caso un método que se redujera a una interpretación supuestamente objetiva – que no fuera más allá de lo literal-, tal decisión viene a expresar una opción interpretativa sobre la que han operado consideraciones de índole axiológica para su elección.

Lo dicho revela la tensión existente entre las dimensiones de certeza y adecuación del Derecho y, en definitiva, la tensión entre la Teoría del Derecho desde los estudios dogmático penales y la teoría del razonamiento jurídico. En lo que vimos, creemos haber podido destacar que el nivel de la adecuación (el razonamiento jurídico) prevalece sobre el de la certeza (la teoría dogmático-penal), prevalencia que permite cuestionar ciertas tesis centrales del iuspositivismo clásico.

Podría impugnarse nuestra tesis sosteniendo que, si bien en algunos casos pueden darse los fenómenos que señalamos, en la gran generalidad ello no es así. Tal impugnación tendría relevancia si habláramos de “casos límite”, de donde nuestro argumento carecería en gran parte de sentido; ello así, pues el caso límite resulta el menos frecuente, y antes de arribar a ello, debemos ocuparnos de lo frecuente (i.e. que aparecen de continuo). Compartimos la idea de que, poner en evidencia la *excepción*, es un error lógico, al punto que la excepción termina por asumir el lugar de la regla. Una lógica pragmática requiere que se proceda de modo inverso: poniendo en evidencia la regla y restituyendo la excepción a su rol de excepcionalidad,

“...un razonamiento desarrollado en clave de ‘casos límites’, es o puede ser índice de rigor teórico; pero para *una teoría de la práctica*, un discurso que se desarrolla en ese filo es un discurso mal llevado, que por sobrevalorar la excepción se olvida de la regla. Quien argumenta un problema práctico ‘en el límite’, incurre en el error de desviar nuestra atención de lo posible, o mejor de lo factible. Error grávido de

consecuencias, porque éste es realmente un modo de hacer probable una eventualidad que de otro modo podría quedar como altamente improbable.”²⁵⁵⁶

En torno a esto, dos cuestiones: se ha señalado en el trabajo, quizás en exceso, que los casos reseñados son menos “raros” o “excepcionales” de lo que se pretende; con ello ya bastaría para demostrar que el ataque a nuestra construcción es erróneo, sin embargo, cabe reflexionar que, precisamente, nuestro ámbito de estudio pretende valerse de las excepciones como indicativo de lo abierto y no clausurado del Derecho, y de que en esos lindes (precisamente en los límites), se está en “tierra de nadie”, y los jueces pueden resolver conforme a estándares extranormativos. La existencia de excepciones es, en nuestro sistema, clave.

Lo que sí es cierto es que nuestro análisis es correlativo a una *dimensión temporal*. Evidentemente la duración y la secuencia cronológica cuentan y mucho, cualquier cambio en el sistema jurídico puede aparejar un desbaratamiento de nuestro planteo, nos manejamos en la especie con datos prácticos que pueden ser racionalizados, no con datos o relaciones universales y atemporales.

V.-

Conforme con lo anterior, y el debilitamiento del principio de legalidad, hemos también analizado la relevancia que en el trámite interpretativo detenta una herramienta proscripta, y anatémizada, en el ámbito punitivo: la analogía.

Siempre, para encubrir esta herramienta, se utilizan eufemismos como “interpretación dinámica de las leyes”, señalándose que dada la dinámica de la historia

“...frente a tales adelantos es necesaria una razonable interpretación dinámica de las leyes para que, sin necesidad de acudir a su reforma, se pueda evitar que queden a la zaga de la realidad social.”²⁵⁵⁷;

o desde un análisis más técnico se puntualiza que la ley penal no puede limitarse a un mero ejercicio de subsunción, hablándose de *desarrollo continuador del Derecho*, el que consiste en

²⁵⁵⁶ SARTORI, GIOVANNI; *op. cit.*, pág. 145.

²⁵⁵⁷ BADENI, GREGORIO; *La interpretación dinámica de la ley*, en diario “Clarín” del 13 de abril 1999, pág. 35.

“...precisar, complementar y corregir el derecho en los puntos en los que el arsenal hermenéutico deja abierta la elección entre múltiples alternativas interpretativas (...) A consecuencia de lo cual se puede afirmar que la interpretación de la ley en sentido estricto –hasta el límite del sentido literal posible- y el desarrollo continuador del Derecho –a través de la integración de lagunas conforme a la ley- son dos niveles de un mismo proceso.”²⁵⁵⁸

La analogía parte siempre de una comparación, comparación que se sostiene es errónea porque no es dable llevarla adelante. Sin embargo, ello es lo que precisamente se efectúa usualmente en los procesos penales.

A simple vista parece claro que no se pueden comparar “personas con caballos”, pero sí se efectúan comparaciones tan extrañas como estas sin que se patentice su rareza (v.g. un palo es un arma o una herida sirve para una penetración aunque no sea una glándula erógena). ¿Cuáles son los criterios que nos llevan a declarar que dos o más cosas son comparables o no comparables? ¿Cuándo dos o más elementos pueden ser confrontados y cuándo no?

Si se entiende que comparar equivale a “asimilar”, en el sentido de que la comparación se basa en operaciones de asimilación, en hacer similar lo disímil, nos hallaremos ante la tesis sostenida mayoritariamente por quienes critican la analogía. Como dicha tesis parece justificar cualquier arbitrariedad (i.e. con fuerte retórica y argumentos plásticos todo puede aproximarse a todo), se suelen rectificar los alcances de la posición, declamando que no se trata de “inventar” semejanzas (claramente ficticias), sino de “descubrir” semejanzas (*in re*).

La diferencia es sutil, pero en rigor, y como se señaló en el texto, bucea en la práctica de declarar semejantes a las características que se pretenden mantener constantes, mientras que se trata como desemejantes a las características que se quiere tratar como variables. Mas esto obviamente pone en evidencia la manipulación discrecional de la información.

Aquí explota con toda su fuerza la auténtica mecánica del sistema. Cuando afirmamos que ciertas cosas o características se pueden comparar, se sobreentiende que pertenecen al mismo género, especie o subespecie (i.e. que pertenecen a una misma clase).

²⁵⁵⁸ BALDÓ, FRANCISCO; *La construcción de la teoría del delito y el “desarrollo continuador del derecho”*. en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/anjuris/cont/248/pr/pr6.pdf>, pág. 3.

Al contrario, cuando se sostiene que dos o más cosas no son comparables, se presupone la heterogeneidad de ellas (i.e. su no pertenencia al mismo género). La posibilidad de comparación se basa entonces en la homogeneidad, en tanto que la imposibilidad de comparación deviene de la heterogeneidad. Pero homogeneidad y heterogeneidad no pueden ser *in natura* (si algo nos ha dejado nuestro análisis de Lenguaje y Derecho)²⁵⁵⁹, sino que son clases fabricadas por la lógica clasificatoria, o mejor dicho, por nuestros propios criterios de clasificación.

El fundamento taxonómico de la comparabilidad impone un freno a la arbitrariedad subjetiva, quien efectuara comparaciones al margen de cualquier aceptación científica podría ser objeto del *alienum genere*. Quien somete a confrontación lo que no es comparable, tiene el deber de construir una nueva clasificación de la que surja la homogeneidad de lo que de otro modo resultaba heterogéneo.

Y en esto último hallamos la otra clave de este problema, el Derecho se caracteriza a través de un lenguaje especializado por generar numerosas clasificaciones nóveles, y esto repercute en la maleabilidad de las figuras penales, dilatando y difuminando los límites ciertos de lo jurídico y lo no jurídico.

En síntesis, las comparaciones exigen reconceptualizaciones y neoclasificaciones de continuo. No sólo nuevos exámenes, sino reinvisiones de las viejas categorías. Las nuevas conceptualizaciones reflejan las experiencias de un mundo en continuo devenir y de sociedades complejas.

El esfuerzo por la reconceptualización suele criticarse peyorativamente, acusado de usar neologismos para volver a decir cosas ya dichas o de refugiarse en una jerga esotérica. Si bien puede haber abusos, las nuevas conceptualizaciones son legítimas por imperativo de la racionalidad humana, se imponen entonces dos criterios: a) el progreso científico de todo conocimiento exige vocabularios más precisos y mejor articulados, y b) no es cuestión de que se deban inventar nombres únicamente para las cosas innominadas (esto es una pésima delimitación semántica), sino que toda palabra sugiere también un modo de interpretar.

Como se dijo para el caso de los principios, los argumentos por analogía, también tiene carácter inconcluyente, pues

²⁵⁵⁹ Ver *supra* párrafo 30 (“Lenguaje y Derecho”)

“...argumentar por principios y por analogía no son cosas muy distintas.”²⁵⁶⁰

La analogía, es, en cierta forma, un supuesto de uso no explícito de principios. Implica también un momento valorativo, pues las semejanzas entre los casos no se hallan sin más, sino que se construyen.

Si bien el argumento lingüístico, que fija el significado posible de los textos, es esencial, lo cierto es que puede ser rebasado y dar lugar a una interpretación *contra legem*. Esta última interpretación es admisible en numerosos casos: cuando hay una contradicción lógica –no hay ninguna lectura posible que pudiera obviarla-, cuando existe un absurdo axiológico –i.e. cuando la interpretación lingüística de la ley hiciera que resultara autofrustrante en relación con sus propios objetivos-, cuando fuera en contra de principios jurídicos o de la justicia en abstracto, o del sentido común. Claramente, este camino debe ser seguido con cautela, pero según pareciera, de una simple aproximación a lo que los jueces suelen expresar en sus decisiones, es hoy insorteable.

El argumento por analogía no es un método para hallar qué normas son jurídicamente obligatorias, sino no haría más falta que sondear los precedentes. El argumento analógico es una forma de justificación de nuevas normas que establecen los jueces en el ejercicio de su creación jurídica discrecional. La justificación tendrá éxito, si el juez puede demostrar que la norma adoptada, es la mejor que se podía adoptar para el caso. Las grandes dificultades del argumento analógico se hallan en la dificultad de aportar criterios generales sobre la relevancia de las similitudes, la otra es el problema de explicar cómo los argumentos analógicos pueden ser de fuerza, pero al mismo tiempo no obligatorios. Respecto del primer problema, ya hemos explorado que el criterio de relevancia respecto a la similitud no es material, sino formal, esto es, la justificación subyacente de la norma que da la base a la analogía (i.e. el argumento por analogía es esencialmente un argumento que demuestra que, si una razón dada es suficientemente buena para justificar una decisión, entonces será igualmente buena para justificar otra decisión similar); ello responde el segundo interrogante, y es que el argumento por analogía no justifica por sí mismo, todo lo que demuestra es que si la norma antigua está justificada, igualmente lo estará la nueva.

²⁵⁶⁰ ATIENZA, MANUEL; *Las razones del Derecho*, cit., pág. 190.

El argumento por analogía implica algo muy interesante, y es que la nueva norma es conservadora, no introduce nuevos principios o valores conflictivos en el Derecho, los valores o propósitos que promueven, ya se encuentran en la norma preexistente. De aquí que los argumentos analógicos tengan alguna fuerza embrionaria, pero no sean concluyentes: su mayor importancia está en establecer coherencia de propósitos entre distintas partes del Derecho. Explican por qué los argumentos analógicos son moralmente relevantes, y por qué son una –de muchas- consideraciones que los tribunales deben tener moralmente en cuenta; claramente los jueces no se hallan jurídicamente obligados a usar argumentos analógicos, sino que estos deben ser usados conforme con su relevancia moral inherente.

A través de esta vía, varias normas separadas pueden ser unidas en otra más amplia y nueva que extienda el ámbito de las viejas normas. Los argumentos analógicos frecuentemente son empleados para respaldar normas nuevas e independientes, mostrando que responden a los mismos objetos generales que las ya existentes.

VI.-

El punto final de toda esta digresión apunta a destacar la falacia de la plena avalorabilidad y de la absoluta objetividad que se pretende fluye desde la jurisdicción en sus decisiones.

Tal postulado halla fulcro en el discurso positivista. Debe resaltarse que si se rechazan las indicaciones valorativas, se da la espalda a aquello que acaece en la realidad de las decisiones jurisdiccionales, pero también se renuncia a fundar racionalmente a dichas decisiones. Negando el marco que se postuló en estas líneas, las decisiones restan abandonadas a la irracionalidad, al puro arbitrio: al *decisionismo judicial*.

Ahora bien, es sabido que frente a una cuestión práctica cualquiera, que requiere una resolución en sentido inequívoco, se defiende siempre el carácter fundamentalmente racional de la resolución. Se rechazan las resoluciones meramente *emotivistas*, y en general las *irracionalistas*; para las cuales las decisiones de las cuestiones prácticas resultan ser el resorte exclusivo de la sensibilidad (emotivismo), o bien de la mera voluntad (decisionismo).

No obstante ello, debe reconocerse, y es lo que hemos sostenido en estas líneas, que la determinación y concreción de los juicios en que se discute sobre la praxis humana, se realizan con el concurso de la voluntad, que moviliza la razón en el sentido de una regulación concreta de la conducta. Así, frente a un caso particular, que exige una resolución en el sentido de alguna determinación en el Derecho, la razón delibera (*deliberatio*) ante todo acerca de cuáles son las posibles alternativas de solución; analiza cada una de ellas en su naturaleza y circunstancias, para decidir luego movida por la razón ordenada hacia la solución que aparezca como más adecuada (quizás justa) en el caso concreto. Esta resolución es el objeto del denominado último juicio práctico (*iudicium electionis*), el cual es seguido por la elección, por parte de la voluntad, de esa alternativa como la mejor y por la consiguiente dirección de la razón a la voluntad para la realización efectiva de la opción elegida.

La problemática se halla ante la negación del carácter cognoscitivo de la interpretación que hemos postulado aquí. Al carecer la interpretación jurídica de aquel asidero, se entiende (precisamente desde el Formalismo), que entonces

“...todas las interpretaciones posibles, por contradictorias entre ellas que aparezcan, revestirán un idéntico valor y resultará posible escoger válidamente una cualquiera de entre ellas de modo arbitrario e injustificado.”²⁵⁶¹;

la crítica es más fatalista que justificada, el hecho del rechazo del cognoscitivismo, sólo apareja el reconocimiento de la importancia de las *elecciones* en las decisiones judiciales. Nada indica sobre su arbitrariedad o injustificación, pues lo cierto es que la motivación de los fallos se estructura precisamente para esto (entre otras cosas que no ensayamos en estas líneas), cuando se dice entonces desde el cognoscitivismo que

“...si cada una de las opciones interpretativas vale tanto como la otra, no se ve claramente porqué habremos de indagar, sistematizar, comparar, deliberar y argumentar a favor de una u otra; dicho en otras palabras, porqué habremos de llevar adelante la tarea interpretativa, si en definitiva cualquier resultado al que arribemos valdrá lo mismo que cualquier otro.”²⁵⁶²

Sólo se está argumentando fuerte, pero sin detenerse a señalar lo relevante: que es que se interpreta porque en definitiva hay que aplicar las normas (i.e. decidir).

²⁵⁶¹ MASSINI CORREAS, CARLOS I.; *Filosofía del Derecho*, t. III, cit., pág. 154.

²⁵⁶² *Ibidem*.

El cognoscitivismo soslaya la relevancia de la dependencia de las decisiones respecto de los elementos “subjetivos”: creencias, prejuicios, ideologías, *et sit cétera*. Una cuestión no menor es, y ha sido siempre, la de determinar la justicia y la injusticia para las posturas realistas (en la que incluimos estas líneas); exige tener en cuenta los diversos intereses comprometidos, tanto de los implicados como el general, que la definición de lo justo es un juicio prudencial en el que necesariamente se computan las cambiantes exigencias históricas; perfilar desde qué punto de vista la norma comprometida puede ser relevante o no, justa o injusta, y finalmente que el objeto de las normas no era mandar todas las virtudes ni prohibir todos los vicios, sino, en definitiva, una función de la realidad histórica a la que regulaban. La comprensión de lo jurídico requiere advertir que en la realidad aparecen implicadas dimensiones morales, políticas, sociológicas, económicas, *et sit cétera*; de donde el desconocimiento de estas notas en el mundo del Derecho, supone desconocer su esencia total: el Derecho es una realidad pluridimensional.

El giro hacia el subjetivismo, que estamos proponiendo “blanquear”, ya fue puesto de manifiesto por el polémico escrito de GNAEUS FLAVIUS (H. KANTOROWICZ) aparecido en 1906: *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*; donde sostenía que, junto al Derecho estatal, figura con la misma importancia el “Derecho libre” creado por el criterio jurídico de los miembros de la comunidad jurídica, por la jurisprudencia y por la ciencia del Derecho. Es, como todo el Derecho, un producto de la voluntad.

“Con este conocimiento, la ciencia del Derecho se incorpora a la corriente de las ciencias del espíritu del siglo XIX y entra en su fase voluntarista”²⁵⁶³

Que en ocasiones se interprete extensiva o analógicamente, y que en otras se lo haga literal o restrictivamente, no lo determina

“...la ley y la lógica, sino el Derecho libre y la voluntad. En todos los casos el verdadero actor es precisamente la voluntad.”²⁵⁶⁴

RAZ señala que es común explicar que los jueces a la par que aplican, desarrollan el Derecho, con lo que deviene en muchos casos difícil separar ambas funciones. Trae una distinción que divide el Derecho en *cierto*, donde se aplica meramente lo establecido, los jueces recurren a habilidades jurídicas aplicando el Derecho y la actividad es bastante cognoscitiva; e *incierto*, en que, sin llegar al extremo de sostener que

²⁵⁶³ Cit., LARENZ, KARL; *op. cit.*, pág. 76.

²⁵⁶⁴ KANTOROWICZ citado por LARENZ, KARL; *ibídem*.

nadie sabe cuál es el Derecho, se entiende que se trata de una cuestión abierta donde los jueces recurren a argumentos morales (aunque quizás no sólo a tales argumentos) cuando desarrollan el Derecho y usan habilidades jurídicas (aunque quizás no únicamente se usan este tipo de habilidades cuando tienen que decidir si aplican un precepto, si lo distinguen o lo revocan), también recurren a argumentos no jurídicos.

“Si una cuestión jurídica no está resuelta por estándares derivados de fuentes jurídicas, entonces se carece de una respuesta jurídica –el derecho en cuestión es incierto-. Al decidir tales casos los tribunales inevitablemente establecen nuevos fundamentos (jurídicos) y las decisiones judiciales desarrollan el derecho... Naturalmente, sus decisiones en dichos casos se basan, al menos parcialmente, en consideraciones morales y otras de tinte extrajurídico.”²⁵⁶⁵

La manera de rebatir el arbitrario decisionismo judicial es reconocer la relevancia de la discrecionalidad judicial²⁵⁶⁶, entendiendo que el funcionario no está vinculado por estándares conforme a los cuales debe resolverlo; de cara a las decisiones judiciales, el magistrado tiene libertad para inventar o crear la solución, no es libertad sin límites, sino la ausencia de un estándar que le imponga una solución al juez (la *right thesis* de DWORKIN). El juez tiene una tarea, intersticial, de creación del Derecho; en la realidad se le reconoce la facultad de decidir de cualquier forma algunos casos, es ineliminable el momento de la creación judicial del Derecho, puesto que en cualquier caso difícil pueden presentarse diferentes principios que apoyen analogías enfrentadas; y el juez tendrá a menudo que escoger entre ellas, confiando en su olfato de lo que sea mejor, y no en un orden establecido y prescripto por el Derecho para él. La crítica de DWORKIN de que reconocer esta facultad a los jueces se contradice con el sistema de división de poderes (argumento democrático), se choca con las tesis constitucionales que hemos analizado antes²⁵⁶⁷. Por otra parte, la crítica, también del sucesor en Oxford de HART, acerca de que se violenta el principio de irretroactividad del Derecho, y que ello es normalmente considerado como injusto, no dice nada como ya hemos visto, pues ello se realiza a menudo

²⁵⁶⁵ RAZ, JOSEPH; *La autoridad del Derecho...*, cit., pág. 70.

²⁵⁶⁶ Descartamos los sentidos débiles: de que el funcionario debe valerse de su juicio para aplicar los estándares que regulan el caso, o de que nadie ha de revisar su decisión. Conf. DWORKIN, RONALD; *Los derechos en serio*, cit., pág. 131.

²⁵⁶⁷ Ver *supra* parágrafo 52.1 (“La legitimidad de los órganos aplicadores para crear Derecho”).

sin que el sistema se desmorone²⁵⁶⁸ (aunque se sostenga apodícticamente el sostenimiento del principio de legalidad), la discrecionalidad supone una forma de creación jurídica retrospectiva o *ex post facto*, se soluciona el caso según un criterio inventado por el juez que, consecuentemente, no existía al momento en que el asunto se generó.

Es claro que es imposible para los jueces introducir en una decisión *todos* los cambios necesarios para la ejecución efectiva de una reforma completa o radical en cualquier aspecto del Derecho, efectúan reformas parciales. Las reformas parciales no traen consigo conflictos normativos, pero indefectiblemente introducen conflictos pragmáticos. El Legislador no tiene que escoger entre reformas parciales o conservadorismo, puede elegir efectuar una reforma radical (aunque esto no sea algo bueno), por el contrario, a los tribunales sí se les presenta una dicotomía entre ambos supuestos;

“Las consecuencias adversas de la reforma parcial con su esperada discordancia pragmática conduce a los tribunales, muy frecuentemente, a optar por una política conservadora.”²⁵⁶⁹

La diferencia del razonamiento del Legislador, con el del juez, se encuentra en la diferencia sistemática en la que operan. Una acción legislativa cambia el Derecho intencionalmente, pero la creación judicial no precisa ser intencional, un juez puede crear una nueva norma en una decisión que piensa que simplemente está aplicando,

“Aun cuando los jueces conozcan que ellos frecuentemente crean derecho, ellos no siempre juzgan correctamente si un punto particular hecho en un juicio es innovador o aplicativo.”²⁵⁷⁰

En casos de indeterminación no hay una clara división entre aplicar e innovar (v.g. si un caso cae dentro de una regla vaga e indeterminada en un área límite de un concepto descriptivo, es en sí mismo, una cuestión indeterminada). Que los mismos argumentos se usen para aplicar y crear Derecho no reporta que no haya diferencias entre ambas actividades, pero la ocurrencia del mismo tipo de argumentos en ambos tipos de razonamiento judicial denota lo gris de la división de ambas actividades, y por qué los tribunales no suelen preocuparse por definir explícitamente qué tipo de función están realizando cuando razonan.

²⁵⁶⁸ Ver *supra* parágrafo 45 (“Algunas palabras acerca de la “relevancia” y “estrictez” del *principio de legalidad*”).

²⁵⁶⁹ RAZ, JOSEPH; *La autoridad del Derecho...*, cit., pág. 252.

²⁵⁷⁰ RAZ, JOSEPH; *La autoridad del Derecho...*, cit., pág. 259.

Que las prácticas judiciales pueden ser convencionales, es una realidad, pero dichas prácticas convencionales se hallan comprometidas o implicadas con conceptos trascendentes. Y, como señala MACCORMICK, en los casos claros, la justificación de una decisión puede ser simplemente una cuestión de lógica, pero, ello, en la práctica es un poco irrelevante, pues

“...no cabe trazar una línea que separe claramente los casos claros de los difíciles en el sentido de que la distinción se da como un continuo, de manera que existe una amplia zona de vaguedad.”²⁵⁷¹

El recurso a justificaciones éticas en las decisiones jurisdiccionales es lo que dota, en definitiva, de una fuerte racionalización al discurso judicial; y también da cauce explicativo a la introducción de la acción política en ellas.

El resurgir de un Derecho Natural, solapado tras el discurso democrático o de los Derechos Humanos (o por qué no también, tras las teorías nóveles de la argumentación jurídica), procuran retomar la tradición clásica según la cual los fines y valores son susceptibles de un control racional, y que el cálculo lógico o la verificación empírica no son las únicas formas de racionalidad. El renacimiento del Derecho Natural supone la minimización del discurso racionalista moderno, que pretende racionalizar todo a través del modelo de las matemáticas y la lógica (la escuela de VON WRIGHT es la quintaesencia de la demostración de dicha tesis direccionada al Derecho). Ello termina angostando o estrechando la noción misma de razón y abandonando el discurso judicial a la mera praxis del puro poder.

Fue desde el Derecho Natural, y su progenie más actual: los Derechos Humanos; que en el campo del Derecho se desencadenó la crisis de la razón positivista y motivó el reconocimiento y devolución al campo de la razón de estándares variables – axiológicos- como fundamentadores metanormativos. Ello pese a la dificultad en reconocer la realidad de éste aserto.

También, se ha defendido desde estas líneas el carácter procedimental de la justicia que actualmente se postula en las decisiones judiciales. Se aboca inexorablemente a la defensa del carácter esencialmente *electivo* de los principios de justicia, la razón última y decisiva para que se sostenga un principio y no otro, radica fundamentalmente el método

²⁵⁷¹ ATIENZA, MANUEL; *Las razones del Derecho*, cit., pág. 217.

seguido (y también en las preferencias individuales –una cuota de decisionismo pareciera ser inerradicable-²⁵⁷²). Se trata de un modelo constructivista, devenido el objeto de una elección racional; sin embargo, como los contenidos de la eticidad no pueden dejarse absolutamente en manos de las elecciones o aceptaciones de los sujetos, si bien puede predicarse una pérdida de objetividad material en la normatividad ética, no puede tampoco sostenerse una absoluta subjetividad (decisionismo máximo), por ello, se siguió a DWORKIN, RAWLS y ALEXY entre otros, pero por sólo nombrar a los más significativos, para hallar una objetividad “débil” o simplemente “formal”, no justificándose los principios por su contenido sino por su procedimiento. Asimismo, al remitir la fuente de los contenidos éticos a las tradiciones axiológicas de cada pueblo, por definición diversos y mudables, se descarta la posibilidad de acceder a principios morales materiales de carácter universal: en definitiva un relativismo.

En las distintas elecciones que realizan los jueces no es dable colegir, entonces, una arbitrariedad o decisionismo irrazonable. La teoría de la argumentación jurídica releva el procedimiento adecuado para sortear esta trampa. En los distintos contextos de elección, ante los estándares variables, debe recurrirse a la *ponderación*, el punto más importante es que el desplazamiento de los argumentos prácticos de tipo general es siempre 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 general. La argumentación práctica general constituye por ello el fundamento de la argumentación jurídica.”²⁵⁷³

VII.-

Sin embargo, la idea de argumentación práctica, a la que nos hemos adherido para explicar el modo en que discurren los jueces, precisa ser complementada.

²⁵⁷² Por ello, algunos autores han puesto el acento en la vida privada de los jueces, en tanto precisan mostrar que dicho ámbito es sólido como una forma de apoyar su integridad pública. “La vida privada ofrece el apoyo social y emocional necesario para los compromisos morales que toda profesión implica...” Conf. MALEM SEÑA, JORGE F.; *La vida privada de los jueces*, en MALEM, JORGE, *et. al.* (coord.), “La función judicial”, Gedisa, Barcelona, 2003, pág. 175.

²⁵⁷³ ALEXY, ROBERT; *Teoría de la Argumentación Jurídica*, cit., pág. 391.

Ciertamente hemos procurado descartar el decisionismo, pero algo más se debe decir al respecto. El juicio monológico (se considera a toda persona como un ser autónomo, y las perspectivas morales devienen individuales) precisa utilizar el consenso de los afectados como criterio de corrección. Este aserto demuestra que, la teoría del discurso, se queda demasiado en el plano de lo puramente cognitivo y soslaya un relevante elemento volitivo.

La elaboración de las decisiones no es puramente un *acto de razón*, sino un *acto de voluntad* (i.e. un acto de decisión). Considerado globalmente, no es un problema de fundamentación, sino un problema de participación en el poder –no se trata del consenso en atención a las reglas del diálogo, sino en atención a los intereses de cada uno-.

Veamos cómo se compagina esto con lo que dijéramos antes. La teoría del discurso es una *teoría de la fundamentación*, la tesis de la fundamentación práctica tiene un carácter esencialmente comunicativo, donde la interpretación de los intereses y los cambios de intereses, deben referirse a un adecuado y correcto equilibrio de los intereses (i.e. debe haber un intercambio de argumentos entre distintas personas). Como no existe un criterio general para ponderar los intereses diversos, las medidas de peso necesarias para el ajuste pueden determinarse sólo *de manera relativa* a los respectivos intereses existentes.

Ahora bien, sobre el peso relativo o la legitimación relativa de los intereses se puede argumentar. Una determinación, obtenida sobre la base de argumentos, es una ponderación. Los argumentos pueden llevar a un cambio de valoración del peso relativo o de la legitimación relativa existente al principio. Las interpretaciones de intereses sobre la base de argumentos pueden también cambiar en cuanto a su contenido.

El punto decisivo es que, si se procura la medida de la racionalidad, los argumentos deben incrustarse en una estructura comunicativa²⁵⁷⁴.

Lo que es claro a partir de aquí, es que para cada cuestión práctica no existe una única respuesta correcta, independientemente de que existe un procedimiento para encontrarla y probar su corrección. Separando la idea de corrección de los conceptos de fundamentabilidad y de prueba, se atrapa un concepto absoluto de corrección, que ya no tiene un carácter procedimental, lo que lleva a presupuestos demasiado fuertes y que hemos descartado en esta exposición por inviables.

²⁵⁷⁴ ALEXY, ROBERT; *Respuesta a algunos críticos*, en “Teoría de la Argumentación Jurídica”, cit., pág. 427.

La suposición de la existencia de una única respuesta correcta para cada cuestión práctica, es una tesis ontológica que tiene muchos flancos descubiertos y es poco robusta. Es constatable que para las cuestiones prácticas debe partirse de la ponderación de intereses, y por ello no es dable una respuesta para cada cuestión de las mencionadas.

Como no existe seguridad sobre una única respuesta correcta (más allá de que valga la pena buscarla), la teoría del discurso tiene como base una concepción absolutamente procedimental de la corrección.

La corrección procedimental se corresponde con la posibilidad discursiva. Sólo es posible discursivamente lo que puede ser el resultado de un discurso, y sólo lo que es posible discursivamente es correcto en el sentido procedimental relativo.

El concepto relativo de corrección es débil, pero no por ello puede decirse que casi cualquier norma puede ser justificada como “correcta”²⁵⁷⁵. La aplicación de las reglas del discurso puede no llevar a la seguridad en toda cuestión práctica, pero sí reduce la existencia de irracionalidad. El resultado del discurso es (pero no sólo): a) *relativo* en la medida en que se determina por medio de las características de los participantes, y b) *objetivo* pues depende de la realización del procedimiento definido a través de las reglas del discurso.

En síntesis, la comprobación discursiva si bien no conduce a la seguridad, sí evita la mera opinión y decisión, lo que justifica hablar de *corrección relativa*.

La conexión necesaria entre la racionalidad discursiva y la jurídica patentiza la pretensión de corrección. Un fallo que negara explícitamente aquella pretensión incluiría una contradicción performativa.

Lo dicho permite ver que es posible *formar un juicio* con fulcro en las digresiones anteriores. Sin embargo, como en definitiva, la corrección es relativa, en la última instancia se precisa orientar la voluntad según el juicio de lo que es justo para el decisor, aquí se releva la *formación de la voluntad*, y hace falta una *teoría de la decisión*.

Las valoraciones juegan en la ciencia jurídica, y específicamente en las decisiones judiciales un papel destacado, pero en las argumentaciones teóricas ellas se hallan encubiertas.

²⁵⁷⁵ Crítica de WEINBERGER, en ALEXY, ROBERT; *Respuesta a algunos críticos...*, cit., pág. 434.

El riesgo que ello conlleva no es demasiado en un sistema jurídico que conoce una jurisdicción constitucional, que permite en los casos de la penumbra decisiones contra el tenor de la ley. Por ello, el discurso jurídico juega un papel esencial en el marco de la decisión de la justicia constitucional o en el marco de la fundamentación de una decisión *contra- legem*.

Quizás, uno de los grandes problemas que origina resistencias a entrever lo que aquí sostenemos, subyace en el hecho de que el concepto de verdad que se usa en el Derecho, es igual que el de las ciencias empíricas, pero aquel establece limitaciones que no existen en estas (v.g. no se admiten todos los criterios, existen límites temporales, existen instituciones que ponen fin a la discusión). No debe olvidarse que el Derecho no está sólo interesado en la verdad, sino también en resolver conflictos sociales. Y, fundamentalmente, el que una decisión sea *final* no importa decir que sea *infallible*. Puede decirse que una decisión es final (y válida), pero equivocada, lo que no acompañamos en estas líneas es la idea de que la verdad dependen de lo que un juez (u otra autoridad), establece como verdadero, sino si podría predicarse la infalibilidad de los jueces.

CARL SCHMITT explicaba que se puede hallar

“...el fundamento del derecho de toda validez y valor jurídico en un acto de voluntad, en una decisión que crea en general, en tanto que decisión, el ‘derecho’; y en consecuencia la ‘fuerza jurídica’ se deduciría de las reglas de la decisión. En efecto, una decisión que no corresponde a una regla, crea igualmente Derecho... Para el jurista de tipo *decisionista*, no es la orden en tanto que orden sino la autoridad o soberanía de una decisión última, exteriorizada en la orden, que constituye la ‘fuente’ de todo derecho, es decir de todas las normas y reglas que se derivan. El tipo *decisionista* no es menos ‘eterno’ que el *normativista*.”²⁵⁷⁶

La instauración del orden como pura y reconcentrada decisión, no puede simplemente deducirse del contenido que aporta una norma que viene dada, sino que es la decisión la que funda la norma (y el orden).

Las reglas, como ya se advirtió persistentemente en estas líneas, no pueden anticipar todos los casos particulares con sus singularidades, sino clases genéricas. La

²⁵⁷⁶ Conf. FREUND, JULIEN; *El Derecho actual*, (trad. Néstor Luis Montezanti), 2ª ed., Ediuns, Bahía Blanca, 2006, pág. 36. Recuerda que el origen del pensamiento *decisionista* ya se hallaba en THOMAS HOBBS, desde que toda norma, toda ley y toda interpretación de esta son, en definitiva, decisiones del soberano. El Derecho es ley, y la ley es la orden que resuelve un conflicto.

reglamentación a través de abstracciones, opera con conceptos necesariamente alejados de la realidad, en procura de atrapar la mayor cantidad de particularidades. Es recién, posteriormente, cuando el intérprete aprehende el caso concreto, e individual y contingente con el conjunto de sus características. La resolución en el caso concreto sólo puede ser circumscripta por una *decisión*.

Nos interesa destacar que una decisión, es una determinación por medio del Derecho, no resta en pura potestad (*potestas* o *auctoritas*²⁵⁷⁷) como procura el modelo schmittiano. Por esta vena HERMANN ISAY señala que

“La norma jurídica no provee como tal la reglamentación del caso particular, sino que en general es necesario hacer intervenir una decisión.”²⁵⁷⁸,

la relación entre norma y decisión suele confundirse, particularmente cuando se cree que la segunda no es más que aplicación automática de la primera (v.g. el postulado de MONTESQUIEU de que el juez es “la boca que pronuncia las palabras de la ley”), lo que no se da nunca en la realidad,

“Siempre hace falta una actividad de pensamiento autónomo de parte de quien toma la decisión, y en general una actividad considerable.

“Esta concepción está en la base de todas las constituciones judiciales de todos los países. Si se prevé, para la mayoría de los casos que exigen una decisión, una pluralidad de instancias, se comprueba al punto que sus decisiones no resultan sin más de las normas jurídicas sino que presuponen una elaboración intelectual. Se comprueba igualmente que los jueces pueden juzgar diferente en un caso particular y en consecuencia su regulación debe ser resuelta por una decisión que no proviene de la norma jurídica.

“Esto no vale solamente para los casos en que una norma jurídica explícita –escrita– falta, sino igualmente donde existe.”²⁵⁷⁹

La decisión va más allá del pétreo, inmutable y estático mundo de la norma, para involucrarse en un proceso dinámico y vivo. En algún sentido, avanza sobre la (*prima facie*) razonabilidad normativa, para aportar elementos irracionales.

²⁵⁷⁷ Los confundimos expresamente por la referencia previa a HOBBS, aunque ambos conceptos son claramente diferenciables.

²⁵⁷⁸ Cit. por FREUND, JULIEN; *El Derecho actual*, cit., pág. 40.

²⁵⁷⁹ *Ibidem*.

El error estriba en ver la relación entre “norma” y “decisión” antitéticamente y no dialécticamente. La decisión no es simple aplicación de la norma permaneciendo inalterada, pero tampoco es un acto meramente voluntarista: es determinación más detallada, y con ello

“...desarrollo o ulterior... determinación más detallada, y con ello ya, desarrollo o ulterior conformación (concretización) del contenido de sentido inmanente a la norma general.”²⁵⁸⁰

Como toda decisión, la pretensión es aprehender la norma “correctamente”, a partir de allí, la norma rige en *el significado* o en *la modificación* que ha experimentado en la jurisprudencia. Por ello la norma precisa continuamente de la decisión para poder actuar de un modo determinado como norma (i.e. como directriz); en tanto que la decisión precisa de la norma o de un principio al que se pueda orientar, porque sino no podría pretender validez para el Derecho. El proceso de la aplicación de la norma por las decisiones judiciales, es un proceso de creación del Derecho, una creación nueva y constante.

²⁵⁸⁰ LARENZ, KARL; *op. cit.*, pág. 126.

§53.1. *El ámbito indeterminado o libre de valoración jurídica.*

Considerar que el conjunto de las normas jurídicas conforman un sistema implica, no sólo, que las relaciones entre ellas son coherentes, sino igualmente que es un sistema completo.

Un sistema jurídico es completo cuando contiene una solución (es decir, una norma) para cualquier situación con relevancia jurídica que pueda presentarse; ya hemos visto que, en el lenguaje de los juristas, la falta de una norma que regule un caso, es denominada laguna jurídica, la plenitud del sistema puede ser definida negativamente como la “inexistencia de lagunas”.

En su formulación moderna, y referido al sistema jurídico estatal, el *dogma de la plenitud* se encuentra estrechamente conectado con la concepción que reduce el Derecho al Derecho positivo del Estado, y que afirma la preeminencia de la ley estatal como fuente del Derecho. Desde esta concepción positivista del Derecho, se afirma la plenitud del sistema jurídico estatal pues si se admitiera que no es completo, que existen lagunas, el juez no tendría más remedio que recurrir a fuentes supralegales como la costumbre o la equidad, lo que supondría romper el monopolio estatal de la producción jurídica. La búsqueda de la certeza y, más ampliamente, de la seguridad jurídica va unida a la afirmación de la supremacía del poder legislativo (i.e. el único órgano con legitimidad democrática para la sanción de las leyes), sobre el poder judicial y al principio de la separación de poderes. En este sentido puede decirse que la trascendencia práctica del dogma de la plenitud del sistema jurídico estatal reside en imponer al juez, la obligación de extraer siempre del mismo la solución para cualquier caso que se le someta, y la prohibición de crear normas jurídicas sustituyendo con su voluntad la del poder legislativo. Esta concepción se mantiene sustancialmente en la actualidad y condiciona la metodología jurídica de los juristas modernos. Se considera, así, que los jueces deben adoptar sus decisiones aplicando siempre normas generales y abstractas promulgadas antes de que suceda el hecho concreto que van a servir para resolver.

Lo cierto es que nadie cree que de hecho el sistema jurídico sea completo, ya que la aparición de casos no previstos en normas jurídicas es una constante. Sin embargo, los juristas trabajan como si lo fuera, y esa actitud hace que se atribuyan a través de

estándares supraleales, todas las soluciones jurídicas a las normas del sistema; de tal modo que la ficción de su plenitud puede ser mantenida. Esta ficción tiene incluso un reconocimiento explícito en el Derecho positivo. Por un lado, muchos de los principios asociados al dogma de la plenitud han sido incorporados a la Constitución (v.g. la división de poderes, que otorga al legislativo la función de crear las normas y al judicial la de aplicarlas; Segunda Parte, Título Primero de la Constitución argentina; el principio de legalidad –art. 18- y el de reserva –art. 19-). Por otra parte, los arts. 15 C.C. y 273 C.P. argentinos, ya analizados, son preceptos similares a los existentes en otros sistemas, basan su postura tanto los que defienden la plenitud del ordenamiento como los que mantienen la existencia inevitable de lagunas en todo sistema jurídico. Esos artículos (al hablar de “insuficiencia” o “silencio de la ley”) son un reconocimiento implícito del Legislador de su incapacidad para prever todas las situaciones posibles en las que el Derecho va a tener que actuar; para los primeros, la existencia de estos artículos, junto a los que regulan la analogía, los principios generales del Derecho o la costumbre; estarían demostrando que el sistema jurídico siempre contiene una norma para cualquier supuesto que pueda plantearse, ya que una eventual laguna puede ser solucionada por instrumentos proporcionados por el propio sistema.

De cualquier modo, parece inevitable reconocer la imposibilidad de que, desde los órganos legislativos, puedan preverse todas las hipótesis a las que el Derecho va a tener que dar respuesta por medio de una norma jurídica. Ante esta constatación, las soluciones que históricamente han sido adoptadas para enfrentarse a la inevitable aparición de lagunas han sido variadas; desde el denominado *non liquet* (que autorizaba al juez romano a no pronunciarse en caso de duda), hasta los más modernos sistemas como el del art. 1 del Código Civil suizo que faculta al juez en los casos no previstos por la ley a decidir “según la regla que él adoptaría como legislador”; pasando por la institución que posibilita al juez a recurrir al Legislador cuando se encuentra frente a una laguna. Como puede apreciarse, todas estas técnicas significan un reconocimiento implícito de la posibilidad de aparición de lagunas y de la necesidad de dar respuesta a todos los problemas con relevancia jurídica que se presenten. Sin embargo, son fórmulas poco prácticas e inciertas, que erradican mal los principios antes mencionados de certeza, seguridad jurídica o legalidad. Por ello, desde las filas del iuspositivismo que, en defensa de esos principios,

necesitaba persuadir del carácter completo del sistema jurídico, se elaboraron dos teorías en apoyo de ese objetivo, pero que podemos asimilar, y de hecho lo hemos hecho en estas líneas: la del “espacio jurídico vacío” y la de la “norma general exclusiva”.

Como hemos visto, en la *teoría del espacio jurídico vacío*, la actividad humana estaría dividida en dos partes: la regulada por normas jurídicas (llamada el “espacio jurídico lleno”) y la no contemplada por las normas jurídicas (llamada el “espacio jurídico vacío”). Toda conducta estaría incluida en uno de esos dos espacios. El espacio jurídico lleno lo formarían los hechos o comportamientos humanos que le importan al Derecho, es decir, los que son considerados jurídicamente relevantes; mientras que en el vacío se encuadrarían todos los demás respecto de los cuales las normas jurídicas no dicen nada y son, por ello, completamente libres. A partir de este planteamiento, se afirma, no tiene sentido hablar de lagunas ya que si una conducta es jurídicamente relevante estará contemplada por una norma, y si no lo está será porque es un comportamiento libre²⁵⁸¹.

Esta teoría es criticable desde dos puntos de vista: en primer lugar, por mucho que se afirme que lo no regulado por el Derecho es por ser jurídicamente irrelevante, el hecho es que se presentan ante los jueces conflictos a los que deben dar respuesta y que no se encuentran regulados, sin que la teoría del espacio jurídico vacío proporcione al juez ninguna pauta para solucionarlos. En segundo lugar, esta teoría no tiene en cuenta que en cualquier sistema jurídico existen normas permisivas; es decir, normas que ni ordenan ni prohíben sino que autorizan comportamientos, de tal forma que siguiendo la teoría del espacio jurídico vacío habría que diferenciar la esfera de la libertad jurídicamente relevante (la regulada por las normas permisivas) y la esfera de la libertad jurídicamente irrelevante (la del espacio jurídico vacío, *adiaphorias*), que en realidad sería una libertad no protegida.

²⁵⁸¹ La sociedad se conforme por ambos tipos de comportamientos. Ya STAMMLER sostenía que el concepto de sociedad podía descomponerse con dos elementos: por un lado la *vinculación* que constituye una regulación externa condicionante de la convivencia; por el otro hállase la *actividad común* de los componentes de la sociedad, que tiende a lograr la satisfacción de necesidades en base a la cooperación. “El querer vinculatorio es la condición lógica de la conducta de los integrantes de la sociedad; en cambio, la actividad social es un elemento lógicamente condicionado y constituye su materia... si la articulación de los fines de los individuos depende de la misma voluntad vinculatoria, nos encontramos en el ámbito del derecho y la vinculación reviste el carácter de fija y permanente. Si, por el contrario, la articulación de fines hállase librada al arbitrio de los individuos vinculados, la vinculación ya no será permanente, sino que habrá de realizarse en cada caso concreto”. Conf. LACLAU, MARTÍN; *Sendas del pensamiento jurídico en el siglo XX*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, pág. 10.

La idea de norma general inclusiva es similar pues, cuando una norma jurídica regula un determinado supuesto, simultáneamente estaría realizando dos cosas: por un lado, incluyendo ese supuesto en la regulación pero, por otro, excluyendo de la misma cualquier otro supuesto diferente. Por tanto, no tiene sentido hablar de lagunas ya que cualquier situación está regulada por el Derecho, bien por inclusión (al estar contemplada por una norma jurídica), bien por exclusión (al estar regulada por la norma general inclusiva). En definitiva, esta teoría afirma que todo comportamiento, no expresamente obligado o prohibido por una norma jurídica, está permitido por la norma general exclusiva y el Derecho lo protege tanto si se lleva a cabo como si no. Por comparación con la teoría del espacio jurídico vacío, podría afirmarse que para la tesis de la norma general exclusiva, sólo existe el espacio jurídico lleno y la libertad está siempre protegida. Esta teoría también ha sido criticada con distintos argumentos: primeramente, tal norma no existe, nadie la ha promulgado y de hecho los jueces nunca la ponen en práctica; en segundo lugar, no sólo no existe, sino que en los sistemas jurídicos existen normas del tipo de los arts. 15 C.C. y 273 C.P. argentinos.

Esta construcción, entendemos, está soslayando que el hecho de la existencia o no de una laguna jurídica es una cuestión opinable en la que la subjetividad del juez juega un papel relevante. En el momento de decidir qué norma contempla el supuesto de hecho que el juzgador debe resolver, en muchas ocasiones caben dos posibilidades: que el asunto esté regulado por una norma fruto del significado *prima facie* de una disposición o que, también *prima facie*, no lo esté. En el primer caso, el juez tiene ante sí dos nuevas alternativas: que la regulación proporcionada por la norma le parezca satisfactoria para el supuesto que debe resolver, en cuyo caso aplicará la consecuencia jurídica que prevea; o que le parezca inadecuada. Ante esta última situación nada impide que el juez proceda a una interpretación restrictiva de la disposición que *prima facie* contemplaba el supuesto de hecho, con el fin de excluirlo de su ámbito de aplicación (v.g. utilizando una argumentación *a contrario*), proclame la existencia de una laguna jurídica y la solucione por medio de la analogía. Se habla entonces de lagunas axiológicas, puesto que surgen al confrontar el sistema real con un sistema ideal. En el segundo caso, es decir cuando ninguna de las disposiciones del sistema jurídico expresa *prima facie* una norma que contemple una consecuencia jurídica para el supuesto de hecho que el juez debe resolver, también caben

dos actitudes por su parte: proclamar la existencia de una laguna y resolverla o evitarla por medio de técnicas interpretativas. Para esta última finalidad puede ser útil, por ejemplo, la interpretación extensiva de una disposición, ampliando su ámbito de aplicación hasta incluir el supuesto *prima facie* no regulado. El efecto es el mismo que utilizando los instrumentos de integración del Derecho: atribuir una consecuencia jurídica a un supuesto para el que inicialmente no estaba prevista. De ahí que la analogía, el argumento *a fortiori*, el argumento *a contrario* y los principios jurídicos, puedan ser considerados simultáneamente instrumentos interpretativos destinados a evitar lagunas e instrumentos de integración destinados a solucionarlas. La elección entre un medio y otro no viene determinada por las normas jurídicas, de tal modo que, en buena medida, la subjetividad del juez jugará un papel importante en la elección.

No es fácil determinar en qué circunstancias un juez opta por evitar la laguna y en cuáles declara su existencia. Por un lado, puede suponerse que interviene de algún modo lo satisfactoria que le parezca al juez la solución ofrecida por cada una de las alternativas. Pero, por otro, la práctica jurisprudencial parece mostrar una mayor tendencia a evitar proclamar la presencia de una laguna, y a mantener la imagen de plenitud del sistema jurídico. Indudablemente, y atendiendo a la persuasividad de la decisión judicial, extender el ámbito de aplicación de una disposición hasta incluir el supuesto no expresamente regulado, implica presentar la decisión como una simple aplicación de una norma implícitamente formulada por el Legislador. De ese modo queda reforzada tanto la imagen racional del Legislador por su previsión, como la imagen de neutralidad del juez, que aparece como un mero aplicador de soluciones jurídicas proporcionadas por el Legislador.

Al estudiar la aplicación judicial del Derecho vimos que es un proceso en el que intervienen hechos y textos jurídicos, pero también observamos que no puede soslayarse el rol del juez en dicha interacción. Por esta vena, destacamos que no es posible asumir una magistratura mitificada como una institución desprovista de sentimientos, preferencias, valoraciones e ideologías. Las decisiones judiciales, son fruto de un hombre: el juez, y por ello susceptibles de valoraciones y elecciones que él realiza a la hora de aplicar el Derecho al caso concreto. Hemos examinado que el juez, a lo largo del proceso aplicativo, concluye con una decisión final sobre el caso planteado donde elige, valora,

extrae conclusiones y vierte opiniones personales (i.e. proyecta en su actividad todas sus convicciones, preferencias y opciones).

Se destacó que, y en apoyo de lo anterior, la actividad interpretativa, tiene también mucho de política jurídica; hay un juicio valorativo y político, que muchas veces halla justificación en términos políticos. En este sentido, las valoraciones y elecciones del juez no son, esencialmente, diferentes de las que efectúa el Legislador, cualitativamente son similares, aunque el Legislador tiene declaradamente un margen mayor de discrecionalidad. El grado en que el juez usa de sus facultades es limitado y regulado por el Derecho, no existe ningún caso *puro* de creación del Derecho; siempre que el tribunal crea Derecho, aplica también disposiciones jurídicas que restringen y guían su actividad; estas limitaciones explican la diferencia entre creación judicial y legislación, el Derecho creado por el primero tiene un status diferente del segundo. En estrictez, el Derecho que crea el juez es obligatorio y válido como el legislado, pero está sometido a revisión potencial en todas las ocasiones en que su aplicación es litigiosa, metafóricamente, dice RAZ,

“...el derecho creado por el juez es menos ‘obligatorio’ que el derecho legislado.”²⁵⁸²

La diferencia entre ambas modalidades está justificada, los tribunales tienen una falta de calificación especial –con fulcro en la división de poderes– para llevar a cabo una reforma amplia del Derecho; su formación y práctica los familiariza con problemas concretos, donde se dan ocasiones y necesidad de extender o atenuar el funcionamiento de algunas tesis o de resolver conflictos o anomalías en la aplicación; pero no están facultados para deconstruir y construir los presupuestos fundamentales en los cuales se basa el Derecho. Más allá de lo antedicho, dentro de los límites admitidos de facultad de creación jurídica que tienen los jueces, actúan y deben hacerlo como lo hacen los legisladores (i.e. deben adoptar aquellas normas que juzguen mejores); este deber jurídico es esencial, no les es permitido actuar arbitrariamente, ni aun cuando crean nuevo Derecho, tienen que ejercer su discrecionalidad de forma de hallar la mejor solución. La diferencia entre aplicación judicial y creación judicial del Derecho no es paralela a la diferencia entre consideraciones razonadas y consideraciones arbitrarias, es la diferencia entre normas impuestas autoritativamente y normas consideradas adecuadas. Contra esto nada puede alegar la

²⁵⁸² RAZ, JOSEPH; *La autoridad del Derecho...*, cit., pág. 245.

crítica de la falta de legitimidad democrática de los jueces, de hecho, como ya hemos analizado antes²⁵⁸³, el Derecho creado por el juez no es más antidemocrático que bastante legislación, lo cierto es que la crítica, se dirige a algo distinto: derechamente a la facultad de creación judicial del Derecho, pero nada predica en torno a que exista de hecho.

El eje del *ámbito de indeterminación* que postulamos, se halla eslabonado, en su *primer paso*, con la cuestión de elegir la disposición legal aplicable al caso; a diferencia de lo que ocurre en otros momentos del proceso de aplicación judicial del Derecho, aquí, no parece haber nada que se contraponga a la idea de que el juez efectúa una elección. Pero, a su vez, lo más importante, es que esa elección no halla fulcro en criterios cognoscitivos sino valorativos.

Como ya hemos presentado insistentemente, la aplicación de la norma al hecho no opera de forma automática como postula la tesis tradicional, no existe un silogismo. La interpretación de los hechos, su calificación jurídica, y la consiguiente adecuación dentro del supuesto recogido por la norma, están íntimamente relacionados. Hay varios círculos hermenéuticos: a) el primero entre el hecho físico y su calificación jurídica –sin conocer el hecho²⁵⁸⁴ no es posible su calificación, y además para comprender el hecho es preciso conocer los caracteres que de él son relevantes para el Derecho-; b) entre el supuesto del hecho y el hecho, y c) finalmente la aplicación sólo es posible tras la interpretación del hecho y de la norma, el que estará influenciado por las representaciones del juez. No hay nada de mecánico en este proceso, el concepto que el juez se formare del objeto a interpretar, influye, decisivamente, en la elección de la técnica de interpretación y en la elección de la norma a aplicar. Ya Kelsen había percibido que no se puede operar por el modo silogístico, pues las normas no son juicios enunciativos²⁵⁸⁵, sino que su existencia depende de un acto de voluntad que constituye su significado.

La gran objeción a este aserto es que existen casos tan claros que no cabe duda sobre su subsunción en una norma. Aun suponiendo la mayor o menor extensión de casos típicos, y ello a pesar de que los textos no son claros en modo alguno, también hemos

²⁵⁸³ Ver *supra* parágrafo 52.1 (“La legitimidad de los órganos aplicadores para crear Derecho”).

²⁵⁸⁴ Que ya hemos visto que no posee facilidad alguna.

²⁵⁸⁵ Obsérvese que de la verdad de la proposición general “Todos los hombres son mortales”, se infiere la verdad de la proposición individual “Sócrates es mortal”: pero estos son juicios enunciativos. Por el contrario, de la validez de la norma general “Todos los homicidas deben ser sancionados”, no se extrae la validez de la norma individual “Sempronio debe ser sancionado”.

visto que existen “casos atípicos”, “casos de penumbra”, “casos difíciles” y además “casos trágicos”, en estos –y particularmente en los últimos-, la discrecionalidad del juez es insoslayable; ya sea porque es quien elige entre las disposiciones legales aplicables la que considere más relevante, y porque es el que decide en los casos de penumbra –sin criterios rígidos que se le impongan- la inclusión en el campo de aplicación de un concepto o su no utilización. Sintéticamente, al elegir la norma aplicable al caso, las valoraciones del juez intervienen desde la interpretación de la norma y el hecho hasta definir o redefinir los conceptos que aquella emplea.

El juez siempre tiene dos alternativas: o bien se pronuncia por la claridad de la norma, de donde se apoyará en el aforismo *in claris non fit interpretatio*, establecerá que no debe –o no puede- interpretarla; o bien se pronunciará porque la regla no es clara y exige interpretación, en este último supuesto el proceso interpretativo es explícito. La elección por uno u otro camino trae consecuencias relevantes, en el primer caso es dable preguntarse por el criterio que utilizó el juez para apreciar la claridad del texto legal (usualmente las definiciones que el Legislador utilizó o el sentido “usual” de los términos), en el segundo, tendrá que elegir entre los métodos posibles aquel que resulte más adecuado para “descubrir” el significado de la norma.

Los juicios de valor son ineludibles en los procesos definitorios y redefinitorios. La idea del sentido “vulgar” de los términos jurídicos no escapa, por sí, a la polisemia que afecta a todos los signos lingüísticos. Por ello, aun en el supuesto –discutible- de que una disposición sea clara, el juez efectúa valoraciones.

En esencia, ya hemos insistido suficientemente, los jueces renuncian a admitir su interpretación, la consideren algo indeseable, algo de lo que debe alejarse en la medida de lo posible; ello suele deberse a cuestiones de sustentabilidad de las justificaciones, es más sencillo apelar a la noción de un texto claro, al que se limita a aplicar, que a recurrir a su autoridad para imponer una interpretación propia. Su actividad resulta, de este modo, más aséptica y robusta: el juez no decide, sino que pronuncia lo ya prescripto por el Legislador.

Sin embargo, la interpretación es ineludible. Y cuando un juez admite lo abierto de la conclusión a partir de lo anterior, ha de recurrir a los métodos interpretativos para resolver el entuerto. Sobre lo amplio y variado de estas directivas, ya hemos hablado, y

el de los principios a los que los jueces pueden acudir, incalculables. En este tramo se impone una nueva elección, es el *segundo paso del ámbito de indeterminación*: la elección entre los distintos métodos, es una cuestión valorativa. El por qué se prefiere el argumento teleológico al sistemático, o el *a fortiori* sobre el *ad absurdum*, o tal principio a otro, no radica simplemente –o no sólo– en el peso, sino en la discreción.

La elección adoptada por el jurista no estriba en abstractas argumentaciones metódicas, sino en el objetivo o resultado a los que la elección conduce *en concreto*, y, por ello, prevalentemente a fines justificativos.

Establecida la vía interpretativa, el juez, tampoco aquí, se limita a una simple aplicación técnica de la misma, es decir, los mismos métodos de interpretación, son susceptibles de ser enunciados de diversa manera, y un mismo método proporcionar diferentes sentidos de un mismo documento normativo. El subjetivismo del juez es relevante también en este tramo, la puesta en práctica de los métodos está sometida a valoraciones.

No podemos olvidar lo importante de entender que el análisis es en concreto, de un mero vistazo a la jurisprudencia, se percibe que los métodos se seleccionan según las circunstancias, es una actividad discrecional. Además, no hay algo así como “el método preferible del juez”, estos recurren a aquellos conforme a la aplicación de la interpretación. Es muy interesante advertir que las elecciones, en gran parte, se hallan prefiguradas por la ideología del juez de cara a la aplicación del Derecho, no es un proceso lógico.

El juez no juzga como “boca de la ley”, sino siguiendo la idea preconformada que tiene de la regla en sí. Tal imagen, se elabora, no sólo en base al texto de la disposición, sino recurriendo en apoyo a diversos mecanismos metodológicos y fuentes extralegales. De este conglomerado, depende el resultado jurídico, ya que frente a un mismo texto, y a un mismo caso concreto, la elección de un camino u otro puede conducir a resultados divergentes.

Esta premisa de las soluciones diferentes da cuenta de que la decisión del caso, no viene dada por el material preexistente, sino por la autoridad del intérprete y por la calidad de su interpretación.

Esto permite traer el *tercer paso del ámbito de indeterminación*, que no es cronológica ni lógicamente seguido de los otros, sino que se lo analiza *a posteriori* por

método expositivo; en rigor, es cronológica y lógicamente anterior a los otros dos: las decisiones no son tomadas en función de reglas generales, sino que, del examen de cada caso concreto, con sus particularidades, se postula una solución y se racionaliza, *a posteriori*, el material que la fundamenta (método interpretativo, reglas preexistentes, baremos extralegales, *et sit cétera*) –el “existencialismo jurídico” de BERNARD CHENOT-²⁵⁸⁶. El mecanismo jurisprudencial, hemos visto, no es deductivo, ni inductivo: sino abductivo.

Una suerte de *cuarto paso* está dado por el uso del pensamiento analógico. Si bien muchas veces, como ya se analizó, se habla de que se ha interpretado restrictivamente o extensivamente, no siempre es claro lo que con ello se quiere decir; pues presupone que se conoce el significado que se considera correcto. Generalmente se supone que es en relación al sentido literal que se predica tal corrección, de donde, una interpretación amplia es la que va más allá del sentido literal; en tanto que por estricta se entiende la que resta detrás de él. Pero con ello se está desconociendo que el sentido literal no es una magnitud fija, sino casi siempre variable. Ir más allá del sector marginal más ampliamente concebido sólo es posible mediante la analogía. En rigor no se alcanza un esclarecimiento o precisión del texto legal, sino que el resultado de la analogía es un rebasamiento de los límites, es una desviación del texto bajo la forma de una adición o de una corrección: se trata pues de un desenvolvimiento del Derecho dirigido metódicamente.

La interpretación y el desenvolvimiento del Derecho no difieren en esencia. Son, antes bien, dos facetas de un proceso del pensamiento. El desenvolvimiento a través del uso de la analogía, es sólo la continuación de la interpretación más allá del límite inmanente de ésta –del sentido literal posible-. Se convierte una imprecisión que antes existía (sea de una expresión, del sentido, *et sit cétera*) en precisión, porque establece entre varios significados posibles, uno como el “correcto”; el que, por ello, habrá de considerarse en adelante como el “correcto”. Esta corrección no es de sustancia, como se estudió, sino de procedimiento; esto es, la corrección procede de las técnicas de argumentación racional empleadas²⁵⁸⁷.

²⁵⁸⁶ Cit. por CORTIÑAS- PELÁEZ, LEÓN; *De la concepción autoritaria y de la concepción democrática del Derecho Administrativo*, en Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, nro. 84, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1992, pág. 434, nota 26.

²⁵⁸⁷ *Vide supra* el párrafo 37 (“Derecho y argumentación jurídica como discurso racional”).

Para arribar a este resultado se precisan múltiples y complejas consideraciones, y también el enjuiciamiento ponderativo y valorativo: en definitiva, la interpretación es ya, también, una actividad creadora. Como se ha puntualizado en estas líneas, el resultado de la interpretación no se reduce a la seguridad de una operación de cálculo, la ley no se presenta al aplicador como una simple “subsunción”²⁵⁸⁸. La interpretación es un peldaño en el desenvolvimiento abierto del Derecho: el aplicador debe cobrar conciencia de la modificación que el Derecho experimenta continuamente al ser aplicado a las diversas relaciones cotidianas.

Aun cuando se conciba el proceso cognoscitivo como un proceso dialéctico (como lo entendía JULIUS BINDER), en el que la estructura propia del objeto se da a conocer progresivamente, al atraerla el cognoscente, “pensándosela”, a la conciencia –es decir, a la manera del conocimiento dirigido metódicamente-; este proceso, sigue siendo, sin embargo, un proceso creador en cuanto exige la libre actividad del sujeto cognoscente hacia la meta del conocimiento. Ya RADBRUCH había señalado que la ciencia del Derecho era, con relación a su objeto, tanto reproductiva como productiva, tanto refleja como desarrolladora; y lo era, en la medida en que estos elementos se mezclaban continuamente en la realización viva de la ciencia del Derecho²⁵⁸⁹.

La relevancia de la analogía, que es la transportación de la regla dada en la ley para un supuesto de hecho, a varios supuestos de hecho similares no regulados sino formados por el enjuiciador (en atención a un caso concreto que hay que decidir); se basa en la premisa de que en todos estos casos está indicado el mismo enjuiciamiento jurídico: por su similitud, la consecuencia jurídica del hecho reglado, es válida también para el no reglado. La justificación de este procedimiento deviene del postulado de justicia de tratar jurídicamente igual lo semejante. Que dos supuestos de hecho son *similares* entre sí quiere decir que coinciden en ciertos aspectos y en otros no.

La aplicación analógica se justifica ante las coincidencias, precisamente en aquellos aspectos regulativos para la valoración jurídica. De donde, la analogía exige, en primer lugar, una comparación del supuesto de hecho no regulado con uno o con varios supuestos de hecho reglados en la ley que lleve a la constatación de un carácter común;

²⁵⁸⁸ Ver *supra* parágrafo 31 (“La interpretación jurídica”).

²⁵⁸⁹ LARENZ, KARL; *op. cit.*, pág. 289.

pero además exige un juicio de valor que sostenga que precisamente aquello en lo que coinciden los supuestos de hecho comparados es “esencial” para su valoración jurídica y que aquello en lo que se diferencian es “inesencial”. ENGISCH entendía que este proceso asociaba la “lógica” que constataba lo que es común, con la “teleológica” que indagaba lo inmanente a la ley²⁵⁹⁰.

El procedimiento es similar a la integración de un concepto de valor indeterminado, mediante la comparación de casos. Sólo que aquí no se comparan casos individuales, sino casos o grupos de casos típicos, de los cuales uno de los grupos de casos está comprendido por un supuesto de hecho legal, pero los otros no. Claramente, como ya se analizó²⁵⁹¹, el problema de la analogía estriba no ya en la constatación de la similitud de los supuestos de hecho, cuanto en señalar si la coincidencia parcial es relevante valorativamente hasta el punto de justificar el tratamiento jurídico igual de los grupos de casos.

Lo dicho reconduce a visualizar una *quinta etapa* explicativa de este proceso, que es la derrota del principio de legalidad pese a su declamación y atrincheramiento pétreo en el discurso penal. Queda claro que el *tipo penal* no nace del *nullum crimen sine lege*, puesto que es necesario incluso en sistema de tipos judiciales para averiguar la tipicidad. Tampoco es cierto que la mera existencia de tipos legales garantice la realización del *nullum crimen sine lege*, pero los tipos son necesarios para que este funcione.

El discurso penal ha señalado que se debe respetar el principio de legalidad, interpretando el texto conforme a estricta legalidad, o descartando por inconstitucional cualquier integración analógica²⁵⁹². Pero ello resta en el plano de lo discursivo, pues en la realidad no se da.

Lo único que resta de cierto, es que la necesidad del tipo legal es de naturaleza lógica, y que su formulación es necesaria al Derecho Penal. El fenómeno de selección textual de acciones para una selección punitiva de personas, es de posible reducción pero de imposible supresión. También hemos señalado que la construcción del

²⁵⁹⁰ Cit. LARENZ, KARL; *op. cit.*, pág. 301.

²⁵⁹¹ Ver *supra* subparágrafo 34.4 (“La analogía”).

²⁵⁹² ZAFFARONI, EUGENIO R.; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO; *op. cit.*, pág. 434.

tipo es valorativa²⁵⁹³ y que su importancia estriba en el juicio de tipicidad que, con base en el tipo, permite establecer la tipicidad de la acción. Pero la interpretación, que es un paso previo al juicio de tipicidad, no es fáctica, ni lógica, sino valorativa y discrecional; de donde, el tipo textual se diluye en el tipo de interpretación que a partir del anterior interpreta el jurista²⁵⁹⁴, siendo este y no aquel el que finalmente importa. Si bien se ha dicho que

“...esta lógica se aparta de lo real e impide percibir que, sin quererlo, opera un desplazamiento desde la ilusión revolucionaria francesa de perfección del legislador hacia una ilusión de perfección preciosista y agotadora del derecho penal, es decir, del legislador capaz de producir un tipo penal diáfano y unívoco para cualquiera, a la del penalista capaz de interpretar un tipo de forma acabada e inmutable y de proyectarlo iluminando todos los pragmas que el mundo pueda ofrecerle, sin que ningún dato concreto de los mismos sea capaz de generar nuevas dudas e interpretaciones, puesto que ya las habría agotado todas con su imaginación.”²⁵⁹⁵,

lo cierto es que, entendemos, la discusión no se halla en el plano de lo teórico, sino en el práctico, no se trata de cambiar *una ilusión por otra*, sino de posicionarse frente a lo real.

A partir de advertir que no hay modo de expresar el desvalor de acción sin apelar a descripciones, se pretendió entender que *el tipo era puramente objetivo y avalorado*, pero ello soslayó la problemática relativa a la existencia de las lagunas, de los elementos normativos del tipo, de las reglas injustas, de las cláusulas generales y de la derrotabilidad en el conocimiento del derecho²⁵⁹⁶.

Lo que nos lleva a sumergirnos en el *sexto y último tramo* de estos lineamientos. El sostener con obstinación el respeto a la letra de la ley, inviabiliza, también, el desarrollo de una adecuada teoría constitucional, que no se quede en la simple repetición de los preceptos constitucionales. Ajustarse a la literalidad, *prima facie*, facilita la tarea de tomar decisiones, pero cancela la función de construir un sistema de justicia constitucional que sirva de orientación en todos los niveles.

²⁵⁹³ Vide supra parágrafo 40 (“Una aproximación al Principio de Legalidad”).

²⁵⁹⁴ ZAFFARONI, EUGENIO R.; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO; *op. cit.*, pág. 436.

²⁵⁹⁵ ZAFFARONI, EUGENIO R.; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO; *ibidem*.

²⁵⁹⁶ Ver parágrafos 49 (“La actividad creadora del juez ante los conceptos normativos, indeterminados y las ‘cláusulas generales del derecho’”), 50 (“La actividad creadora del juez ante las ‘lagunas’ y las ‘reglas injustas’”), y 51 (“Derrotabilidad y conocimiento del Derecho”).

Diferenciando entre *juicios determinantes* y *juicios reflexionantes*, tenemos que en los primeros, lo universal se da de antemano para la subsunción, en tanto que en los segundos lo universal falta y de alguna manera se construye desde lo particular. Los juicios reflexionantes demuestran que existe un conjunto de razones que justifican la decisión

“Se juzgan actitudes, acciones, personas y se toman decisiones. Quien juzga ha de tener sabiduría y saber que está en juego la dignidad de las personas; en consecuencia, ha de ponderar, deliberar sobre las variables que rodean las situaciones correspondientes.”²⁵⁹⁷

Si bien los juicios de legalidad son determinantes, los de justicia son reflexionantes; aquí se entiende que los casos sometidos a su resolución, deben ser analizados bajo el prisma de la justicia constitucional y no simplemente quedarse en la interpretación literal de los textos legales.

Lo dicho nos lleva a detenernos en el activismo judicial, que ya hemos visto, lo que da la pauta, no sólo de una mejor manera de entender la mecánica judicial, sino también de mejores resoluciones en su contenido fundamentador y racionalizador. Las sentencias de los jueces, si bien parten de las normas del ordenamiento jurídico, no pueden quedarse en ellas bajo el riesgo de que su actividad sea calificada de meramente subyuntiva. Han de tomar la norma, pero reinventarla, restaurarla a través de la interpretación. Esta interpretación reinstauradora, reinventiva y libremente decisoria del juez requiere que la justicia del caso, no consista solamente en la conformidad, en la actividad reproductora de la sentencia, el reto mayor en la justicia de una decisión es que

“...sea a la vez regulada y sin regla, conservadora de la ley y lo suficientemente destructiva o suspensiva de la ley como para deber reinventarla, rejustificarla en cada caso, al menos en la confirmación nueva y libre de su principio.”²⁵⁹⁸

En el análisis del activismo judicial chocamos con un problema adicional. Ya sea porque los jueces no deben su nombramiento al sufragio y permanecen al margen del sistema de partidos, o porque tienen atribuida una función de peso o contrapeso con los restantes poderes, su relación con el circuito democrático de formación de la voluntad política se encuentra en inevitable tensión. La relación juez/ democracia es potencialmente conflictiva, los valores que la segunda implica parecen hallarse ajenos a la judicatura, tanto

²⁵⁹⁷ PÉREZ CARRILLO, AGUSTÍN; *op. cit.*, pág. 113.

²⁵⁹⁸ DERRIDA, JACQUES; *Del Derecho a la Justicia*, en “Fuerza de ley. El fundamento místico de la autoridad” (trad. Adolfo Barberá y Patricio Peñalver Gómez), Tecnos, Madrid, 1997, pág. 53.

en el plano orgánico como epistémico. Eventualmente, la compacidad ideológica y la consistente homogeneidad de la burocracia judicial la mune de una estabilidad e impermeabilidad a los cambios de signo progresivo que, en momentos de crecimiento democrático, puede plantear problemas de alguna importancia. Esta cuestión, hemos visto oportunamente²⁵⁹⁹, reducida al tratamiento de la microconflictualidad (v.g. civil y penal), propia de las relaciones entre particulares, no es tan patente; es en el Estado Constitucional de Derecho que se produce el choque, como es bien sabido y consta por experiencia reciente, ello conlleva un significativo reforzamiento de la presencia de la judicatura como *poder judicial*, en el sentido de *jurisdicción*; esto es, de aplicación del Derecho *erga omnes*, incluidas las instancias de poder y en condiciones de independencia.

En los ordenamientos constitucionales modernos se advierte una constante expansión del papel del Derecho, con la consiguiente ampliación del papel de la jurisdicción.

Fue LUIGI FERRAJOLI el que llamó *cambio de paradigma de la política y del Derecho* a este proceso de transformación, devenido esencialmente a partir de la consagración de los derechos fundamentales como “dimensión sustancial de la democracia”, que en las constituciones rígidas están llamados a operar de manera efectiva en la forma de un sistema de límites y vínculos a la acción de los poderes públicos (incluido el Legislativo). Los derechos fundamentales reciben, por esta vía, el tratamiento especial que les corresponde en cuanto fundamentos funcionales de la democracia (es sólo a través del ejercicio individual de los derechos fundamentales como se realiza un proceso de libertad que es elemento esencial de las democracias), para la que antes no eran más que un mero referente externo.

Tamaño transformación, obviamente, conllevó un reposicionamiento del juez en sus relaciones políticas y jurídicas. Por una parte, hizo posible su acceso a un estándar de independencia antes siquiera pensado; y por otro, por la modificación de la relación del juez con la ley en el momento de la interpretación/ aplicación, en tanto que se involucra con la “existencia” y “validez” del Derecho; las que, por otra parte, dejan de ser la misma cosa (paradigma kelseniano) como acaecía en las democracias puramente procedimentales, quedando sometido sólo a la ley válida y hallándose obligado a cuestionar

²⁵⁹⁹ Ver *supra* parágrafo 52.1 (“La legitimidad de los órganos aplicadores para crear Derecho”).

la legitimidad constitucional que, a juicio del juez, no guarde necesaria relación material de coherencia con la Constitución²⁶⁰⁰.

Ya fue explorado en el texto, oportunamente, porqué entendemos que la impugnación dirigida desde el hontanar del discurso democrático, al activismo judicial, se halla huera de fundamentos. Baste decir en estas últimas líneas que el Estado Constitucional de Derecho, ciertamente, comporta algún tipo de redistribución del poder a favor del judicial, como consecuencia de la mayor relevancia otorgada a éste y de la revitalización de su independencia: también conlleva un replanteamiento del criterio de legitimidad de la jurisdicción.

Por esta vena, hemos entendido que la certeza del Derecho y de seguridad jurídica que resultan de la vigencia del sistema napoleónico de organización judicial, no tenía que ver con la constitucional sujeción del juez a la ley, sino con su dependencia político- administrativa y la consiguiente homogeneidad ideológica. Los vínculos derivados de la sumisión a la jerarquía y al control ideológico de los jueces como factores de certeza y seguridad, no han sido eficazmente trasvasados por mecanismos compatibles con el sentido constitucional de la independencia, realmente aptos para producir la razonable y necesaria armonía y estabilidad de los criterios jurisprudenciales, de la calidad que demanda un Estado efectivamente de Derecho.

La cuestión problemática aparejada por el rol del juez en el modelo constitucional de referencia, tiene también una derivación de formación: ha llevado a hacer que los jueces sigan viéndose a sí mismos preferentemente reflejados en el espejo del positivismo dogmático; como aplicadores de la ley, cual mecánicos y naturales productores de certeza. Esto por una deficiente comprensión del sistema jurídico y del papel que les cupe. Lo dicho patentiza una distorsión interesante, por un lado, los jueces se sienten meros aplicadores, y por otro interpretan, de hecho, las normas; la conclusión es un mal conocimiento o incluso desconocimiento de la verdadera calidad de los instrumentos que emplea, de esta manera, cuando pondera en la aplicación de principios, lo hace sin plena conciencia del alto margen de discrecionalidad que maneja y de la necesidad de justificar adecuadamente su uso.

Se ha dicho que

²⁶⁰⁰ IBAÑEZ, PERFECTO ANDRÉS; *Democracia con jueces*, cit., pág. 247 y ss.

“Curiosamente, a producir el resultado que se expresa en este fenómeno han contribuido no poco –desde el ámbito académico- autores que, preocupados por el extrapoder del juez y por los riesgos del activismo judicial, han tratado de mantener a aquel en su adscripción al más rancio de los paleoformalismos.”²⁶⁰¹

Con esto se contribuye a generar y construir un perfil peligroso del juez: el que opera desde la falsa conciencia de los perfiles reales del propio rol, de la naturaleza del poder que ejerce. La insistencia en imponer el formalismo interpretativo y de paradigma exegético, lleva a construir actitudes inconscientes judiciales, no debidamente percatadas de la inevitable discrecionalidad a la que utilizan inopinadamente.

Lo que resta es destacar y procurar que los jueces sean operadores plenamente conscientes de la centralidad de su función, y de la verdadera calidad de su poder. Sólo así pueden ejercerlo de forma legítima: con estricta sujeción a la ley y con conciencia informada de sus decisiones, a las que deben dotar de justificación racional en todos sus aspectos que las hagan suficientemente comprensibles. Cumplido ello no debe temerse que los jueces utilicen filosofía moral en vez de la teoría jurídica, o que releven una jurisprudencia de valores en vez de potenciar el normativismo.

Las teorías de la argumentación jurídica procuran superar lo puramente formal, entienden que no puede predicarse la verdad de las proposiciones sustentadoras que se utilizan. La verdad es una propiedad de las proposiciones y, en tal sentido, son independientes de la opinión de los hombres. Los razonamientos que postulan las teorías de la argumentación, son opiniones que procuran persuadir o convencer: sus inferencias no se nos presentan como válidas o necesarias, sino que se trata de argumentos más o menos convincentes. ARISTÓTELES ya había percibido la relevancia de estos instrumentos. El pensamiento racionalista surgido a partir de DESCARTES paralizó el entendimiento de este tipo de mecánicas hasta hoy día.

HERMAN ISAY, si bien, como ya se mencionó²⁶⁰², de forma radical, había advertido que la decisión judicial, en oposición a la norma general, era un querer y que se fundaba en un sentimiento valorativo,

“Como el valor de la justicia es, en opinión de ISAY, ‘inaprehensible absolutamente para la razón humana’, y, por otra parte, la decisión, como acto jurídico, tiende a la

²⁶⁰¹ IBAÑEZ, PERFECTO ANDRÉS; *Democracia con jueces*, cit., pág. 255.

²⁶⁰² Ver *supra* parágrafo 53 (“Recapitulación y conclusiones”).

justicia, ha de surgir, por necesidad, ‘irracionalmente’, es decir: la decisión ‘es engendrada por el sentimiento jurídico’.”²⁶⁰³

BÜLOW, EHRLICH y el resto de los defensores del movimiento del Derecho libre, habían percibido correctamente que la decisión de un caso jurídico exige casi siempre algo más que una mera deducción lógica, algo más que una subsunción. Tanto la formulación de la decisión en el caso concreto, como la interpretación y el desenvolvimiento de la ley son, en efecto, aportes creadores. Pero ello no implica que no sean procesos cognoscitivos, sino que tal actividad es menor; no debe soslayarse que existen aportes cognoscitivos creadores, pero a ellos se añade un indudable proceso volitivo que se funda en la percepción de una conexión de fin en criterios valorativos.

EHRLICH señalaba que, junto a las *normas de organización*, surgidas socialmente y que indican la posición de cada individuo dentro del grupo a que pertenecen y los hechos que se ven afectados en la vida social; existen las *normas de decisión*, que no surgen espontáneamente como las anteriores, sino que son el producto de la creación llevada a cabo por los juristas²⁶⁰⁴.

Dejando de lado unos pocos casos excepcionales, la formulación judicial del Derecho, es una formulación dirigida por consideraciones racionales; pero, lo cierto, es que no se le puede otorgar preeminencia total a la jurisprudencia de intereses o a la teoría del Derecho libre, pues en rigor, ninguna de las dos da cuenta de la totalidad del proceso creativo judicial; este último, en ocasiones, operará sobre la investigación de los intereses y su apreciación conforme al criterio de valoración en que se basa la ley (dando razón a la primera de las escuelas), pero también, habrá ocasiones en que se operará con un mayor espacio libre en la sentencia apuntocado ello en sentimientos y tendencias el juez (otorgando preeminencia a la segunda de las escuelas). La línea divisoria entre discrecionalidad y libre arbitrio se difumina en lo concreto, aunque claramente, siempre se elude hablar de las segundas diluyéndolas en la primera.

Concluyendo, allí donde la ley no ha trazado límites precisos, donde no existe una línea unitaria en la jurisprudencia, allí donde las opiniones fluctúan, el juez tiene un *espacio libre de juicio*, que deviene un *ámbito indeterminado o libre de valoración jurídica*; dentro del cual ha de realizar un enjuiciamiento según su *propio “arbitrio”*. Un

²⁶⁰³ Cit. LARENZ, KARL; *op. cit.*, pág. 77.

²⁶⁰⁴ LACLAU, MARTÍN; *op. cit.*, pág. 57.

enjuiciamiento que no se fundamentará racionalmente. En este punto se pone claramente de manifiesto el carácter que tiene el juicio de valor como *toma personal de posición* del juzgador. Como ya se ha dicho, no es que el juez pueda juzgar arbitrariamente, máxime si se tiene en cuenta que todo juicio proporciona –en principio– un “ejemplo” para casos a enjuiciar en el futuro. El juez debe ser consciente de que su responsabilidad va más allá del caso individual que hay que decidir. Pero cómo debe fijar límites en el caso concreto, cómo debe realizar la última determinación, es algo que cuando se han agotado todas las posibilidades de “concretización” del criterio de valor mediante el esclarecimiento de su contenido y la comparación de casos, sólo lo puede decidir según su propia y personal conciencia valorativa.

Si se tienen en cuenta los diversos tópicos analizados *supra*²⁶⁰⁵, es dable advertir que no sólo existe un *espacio libre judicial de juicio* en la aplicación de un concepto de valor indeterminado, sino que a veces éste existe ya también donde aparentemente sólo se trata de la subsunción en una representación general o en el concepto de un objeto²⁶⁰⁶. Hasta un cierto e importante grado, estas representaciones y conceptos son también indeterminados. La renuncia del Legislador a determinar por sí mismo el límite, es aun más evidente cuando se sirve de una expresión indeterminada (v.g. “esencial”, “considerable”, “notable”, *et sit cétera*) para caracterizar una cualidad o una relación valorativa. En dichos casos, el juez ha de unir al enjuiciamiento basado en la percepción, o en la experiencia social, una valoración que ha de realizarse –en tanto sea objetivable– conforme a los criterios sociales o jurídicos ya reconocidos; valoración que, a menudo, vuelve a necesitar, cuando se ha de acudir a ella para el caso concreto, una decisión encomendada al arbitrio del juzgador. Ciertamente, un enjuiciamiento que descansara totalmente en el albedrío del juez, sería un acto arbitrario incompatible con su obligación de hallar una sentencia “justa” dentro del marco del Derecho vigente; por ello, cuando el juez tenga la elección entre varios enjuiciamientos que se encuentran todos ellos dentro del

²⁶⁰⁵ Ver parágrafos 49 (“La actividad creadora del juez ante los conceptos normativos, indeterminados y las “cláusulas generales del derecho”), 50 (La actividad creadora del juez ante las “lagunas” y las “reglas injustas”), y 51 (*Derrotabilidad* y conocimiento del Derecho).

²⁶⁰⁶ *Vide supra* parágrafo 30 (“Lenguaje y Derecho”).

marco de su arbitrio de juicio judicial, deberá *argumentar* en pro del que considere para el caso, según su discurrir valorativo, como “correcto”²⁶⁰⁷.

Entonces, antes del enjuiciamiento por el juez llamado a decidir, no sólo no se conoce realmente el “enjuiciamiento correcto”, sino que éste es *objetivamente incierto*, ya que sólo puede obtenerse en un acto de toma de posición personal del juez decisor.

En una importante medida, intelegir la aplicación del Derecho desde esta óptica nos lleva a que, la neta diferenciación entre Derecho Natural y Derecho positivo que estuviera en la base de la teoría jurídica desde el siglo XIX, se borre. El razonamiento judicial, tal como ha sido expuesto, pone en evidencia que el Derecho activo en el seno de una sociedad, no coincide con los textos emanados de la actividad legislativa del Estado, toda vez que las prescripciones contenidas en las leyes resultan, por conducto del activismo judicial, ampliadas o reducidas; incluso en ocasiones no son aplicadas por los magistrados.

“Si el derecho es un instrumento flexible y capaz de adaptarse a los valores considerados prioritarios por el juez, no es necesario, dentro de esta perspectiva, que el juez decida en función de directivas provenientes del gobierno, sino en función de los valores dominantes en la sociedad, consistiendo su función en conciliar estos valores con las leyes y las instituciones establecidas, de manera de poner en evidencia no sólo la legalidad, sino también el carácter razonable y aceptable de sus decisiones.”²⁶⁰⁸

No hay un monopolio legislativo en la formación del Derecho, es el juez el que adapta los textos legales al caso específico. El razonamiento jurídico se exhibe, esencialmente, en el proceso judicial. El juez, al motivar su decisión, reemplaza la mera afirmación por un razonamiento, con lo cual el acto de autoridad que en definitiva ejerce, instrumentaliza técnicas argumentativas –ya referidas- para imponer un acto de voluntad: una norma de decisión.

²⁶⁰⁷ Ver parágrafos 36 (“La corrección de los enunciados normativos. El Derecho correcto”) y 37 (“Derecho y argumentación jurídica como discurso racional”).

²⁶⁰⁸ CHAIM PERELMAN (*Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Dalloz, Paris, 1972) citado por LACLAU, MARTÍN; *op. cit.*, pág. 172.

ANEXOS

ANEXO I

La jurisprudencia analítica

Caracterización. Corrientes. Orígenes. Hume. Bentham. Austin. Kelsen. Hart. Raz. Colofón.

Con el nombre de *jurisprudencia analítica*, se conoce una teoría jurídica nacida y desarrollada en Inglaterra. Corriente cuidadosamente distinguida de la “jurisprudencia ética” o estudio de lo que debe ser el Derecho²⁶⁰⁹.

Modernamente esta corriente ha recibido aportes de la filosofía analítica, y del estudio del lenguaje en general, aunque manteniéndose vinculada a su primitivo desarrollo. De más está decir que el análisis lógico- semántico del lenguaje del Derecho, y de las proposiciones que lo describen, más allá de ser una herramienta relevante para la jurisprudencia, trasciende el marco de la vertiente que examinamos en éste apartado.

De un modo muy general puede sostenerse que la concepción analítica de la filosofía se caracteriza: a) por la primacía otorgada al estudio del lenguaje, b) el uso de métodos de carácter analítico- descompositivo en el estudio de aquel lenguaje, y c) la concentración en las problemáticas lógicas, metaéticas y de la acción humana, con la consiguiente preterición del resto de los temas de la filosofía práctica, especialmente de los ético- normativos. Asimismo, pueden destacarse dos grandes corrientes en su interior (de modo absolutamente general): a) la primera se identifica con el positivismo lógico, es claramente empirista, y toma a las ciencias positivas, a la lógica formal y a las matemáticas como modelos para su análisis lingüístico; b) la segunda, procede de G. E. MOORE, y considera al lenguaje ordinario y a los juicios de sentido común como el punto de partida de la filosofía. WITTGENSTEIN y VON WRIGHT han formado parte, en uno u otro momento, de ambos ciclos.

En el campo de la ética, la filosofía analítica produjo diversos resultados, así, por caso, la variante científicista- empirista desembocó en un decidido no- cognoscitivism ético, y la reducción de todo estudio racional posible en el ámbito moral, al de la metaética (i.e. al análisis lógico del lenguaje moral llevado a cabo en clave

²⁶⁰⁹ DWORKIN, RONALD; *Los Derechos en serio*, cit., pág. 44.

empirista), el modelo de esto fue el *prescriptivismo* de HARE.

Por su parte, la concepción analítica del Derecho, tributaria de la filosofía analítica, es además una subespecie del positivismo jurídico, al que se vincula necesariamente (v.g. a través del estudio del lenguaje en que el Derecho se formula, o las operaciones intelectuales que llevan adelante los jueces).

Los orígenes de la corriente podrían remontarse hasta GUILLERMO DE OCCAM (1285- c. 1348) y THOMAS HOBBES (1588-1679). Pero su inicio formal debería ubicarse en JEREMY BENTHAM y JOHN AUSTIN. Se ha dicho que HOBBES fue el precursor, BENTHAM el iniciador y AUSTIN su constructor²⁶¹⁰, la afinidad entre ellos estaría dada por el estatismo, el voluntarismo, el imperativismo y el legalismo en lo jurídico; en tanto que desde lo filosófico los uniría el empirismo, el utilitarismo y el objetivismo ético, en HOBBES se halla una

“sobrevaloración de las leyes sobre las otras fuentes, una teoría declarativa de la interpretación judicial; en BENTHAM, una teoría imperativa del derecho, un verdadero fetichismo de la ley que apunta a un exagerado ‘codicismo’, una crítica insistente del derecho judicial, la exigencia de la plenitud del orden jurídico como condición para eliminar el poder creador del juez; en AUSTIN, una de las concepciones voluntaristas e imperativas del derecho más rigurosas... y como en BENTHAM... el espejismo de la codificación como remedio para el desorden y la arbitrariedad del derecho judicial.”²⁶¹¹

Quienes imponen a DAVID HUME como el pionero, centran su postura en la llamada “Ley de Hume”, según la cual todos los sistemas éticos o jurídicos que pretenden de algún modo fundar el contenido de las normas morales o jurídicas en la naturaleza de las cosas humanas, incurrirían inevitablemente en la falacia de pretender derivar proposiciones deónticas o estimativas de proposiciones enunciativas de situaciones o de estados de cosas.

BENTHAM y AUSTIN delimitaron el objeto de la jurisprudencia: el Derecho positivo. Trazaron una línea divisoria entre el Derecho y la moral, los límites entre ambos se hallaban oscurecidos, para los iusfilósofos de mención, por los postulados del Derecho natural. Sus notas esenciales son: a) distinción tajante entre el Derecho y la moral; b) reducción del conocimiento, y especialmente de la ciencia jurídica, al análisis del lenguaje

²⁶¹⁰ BOBBIO, NORBERTO; *El problema del Positivismo Jurídico*, cit., pág. 208.

²⁶¹¹ BOBBIO, NORBERTO; *El problema del Positivismo Jurídico*, cit., pág. 217.

jurídico- positivo; y c) empirismo semántico y su consecuente escepticismo moral.

A través de HART, también influyó en esta corriente JOHN LANGSHOW AUSTIN (1911-1960; “el otro Austin”), quien pasó a la posteridad a partir de su estudio del pensamiento humano, a partir del examen del uso del lenguaje cotidiano. Para este AUSTIN, el análisis lingüístico podía proveer soluciones a diversos enigmas filosóficos. Desaprobaba el uso de la lógica, pues la entendía como insuficiente para la aprehensión del lenguaje ordinario; no todos los enunciados eran susceptibles de ser calificados como verdaderos o falsos: por ejemplo, las expresiones “performativas”. Para hacer determinadas cosas, deben decirse determinadas palabras bajo ciertas condiciones.

Algo similar se observa en el examen de LUDWIG WITTGENSTEIN, en *Investigaciones Filosóficas*, del que nos ocupamos en el texto de este trabajo²⁶¹².

Otros referentes de la corriente son UBERTO SCARPELLI, RICCARDO GUASTINI, JOHN MACKIE y EUGENIO BULYGIN. Más centrados en el estudio del lenguaje corriente: el ya mencionado HERBERT HART, GENARO CARRIÓ y el “primer” NINO.

Lo más decisivo en esta corriente –como en toda otra subvariante del positivismo- radica en la decisiva exclusión de la problemática de la “justicia” de las consideraciones que se conceptúan como estrictamente jurídicas. Aunque, como se menciona en el trabajo, esta tesis a partir de la deteriorante experiencia de la Segunda Guerra Mundial empezó a desdibujarse hasta ser definitivamente desestabilizada en el ámbito intelectual anglosajón por RONALD DWORKIN, para quien el punto de vista positivista es equivocado y corruptor de la idea del Derecho.

Por sólo decir unas palabras del antecedente remoto más preciso: BENTHAM, las normas pertenecen al universo de los actos externos²⁶¹³. BENTHAM distingue entre actos de la mente, del discurso y externos. A su vez, los actos son complejos o simples, los primeros consisten en una multiplicidad de los segundos, los que, si bien son heterogéneos, tienen una suerte de unidad por la relación con alguna finalidad común (v.g. el acto de mantener un niño, el acto de manejar un arma, *et sit cétera*).

“Los actos complejos son actos (genéricos) los cuales pueden ser analizados como la realización de varios actos simples en ciertas circunstancias. Las categorías de

²⁶¹² Ver *supra* parágrafo 30 (“Lenguaje y Derecho”).

²⁶¹³ Se sigue a RAZ, JOSEPH; *El concepto de sistema jurídico*, cit., pág. 72 y ss. El que a su vez se basa en HART, H. L. A. *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1982.

acto simple y acto complejo no son mutuamente excluyentes. Muchos actos que pueden ser analizados en términos de la realización de varios actos simples, también pueden ser analizados en la forma ordinaria en la que los actos simples son analizados.”²⁶¹⁴

Los actos genéricos pueden ser eminentemente genéricos (v.g. besar) o parcialmente genéricos (v.g. besar al César), en circunscripción mayor vienen los actos individuales (v.g. besar al César ahora); así los actos individuales son instancias de los actos genéricos.

Los actos positivos, para BENTHAM, son movimientos que tienen a un sujeto en el que comienzan, sujetos a través de los cuales progresan y sujetos en los que terminan. El sujeto en el que comienza el movimiento es llamado “agente”, y siempre es un ser humano. En todo acto positivo los tres sujetos pueden o no ser distintos.

Todo acto- situación es un número de hechos de los cuales, al menos uno, es un acto y los restantes hechos son circunstancias. BENTHAM asimila esto a la relación de una sustancia con sus propiedades (i.e. un círculo cuya circunferencia no está en ningún lugar, pero del cual el acto en cuestión es el centro). Un acto- situación puede ser descripto de varias maneras, esto es, como un acto y circunstancias o como un acto sólo (v.g. matar con veneno o envenenar, apretar el gatillo de un revólver con el resultado de que se dispare o disparar con un revólver). Dicho de otra manera, el mismo acto, según la forma en que se lo exprese, estará acompañado por circunstancias, o no.

Todo acto genérico elemental es un acto positivo, es decir, implica algún movimiento. Estos actos son hechos de alguna manera (rápido o despacio, usando herramientas, *et sit cétera*); esto no se especifica en su descripción. Estos actos genéricos se definen, parcialmente, por sus resultados, esto es, produciendo algún estado de cosas o impidiendo un estado de cosas. Otro elemento es una intención determinada: el resultado es asegurado con la intención que procura un cierto estado de cosas.

“Los actos elementales sirven como base para la definición de otros actos genéricos. Esto puede ser definido como un acto elemental hecho de un modo específico (e.g. envenenar) o mediante un específico movimiento (e.g. pateando o aventando una pelota).”²⁶¹⁵;

así presentados los actos elementales, es como pueden explicarse la mayoría de los actos de

²⁶¹⁴ RAZ, JOSEPH; *El concepto de sistema jurídico*, cit., pág. 73.

²⁶¹⁵ RAZ, JOSEPH; *El concepto de sistema jurídico*, cit., pág. 76.

los que se ocupa el Derecho según BENTHAM. Una disposición jurídica es “un compuesto de signos declarativos de una volición”, especies de proposiciones de lo que quiere el soberano, en toda disposición jurídica hay dos aspectos esenciales: a) un acto de uno u otro tipo que es el objeto de la volición, y b) una volición del cual dicho acto es el objeto. Según RAZ, la construcción de BENTHAM es el mejor análisis disponible de la estructura de una disposición jurídica hecha por un filósofo del imperativismo.

Las disposiciones jurídicas son entidades abstractas, no lingüísticas. Para BENTHAM las disposiciones jurídicas tienen un aspecto y un acto, o considerando la teoría preanalizada de los actos, un acto- situación; algunas de ellas tienen partes que también consisten en un aspecto y en un acto- situación, estas partes se denominan *prescripciones*. Las partes de una disposición jurídica, que no se denominan prescripciones, se las llama *cláusulas*. De aquí se extraen cuatro aspectos: a) una directiva positiva, b) una directiva negativa, c) una no directiva positiva, y d) una no directiva negativa. Un mandato incluye una permisión: excluye tanto una prohibición como un no mandato; una prohibición incluye un no- mandato y excluye tanto un mandato como una permisión²⁶¹⁶.

Cuando una cláusula es exceptiva o limitativa, BENTHAM la denomina *cualificativa*.

“En ‘está prohibido tomar la propiedad de cualquiera sin su consentimiento’ las últimas tres palabras describen una cláusula limitativa –cuando x no ha consentido, el acto es prohibido-. La misma regla, sin embargo, puede ser formulada como ‘está prohibido tomar la propiedad de cualquiera, a menos que éste consienta en ello’. Aquí la regla es formulada con la ayuda de una cláusula exceptiva: es siempre prohibido realizar el acto excepto en las circunstancias especificadas.”²⁶¹⁷

Toda disposición jurídica contiene una *prescripción* principal, que es un mandato o una prohibición (entonces la disposición es *obligativa*), o bien no es un no mandato o una permisión (en cuyo caso la disposición es *desobligativa*). Las primeras pueden contener permisiones o no mandatos como prescripciones subsidiarias, las que se comportan como prescripciones exceptivas.

Ya con agudeza BENTHAM adelantaba la variedad de disposiciones jurídicas existentes, mencionando que, a más de las nombradas, puede haberlas que contengan

²⁶¹⁶ RAZ, JOSEPH; *El concepto de sistema jurídico*, cit., pág. 77.

²⁶¹⁷ RAZ, JOSEPH; *El concepto de sistema jurídico*, cit., pág. 79.

cláusulas independientes de tres tipos²⁶¹⁸: a) *cláusulas expositivas*, que explican conceptos usados en las disposiciones jurídicas; b) *cláusulas satisfactivas*, que son declaraciones de la política diseñada para reparar daños que pueden ser causados mediante la desobediencia a la disposición jurídica; y c) *cláusulas incitativas*, que son declaraciones políticas de incentivo ante obediencias o desincentivos ante desobediencias a disposiciones jurídicas. Las disposiciones jurídicas con más de una prescripción, o con cláusulas independientes, BENTHAM las denomina “disposiciones jurídicas complejas”.

I.- JOHN AUSTIN

Iniciar el estudio de esta línea a través de JOHN AUSTIN se debe a que, si bien podría referenciarse previamente a BENTHAM, gran parte de la obra de aquel, es la

“...lúcida exposición, elucidación y elaboración...” de las ideas de éste “...en una forma más comprensible y grata para los juristas ingleses que los propios escritos de BENTHAM.”²⁶¹⁹

Además, la obra de AUSTIN es la que logró establecer el estudio de la jurisprudencia en Inglaterra, descendiendo después de él una larga lista de juristas analíticos, sus estudios pueden ser criticados mas no ignorados²⁶²⁰.

AUSTIN concibe al Derecho como un conjunto de mandatos, toda norma jurídica es un mandato o la revocación de un mandato²⁶²¹. El término “mandato” comprende el de “norma”, es el más simple y amplio de los dos y es la clave de la *ciencia de la jurisprudencia*.

Un mandato es un “deseo” de que otro haga o se abstenga de algo, pero se distingue de otras manifestaciones de deseo por el poder y el propósito de la parte que manda infligir un daño en caso que no se conforme el deseo.

²⁶¹⁸ RAZ, JOSEPH; *El concepto de sistema jurídico*, cit., pág. 82.

²⁶¹⁹ TAMAYO Y SALMORÁN, ROLDÁN; *El derecho y la ciencia del derecho*, cit., pág. 57.

²⁶²⁰ Podría aun irse más atrás hasta DAVID HUME, como se señaló, quien reservó a la razón un carácter meramente instrumental de “esclava de las pasiones”, en el ámbito de la praxis humana. Se descarta la idea de una razón práctico- normativa, restando una racionalidad de carácter instrumental dirigida al cálculo de los medios convenientes para el logro de fines fijados irracionalmente, por medio de sentimientos, decisiones o prácticas sociales. MASSINI CORREAS, CARLOS I.; *Filosofía del Derecho*, t. I, cit., pág. 7.

²⁶²¹ La influencia de JEREMÍAS BENTHAM en esto se observa de forma palmaria señala TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO; *El derecho y la ciencia del derecho*, cit., pág. 37.

Al estar expuesto a un daño, si no se conforma con el deseo del que manda, lo que hay es una vinculación u obligación por el mandato: se halla bajo un deber de obediencia.

Si no obstante el daño en perspectiva, el supeditado no se conforma con el deseo del que ordena, se sostiene que se ha *violado el deber* o que se ha *desobedecido*. Mandato y deber son correlativos, el significado denotado por cada uno se encuentra implicado o supuesto por el otro. Donde sea que haya un deber es porque se ha expresado un mandato; y a la inversa, donde se expresa un mandato, surge un deber.

El mal que se aplica en caso que un mandato sea desobedecido, para AUSTIN, es una “sanción” o “ejecución forzosa”, y la magnitud del mismo es irrelevante en cuanto a determinar la existencia de un mandato (cosa que sí hace BENTHAM).

Sólo ante la probabilidad de que se inflija un daño, se puede hablar de vinculación o de obligación. Sólo mediante el condicionamiento de un daño son sancionados los deberes.

Recién entonces AUSTIN distingue entre las normas jurídicas y otros tipos de mandatos, para ello un mandato precisa ordenar una *clase de actos*, esto es lo que diferencia las normas jurídicas (*laws or rules*) de los mandatos que son ocasionales o particulares. Es central la idea de generalidad, es lo que en definitiva hace que un mandato se transforme en una norma o regla.

Una norma jurídica es general no porque se dirija a una clase de personas, sino porque ordena una clase de comportamientos.

Ahora AUSTIN señala otro elemento sustancial en la descripción de su objeto, para distinguir las reglas de cualquier otro mandato general, entiende entonces que el mandato presupone una relación de dominio. Obligar a otro a realizar los propios deseos equivale a tener dominio sobre aquel, se requiere *superioridad*, lo que es predicable de numerosos conceptos; pero aplicado en la especie supone “poder”, el poder de afectar a otro con un daño o mal²⁶²². El soberano es el superior del ciudadano, pues es el que puede obligar a estos a conformarse a sus deseos.

²⁶²² Un punto de vista realista no ve al Poder como opuesto al Derecho (contrario a la postura idealista), aquel no está atrás de éste, sino que funciona por medio del Derecho. Todo poder político es competencia jurídica, no existe un poder “desnudo” independiente del Derecho y de su fundamento. En éste sentido ALF ROSS; *op. cit.*, pág. 86.

¿Qué pasa cuando un juez crea normas? AUSTIN entiende que la norma jurídica que producen es establecida por el cuerpo legislativo soberano, un juez subordinado, súbdito, es sólo un ministro. La porción de poder soberano que tiene a su disposición es simplemente delegada, las reglas jurídicas que crea derivan su fuerza jurídica de la autoridad otorgada por el Estado; una autoridad que si bien suele otorgarse expresamente, también se concede por aquiescencia, en estos casos son *mandatos tácitos* del soberano, el Estado, que puede abolirlos, acepta tácitamente que sirvan como Derecho²⁶²³.

A partir de estos elementos es dable, para AUSTIN, distinguir entre mandatos generales y normas jurídicas, atendiendo para ello a su origen. Las normas jurídicas son establecidas por una *instancia especial*, de superiores políticos a inferiores políticos, son en tal entendimiento *positivas*.

Pero así las cosas, aun no es posible diferenciar entre derecho positivo, de otras reglas positivas creadas por el hombre (v.g. la moral positiva). El criterio de distinción está dado por la *fuentes*, toda norma jurídica positiva, es un mandato directo del *soberano*, emitiéndola en su carácter de superior político²⁶²⁴. El soberano se distingue de otros superiores, no por referencia a la moral o a principios morales, sino porque el grueso de la sociedad dada se encuentra frente a él en un hábito de obediencia o sumisión, en tanto él mismo no obedece a otro superior. De esto se sigue que una sociedad no es ya un mero conglomerado humano, sino una comunidad política cuando sus miembros se hallan en hábito de obediencia a un superior común²⁶²⁵.

²⁶²³ TAMAYO Y SALMORÁN, ROLDÁN; *El derecho y la ciencia del derecho*, cit., pág. 48 y 49.

²⁶²⁴ TAMAYO Y SALMORÁN, ROLDÁN; *El derecho y la ciencia del derecho*, cit., pág. 43.

²⁶²⁵ JOSEPH RAZ señala que la *teoría de la soberanía* de AUSTIN fue proporcionada por BENTHAM, pero que sin embargo existen dos diferencias cruciales. La primera, señalada por el propio AUSTIN estriba en que la concepción de soberanía para éste precisa de dos condiciones, una positiva (el grueso de la población habitualmente obedece al soberano), y una negativa (el soberano no está en hábito de obedecer a nadie). En tanto que la ideación de BENTHAM sólo concibe la primera condición, RAZ sostiene que AUSTIN está equivocado y que “La definición implícita de un gobernador supremo incluye la condición negativa (de éste)...”. La segunda diferencia, que no fue notada por AUSTIN, es más crucial –según RAZ-, el soberano según éste autor tiene cuatro atributos: no está subordinado, es ilimitado, único y unitario; el segundo y el último atributo nunca fueron mencionados por BENTHAM, éste último parece tener una idea más atemperada del soberano, aunque no resulta claro si los límites que cree entrever son jurídicos o factuales. Asimismo BENTHAM pensaba que la soberanía era divisible.

Lo relevante de este marco es que es AUSTIN y no BENTHAM el primer jurista analítico que proporciona, aunque sin aplicarla directamente al problema, una respuesta a estos dos problemas, y proporcionar con ello una teoría del sistema jurídico, pues si el Legislador es divisible, en el origen de las disposiciones jurídicas pueden encontrarse varios legisladores (divisibilidad de la soberanía), además, si el soberano es jurídicamente

Ahora sí puede decirse que, la prescripción jurídica es un *mandato general de un soberano dirigido a sus súbditos*²⁶²⁶, en este sentido, una disposición jurídica consta de tres partes: a) es un mandato, b) emitido por alguna persona, c) el que es soberano, es decir, que es habitualmente obedecido por un grupo de personas sin que él obedezca a nadie²⁶²⁷.

JOSEPH RAZ señaló que, de la última característica de la definición prealudida, pueden derivarse tres criterios²⁶²⁸:

1. *Criterio de identidad*: Un sistema jurídico contiene todas y sólo las disposiciones jurídicas emitidas por el soberano (persona aislada o grupo de personas).
2. *Criterio de membresía*: Una disposición jurídica dada pertenece al sistema jurídico que contiene disposiciones jurídicas emitidas por el Legislador que produjo la disposición.
3. *Criterio de existencia*: Un sistema jurídico existe, si el Legislador común de sus disposiciones es un soberano, por tanto, un sistema jurídico existe si éste es generalmente eficaz. El pasaje de la primer premisa a la segunda es dable sólo si una persona es habitualmente obedecida y ello se da si sus mandatos son habitualmente obedecidos.

La crítica a esta doctrina estriba en que no efectúa análisis alguno de las relaciones entre disposiciones jurídicas, donde una o varias de ellas se refieren o presuponen la existencia de otras. Esto es un elemento esencial en cualquier ordenamiento jurídico, JOSEPH RAZ lo denomina *relación interna*²⁶²⁹.

Otra puntualización del discípulo de HART a AUSTIN radica en que, si bien el mandato del soberano a sus súbditos, importa que algunas personas se comporten de cierta forma, conforme a un deseo del soberano, y si su deseo no es satisfecho, existe la posibilidad de imponer una sanción o daño (tiene el poder para hacerlo), no se sigue de ello

limitado, la disposición jurídica limitante tiene que ser establecida por algún otro soberano (ilimitabilidad de la soberanía); ambos supuestos llevan a la inexistencia de un Legislador común para todas las disposiciones jurídicas de un sistema. RAZ, JOSEPH; *El concepto de sistema jurídico*, cit., págs. 28 y 29.

²⁶²⁶ TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO; *La teoría del derecho de John Austin*, en “Anuario Jurídico”, Universidad Nacional de México, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, año XI, núm. 11, págs. 561 a 579.

²⁶²⁷ Según RAZ, un enfoque positivista del Derecho es la única propuesta apta para dar cuenta del fenómeno de la autoridad en el Derecho. RAZ, JOSEPH; *La autoridad del Derecho*, cit., pág. 35 y ss.

²⁶²⁸ RAZ, JOSEPH; *El concepto de sistema jurídico*, cit., pág. 24.

²⁶²⁹ RAZ, JOSEPH; *ibídem*.

si el poder de castigar ha de existir al tiempo de legislar, o al tiempo de la violación posible o probable. La solución más razonable para RAZ sería que el mandato general sea una disposición jurídica únicamente en el tiempo de su promulgación y que, al mismo tiempo, deba ser probable que el poder, y la intención de usarlo, exista durante el período de validez de dicha disposición²⁶³⁰.

El poder de infligir un daño, como ya se ha indicado, es la superioridad del mandante, en relación con los súbditos de su mandato jurídico, se refiere a las circunstancias en las que el mandato es hecho. Para hablar de la *existencia* de una disposición jurídica, deben analizarse las circunstancias externas del mandato, y ello se vincula con el concepto de *superioridad*. AUSTIN no hizo referencia al “grado” de éste último, para él, la magnitud del mal eventual y la magnitud de las oportunidades de incurrir en él, son extrañas a su construcción; pero para RAZ, es suficiente con la probabilidad de que la sanción jurídica, vinculada a la disposición jurídica, sea ejecutada. Este aspecto demuestra que la superioridad en AUSTIN no se condice con la idea de soberanía, no se sigue de la soberanía del Legislador que sea superior; un hombre puede ser soberano y no ser superior a sus súbditos en relación con ciertas disposiciones jurídicas, la población puede obedecer habitualmente al soberano sin ser inferior en relación a todas sus disposiciones jurídicas. AUSTIN no advierte la diferencia entre ser objeto de obediencia habitual y ser superior a aquellos que obedecen²⁶³¹.

Resumiendo, la validez de toda disposición jurídica presupone que el Legislador supremo, sea superior a los sujetos de tal disposición. Este presupuesto supone una relación entre el Legislador y los sujetos de la disposición jurídica en cuestión.

Yendo ahora a la noción de que el Legislador sea obedecido *habitualmente* por la comunidad –presuposición de relación entre el Legislador y la sociedad toda-; para tal aserto AUSTIN presupone, no únicamente que las disposiciones jurídicas han sido hechas, sino que ellas son habitualmente obedecidas, lo que importa tanto como decir: a) que la disposición pertenece a un sistema jurídico y b) que es en general eficaz²⁶³². Entonces, un sistema jurídico existe, si existen sus disposiciones jurídicas, de donde, para la

²⁶³⁰ RAZ, JOSEPH; *El concepto de sistema jurídico*, cit., pág. 30.

²⁶³¹ RAZ, JOSEPH; *El concepto de sistema jurídico*, cit., pág. 32.

²⁶³² JOSEPH RAZ destaca que obedecer un mandato supone conocerlo, y para obedecer a un mandante uno tiene que saber quién es. “En ciertos contextos, obedecer el mandato implica, también, actuar en razón de él.”, pero AUSTIN no implicó esto último. RAZ, JOSEPH; *El concepto de sistema jurídico*, cit., pág. 33.

existencia de un sistema jurídico se precisará: a) que el Legislador sea habitualmente obedecido, es decir, que las disposiciones jurídicas del sistema sean generalmente eficaces; b) tal Legislador supremo no obedece generalmente a nadie; y c) el Legislador supremo es superior a los sujetos de cada una de sus disposiciones jurídicas en relación con la sanción de tal disposición; estas condiciones se refieren al *cumplimiento de deberes*, pero debe agregarse una cuarta referida al *ejercicio de facultades*: d) que todas las disposiciones jurídicas del sistema sean legisladas, y lo sean en última instancia por una persona o grupo de personas.

El criterio de *existencia* de AUSTIN no se basa únicamente en la *eficacia*, aunque éste es su principal componente. La eficacia es relevante sólo en tanto que contribuye a la obediencia personal de la población hacia el Legislador supremo²⁶³³.

AUSTIN se desvía del principio de eficacia, pues para él la eficacia de las disposiciones jurídicas es relevante para la existencia de un sistema sólo cuando constituye el hábito de obediencia general hacia el Legislador supremo, la obediencia relevante es la obediencia personal. Esto conlleva un resultado paradójico, cuando el soberano deja de existir, el sistema jurídico legislado por él, también deja de existir; cuando un nuevo soberano toma el lugar, un nuevo sistema jurídico es creado, consistente únicamente en disposiciones jurídicas creadas por él, si, lo que es usual, el nuevo soberano no deroga las antiguas leyes, AUSTIN entiende que en tales casos el soberano tácitamente las legisla de nuevo de forma tal que ahora son “sus disposiciones jurídicas”; si, en cambio, ningún soberano toma el puesto vacante y la población continua obedeciendo las viejas disposiciones jurídicas, estas se convierten en normas de moral positiva, no jurídicas, ello se debe a que en tal caso ninguna persona o cuerpo de personas es obedecida, como la obediencia es obediencia personal, allí no hay sistema jurídico. La exigencia de obediencia personal indica que la duración de la vida del Legislador supremo de un sistema jurídico, determina el período de su existencia. Todo cambio de soberanía implica un cambio de sistema jurídico, esta consecuencia es inevitable, ya que la obediencia personal es el componente más importante del criterio de existencia.

Se le ha criticado a AUSTIN su construcción de que el soberano debe ser independiente, por inadecuada. El Legislador supremo no es necesariamente aquel que es

²⁶³³ RAZ, JOSEPH; *El concepto de sistema jurídico*, cit., pág. 35.

obedecido en última instancia por el grueso de la población, JAMES BRYCE indica que debe tenerse en cuenta que:

“...el término ‘soberano’, en tanto es empleado exactamente en el sentido en el cual AUSTIN a veces lo emplea, es un concepto meramente jurídico y significa, simplemente, el poder jurídico... Pero la palabra soberanía es algunas veces empleada en sentido político más que en uno estrictamente jurídico. Tal cuerpo es ‘políticamente’ soberano o supremo en un Estado cuya voluntad es, en última instancia, obedecida por los ciudadanos del Estado... En alguna parte de su libro AUSTIN aparentemente confunde un sentido con el otro.”²⁶³⁴

La distinción entre poder jurídico y poder político que reporta AUSTIN no es satisfactoria, la idea de que la influencia ejercida por medio de mandatos tiene que ser una influencia jurídica es infundada, piénsese por caso en una ONG o en un poderoso sindicato que imponga su voluntad a un soberano, ordenándole un comportamiento dado y respaldando sus mandatos con amenazas en caso de desobediencia, a pesar de ello no puede predicarse allí que esto los convierta en un Legislador supremo. Por ello la independencia, en el sentido de ausencia de obediencia habitual, no es una característica del Legislador supremo.

El soberano según AUSTIN, es el Legislador, directo o indirecto, de todas las disposiciones jurídicas del sistema. Cuando se rastrean las fuentes de las disposiciones, se arriba, en última instancia, a una persona o grupo de ellas que es la última fuente de cada una de aquellas. RAZ señala que los *criterios de membresía* y de *identidad*, son una variante de lo que puede llamarse el *principio de origen* –conjunto de hechos que hacen que exista una disposición jurídica-. La variante de AUSTIN de este principio, tiene tres rasgos²⁶³⁵:

- i. El origen de toda disposición jurídica incluye un acto de legislación.
- ii. El origen último de toda disposición jurídica es un acto legislativo de una misma persona o cuerpo de personas. Todas las disposiciones jurídicas tienen una fuente única.
- iii. La existencia continua de la fuente última es una condición necesaria para la existencia de las disposiciones jurídicas del sistema.

²⁶³⁴ Cit. RAZ, JOSEPH; *El concepto de sistema jurídico*, cit., pág. 62.

²⁶³⁵ RAZ, JOSEPH; *El concepto de sistema jurídico*, cit., pág. 37.

El criterio de identidad, en AUSTIN, como es dable observar, se basa en el principio de origen legislativo, y asume que todas las disposiciones jurídicas de un sistema dado tienen, solamente, una fuente última persistente.

La principal diferencia entre la legislación dictada por el soberano, y la hecha por sus delegados, estriba en que estos últimos tienen que expresar sus deseos (disposiciones), en la forma establecida por las disposiciones jurídicas que los habilitan. Una forma de legislación delegada es la producida por los jueces, aunque AUSTIN admite que, si estos declaran por primera vez que una costumbre, es jurídicamente obligatoria, esto es válido por mandato tácito del Legislador soberano.

Para ir concluyendo ésta digresión en torno al soberano en AUSTIN, debe señalarse que: a) distingue entre la ausencia de un derecho a legislar y el deber de no legislar más allá de sus facultades, b) los derechos de legislar no se encuentran necesariamente combinados con deberes en cuanto a su ejercicio, y c) en ocasiones, AUSTIN utiliza el sintagma “jurídicamente ilimitado” con dos sentidos, como “no sujeto a deberes” o como a la “ausencia de derechos”. Ejemplo de esto es el Rey de Inglaterra, pues aunque es inmune a cualquier deber jurídico- político, si traspasa los límites impuestos constitucionalmente a su autoridad, la desobediencia por el gobernado a sus mandatos, no será ilícita²⁶³⁶. HART critica a AUSTIN que este crea que una limitación jurídica al poder del soberano, descansa en el supuesto de que estar sujeto a dicha limitación, es estar sujeto a un deber; AUSTIN trata conjuntamente dos cuestiones distintas: por un lado la idea de que limitar jurídicamente el ejercicio de la función legislativa del Estado no es posible, y por el otro que el Estado no pueda ser sujeto de deberes jurídicos. Hay una forma sencilla de verlo, si se entiende que el soberano puede dictarse disposiciones jurídicas a sí mismo, ha de rechazarse la teoría del mandato a favor de otro tipo de explicación de las disposiciones jurídicas. Si el soberano no puede tener derechos, entonces la ausencia de derechos no es una limitación de sus poderes, el soberano –simplemente- es alguien a quien no se le pueden otorgar facultades confiriéndole derechos, y tampoco puede ser privado de sus facultades privándolo de derechos: tal método de regulación de facultades le es inaplicable. De ello no se sigue que la facultad de legislar del soberano no sea una facultad jurídica (i.e. si por facultad jurídica se entiende la aptitud de cambiar la situación jurídica mediante un

²⁶³⁶ RAZ, JOSEPH; *El concepto de sistema jurídico*, CIT., pág. 39.

acto, y el soberano puede cambiar las disposiciones jurídicas mediante legislación). Esa facultad jurídica no es un derecho pues no es conferido por una disposición jurídica²⁶³⁷.

Así AUSTIN entiende que el poder legislativo soberano no puede ser limitado, la desobediencia general a una disposición particular no significa que el soberano no tenga el poder de crearla. En síntesis, hay dos formas de adquirir la facultad de legislar: a) por hechos, b) por derecho; el primero conduce al poder ilimitado, el segundo no se aplica al soberano, como el primero se aplica al soberano; ello implica que los dos son incompatibles, ningún individuo puede haber adquirido, simultáneamente, sus poderes de las dos formas²⁶³⁸.

La facultad de legislar es conferida por disposiciones jurídicas que imponen deberes a personas y el deber de obedecer a éstas si producen mandatos. JOSEPH RAZ llama a tales disposiciones: *disposiciones jurídicas de obediencia*.

La idea de que el soberano no puede tener derechos puede ser rechazada, lo que explica la naturaleza de los derechos que, consistentemente con el resto de su teoría, podrían, ser adscriptos al soberano. Pero, aunque el soberano puede tener derechos en general, no puede tener derechos para legislar y, por tanto, no puede tener derechos limitados para legislar.

“Para conferirse él mismo derechos para legislar, el soberano tiene que ordenar a sus súbditos que lo obedezcan en ciertas cuestiones.”

Finalmente, en los sistemas jurídicos de AUSTIN, las normas parecen ser de un solo género lógico: disposiciones jurídicas que imponen un deber. Un deber existe únicamente si su violación es la condición de una sanción. El hecho de que toda disposición jurídica sea un mandato, implica que toda disposición jurídica puede ser una unidad independiente, cuya existencia, significado o aplicación, no es lógicamente dependiente de otras disposiciones jurídicas²⁶³⁹. En AUSTIN no existe una necesidad de que los sistemas jurídicos tengan una estructura interna (una relación interna entre disposiciones jurídicas existe si, y sólo si, una de ellas es una condición –o parte de ella-, para la existencia de la otra, o afecta su significado o aplicación).

²⁶³⁷ Para conocer qué poderes legislativos tiene un subordinado, se rastrean las disposiciones jurídicas que le confieren derechos, pero para establecer la existencia de un poder soberano se buscan hechos sociales (v.g. el hábito de obediencia).

²⁶³⁸ RAZ, JOSEPH; *El concepto de sistema jurídico*, cit., pág. 50.

²⁶³⁹ RAZ, JOSEPH; *El concepto de sistema jurídico*, cit., pág. 45.

II.- HANS KELSEN Y LA TEORÍA PURA DEL DERECHO.

KELSEN, de quien HART decía:

“el autor más estimulante en la teoría jurídica analítica de nuestros días.”²⁶⁴⁰, entiende que el Derecho es una técnica de control social, cuya característica primordial radica en el uso de la fuerza institucionalizada.

La ordenación de ésta fuerza institucionalizada, es la razón de ser de un sistema jurídico. La técnica propia del Derecho, es la de la *motivación indirecta*, pues la forma típica que adopta una norma jurídica para motivar conductas, no estriba en la expresión de un deber o de una prohibición (como por ejemplo lo hacen las normas morales, que sí utilizan una técnica de motivación directa), sino que procuran provocar que se cumplan las acciones debidas (*deber jurídico*), mediante la amenaza de un acto de fuerza (*sanción*) para el caso de comportamientos contrarios al deber en cuestión (*acto ilícito*). Todo ello, junto al concepto de *responsabilidad*, ocupa un lugar central en la construcción kelseniana.

Haremos una breve mención a éstas ideas, dejando de lado otras (v.g. derechos subjetivos, responsabilidad, *et sit cétera*), pues su examen nos alejaría de la propuesta de éste Anexo, donde sólo nos importa señalar el funcionamiento y concepción de los ordenamientos jurídicos y las normas, en el positivismo.

El aparato conceptual kelseniano parte de un concepto central: la *sanción*, el que se define sin recurrir a los demás, pero estos otros (obligación, acto ilícito, *et sit cétera*), incluyen en su conceptualización referencia a la idea de sanción, o algún término que previamente se hubiera definido en función suya.

La *sanción* es el acto coactivo que tiene por objeto privar de un bien ejercido por una autoridad, como consecuencia de la conducta desplegada por el sujeto de que se trate. Donde, *acto coactivo*, es aquel que debe cumplirse incluso contra la voluntad del afectado, claramente, si el sujeto activo cumple con lo dispuesto, no habrá necesidad de recurrir al uso de la fuerza física (*ultima ratio* del acto coactivo). En KELSEN, el Derecho se concibe como un orden coactivo, como un orden que establece actos de coacción. El acto

²⁶⁴⁰ TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO; H. L. A. Hart y la teoría jurídica analítica (estudio preliminar) al “*Post scriptum al concepto de derecho*” de H. L. A. Hart, pág. XVII.

coactivo señalado, supone la amenaza de *privación de un bien*, siendo éste último carácter un estado de cosas que la generalidad de las personas considera valioso.

Las sanciones son factibles en cualquier ámbito del Derecho, así, en el Derecho Penal, las sanciones son *penas* que establecen privación de bienes tales como la libertad (pena de prisión), la propiedad (multas), *et sit cétera*. En el ámbito civil, el prototipo de la sanción consiste en la ejecución forzosa de bienes.

La sanción, para ser tal, debe consistir en un acto coactivo ejercido por una *autoridad competente*, es decir, aquella autorizada a llevarlo adelante a través de una norma de competencia del ordenamiento jurídico de que se trate. De no ser así, devendría imposible distinguir entre los actos coactivos que son sanciones (v.g. privación de libertad) y los actos coactivos que constituyen actos ilícitos (v.g. secuestro).

Ahora bien, el presupuesto de la sanción es el *acto ilícito*, KELSEN considera a estos como la acción u omisión establecida por el sistema jurídico como condición de aquella. Un comportamiento será un acto ilícito si, y sólo si, un determinado ordenamiento establece una sanción para el caso de que aquel comportamiento tenga lugar. No se sanciona un comportamiento porque sea un acto ilícito, sino que es un acto ilícito porque se sanciona (contrarespuesta positivista de KELSEN al iusnaturalismo).

Según KELSEN, si el Derecho es concebido como un orden coactivo, una conducta sólo puede ser vista como el contenido de un deber jurídico, si una norma jurídica correlaciona con la conducta contraria una sanción. Decir que un individuo *tiene un deber*, equivale a postular que una norma jurídica ordena determinada conducta de un individuo; dicho de otra manera, un deber jurídico importa la conducta opuesta al acto ilícito (v.g. la norma que sanciona el homicidio –acto ilícito–, implica en dicho ordenamiento jurídico que existe el deber jurídico de abstenerse de cometer homicidios). Una acción para cuya omisión no se establezca una sanción, no puede considerarse un deber jurídico.

KELSEN resalta una intuición muy extendida entre los juristas, según la cual, un deber jurídico –si se lo quiere diferenciar de otro tipo de recomendaciones o solicitudes– patentiza la presencia de una fuerza socialmente organizada. Esto lleva a conceder un lugar de privilegio en la construcción del autor, a la noción de sanción. La síntesis de esto es la visualización del Derecho como un sistema coactivo, que impone deberes, un conjunto sistemático de mandatos y prohibiciones que reclaman obediencia bajo la amenaza de

sanción. El Derecho es una técnica de control social caracterizada esencialmente por el uso de la fuerza, esa técnica opera, típicamente, provocando ciertos comportamientos deseados (el cumplimiento de los deberes jurídicos) mediante la amenaza de un acto de fuerza (la sanción en sentido estricto) para el supuesto de comportamientos contrarios (la comisión de actos ilícitos). Por ello, los conceptos de sanción e imputación, como centrales, más los de acto ilícito, responsabilidad y deber jurídico, están, como se dijo, en el núcleo del aparato conceptual kelseniano. Fuera de éste núcleo, se hallan nociones como las de derecho subjetivo, persona jurídica, capacidad, nulidad, *et sit cétera*, que la Teoría Pura redefine a partir de los conceptos “nucleares”, dicho proceso de redefinición las aleja de los usos más consensuados entre los juristas; desde las enseñanzas de KELSEN, el aparato conceptual tradicional es desechado por entenderse contaminados por gérmenes iusnaturalistas o elementos espurios. *Obligar* es la función esencial del sistema, es su función primera, por contraposición, el *derecho subjetivo* es el reflejo de la obligación de otro. Desde el punto de vista de una ciencia del Derecho que describe el orden jurídico en proposiciones de derecho, la función del orden jurídico consiste en ligar a ciertas condiciones determinadas por él, la consecuencia de un acto de fuerza igualmente definido por él; este *acto de fuerza*, es la última consecuencia, la verdadera consecuencia del Derecho²⁶⁴¹.

De acuerdo con KELSEN, los sistemas jurídicos no son una colección casual de normas, sino precisamente en cuanto sistema, pertenecen conjuntamente a un bloque; dos disposiciones jurídicas según que una de ellas autoriza directa o indirectamente la creación de la otra, pertenecen necesariamente al mismo sistema jurídico. Este bloque parte de la noción de una norma fundamental que otorga validez a todo el sistema (la validez es el modo de existencia de las normas), la validez hace posible determinar con respecto a cualquier disposición jurídica, si ésta pertenece o no a un cierto sistema jurídico. Sólo la norma fundamental explica la normatividad del Derecho, todas las disposiciones jurídicas son creadas por actos humanos, pero estos actos son hechos y pertenecen al reino del *ser*, en tanto que las disposiciones jurídicas fluyen del *deber ser*; es tan infranqueable el abismo entre ambos espacios que KELSEN concluye que las normas no pueden derivar su existencia de hechos: la validez positiva de una norma no se sigue del acto fáctico del ser sino de una norma que autoriza este acto, de un deber ser. Las normas existen sólo si son autorizadas o

²⁶⁴¹ KELSEN, HANS; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 251.

están implicadas por otras normas; en el Derecho, la autonomía de las normas jurídicas se halla asegurada por el de hecho de que todas ellas son eslabones de lo que puede llamarse una *cadena de validez*. Entonces, si bien las disposiciones jurídicas son creadas por actos humanos, estas derivan su validez no del acto sino de otra disposición jurídica²⁶⁴².

La unidad del sistema jurídico fluye del hecho de que todas sus disposiciones jurídicas, de la cadena de validez, son parte del mismo sistema; la normatividad de las disposiciones se asegura por el hecho de que cada una deriva su validez de otra que la precede.

La norma fundamental es una norma no positiva, no es legislada ni creada de ninguna otra forma, sino que es presupuesta por la conciencia jurídica (tal presuposición no crea nada). Validez, existencia, *et sit cétera*, son categorías que no se aplican a ella. Sólo dan cuenta de su estructura las funciones con que cuenta, la norma fundamental de cualquier orden jurídico positivo confiere autoridad jurídica a los hechos por los cuales un orden es creado y aplicado, únicamente si este es, en su totalidad, eficaz. Si bien este no es el lugar para examinar más a fondo la cuestión, lo cierto es que pese a su rechazo profundo del Derecho natural²⁶⁴³, KELSEN entiende que la norma fundamental es un mínimo de Derecho natural, sin el cual un conocimiento del Derecho sería imposible.

La construcción preseñalada es fácilmente adecuada al espectro penal, y por ello de especial interés para nosotros, la crítica sin embargo, son los desajustes y distorsiones de este esquema simple y reduccionista cuando quiere adecuárselo a otras ramas del Derecho. De aquí que la construcción de HART sea más perfecta en esto, pues reconoce la existencia de normas de diferentes géneros lógicos. Además, la Teoría Pura se construyó a impulso de pretensiones muy concretas: en primer lugar, la repulsa del jusnaturalismo y la consecuente vindicación del Derecho positivo como el único Derecho; en segundo lugar un afán poderoso de echar las bases de una ciencia rigurosa del Derecho, autónoma, que se ocupe sólo del Derecho; en tercer lugar una pretensión insoslayable de escindir entre el Derecho y otros órdenes sociales (v.g. la moral) en base a criterios

²⁶⁴² KELSEN, HANS; *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 201.

²⁶⁴³ En tanto que pretende que es dable descubrir un conjunto de normas por la razón, las que gozarían de validez absoluta y objetiva, siendo justas y buenas. Las leyes y decisiones judiciales contrarias al Derecho Natural no son válidas, y por tanto, no son disposiciones jurídicas. Conforme con esta corriente no existe - para KELSEN- una noción específica de validez jurídica.

externos fácilmente identificables; y finalmente la noción reduccionista de que el Derecho sólo tiene por función ordenar o prohibir coactivamente ciertos actos.

La distinción entre normas jurídicas y ciencia jurídica es otro ítem relevante de la tesis kelseniana. Las normas establecidas por la autoridad creadora del Derecho son prescriptivas, en su formación el lenguaje es usado prescriptivamente (también se habla de “performativamente” en el deseo de diferenciar ambos términos)²⁶⁴⁴, en tanto que la ciencia jurídica lo es de manera descriptiva. El jurista presenta las normas como proposiciones que tienen un sentido puramente descriptivo –enunciados jurídicos-; las normas jurídicas no son juicios, no son enunciados sobre un objeto de conocimiento, sino que conforme con su significado son mandatos (i.e. órdenes, imperativos), y también permisiones y autorizaciones. Como las reglas no transmiten información, sino órdenes, autorizaciones y permisiones; no pueden ser descriptas como verdaderas o falsas, sino como válidas o inválidas. Que una norma sea obligatoria y válida es una misma cosa, ambos asertos implican la existencia específica de la norma, decir que una norma es válida es decir que se asume su existencia o que tiene fuerza obligatoria para regular las conductas que se fija. Por otra parte, los enunciados normativos sí transmiten información, y consecuentemente, puede predicarse de ellos su verdad o falsedad. Obsérvese el ejemplo:

(a) Calidad de “deber ser”: *La puerta debe ser cerrada.*

(b) Calidad de “ser”: *La puerta está cerrada.*

El primero es un enunciado del deber ser, en tanto el segundo del ser. La condición de verdad de los enunciados normativos, conlleva que son juicios hipotéticos que establecen que, conforme con un orden jurídico nacional o internacional, bajo determinadas condiciones establecidas por ese orden, ciertas consecuencias que dicho orden reporta deben tener lugar.

Por cierto el análisis de la relación entre normas y el lenguaje usado en su creación son un tanto confusas, y su exploración excedería este ya de por sí dilatado anexo.

El término “deber ser”, se lo puede usar prescriptivamente –para crear normas- y descriptivamente –para afirmar la existencia de una norma-, la ciencia lo usa en el último sentido. El término “deber ser” en KELSEN, en sentido técnico, es mucho más amplio que el del lenguaje ordinario, pues comprende tanto “tener permiso” como “poder”.

²⁶⁴⁴ RAZ, JOSEPH; *El concepto de sistema jurídico*, cit., pág. 67.

El “deber ser” en Kelsen es modal de variables normativas. El problema de esta amplitud de uso ya fue analizado antes²⁶⁴⁵.

III.- EL POSITIVISMO DE HERBERT HART

HART es el autor más importante del siglo XX en la filosofía jurídica de habla inglesa, y

“...sin duda, un hombre que transforma la forma de pensar sobre el derecho en todo el mundo a finales de este siglo (se refiere al siglo XX).”²⁶⁴⁶

La tesis medular de HART es que los juristas, previo a construir sus teorías, deben analizar el lenguaje jurídico, el lenguaje de los juristas en la práctica. En *El concepto de Derecho*, HART desarrolla un análisis de los conceptos de Derecho y de orden jurídico, y explica la forma en que las reglas de conducta son utilizadas como patrones sociales. Quien emite enunciados normativos expresaría su apoyo y reconocimiento a cierto estándar como guía de conducta y como fundamento para criticar su desvío.

Siguiendo la tradición positivista analítica de JEREMY BENTHAM y JOHN AUSTIN, y basándose en los estudios del lenguaje de GILBERT RYLE, JOHN LANGSHOW AUSTIN y LUDWIG WITTGENSTEIN; HART sostiene que la manera usual en que se formulan definiciones de conceptos jurídicos no es adecuada, su configuración ha determinado una escisión entre la ciencia del Derecho y el ejercicio de la profesión: los conceptos jurídicos son “anómalos”, cuando los juristas las utilizan no se percatan de que dichas palabras no tienen una conexión directa con el mundo observable, sino que son una función del orden jurídico de que se trate.

La función de estas palabras para el profesor de Oxford, no es describir ni representar contrapartes del mundo sensible. A estas palabras sólo puede entenderse dentro del discurso donde realizan su función específica. La manera de entender a los conceptos jurídicos es captarlos en los enunciados donde los mismos se presentan.

El concepto de Derecho presenta tres cuestiones persistentes a que se enfrenta quien procura explicar ¿qué es el Derecho?: a) ¿cómo distinguir las normas jurídicas de las órdenes respaldadas por amenazas?, b) ¿cuál es la relación entre el Derecho y la moral? y c) ¿qué es una norma y cómo es que existe?. La posibilidad de hallar

²⁶⁴⁵ Ver *supra* parágrafo 1 (“Palabras previas. Sobre la ‘ciencia del Derecho’”).

²⁶⁴⁶ TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO; *H. L. A. Hart y la teoría jurídica analítica...*, cit., pág. XII.

elementos que constituyan el común denominador de una respuesta apropiada a estos interrogantes es lo que brinda su fundamento a la obra de HART.

La crítica al modelo imperativista es brindada por el profesor de Oxford, ante la insuficiencia de dicho modelo que implica entender que las normas son de un solo género lógico. Sin duda, uno de los mayores aportes de HART estriba en señalar que en los ordenamientos jurídicos, a más de “normas que imponen deberes” (*duty-imposing rules*), existen otras que no pueden reducirse a dicho esquema: “normas que confieren facultades” (*power- conferring rules*).

La diferencia de función de ambos géneros de normas se refleja en el modo corriente de hablar.

HART critica profundamente la concepción de AUSTIN que ve al Derecho como una emanación de la voluntad del soberano.

En prieta síntesis, pues el Capítulo IV de *El concepto de Derecho* se dedica a ello, rechaza el modelo austiniano basado en las nociones de “soberano”, “hábitos de obediencia” y “órdenes coercitivas”. En su lugar propone un análisis de la idea de Derecho superador de dicho esquema simple, sustentado en el complejo fenómeno de la aceptación de las reglas (aspecto interno), especialmente de la regla última del sistema: la regla de reconocimiento.

La regla de reconocimiento establece los criterios por medio de los cuales cada comunidad decide si una determinada regla es parte del Derecho o no. Donde quiera que se acepta la regla de reconocimiento, tanto los particulares como los funcionarios, tienen criterios autoritativos para identificar las normas primarias de obligación. La existencia de una regla de reconocimiento se manifiesta en la práctica generalizada de funcionarios y particulares al identificar normas mediante dichos criterios.

El uso de la regla de reconocimiento para identificar reglas del sistema, es característico del punto de vista interno: quienes las usan las aceptan. Esta actitud para HART, apareja un vocabulario propio como “El derecho dispone que...”, *et sit cétera*, que es usado por quienes identifican una norma del sistema. A este tipo de enunciados, el profesor de Oxford los denomina *enunciado interno*, pues patentiza el punto de vista interno y son usados por quienes aceptan la regla de reconocimiento; y sin enunciar el hecho de que es aceptada, la aplican al identificar como válida alguna norma específica del

ordenamiento. Esta actitud de aceptación, HART la contrapone con los denominados *enunciados externos*, del tipo “En Argentina reconocen como Derecho...”, propio del observador que registra el hecho de que en un grupo social se aceptan determinados tipos de normas.

HART también arremete contra la tesis de AUSTIN que ve en las reglas órdenes o imperativos, su principal crítica a éste aspecto estriba en que impide aprehender el fenómeno social de la aceptación común de ciertas reglas. HART entiende que sólo ello permitiría una aproximación provechosa al análisis del Derecho. El análisis imperativista se reduce a ver un ordenamiento compuesto por órdenes coercitivas, donde la condición suficiente de la existencia del sistema es que las normas sean obedecidas por el grueso de la población, independientemente de la razón que se tenga para ello (prudenciales, morales, *et sit cétera*). Para HART, ello es condición necesaria, pero no suficiente, para la existencia de un orden jurídico.

Las dos condiciones necesarias y suficientes para la existencia de un orden jurídico son, en HART, por un lado, las normas de conducta válidas, según el criterio de validez último del sistema, tienen que ser obedecidas; y por otra parte, la regla de reconocimiento que especifica en dicho ordenamiento, los criterios de validez jurídicas y sus normas de cambio y adjudicación, tiene que ser aceptada por los funcionarios como pauta o modelo público de conducta oficial.

En su análisis del concepto de “obediencia”, HART demuestra cómo y por qué fracasa este. La noción de *aceptación* le permite introducir su otra célebre distinción entre el “punto de vista interno” y “punto de vista externo” de las reglas. Se acepta una norma cuando se convierte en la razón de la acción del agente y en estándar de crítica en caso de desvío.

Para el profesor de Oxford, las normas jurídicas no pueden concebirse como meras órdenes, pues difieren de ellas en su contenido, ámbito, funciones y modo de origen. Esto lo distancia del *imperativismo*, como se adelantó, que es una de las principales tesis del positivismo jurídico²⁶⁴⁷.

La teoría del Derecho de HART, es una teoría de un orden jurídico. El Derecho se diferencia de los demás sistemas de normas sociales porque posee dos rasgos

²⁶⁴⁷ HART, H. L. A.; *El concepto de Derecho*, cit., pág. 39 y ss.

característicos: a) institucionalidad, pues sus entidades –v.g. normas primarias y secundarias- se aplican por instancias sociales dotadas de autoridad, y b) sistémico, porque depende de la interrelación de dos tipos de normas. La interrelación se explica a partir de un modelo de sociedad que HART visualiza como compuesto por una comunidad con una actitud general de grupo que observa sus pautas de comportamiento en términos de normas de obligación.

Muchas de las dudas que rodean a los conceptos jurídicos, proceden de que estos implican un punto de vista interno, esto es, el punto de vista de quienes no se limitan a registrar y predecir las conductas que se conforman a las normas, sino que usan las normas como pautas para valorar su conducta y la de los demás.

HART también se distancia de la doctrina tradicional positivista en cuanto ésta considera que, la legislación (la creación deliberada y explícita de reglas jurídicas generales), se considera la única fuente genuina del Derecho²⁶⁴⁸. La regla de reconocimiento permite identificar como reglas del sistema, normas que no son legisladas. Nada impide que la regla de reconocimiento admita como “fuentes” autónomas del Derecho: las costumbres y las reglas generales emanadas de las decisiones en los casos concretos. Las costumbres y las reglas emanadas de las decisiones judiciales, no son el producto de un acto deliberado y explícito de creación de reglas generales: no son Derecho legislado. Para HART, en los sistemas jurídicos complejos que han trascendido el esquema simple ideado por AUSTIN, entre otras cosas, las reglas no se identifican exclusivamente por referencia a un texto o lista,

“...ellas lo hacen por referencia a alguna característica general poseída por las reglas primarias. Esta puede ser el hecho de haber sido sancionadas por un cuerpo específico, o su larga vigencia consuetudinaria, o su relación con las decisiones judiciales.”²⁶⁴⁹

Del hecho de que en una determinada comunidad, se acepten reglas de creación judicial, dicho de otro modo, que existe una difundida aceptación de reglas que confieren potestades judiciales a ciertas personas y un *status* especial a sus decisiones, HART destaca la siguiente conclusión,

²⁶⁴⁸ HART, H. L. A.; *El concepto de Derecho*, cit., pág. 89 y ss.

²⁶⁴⁹ HART, H. L. A.; *El concepto de Derecho*, cit., pág. 118.

“...si los tribunales están facultados para hacer determinaciones revestidas de autoridad sobre el hecho de que una regla ha sido transgredida, no puede evitarse que ellas sean consideradas como determinaciones revestidas de autoridad acerca de cuáles son las reglas. Así, la regla que confiere jurisdicción es también una regla de reconocimiento que identifica a las reglas primarias a través de las decisiones de los tribunales, y estas decisiones se convierten en una ‘fuente’ de derecho. Es verdad que esta forma de regla de reconocimiento, inseparable de la forma mínima de jurisdicción, será muy imperfecta. A diferencia de un texto (dotado) de autoridad o de un libro de leyes, las sentencias no pueden ser formuladas en términos generales y su uso como guías que señalan cuáles son las reglas, depende de una inferencia de algún modo frágil, hecha a partir de decisiones particulares, y el grado de certeza que ella proporciona tiene que fluctuar en función de la habilidad del intérprete y de la consistencia de los jueces.”²⁶⁵⁰

Las indeterminaciones derivadas del reconocimiento de los precedentes como un criterio de validez jurídica, son de un tipo diverso al de las vinculadas con la legislación. La indeterminación en la legislación se debe a la textura abierta del lenguaje en que están formuladas las reglas²⁶⁵¹. Las reglas que se extraen de los precedentes poseen una indeterminación que halla fulcro en una problemática bifronte: a) no hay ningún método único para determinar la regla respecto de la cual es autoridad un determinado precedente al que se reconoce autoridad, y b) ninguna formulación de una regla que tiene que ser extraída de los casos puede pretender ser la única correcta²⁶⁵².

En lo que hace a la caracterización de la “regla de reconocimiento”, HART patentiza otro distanciamiento del positivismo tradicional basado en el apego monolítico a las reglas. Para el profesor de Oxford, estos criterios últimos no son

“...una regla situada en el mismo plano que las ‘normas jurídicas en sentido estricto’ que identificamos valiéndonos de ella. Aun cuando fuera sancionada por vía legislativa, ello no la reduciría al nivel de una ley; porque el *status* jurídico de tal sanción necesariamente dependería del hecho de que la regla existiera antes y con independencia de esa sanción. Además..., su existencia, a diferencia de la de una ley, tiene que consistir en una práctica efectiva.”²⁶⁵³

²⁶⁵⁰ HART, H. L. A.; *El concepto de Derecho*, cit., pág. 120 a 121.

²⁶⁵¹ HART, H. L. A.; *El concepto de Derecho*, cit., págs. 155 y ss.

²⁶⁵² HART, H. L. A.; *El concepto de Derecho*, cit., pág. 167.

²⁶⁵³ HART, H. L. A.; *El concepto de Derecho*, cit., pág. 138.

Ahora bien, para HART, el orden jurídico no es cerrado, completo, ni carece de lagunas. Las incertidumbres originadas en la textura abierta y otras incertidumbres propias de la práctica judicial, impiden predicar dichas calidades del ordenamiento jurídico. Es más, la misma regla de reconocimiento puede presentar áreas de indeterminación, que se asemejan a las que surgen de los precedentes (y no a la propia de las reglas vinculadas a la textura abierta), pues la regla de reconocimiento no está expresada en fórmulas verbales revestidas de autoridad, sino que debe ser extraída de las prácticas que la constituyen. Dada la carencia de las propiedades prealudidas, resta para la función de los jueces una tarea no reducida a la práctica meramente deductiva (que le adjudica el positivismo), HART ha criticado la teoría mecanicista de la función judicial (a la que denomina “formalismo”), a la que atribuye un amplio perfil discrecional²⁶⁵⁴.

Más allá de las peculiaridades no positivistas del profesor de Oxford resaltadas, HART adscribe la doctrina de la separación del Derecho y la moral, tal como fuera expuesta por BENTHAM y AUSTIN, los cuales

“...tenían sumo interés en subrayar estas dos simples cosas: primero, que en ausencia de una prescripción legal o constitucional expresa, del mero hecho de que una regla viole pautas morales no se infiere que no sea una regla de derecho; e inversamente, del mero hecho de que una regla sea moralmente deseable no se infiere que sea una regla de derecho.”²⁶⁵⁵

También destaca HART que

“...por ‘Positivismo Jurídico’ (entenderemos) la afirmación simple de que en ningún sentido es necesariamente verdad que las normas jurídicas reproducen o satisfacen ciertas exigencias de la moral, aunque de hecho suele ocurrir así.”²⁶⁵⁶

Asume la proposición de que, explicar un orden jurídico o una norma, es una cuestión diferente a la de explicar las razones morales, o de cualquier otra índole, que se pueda tener para obedecer o no la norma. El teórico del Derecho debe entender, y describir, el punto de vista interno de los individuos que usan la norma de que se trate, con independencia de cualquier inclinación que tengan, a favor o en contra de dicha norma.

IV.- JOSEPH RAZ

²⁶⁵⁴ HART, H. L. A.; *El concepto de Derecho*, cit., pág. 176 y ss.

²⁶⁵⁵ HART, H. L. A.; *Derecho y Moral...*, cit., págs. 11 a 12.

²⁶⁵⁶ HART, H. L. A.; *El concepto de Derecho*, cit., pág. 230.

El análisis de RAZ se centra en la relación del concepto de Autoridad con el concepto del Derecho.

Siguiendo con los límites impuestos en éste Anexo, sólo señalaremos las tesis centrales del planteo del autor. La doctrina de RAZ supone que todos los sistemas jurídicos (eficaces) tienen autoridad *de facto*, lo que implica sostener una de dos tesis o ambas, a saber: a) o bien que el Derecho pretende tener autoridad legítima sobre sus destinatarios, b) o bien que se considera que la tiene.

El por qué no se habla de una autoridad *de jure* tiene que ver con evitar la discusión en torno a dos clásicas paradojas, pues de todas formas no se estaría negando la coherencia de la noción de autoridad, ni que efectivamente se tenga o no autoridad. La primera paradoja se vincula con que, estar sometido a la autoridad es incompatible con la razón,

“es de la naturaleza de la autoridad requerir sumisión aun cuando se piense que lo que nos es requerido es contrario a la razón; por lo tanto el sometimiento a la autoridad es irracional.”²⁶⁵⁷

La segunda paradoja se vincula con que, el principio de autonomía, implica que se actúe en base al propio juicio en las cuestiones morales, como la autoridad en ocasiones requiere que se actúe contra el propio juicio, vendría a exigir el abandono de la autonomía moral.

Para RAZ, el análisis de la autoridad en modo alguno puede reducirse – exclusivamente- a la respuesta de las condiciones bajo las cuales se tenga autoridad legítima o bien autoridad efectiva, lo que se tiene que explicar es: “¿Qué se tiene cuando se tiene autoridad?”. Lo que sugiere que la autoridad es una habilidad para realizar ciertos tipos de acciones²⁶⁵⁸. En alguna medida, la autoridad legítima se relaciona con la autoridad efectiva, si bien aquella no necesariamente implica a ésta, la inversa no se da; siempre una autoridad efectiva ha de ser legítima, esto es lo que diferencia entre el uso de la fuerza bruta para ejercer un mando, y hacer lo mismo con un fundamento jurídico. Se necesita más que poder para que exista una autoridad legítima.

No puede concebirse la existencia de autoridad como referida a la existencia de normas. Sólo habría autoridad cuando ella es concedida por un sistema normativo, pero esto no responde a las dudas acerca de qué normas confieren autoridad y cuáles no, además

²⁶⁵⁷ RAZ, JOSEPH; *La autoridad del Derecho...*, cit., pág. 17.

²⁶⁵⁸ RAZ, JOSEPH; *La autoridad del Derecho...*, cit., pág. 21.

no da respuesta a la autoridad ejercida en situaciones extremas (v.g. casos de emergencias, como incendios o inundaciones donde alguien asume la autoridad sin que ninguna norma lo disponga así). La autoridad para RAZ es un concepto práctico, es decir, para determinar quién tiene autoridad sobre quién, es solamente una cuestión práctica; con lo que, que una autoridad dependa de la existencia de normas, es una versión relativizada de tener autoridad (i.e. se tiene autoridad de acuerdo con s , donde s es un sistema de normas)²⁶⁵⁹. En síntesis, el hecho de que ciertas personas se hallen respaldadas por normas, puede ser suficiente para estar investido de autoridad, pero en otras circunstancias no.

La noción de autoridad no puede limitarse a un simple mandar y ser obedecido, esta es una concepción simple. La manera apropiada de reconocer a la autoridad, consiste en considerar a sus mandatos como razones para la acción, que reemplazan al balance de razones que usualmente efectuaría cualquier individuo en una situación dada. Quien ordena, no considera su orden como una mera razón que agregar al balance de razones, en base a la cual el destinatario decidirá qué hacer,

“Tiene la intención de que el destinatario considere su orden como una razón para actuar con independencia de cualquier otra razón en contra que pudiera existir.”²⁶⁶⁰, esto diferencia claramente a un *mandato* de una *petición* (aunque la cuestión llevaría a puntualizar otros temas más finos en la teoría de RAZ que extenderían en demasía esta breve exposición). Las expresiones de una autoridad son más que razones *prima facie*, pero sin embargo, no son absolutas.

Otra objeción a la concepción simple estriba en que (y esto parecería un contraargumento de la primera objeción) las expresiones de la autoridad pueden ser tenidas como legítimas sin que se las considere como razones para actuar (v.g. quien se halla conduciendo un auto en un descampado, y al llegar a un cruce, sin que haya nadie en kilómetros a la redonda, se topa con un semáforo en rojo, pese a ello acata la directiva de tránsito).

Existe un mínimo que una orden debe excluir para ser una orden, debe excluir, cuanto menos, consideraciones sobre los deseos efectivos del destinatario. Usualmente las órdenes excluirán más que eso, pero lo que sí es claro es que no pueden

²⁶⁵⁹ RAZ, JOSEPH; *La autoridad del Derecho...*, cit., pág. 24.

²⁶⁶⁰ RAZ, JOSEPH; *La autoridad del Derecho...*, cit., pág. 29.

excluir menos, a lo más, podrá sostenerse que se entendió que no se aplicaba al caso, pero ello no implicará que la razón se rechazara por consideraciones personales.

“...quien manda no trata meramente de modificar la balanza adicionando una razón para la acción; trata de crear una situación en la cual el destinatario hará mal en actuar en base a la balanza de razones; coloca su autoridad en el lugar del juicio del destinatario en base a la balanza de razones.”²⁶⁶¹

Se sigue la autoridad con independencia de las propias opiniones.

Además de la exclusión del balance de razones, para identificar la capacidad de la autoridad, debe ser posible que los destinatarios, identifique los mandatos de forma independiente de aquellas razones²⁶⁶².

Para ir concluyendo, en la presentación de RAZ en torno a su idea de autoridad, este presenta tres tesis:

- (a) *Tesis de la dependencia*. Todas las órdenes autoritativas deben basarse, a más de otros factores, en razones que se aplican a los destinatarios de esas órdenes.
- (b) *Tesis de la justificación normal*. La manera natural de comprobar que un sujeto tiene autoridad sobre otro, estriba en que éste último se encuentra más complacido con razones que se le aplican a él, si acepta las órdenes de la autoridad como obligatorias, en sentido autoritativo, y trata de seguirlas, que si tratara de seguir las razones que le impone su balance propio de razones.
- (c) *Tesis de la preferencia*. El hecho de que una autoridad requiera la realización de una acción, es ya suficiente razón para su realización, no precisa ser añadida a todo el resto de razones relevantes cuando se evalúa qué hacer, sino que lisa y llanamente las reemplaza.

V.- Problemas de la corriente.

Una de las principales críticas a la corriente, es que no es capaz de dar cuenta de los desacuerdos genuinos que pueden presentarse en los diferentes contextos. Estas teorías se

²⁶⁶¹ RAZ, JOSEPH; *La autoridad del Derecho...*, cit., pág. 40.

²⁶⁶² Esta tesis descarta la postura iusnaturalista que entiende que la identificación del Derecho es dependiente de consideraciones acerca de lo que debe ser la ley.

presentarían como incompetentes para explicar uno de los puntos más relevantes de las prácticas jurídicas: la existencia de desacuerdos interpretativos entre los juristas. Conforme con ello, la corriente se centraría, en demasía, en lo que se ha llamado “pseudo-problemas”.

Las críticas son profusas, y sobre lo dicho es un ejemplo el “aguijón semántico” de DWORKIN, sobre el que se habla en el texto.

ANEXO II

El Realismo Jurídico

Sentido filosófico. El Realismo jurídico americano. Oliver Wendell Holmes. El Realismo escandinavo. Alf Ross. Hagerstrom. Frank. Llewellyn. Guastini. Entre el positivismo y el jusnaturalismo. Conclusión: realismo moderado.

I.- LA CORRIENTE.

El término realismo se utiliza en dos sentidos diferentes.

“En sentido *filosófico* el realismo moral es una teoría filosófica que cree en la objetividad de los valores mientras que el realismo jurídico es una doctrina jurídica que enfoca el derecho desde el punto de vista de los jueces y sostiene que el derecho es una profecía acerca de lo que decidirán los jueces. El realismo jurídico normalmente va asociado con el escepticismo – de distintas intensidades – hacia la objetividad de las reglas.”²⁶⁶³

El *Realismo Jurídico Americano*, vulgarmente conocido como *Realismo Jurídico*, es en una primera aproximación un conjunto de desafíos escépticos²⁶⁶⁴, y se enmarca entre las posturas filosóficas críticas (o irracionalistas) elaborando una crítica interna al Derecho y teorías jurídicas vigentes, intentando mostrar la falsedad de su autonomía respecto de la política y su carácter ideológico de “discurso de poder”²⁶⁶⁵.

Como precursor de los realistas norteamericanos cabe mencionar a OLIVER WENDELL HOLMES JR., quien consideraba que el Derecho no es otra cosa que las profecías de cómo los jueces resolverán los asuntos jurídicos. Aunque de ahí a caricaturizar a la

²⁶⁶³ CALSIMIGLIA, ALBERT; *Indeterminación y Realismo*, en www.giuri.unige.it, *Analisi e diritto 1999*, a cura di P. COMANDUCCI e R. GUASTINI, pág. 219, nota 1.

²⁶⁶⁴ En ocasiones se ha distinguido entre “realismo” y “escepticismo”, pues si bien ambos apuntan al carácter instrumental del Derecho, “...pero mientras que los primeros nunca pusieron en duda la funcionalidad de ese instrumento, su idoneidad como instrumento de corrección y de cambio social, los segundos fueron escépticos también en este segundo aspecto.”, la visión marxista del Derecho es un ejemplo de puro escepticismo, también la denominada *Teoría Crítica del Derecho* (“uso alternativo del Derecho”, “critical legal studies”, “crítica jurídica”, entre otras), fruto de un marxismo atemperado (surgido a partir de 1970), en donde el Derecho no es visto ya como una superestructura en manos de la clase dominante, sino una herramienta que en su fondo esconde elementos discriminatorios (i.e. trato desigualitario), aunque se le reconoce su importancia en cuanto herramienta de transformación social, a este marxismo debilitado se le suman elementos de otra raigambre: como la tesis de la indeterminación radical del Derecho del realismo jurídico, la crítica al racionalismo y al cientificismo del pensamiento moderno, el feminismo jurídico, entre otros. DUNCAN KENNEDY es el representante actual más importante de esta corriente. ATIENZA, MANUEL; *El Derecho como argumentación*, en ATIENZA, MANUEL y FERRAJOLI, LUIGI; *Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, págs. 60 y ss.

²⁶⁶⁵ MASSINI CORREAS, CARLOS I.; *Filosofía del Derecho*, t. I, cit., pág. 6.

corriente sosteniendo que “El derecho es lo que los jueces desayunan”, dista un importante trecho, frases como la mencionada han sido utilizadas para describir – y, lo que es mucho más importante para refutar - al *legal realism*. En esta corriente también pueden citarse a BENJAMÍN CARDOZO y ROSCOE POUND.

Uno de los primeros en afirmar que la ley determina en un grado muy escaso el contenido de las resoluciones de los jueces, y de que el papel central en la construcción del Derecho lo ejercen estos, fue en 1885 OSKAR VON BÜLOW en Alemania. Afirmaba que es en la magistratura donde verdaderamente adquiere forma definitiva el texto legal. Sin embargo, el espíritu realista alemán, del que RUDOLPH VON IHERING también es expresión, no suele presentarse como ejemplo de esta temática.

“AXEL HÄGERSTRÖM y ALF ROSS destacan entre los realistas escandinavos, para quienes la eficacia o vigencia real de las normas jurídicas es la propiedad determinante, por encima de la validez meramente formal y del contenido moral de las mismas. Finalmente, MICHEL TROPER ha desarrollado una teoría realista según la cual la interpretación no es un acto de conocimiento de la ley, sino un acto de voluntad del juez.”²⁶⁶⁶

La obra de ALF ROSS, *Sobre el Derecho y la Justicia* es el paradigma del realismo escandinavo, un realismo atemperado a la LLEWELLYN –ver *infra*-. Este autor es citado ampliamente en el texto del trabajo que presentamos, pero, a modo de síntesis en lo que hace a su enrolamiento en la corriente, puede destacarse que releva especialmente en su construcción al Derecho, no establecido por las autoridades, subrayando la importancia de un cúmulo de factores culturales que inciden en las valoraciones que el juez utiliza al fundar sus decisiones; en lo que hace al método jurídico, otorga particular preponderancia a los principios o elementos valorativos que guían al órgano decisor puntualizando en el rol no cognoscitivista de éste, pues el juez no puede eludir el valorar y elegir cuando está llamado a decidir. Como el Derecho es una técnica social, el juez no puede sortear al aplicar el Derecho, la incidencia de la “política jurídica” en sus decisiones, de allí que para ROSS, el intérprete, no debe eludir el aplicar parámetros políticos, sino ser consciente de ello a los fines de circunscribir, en alguna medida, los componentes emotivos e irracionales de la aplicación del Derecho (siempre habrá una dosis de irracionalidad filtrada en los juicios de valor).

²⁶⁶⁶ En Enciclopedia Libre Wikipedia es.wikipedia.org, voz “realismo jurídico”.

En ROSS interpretar es decidir, así, cuando se decide en un sentido, el decisor procura buscar consenso en lo decidido, de donde recurrirá para hacerlo o bien a métodos racionales, o bien a métodos irracionales. Los primeros son de naturaleza argumentativa (v.g. argumento a contrario, analógico, *et sit cétera*), son técnicas retóricas que apuntan a la persuasión. Los métodos irracionales se dirigen a trastocar las actitudes, al expresar emociones están más allá de toda justificación.

EUGENIO BULYGIN ha cuestionado la existencia de una auténtica escuela del realismo escandinavo, pues en ella se agrupan pensadores diversos entre sí: HAGERSTROM, OLIVECRONA, ROSS, entre otros,

“...cuyo único vínculo indiscutible parece ser la procedencia escandinava.”²⁶⁶⁷;
más allá de que identificar a una Escuela simplemente por su origen, es un recurso bastante débil por no decir nulo, lo relevante es la coincidencia en principios fundamentales; en este sentido, en ROSS puede hallarse una interpretación judicialista- conductista en tanto que en OLIVECRONA es de tipo psicologista, y el escepticismo normativo de LUNDSTEDT no se vincula con ROSS. Sí puede observarse un rechazo por las inquietudes de tipo metafísicas.

HAGERSTROM

“...se apoya en una crítica al subjetivismo epistemológico, aceptando la independencia entre el acto de conocer y el objeto conocido y un concepto materialista de la realidad...”²⁶⁶⁸,

de donde rechaza toda metafísica proponiendo, el fundador de la Escuela de Upsala, en crítica a KELSEN, una reconstrucción en clave empírica de los conceptos jurídicos (v.g. la noción de validez). En la filosofía práctica (y aun antes que CARNAP y STEVENSON) sostiene que los valores son simplemente sentimientos o deseos del sujeto y no propiedades reales, de donde no son susceptibles de verificación alguna.

ROSS por su parte, profundamente influenciado por su maestro KELSEN, en la primera etapa, acepta la distinción entre normas y proposiciones de la ciencia jurídica, la coerción como elemento identificador del Derecho, los jueces como destinatarios de las normas jurídicas, el reconocimiento del papel fundamental de las reglas en el Derecho y la imposibilidad del cognoscitivism en cuestiones morales. Para el profesor de Copenhague,

²⁶⁶⁷ BULYGIN, EUGENIO; *Alf Ross y el realismo escandinavo*, en “Anuario de Filosofía Jurídica y Social”, t. I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1981, pág. 75.

²⁶⁶⁸ VIGO, RODOLFO LUIS; *op. cit.*, pág. 23.

los conceptos metafísicos son contradictorios e incapaces de ser sometidos al principio de verificación empírica. En su “Sobre el Derecho y la Justicia”, reconoce ROSS que se trata de una obra de filosofía del Derecho en que se analizan los problemas que se plantean en las dos ramas en que se divide el estudio científico del Derecho: la ciencia del Derecho y la sociología jurídica, siendo campos del primero el concepto de vigencia, las fuentes del Derecho, la interpretación jurídica, la terminología jurídica, el concepto de derecho subjetivo, derechos *in rem*, derechos *in personam*; en tanto que la sociología jurídica se ocuparía no de la sociología fundamental (propia de otras esferas), sino de la vinculación del Derecho con la política jurídica.

El realismo jurídico debe comprenderse

“...como una reacción contra una propuesta científicista en particular – el formalismo... científicismo jurídico matemático -, razón por la cual es común hablar de la ‘revolución contra el formalismo’ (WHITE)... (e intentó) suplantarlo con otro científicismo, a saber, el de las ciencias sociales teóricas.”²⁶⁶⁹, es una concepción que resalta al Derecho como una práctica social, como un fenómeno en movimiento, “...el derecho *in fieri*, más bien que el derecho formalmente establecido...”²⁶⁷⁰,

lo que viene a destacar la instrumentalidad del Derecho como medio para la construcción (ingeniería) social.

La corriente puede dividirse en dos grandes vertientes: a) el *escepticismo ante las normas* y b) el *escepticismo ante los hechos*. Exponente de la primera es KARL LLEWELLYN y, de la segunda, JEROME FRANK.

El escepticismo ante los hechos (también denominada la *versión extrema del realismo*) acepta el escepticismo ante las normas, sobre el que nos extenderemos en lo que sigue, pero añade que el análisis debe ir más allá, a los hechos mismos, que son la base de la decisión final del juez. Si bien este no es el espectro de análisis propuesto en nuestro trabajo, brindaremos algunas aclaraciones de la corriente al solo efecto de completar, en alguna medida, el marco conceptual.

JEROME FRANK propuso su examen del Derecho desde la perspectiva de los juzgados de primera instancia, no desde la óptica de los organismos jurisdiccionales de

²⁶⁶⁹ MORENO, ROBERTO; *El “otro” realismo jurídico: ¿hay algo que podamos aprender todavía del legal realismo?*, en www.maritain.com.br, página web del Instituto Jacques Maritain do Rio Grande do Sul.

²⁶⁷⁰ ATIENZA, MANUEL; *El Derecho como...*, cit., pág. 38.

alzada²⁶⁷¹. FRANK destacó la relevancia de la argumentación para los *hechos*, no así las normas señalando una serie de pautas²⁶⁷²:

- i. *Escepticismo axiológico*. Los juicios de valor son de enorme importancia en la toma de decisiones jurídicas, pero los mismos no pertenecen al ámbito de la razón. De donde, el discurso configurado a partir de ellos, no será justificativo sino persuasivo, “no se trata de justificación, sino de racionalización”, “no de argumentación racional sino... de retórica”.
- ii. *Conductismo*. Importa explicar *a posteriori*, qué es lo que han hecho los jueces, pues las razones explicitadas en los considerandos no suelen ser las auténticas razones que motivaran la decisión. FRANK resalta que los jueces no operan de acuerdo al modelo silogístico, y además puntualiza que en la realidad el plano de justificación sede ante el de la explicación.
- iii. *La indeterminación del Derecho*. La indeterminación normativa y de los hechos que postula FRANK, reconduce a la idea de que no pueda hablarse propiamente de método jurídico. Las decisiones judiciales no están determinadas por las normas previamente establecidas, sino que se explican a partir de contextos varios (v.g. ideológicos, biográficos, *et sit cétera*). Lo relevante no son cuestiones lógicas sino psicológicas. Además la teoría del Derecho debe orientarse, antes que a su carácter constructivo (i.e. diseño del método), a un perfil crítico dirigido a erradicar los “mitos jurídicos” (v.g. seguridad jurídica, silogismo judicial, *et sit cétera*).

El escepticismo frente a las normas (o *versión moderada del realismo*) es una especie de reacción contra una actitud opuesta: el formalismo ante las normas y los conceptos jurídicos. En los países del “Derecho continental europeo” y la mayor parte de Iberoamérica, predomina entre los juristas un pronunciado formalismo ante las normas. El hecho de contarse en estos países con una amplia codificación del Derecho dio pie para que los juristas asignaran a esos sistemas, y a las normas que los constituyen, una serie de propiedades formales que no siempre tienen: precisión, univocidad, coherencia,

²⁶⁷¹ ATIENZA, MANUEL; *El Derecho como...*, cit., pág. 39.

²⁶⁷² ATIENZA, MANUEL; *El Derecho como...*, cit., págs. 39 a 40.

completitud, *et sit cétera*. La asignación de estas propiedades se debe a ciertas hipótesis implícitas de la dogmática jurídica continental sobre presuntas cualidades racionales del Legislador. No resulta extraño, entonces, que esta corriente tuviera su origen en el marco del *common law*; al no tener la obligación de someterse a reglas canónicas, los juristas de estos sistemas suelen considerar que las normas jurídicas están lejos de tener las propiedades formales que se les suele asignar.

El representante de ésta corriente, como se adelantó, es KARL LLEWELLYN. En el “*primer Llewellyn*”, es posible hallar las tres pautas adjudicadas a FRANK, aunque postuladas con menor radicalidad.

En la primera de sus obras (“A Realistic Jurisprudence – The Next Step” - 1930-), LLEWELLYN recoge sus famosos nueve “puntos de partida comunes” del movimiento realista:

- i. La concepción del Derecho como un fluir, del Derecho en movimiento y de la creación judicial del Derecho. Lo relevante no es el discurso justificativo cuanto el predictivo, lo que importa no es lo que dicen los jueces sino su conducta.
- ii. La concepción del Derecho como un medio para fines sociales, y no como un fin en sí mismo; de manera que cada parte del mismo ha de ser constantemente examinada por su propósito, y por su efecto, y ser juzgada a la luz de ambos y de la relación entre uno y otro.
- iii. La concepción de la sociedad como un fluir, y como un fluir típicamente más rápido que el Derecho, de manera que siempre existe la probabilidad de que cualquier porción del Derecho necesita ser reexaminada, para determinar hasta qué punto se adecua a la sociedad a la que pretende servir.
- iv. El divorcio temporal entre Ser y Deber ser a efectos de estudio. El argumento es sencillamente, que no se puede hacer inteligentemente ningún juicio sobre lo que debería hacerse en el futuro con respecto a cualquier parte del Derecho sin conocer objetivamente, tanto como sea posible, lo que dicha parte del Derecho está haciendo en este momento.
- v. La desconfianza hacia las reglas y conceptos jurídicos tradicionales.

- vi. Una desconfianza hacia la teoría según la cual, las tradicionales formulaciones de reglas prescriptivas, son el factor operativo preponderante en la producción de decisiones judiciales.
- vii. La creencia en la utilidad de agrupar casos y situaciones jurídicas en categorías más estrechas que las que han sido habitualmente empleadas en el pasado.
- viii. Una insistencia en evaluar cualquier parte del Derecho en términos de sus efectos, y una insistencia en la utilidad de intentar encontrar esos efectos.
- ix. La insistencia en el ataque constante, y programático, sobre los problemas del Derecho siguiendo cualquiera de estas líneas.

La posición de LLEWELLYN se atemperó en sus últimas obras (este es el “segundo Llewellyn”). En *The Common Law Tradition*, su norte está dirigido a combatir la pérdida de confianza en los organismos jurisdiccionales de alzada (i.e. los Tribunales de Apelación estadounidenses), los factores de estabilidad del sistema que implican que las decisiones de estos tribunales sean previsibles, no se vinculan con la lógica, pues los métodos deductivos presuponen la elección de las premisas, lo que tiene un carácter puramente arbitrario; la estabilización depende, por el contrario, de un cúmulo de factores (v.g. reglas, principios, tradiciones, *et sit cétera*), que reportan una “única respuesta correcta”²⁶⁷³ (similar a la tesis de la interpretación de DWORKIN).

Para LLEWELLYN, el trabajo del jurista es una “técnica artesanal”, donde su justificación estará dada por el producto obtenido, su eficacia y no por la “corrección” de los medios empleados. Su crítica al método deductivo impone como alternativa la utilización, con habilidad y honestidad, de la discrecionalidad jurídica, la idea de justicia juega un rol relevante en ésta construcción²⁶⁷⁴.

El realismo plantea una tesis empírica sobre la incidencia personal del juez en las decisiones, i.e. psicología del juez. Estos deben enfrentar dos alternativas señala SCHAUER: a) puede decidir de conformidad con parámetros extrajurídicos, y *a posteriori* justificar su decisión “aferrándose” de las reglas; o b) puede lidiar con las reglas,

²⁶⁷³ ATIENZA, MANUEL; *El Derecho como...*, cit., pág. 41.

²⁶⁷⁴ ATIENZA, MANUEL; *El Derecho como...*, cit., pág. 43.

procurando hallar una solución entre ellas que otorgue primacía o superioridad a unas sobre otras, a los efectos de sortear los conflictos normativos que pudieran presentarse. Para el profesor de Harvard los realistas asumirían la primera tesis, en tanto que la línea marcada por DWORKIN elegirá la segunda, en tales casos los jueces entenderían que esa es una oportunidad para decidir la cuestión crítica sobre argumentos más sólidos, y no una ocasión para hacer a un lado las reglas. En lo que hace a la perspectiva realista, se trataría de

“...la comprensión que los jueces tienen de su propia función.”²⁶⁷⁵

Uno de los enfoques realistas más modernos es el de RICCARDO GUASTINI, tributario de la escuela realista genovesa inaugurada por GIOVANNI TARELLO. Al igual que las tesis realistas preenumeradas, dirige su análisis más que a las normas mismas, a la interpretación y aplicación de los textos normativos, niega la posibilidad de identificar unívocamente al Derecho, y concede a los jueces discrecionalidad amplia en los casos que se les presentan.

Según GUASTINI debe distinguirse entre: *disposiciones* que son las “partes o segmentos de un documento normativo”, y *normas en sentido estricto* que son “contenidos de significado”; sólo las primeras emanan del Legislador, pero no son más que actos lingüísticos, no muestra que se obligue algo, se prohíba algo, *et sit cétera*; sólo se concreta el carácter deóntico de una conducta cuando se dota de significado a las disposiciones mediante un acto de interpretación²⁶⁷⁶.

La preseñalada, es una visión radicalizada del realismo en la que no abrevamos, pero sí estamos de acuerdo con el autor mencionado en cuanto entiende que una misma disposición normativa es susceptible de ser interpretada de diversas formas, pues su significado es discutible y siempre es posible aportar argumentos a favor de intelecciones dispares (incluso de aquella natural o triunfante). La pluralidad de interpretaciones, tiene su causa eficiente en la diversidad de métodos interpretativos existentes, destacando GUASTINI que no existe ningún metacriterio interpretativo que viabilice elegir una técnica determinada en desmedro de las otras; así por caso, si bien suele sostenerse la prioridad del *método literal*, no existe ningún criterio que avale tal discurrir, ello aunque contingentemente en un ordenamiento jurídico se dispusiera la utilización de tal

²⁶⁷⁵ SCHAUER, FREDERICK; *op. cit.*, pág. 259.

²⁶⁷⁶ GUASTINI, RICCARDO; *Distinguiendo. Estudios de Teoría y Metateoría del Derecho*, (trad. Jordi Ferrer Beltrán), Gedisa, Barcelona, 1999, pág. 270.

método, pues de existir una disposición de este último tipo ella misma debería ser interpretada, de donde, en conclusión, para decidirse por un método interpretativo específico, no puede recurrirse al sistema jurídico, sino necesariamente a criterios morales²⁶⁷⁷.

Por ello, la elección de un método interpretativo en desmedro de los otros es una cuestión de elección del intérprete, no de conocimiento. No existe una interpretación “correcta”, sino una elección discrecional, no puede haber un conocimiento de las normas en tanto que lo cognoscible son sólo los datos empíricos, y las normas no lo son. Existen dos tipos de interpretación: a) la *interpretación- conocimiento*, propia de los teóricos del Derecho, se ocupa de entender cuáles son los usos más comunes de las disposiciones normativas, la forma en que son entendidas dichas disposiciones por el Legislador y los jueces; b) la *interpretación- decisión* que consiste en decidir otorgar a una expresión un significado, es la actividad que desarrollan los jueces²⁶⁷⁸.

En términos generales, puede señalarse que el *realismo* abrevia en las teorías científicas jurídicas que procuran

“...aprehender y ordenar en secuencias causales interpretables según el modelo de las ciencias naturales,... (optan) por la explicación empírico- analítica, de SAINT- SIMON, COMTE y EMILE DURKHEIM...”²⁶⁷⁹

Es una corriente explicativo- descriptiva.

También puede señalarse que desde el realismo se considera que

“...sólo existe un mundo, el de la realidad empírica, al que el derecho pertenece completamente, de modo que el derecho y su validez son estudiados y comprendidos en términos de efectividad social...”²⁶⁸⁰

La dificultad de la conceptualización estriba en que el término “realismo” es receptado por los autores de muy distintas formas, y además porque se autodenominan “realistas” autores con ideas diametralmente distintas.

²⁶⁷⁷ GUASTINI, RICCARDO; *Distinguiendo...*, cit., págs. 211 y ss.

²⁶⁷⁸ GUASTINI, RICCARDO; *Distinguiendo...*, cit., págs. 203 y ss.

²⁶⁷⁹ FLORES, IMER B.; *op. cit.*, pág. 1022.

²⁶⁸⁰ PATTARO, ENRICO; *Elementos para una teoría del derecho*, debate, Madrid, 1985, citado por VIGO, RODOLFO LUIS; *op. cit.*, pág. 16.

Autores como LEITER, han sostenido que el realismo jurídico americano o escandinavo, expresan un positivismo genuino, estos autores propondrían una senda correcta para el conocimiento social y jurídico,

“Una senda así debería mostrarse libre del ‘análisis conceptual’. Su compromiso tiene que darse con el ‘naturalismo’. Se trataría de una senda caracterizada por *explicaciones naturalistas y no por explicaciones filosóficas del derecho...* el realismo jurídico se propone como una doctrina apta para las explicaciones naturalistas.”²⁶⁸¹

Hay autores que postulan al realismo como una tesis alternativa frente al iuspositivismo y al iusnaturalismo, por caso

“...el realismo prescinde de la nota de validez jurídica como fuerza obligatoria marginada de hechos, y porque esa orientación implica una crítica a los presupuestos epistemológicos y lógicos de los defensores del positivismo y del derecho natural.”²⁶⁸²,

coincidimos con la opinión que concluye que no hay una tercera opción como esta de cara a la diada aludida, y ello se sigue de numerosas digresiones que seguimos en el texto de nuestro trabajo. El iusnaturalismo y el iuspositivismo no son incompatibles con algún seguimiento de postulados realistas.

II.- ACLARANDO NUESTRA POSTURA.

En el texto seguiremos una postura realista moderada²⁶⁸³, en tal sentido, entendemos que al apuntar a la indeterminación del Derecho, los realistas ayudaron a poner fin a la teoría que entienda que, todo caso que se presente ante un juez, tiene una solución que puede ser alcanzada por la razón, i.e. a la única decisión judicial correcta o justa.

En acuerdo con ALF ROSS, hemos receptado un realismo jurídico compaginado con una visión positivista en lo que hace a formular explicaciones jurídicas en términos fácticos, empíricos, basados en la observación e interpretación de hechos sociales; se rechaza un realismo del tipo norteamericano, que implica una total carencia de

²⁶⁸¹ LARIGUET, GUILLERMO; *Problemas del conocimiento jurídico*, cit., pág. 66.

²⁶⁸² VIGO, RODOLFO LUIS; *op. cit.*, pág. 17.

²⁶⁸³ No nos referimos a la idea de “realismo moderado” de GRÜN, en la que incluye a ROSS, entendiendo que se trata de la corriente en que el Derecho, si bien está basado en normas, forma parte del mundo real. GRÜN, ERNESTO; *Estructura y función de las normas jurídicas en la concepción del derecho de Alf Ross*, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, t. 5, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1985, pág. 60.

preocupación epistemológica: los análisis filosóficos son relevantes, para luego con ellos intentar hallar respuestas jurídicas. Asimismo se receptan las nociones de la importancia del obrar por sobre el conocimiento práctico, la visión antropológica y el peso de la psicología y la sociología en la interpretación, puntualizando en lo descriptivo- legal de los fenómenos morales sustituyendo la ética normativa.

Sostener una postura realista importa, para nosotros, que el Derecho, en cuanto conformado por reglas, no aporta una respuesta unívoca para cada caso particular. Si el Derecho ofreciera respuestas correctas, la interpretación se reduciría a una actividad cognoscitiva, donde el juez no debería elegir la interpretación que más le convenga para el caso, sino la de descubrir cuál es la interpretación correcta en la especie.

Es posible desmitificar la función judicial, instando a no confundir la bivalencia judicial (litigante exitoso/derrotado) como un aspecto ontológico del Derecho, sino como un artefacto técnico. Los decisores jurídicos no se encuentran limitados monolíticamente por fuerzas externas respecto de sus propias preferencias decisorias, caso contrario no se explicarían las pretensiones contrapuestas de las partes, o los votos en disidencia en los tribunales colegiados, entre otros aspectos. En efecto, cualquier decisión en la que dos partes reclamen un resultado, viene a indicar que es factible que en el caso pueda construirse un argumento plausible –basado en reglas- respecto de ambas partes en disputa; los jueces pueden decidir –y de hecho lo hacen- también sobre la base de factores externos respecto de las reglas; y en dichos supuestos las reglas sólo servirán para racionalizar resultados que se obtienen sobre bases diversas a las de aquellas. La factibilidad de justificar jurídicamente resultados divergentes, demuestra tácticamente la aptitud del decisor para sustentar su resolución en diferentes características del mismo hecho.

Entre sus principales aportes, de los cuales se pretende hacer recepción en este trabajo como fundamento teórico, se encuentran las siguientes nociones: (i) la falsedad de la idea de una total autonomía del Derecho en cuanto reglas, (ii) la indeterminación *prima facie* de las normas jurídicas, (iii) su posible manipulación política, y (iv) su imposibilidad de aprehender la complejidad social.

El realismo jurídico ha permitido que el análisis de las reglas jurídicas sea menos formal y atienda a las consideraciones políticas, ideológicas; pero sobre todo,

morales, que deben atender los operadores del Derecho. Al desechar el análisis puramente formal del Derecho, se permite así efectuar una revisión de la “dogmática jurídica” basada en cánones de la tradición central de Occidente (principios fundamentales de la razón práctica descendiendo hasta las instituciones particulares).

Dicho de otra manera, creemos que el realismo jurídico viabiliza cuestionar la aptitud de las reglas para limitar las elecciones de los aplicadores del Derecho. Los jueces deciden los casos realizando un juicio que considere todos los factores relevantes. Estos juicios toman en cuenta

“...factores morales, políticos, económicos y psicológicos, no (es) arbitrario, pero sí particularista, al centrar la atención en el resultado óptimo *para este caso*.”²⁶⁸⁴

De este modo el juez tomaría primero la decisión, para *a posteriori* argumentar a su respecto; pero a diferencia de los realistas absolutos, sostendremos que las decisiones no se alcanzan sin tomar en cuenta las reglas, una decisión particularista (salvo en su versión extrema), no necesariamente importa soslayar las limitaciones que imponen las reglas, sino que, cuando un juez se enfrenta a un caso en el que debe tomar una decisión, apoyará sus fundamentos no sólo en reglas sino considerando todos los aspectos relevantes.

Hasta los realistas más recalcitrantes entienden que ha de existir un cierto grado de legitimación, como enseña SCHAUER, no es factible ver a los decisores jurídicos

“...como tiranos capaces de basarse en un argumento del tipo ‘porque yo lo digo’ para justificar cualquier cosa que desearan.”²⁶⁸⁵,

por el contrario los decisores jurídicos operan en un entorno comunitario que exige que las decisiones se funden o justifiquen plausiblemente ante la sociedad. En modo alguno puede sostenerse que las reglas sean ilusorias a tal punto que un decisor alcance el resultado que se le antoje y racionalice la conclusión como le plazca.

El profesor de Harvard señala una cuestión interesantísima, que necesariamente no podemos soslayar y hacer nuestra al mismo tiempo. Es común que se entienda que el realismo tiene siempre algo que decir ante conflictos entre reglas equivalentes, i.e. los ordenamientos tienen usualmente un conjunto de reglas capaces de justificar resultados opuestos, dependiendo ello de la intelección de los hechos; allí los decisores podrán racionalizar sus decisiones apelando a cualquiera de las reglas en crisis. El

²⁶⁸⁴ SCHAUER, FREDERICK; *op. cit.*, pág. 255.

²⁶⁸⁵ SCHAUER, FREDERICK; *ibídem*.

problema es analizado en el positivismo como una *contradicción normativa* y se soluciona con otro tipo de técnicas (v.g. dictando una nueva regla que derogue a las otras en crisis, optando por una y declarando inválida a la otra, *et sit cétera*). Pero SCHAUER observa con agudeza que, aun cuando sea un extremo raro que un mismo sistema jurídico exija y prohíba la misma conducta, lo que no es extraño es que exista una regla que exija α en tanto otra prohíba β , de donde, es probable que, toda vez que los hechos no son simples sino complejos, un evento específico pueda contener tanto la propiedad α como la propiedad β ; en tales supuestos, las caracterizaciones alternativas producirán el mismo efecto que se daría si el sistema jurídico de que se trate contuviera simultáneamente una regla que exige y prohíbe α ²⁶⁸⁶. En esto, el argumento realista demuestra toda su fuerza, pues ejemplos como ese no son extraños, las reglas devienen suficientemente indeterminadas como para viabilizar justificaciones divergentes.

²⁶⁸⁶ SCHAUER, FREDERICK; *op. cit.*, pág. 256.

ANEXO III

La ubicación de la Doctrina Especializada en el marco de la Teoría del Derecho alemana

El neokantismo de Baden y el neokantismo de Marburgo. Von Liszt. Binding. Radbruch. Schmidt y Mezger. Mayer. Welzel. Jiménez de Asúa. La Teoría del Derecho alemana después de 1945. Renacimiento del Derecho Natural. La teoría analítica. El período escéptico (Esser y Engisch). Las teorías éticas (Habermas). Corrientes de orientación sociológico- realistas. Albert. Corrientes de orientación racional- discursiva (Alexy y Habermas). Las corrientes sistémicas (Luhmann). La hermenéutica (Hassemer y Kaufmann). El Derecho Penal: Roxin y Jakobs.

I.- BREVE BOSQUEJO GENERAL.

La teoría del ámbito vacío de Derecho, pese a sus remotos antecedentes –ciertamente poco claros- en la filosofía política de la mano de HOBBS y LOCKE²⁶⁸⁷, debe esperar para adquirir un espacio de discusión autónomo y relevante a contar con un cemento epistémico que le dé cauce. En este sentido, se ha señalado que

“KANT había dejado abiertos dos caminos, el de la razón pura y el de la razón práctica. Por la vía de la razón pura el discurso jurídico terminó en el neokantismo de Marburgo, del que fue tributario HANS KELSEN, que no servía para construir una dogmática jurídica penal. el neokantismo de Baden, que se construye por la senda de la crítica de la razón práctica fue el que produjo la versión del discurso jurídico penal que hemos conocido y ha dominado hasta la Segunda Guerra Mundial.”²⁶⁸⁸

El neokantismo de Baden apuntaba a un discurso diverso del positivismo, un discurso que no tenía en cuenta los datos de la realidad y que diferenciaba entre ciencias de la naturaleza y ciencias de la cultura²⁶⁸⁹; estas últimas, como se explicó apprehenden objetos que no se ven en el mundo ordenados, como acaece en la naturaleza, se dan en un mundo en el que es preciso poner en orden las cosas para entenderlo, para ello precisa de la mediatización valorativa del cognoscente. Dicho de otra forma, se precisa un acto de poder a fin de que ponga en orden los elementos, ellos no están disponibles para el conocimiento,

“...sólo se las tiene disponibles cuando se las mira a través del valor, que es esa especie de microscopio que permite ordenar para poder conocer.

²⁶⁸⁷ Ver *supra* parágrafo 14 (“El ámbito libre de valoración jurídica en el esquema de pensamiento de otros autores”).

²⁶⁸⁸ ZAFFARONI, EUGENIO R.; *Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo*, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, pág. 156.

²⁶⁸⁹ Hemos discurrido suficientemente sobre esto antes, ahora procuraremos enmarcar más precisamente de lo que se hizo en esa oportunidad, porque esta distinción signa nuestro tema. Ver *supra* parágrafo 1 (“Palabras previas. Sobre la ‘ciencia del Derecho’”) y 2 (“Designación y Naturaleza del Problema”).

“Esto está muy cerca de decir que el conocimiento crea el objeto... el acto de conocimiento tiene para ellos (el círculo de Baden) un efecto creativo...”²⁶⁹⁰

Esto denota que, previo a esta manera de ver al Derecho, y específicamente al Penal, difícilmente pudiera hablarse de vacíos del Derecho, pues esta no era una construcción sistemática sobre la que valiera la pena predicar o no sobre sus alcances, la modernidad ha traído la relevancia de este análisis. Veamos entonces, cómo el discurrir de la dogmática en Alemania ha permitido el ingreso de esta teoría y las conexiones entre los distintos elementos de dicho mundo jurídico. No es voluntarista la elección de la doctrina de este país para el análisis que nos ocupa, pues es desde allí que se han planteado las distintas problemáticas que han dado lugar a las diversas escuelas que pugnan en la materia penal dando dinámica al debate que repercute en el resto del mundo occidental a este respecto.

Durante la República de Weimar, la ciencia alemana del Derecho Penal, alcanzó su más encumbrada elaboración intelectual en la estructura dogmática de la Teoría del Delito.

Las bases habían sido sentadas por FRANZ VON LISZT y ERNST BELING en el siglo XIX y principios del XX, constructores del “sistema básico de la Teoría del Delito”.

El otro gran penalista de ésta época fue KARL BINDING, creador de la teoría de las normas e influenciado por el idealismo alemán que pretendía dar una fundamentación moral al Derecho Penal. La transformación del Estado liberal al Estado social, y la impronta de la filosofía positivista, materializadas en dos líneas metodológicas contrapuestas: positivismo jurídico y positivismo criminológico, quebraron el modelo clásico de BINDING provocando la llamada “lucha de Escuelas”, el artífice de este movimiento fue el mencionado VON LISZT, como creador de una dirección moderna²⁶⁹¹. En esta etapa no interesa el aspecto imperativo de las normas, sino la significación social del hecho, la norma se concibe como un juicio de valor sobre un determinado estado de cosas considerado como positivo y digno de protección (para LISZT la antijuridicidad contiene un juicio de desvalor sobre el hecho y la culpabilidad un juicio de desvalor sobre el autor). VON LISZT se presentó, entonces, en franca oposición a la corriente del positivismo jurídico

²⁶⁹⁰ ZAFFARONI, EUGENIO R.; *Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo*, cit., pág. 157.

²⁶⁹¹ PÉREZ ALONSO, ESTEBAN JUAN; *op. cit.*, pág. 189.

comandada por KARL BINDING y su monumental *Die Normen* al enunciar su *Programa de Marburgo* en 1890²⁶⁹².

Estos tres autores citados, atravesaron el período de expansionismo militar, económico y político del II Reich alemán, con su *canciller de hierro* OTTO BISMARCK. Una realidad ciertamente muy distinta a la que se abriría cuarenta años, después tras la derrota humillante de Alemania en la Primera Guerra Mundial, y su paralelo Tratado de Versalles: un país arruinado, con millones de desempleados y con un aumento de la criminalidad hasta entonces no imaginado en la disciplinada y bien estructurada Alemania. De allí que no sea extraña la distorsión del pensamiento jurídico posterior en ese país, uno de cuyos ejemplos fuera GUSTAV RADBRUCH, miembro del Partido Socialdemócrata alemán, y Ministro de Justicia en 1922.

La concepción del Derecho Penal de LISZT no llegó a imponerse plenamente, sino que fue revisada parcialmente por el neokantismo, pero sin llegar a superarla. Por ello se ha dicho que la teoría del derecho neokantiana fue complementaria del positivismo. El cambio metodológico lo llevó adelante en lo filosófico y penal, GUSTAV RADBRUCH, pero el objeto del conocimiento científico seguía siendo el mismo. Una concepción ecléctica del Derecho Penal, representada por EDMUND MEZGER, que no derrumbó el edificio del delito construido por el positivismo naturalista de VON LISZT y BELING, fue la que prosperó desde allí, introduciendo sólo correcciones a la escuela de los autores citados: por ello el concepto neoclásico del delito aparece como una mezcla de dos componentes difícilmente conciliables, es decir, sus orígenes positivistas, revisión kantiana, naturalismo y referencia a valores.

El resultado de todo esto fue un concepto de norma que sintetizaba en sí el juicio de valor y el imperativo. EBERHARD SCHMIDT y EDMUND MEZGER señalaban que la norma tenía dos momentos, una parte objetiva de valoración del hecho y una subjetiva de motivación del autor, la primera con relevancia en la antijuridicidad y la segunda en la culpabilidad.

La *República de Weimar*, fue una época en la que brilló la dogmática jurídico- penal revitalizada por el influjo del neokantismo de la Escuela sudoccidental alemana. Las categorías formales de la teoría del delito (tipicidad, antijuridicidad y

²⁶⁹² ZAFFARONI, EUGENIO R.; *Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo*, cit., pág. 145.

culpabilidad), fueron rellenas con contenidos valorativos, dando lugar a la llamada teoría neoclásica del delito. En lo que importa a nuestra propuesta, la tipicidad, pasó de ser una categoría puramente formal, plasmante del principio de legalidad en la pura descripción de un supuesto de hecho (BELING), a constituir un indicio de la antijuridicidad (M. E. MAYER) o su propia esencia (MEZGER); la antijuridicidad, antes simplemente una infracción a la norma jurídica, se llenó de contenido con el concepto de bien jurídico (creado por BIRNBAUM, quien lo formuló en 1835), cuya lesión implica su relevancia, dando lugar a una nueva visión de las causas de justificación.

RADBRUCH, M. E. MAYER y MEZGER,

“...aplicando una metodología propia de las ciencias del espíritu, en la línea marcada ya por la Escuela sudoccidental alemana del neokantismo (WINDELBAND, STAMMLER, RICKERT y LASK), elaboraron un sistema de la teoría del delito en el que cada una de sus categorías básicas (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) se referían a valores específicos derivados de los fines del Derecho penal, que el penalista tenía que comprender y no simplemente observar o describir.”²⁶⁹³

El neokantismo procuraba superar la visión positivista de la ciencia, procurando fundar la cientificidad jurídica distinguiendo entre ciencias de la naturaleza (estudian su objeto desde lo causal explicativo) y ciencias del espíritu (estudian su objeto mediante un método referido a valores), la ciencia del Derecho se inserta en estas últimas, pues su objeto de investigación es el Derecho positivo, y para aprehenderlo, debe acudir a una valoración.

El trasplante del neokantismo a la ciencia del Derecho lo hizo (según LARENZ), EMIL LASK. GUSTAV RADBRUCH puede incluirse en esta vertiente metodológica.

La influencia de ésta corriente en la ciencia alemana del Derecho penal, en la época de la *República de Weimar*, fue de mucha importancia, aparejando como notorio, la separación del estudio del delito en dos variantes de igual rango científico: la criminología y la dogmática, causal explicativa la primera, y comprensivo- axiológico la segunda.

“El penalista, liberado del positivismo criminológico que por un momento había amenazado la propia existencia de la elaboración jurídico- dogmática del Derecho penal, podía dedicar sus afanes a la Dogmática jurídico- penal y dentro de ella al

²⁶⁹³ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO; *Política criminal y dogmática jurídico- penal en la República de Weimar*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 15-16, Alicante, 1994, pág.1026.

perfeccionamiento del sistema de la teoría del delito, verdadero banco de pruebas de todas las elucubraciones en torno a la esencia y fines del Derecho penal.”²⁶⁹⁴

Esta escisión entre el ser y el valor, entre las esferas ontológica y axiológica, condujo a la ciencia alemana del Derecho Penal en la época que venimos refiriendo a un desestructuramiento científico que repercutió en la actitud de muchos penalistas de cara al nacionalsocialismo, al que se plegaron. Ejemplo de ello fue EDMUND MEZGER, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Munich (autor de un *Tratado de Derecho Penal*, editado por primera vez en 1930²⁶⁹⁵), constructor de una de las obras más acabadas de la dogmática penal de la época, en donde acogía los postulados teóricos y filosóficos del neokantismo.

Un grupo de penalistas jóvenes que empezó a destacarse hacia los fines de la época de la *República de Weimar*, formándose jurídica y filosóficamente en ese momento, destacándose ya en pleno período nacionalsocialista, tiene en HANS WELZEL su mayor exponente. Creador de la teoría final de la acción, si bien no incidió decididamente en la configuración del Derecho punitivo del régimen hitleriano, desarrolló en dicha etapa su concepción teórica del sistema del Derecho Penal.

Entre quienes no cooperaron con el régimen totalitario sino que se opusieron decididamente a él, siendo expulsado del país y de su cátedra de Derecho Penal en la Universidad de Heidelberg, cabe mencionar a RADBRUCH. Sin embargo, las ideas de este, y las del penalista M. E. MAYER no fueron, *a posteriori*, tan importantes en el Derecho Penal, cuanto en la Filosofía del Derecho; mientras que MEZGER y WELZEL triunfaron en aquel ámbito tanto en Alemania como en otros países.

En 1931, LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, quien era catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Madrid, adhería a las ideas de la dogmática jurídico- penal alemana, proponiendo un sistema de metodología de estudio de la Teoría del Delito similar al triunfante en ese momento en Alemania (la concepción mezgeriana)²⁶⁹⁶. Aquel era miembro del Partido Socialista Obrero Español, siendo uno de los redactores de la reforma

²⁶⁹⁴ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO; *Política criminal y dogmática...*, cit., pág. 1027.

²⁶⁹⁵ Traducido al castellano por JOSÉ ARTURO RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Tratado de Derecho Penal*, t. 1 y 2, Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

²⁶⁹⁶ El finalismo de WELZEL se introdujo en España a partir de los años '60, con la traducción del *Tratado de Reinhart Maurach* por CÓRDOBA RODA y del *Nuevo Sistema del Derecho Penal de Welzel* por CEREZO MIR. Se reprodujo entonces en España el mismo debate trabado en Alemania con motivo del “causalismo” y el “finalismo”.

constitucional de la 2ª República española, esta filiación lo condujo al exilio por el régimen franquista, muriendo sin volver a su patria, treinta y dos años después.

Después de la caída del nacionalsocialismo, se produjo en Alemania la elaboración de conceptos dogmáticos trascendentes, plenos de contenido filosóficos, más allá de los márgenes que las normas positivas permitían, esto devino en una suerte de abandono del positivismo jurídico, abandono que, antes que ver con cuestiones epistémicas, respondió a problemáticas políticas.

La Teoría del Derecho alemana, después de 1945, se dividió en tres estadios concretos, que implicaron una ruptura con el régimen anterior²⁶⁹⁷:

- i. El primer estadio es conocido como el “Renacimiento del Derecho natural”.
- ii. En el segundo estadio, imperan las “teorías analíticas”.
- iii. En el tercer estadio triunfan las “teorías éticas”.

Dentro del primer estadio, GUSTAV RADBRUCH (el “*Segundo Radbruch*”), se aparta del positivismo con el objeto de responder a la siguiente pregunta: ¿cómo pudieron suceder tales horrores?. Durante la década del '50, la mayoría de las reflexiones jurídicas estuvieron signadas por el intento de fundar las decisiones jurídicas en valores objetivos y trascendentes. En procura de ello se solía acudir a los trabajos de MAX SCHELER y NICOLAI HARTMANN. Incluso el Tribunal Superior Federal (BGH) fundó varias de sus decisiones en argumentos naturalistas o leyes morales. Había sido muy difícil para los iluministas y racionalistas descartar una ley penal positiva aberrante, por ello, en esta etapa, renació la idea de persona,

“Alemania inauguraba una nueva república con su Constitución de 1949 e Italia hacía lo mismo con la de 1947.”²⁶⁹⁸

Las posturas de FEUERBACH que afirmaba que la filosofía era fuente del Derecho Penal, y la de CARRARA que deducía su sistema de la razón (que en definitiva era más o menos lo mismo que lo que decía el primero), y que habían sido criticadas y denigradas como iusnaturalistas por los positivistas; terminada la segunda gran guerra fueron retomadas por GIUSEPPE BETTIOL y por GUSTAV RADBRUCH en contra de la omnipotencia legislativa.

²⁶⁹⁷ Seguimos en esto la construcción de SALAS. SALAS, MINOR E.; *¿Qué pasa actualmente en la Teoría del Derecho alemana?*”, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 24, Alicante, 2001, pág. 204.

²⁶⁹⁸ ZAFFARONI, EUGENIO R.; *Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo*, cit., pág. 170.

A partir del '50, implosiona el segundo estadio, ante el descontento del recurso a valores atemporales y ahistóricos del proceso previo. HANS WELZEL en 1951 publica “Derecho natural y justicia material”, y arremete contra varios argumentos de dicha corriente:

“Todos aquellos juicios de valor que coloca previamente el defensor del Derecho natural en las cosas son los que después vuelve a sacar a la luz, simplemente que ahora asignándoles el nombre de ‘Derecho natural’ o ‘metafísico’.”²⁶⁹⁹,

se inicia una etapa que pretende fundar el Derecho no en la metafísica, sino en categorías ontológicas.

“...WELZEL...en vez de dar un paso adelante, desarrollando las ideas del social-demócrata, que era V. LISZT, se decidió por el paso atrás: por la vuelta a la filosofía del siglo XIX, a KANT y HEGEL...”²⁷⁰⁰

En el plano metodológico el finalismo surge como reacción frente al relativismo gnoseológico del neokantismo, presentándose como superación de éste. El fundamento metodológico de la Teoría del Delito, desarrollada por el finalismo, radica en el paso del subjetivismo metodológico neokantiano al objetivismo.

El pensamiento gira en torno a las categorías jurídicas partiendo de estructuras lógico-objetivas o lógico reales (*sachlogischen Strukturen* en la denominación de WELZEL), las que se imponen al hombre por el orden traído desde la realidad (realismo filosófico). Estas estructuras representan las condiciones de posibilidad del ser y del pensar. En esto, se demuestra que en el finalismo, el análisis del objeto del Derecho Penal viene presidido por exigencias metodológicas y no a la inversa; pero la importancia dada al método no significa (al contrario que con el neokantismo), que la función del método sea la de configurar la materia: el objeto no ha de determinarse según el método, sino el método según el objeto. No se da algo amorfo que deba configurarse ulteriormente, sino que es nuestro saber del objeto, lo primero que es amorfo, y que paulatinamente se va configurando²⁷⁰¹.

El principal objetivo de WELZEL fue finiquitar el neokantismo de Baden (con MEZGER a la cabeza en su versión totalitaria, y MAX ERNST MAYER y HELLMUT VON

²⁶⁹⁹ SALAS, MINOR E.; *op. cit.*, pág. 205.

²⁷⁰⁰ PÉREZ ALONSO, ESTEBAN JUAN; *op. cit.*, pág. 192.

²⁷⁰¹ PÉREZ ALONSO, ESTEBAN JUAN; *op. cit.*, pág. 194.

WEBER en su versión liberal –la construcción welzeliana va en contra del primero casi en su mayor medida-),

“Invirtiendo el planteo neokantiano sostuvo que el mundo dista mucho de ser un caso, sino que tiene diferentes órdenes, a los que el legislador se vincula cuando menciona algún ente del mundo. El derecho puede cambiar los conceptos y definir entes de modo distinto, incluso inventarlos, y de hecho lo hace, pero cuando lo hace, no por eso sólo deja de ser derecho, sigue siéndolo, sólo que no es eficaz.”²⁷⁰²

La estructura lógico-real fundamental, cuando es violada, produce la desaparición del Derecho. Si el Legislador no viola esa estructura, habrá Derecho. ZAFFARONI señala que

“Alguien dijo que esto era un derecho natural en sentido inverso o negativo, o sea, que no pretende decir cómo debe ser el derecho, sino advertir que algunas normas serán ineficaces y otras pocas no serán materia del derecho. Efectivamente es así... No olvidemos que WELZEL escribe esto durante los comienzos de la República Federal Alemana, en un medio en que había un renacimiento de todos los *jusnaturalismos*, de lo que se hacía eco el propio tribunal constitucional en sus primeras sentencias. Da la impresión de que WELZEL sentía cierto temor de que los jueces, y en especial el tribunal constitucional, que era una institución nueva en Alemania, tomaran decisiones políticas. Su fuerte advertencia le señalaba que su función era la de excluir lo que no era derecho y dejar la eficacia para que los hechos y el electorado la juzguen.”²⁷⁰³

Según SALAS, también en esta época, empieza el que él denomina, *período escéptico*, inaugurado por JOSEPH ESSER, y que es

“...la época más crítica y productiva de la Teoría del Derecho germana.”²⁷⁰⁴

Una de las características de éste período es la preocupación por problemas metodológicos, que permitió incorporar a las digresiones académicas la Metodología Jurídica. La conocida obra de KARL ENGISCH, *Introducción al Pensamiento Jurídico*, se enmarca en este proceso, colocándose en la mesa de discusión categorías como la de sistema jurídico, subsunción, interpretación, valoración, vínculo a la ley, *et sit cétera*. Se da aquí un debate entre dos formas de razonamiento jurídico: a) el pensamiento sistemático, y b) el pensamiento

²⁷⁰² ZAFFARONI, EUGENIO R.; *Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo*, cit., pág. 172.

²⁷⁰³ ZAFFARONI, EUGENIO R.; *Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo*, cit., págs. 174 a 175.

²⁷⁰⁴ SALAS, MINOR E.; *op. cit.*, pág. 206.

problemático, en ésta última, el trabajo más relevante es el de WILHELM CANARIS (*El concepto de sistema y el pensamiento sistemático en la ciencia jurídica*).

El escepticismo a la fundamentación del Derecho proviene de corrientes como las analíticas y las hermenéuticas. La Hermenéutica, entendida como la disciplina de la comprensión de sentidos, que va más allá de los textos legales, comprendiendo aspectos subjetivos y emotivos de quien interpreta, profundamente influida por el Existencialismo tardío (JASPERS, SCHELER, HEIDEGGER). La obra más emblemática de la Hermenéutica alemana es la de JOSEPH ESSER (*Preconcepción y elección del método en el proceso de encontrar el Derecho*), también KARL ENGISCH con su tesis (analizada en el texto), de que el interpretar es un ir y venir de análisis entre una premisa mayor (la ley) y los supuestos fácticos de la vida, se adelantó a las ideas de HANS GADAMER.

Los estudios de ENGISCH y otros, tienen un interés por la formalización del Derecho, acudiendo a disciplinas como la *Teoría de las ciencias*, la *lingüística* con su esclarecimiento de los conceptos jurídicos y estudios sobre los conceptos indeterminados, la vaguedad y la ambigüedad y la *lógica*.

El tercer estadio, se halla signado por un retorno a la Teoría del Derecho, al problema de la fundamentación normativa. Si bien había empezado en la época de posguerra, cobra su mayor perfil en la actualidad. No se procura fundar las categorías jurídicas a partir de valores trascendentes, atemporales y ahistóricos, o valores derivados de la “naturaleza de las cosas”, sino que se procura

“...desarrollar una ‘ética jurídica sin metafísica’. La pregunta por el ‘Derecho correcto’ (*richtiges Recht*), que era propia del movimiento neokantiano y en especial de RUDOLF STAMMLER, vuelve a renacer con toda vitalidad, sólo que ahora con ropajes secularizados.”²⁷⁰⁵

HABERMAS es un exponente de esta etapa, pero la influencia de los teóricos estadounidenses (JOHN RAWLS y RONALD DWORKIN) es innegable, como asimismo de las teorías de la argumentación (ROBERT ALEXY).

Los fundamentos teóricos de esta fase ética los proporciona la *filosofía práctica*, que se potencia en una toma de consciencia de cara a los rasgos de la sociedad

²⁷⁰⁵ SALAS, MINOR E.; *op. cit.*, pág. 207.

moderna actual y sus crisis. No es de extrañar que a su amparo, hayan renacido las discusiones en torno a la justicia y a la fundamentación normativo- ontológica del Derecho.

En la actualidad, también permean en el pensamiento jurídico alemán estudios como los de “Derecho y lenguaje”, asociados al positivismo lógico (CARNAP, KRAFT, WITTGENSTEIN), donde se produce un corrimiento desde las cuestiones de “fundamentación” hacia las cuestiones de “clarificación” del Derecho.

Modernamente, se presentan tres corrientes relevantes en la Teoría del Derecho alemana, que mencionaremos al pasar, y al sólo efecto de vincular a los autores que tratamos en el texto en estos escenarios, pues no es materia de nuestra propuesta explayarnos sobre el contenido de estas corrientes.

En primer lugar, las corrientes de orientación sociológico- realista. Plantean como exigencia central, el trabajo conjunto entre las ciencias jurídicas y las disciplinas empíricas (v.g. sociología). Como esta relación interdisciplinaria se ha mostrado como problemática, en la actualidad existe una suerte de pesimismo a su respecto acerca del diálogo entre la ciencia jurídica, como disciplina normativa y las otras disciplinas. Una de las principales preocupaciones de la Metodología Jurídica consiste en determinar las formas de argumentación propias del discurso jurídico, de modo de poder fundar de forma “racional” las decisiones que se toman en la práctica judicial (materia de la *teoría de la argumentación*).

Sin pretender ahondar en esto, en Alemania, hacia los ’70, la “Sociología sobre los jueces” y la “Sociología sobre la impartición de la justicia”, realizaron estudios empíricos (bastante rigurosos), con el propósito de determinar si existían formas de argumentación que utilizaban los jueces. Se sostenía que

“La actividad de los operadores jurídicos (de los jueces en especial) es una actividad muy compleja que está influida por una enorme variedad de factores (objetivos, subjetivos, jurídicos, metajurídicos, racionales, emotivos, etc.). No existe detrás de dicha actividad una forma específica de argumentación, ni tampoco unos métodos particulares... que puedan emplearse en todos los procesos de decisión judicial.”²⁷⁰⁶

Los estudios tuvieron poca repercusión o fueron simplemente olvidados, aun hoy se busca una “teoría de la argumentación” o métodos correctos para trabajar en el Derecho. El

²⁷⁰⁶ SALAS, MINOR E.; *op. cit.*, pág. 212.

abanderado más representativo de la corriente es HANS ALBERT, quien critica la que él denomina la Jurisprudencia pura (dogmática y normativa), pues debe renunciarse a la idea de verdad y prescindir de un estudio de los efectos reales perseguidos por las normas; sin ello, la ciencia jurídica analiza las disposiciones jurídicas no como hechos sociales, sino como si tuvieran existencia propia e independiente de los efectos que se proponen.

“El resultado final de un enfoque semejante es, según ALBERT, la renuncia definitiva al conocimiento y su sustitución por un saber ‘autoritario’”²⁷⁰⁷

Una de las afirmaciones de la relevancia del realismo es la de RÜTHERS cuando señala que

“...en Alemania (han) existido entre 1910 y 1990 cinco (¡!) sistemas políticos o formas de gobierno radicalmente diferentes y que en todos ellos los juristas se (han) valido, sin mayores reparos, de las mismas leyes y códigos para fundamentar sus fallos.”²⁷⁰⁸,

lo que demostraría la importancia de los jueces en la creación y configuración del ordenamiento jurídico.

En segundo lugar, las corrientes de orientación racional- discursiva, se orienta al rol que desempeña la “razón” en el Derecho. Los puntos de referencia clásicos los constituyen los bandos del Racionalismo clásico y del Idealismo, y sus raíces se hallan en GROCIO, PUFFENDORF, CHRISTIAN WOLFF, y el discípulo del anterior KANT, como asimismo HEGEL. Pero sin ir tan lejos, y basándose en la idea de que la actividad jurídica sea, fundamentalmente, “racional”, pero no como sostenían aquellos autores, una razón absoluta y trascendental, sino práctica, ROBERT ALEXY se presenta como el ponente más conocido.

Entiende que es posible elaborar un “código de la razón práctica”, de donde, el Derecho, no es más que un caso especial del discurso práctico general. El proyecto de ALEXY es muy ambicioso, pues más allá de efectuar algunos ataques a la filosofía moral (naturalismo, constructivismo, *et sit cétera*), se avoca a la tarea de explicitar las reglas del

²⁷⁰⁷ SALAS, MINOR E.; *op. cit.*, pág. 214. El autor menciona el conocido *Trilema de Münchhausen*, con el que ALBERT pretende demostrar que cualquier estudio que aspire a una fundamentación definitiva y última del saber humano, conduce irremediamente a una valla infranqueable. El trilema se plantea así:

1. Toda derivación lógica de un enunciado exige retrotraerse hasta otro enunciado anterior, el cual a su vez requiere ser derivado también de otro enunciado previo a él mismo, de manera que el proceso de fundamentación cae inevitablemente en un regreso *ad infinitum*.
2. Se puede acudir a enunciados que en sí mismo no pueden ser demostrados sino tan sólo afirmados, pero entonces se cae en un círculo vicioso.
3. El proceso de fundamentación se tiene que romper recurriéndose al carácter auto- evidente de los enunciados, es decir a la experiencia o a la valoración, a la autoridad o al consenso.

²⁷⁰⁸ SALAS, MINOR E.; *op. cit.*, pág. 216.

discurso práctico. A partir de la enunciación en 1978 de su *Teoría de la Argumentación*, se ha dado en Alemania y en el extranjero, una discusión inabarcable a su respecto.

JÜRGEN HABERMAS es el otro representante de la corriente. A partir de 1992 inicia su “fase jurídica” que se ha extendido en la Teoría del Derecho. Sostiene la posibilidad de fundar los juicios normativos o de valor y la posibilidad de la “comunicación” humana. Con respecto a lo primero, HABERMAS se identifica con las teorías morales cognitivistas emparentadas con el Derecho natural, y pasando por el intuicionismo y el naturalismo éticos, lo fundamental es que los juicios morales son posibles de fundamentar similarmente a como se lo hace con los postulados empíricos. En lo tocante a la “comunicación”, HABERMAS se vale de la noción de *Discurso*, derivando de allí su teoría consensual de la verdad (abandonando la teoría de la verdad por correspondencia), apoyada en el consenso: la verdad es el producto del discurso, pero para que sea posible alcanzar a partir del discurso enunciados de verdad, resulta menester que éste se lleve a cabo en condiciones especiales (v.g. la “situación del habla ideal” y unos “agentes de comunicación” dispuestos a seguir las reglas).

ALEXY y HABERMAS se encuentran en un nivel metajurídico o sociológico. Pero otros teóricos de esta corriente se posicionan en un nivel más estrictamente jurídico-dogmático, es el caso de KARL LARENZ, defensor de la *jurisprudencia de valores*, que es un intento de superar la *jurisprudencia de intereses* (que se considera que reduce al Derecho a un materialismo unilateral, pues al considerar los intereses deja de lado los valores, y se le criticaba la ambigüedad de la idea de *interés*). El *quid* de esta corriente es responder a la siguiente duda:

“¿De dónde se derivan los criterios de valor que hay que emplear en caso de que la ley no regule el supuesto fáctico en cuestión? O con otras palabras: ¿De dónde provienen los valores que guían al juez en su actividad en caso de lagunas normativas? ¿Parte el juez aquí de sus convicciones personales o existen otros criterios objetivos a los que él puede recurrir?”²⁷⁰⁹

LARENZ para afrontar el interrogante, acude a *criterios teleológicos- objetivos* del Derecho; pues las finalidades que busca el Legislador al enunciar las leyes son finalidades objetivas. El intérprete debe aspirar, mediante su actividad, a determinar y realizar esas finalidades, y

²⁷⁰⁹ SALAS, MINOR E.; *op. cit.*, pág. 222.

en caso de lagunas llenarlas accediendo a valores objetivos que brinda el ordenamiento jurídico (v.g. la idea de justicia o el principio de igualdad).

Otros autores considerados miembros de la *jurisprudencia de valores*, de la fundamentación jurídica de valores objetivos y de las bondades de la metodología, son ZIPPELIUS y COING.

En tercer lugar, las corrientes sistémicas, tienen como máximo exponente a NIKLAS LUHMANN, creador de la *Teoría de Sistemas*, que pretende ser una teoría universal de la vida en el mundo y no sólo una mera teoría de la sociedad o del Derecho. LUHMANN se caracteriza por su producción vastísima y por su influencia en la Teoría del Derecho, donde no sólo se extiende a la teoría general, sino por ejemplo, al Derecho Penal, donde, como es sabido, GÜNTHER JAKOBS ha radicalizado el penalismo a partir de estos conceptos.

El éxito de la teoría de LUHMANN se sustenta en dos puntales²⁷¹⁰: a) el empleo benévolo de la noción de sistema, pues si éste último no se define claramente, se presta a infinidad de acepciones, particularmente emotivas que sirven para fundar la idea de contornos bien marcados en el Derecho, propio de la tesis antecesora de esta, el Organicismo; el Derecho, entonces, constituye un subsistema bien marcado en la Teoría de Sistemas, es un conjunto de elementos de relaciones entre los elementos que lo constituyen; b) la autopoiesis, concepto propio de la biología, apunta a la posibilidad de auto-organización que poseen los organismos (o subsistemas sociales como el Derecho). Los sistemas autopoieticos se renuevan y reproducen constantemente mediante una dinámica siempre en movimiento, pero que aparece como plenamente estable²⁷¹¹.

Finalmente, en cuarto lugar, existen otras corrientes, positivistas institucionales, que procuran superar el abismo lógico entre el ser (*Sein*) y el deber ser (*Sollen*), se tratan de una ontología jurídica que procura ir más allá del positivismo jurídico y del Derecho natural como la de ARTHUR KAUFMANN.

Existe alguna vinculación remota con las corrientes analíticas, pero que en Alemania no han tenido éxito, como sí lo tuvieron en el ámbito anglosajón, donde su tradición se remonta a BENTHAM, J. AUSTIN, HART y RAZ. Pero, si se interpreta la corriente analítica, no específicamente en su perfil de filosofía del lenguaje, sino en un sentido más

²⁷¹⁰ SALAS, MINOR E.; *op. cit.*, págs. 225 a 226.

²⁷¹¹ Se le critica a ésta concepción, más allá de su novedad, que no es realista, pues el Derecho no se comporta así, sino que se halla vinculado a otros muchos subsistemas sociales como la política y la economía.

amplio, ubicando dentro de su campo a la lógica jurídica, la teoría de las normas, y la informática jurídica, es dable percibir la influencia que han tenido sobre la corriente prealudida.

Es en el ámbito de la Hermenéutica donde estas corrientes tienen sus mayores ponentes (HASSEMER, KAUFMANN).

Aplicado al puro Derecho Penal, aunque claramente sustentado en el acervo filosófico robusto de la literatura germana, se encuentra un panorama algo confuso fruto del eclecticismo epistémico imperante. Por un lado se halla CLAUS ROXIN, que responde a un esquema neokantiano, de inspiración en HELLMUTH VON WEBER –i.e. neokantismo liberal-, pero receptando elementos de la sociología propios del estado de bienestar: la sociología sistémica de TALCOTT PARSONS y de ROBERT MERTON.

“...el esquema de derecho penal de ROXIN no deja de ser personalista y clásico en buena medida, aunque no parece responder a los desafíos del mundo actual.”²⁷¹²

Señala ZAFFARONI que la literatura estrictamente penal en Alemania es muy pragmática

“...se dedica a reforzar la sistemática para proporcionar soluciones a los casos, sin preocuparse mucho de las bases teóricas. Esta es la tendencia dominante en la mayoría de las obras de parte general. No obstante, sobrevive el finalismo clásico en algunos autores, fundamentalmente en HANS JOACHIM HIRSCH, y también quedan exponentes del neokantismo tradicional, especialmente en la actualización de la obra de JÜRGEN BAUMANN.”²⁷¹³

Finalmente, el profesor de Bonn, GÜNTHER JAKOBS, implica un aporte original en la materia a través de la problematización de la imputación objetiva (tema álgido en la Teoría del Delito), adoptando terminología de la sociología sistémica del *ut supra* citado NIKLAS LUHMANN, pero afirmando que no le asigna relevancia a las investigaciones empíricas –algo inadmisible para un sociólogo-, siguiendo el

“...estilo hegeliano, pero sin sostener la estructura del sistema hegeliano... lleva(ndo) a una renormativización de todos los conceptos jurídico penales tan o más radical que la del neokantismo, con serio peligro de desviarse demasiado del mundo real...”²⁷¹⁴

²⁷¹² ZAFFARONI, EUGENIO R.; *Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo*, cit., pág. 185.

²⁷¹³ ZAFFARONI, EUGENIO R.; *ibídem*.

²⁷¹⁴ ZAFFARONI, EUGENIO R.; *Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo*, cit., pág. 186.

El aporte final a la discusión traído por el autor de mención es la teoría bautizada con el nombre de *derecho penal del enemigo*, explorar este rico marco supera en mucho nuestra propuesta.

II.- GRÁFICO.

Así presentada en sucinta ilación la doctrina filosófico- penal alemana, y visto lo desarrollado en el texto principal, creemos poder aportar con este gráfico –elemental en extremo-, las relaciones entre los autores respecto a la temática de los vacíos en el Derecho.

ANEXO IV

Jurisprudencia Argentina o extranjera hiperreferenciada en el texto

I.- ARGUMENTO SISTEMÁTICO.

Hemos mencionado el *argumento a rubrica*, donde se da la atribución de significado a un enunciado en función del título o rúbrica que encabeza al grupo de artículos en el que la norma se halla, de los ejemplos dados en el texto, la siguiente jurisprudencia es indicativa:

a) “Debe casarse la sentencia en cuanto condena a los imputados en orden al delito de privación ilegal de la libertad agravada, ya que la conducta de privar ilegalmente de la libertad a una menor con la intención de menoscabar su integridad sexual por medio de coacción, y no por violencia, encuadra en el delito de rapto –art. 130, 1º párr., Cód. Penal- (del voto del Dr. Borinsky, TRIB. CAS. PENAL PCIA. BUENOS AIRES, SALA III, CARATULADA: “S., R. A., E. O. A. Y A., R. A. S/ RECURSO DE CASACIÓN”, RTA. 10 DE OCTUBRE 2006, *L.L., on line*).

b) “Hay concurso aparente de leyes y no concurso ideal de delitos entre la privación ilegal de la libertad y el rapto –en el caso, un agente de las fuerzas de seguridad hizo ingresar a una menor a una cabina abusando de ella-, pues las miras deshonestas son el único móvil apto para caracterizar a esta última figura delictiva y son las que lo diferencia de otros delitos en los que existe privación ilegal de la libertad” (C.N.CAS. PENAL, SALA III, CARATULADA: “CÁCERES, JULIO”, RTA. 13 DE JULIO 2001, *J.A., 2002-I-498*).

c) “...la acción penal que acomete contra el bien jurídico propiedad puede quedar en grado de tentativa o consumarse, y esta circunstancia de haberse producido “el homicidio en ocasión” de ese robo, torna indiferente el grado alcanzado por el ataque al aludido bien propiedad, pues lo decisivo para encuadrar la conducta en los términos del artículo 165 del cuerpo normativo bajo análisis, es precisamente el óbito.

“Por otra parte, de admitirse la tentativa sería difícil sortear la inequidad que provocaría frente a los eventuales marcos punitivos. Dicho de otro modo, tendríamos que aquél que toma parte de un proceso ejecutivo de un robo -que por circunstancias ajenas a la voluntad del autor no llegó a consumarse- en el cual con motivo u ocasión se produce un homicidio, tendría una pena más leve, que aquél que afectara de manera exclusiva el mismo bien jurídico vida.

“Esta eventual inconsistencia en la aplicación de penas se supera con la posición que se postula, a partir de una interpretación sistemática del ordenamiento penal. Pues, por definición la existencia de preceptos que forman parte de un ordenamiento jurídico se concibe como un sistema. Y en el caso, la mentada interpretación es la que viene a salvar su coherencia.

“Esta cohesión es la que permite, por una parte, rechazar el significado que se daría a las eventuales penas a imponer en los supuestos del artículo 165 en caso de admitir su tentativa, lo cual lo haría incompatible -o si se quiere falto de equidad- con la que correspondería imponer en circunstancias del artículo 79; por la otra, atribuir al mentado artículo 165 y su consecuente pena un significado que lo dote de la mayor congruencia posible con el resto del ordenamiento.” (TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, SALA III, CAUSA NÚMERO 4.897 (REGISTRO DE PRESIDENCIA N° 19.109) CARATULADA: “U., C. A. S/RECURSO DE CASACIÓN” Y SUS ACUMULADAS N° 4.954 (REGISTRO DE PRESIDENCIA N° 19.110) “P., M. R. S/RECURSO DE CASACIÓN”, N° 5.102 (REGISTRO DE PRESIDENCIA N° 19.111) “E., O. J. Y L., C. E. S/RECURSO DE CASACIÓN” Y N° 5.103 (REGISTRO DE PRESIDENCIA N° 19.112) “P., A. Y M., Á. S/RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR EL AGENTE FISCAL”, RTA. 24 DE ABRIL 2009, en www.iestudiospenales.com.ar).

En lo tocante al *argumento sedes materiae* es dable traer como ejemplo de lo dicho en el texto:

a) “...al acuerdo conciliatorio debe concurrir la víctima, el ofendido, quien sufrió un daño resarcible provocado por el delito, que comprende la reparación natural o reposición de las cosas a su estado anterior (C.C., 1083) o, a opción del damnificado, una indemnización equivalente en dinero (C.C. 1083). Así, correcta la postura a la que adhiero, cuyo razonamiento encuentra fundamento legal en el art. 29 del Código Penal en cuanto a la reparación de perjuicio como una consecuencia de la acción penal, en defecto de la civil, en el Código Procesal Penal. (MAYORÍA DE LOS DRES. BALLADINI Y SODERO NIEVAS, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE RÍO NEGRO, “M., M. H. S/ RETENCIÓN INDEBIDA S/ CASACIÓN”, EXPTE. N° 20427, RTA. 6 DE FEBRERO 2006, en www.iestudiospenales.com.ar).

b) “La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior a la violación. De no ser esto posible, cabe al tribunal internacional determinar una serie de medidas para que, además de garantizar el respeto de los derechos conculcados, se reparen las consecuencias que produjeron las infracciones y se establezca el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados. Es necesario añadir las medidas de carácter positivo que el Estado debe adoptar para asegurar que no se repitan hechos lesivos como los ocurridos en el presente caso. La obligación de reparar, que se regula en todos los aspectos (alcance, naturaleza, modalidades y determinación de los beneficiarios) por el Derecho Internacional, no puede ser modificada o incumplida por el Estado obligado, invocando disposiciones de su derecho interno.

“Ahora bien, ninguna duda cabe acerca de que el instituto de la prescripción liberatoria es una disposición de derecho interno, de gradación inferior a la constitucional. Y por ser de

derecho interno, cede irremediabilmente frente a una norma de carácter internacional receptada en la Constitución Nacional.

“De manera tal que, con respecto a las indemnizaciones derivadas de delitos de lesa humanidad, no es aplicable plazo alguno de prescripción, ya sea si la acción se iniciare a partir de lo que establece el art. 29 del Código Penal, o si se intentare en sede civil, atento lo que seguidamente se invoca.

“Esto es así atento que, con respecto a los plazos de prescripción liberatoria que fija el Código Civil, es dable destacar que, en modo alguno podrían ser invocados con sustento, ya que “Debe recordarse que la prescripción no puede separarse de la pretensión jurídicamente demandable” (Fallos:308:1101), y en este caso, el origen del reclamo reparatorio se basa en el daño ocasionado por un delito de lesa humanidad, y no en uno derivado de una relación meramente extracontractual, o de un delito penal que no tiene la especial connotación de su imprescriptibilidad.” (CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE LA PLATA, SALA II, EXPTE. N° 3647, CARATULADO “VILLAMIL AMELIA ANA C/ESTADO NACIONAL S/DAÑOS Y PERJUICIOS”, RTA. 23 DE NOVIEMBRE 2006, en www.iestudiospenales.com.ar).

II.- ARGUMENTO PSICOLÓGICO.

La posibilidad de hallar en los fallos el recurso a los trabajos preparatorios como reflejo de una posible voluntad del Legislador son variados:

a) “Justamente, en esto se juega la distinción entre una interpretación comúnmente denominada subjetiva y otra identificada como objetiva. Por la primera –subjetiva- se ha entendido la remisión a la voluntad empírica del legislador histórico, en este caso la pretensión de miembros de la Cámara de Diputados y la exposición en ese aspecto del Senador Yoma. En punto al segundo modo, es decir, a la interpretación de tipo objetivo, se considera tal a la comprensión surgida de la expresión de significado normativo del enunciado, más allá de lo que el legislador ‘quiso’ expresar como voluntad psicológica suya.

“En este sentido, cabe recordar las palabras del senador Yoma en cuanto sostuvo que *‘se sigue caracterizando como abuso deshonesto la penetración del pene en la cavidad bucal de una persona, cuando obviamente no constituye el mismo nivel de agresión sexual que el acceso carnal...’*. De esta forma dejó en evidencia la decisión política criminal de nivelar ese caso con los históricamente comprendidos en la noción de violación.

“Así, agregó en esa línea que ‘La Cámara de Diputados pretende incorporar el tema de la fellatio como violación, separándolo del abuso deshonesto. Por ende, la pena se agrava. Digo ‘pretende’ –esta es la principal preocupación que tengo en el caso de votar la sanción de la Cámara de Diputados tal como viene redactada-, porque el proyecto de ley deja la

puerta abierta para que los jueces interpreten el significado de ‘acceso carnal’. En efecto, la sanción de la Cámara de Diputados dice ‘acceso carnal por cualquier vía’.

(...)

“La teoría objetiva puede neutralizar las pretensiones del legislador histórico, entendido en sentido personalizado o psicologista, es decir como voluntad concreta e individual expresada en el debate parlamentario, cuando motivos lingüísticos, empíricos o normativos entran en colisión con esa pretensión. En lo que aquí interesa, cuando el enunciado escogido para expresar esa intención no puede asumir la finalidad perseguida, adquiere independencia del objetivo propuesto por la instancia legislativa. Esto sucede obviamente, cuando las palabras no son aptas para expresar ese sentido.

“Sin embargo, no es este el caso bajo examen, ya que la letra de la ley se muestra en su semántica idónea para abarcar el supuesto que los legisladores concretos han pretendido alcanzar con su enunciado.” (CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN PENAL, SALA II, CAUSA NRO. 9421, CARATULADA: “BENÍTEZ, SERGIO JAVIER S/RECURSO DE CASACIÓN”, RTA. 1 DE ABRIL 2009, en www.iestudiospenales.com.ar).

b) “Así como no podría derivarse inequívocamente, desde su formulación literal, que el art. 41 quater limita su aplicación a las personas mayores de veintiún años, desde que se refiere sencillamente a los “*mayores*” y no a los “*mayores de edad*”, conforme con la ley civil, tampoco podría afirmarse con certeza que la mencionada disposición incluye también a las personas “*mayores de dieciocho años*”, pues el legislador, en tal caso, así lo hubiera dispuesto. Inclusive, por cuestiones de corrección gramatical, le hubiera bastado con aludir a los “*mayores de esa edad*”, con referencia a los menores de dieciocho, con lo cual hubiese resultado evidente que el término “*mayores*” era empleado como adjetivo comparativo y no como elemento normativo.

“Del debate parlamentario de la ley nro. 25.767 que incorporó el art. 41 quater al Código penal, tampoco se pueden extraer conclusiones certeras acerca de este punto, por cuanto los ejemplos que se mencionan en la expresión de motivos parecerían aludir, en algunos casos, a supuestos en los que no son “*adultos*” los que utilizan a “*menores*” en la comisión de delitos. Por ejemplo, mientras que para algunos la finalidad era la de disuadir a los mayores “*para que no utilicen a los menores de edad en sus delitos*” (Senador Agúndez), otros expresaron que el proyecto propiciaba “*un aumento de las penas para los adultos que utilizan menores en la comisión de delitos*” (Diputado Eduardo Camaño).” (TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, SALA II, CAUSA NRO. 29.013 SEGUIDA A J. J. CH. Ó R. M. G. EL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO, RTA. 5 DE JUNIO 2008, en www.iestudiospenales.com.ar).

III.- ARGUMENTO DE LA NO REDUNDANCIA.

La práctica de interpretarse, dos enunciados, de forma tal que establezcan ambos la misma consecuencia o efecto jurídico para un mismo supuesto de hecho, no reconociendo la existencia de redundancias en el discurso del Legislador, y ello con fulcro en mantener una imagen de racionalidad:

a) “Si se aplica el método sistemático de interpretación, un resultado posible –y a nuestro juicio tan plausible como el que se basa en el texto expreso de cada tipo penal– es el siguiente. El art. 104 del CP establece que merecerá pena de uno a tres años de prisión el que dispare un arma de fuego contra una persona sin hierla, y que esa pena se aplicará igualmente si se causare una herida a la que corresponda una pena menor, esto es, una lesión leve (CP, art. 89). Es decir, si con un arma de fuego se dispara contra una persona y no se la hiere o se le causa una lesión leve, la pena es de uno a tres años de prisión, por lo peligroso que resulta el medio empleado. Si se le causa –dolosamente– una lesión más grave (las previstas en los arts. 90 y 91 del CP) o –dolosa o imprudentemente– la muerte (arts. 79, 84), corresponde ya que se apliquen estos últimos artículos, más severos que el 104 (el TSJ –en la causa “Nieto”, cit.–desvincula de todas formas a esta agravante genérica de los delitos imprudentes, por otras razones). Queda claro, pues, que, conforme a las valoraciones efectuadas por el legislador *específicamente* para los distintos tipos de la parte especial del CP, la utilización de un arma de fuego no es motivo suficiente para agravar la pena que corresponde a la causación de lesiones dolosas de cierta entidad (las graves y las gravísimas), ni tampoco para agravar la causación dolosa o imprudente de una muerte. Pues si la herida es mortal o alcanza determinada entidad, por imperio del propio texto del art. 104 del CP (a la vez absorbente y subsidiario) la utilización de un arma de fuego queda absorbida por esos otros tipos penales, de lo cual se infiere que está contemplada en sus tipos básicos y que, por lo tanto, en virtud a su vez del art. 41 bis, segundo párrafo, la agravante genérica prevista en el primer párrafo de esta última norma no es aplicable a aquellos.

“Es evidente entonces, que, conforme a esta interpretación sistemática, quedaría descartada la aplicación de la agravante genérica del art. 41 bis a cualquier hipótesis de lesiones, en tanto sean dolosas, y a cualquier hipótesis de homicidio, doloso o incluso imprudente: si se trata de una lesión leve (provocada por un disparo de arma de fuego), la agravante genérica no se aplicaría porque, por imperio del principio de especialidad y por la propia letra del segundo párrafo del art. 41 bis en conjunción con la del art. 104, correspondería aplicar este último; y si se trata de una lesión grave o gravísima o de un homicidio doloso o imprudente no se aplicaría porque el mismo art. 104 –que prevé la utilización de un arma *de fuego* como medio– se autoexcluye en términos de subsidiariedad si el delito que se consuma –con un arma de fuego– es *más grave* (por prever, ya en su escala *básica*, una pena mayor, como de hecho ocurre con el homicidio simple y las lesiones graves y gravísimas).

“La conclusión a la que se arribaría conforme a esta interpretación sistemática de la ley rezaría, pues, lo siguiente: el empleo de un arma de fuego como modo comisivo para la causación de lesiones graves o gravísimas y de homicidios ya ha sido contemplado en los tipos penales básicos respectivos, pues ello es lo que resulta de interpretar dichos tipos en conjunción con aquel que expresamente valora la utilización de un arma *de fuego* en contra de una persona: el art. 104 del CP. Aun aceptándose entonces, y a solo título de hipótesis argumentativa, la validez del primer párrafo del art. 41 bis, estaría claro, ya por imperio de su segundo párrafo y del art. 104 del CP, que la agravante genérica que aquel introduce no es aplicable a dichos delitos.” (CÁMARA DE ACUSACIÓN DE CÓRDOBA, EXPEDIENTE “A-63/08”, “ARCE, JOSÉ ALBERTO P.S.A. HOMICIDIO AGRAVADO POR EL ART. 41 BIS”, RTA. 26 DE JUNIO 2009, en www.iestudiospenales.com.ar).

IV.- SOBRE LA INTERPRETACIÓN DE LOS HECHOS.

En lo referente a la interpretación sobre los hechos y de que son objeto de valoración dependiendo de las convicciones de los jueces:

a) “En cuanto al aprovechamiento de la nocturnidad, estimo que el decisorio en crisis incurre en arbitrariedad al considerar que se tuvieron por acreditadas las circunstancias de hecho en que se fundó la pauta severizante en cuestión. En efecto, la inferencia que se efectúa respecto a que –en atención a la hora en que se produjo el hecho (20:50 hs. o 21.00 hs. aproximadamente, la diferencia entre las expresiones utilizadas en el fallo sobre el punto no resultan inconciliables)- ‘...el delincuente obró entrada la noche...’ sin mencionar los medios por los que se acredita tal extremo, y en cuenta de que la fecha en que se produjo el suceso (21/12/98) impide considerar como público y notorio que a esa hora ya había ‘entrado la noche’, evidencia que –en este tópico- el sentenciante ha incurrido en una afirmación meramente dogmática.” (TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, SALA II, CAUSA NRO. 1.816 “CHICO, ELIAS DAVID S/ RECURSO DE CASACIÓN”, RTA. 19 DE DICIEMBRE 2002, en Simaz, Alexis Leonel; *op. cit.*, pág. 17).

V.- EL ARGUMENTO A *CONTRARIO* COMO INTERPRETACIÓN CORRECTORA RESTRICTIVA.

El argumento utilizado para justificar una interpretación correctora restrictiva:

a) “Que tal como se expresó la Constitución contiene un procedimiento de designación de magistrados en el que resulta necesaria la participación del Consejo de la Magistratura, del Poder Ejecutivo y del Senado de la Nación. Este sistema no excluye la implementación de un régimen de jueces subrogantes para actuar en el supuesto de que se produzca una vacante -y hasta tanto ésta sea cubierta por el sistema constitucional antes descripto- a los efectos de no afectar el derecho de las personas a contar con un tribunal que atienda en tiempo

oportuno sus reclamos. Este régimen alternativo y excepcional requiere la necesaria intervención de los tres órganos mencionados.

(...)

“De ello se infiere, *contrario sensu*, que la garantía de independencia del Poder Judicial, requisito necesario para el control que deben ejercer los jueces sobre los restantes poderes del Estado, se vería gravemente afectada si el sistema de designaciones de subrogantes no ponderara la necesidad y grado de participación de los tres órganos de poder referidos en relación con los fines que se persiguen con la implementación de dicho sistema. Asimismo, cabe señalar que, a los efectos de no vulnerar la mentada independencia, es indispensable que este régimen de contingencia respete los principios y valores que hacen a la naturaleza y esencia del Poder Judicial en un estado constitucional de derecho, adaptándolos a las particularidades de excepción de un mecanismo de suplencias. También resulta imprescindible que la selección de estos magistrados está presidida de un criterio de razonabilidad. (C.S.J.N., “ROSA, CARLOS ALBERTO Y OTRO S/ RECURSO DE CASACIÓN”, RTA. 23 DE MAYO 2007, en www.iestudiospenales.com.ar).

VI.- EL ARGUMENTO DE AUTORIDAD.

Como argumento de autoridad recurriendo a jurisprudencia y a argumentación comparada:

a) “Que, en las condiciones expresadas, el Régimen de Subrogaciones aprobado por la resolución 76/2004 del Consejo

de la Magistratura, en la medida en que no se adecua a los parámetros constitucionales, en particular, en cuanto autoriza un método de nombramiento circunscripto a la intervención exclusiva de organismos que operan en el ámbito del Poder Judicial (tribunales orales, cámaras nacionales de apelaciones o cámaras federales y, para algunos supuestos, Comisión de Selección de Magistrados y Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura), es inconstitucional.

(...)

“... la autoridad institucional de este fallo no privará de validez a los actos procesales cumplidos de conformidad con las normas consideradas en vigor (conf. doctrina de Fallos: 319:2151 “Barry” y sus citas; 328:566 “Itzcovich”). Ello es así toda vez que la aplicación en el tiempo de los nuevos criterios ha de ser presidida por una especial prudencia con el objeto de que los avances propuestos no se vean malogrados en ese trance. En mérito de ello, es necesario trazar la línea divisoria para el obrar de la nueva jurisprudencia, apoyándola en razones de conveniencia, utilidad y en los más hondos sentimientos de justicia, necesidad que entraña, a su vez, la de fijar el preciso momento en que dicho cambio comience a operar (conf. causa Fallos: 308:552 “Tellez”).

“Este criterio ya había sido sostenido desde antaño cuando en el derecho romano, a través de la Lex Barbarius Philippus, se mantuvo la validez de los actos dictados por un Pretor que fue designado sin reunir las calidades necesarias para ello, según las normas de la época, dada su condición de esclavo (Digesto, Libro II, Título XIV, 3).

“Por su parte, en el ámbito del derecho constitucional comparado, cabe recordar que la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo que, si bien una ley del Congreso declarada inconstitucional no es ley, que es inoperativa y que no confiere derechos ni impone deberes, su existencia efectiva en forma previa a esa declaración es un hecho operativo cuyas consecuencias no pueden ser justamente ignoradas. El pasado no siempre puede ser borrado por una nueva decisión de la justicia. El efecto de una sentencia posterior que declara la invalidez debe ser considerado en diversos aspectos referidos a relaciones particulares - personales y societarias- y a conductas particulares -privadas y oficiales-. Las cuestiones concernientes a derechos que se alegan como adquiridos, al estado legal, a decisiones previas que se consideran firmes y en cuyas consecuencias se ha actuado, y al orden público a la luz de la naturaleza de la ley y de su anterior aplicación requieren ser examinadas. Estos interrogantes aparecen entre los más difíciles que han ocupado la atención de los tribunales, estatales y federales; y surge en forma manifiesta de numerosas sentencias que la afirmación general de un principio de invalidez retroactiva absoluta no puede ser justificada” (conf. doctrina emanada de los casos “Norton vs. Shelby County” 118 U.S. 425, Chicot County Drainage Dist. v. Baxter State Bank 308 U.S. 371, 374).

“No está demás traer a colación que, años antes, la Corte de Apelaciones de Carolina del Sur había confirmado los actos dictados por una persona designada por el gobernador para ejercer la función judicial en virtud de una ley que autorizaba al primero a nombrar esta suerte de jueces subrogantes en aquellos supuestos en que el juez estuviere enfermo o que por cualquier otra razón no pudiera desempeñar su función. Este Tribunal manifestó que los actos que había dictado esta persona que ejerció la función de juez eran generalmente válidos más allá de que fuera nulo el título en virtud del cual actuó. La conveniencia pública como la justicia pública exigen que sean mantenidos. Se generaría un daño incalculable si se declarara la nulidad e invalidez de todos procedimientos llevados a cabo por los jueces designados de este modo’ (“Archibald Taylor v. Thomas Skrine”, Constitutional Court of Appeals of South Carolina, 1815).

“Tiempo más tarde, en ese mismo sentido, se pronunció la Corte Suprema de los Estados Unidos respecto de los actos celebrados por un secretario *pro tempore* de una Corte de Circuito de Mississippi designado por el juez ante la imposibilidad de que el secretario que había sido designado del modo constitucional –elecciones- asistiera a cumplir su función (41 U.S. 71, “Stephen Cocke v. Joseph A. Halsey, 1842”).” (C.S.J.N., “ROSZA, CARLOS ALBERTO Y OTRO S/ RECURSO DE CASACIÓN”, RTA. 23 DE MAYO 2007, en www.iestudiospenales.com.ar).

Como argumento de autoridad recurriendo a doctrina:

a) “No menos dificultades representa lo que hace a las consecuencias jurídico-políticas de la elección de un candidato que se encuentra detenido.

“Esto fue advertido por la doctrina, que ha diferenciado las limitaciones que pueden fijarse al derecho a ser elegido respecto de las que puede tolerar el derecho a elegir (cf. Bidart Campos G. J., “El derecho a ser elegido y la privación de libertad sin condena. Las interpretaciones literales rígidas”, LL, 2001-F, p. 539; Loñ, F. R. y Morello, A. M., “La Corte Suprema y el candidato con prisión preventiva”, LL, 2001-F, p. 881; Pascual, F. J., “A propósito de las candidaturas de los procesados con prisión preventiva”, ED, 193-901; Midón, M. A., “Posibilidad de plebiscitar la inocencia de las personas privadas de libertad en elecciones populares”, LL. 2002-B, 66; Aquino Britos, A. R., “La posibilidad de las candidaturas de los procesados y el pacto de San José de Costa Rica, LL Litoral, 2001-1121).

“Sobre el punto, se ha señalado que “permitir que un candidato detenido y procesado por orden de juez competente sea candidato sería provocar un potencial conflicto entre el poder legislativo y el poder judicial, toda vez que si se entiende que la inmunidad del legislador opera desde que es electo [...] debe disponerse su libertad y esperar el desafuero” (cf. Aquino Britos, A. R., “La posibilidad de las candidaturas de los procesados y el pacto de San José de Costa Rica, LL Litoral, 2001-1121).

“Se dijo, también, que en caso de que el candidato detenido resultara electo, habría que liberarlo primero para que pueda ejercer el cargo (cf. Pascual, F. J., “A propósito de las candidaturas de los procesados con prisión preventiva”, ED, 193-901); con lo cual -se afirmó- se estaría permitiendo “que una persona, procesada con auto de prisión preventiva y sobre la cual pesa semiplena prueba de haber cometido delitos no excarcelables, pueda sustraerse de la acción de la Justicia, evitar la prosecución de la causa y lograr así que impere la impunidad” (cf. Sabsay, D. A., “La controversia merece un delicado análisis”, diario La Nación, 7 de julio de 2001).

“Asimismo, se entendió que tal proceder podría constituir un “medio eficiente para que [...] cualquier persona tiene escapar a los dictados de la jurisdicción apelando al fácil expediente de plebiscitar su mentada inocencia” (cf. Midón, M. A. “Posibilidad de plebiscitar la inocencia de las personas privadas de libertad en elecciones populares”, LL 2002-B, 66). (CÁMARA NACIONAL ELECTORAL, EXPTE. N° 4648/09, “MUÑOZ BARRETO JUANA MARÍA Y OTROS S/IMPUGNAN CANDIDATURA A DIPUTADO NACIONAL –LUIS PATTI–”, RTA. 18 DE JUNIO 2009, en www.iestudiospenales.com.ar).

b) “Surge de las constancias de la causa, que la situación de los acusados queda comprendida en las previsiones del art. 67 párrafo 2° del Código Penal, toda vez que Pelozo, hasta el 27 de mayo de 2008 es el titular del Ejecutivo Municipal y corresponde

tener por suspendido el inicio del cómputo del plazo para la prescripción de la acción penal, haciendo lugar al recurso de casación y revocando el Auto N° 387 del 20 de noviembre de 2008. “En suma, el derecho positivo argentino no hace diferenciación entre funcionarios y empleados públicos, y por el contrario establece que todos los agentes de la administración tienen la misma calificación jurídica...” (Confr. Agustín Gordillo, “Tratado de Derecho Administrativo, Parte General” 3ra. Edición, Ed. Macchi, 1.995, T 1, Cap. XIII, Págs. 3/12).” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE CORRIENTES, EXPEDIENTE N° 27.997 CARATULADO “VILLALBA MARCIAL P/ MALVERSACION DE CAUDALES PÚBLICOS EN CARÁCTER DE AUTOR MATERIAL – PELOZO ORLANDO RAUL – GONZALEZ RAMON ALFREDO P/ MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS EN CARÁCTER DE CÓMPlices PRIMARIOS – SAN ROQUE -”, RTA. 4 DE JUNIO 2009)

VII.- EL ARGUMENTO ANALÓGICO.

Partiendo de que un determinado supuesto de hecho, no está regulado por las reglas de un determinado sistema normativo, se entiende que se está ante un caso de laguna; paralelamente se presenta otro supuesto de hecho, que, se entiende, está regulado por el sistema, para analizar si guarda “ semejanza relevante ” con el supuesto anterior:

a) “ Como es sabido, un criterio jurisprudencial solo puede reiterarse en la medida en que se presenten circunstancias fácticas equivalentes y un análogo marco jurídico (Fallos 323:1669). Un pleito puede ser resuelto a la luz de cierto precedente judicial siempre que las circunstancias de ambos, tales como los hechos, los planteos y las normas involucradas sean análogos entre sí (CSJN, sentencia del 10 de diciembre de 1997, S. 152 XXXII, “ Sociedad Anónima Azucarera ”, voto del juez Petracchi).

“ Dicho en otros términos, “ para que un caso sea análogo a otro es necesario acreditar que existe una semejanza entre los hechos del primer caso y los hechos del segundo en virtud de que ambos comparten las mismas propiedades relevantes esenciales, lo cual permite aplicar la misma consecuencia jurídica a ambos casos ” (cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “ Castañeda Gutman ”, sentencia del 6 de agosto de 2008).

“ En el *sub lite*, no puede sostenerse que exista identidad entre las circunstancias de hecho y el conflicto subyacente en el precedente de Fallos 324:3143 y las circunstancias y pretensiones de este caso, para poder concluir que a este último le es aplicable la consecuencia jurídica del primero.

“ En aquel caso, en efecto, se cuestionaba la constitucionalidad del art. 3 inc. d, del Código Electoral Nacional -actualmente derogado- por un candidato que se veía impedido de participar en los comicios locales por encontrarse detenido en el marco de un proceso penal en su contra. En cambio, en la presente causa se trata de un ciudadano cuya candidatura es

impugnada con fundamento -esencialmente- en que permitir su acceso a dicho cargo significaría un incumplimiento del Estado argentino de normas de derecho internacional que le imponen identificar, juzgar y sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos durante la última dictadura militar (fs. 70 vta./74 vta.).

“De allí que si se remitiera a la solución del precedente de Fallos 324:3143, fundada en el principio de inocencia que ampara a las personas detenidas sin condena, se estarían desatendiendo aspectos relevantes que caracterizan el debate planteado en esta causa.” (CÁMARA NACIONAL ELECTORAL, EXPTE. N° 4648/09, “MUÑIZ BARRETO JUANA MARÍA Y OTROS S/IMPUGNAN CANDIDATURA A DIPUTADO NACIONAL –LUIS PATTI–”, RTA. 18 DE JUNIO 2009, en www.iestudiospenales.com.ar).

VIII.- COHERENCIA DEL SISTEMA.

Entendiendo como coherente al sistema para solucionar casos problemáticos a partir de las dos funciones normativas de aquella:

a) “Que es regla de hermenéutica constitucional que ninguna de las normas de la ley fundamental puede interpretarse en forma aislada, desconectándola del todo que compone, sino que -por el contrario- la interpretación debe hacerse integrando las normas en la unidad sistemática, comparándolas, coordinándolas y armonizándolas, de forma tal que haya congruencia y relación entre ellas (cf. Fallos 320:875, Fallo 2239/97 CNE y Bidart Campos, "Manual de Derecho Constitucional Argentino", EDIAR 1972, p. 53). En este sentido, tiene reiteradamente dicho la Corte Suprema de Justicia que la Constitución debe ser analizada como un conjunto armónico, dentro del cual una de sus disposiciones ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de las demás (Fallos 167:121; 190:571; 194:371; 240:311, 312:496, entre muchos otros), pues es misión del intérprete superar las antinomias frente al texto de la ley fundamental, que no puede ser entendido sino como coherente (Fallos 211:1628 y 315:71).

“También recordó el Alto Tribunal la doctrina que asentó -y que persiste como guía confiable- en el sentido de que “la Constitución es una estructura coherente y, por lo tanto, ha de cuidarse en la inteligencia de sus cláusulas, de no alterar [...] el delicado equilibrio entre la libertad y la seguridad. La interpretación del instrumento jurídico que nos rige no debe, pues, efectuarse de tal modo que queden frente a frente los derechos y deberes por él enumerados, para que se destruyan recíprocamente” (Fallos 312:496 y sus citas).

“Que, en el caso, no requiere ningún esfuerzo interpretativo advertir el contrasentido que significaría suponer que la Constitución Nacional exige privar del ejercicio de su cargo de diputado al ciudadano que deba ser arrestado, pues para que esto proceda requiere el desafuero (art. 70), y que al mismo tiempo admite (art. 48) que quien ya ha sido separado de su cargo y permanece detenido -por la misma causa que motivó el apartamiento- puede, no

obstante, postularse como candidato para ejercer aquellas funciones de las que está apartado.

“Por ello, las previsiones citadas deben armonizarse a fin de hallar su unidad coherente -de acuerdo con la doctrina citada-; y para obtener esa unidad, deben privilegiarse “las opciones hermenéuticas que maximicen su eficiencia” (Fallos 321:885, voto del juez Fayt). (CÁMARA NACIONAL ELECTORAL, EXPTE. N° 4648/09, “MUÑIZ BARRETO JUANA MARÍA Y OTROS S/IMPUGNAN CANDIDATURA A DIPUTADO NACIONAL –LUIS PATTI-”, RTA. 18 DE JUNIO 2009, en www.iestudiospenales.com.ar).

IX.- SILOGISMO DEDUCTIVO.

La premisa de que la conclusión a la que se arribó, surge de una mera subsunción del caso:

a) “En derecho penal se entiende por aplicación de la ley (en el caso de condena), la imposición de la pena por un hecho, basándose en leyes en las que una conducta descripta mediante elementos abstractos (el tipo penal) se halla conminada con la pena como consecuencia jurídica. El tipo delictivo es la premisa mayor, el supuesto fáctico es la premisa menor y la pena es la conclusión. La aplicación de la ley al caso individual significa por ello que la premisa mayor, abstracta, se pone en relación con una premisa menor tomada de un hecho de la vida. Ciertamente que parece muy sencillo, pero la verdadera tarea intelectual y jurídica, no consiste en establecer una estructura lógica (silogismo), sino en la obtención de la premisa menor; se trata de extraer de entre el abundante material fáctico de un caso, los factores jurídicamente relevantes y subsumirlos en los elementos conceptuales de la premisa mayor, aceptando una identidad al menos parcial, actividad que se denomina "subsunción".

“La interpretación es el presupuesto de la subsunción y, antes de ella, procede dilucidar el sentido de la premisa mayor, lo que se logra mediante una captación de su significado acomodada a las particularidades del caso individual, procurando aproximar tal significado lo más posible al presupuesto fáctico; antes de proceder a la subsunción, debe limitarse el alcance "jurídico" de la premisa mayor.

“En la ciencia del derecho, la interpretación significa comprender y hacer comprensible el significado de un texto, siendo determinante, en primer lugar, la terminología jurídica, ya que el significado de los vocablos puede hallarse recogido en definiciones legales (Hans-Heinrich Jescheck, "Tratado de Derecho Penal, parte general", 1993, Ed. Comares-Granada, Granada, España, ps. 133/139).”(DEL VOTO DE LA DRA. CAPOLUPO DE DURAÑONA Y VEDIA, C. NAC. CASACIÓN PENAL, SALA IV, “GARAY, JORGE A.”, RTA. 3 DE OCTUBRE 2000).

X.- PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS.

La ponderación de principios, para la determinación del peso de cada uno en la resolución de un caso, es expediente de común utilización:

a) “Que esta Corte ha tratado de conjugar el interés personal de los individuos a que no se afecte su honor mediante publicaciones o escritos que tuviesen tal aptitud, y el derecho a publicar las ideas por medio de la prensa y el de suministrar información, estableciendo que estos últimos prevalecen sobre aquél cuando la cuestión esté vinculada con un asunto de interés público, y sólo en la medida de ese interés. Sobre esta base, no ha exigido la prueba concluyente de esos hechos atribuidos al afectado, sino sólo la demostración de que se obró en el ejercicio prudente y sopesado de una cuestión de tal naturaleza.

“En tal sentido, declaró que así como no es dudoso que debe evitarse la obstrucción o entorpecimiento de la prensa libre y de sus funciones esenciales (Fallos 257:308), no puede considerarse tal la exigencia de que su desenvolvimiento resulte veraz, prudente y compatible con el resguardo de la dignidad individual de los ciudadanos, impidiendo la propagación de imputaciones falsas que puedan dañarla injustificadamente. Ello no implica imponer a los responsables el deber de verificar en cada supuesto la exactitud de una noticia sino de adecuar, primeramente, la información a los datos suministrados por la propia realidad, máxime cuando se trata de noticias con evidente potencialidad calumniosa o difamatoria, y en todo caso, el deber de difundir el informe atribuyendo directamente su contenido a la fuente, utilizando un tiempo de verbo potencial o guardando reserva sobre la identidad de los implicados en el hecho ilícito (Fallos 308:789, consid. 7º y 310:508, consid. 9º). (C.S.J.N., ABAD, MANUEL E. Y OTROS, RTA. 4 DE JULIO 1992, en www.iestudiospenales.com.ar).

b) “Antes de la reforma constitucional de 1994, la honra de las personas fue conceptuada no sólo como un derecho tutelado tanto penal cuanto civilmente, esto es a nivel infraconstitucional, sino como un derecho constitucional no enumerado (C.S.J., "Julio César Campillay v. La Razón y otros", 15/6/86, Fallos 308:799 -La Ley, 1986-C, 411; LLC, 1986-650-).

“Luego de la reforma, los llamados tratados constitucionales (Constitución Nacional 75, 22º), contemplaron expresamente el derecho a la honra: así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 12); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. V); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 11) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 17).

“En cuanto al derecho a informar, que integra la libertad de prensa, su status constitucional se basa antes de la reforma de 1994, en el art. 14 y en el art. 32. Los tratados constitucionales también contienen disposiciones que se refieren a este derecho sea expresamente, sea como integrante del amplio espectro de la libertad de expresión: en este último sentido la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 19) y la Declaración Americana de los

Derechos y Deberes del Hombre (art. IV); en el primero la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 13) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 19).

“La cuestión analizada no es menor, toda vez que si el status de los derechos en conflicto fuese diferente, la prevalencia podría resolverse de acuerdo al orden jerárquico de los ordenamientos que los receptan (Constitución Nacional, 31).

“Conforme entonces al análisis efectuado, se trata en ambos casos de derechos fundamentales, por lo cual el siguiente punto a reflexionar consiste en establecer si es posible la prevalencia de uno sobre otro por razones de distinta jerarquía valorativa o si esta ponderación debe efectuarse sobre otros parámetros.

“Así se opina que es de mayor valor la honra que la libertad de expresión y de información, por lo cual en caso de conflicto prevalece la primera sobre la segunda (Bidart Campos, Germán, "Noticias erróneas difundidas por la prensa y resarcimiento del daño moral a la víctima", ED, 118-304, participa también de esa idea Ekmekdjian, Miguel Angel, "Otra vez se enfrentan el derecho al honor y la libertad de prensa", LA LEY, 1992-D, 174).

“La inteligencia apuntada, consistente básicamente en trazar una valoración abstracta y por ello general de los derechos en conflicto, conlleva como necesaria consecuencia a que cuando la información resulte deshonrante o desacreditante para otro, habrá antijuridicidad que dará lugar a la responsabilidad penal y civil si se encuentran reunidos los aspectos subjetivos requeridos. En otras palabras, ello significa que el derecho al honor tiene una preponderancia tal que el derecho a la información no representa ninguna limitación para aquel bien, mientras que el otro está siempre limitado por el honor.

“Frente a esa forma de resolver el conflicto atendiendo a una preponderancia abstracta y general de uno de los derechos fundamentales en juego, se encuentra otra distinta. En tal sentido, el tribunal Constitucional Español utiliza el método de interpretación de las normas jurídicas llamado "balancintest" o teoría de valores por el cual no todos los derechos fundamentales son ilimitados sino que debe tenerse en cuenta la concurrencia de otros valores que el ordenamiento jurídico también protege (S.T.C. Sent. 81/83 del 10 de octubre). Este método ha sido adoptado en varios precedentes del Tribunal Superior de Justicia, en cuestiones de distinta naturaleza (TS.J., en pleno, "Carranza", Sent N° 33, 25/8/97 -sala cont. adm.- y "Aguirre Domínguez" Sent. 76, 11/12/97 -sala penal LLC, 1998-356), que tienen en común con la presente el conflicto entre derechos o intereses de igual rango normativo, que en lugar de resolverse atendiendo a la supremacía absoluta de uno sobre otro, pondera a todos los derechos como limitados y analiza en cada caso concreto la razonabilidad de la restricción de uno por otro.

“Este distinto punto de partida, implica desestimar que siempre exista antijuridicidad en el hecho de quien publica una información injuriosa para otro, toda vez que si ninguno de estos derechos fundamentales resulta ilimitado sino que por el contrario ambos son limitados, se trata de examinar si tal como fue ejercido configura un supuesto de ejercicio legítimo o

regular de un derecho (Cód. Penal, 34, 4º, Cód. Civil 1071), esto es ejercido dentro del ámbito de restricciones establecidas por el orden jurídico o bien si éste fue desbordado.

“Como con maestría se señalara aunque "nadie puede invocar un derecho cuyo objeto sea el de inferir una injuria, es posible decir que una injuria se justifica por el legítimo ejercicio de otro derecho", por lo cual si se trata del derecho constitucional de la libertad de prensa, su límite no puede estar trazado "por la ofendibilidad de las expresiones" (Núñez, Ricardo C., Tratado de Derecho Penal, t. III, vol. 2, ps. 86 y 87, Ed. Lerner).

“En similar orden de ideas, se ha señalado que tratándose de derechos que revisten idéntica jerarquía en el catálogo de los derechos fundamentales "uno de ellos no puede prevalecer sobre el otro en todos los casos posibles y a costa de él", siendo necesario "en cada caso, desde la mira de las fuentes constitucionales y de los pactos internacionales, resolver por criterios de ponderación cuál de esos derechos prevalece sobre el otro" (García, Luis M., "La jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de calumnias e injurias cometidas por medio de la prensa", Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año III, N° 4-5, p. 508, Ed. AdHoc).

“En otro lenguaje, resulta el criterio asumido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en la medida en que se recurre, aun reconociendo el lugar eminente que en el régimen republicano de gobierno tiene la libertad de expresión, a señalar sus limitaciones a efectos de procurar la necesaria armonía con los restantes derechos constitucionales, entre los que se encuentran el de la integridad moral y el honor de las personas (Fallos 257:308, voto del doctor Boffi Boggero -La Ley, 115-350-; 308:789, consid. 5º; 314:1517; 315:632; "Morales Solá, Joaquín", 12/11/96, voto del doctor Belluscio -La Ley, 1996-E, 328; LLC, 1997-153-, "Ramos, Juan José c. LR3 Radio Belgrano y otros", 27/12/96, disidencia del doctor Vázquez -La Ley, 1998-B, 299-, "Menem Eduardo c. Tomás Sanz", 20/10/98 -La Ley, 1998-F, 617-).

“Esta línea interpretativa se perfila con toda claridad en los votos de varios de los Ministros. Así en "Granada, Jorge Horacio c. Diarios y Noticias S.A." (La Ley, 1994-A, 239) (Fallos 316:2395), haciéndose referencia al conflicto entre estos dos derechos con amparo constitucional en apariencia contrapuestos, se indica que ello "obliga a los jueces a realizar en cada caso, una armónica ponderación axiológica con miras a determinar con precisión sus respectivos alcances y límites, a fin de asegurar los objetivos para los que fue dictada la Constitución que los ampara" (votos de los doctores Boggiano, cons. 6º; de los doctores Barra, Fayt y Levene, cons. 6º). En el ya citado precedente "Menem Eduardo c. Tomás Sanz", se hace expresa referencia -siguiendo la doctrina sentada por el tribunal Constitucional Español que el órgano jurisdiccional deberá, no estimar preponderantemente en todo caso uno de los derechos en cuestión (protegiendo siempre la buena fama afectada, o el derecho a informar o a expresarse libremente), sino, habida cuenta de las circunstancias, ponderar si la actuación del informador se ha llevado a cabo dentro del ámbito protegido constitucionalmente, o por el contrario, si se ha transgredido ese ámbito.

“Debe destacarse que una interpretación contraria a la que aquí se adopta, esto es que existe una prevalencia absoluta y general de un derecho fundamental sobre otro, tornaría inoperante disposiciones de raigambre constitucional y legal. Es que, por un lado desconocería que todos los derechos se encuentran limitados por las leyes que reglamentan su ejercicio (Constitución Nacional, 28; Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 30 y 32, 2ª). Por el otro, dejaría sin efecto las disposiciones infraconstitucionales (causas de justificación), que posibilitan a pesar de la tipicidad de una conducta, la ausencia de ilicitud y sus consecuencias, tanto para la responsabilidad penal cuanto civil. (SALA PENAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CÓRDOBA, “CARUSO, MIGUEL A. C. REMONDA, LUIS E.”, RTA. 9 DE SEPTIEMBRE 1999, en www.iestudiospenales.com.ar).

XI.- MANDATO DE CERTEZA.

Optando por la inconstitucionalidad, pues la aplicación de la máxima taxatividad interpretativa sería muy artificiosa, y vista la violación al mandato de certeza:

a) “Que el 2 de mayo de 2008 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) dictó sentencia en el caso "Kimel vs Argentina", donde, en lo que aquí interesa, y recogiendo el previo y expreso reconocimiento del Estado argentino, estableció que los tipos penales previstos en los artículos 109 y 110 del Código Penal no respetan el principio de legalidad (la clara enunciación de las acciones típicas a los fines que los ciudadanos puedan adecuar su conducta a la ley) y que, por ende, son anticonvencionales, habiendo ordenado a nuestro país que en un plazo razonable adecue el derecho interno a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de tal forma que "las imprecisiones reconocidas por el Estado (...) se corrijan para satisfacer los requerimientos de seguridad jurídica y, consecuentemente, no afecten el ejercicio del derecho a la libertad de expresión".

“Que en lo específico, la CIDH señaló que: "Los representantes indicaron que la figura de injurias 'se refiere a una conducta absolutamente indeterminada', toda vez que 'la expresión deshonrar como la de desacreditar a otro, no describe conducta alguna'. Por ello consideraron que 'no existe un parámetro objetivo para que la persona pueda medir y predecir la posible ilicitud de sus expresiones sino, en todo caso, se remite a un juicio de valor

subjetivo del juzgador'. Agregaron que la figura de calumnias 'resulta también excesivamente vaga'... 67. En razón de lo anterior y teniendo en cuenta las manifestaciones formuladas por el Estado acerca de la deficiente regulación penal de esta materia, la Corte considera que la tipificación penal correspondiente contraviene los artículos 9 y 13.1 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma".

“Que el claro, contundente y terminante pronunciamiento de la CIDH -que comparto- es vinculante y obliga al Estado argentino y sus órganos, dentro de los cuales se encuentra el Poder Judicial.

“El artículo 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que: "Los estados parte en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean parte".

(...)

“Es así que, continuar el procesamiento de ciudadanos por la presunta infracción a los artículos 109 y 110 del Código Penal, en los términos en que los mismos actualmente se encuentran redactados, implicaría el juzgamiento sobre la base de tipos penales que han sido declarados anticonvencionales, y que el propio Estado argentino así lo ha reconocido, colocándolo en situación -en caso de seguir adelante con este juicio- de volver a ser condenado internacionalmente por los mismos motivos indicados en "Kimel vs. Argentina".

(...)

“Corresponde en consecuencia declarar la anticonvencionalidad de los artículos 109 y 110 del Código Penal por resultar violatorios de los artículos 9 y 13.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y sobreseer al querrellado por atipicidad del hecho (artículo 341 del C.P.P.).

“Por cuanto, según el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (ratificada por nuestro país) establece que no puede invocarse ninguna norma de derecho interno para infringir una convención internacional.” (JUZGADO EN LO CORRECCIONAL NRO. 1 DE NECOCHEA, “DANIEL ALBERTO BRAVO C/ MYRIAM ESTHER VALLEJOS S/ CALUMNIAS E INJURIAS”, RTA. 26 DE SEPTIEMBRE 2008, en www.iestudiospenales.com.ar).

XII.- CAMBIO DE SISTEMA NORMATIVO POR CAMBIO DE LA NORMA DEFINITORIA DE BASE.

La posibilidad de tener dos normas distintas, conforme con la definición utilizada, y por ende, de hallarnos ante dos sistemas distintos (con expresa referencia al art. 41 quater C.P.)

a) “Conforme esos datos, la decisión del a quo de aplicar al presente caso las previsiones del art. 41 quater del Código Penal aparece inadecuada.

“Al aludir este artículo a la comisión de delitos *“con la intervención de menores de dieciocho años de edad (...) respecto de los mayores que hubieran participado en el mismo”*, no deja en claro si las personas mayores a las que hace referencia son las *“mayores de dieciocho años”* o aquellas que, de acuerdo con la ley civil, adquieren la mayoría de edad a los veintiún años.

“Así como no podría derivarse inequívocamente, desde su formulación literal, que el art. 41 quater limita su aplicación a las personas mayores de veintiún años, desde que se refiere sencillamente a los *“mayores”* y no a los *“mayores de edad”*, conforme con la ley civil, tampoco podría afirmarse con certeza que la mencionada disposición incluye también a las personas *“mayores de dieciocho años”*, pues el legislador, en tal caso, así lo hubiera dispuesto. Inclusive, por cuestiones de corrección gramatical, le hubiera bastado con aludir a los *“mayores de esa edad”*, con referencia a los menores de dieciocho, con lo cual hubiese resultado evidente que el término *“mayores”* era empleado como adjetivo comparativo y no como elemento normativo.

“Del debate parlamentario de la ley nro. 25.767 que incorporó el art. 41 quater al Código penal, tampoco se pueden extraer conclusiones certeras acerca de este punto, por cuanto los ejemplos que se mencionan en la expresión de motivos parecerían aludir, en algunos casos, a supuestos en los que no son *“adultos”* los que utilizan a *“menores”* en la comisión de delitos. Por ejemplo, mientras que para algunos la finalidad era la de disuadir a los mayores *“para que no utilicen a los menores de edad en sus delitos”* (Senador Agúndez), otros expresaron que el proyecto propiciaba *“un aumento de las penas para los adultos que utilizan menores en la comisión de delitos”* (Diputado Eduardo Camaño).

“Tal indeterminación sobre los alcances de la agravante del artículo 41 quater, frente al mandato de certeza y la máxima *in dubio pro libertate* derivados del principio de legalidad (arts. 18 y 19, CN), me obliga a optar, entre ambas interpretaciones, por la que restringe su aplicación a las personas que al momento del hecho alcanzaron la mayoría de edad, es decir, aquellas que, conforme el artículo 126 del Código civil, hubieren cumplido los veintiún años.

Esta conclusión acerca de los alcances de la mencionada circunstancia agravante resulta coherente además con la específica terminología adoptada en materia penal por el art. 10 de la ley 22.278 (Régimen Penal de la Minoridad), que denomina “*menores*” a quienes incurrir en un delito entre los dieciocho años y la mayoría de edad.” (TRIB. CASACIÓN PENAL PCIA. BUENOS AIRES, SALA II, CAUSA NRO. 29.013, “J. J. CH. ó R. M. G. S/ RECURSO DE CASACIÓN”, RTA. 5 DE JUNIO 2008, en www.iestudiospenales.com.ar).

b) “... en aras del principio de máxima taxatividad, corresponde sostener que cuando el artículo 41 quater incrementa la pena respecto de “los mayores” debe interpretarse que revisten tal calidad aquellas personas que hayan alcanzado la edad de 21 años, en concordancia con la manda del art. 126 del C.C. y del art. 10 de la ley 22.278.

“En este sentido coincido con el parecer de la Sala II de este Tribunal (Recurso nº 29.013 “Chamorro”). Sostuvo allí el Doctor Celesia -voto que concitó la adhesión del Doctor Mancini- que: *“...por cuestiones de corrección gramatical, le hubiera bastado con aludir a los mayores de esa edad, con referencia a los menores de dieciocho, con lo cual hubiese resultado evidente que el término “mayores” era empleado como adjetivo comparativo y no como elemento normativo. Del debate parlamentario de la ley nro. 25.767 que incorporó el art. 41 quater al Código penal, tampoco se pueden extraer conclusiones certeras acerca de este punto, por cuanto los ejemplos que se mencionan en la expresión de motivos parecerían aludir, en algunos casos, a supuestos en los que no son “adultos” los que utilizan a “menores” en la comisión de delitos. Por ejemplo, mientras que para algunos la finalidad era la de disuadir a los mayores “para que no utilicen a los menores de edad en sus delitos” (Senador Agúndez), otros expresaron que el proyecto propiciaba “un aumento de las penas para los adultos que utilizan menores en la comisión de delitos” (Diputado Eduardo Camaño).*

“Tal indeterminación sobre los alcances de la agravante del artículo 41 quater, frente al mandato de certeza y la máxima in dubio pro libertate derivados del principio de legalidad (arts. 18 y 19, CN), me obliga a optar, entre ambas interpretaciones, por la que restringe su aplicación a las personas que al momento del hecho alcanzaron la mayoría de edad, es decir, aquellas que, conforme el artículo 126 del Código civil, hubieren cumplido los veintiún años...” (TRIB. CASACIÓN PENAL PCIA. BUENOS AIRES, SALA I, CAUSA NRO. 27.909, CARATULADA: “A., J. L. O R. S/ RECURSO DE CASACIÓN”, RTA. 20 DE AGOSTO 2009, en www.iestudiospenales.com.ar).

c) “La decisión del a quo de aplicar al presente caso las previsiones del art. 41 quater del Código Penal aparece inadecuada.

“El punto a dilucidar se encuentra en que si las personas mayores a las que hace referencia son las “mayores de dieciocho años” o aquellas que, de acuerdo con la ley civil, adquieren la mayoría de edad a los veintiún años. Es decir, si lo que la norma prevé es un requisito normativo o no.

“En primer lugar he de destacar que el artículo 10 del régimen penal de la minoridad (instituido por ley 22.278), denomina menores a quienes incurren en un delito entre los dieciocho años y la mayoría de edad.

“En sintonía con lo sostenido por las demás Salas de este Tribunal, no podría afirmarse desde su formulación literal, que el art. 41 quater limita su aplicación a las personas mayores de veintiún años, desde que se refiere sencillamente a los mayores y no a los mayores de edad, y conforme con la ley civil, tampoco podría afirmarse con certeza que la mencionada disposición incluye también a las personas mayores de dieciocho años, pues el legislador, en tal caso, así lo hubiera dispuesto.

“En este sentido coincido con lo expresado por el Dr. Celesia en causa "Chamorro, Jonatan s/ recurso de casación" en cuanto afirma que "...por cuestiones de corrección gramatical, le hubiera bastado con aludir a los mayores de esa edad, con referencia a los menores de dieciocho, con lo cual hubiese resultado evidente que el término “mayores” era empleado como adjetivo comparativo y no como elemento normativo. Del debate parlamentario de la ley nro. 25.767 que incorporó el art. 41 quater al Código penal, tampoco se pueden extraer conclusiones certeras acerca de este punto, por cuanto los ejemplos que se mencionan en la expresión de motivos parecerían aludir, en algunos casos, a supuestos en los que no son “adultos” los que utilizan a “menores” en la comisión de delitos. Por ejemplo, mientras que para algunos la finalidad era la de disuadir a los mayores “para que no utilicen a los menores de edad en sus delitos” (Senador Agúndez), otros expresaron que el proyecto propiciaba “un aumento de las penas para los adultos que utilizan menores en la comisión de delitos” (Diputado Eduardo Camaño).

“Tal indeterminación sobre los alcances de la agravante del artículo 41 quater, frente al mandato de certeza y la máxima in dubio pro libertate derivados del principio de legalidad (arts. 18 y 19, CN), me obliga a optar, entre ambas interpretaciones, por la que restringe su aplicación a las personas que al momento del hecho alcanzaron la mayoría de edad, es decir, aquellas que, conforme el artículo 126 del Código civil, hubieren cumplido los veintiún años. ...” (voto del Dr. Celesia en causa N° 29013).

“Finalmente si Jonatan Boris González Silveira al momento de los hechos tenía 19 años corresponde hacer lugar al recurso deducido y excluir la aplicación del art. 41 quater (Arts. 41 quater –a contrario-, 164 y ccdtes. del C.P. y 106, 210, 371, 373, 399, 530 y ccdtes del C.P.P).” (TRIB. CASACIÓN PENAL PCIA. BUENOS AIRES, SALA I, CAUSA N° 34.634, CARATULADA "G. S., J. B. S/ RECURSO DE CASACIÓN", RTA. 2 DE DICIEMBRE 2008, en www.iestudiospenales.com.ar).

XIII.- RECURSO A UN ARGUMENTO DE PRINCIPIO PARA ASEGURAR UN DERECHO INDIVIDUAL.

Un argumento de principio asegurando un derecho individual

a) Creo que el fallo exhibe un error lógico y legal que lo hace vulnerable a la crítica.

En primer lugar en la cuestión tercera del veredicto se da cuenta de que la defensa alega la concurrencia del estado de necesidad justificante que es un capítulo sobre el que transcurriera la prueba propuesta por la defensa y que habría sido acreditado en virtud no sólo del informe social sino de los testimonios debidos a Torto, Ledesma, Giacchino, Crovo y Pillati que dieran cuenta de que los imputados eran personas honestas que buscaban trabajo sin éxito y a su vez que fueran responsables de familias numerosas y que lo sustraído lo fue con el propósito de consumirlo y no venderlo.

Este dato introducido por la defensa ha sido descartado creo con argumentos viciados lógica y legalmente.

El fallo remite al pronunciamiento de la fiscalía que *“estima que no se ha acreditado fehacientemente la causal de justificación del art. 34 inc. 3° del C.P. si bien el informe ambiental de fs.122 y siguientes determinó un estado de carencia económica el mismo no justifica el accionar ilícito de los procesados. Refiere que la doctrina y jurisprudencia es muy estricta respecto a los requisitos para que se de el estado de necesidad, **que lo es cuando no hay otra alternativa para evitar un mal inminente y que debe ser fehacientemente acreditado circunstancia que no se dio en el debate...**”* (el destacado es de este votante).

Este aserto da por cierto que concurre un estado de carencia que se extiende a familias numerosas, supedita la justificante a supuestos en que no haya otra alternativa y se desentiende de la obligación que le cupo como parte requirente de demostrar que existían esas otras alternativas.

En línea con lo dicho, además de no proveer prueba que permita aventar la justificante, sostiene que se invierte el onus probando puesto que de sus palabras se seguiría que ha sido la defensa quien ha debido acreditar ese dato.

Ahora ya en propios términos de los jueces se deja dicho que *“un estado de pobreza genérico no conforma la causa de justificación por la necesidad resultando necesario que se trate de una situación apremiante cuya superación no admita demora.”*.

No advierto a qué pueda denominar el *a quo* “estado de pobreza genérico” para que diga que el mismo no justifica el hecho e ignoro además por qué en autos la situación de los encartados y sus familias no era *“apremiante cuya superación no admita demora.”*. Esto es un dato que niega el fallo sin que el requirente lo haya demostrado puesto que no cabe duda alguna que es al acusador al que le cabe demostrar esos extremos que se convierten así en pivotes de su imputación. Más claramente: si no he podido demostrar como fiscal que no media necesidad justificante alegada, no puedo fundar la imputación.

Pero el caso es que el fallo abunda en consideraciones igualmente erradas puesto que sostiene que se ha alegado la minorante del art. 41 del C.P. alusiva a los motivos que llevaron a la

persona a delinquir donde se destaca la miseria o la dificultad para ganar el sustento propio y el de los suyos.

Esta situación de atenuación sobreviene sólo cuando ha sido descartada la justificante por ejemplo por haberse demostrado que el autor no es ajeno a la necesidad que invoca. Sólo a condición de que no encuadre en el permiso, entonces la miseria es minorante. Este error conceptual ha llevado al *a quo* a descartar, reitero que con error la alegada causa de justificación.

Por lo demás, es claro que el momento en que estos hechos se produjeran son tiempos en que el País se vio envuelto en una de las más serias crisis que más golpearon a los estratos sociales más desprotegidos. Como resulta de la causa, todos los imputados eran personas de bien que vivían propiamente de la caza y que –circunstancialmente- acudieron al cuatrereo para subvenir a las necesidades de los suyos. Como atenuante el fallo computa *“para los cuatro imputados... el buen concepto acreditado y las probadas dificultades para ganarse el sustento.”* (el destacado es de este votante). Si se ha probado que tuvieron dificultades para ganarse el sustento, ¿qué debieron esperar para acudir a la justificante más añosa como es el hurto famélico?. Es muy claro que no propicio la difusión de estas prácticas pero –contingentemente y tal como lo dejo dicho– resulta que la acusadora no creyó necesario demostrar que existían otros recursos anteriores al hecho y descreyó de la concurrencia de esta causa de justificación mediante un error conceptual grave cual es el de entenderlo sólo minorante en los términos del art. 41 del C.P.. (del voto en minoría del Dr. Benjamín Sal Llargués).

Debo apartarme del sufragio emitido por mi colega de primer voto. Concuerdo con lo sostenido por la Sra. Fiscal Adjunto ante esta Sede, Dra. Moretti en cuanto a que el presente se trata de una reedición de los argumentos vertidos a lo largo del debate y que fueran suficientemente contestados por el "a quo". El recurrente debió demostrar absurdo o arbitrariedad en el fallo atacado, nada de ello aconteció.

Así las cosas, el órgano juzgador entendió, correctamente -a mi criterio-, que un estado de pobreza genérica no conforma la causa de justificación por la necesidad resultando necesario que se trate de una situación apremiante cuya superación no admite demora. Así se ha entendido que ni la miseria, ni la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos son presupuesto de la eximente del estado de necesidad (art. 34 inc. 3), y sólo pueden considerarse como base de atenuación de las pena (C. N. Crim. y Correc., Sala IV, causa N° 28.749, voto del Dr. Ledesma). Si la pobreza y dificultad para ganarse el sustento fuera entendida por todos como causa de justificación, la regla serían los robos y hurtos, y la excepción el respeto a la propiedad ajena. Aquéllas deben ser tenidas en cuenta a los fines de mensurar la pena. (Del voto de la mayoría –Dres. Natiello y Horacio Piombo- TRIB. CASACIÓN PENAL PCIA. BUENOS AIRES, SALA I, CAUSA N° 22.859, CARATULADA: “R., J. A.;

XIV.- RECURSO A DIRECTRICES POLÍTICAS Y PRINCIPIOS PARA RESTRINGIR DERECHOS ABSTRACTOS.

Ejemplo del recurso a directrices políticas y principios, para restringir derechos abstractos consolidados. La disidencia muestra como, a partir de iguales principios se puede arribar a conclusiones diversas, de allí la relevancia de ponderación de los derechos concurrentes:

a) 42) Que la calificación de los delitos contra la humanidad no depende de la voluntad de los estados nacionales sino de los principios del ius cogens del Derecho Internacional (conf. arg. Fallos: 318:2148, considerando 4°), lo que pone en evidencia que sea plenamente aplicable el sistema de fuentes del derecho propio de aquéllos. En realidad, se ha edificado, en primer lugar, sobre nociones de protección los derechos de todos los hombres a la vida, a la seguridad y a la propiedad y su consolidación se ha configurado por la práctica consuetudinaria general de las naciones civilizadas. Sin embargo, resulta claro también que este derecho penal internacional de protección de los derechos humanos contra los crímenes de lesa humanidad se afirma sobre el concepto de ius cogens o de orden público internacional en cuanto todos los estados se encuentran obligados a su aceptación independientemente de la existencia de un consenso previo. Era admitido que ningún Estado podía -al ingresar al concierto de las naciones -encontrarse ajeno al derecho de gentes al momento de la sanción de nuestra Constitución.

(...)

73) Que los principios que, en el ámbito nacional, se utilizan habitualmente para justificar el instituto de la prescripción no resultan necesariamente aplicables en el ámbito de este tipo de delitos contra la humanidad porque, precisamente, el objetivo que se pretende mediante esta calificación es el castigo de los responsables dónde y cuándo se los encuentre independientemente de las limitaciones que habitualmente se utilizan para restringir el poder punitivo de los estados. La imprescriptibilidad de estos delitos aberrantes opera, de algún modo, como una cláusula de seguridad para evitar que todos los restantes mecanismos adoptados por el derecho internacional y por el derecho nacional se vean burlados mediante el mero transcurso del tiempo. (Del voto de la mayoría, C.S.J.N., “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros -causa n° 259-“, rta. 24 agosto 2004).

“...la realización de los altos fines de la justicia penal, instituida en todos los países civilizados para garantía de sus habitantes (Fallos: 154:157, pág. 162; 154:332, pág. 336; 156:169, pág. 180; 166:173, pág. 177) se vería frustrada y aquéllos privados de contenido, si so pretexto de aquel principio el Tribunal acudiera a razones extralegales genéricas, como son

las atinentes a la conveniencia universal del enjuiciamiento y castigo de todos los delitos y al interés y a la seguridad de las sociedades humanas (Fallos: 261:94 y 311: 1925), para apartarse de su inveterada jurisprudencia consagrada en salvaguarda del derecho humano a la defensa en juicio (Fallos: 319:2257).

Lo contrario llevaría al extremo opuesto, pues sería como decir que los autores de delitos de violación a los derechos humanos, no tendrían a su vez derechos humanos que los protejan, lo que es impensable en el estado de derecho nacional ni en el propio *ius Mogens* (Disidencia del Ministro Vázquez).

XV.- VACÍO LEGAL Y LAGUNA.

Ejemplo de un vacío legal tratado por un tribunal como una laguna, y recurriendo para ello a principios generales y analogía, lo que implica en definitiva una absoluta vulneración al esgrimido principio de legalidad:

a) “Resulta innegable que la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta surge de la interpretación que hace la Obra Social demandada de la normativa vigente, habida cuenta que –como lo indiqué ut supra- “los derechos humanos trascienden el orden positivo vigente” y que, en orden de garantizar la tutela de los derechos constitucionales mencionados, la interpretación del ordenamiento positivo debe informarse y conformarse con los principios jurídicos que emana de la Constitución Nacional. En este caso en particular se encuentran en juego intereses vitales y superiores a tutelar, como lo son las prerrogativas constitucionales que hacen al derecho a la vida, a la salud en su sentido más amplio, a procrear, al desarrollo de la persona en la máxima medida posible y a la protección integral de la familia (arts. 14 bis, 16, 19 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional y Tratados internacionales). Además, no sólo es el derecho a la salud el vulnerado, sino también el derecho a la planificación familiar, expresamente consagrado con la sanción de la ley 23.179, que aprueba la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (aprobada por la Asamblea de la ONU el 18/12/79), cuyo art. 12 se refiere al derecho a la planificación de la familia.”

“Advierto sin hesitación alguna que existen normas generales que dan los lineamientos a los cuales corresponde ceñirse, y me estoy refiriendo en particular al derecho a la vida y a la salud consagrados en la ley fundamental y en el derecho internacional con jerarquía constitucional, única premisa a la que está obligado el Juez, puesto que la discrecionalidad del magistrado sólo debe ser otorgada por las reglas del sistema, que no pueden ignorar los objetivos sociales colectivos, tales como la adopción de medidas que integren los aspectos sanitarios con los sociales en pleno ejercicio de los derechos constitucionalmente reconocidos.”

“Si bien la obra social debe aplicar sus recursos con algún efecto distributivo, “le corresponde financiar un porcentaje tal que permita el acceso efectivo de todos los afiliados a las mismas prestaciones incluidas en la cobertura, y en caso de que, por razones presupuestarias, esa

cobertura no pueda ser igual para todos, es decir el mismo porcentaje del costo final, entonces deberá ser diferencial hasta alcanzar las posibilidades económicas del afiliado, y si finalmente, estas son nulas, entonces deberá financiar el cien por ciento del medicamento, pese a que otros afiliados tengan sólo una cobertura parcial” (del voto de la Dra. Carmen M. Argibay en “ R., N.N. c/ I.N.S.S.J.P. s/ amparo”, CSJN; del 16/05/2006, T. 329, P. 1638), sostengo que la situación particular en la que se encuentran los beneficiarios debe ser valorada -como criterio de distinción- por la obra social a la hora de ejercer su facultad distributiva asistencial, pues ello facilita el acceso de los grupos más vulnerables a la atención de su salud, a la vez que contribuye a reducir los efectos nocivos de otros problemas coyunturales (falta de trabajo, mala alimentación, escasa educación, vivienda precaria o no digna, ingresos escasos, para mencionar algunos) íntimamente relacionados con la salud.”

“La donación de ovocitos, también llamada ovodonación, forma parte de una técnica de reproducción asistida que permite que una mujer proporcione óvulos a otra a fin de que ésta última pueda conseguir un embarazo. La utilización de estas terapias de reproducción provoca una fractura en la unidad natural del proceso de la maternidad, habida cuenta que en este supuesto ya no queda la procreación determinada por los componentes fecundantes de la pareja, sino que se requiere el óvulo de una donante para que se produzca el acto procreacional.”

“En nuestro país se han presentado varios proyectos de ley donde no se admite las nuevas tecnologías reproductivas – fertilización in vitro heteróloga-. Entre otros, encontramos al Proyecto de ley presentado en la Cámara de Diputados por Graciela Camaño (Expediente n° 3978-D-2006) que prohíbe la donación de gametos y la subrogación de vientres; el Proyecto de ley presentado en la Cámara de Diputados por Graciela Beatriz Gutiérrez - Juan Héctor Silvestre Begnis - Amanda Genem - González Nancy Susana – Eva García de Moreno (Expediente n° 4931-D-2008) que prohíbe la criopreservación de embriones, su adopción, destrucción, comercialización y utilizarlos para la investigación; y el Proyecto de ley presentado en la Cámara de Diputados, (Expediente n° 3465-D-2008) que prohíbe los bancos de semen u óvulos, crioconservar embriones humanos, donarlos y enajenarlos.”

“...encontramos el proyecto presentado en la Cámara de Diputados por Lía Bianco, Miguel Ángel Iturrieta y Timoteo Llera (Expediente n° 2977-D-2008), que propone que “toda mujer puede ser inseminada con semen de un donante anónimo... El donante anónimo en ningún caso podrá reclamar derechos vinculados a la filiación sobre la persona nacida de las gametas por él donadas. Las personas nacidas de los gametos donados por terceros, una vez llegados a la mayoría de edad, podrán solicitar conocer la identidad del donante que aportó sus gametos”. En el mismo sentido, la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva presentó un proyecto de ley de regulación de reproducción asistida ante la Cámara de Diputados, que incluye un capítulo sobre el uso de la gametas donadas (óvulos y espermatozoides): “la persona nacida de gametas donadas por terceros, una vez llegada a la mayoría de edad, podrá solicitar judicialmente conocer la identidad del donante que aportó sus respectivas gametas. La persona nacida de

gametas donadas será reconocida como hijo biológico de los beneficiarios de las técnicas y los donantes de gametos no tendrán en ningún caso derecho ni obligaciones sobre el niño nacido”.”

“El Proyecto presentado por Adriana Raquel Bortolozzi de Bogado en la Cámara de Senadores (Expediente n° 011 3-S-2008), propone permitir la utilización de células germinales –óvulo o espermatozoide provenientes de una tercera persona donante, pero “...para la práctica de tal reproducción, los interesados deberán instar la jurisdicción de los juzgados con competencia en asuntos de familia”.”

“... la laguna normativa ... debe ser cubierto urgentemente con una ley de procreación humana asistida, que tenga en cuenta la supremacía de ciertos valores, tales como la dignidad humana, el derecho a la vida, a procrear, el derecho del niño a crecer en un ambiente familiar, y que se respete su identidad. Ello, atento a que el niño concebido mediante estas técnicas es más propenso a que se vulneren sus derechos, por lo cual necesita una protección especial. Asimismo, se debe considerar la situación de desamparo en la que se encuentra hoy el dador, y por otro lado, los padres que tuvieron intenciones de tener un hijo, los cuales se verían desplazados por quienes nunca lo hicieron, por el sólo hecho de que estos últimos hayan aportado el material genético. Entiendo, entonces, que es necesario plantear una reforma legislativa a fin de contemplar estas cuestiones, y respetar verdaderamente el interés superior del niño consagrado en la Convención sobre Derechos del Niño y en las nuevas leyes de infancia, por lo que propongo ordenar al a quo que libre un oficio dirigido al Ministerio de Justicia de la Nación y al Ministerio de Salud, haciendo saber el vacío legislativo en torno a este tema (donación de gametas), en los términos del art. 2 de la ley 340, a fin de presentarlo oportunamente ante el Congreso de la Nación para su eventual tratamiento por parte del órgano deliberativo.”

“Previo al inicio de tal tratamiento, el centro médico especializado deberá resguardar los datos biogenéticos e identificatorios de todas las partes involucradas en el suceso, hasta tanto se reglamenten por el Poder Legislativo las modalidades de los tratamientos que utilizan gametas de terceros y sus eventuales consecuencias, y asimismo deberá obtener el consentimiento libre, expreso e informado otorgado personalmente, y por separado, de todas ellas. En él se manifestará que la dadora ha sido advertida que los óvulos serán utilizados para fines de procreación, que ha sido informada pormenorizadamente de los objetivos que se persiguen y de sus implicaciones, que puede surgir el derecho a la identidad biológica en los términos del art. 11 de la ley 26.061, que hasta tanto se regulen estas prácticas, será de aplicación las normas previstas por el Código Civil en lo relativo a filiación, derechos sucesorios, obligaciones alimentarias, impedimentos matrimoniales, etc. Del mismo modo, se le debe hacer saber a los amparistas lo aquí dispuesto antes de iniciar este tratamiento, y las posibilidades de éxito y de fracaso y de los aspectos psicológicos involucrados, así como las disposiciones legales y reglamentarias relativas a la aplicación de estas técnicas y las referentes a formas alternativas de paternidad.”

“Sostengo que la protección legal y constitucional del ordenamiento jurídico argentino debe alcanzar incluso al momento en el cual comienza el proceso de la generación con el ovocito pronucleado, puesto que con la integración en el óvulo de la carga genética del espermatozoide se inicia el proceso irreversible de la plasmación de un individuo humano.- Sin ninguna duda, ... los embriones resultantes o no transferidos de la práctica que por este medio se autoriza deben estar alcanzados por aquella protección legal en función de sus características humanas, por consistir en vida humana en gestación independientemente de que se encuentren fuera del útero materno. Es así que para preservar sus derechos inalienables deben establecerse una serie de restricciones que amparen los más elementales derechos, fundamentalmente el derecho a la vida, a la integridad y a la dignidad del ser humano que son amparados desde la concepción dentro o fuera del seno materno.”

“Otro aspecto importante en relación a lo aquí decidido está representado por la autoridad que debería sufragar los gastos que demande la técnica de crioconservación dispuesta precedentemente. En tal sentido es de destacar que el Estado Nacional no ha sido demandado en estas actuaciones, pero a la vez, resulta aquél ser el garante y custodio principal de todos los derechos inherentes a los ciudadanos y principalmente, del derecho a la vida (ver arts. 33 y 75 inc. 22 C. N., arts. 1º y 4º.1 C.A.D.H, y arts. 2º. 1 y 6º. 1 P.D.C.Y.P., entre otros). En tales condiciones y no siendo posible en términos jurídicos imponer una obligación de tal naturaleza al Estado argentino, entiendo que el Ministerio Público tutelar de la Defensoría, en forma conjunta con el tutor que sea designado por el Sr. Juez de la Primera Instancia, deberá ocurrir en forma inmediata por ante las autoridades pertinentes a fin de solicitar tal atención en aras de la protección de los embriones que aquí se le encomienda, y realizar las gestiones necesarias a efectos de obtener la íntegra cobertura de los gastos que pueda demandar el procedimiento ordenado a fin de garantizar la integridad y la vida de los eventuales embriones no transferidos.” (del voto del Dr. Tazza, que hizo mayoría según voto de los conjuces) (CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE MAR DEL PLATA, CAUSA “B. C. Y OTRA C/ UP S/ AMPARO”, RTA. 17 DE DICIEMBRE 2009, FUENTE EL DIAL).

XVI.- CONCEPTOS NORMATIVOS Y EL DESAFÍO A LA EXIGENCIA DE TAXATIVIDAD.

La jurisprudencia ha efectuado notables esfuerzos para encajar a los conceptos normativos como respetuosos del principio de legalidad, cuando es palmaria la vulneración de éste principio de la Ilustración, por caso:

- a) “Ahora bien, debe ponerse un especial énfasis en distinguir entre la analogía prohibida y la legítima interpretación de la ley penal. Ello, pues las normas penales presentan permanentes y constantes ejemplos de elementos típicos que requieren de la interpretación judicial para completar debidamente su sentido –especialmente al momento de aplicar el tipo penal al caso

concreto-, sin que esta necesidad signifique o entrañe una vulneración al principio de legalidad, entendido según viene exponiéndose en los párrafos precedentes.

“Nuevamente es la jurisprudencia de nuestra Corte Nacional la que sirve de elemental guía para la cuestión, cuando señala que *“el principio de legalidad ... requiere la doble determinación por el legislador de los hechos punibles y las penas a aplicar, y proscribe, en consecuencia, la aplicación analógica o extensiva de la ley penal (Fallos 237:636; 307:551 y 1114; 310:1909); pero no impide la interpretación de sus normas que, en cuanto legales, requieren también la determinación de su sentido jurídico, función que es propia del Poder Judicial (Fallos 254:315; 293:130 y 378; 300:291; 307:1114)”* (Fallos 314:1454).

“A su vez, en lo que hace a la problemática propia de la ‘lex certa’, la Corte ha dicho que *“si bien la correcta configuración de los tipos penales obliga a determinar en forma precisa los modos de conducta sujetos a punición, no existe obstáculo constitucional para que, cuando el contenido de los deberes o de las prohibiciones dependa sustancialmente de una valoración a realizarse en vista de circunstancias concretas insusceptibles de enumeración previa, sea la autoridad jurisdiccional quien aplique esa valoración, atribución que encuentra límite en la necesidad de que el ordenamiento contenga una remisión suficientemente clara al contenido valorativo condicionante de la aplicación del precepto, como para hacer posible el conocimiento de los deberes por quienes deben cumplirlos”* (Fallos 300:100).

“Recapitulando, de ninguna manera el hecho de que en la ley se empleen para definir el tipo penal conceptos de contenido valorativo, que requieren de la interpretación judicial para fijar su sentido específico en el caso concreto, entraña en sí mismo una contradicción automática con el artículo 18 de la Constitución Nacional, en cuanto consagra al principio de legalidad.

“Son numerosos los ejemplos en nuestro Código Penal de elementos de tales características, algunos de los cuales se presentan en el mismo verbo típico. A mero título ejemplificativo, pueden traerse a colación los conceptos de “deshonrar” (art. 110 C.P.), de “corrupción” (art. 125 C.P.), de “inmadurez sexual” (art. 120 C.P.), de “pornografía” (art. 128 C.P.), de “obscenidad” (art. 129 C.P.), aún el de “arma”, entre muchísimos otros. Es a esta altura prácticamente una obviedad reconocer que el concepto de “gravemente ultrajante” participa precisamente de esa naturaleza.

“En mayor o menor medida, una buena cantidad de los que podemos englobar bajo la tradicional categoría dogmática de los elementos normativos de los tipos penales, requieren necesariamente de esta operación interpretativa para establecer su concreto sentido y significado.

“Lo decisivo para determinar si se configura una infracción al principio de legalidad, en sus particulares vertientes de la ‘lex stricta y certa’, radica en que el vocablo empleado por el legislador permita conocer y concretar con precisión el núcleo y esencia de la conducta típica, es decir, la verdadera identidad del hecho delictivo, vinculándolo adecuadamente con el correspondiente bien jurídico protegido, y, como contracara de esa misma cuestión, que las fórmulas legales no resulten de una vaguedad tal que impida motivarse en forma acorde con sus

imperativos (sobre esto último, vid C.S.J.N., Fallos 316:1190; 316:1239 y 319:1524).” (SALA II DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, CON VOTO DE LOS DOCTORES CARLOS ALBERTO MAHIQUES Y JORGE HUGO CELESIA, CAUSA NRO. 14.906, “MENDIA, ROLANDO EMILIO S/RECURSO DE CASACIÓN”, RTA. EL 23 DE OCTUBRE DE 2007, FUENTE WWW.IESTUDIOSPENALES.COM.AR).

XVII.- INAPLICABILIDAD DE UNA REGLA POR APLICACIÓN DE UN VALOR.

La jurisprudencia ha inaplicado, en ocasiones, reglas en pro de justificaciones que se han considerado más relevantes que imponer la norma que *prima facie* fuera de aplicación al supuesto de hecho, por caso:

a) “La pena por la compulsión a la huelga practicada por un particular no puede estar más severamente penada que la realizada por un obrero.”

“Corresponde desplazar la figura de la extorsión, si la concesión de lo reclamado constituyó la demostración de un apreciable grado de solidaridad social de grupos económicos importantes con sectores.” (SALA I DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, EN LOS AUTOS “ALÍ ESTEBAN E.”, RTA. 4 DE ABRIL 2002).

XVIII.- PROBLEMAS DE AMBIGÜEDAD.

Nuestra jurisprudencia también ha tenido que lidiar con problemas de ambigüedad, como los que se explican en el texto, el problema es que se suele evitar referirlos como tales y se utilizan argumentaciones que aparejan giros elusivos explicativos.

La Dirección Nacional de Comercio Interior cuestionó que el contenido neto de los yogures bebibles estaba expresado en unidad de masa (gramos) en vez de en unidad de volumen (centímetros cúbicos). Con motivo de ello dictó las disposiciones nro. 505/2006 por medio de la cual multaba a la firma Danone con veinte mil pesos, y la nro. 467/2006 por la que se multaba por igual suma a la firma Sancor. Ambas empresas recurrieron contra las disposiciones en cuestión.

Debe aclararse que la multa tenía su causa eficiente en el art. 21 de la ley 22.802 y 1º de la resolución ex S.C.D. y D.C. nro. 43/2002 en virtud de lo dispuesto en el punto 3.6 inc. b del reglamento técnico del Mercosur resolución G.M.C. 22/2002. El inciso “b” preseñado se refiere a productos líquidos, en tanto que el inciso “c” se refiere a los semilíquidos; lo que diferencia una de otra categoría es su consistencia (el representante legal de Danone entendió que los líquidos se refieren al agua, las gaseosas o similares).

La Sala A en lo Penal Económico (integrada por los Dres. NICANOR REPETTO, JUAN CARLOS BONZÓN y EDMUNDO HENDLER) entendieron en el expte. “*Danone Argentina S.A. s/ inf. ley 22.802*”, resolviendo con fecha 7 de diciembre 2006, que los yogures bebibles se encuentran comprendidos dentro de la categoría de “semilíquidos” y conforme a ello, la norma en cuestión permite la identificación de su contenido neto en unidad de masa. Por ello absolvieron a la demandada (si bien le impusieron una multa de cinco mil pesos por el cumplimiento tardío del requerimiento que le efectuó el órgano administrativo según lo dispuesto por el art. 21 de la ley 22.802). Hubo disidencia del Dr. HENDLER en el sentido de que los yogures bebibles ingresan dentro de la categoría de “líquidos”.

La Sala B en lo Penal Económico (integrada por los Dres. ROBERTO HORNOS, CARLOS PIZZATTELLI y MARCOS GRABIVKER) entendieron en el expte. “*Sancor Cooperativas Unidas Limitada s/ inf. ley 22.802*”, resolviendo con fecha 7 de diciembre 2006 (obsérvese que es en igual fecha que el fallo de la Sala A), que de acuerdo al art. 576 del Código Alimentario Argentino, la consistencia del yogurt puede ser firme, pastosa o semisólida, y líquida (inc. 2º, el inc. 1º define qué ha de entenderse por yogurt), estando a ello y a que el producto en crisis de Sancor (“Yogs”) es un yogur bebible, esto es, “listo para beber”, su consistencia es “líquida”. Por lo que se confirmó la resolución condenatoria (si bien se redujo la multa a diez mil pesos)²⁷¹⁵.

Es de resaltar que el problema ha estribado sencillamente en el alcance de la voz “líquido” (o “semilíquido” según se mire), donde, dos órganos de igual competencia, paradójicamente el mismo día, resolvieron de manera distinta.

Otro ejemplo, ya más conocido, lo aporta ALONSO en lo tocante al alcance del instituto de *suspensión de juicio a prueba*, pues como es sabido la jurisprudencia Argentina se ha dividido (antes e incluso después del plenario “*Kosuta*” de la Cámara Nacional de Casación Penal) entre la denominada *posición estricta* o *restringida*, que entiende que a los efectos de acceder al beneficio preseñalado, los incisos 1º y 4º del art. 76 bis del Código Penal argentino aportan dos requisitos que deben presentarse de manera conjunta (pena privativa de la libertad prevista en abstracto que no exceda los tres años –inc. 1º- y posibilidad de

²⁷¹⁵ En Diario Judicial –www.diariojudicial.com.ar–, noticia del día miércoles 23 de enero 2008, “A no es igual a B”.

condena de ejecución condicional –inc. 4º-) y la *posición amplia* que sostiene que ambos requisitos son disyuntos (cada uno es una condición suficiente).

Se trata de una ambigüedad sintáctica pues

“...las dudas no versan sobre los posibles significados de las palabras de clase que la integran sino sobre las conectivas que relacionan a distintas palabras de clase, dudas que se plasman en identificaciones alternativas y no equivalentes.”²⁷¹⁶

El autor mencionado aporta otro ejemplo de ambigüedad, en el caso del art. 1º de la ley 22.278 (“Régimen Penal de la Minoridad”), que establece que no son punibles penalmente los menores de 16 años. La regla puede ser interpretada como un criterio de aplicabilidad de la ley penal (en razón de las personas), o como una norma penal (la que prohíbe a los jueces sancionar a los menores de 16 años),

“interpretada como criterio de aplicabilidad, la disposición se vincula con otros criterios de aplicabilidad (en razón del territorio, en razón de la materia, etc.), y en tal sentido cumpliría una función metanormativa respecto de (la aplicabilidad de) las normas penales (...) Interpretada como una norma penal, carecería de función metanormativa y podría generar contradicciones con otras normas penales, como por ejemplo, con la norma que obliga a castigar a los homicidas.”²⁷¹⁷

XIX.- INTERPRETACIÓN LITERAL. INEFICACIA EN SU ARTICULACIÓN

El que el sustento al argumento literal posee menos entidad del que se pretende, o cuanto menos se halla encubierto tras otro tipo de recursos técnicos, no siempre es visto con claridad. Se suelen utilizar frases y expresiones legitimantes de interpretaciones atenuadas al texto legal. Vaya como ejemplo el siguiente fragmento del Dictamen del Procurador General de la Nación *in re* “Riveros”

a) "Es pertinente enfatizar aquí, aunque ya lo haya expresado en mi dictamen en el precedente Simón (Fallos: 328:2056, apartado V de mi escrito) y también aquí supra, que se trata de casos en los que la jurisprudencia de la Corte Interamericana, al interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pone de manifiesto una concepción aclaradora y novedosa sobre el contenido que ya estaba vigente desde la ratificación de la Convención. No puede sostenerse, entonces, que al momento del dictado del indulto en el año 1989 no regía la prohibición convencional, sino sólo que esa vigencia no había resultado lo suficientemente aclarada por la evolución histórica de la interpretación de los derechos humanos. Se trata de dos fenómenos

²⁷¹⁶ ALONSO, JUAN PABLO; *op. cit.*, págs. 11 a 12 y 54 a 57.

²⁷¹⁷ ALONSO, JUAN PABLO; *op. cit.*, pág. 53.

diferentes, como sucede en cualquier caso de evolución de la jurisprudencia. *En efecto, cuando la interpretación de una norma -cuyo texto permanece inmutable- provoca que queden comprendidos dentro de ella supuestos que no eran considerados abarcados hasta esa nueva interpretación, ello sólo significa la reinterpretación del contenido de una norma ya vigente. Esta evolución es especialmente relevante en textos convencionales o constitucionales, que gozan de una gran estabilidad y un alto grado de abstracción. En síntesis, un cambio de interpretación del contenido de una norma cuyo texto permanece invariado no implica la creación ni la ampliación de ésta, sino tan sólo el descubrimiento novedoso, evolutivo y dinámico de su contenido original*" (el resaltado nos pertenece).

XX.- EL RODEO DE LA JUSTICIA: EL RECURSO A LA APLICACIÓN DE NORMAS PRETENSAMENTE ILUMINADAS POR AQUELLA.

En ocasiones llaman la atención los amplios rodeos y giros argumentales que se brindan para sostener que, en el caso, no son estándares morales los que juegan, sino normas iluminadas por aquella, vaya como ejemplo el siguiente extracto de la sentencia T-881 de 2002, de la Corte Constitucional de Colombia (magistrado ponente: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT):

a) “Para la Sala es claro que cuando la Corte Constitucional se pronuncia sobre valores, pasa inmediatamente del plano normativo al plano axiológico. Esta duplicidad de planos impide adelantar el análisis o el tratamiento de un enunciado normativo, en este caso el de la dignidad humana, a partir del marco conceptual propio de la ciencia normativa del derecho.

“Esta distinción igualmente le permite a la Corte evitar rupturas metodológicas de otra manera insalvables, pues mientras el plano axiológico opera bajo la lógica de “lo mejor” el plano normativo opera bajo la lógica de “lo debido”. De esta forma, consideraciones que bien cabrían en el plano axiológico no serían de recibo en el plano normativo.

“Sin embargo, para efectos prácticos estas diferencias se diluyen, pues los predicados de la dignidad humana comparten también naturaleza normativa. La distinción es importante para la comprensión del concepto como fenómeno lingüístico, de tal forma que cuando se afirma que la dignidad humana es el fundamento del ordenamiento jurídico y del Estado, o que constituye el valor supremo de los mismos, la operatividad del concepto pasa del plano prescriptivo al plano descriptivo, en este sentido la dignidad humana constituye un elemento definitorio del Estado social y de la democracia constitucional, existiendo entonces una suerte de relación conceptual necesaria entre dignidad humana y Estado social de derecho.

[...]

“Para la Sala es palmario que la nuda expresión ‘fundada en el respeto a la dignidad humana’ no permite la identificación inmediata de una norma jurídica. En este sentido recuerda la Sala que

la identificación de normas jurídicas a partir de enunciados normativos es la más importante tarea del intérprete, y en el caso de los enunciados normativos constitucionales, es una de las más importantes tareas de la Corte Constitucional como la máxima intérprete de la Constitución. “Este proceso de identificación de normas, se presenta por lo general como un proceso implícito, en el cual a partir de enunciados normativos determinados, al realizar el análisis de hechos particulares, se perfilan argumentos de tipo normativo, que concluyen con una decisión obligatoria. Es obvio que el razonamiento [sic] del juez constitucional no es el del lógico del silogismo. Sin embargo el juez constitucional interpreta y aplica normas jurídicas, las cuales se estructuran a partir de mandatos, prohibiciones, permisiones o potestades. Y frente a las cuales el ordenamiento prevé la posibilidad de materializar consecuencias. En últimas la estructura lógica de las normas permite reconducir las hipótesis de los enunciados a ciertos supuestos fácticos comprensivos de lo ordenado, prohibido o permitido y a ciertas consecuencias jurídicas más o menos determinables.

“Como conclusión, del tema que ocupa a la Sala, en aras de la identificación de las normas constitucionales a partir de los enunciados normativos constitucionales sobre el respeto a la dignidad humana, se afirmará la existencia de dos normas jurídicas que tienen la estructura lógico normativa de los principios: (a) el principio de dignidad humana y (b) el derecho a la dignidad humana.”²⁷¹⁸.

XXI.- EL EMPAREJAMIENTO DE LAS REGLAS CON LOS PRINCIPIOS

Como ejemplo de esto, son interesantes las digresiones del juez Doctor HITTERS en el fallo de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires “*R., L. M., ‘NN Persona por nacer. Protección. Denuncia’*”, Ac. 98.830:

a) “Para dilucidar esta ‘aparente’ contradicción... hay que acudir sin eufemismos a una correcta hermenéutica porque cualquiera sea el método que se quiera utilizar implica siempre un acto de comprensión –y por consecuencia una toma de posición axiológica–; y ello es así si se tiene en cuenta que los magistrados judiciales no sólo evalúan conductas sino también normas jurídicas, puesto que eligen –en un acto de decisión valoradora– aquellos preceptos del ordenamiento que consideran aplicables al caso, pero no es sólo eso. *Sabido es que aun después de seleccionada la norma que se considera adecuada para dar sentido al caso, los juristas no se privan de la facultad de ampliarla o restringirla según los casos por el juego de distinciones no mencionadas en la misma.*

“*Buscar el sentido de las disposiciones jurídicas implica en nuestro caso poner de acuerdo a la ley penal, abstracta y genérica por su esencia, con lo concreto y variable del asunto juzgado,*

²⁷¹⁸ DURÁN GARCÍA, DAVID ALFONSO –Comp. y Ed. Gral.–, *Personas privadas de la libertad. Jurisprudencia y Doctrina*, Oficina de Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 1° ed., Bogotá, 2006, págs. 135 y 137 a 138.

evitando darles un alcance que las ponga en pugna, todo ello en comparación con los mandatos de contenido superior como lo son la Constitución Nacional y los Tratados que pernean en el ámbito doméstico (art. 75.22º de la Constitución Nacional)” (los resaltados nos pertenecen).

XXII.- LA RELEVANCIA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA AL MOMENTO DE PREFERIR UN PRINCIPIO EN DETRIMENTO DE OTRO.

Que se suele argumentar a los efectos de articular la solución que se pretende, seleccionando el principio que mejor cuadra para aquella, es un lugar común en la jurisprudencia. Por caso, puede examinarse lo resuelto por la Cámara Nacional Criminal y Correccional Federal, sala II, en los autos “*Biondini, Alejandro y otros*” (rta. 28 de febrero 1996), donde entre otras cosas se sostuvo –y es indicativo de lo señalado en el texto–, que:

a) *“No cabe ninguna duda en primer lugar, que los A. C. B., D. A. C., L. A. M., A. M. P., R. A. M. y L. J. B. se habían propuesto congrega a la gente para efectuar públicamente una proclama antidifamatoria, entre otros motivos, en defensa de los intereses de su agrupación. Tal afirmación se encuentra acreditada tanto por los procesados, quienes al momento de efectuar sus descargos explicaron que en realidad intentaban dejar en claro frente a la Sociedad que ellos no habían realizado el delito achacado, buscando además desenmascarar a los verdaderos responsables, como por los comunicados de prensa ya descriptos.*

“El ejercicio de tales objetivos se halla claramente garantizado en el art. 14 de nuestra CN., pero no por ello dejo de ponderar que el medio por el cual pretendieron alcanzar dicho propósito envuelve de por sí, una motivación que torna disvaliosas las conductas de los enjuiciados por ser productoras de propagandas discriminatorias.

“Es que, si bien no se negó aquí a los procesados, la posibilidad de expresarse como lo hicieron, dicha condición no es óbice para que una vez exteriorizado el mensaje, el Estado tome los recaudos necesarios para eventualmente sancionar a todos los que hayan intervenido en el mismo, si es que con él se vulnera el orden público por constituir un delito. No se ha coartado entonces, a los procesados el ejercicio de sus derechos constitucionales en forma desigual con otros individuos -art. 16 de la CN.-, debido a que cae de maduro que la comisión de ilícitos variará en todos los casos en que éstos tengan lugar, las condiciones de permisibilidad de toda actuación practicada dentro de nuestro territorio, esto es, el ámbito en cual se lleve a cabo el ejercicio de nuestra soberanía; correspondiendo desde luego que su persecución la realice el magistrado que resultase competente. Demás está decir que al tratarse de la investigación de una infracción prescripta en el art. 3 de la ley 23592, compete que se aboque a ella la Justicia Federal, sin perjuicio de las decisiones concernientes al Fuero Electoral que en la materia correspondan -art. 18 de la Ley Fundamental-.

“Vale decir también que es inocuo el postulado de inconstitucionalidad que realiza la Defensora Oficial, apoyándose en el art. 19 de la CN., dado que lo incriminado por la ley penal nombrada, no son las ideas políticas, sino los actos discriminatorios que se desprenden de las tareas de esta asociación de personas; excediendo obviamente esto último la esfera de reserva garantizada por dicha norma.

XXIII.- LA DERROTA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE CARA A LOS CAMBIOS EN LA REALIDAD.

Así, por sólo citar un ejemplo en el marco de los delitos informáticos, la figura del art. 153 del Código Penal argentino pune la apertura ilegítima de correspondencia, el *e-mail*, de utilización mucho más masiva que los antiguos medios postales no parece subsumirse sin discusión en la figura.

Se ha dicho que:

a) “En los avances tecnológicos, los ciudadanos no siempre encuentran amparo legal. Un ejemplo de esto, son los mails. Hoy los correos electrónicos pueden ser leídos por cualquier persona que no sea su destinatario, sin que ésta reciba ninguna sanción o multa.” (*Buscan equiparar al mail con el correo postal*, en www.diariojudicial.com.ar, noticia del día jueves 12 de julio de 2007).

Sin embargo, si bien la problemática parece enmarcarse en la de los *delitos informáticos* (así se llama a los delitos cometidos mediante ordenadores), nueva modalidad para cometer delitos actuales, de allí que algunos sostengan la idea de *Delitos computacionales*, la Sala VI de la CNCrim. y Correc. en el caso particular del *correo electrónico*, en el fallo “*Lanata*” (rta. 4 de marzo 1999) entendió que el *e-mail* se halla comprendido por los arts. 153 a 155 del C.P. equiparando aquel al correo tradicional, el tribunal sostuvo que:

b) “El avance de la tecnología en este sentido pareciera haber dejado en la obsolescencia al bien jurídico que tutela el Capítulo III, Título V del Código Penal, en especial a los artículos que se ocupan de la protección de los papeles privados y la correspondencia. Pero queda claro que el tan difundido *e-mail* de nuestros días es un medio idóneo, certero y veloz para enviar y recibir todo tipo de mensajes, misivas, fotografías, archivos completos, etc.; es decir, amplía la gama de posibilidades que brindaba el correo tradicional al usuario que tenga acceso al nuevo sistema.

“Es más, el correo electrónico posee características de protección de la privacidad más acentuadas que la inveterada vía postal a la que estábamos acostumbrados, ya que para su funcionamiento se requiere un prestador del servicio, el nombre de usuario y un código de

acceso que impide a terceros extraños la intromisión en los datos que a través del mismo puedan emitirse o archivarse.

“Sentadas estas bases preliminares, nada se opone para definir al medio de comunicación electrónico como un verdadero correo en versión actualizada.

“En tal sentido, la correspondencia y todo lo que por su conducto pueda ser transmitido o receptado, goza de la misma protección que quiso darle el legislador al incluir los arts. 153 al 155 en la época de redacción del código sustantivo, es decir, cuando aún no existían estos avances tecnológicos.”.

También, y por esta vena se ha sostenido que:

c) “En el presente caso, la lectura del contenido de lo que M. C. le transmitió a su hermano J. no dejan dudas acerca del carácter íntimo, privado y sensible de lo que el querellante estaba comunicando y tal como está demostrado el accionar de Ventura invadió esa esfera de intimidad celosamente resguardada a través del correo electrónico que se suponía inviolable.

“Así la conducta del imputado encuadra en el tipo previsto en el artículo 155 del C.P., sin que desde mi personal punto de vista signifique un menoscabo de la garantía de nullum crimen sine lege praevia como procuraré demostrar.

“Bacigalupo al referirse al problema generado en redor del principio de legalidad en casos en que los tribunales consideraron que al carecer del carácter de cosa mueble no podía constituir hurto la sustracción de energía eléctrica sostiene que “establecer cual es el grado que constituye el límite mínimo de vinculación con el texto de la ley en su aplicación, es una cuestión valorativa. En principio solo será posible en una consideración de cada caso individualmente” y añade que se admite como compatible con el principio de legalidad un cierto grado de generalización del texto legal, sin que sea necesario “para dar cumplimiento a la exigencia de determinación legal que la ley se mantenga en un casuismo estricto, tornándose la generalización inadmisibles cuando no permite al ciudadano conocer que qué está prohibido y que está permitido (Bacigalupo, Enrique, “Manual de Derecho Penal” P. 34/35).

“Cabe señalar que los términos “correo electrónico”, “correo”, “e-mail”, “mail”, “correspondencia electrónica”, constituyen distintas maneras de designar mediante el uso común del lenguaje una forma de correspondencia. En este sentido, restringir el término correspondencia, al alcance que pretende el recurrente -en soporte papel-, implicaría una desnaturalización irrazonable tanto del tipo legal, como del axioma no hay delito ni pena sin ley previa.

“La regla nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali tiene un sentido político liberal en el ámbito del derecho penal que es anticiparles a los individuos cuales son las acciones u omisiones susceptibles de una sanción determinada, lo que conlleva la exigencia de que la ley defina o nombre la acción u omisión punible (Cfr. Núñez, Ricardo, Tratado de Derecho Penal T. I Pág. 109).

“Sin embargo la garantía no implica “lisa y llanamente, una supervivencia de la corriente prohibitiva de la interpretación de la ley, sino una limitación del castigo a lo que la ley dispone (cfr. (Núñez, P. 203).

“Esa corriente negadora de la autoridad de los jueces para interpretar las leyes penales, representada entre otros por Beccaria, ha sido entendida, con perspectiva histórica, sobre todo como una valiosa reacción inicial del pensamiento penal liberal contra el arbitrio judicial y la analogía vigentes en el siglo XVIII. Es pues, como señala Soler el intento “de prevenir esos abusos lo que hace afirmar la no interpretabilidad de la ley penal. Pero tal afirmación políticamente inspirada en propósitos liberales, no parece que pueda sustentarse doctrinariamente, pues ella importa desconocer la naturaleza de la ley como formulación de una voluntad general y abstracta, que solamente a través de la inteligencia singular del juez puede llegar a hacerse efectiva. El acto de voluntad del juez que decide el caso tiene necesariamente que estar precedido de representaciones intelectuales en virtud de las cuales se determina (cfr. Soler, Sebastián “Derecho Penal Argentino” TI. P. 167/168).

“Es que en tanto la ley procura describir conductas mediante el uso del lenguaje, cabe afirmar siguiendo a Núñez que “por clara que sea, exige para ser aplicada, la determinación de su sentido. No sólo es interpretación la determinación dificultosa del sentido de la ley, la que requiere el procedimiento lógico de la reconstrucción de la ratio legis, sino, también la no dificultosa, la que se logra por el simple procedimiento gramatical” (cfr. Núñez op. cit pág. 199) y en este sentido postula que la extensión de los términos literales a la razón de la ley, aunque se realice respecto de los hechos punibles, no vulnera la garantía nullum crimen sine lege, porque su resultado no es ampliar el contenido legal a supuestos no contemplados por la ley, sino determinar el verdadero contenido de ésta, de manera que el castigo no se realiza por la analogía del hecho no previsto por la ley con otro previsto por ella (analogía legal) o en virtud de una fuente general de punibilidad (analogía jurídica), sino por el contenido real de una disposición legal.” (cfr. Núñez, P. 202).

“Así también Bacigalupo acepta la distinción entre la interpretación analógica de la ley penal de la interpretación extensiva aceptando esta última entendida como la que importa la aplicación mas amplia de la ley hasta donde lo permite su sentido literal (cfr, Bacigalupo op. cit pag. 35).

“La regla también es compartida en el campo del derecho tributario expresada bajo el aforismo “nullum tributum sine lege” emanado del artículo 17 de la Constitución Nacional. Por ello resulta de aplicación -mutatis mutandi- lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto a que “la proscripción de la aplicación analógica o extensiva de la ley -como ocurre en el campo penal y en el tributario- no excluye la hermenéutica que cumpla el propósito legal, con arreglo a los principios de una razonable y discreta interpretación (Fallos: 254:362; 256:277), o, dicho en otras palabras, las normas impositivas no deben necesariamente entenderse con el alcance más restringido que su texto admite, sino en forma tal que el propósito

de la ley se cumpla, de acuerdo con los principios de una razonable y discreta interpretación” (Fallos: 326:2987 considerando 15).

“Aún con anterioridad a la reciente reforma introducida por la ley 26.388 existía consenso en la doctrina en considerar comprendido al denominado correo electrónico dentro del término correspondencia empleado por el artículo 155 del C.P.

“En esta dirección Donna sostiene que “la correspondencia puede ser una carta, un pliego o un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, y tanto puede estar cerrada como abierta” (cfr. Donna, Edgardo Alberto Derecho Penal Parte Especial Tomo II A p. 362). En el mismo sentido cfr. Núñez T. V. P. 109.

“Creus por su parte entiende “que en la temática referida al secreto de la correspondencia, los avances tecnológicos de las comunicaciones están imponiendo nuevos sentidos a las acciones típicas que impidan desproteger el secreto de las llevadas a cabo con los nuevos medios o ante los atentados perpetrados con ellos. Ya no se pueden mantener invariados los criterios originales que reconocía la doctrina de hace algunas décadas de ‘abrir’, ‘apoderarse’, ‘suprimir o desviar’ y ‘publicar’ indebidamente la correspondencia (art. 153 a 155 C.P.). Aunque sería deseable una reforma ‘modernizante’ de los tipos, los actuales pueden comprender las nuevas situaciones sin caer en la analogía” y agrega que “el e-mail puede ser objeto del delito previsto por el art. 155 CP., debiendo señalarse que la ‘publicación indebida’ de correspondencia hoy ya no se limita a la publicación tradicional (escrita o verbal) sino que se extiende a la liberación del texto al acceso de un número no limitado de personas captable por el mismo procedimiento técnico de recepción del e-mail”. Para el autor “no parece que estos argumentos puedan tacharse de ‘analogía’ (aunque sí quizás de una interpretación extensiva por imperio histórico, lo que, insisto, no es hacer ‘analogía’). De lo contrario creamos inútilmente un ‘vacío’ de legalidad que no tiene razón de ser y reduce exageradamente la protección que en la actualidad proporciona nuestro sistema penal, basándonos en un exagerado respeto a las ‘formas’ de la ley nacido a impulsos del positivismo jurídico de la primera mitad del siglo.

“Por otra parte la modificación legislativa no implica una presunción iure et de iure de que se estén sancionando nuevos delitos, especialmente teniendo en cuenta que la 26.388 involucró una reforma amplia al código penal a los efectos de tratar las distintas situaciones que plantean las denominadas tecnologías de la información y la comunicación.” (SALA I DE LA CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN PENAL, CAUSA N° 8949 CARATULADA “VENTURA, LUIS S/ RECURSO DE CASACIÓN”, RTA. 7 DE NOVIEMBRE 2008). Fuente PAZOS CROCITTO, JOSÉ I. (Dir.); *Revista del Instituto de Estudios Penales*, Año 3, nro. 4, Induvio Editora, Bahía Blanca, 2011.

XXIV.- INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y GIROS METODOLÓGICOS.

Es usual que se sostenga la preservación de los intereses constitucionales, pero recurriendo a eufemismos a los efectos de ocultar los giros interpretativos:

a) "...es innegable, entonces, que una inteligencia dinámica del texto constitucional, superadora de una concepción pétrea de sus directivas, conlleva la posibilidad de encontrar en él los remedios adecuados para cada una de las circunstancias que está llamado a regir. En ese sentido ha observado también el Tribunal que la Constitución, que es la ley de las leyes y se halla en el cimiento de todo el orden jurídico positivo, tiene la virtualidad necesaria de poder gobernar las relaciones jurídicas nacidas en circunstancias sociales diferentes a las que existían en tiempo de su sanción. Este avance de los principios constitucionales, que es de natural desarrollo y no de contradicción, es la obra genuina de los intérpretes, en particular de los jueces, quienes deben consagrar la inteligencia que mejor asegure los grandes objetivos para que fue dictada la Constitución. Entre esos grandes objetivos y aun el primero entre todos, está el de "asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino" (Preámbulo). De ahí que la Constitución está dirigida irrevocablemente a asegurar a todos los habitantes "los beneficios de la libertad" y este propósito, que se halla en la raíz de nuestra vida como Nación, se debilita o se corrompe cuando se introducen distinciones que, directa o indirectamente, se traducen en obstáculos o postergaciones para la efectiva plenitud de los derechos (confr. causa "Kot", Fallos: 241:291)." (C.S.J.N., "HALABI, ERNESTO C/ P.E.N. - LEY 25.873 - DTO. 1563/04 S/ AMPARO LEY 16.986", RTA. 24 DE FEBRERO 2009). Fuente PAZOS CROCITTO, JOSÉ I. (Dir.); *Revista del Instituto de Estudios Penales*, Año 3, nro. 4, Induvio Editora, Bahía Blanca, 2011.

XXV.- "ARRIOLA" Y EL ÁMBITO DE RESERVA.

Como se explicara, el fallo de la C.S.J.N., "Arriola" implicó un retorno a "Bazterrica" en cuanto tutela del ámbito de reserva del individuo.

a) "Cabe tener presente que una de las pautas básicas sobre la que se construyó todo el andamiaje institucional que impulsó a la Convención Constituyente de 1994 fue el de incorporar a los tratados internacionales sobre derechos humanos como un orden equiparado a la Constitución Nacional misma (artículo 75, inc. 22). Así la reforma constitucional de 1994 reconoció la importancia del sistema internacional de protección de los derechos humanos y no se atuvo al principio de soberanía ilimitada de las naciones (considerandos 18 y 19 in re "Mazzeo", Fallos: 330:3248).

"Este último acontecimiento histórico ha modificado profundamente el panorama constitucional en muchos aspectos, entre ellos, los vinculados a la política criminal del Estado, que le impide sobrepasar determinados límites y además lo obliga a acciones positivas para adecuarse a ese estándar internacional.

(...)

“17) Que así, los tratados internacionales, en sus textos, reconocen varios derechos y garantías previstos en la Constitución Nacional de 1853, entre ellos —y en lo que aquí interesa— el derecho a la privacidad que impide que las personas sean objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada (artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 5° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

“Con relación a tal derecho y su vinculación con el principio de "autonomía personal", a nivel interamericano se ha señalado que "el desenvolvimiento del ser humano no queda sujeto a las iniciativas y cuidados del poder público. Bajo una perspectiva general, aquél posee, retiene y desarrolla, en términos más o menos amplios, la capacidad de conducir su vida, resolver sobre la mejor forma de hacerlo, valerse de medios e instrumentos para este fin, seleccionados y utilizados con autonomía —que es prenda de madurez y condición de libertad— e incluso resistir o rechazar en forma legítima la injerencia indebida y las agresiones que se le dirigen. Esto exalta la idea de autonomía y desecha tentaciones opresoras, que pudieran ocultarse bajo un supuesto afán de beneficiar al sujeto, establecer su conveniencia y anticipar o iluminar sus decisiones" (CIDH en el caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, del 4 de julio de 2006, parágrafo 10 del voto del Juez Sergio García Ramírez).

“Estos principios se encuentran en consonancia con lo establecido en "Bazterrica".

(...)

“26) Que si bien el legislador al sancionar la ley 23.737, que reemplazó a la 20.771, intentó dar una respuesta más amplia, permitiendo al juez penal optar por someter al inculcado a tratamiento o aplicarle una pena, la mencionada ley no ha logrado superar el estándar constitucional ni internacional. El primero, por cuanto sigue incriminando conductas que quedan reservadas por la protección del artículo 19 de la Carta Magna; y el segundo, porque los medios implementados para el tratamiento de los adictos, han sido insuficientes hasta el día de la fecha.

(...)

“29) Que, sin perjuicio de todas las evaluaciones que debe hacer el Estado para mejorar las técnicas complejas de investigación para este tipo de delitos, tendientes a desbaratar las bandas criminales narcotraficantes que azotan a todos los países; respecto de la tenencia para consumo personal, nuestro país, en base a la interpretación que aquí hace de su derecho constitucional, hace uso de la reserva convencional internacional respecto de tal cuestión, descartando la criminalización del consumidor. Obviamente que la conducta no punible solo es aquella que se da en específicas circunstancias que no causan daños a un tercero.

“30) Que en síntesis, después de la reforma constitucional han ingresado principios internacionales, que han impactado fuertemente en nuestro derecho constitucional. Ello se ha visto reflejado en diversos pronunciamientos de la Corte —algunos de los cuales hemos citado aquí—, que han generado una constelación o cosmovisión jurídica en la que el precedente

"Bazterrica" encaja cómodamente. Por ello, las razones allí expuestas y los resultados deletéreos que hasta el día de la fecha demostró la aplicación del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, conducen a este Tribunal a declarar su incompatibilidad con el diseño constitucional, siempre con el alcance que se le asignara en el mencionado precedente "Bazterrica" —voto del juez Petracchi—. (C.S.J.N. "ARRIOLA, SEBASTIÁN Y OTROS S/ CAUSA N° 9080", RTA. 25 DEE AGOSTO 2009). Fuente PAZOS CROCITTO, JOSÉ I. (Dir.); *Revista del Instituto de Estudios Penales*, Año 3, nro. 4, Induvio Editora, Bahía Blanca, 2011.

XXVI.- LA DERROTABILIDAD COMO RECURSO DE EXCEPCIONES NO EXPRESAS UTILIZADAS POR LOS TRIBUNALES.

Por sólo citar un ejemplo de la justicia argentina respecto a la operatividad de la derrotabilidad al momento de resolver por los jueces, puede observarse el expediente 40.742, caratulado "*Capristo, Cristina s/ sobreseimiento*" de la Sala I, de la Cám. Crim. y Correc. Federal (18 de diciembre 2007), donde se resolvió que:

a) " [...] Cabe señalar, en primer lugar y en consonancia con lo expuesto previamente, que aun cuando se mantuviese la imagen de un juez como "boca de ley", la propia Constitución, según lo indicado, compone el apego a la ley sin mengua de la equidad y de la defensa de la propia norma fundamental. En segundo lugar, entendemos que un juez de un gobierno republicano y democrático (*art. 1 C.P.*), por estar ubicado en ese rol institucional, tiene una responsabilidad especial —*en materia de control de constitucionalidad de la ley en función de un caso concreto*—, en reestablecer los prerequisites del sistema deliberativo dañados y, en esta dirección, defender la igualdad no sólo formal sino también sustancial, como vía de acceso a ese espacio de discusión. En esta dirección, uno de los derechos básicos previstos por nuestra Constitución que, como hemos dicho, es también ley positiva, es el de acceder a una vivienda digna (*art. 14 bis, in fine, C.N.*).

"El "*a quo*" tuvo especialmente en cuenta este último derecho para decidir del modo en que lo hizo y para expresar que el conflicto sometido a decisión no podía prescindir del contexto de la acción —*cuya relevancia jurídico-penal descartó*— que ubicó, precisamente, en la dificultad de acceso a una vivienda digna. De este modo, considerando expresamente la obligación del Estado de garantizar los derechos individuales y lejos de dividir en compartimentos sus diversas responsabilidades —*tanto en lo que atañe a aquella materia como a la relativa a su posición de detentador del monopolio de la fuerza*— que, por obra de un proceso penal simplificador suelen sesgarse, enfrentó aquella responsabilidad y pensó en y arbitró los medios necesarios para solucionar el conflicto. Comprendió, de este modo, lo inadecuado del retiro del Estado de un asunto de estricta incumbencia pública y que precisamente aquél cuenta con una representación ocupada de solucionar, en coordinación

con la O.N.A.B.E. –es decir, el organismo administrador de sus bienes- el modo de garantizar a los ciudadanos el goce de un derecho vulnerado.

“Creemos que es claro que la ocupación de una casilla precaria a la vera de las vías por las que transitan permanentemente trenes demuestra el *estado de excepción* donde el mínimo resguardo del que es acreedor todo habitante de este suelo pareciera estar ausente (*conf. c/n° 40.420, “Robles, Norma s/ Competencia”, rta. el 12/4/07, Reg. 286*) y en este sentido, resulta rayano a lo perverso exigir que se acredite que quien ocupaba la propiedad lo hacía en una situación de estado de necesidad justificante o de inculpabilidad. Aunque en referencia a otro asunto –no tan lejano al que nos ocupa-, que involucra múltiples derechos, en los cuales muchos de ellos resultan prioritarios frente a otros propósitos, aun autor ha dicho que: “...Cuando los jueces asignan valor sólo (o casi exclusivamente) a estos últimos propósitos, comprometen a sus sentencias con un balance de argumentos jurídicamente sesgados y, por lo tanto, difícilmente aceptables...” (Gargarella, Roberto, “El Derecho a la protesta”, *Ad-Hoc, 1ra. Edición, Buenos Aires, abril de 2005, p. 45*). La respuesta penal no debe ser, en consecuencia, la primera ni la principal respuesta a la que el Estado debería apelar, pues cuando se lo hace apresurada o despreocupadamente, compromete la responsabilidad política del Estado que deberían garantizar (*ibid.*).

“Por ello, entendemos que en el caso concreto, donde no se ha verificado sino la simple permanencia de C. en una casilla ubicada en un terreno estatal –el cual, por lo demás, no afecta en principio el servicio de transporte público-, instalación que resulta pública y fue conocida con holgada anterioridad a la denuncia, la conducta no es una de aquella que importen (*en sentido típico, por si aun quedan dudas*) al derecho penal sino que es de interés, en cambio, en lo atinente a la obligación del Estado en los términos del art. 14 bis de la Constitución y de proveer a la seguridad de quines viven de ese modo.”

ANEXO V

Sobre la idea de Justicia

Aristóteles. Justo legal y justo natural. Justicia distributiva. Equidad. Santo Tomás de Aquino. Justicia universalista. Juridicidad intrínseca y extrínseca. Bien común. Max Weber. Bacon- Descartes. Fin de la trascendencia. La razón. Bentham- Austin. El empirismo. Hume. Las virtudes y las convenciones humanas. Reglas de justicia. El positivismo imperativista. El racionalismo. Kant. Juridicidad y eticidad. Principio regulativo racional a priori. Principio fundamental de la moralidad. John Rawls.

I.- ARISTÓTELES.

En este breve Anexo no pretendemos efectuar un análisis exhaustivo de la noción de justicia, por cierto ampliamente discutida y analizada. Sólo mencionamos estrechamente, desde un ángulo histórico y epistémico, la evolución del concepto a los fines de lo estudiado en el texto

Ya ARISTÓTELES diferenciaba entre lo *justo legal* y lo *justo natural* (i.e. entre lo que es intrínsecamente justo, y lo que lo es sólo accidentalmente por haber sido establecido por una ley). Es el primer expositor sistemático y específico de la ética y la justicia (en PLATÓN no existe un tal sistema).

También el estagirita señalaba la justicia particular o parcial, referida al primero de los supuestos, consistente en obedecer la ley y que estriba en realizar la *isonomía* entre los ciudadanos, dando a los demás tanto como les corresponda. En este ámbito se distinguen dos especies: a) la que se practica en las distribuciones de honores, de dinero, *et sit cétera*, es decir cualquier cosa que se reparta entre los que tienen parte en la comunidad; y b) la que regula o corrige los modos del intercambio (*synallagma*). Las grandes contribuciones del maestro griego quizás se hallen, en primer lugar en la doctrina de la *justicia distributiva*, que coloca a la virtud –“el hábito o modo de ser por el cual el hombre se hace bueno”- (especialmente la pública) en primer término y no a la riqueza o el linaje como foco de los merecimientos y consecuentemente de las atribuciones de bienes y honores; y en segundo lugar en la doctrina de la *equidad* referido a una rectificación de la ley en la medida en que esta devenga incompleta con fulcro en su generalidad, implosiona cuando la aplicación de la ley a un caso determinado conduciría a una solución gravemente injusta, i.e. cuando la ley

“presenta un caso en universal y sobrevienen circunstancias que quedan fuera de la fórmula universal”

Cabe subrayar que en ARISTÓTELES la ley no tiene dignidad ni invulnerabilidad propia de un Derecho natural universal. No existen principios universales, y menos aun pueden considerarse como tales a normas de carácter positivo (si bien esta noción no es de la época), aunque ciertas instituciones o conductas se rigen “según su naturaleza”, como la *polis*, la familia y la propiedad, entre otras.

En el estagirita el estudio no es sólo teórico acerca de qué cosas son justas, sino eminentemente práctico, para realizar acciones justas o evitar las injustas, y formar hábitos²⁷¹⁹.

II.- SANTO TOMÁS DE AQUINO

En TOMÁS DE AQUINO, los principios de justicia aristotélicos adquieren un sentido *universalista*. Los principios de justicia que se siguen de modo directo y evidente de las relaciones jurídicas, tienen sentido universal (i.e. valen siempre y para siempre, en todo tiempo y para cualquier sujeto). Por el contrario, los preceptos que se derivan mediatamente de la naturaleza del hombre, pueden variar conforme se modifiquen las circunstancias y condiciones de su aplicación.

El aquinate también precisó la noción aristotélica de “justo por naturaleza”, pues el estagirita remitía para su intelección al *phrónimos* (hombre experimentado, sabio y virtuoso, que en virtud de dichas cualidades es capaz de conocer lo que aparece como naturalmente justo), afirma que

“todo aquello hacia lo que el hombre tiene inclinación natural, es aprehendido naturalmente por la inteligencia como bueno y, por consiguiente, como algo a realizar... Por lo tanto el orden de los preceptos de la ley natural coincide con el orden de las inclinaciones naturales.”

TOMÁS DE AQUINO recalca, en lo que hace a lo justo legal aristotélico, que siempre tiene su origen en el derecho natural de dos maneras: a) como conclusión de los principios y b) por modo de determinación, dicho de otro modo, las normas jurídicas de la comunidad política obtienen su juridicidad (i.e. su fuerza o vigor normativo) de dos

²⁷¹⁹ ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea* –específicamente V, 1129 a- 1138 b-, (trad. Julián Marías y María Araujo), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1970.

fuentes: a) de lo justo natural del que se derivan como conclusiones, es decir que tienen una juridicidad intrínseca; y b) de la autoridad legítima del Legislador, que establece como justo algo que hasta el momento era indiferente, se trata de una juridicidad extrínseca. Así, lo justo puede ser natural o legal, pero lo equitativo es mejor que el último pues siempre está bajo lo justo natural,

“lo equitativo es algo justo pero no legal, pues... se contiene bajo lo justo natural, del cual se origina lo justo legal.”

El iusnaturalismo del aquinate deviene directamente de la razón divina y la naturaleza es meramente un registro de su promulgación, si se respeta la naturaleza social y racional del hombre es por la norma divina.

Interesante resulta también el acuñamiento de la idea de *bien común* en TOMÁS DE AQUINO (desconocida en ARISTÓTELES) para referirse a la finalidad de las unidades de orden práctico, finalidad que no puede dejarse de lado en la distribución del producto de la cooperación social, en este sentido la justicia ordena al hombre con relación a otro, lo que puede tener lugar de dos modos: a) considerado individualmente, o b) considerado en común (i.e. en cuanto a que el que sirve a la comunidad sirve a todos los hombres en ella inmersos). Finalmente la clave de todo el pensamiento tomista es indudablemente la contemplación en la cima de toda la sistemática de la justicia de la ley eterna²⁷²⁰.

III.- LA ILUSTRACIÓN

La Ilustración implicó el final del mundo filosófico previo, la pérdida de la noción teleológica de la naturaleza (i.e. la visión cristiana del mundo como una naturaleza dotada de sentido) a partir de la aprehensión de la realidad por las modernas ciencias naturales que concebían al hombre como materia objetivable, mensurable y cuantificable. MAX WEBER llamó a este proceso “desencantamiento del mundo”,

“...el universo pasó de ser percibido como un *cosmos* ordenado en sí mismo, a desempeñar el papel de una mera *res extensa*, apta para los cálculos y mediciones de un conocimiento reducido deliberadamente a ciencia físico- matemática... Por supuesto que de un mundo así concebido no puede extraerse significación ni

²⁷²⁰ TOMÁS DE AQUINO, *Suma Theologica* –especialmente I-II y II-II, www/hjg.com.ar/sumat.

directiva alguna para la conducta humana, la que queda librada automáticamente a la autonomía de la razón comprendida como constructora de sus objetos.”²⁷²¹

En la edad moderna, el hombre está lanzado a convertirse en dueño y señor de la naturaleza, la potencia de su conocimiento lo dota de poder sobre el mundo (díada BACON- DESCARTES), el hombre deja de ser receptivo para devenir elaborador y constructor de su realidad, todo lo existente cobra sentido con referencia al sujeto, especialmente lo relativo a la eticidad.

En síntesis, el mundo moderno niega todo lo trascendente al mundo y todo lo que no aparezca como contenido de la conciencia del sujeto. La fundamentación del Derecho ya no radica en la ley eterna de Dios, ni en la ley natural descubierta a partir de las estructuras objetivas de las cosas, sino en la razón de su constructor o en los simples mandatos del soberano (díada BENTHAM- AUSTIN), es el sujeto humano el que da origen a las normas. Con motivo de esto, la perfección o felicidad humanas son asunto privado de cada individuo, debe establecer autónomamente las directrices de su obrar individual y social.

El elenco de derechos se reduce a: libertad de contratación, disposición y programación de la propia vida, seguridad jurídica de cara a las arbitrariedades del poder y propiedad privada concebida ilimitadamente.

La fundamentación de la ética social dejó de estructurarse de modo racional-deductivo, y a partir de nociones como las de autonomía humana se centró en los elementos puramente empíricos del hombre y su acción, desarrollándose una metodología empirista-experimental (paradigma newtoniano de la ciencia).

IV.- DAVID HUME.

HUME, como referente de esta etapa, trata el tema de la justicia en la tercera parte de su *Treatise*, en tanto estudia a las virtudes, a las que considera como cualidades artificiales (i.e. no naturales) del hombre. Así, el sentido de la justicia y la injusticia no se deriva de la naturaleza, sino que surge más o menos artificialmente de las convenciones humanas. Asimismo, lo que hace virtuosa una acción es su “motivo”, entonces si se considera a la justicia una virtud, ha de serlo por el carácter virtuoso por el que se la realiza;

²⁷²¹ MASSINI CORREAS, CARLOS I., *Filosofía del Derecho*, t. II, cit., pág. 80.

de donde, la justicia viene entonces a ser fruto de una convención (al ser fruto del artificio humano, son variables conforme a la idiosincrasia y situación de los pueblos). La convención consiste en un sentimiento general de interés común, todos los miembros de la comunidad se comunican entre sí este sentimiento, lo que los lleva a regular sus conductas mediante reglas,

“A esta convención se accede sólo a través del hábito de la convivencia y de la aprehensión de su mutua utilidad...”²⁷²²

El establecimiento de las reglas de justicia se impone por las características subjetivas del hombre (egoísmo y generosidad limitada) y objetivas (facilidad de cambio y escasez de objetos en comparación con las necesidades y deseos de los hombres) derivando en una cierta ventaja general para toda la comunidad, la que se da aun en los casos en que no devenga benéfica para alguno (i.e. el fundamento de las reglas de justicia es la utilidad común). El interés por uno mismo es la causa fuente del establecimiento de la justicia. Por otra parte, el ámbito de la justicia parece referirse exclusivamente al ámbito económico.

“...no existe en HUME ni el más ligero rastro de una concepción de los derechos humanos entendidos como límites absolutos a la actividad social, pública o privada; en rigor, salvo la propiedad y libertad de contratación no existen derechos transpositivos... HUME piensa en la naturaleza de un modo excesivamente reduccionista... abre el camino para la afirmación del carácter puramente artificial-constructivo de las reglas jurídicas... Es decir que son las reglas establecidas por medio de prácticas sociales, las que determinan, ellas solas y sin límites intrínsecos o extrínsecos el contenido de los principios de justicia.”²⁷²³,

es la matriz de la idea de Derecho como mandatos del soberano –positivismo imperativista- de la dupla BENTHAM- AUSTIN y su progenie.

V.- IMMANUEL KANT

La concepción de KANT de la justicia, es tan relevante para el pensamiento contemporáneo como la del mencionado antes. En su *Metafísica de las Costumbres* afirma que se llaman “leyes externas” las leyes obligatorias para las que son posibles una legislación externa; de entre ellas están las que se llaman “naturales”, que son a las que se

²⁷²² MASSINI CORREAS, CARLOS I.; *Filosofía del Derecho*, t. II, cit., pág. 90.

²⁷²³ MASSINI CORREAS, CARLOS I.; *Filosofía del Derecho*, t. II, cit., pág. 95.

les reconocen obligación *a priori* mediante la razón, incluso sin legislación externa. Es necesario buscar las fuentes de los juicios jurídicos en “la razón” y así erigir los fundamentos de una posible legislación positiva, una doctrina jurídicamente meramente positiva deviene vacua.

Afirma el maestro prusiano que la independencia respecto del arbitrio de terceros es un Derecho único, originario que corresponde a todo hombre en virtud de su humanidad. KANT está aceptando la existencia de principios jurídicos, no positivos, aunque el iusnaturalismo en él es de corte racionalista (no como el clásico).

En KANT no se halla una digresión sistemática sobre la justicia como en ARISTÓTELES o TOMÁS DE AQUINO, pero sus reflexiones sobre el tema importan una doctrina ética y jurídica relevante. Si bien no se halla un tratamiento exhaustivo en la materia, sí existen consideraciones aunque enmarcadas en su visión del Derecho en general.

En resumidas cuentas, en KANT: a) la normatividad práctico- moral no tiene fundamentos en datos empíricos ni en afirmaciones racionales aceptadas dogmáticamente; b) consiste en una construcción basada en la intuición de la razón pura práctica que funciona como forma de todos los posibles contenidos de la moral, revistiendo así universalidad y objetividad que no le sería factible a la razón simplemente empírica y subjetiva; c) la intuición de la razón pura práctica se concreta en un imperativo categórico (incondicionado e inexceptable), que dota del cemento de todo deber moral; y d) la capacidad de autonomía o autoformación importa observar la santidad del hombre que por ello debe ser tratado como un fin y nunca como un medio.

La diferencia última entre la juridicidad y la eticidad personal estriba en el *motivo* o *móvil* de la acción. Para KANT toda legislación comprende en primer lugar una ley que representa objetivamente como necesaria la acción que debe realizarse (i.e. convierte a la acción en un deber), y en segundo lugar un móvil que liga subjetivamente la representación de la ley con el fundamento de determinación del arbitrio para la realización de esa acción; de donde, atendiendo a los móviles la legislación puede divergir.

La legislación que hace de una acción un deber, y de ese deber un móvil, es *ética*, pero la que no incluye el móvil en la ley, admite algún móvil distinto de la idea misma de deber, es *jurídica*.

En el ámbito de la conducta libre jurídica, es decir exterior y no realizada por el deber jurídico mismo, el principio regulativo racional *a priori* es formulado por KANT de dos formas: a) el Derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio de otro según una ley universal de libertad, y b) una acción es conforme a Derecho cuando permite a la libertad del arbitrio de cada uno coexistir con la libertad de todos según una ley universal (esta es la clave del rechazo del Estado paternalista en KANT en la medida en que implica tratar a los individuos como niños inmaduros que no pueden distinguir lo dañino de lo útil para ellos mismos, obligándolos a comportarse de manera pasiva).

KANT busca un principio apodíctico de la moralidad tanto ética como jurídica, susceptible de superar la mera subjetividad fenoménica, considera imposible hallarlo en el conocimiento de la naturaleza humana (pues es una realidad empírica y contingente), como en algún principio trascendente atento tratarse de simples productos mentales. El maestro de Königsberg cree hallar el principio en la universalidad de la razón pura práctica.

El principio fundamental de la moralidad es que los hombres estamos obligados a adoptar máximas de acción que promuevan o preserven la libertad de cada uno en la mayor medida compatible con una libertad similar para todos los demás. De donde el único bien moral intrínseco es la autonomía y los contenidos concretos de su elección. La ética deja de ser el arte de la vida buena para devenir el ejercicio de la libertad bajo leyes universales.

La crítica que se ha señalado a esto es que la prelación absoluta de la autonomía humana como valor fundamental, desprovista de todo sentido final, se percibe como neutra e incapaz de justificar contenidos normativos de carácter ético. Dicho de otro modo, la autonomía del hombre es un medio, un presupuesto para la realización del hombre en sus líneas fundamentales de perfección ética.

VI.- LA IDEA DE JUSTICIA EN EL PENSAMIENTO FILOSÓFICO MODERNO

En el proceso de superar al positivismo jurídico es de suma relevancia la propuesta de JOHN RAWLS, profesor de Harvard, quien en su libro *Teoría de la Justicia* pretende ir de la filosofía práctica- moral hacia las cuestiones que tradicionalmente eran su

objeto: la distribución de los bienes en el marco social, los principios éticos básicos de toda organización social, los derechos de los ciudadanos, *et sit cétera*. Es posible considerar a esa obra como el modelo contemporáneo de especulación de la justicia, un análisis de su tesis extendería en grado sumo este anexo sin demasiada utilidad práctica. Sobre él se avanza más en el texto.

Para las teorías posteriores a este autor puede verse la obra de ROBERTO GARGARELLA: *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Paidós, Barcelona, 1999.

INDICE

“Lo No Jurídico. El ámbito indeterminado o libre de valoración jurídica”

INTRODUCCIÓN

§0.- Prólogo.-	3
§1.- Palabras previas. Sobre la “ciencia del Derecho”.-	12

CAPÍTULO I

EL ÁMBITO LIBRE DE VALORACIÓN JURÍDICA

§2.- Designación y Naturaleza del Problema.-	73
§2.1.-	90

CAPÍTULO II

ÁMBITO DEL PROBLEMA EN LA DOCTRINA ESPECIALIZADA

§3.- Palabras previas.-	95
§4. El “espacio libre de derecho” para Arthur Kaufmann.-	98
§4.1.- El “espacio libre de valoración jurídica” de Rafael Márquez Piñero.-	102
§5. El “ámbito libre de regulación jurídica” de Hans Joachim Hirsch.-	105
§5.1.- Sobre la “teoría del ámbito libre de Derecho” para Bacigalupo.-	108
§6. Los “campos jurídicos en que el derecho carece de imperio” para Karl Larenz.-	110
§7. El “ámbito de lo no jurídico” para Karl Engisch.-	113
§8. La “esfera libre de intervención estatal” de Max Ernst Mayer.-	130

§8.1. La “esfera libre de intervención estatal” en Luis Jiménez de Asúa.-.....	135
§9. La “actividad libre de valoración jurídica” en José Luis Guzmán Dalbora.-.	138
§9.1. Reflexiones sobre el “injusto del suicidio” por Günther Jakobs.....	144
§9.2. Sobre eutanasia y vacío legal en Kurt Schmoller.....	149
§10. Karl Binding y la “Doctrina de la Neutralidad”.-.....	152
§11. Gustav Radbruch y la negación de los espacios libres de Derecho.-.....	154
§12. Ernst von Beling y las “acciones jurídicamente irrelevantes”.-.....	157
§13. Bernd Schünemann: los “espacios libres de sistema” y “los espacios que la decisión legislativa deja abiertos”.-.....	159
§14. El ámbito libre de valoración jurídica en el esquema de pensamiento de otros autores.-.....	164
§15. La “inexistencia jurídica” en Ricardo Víctor Guarinoni.....	177
§16. La ubicación de Hans Welzel.....	185
§17. La <i>materia observable</i> en la teoría, para Hans Joachim Hirsch y Arthur Kaufmann. El debate.-.....	194
§17.1. El caso del aborto indicado.-.....	195
§17.2. Los casos de estado de necesidad para bienes de igual magnitud.-.....	200
§17.3. Supuesto de colisión de deberes.....	207
§17.4. Un caso de discusión en el orden ético.....	210
§18. Las conclusiones para la teoría, por Hans Joachim Hirsch y Arthur Kaufmann de cara al debate.-.....	211
§18.1. La Posición de Guzmán Dálbora frente al debate.....	214
§19. Nuestra crítica a la posición de Arthur Kaufmann.-.....	216
§19.1.- Nuestra crítica a la posición de Rafael Márquez Piñero.-.....	232

§20. Nuestra crítica a las posiciones de Hans Joachim Hirsch y José Luis Guzmán Dalbora.-	234
§21. Nuestra crítica a la posición de Karl Engisch.-	238
§22. Nuestra crítica a la posición de Max Ernst Mayer.-	256
§23. Nuestra crítica a la posición de Karl Binding.-	258
§24. Nuestra crítica a la posición de Ernst von Beling.-	260
§25. Nuestra crítica a la posición de Gustav Radbruch.-	261
§26. ¿Existe un ámbito vacío de derecho?.-	265

CAPITULO III

SISTEMA Y CONCEPTOS JURÍDICOS BÁSICOS

§27.- Cuestiones preliminares. El Derecho.-	277
§28.- Presupuesto. El orden jurídico.-	295
<i>§28.1.- El sistema jurídico como sistema normativo.-</i>	314
A) Un problema normativo.-.....	326
B) Enunciados de derecho.-.....	329
C) Enunciados válidos y enunciados seguidos.-.....	332
§29.- La norma jurídica.-	338
<i>§29.1.- Las normas en términos de “razones para la acción”.-.</i>	384
a. Las reglas como razones prudenciales.-.....	395
b. Las razones morales.-.....	397
c. Las normas como genuinas razones para la acción.-.....	398
<i>§29.2.- La Ley y la Norma, una distinción del Derecho Penal.-</i>	409
§30.- Lenguaje y Derecho.-	425

CAPÍTULO IV

INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LAS NORMAS PENALES

§31.- La Interpretación jurídica.-	503
§32.- La Interpretación jurídica y la administración de justicia.-	541
§33.- Técnicas interpretativas.-	565
§34.- La aplicación del Derecho. Las conclusiones lógicas en el Derecho.-	604
I.- Las conclusiones categóricas.-	615
II.- Las conclusiones modales.-	615
III.- Las conclusiones hipotéticas.-	616
IV.- Las conclusiones disyuntivas.-	616
V.- Las conclusiones conjuntivas.-	617
§.34.1. <i>La deducción.-</i>	618
§.34.2. <i>La inducción.-</i>	624
§.34.3. <i>La abducción.-</i>	625
§.34.4. <i>La analogía.-</i>	626
§35.- El método jurídico y la creación del Derecho.-	644
§36.- La corrección de los enunciados normativos. El Derecho correcto.-	671
§36.1- <i>La moral y el Derecho.-</i>	686
§36.2- <i>Los principios jurídicos en el razonamiento jurídico.-</i>	718
§36.3- <i>Otras variantes de aprehensión del Derecho correcto más allá de las reglas.-</i>	746
§37.- Derecho y argumentación jurídica como discurso racional.-	772

CAPÍTULO V

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

§38.- El principio de legalidad como negación al poder de los jueces.-.....	815
§39.- La “clausura” en el ordenamiento jurídico.-.....	820
§40.- Una aproximación al <i>Principio de Legalidad</i> .-.....	827
§41.- Fundamentación del <i>Principio de Legalidad</i> .-.....	842
§42.- Funciones del <i>Principio de Legalidad</i> .-.....	845
§43.- “Aplicación rigurosa de la ley”, un análisis de Bacigalupo respecto del art. 4.3º del CP Español.-.....	849
§44.- El <i>Principio de Máxima Taxatividad Legal Interpretativa</i> .-.....	856
§45.- Algunas palabras acerca de la “relevancia” y “estrictéz” del <i>principio de legalidad</i> .-.....	877
§46.- ... y también, la laxitud del <i>Principio de Reserva</i> .-.....	890

CAPÍTULO VI

EL ÁMBITO INDETERMINADO O LIBRE DE VALORACIÓN JURÍDICA

§47.- El derecho penal simbólico.-.....	897
§48.- La creación del Derecho por los jueces.-.....	904
§49.- La actividad creadora del juez ante los conceptos normativos, indeterminados y las “cláusulas generales del derecho”.-.....	922
§50.- La actividad creadora del juez ante las “lagunas” y las “reglas injustas”.-.....	942
§51.- <i>Derrotabilidad</i> y conocimiento del Derecho.-.....	981
§52.- El auténtico rol creador del juez. Límites. El activismo judicial.-.....	1009
§52.1.- <i>La legitimidad de los órganos aplicadores para crear Derecho</i> .-.....	1038
§53.- Recapitulación y conclusiones.-.....	1066

§53.1. El ámbito indeterminado o libre de valoración jurídica.-.....	1101
--	------

ANEXOS

ANEXO I (“La jurisprudencia analítica”).-.....	1121
I.- John Austin.-.....	1126
II.- Hans Kelsen y la Teoría Pura del Derecho.-.....	1135
III.- El Positivismo de Herbert Hart.-.....	1140
IV.- Joseph Raz.-.....	1146
V.- Problemas de la corriente.-.....	1149

ANEXO II (“El Realismo Jurídico”).-.....	1150
I.- La corriente.-.....	1150
II.- Aclarando nuestra postura.-.....	1159

ANEXO III (“La ubicación de la Doctrina Especializada en el marco de la Teoría del Derecho alemana”).-.....	1163
I.- Breve bosquejo general.-.....	1163
II.- Gráfico.-.....	1177

ANEXO IV (“Jurisprudencia Argentina o extranjera hipereferenciada en el texto”).-.....	1179
I.- Argumento sistemático.-.....	1179
II.- Argumento psicológico.-.....	1181
III.- Argumento de la no redundancia.-.....	1182
IV.- Sobre la interpretación de los hechos.-.....	1184
V.- El argumento <i>a contrario</i> como interpretación correctora restrictiva.-.....	1184
VI.- El argumento de autoridad.-.....	1185
VII.- El argumento analógico.-.....	1188
VIII.- Coherencia del sistema.-.....	1189
IX.- Silogismo deductivo.-.....	1190

X.- Ponderación de principios.-	1190
XI.- Mandato de certeza.-	1194
XII.- Cambio de sistema normativo por cambio de la norma definitoria de base.-	1195
XIII.- Recurso a un argumento de principio para asegurar un derecho individual.-	1198
XIV.- Recurso a directrices políticas y principios para restringir derechos abstractos.-	1200
XV.- Vacío legal y laguna.-	1201
XVI.- Conceptos normativos y el desafío a la exigencia de taxatividad.-	1205
XVII.- Inaplicabilidad de una regla por aplicación de un valor.-	1206
XVIII.- Problemas de ambigüedad.-	1206
XIX.- Interpretación literal. Ineficacia en su articulación.-	1209
XX.- El rodeo de la justicia: el recurso a la aplicación de normas pretensamente iluminadas por aquella.-	1209
XXI.- El emparejamiento de las reglas con los principios.-	1211
XXII.- La relevancia de la argumentación jurídica al momento de preferir un principio en detrimento de otro.-	1211
XXIII.- La derrota del principio de legalidad de cara a los cambios en la realidad.-	1212
XXIV.- Interpretación constitucional y giros metodológicos.-	1216
XXV.- “Arriola” y el ámbito de reserva.-	1217
XXVI.- La <i>derrotabilidad</i> como recurso de excepciones no expresas utilizadas por los tribunales.-	1218
ANEXO V (“Sobre la idea de justicia”).-	1221
I.- Aristóteles.-	1221
II.- Santo Tomás de Aquino.-	1222
III.- La Ilustración.-	1223
IV.- David Hume.-	1224
V.- Immanuel Kant.-	1225

VI.- La idea de justicia en el pensamiento filosófico moderno.-.....	1227
---	-------------

Gráficos.-

2.1. Lo permitido y lo prohibido en el pensamiento de Entelman.-.....	168
2.2. Lo regulado por el Derecho y el ámbito libre de regulación jurídica.-.....	277
2.3. Los ámbitos del deber y de la libertad jurídica.-.....	277
3.1. El Derecho como conjunto de normas (Tamayo y Salmorán).-.....	298
3.2. Ordenamiento jurídico: sistemas y tiempos.-.....	317
3.3. Criterios de aplicabilidad del sistema (P. Navarro).-.....	322
3.4. Criterios de aplicabilidad del sistema II (P. Navarro).-.....	323
3.5. Estructura del lenguaje y el mundo, correlatividad de estructuras (Wittgenstein).-.....	468
4.1. La deducción.-.....	619
4.2. La inducción.-.....	624
4.3. La abducción.-.....	625
4.4. La analogía.-.....	629
4.5. Los elementos en la argumentación para Toulmin.-.....	803/804
6.1. Las lagunas según Alchourrón y Bulygin.-.....	954
6.2. Esquemas de sentencias aditivas.-.....	1031
6.3. Esquema de sentencias sustitutivas.-.....	1032
6.4. Lecturas interpretativas y aplicativas.-.....	1074
6.5. Repetidas creaciones judiciales a partir de la misma norma fuente.-.....	1081

BIBLIOGRAFÍA

ÍNDICE

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

Libros

1. AARNIO, AULIS; *Lo racional como razonable*, (trad. Ernesto Garzón Valdés y Ruth Zimmerling), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
2. AFTALIÓ, E. R., GARCÍA OLANO, F. y VILANOVA, J.; *Introducción al Derecho*, t. I, 5ª ed., Buenos Aires, 1956.
3. ALBANO, SERGIO; *Wittgenstein y el Lenguaje*, Editorial Quadrata, Buenos Aires, 2006.
4. ALCHOURRÓN, CARLOS E. y BULYGIN, EUGENIO; *Definiciones y normas*, en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis Lógico y Derecho* (Prólogo de G.H. von Wright), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
5. ALCHOURRÓN, CARLOS E. y BULYGIN, EUGENIO; *Introducción a la metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales* (traducción del inglés de los autores, *Normative System*), Astrea, 2002.
6. ALCHOURRÓN, CARLOS E. y BULYGIN, EUGENIO; *Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico*, en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis Lógico y Derecho* (Prólogo de G.H. von Wright), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
7. ALCHOURRÓN, CARLOS E. y BULYGIN, EUGENIO; *Norma Jurídica*, en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, F. (eds.), *El Derecho y la Justicia*, C.S.I.C., Madrid, 1996, págs. 133 a 147.
8. ALCHOURRÓN, CARLOS E. y BULYGIN, EUGENIO; *Sobre el concepto de orden jurídico*, en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis Lógico y Derecho* (Prólogo de G.H. von Wright), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, págs. 393 a 407.
9. ALEX, ROBERT, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
10. ALEX, ROBERT; *Teoría de los Derechos Fundamentales*, CEC, Madrid, 1993.
11. ALEX, ROBERT; *Derecho y razón práctica*, Fontamara, México, 1993.
12. ALEX, ROBERT; *Teoría del Discurso y Derechos Humanos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995.

13. ALEXY, ROBERT; *El concepto y la validez del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 1997.
14. ALEXY, ROBERT; *Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral*, en Vázquez, Rodolfo (comp.) *Derecho y Moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, 1ª reimpresión, Gedisa, Barcelona, 2003, págs. 115 a 137.
15. ALONSO, JUAN PABLO; *Interpretación de las normas y Derecho Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.
16. ARISTÓTELES, *Tratados de Lógica. El organón*, México, Porrúa, 1987.
17. ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea* –específicamente V, 1129 a- 1138 b-, (trad. Julián Marías y María Araujo), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1970.
18. ATIENZA, MANUEL y RUIZ MANERO, JUAN; *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.
19. ATIENZA, MANUEL y RUIZ MANERO, JUAN; *Ilícitos atípicos*, Trotta, Madrid, 2000.
20. ATIENZA, MANUEL y RUIZ MANERO, JUAN; *Tres problemas de tres teorías de la validez jurídica*, en Malem, Jorge, et. al. (coord.), “La función judicial”, Gedisa, Barcelona, 2003, págs. 85 a 101.
21. ATIENZA, MANUEL; *Introducción al Derecho*, Barcanova, Barcelona, 1985.
22. ATIENZA, MANUEL; *El Derecho como argumentación*, en Atienza, Manuel y Ferrajoli, Luigi; *Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005.
23. ATIENZA, MANUEL; *Las razones del Derecho*, 2ª ed., Palestra, Perú, 2006.
24. BACHELARD, GASTÓN; *El materialismo racional*, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1976.
25. BACIGALUPO, ENRIQUE; “*Derecho Penal. Parte General*”, 2ª edición, Hammurabi, 1999.
26. BACIGALUPO, ENRIQUE; *Principios constitucionales de Derecho Penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.
27. BELING, ERNST VON; “*Esquema del derecho penal*”, (trad. de Sebastián Soler), Librería el Foro, Buenos Aires, 2002.
28. BIDART CAMPOS, GERMÁN; *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1987.

29. BINDING, KARL; *“Compendio di diritto penale”*, (trad. de Adelmo Borettini), Atheneum, Roma, 1927.
30. BIX, BRIAN; *Teoría del Derecho: tipos y propósitos*, en “Teoría del Derecho: ambición y límites”, (trad. Pablo Navarro y Hugo Seleme), Marcial Pons, Barcelona, 2006, pág. 17 a 26.
31. BOBBIO, NORBERTO; *Hacia una teoría funcional del derecho*, en “Derecho, filosofía y lenguaje”, Astrea, Buenos Aires, 1976.
32. BOBBIO, NORBERTO; *Derecho y ciencias sociales*, en “Contribución a la teoría del Derecho- Norberto Bobbio”, Fernández Torres Editor, Valencia, 1980.
33. BOBBIO, NORBERTO; *El problema del Positivismo Jurídico*, en FREUND, JULIEN; *El Derecho actual*, 2ª ed., Ediuns, Bahía Blanca, 2006, págs. 149 a 217.
34. BREGLIA ARIAS, OMAR y GAUNA, OMAR R.; *Código Penal. Comentado, anotado y concordado*, T. I, 4ª ed., Astrea, 2001.
35. BULYGIN, EUGENIO; *Tiempo y validez*, en ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO, *Análisis Lógico y Derecho* (Prólogo de G.H. VON WRIGTH), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, págs. 195 a 214.
36. BULYGIN, EUGENIO; *Kant y la filosofía del derecho contemporánea*, en ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO, *Análisis Lógico y Derecho* (Prólogo de G.H. VON WRIGTH), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, págs. 371 a 382.
37. BULYGIN, EUGENIO; *Validez y positivismo*, en AA.VV.; “Comunicaciones al Segundo Congreso Internacional de Filosofía del Derecho, T. I, La Plata, Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, 1987.
38. BUNGE, MARIO; *La ciencia, su método y su filosofía*, Siglo XX, México, 1992.
39. BURT, ROBERT; *Constitución y Conflicto*, (trad. a cargo de Gabriela Garrido de Ortells), Eudeba, Buenos Aires, 2000.
40. CARDENAL MOTRAVETA, SERGI; *El tipo penal en Beling y los neokantianos*, Editorial PPU, Barcelona, 2002.
41. CARRIÓ, GENARO R.; *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, 4ª edición, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1994.

42. CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ; *Teoría de la aplicación e investigación del derecho. Metodología y técnica operatoria en derecho privado positivo*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1947.
43. COBO DEL ROSAL, MANUEL y VIVES ANTÓN, TOMÁS, *Derecho penal. Parte General*, 4ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.
44. COING, HELMUT; *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, Asde ediciones previas, Río Cuarto, s.a.
45. CONFUCIO, *Analectas*, 12, 2 (trad. Joaquín Pérez Arroyo), Paidós, Barcelona, 2002.
46. COPI, IRVING; *Introducción a la Lógica*, (trad. Néstor Miguez), Eudeba, Buenos Aires, 1962.
47. COSSIO, CARLOS; *La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*, 2ª ed., Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1964.
48. CREUS, CARLOS; *Derecho Penal. Parte especial*, t. I, 6ª ed., Astrea, Bs. As., 1999.
49. DAMPIER, WILLIAM CECIL; *Historia de la Ciencia*, (trad. Luis Bravo Gala), Aguilar S.A., México, 1950.
50. DE JOUVENEL, BERTRAND; *El Poder*, Editorial Nacional, Madrid, 1956.
51. DE LA CUESTA AGUADO, PAZ M.; “*El fundamento de la responsabilidad penal en las sociedades actuales*”, en Zaffaroni, Eugenio Raúl (Dir.), Terragni, Marco Antonio (Coord.), “*El Derecho Penal del siglo XXI*”, Ed. Jurídicas Cuyo, 2005.
52. DERRIDA, JACQUES; *Del Derecho a la Justicia*, en “Fuerza de ley. El fundamento místico de la autoridad” (trad. Adolfo Barberá y Patricio Peñalver Gómez), Tecnos, Madrid, 1997.
53. DI TELLA, TORCUATO S.; *Diccionario de Ciencias Sociales y Políticas*, Emecé, 2001, Buenos Aires.
54. DIEZ, JOSÉ y MOULINES, ULISES; *Fundamentos de la Filosofía de la Ciencia*, Ariel, Barcelona, 1997.
55. DONNA, EDGARDO A.; *Teoría del delito y de la pena*, T. 1, Astrea, 2ª edición, 2001 y *Teoría del Delito y de la Pena*, T. 2, Astrea, 2001.
56. DONNA, EDGARDO ALBERTO; “*Delitos contra la Integridad Sexual*”, Rubinzal Culzoni, 2000.

57. DURÁN GARCÍA, DAVID ALFONSO –Comp. y Ed. Gral.-, *Personas privadas de la libertad. Jurisprudencia y Doctrina*, Oficina de Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 1º ed., Bogotá, 2006.
58. DWORKIN, RONALD; *El imperio de la justicia*, (trad.: Claudia Ferrari), Gedisa, Barcelona, 1992.
59. DWORKIN, RONALD; *Los derechos en serio*, (trad. Marta Guastavino), Ariel, Barcelona, 2002. Estudio Preliminar a cargo de A. Calsamiglia.
60. ECO, UMBERTO; *Apocalípticos e Integrados*, (trad. Andrés Boglar), 5ª ed., Fábula Editorial Lumen y Tusquets Editores, Barcelona, 2003.
61. ECO, UMBERTO; *A paso de cangrejo*, (trad. María Pons Irazazábal), Debate, Editorial Sudamericana, 2007.
62. EKMEKDJIAN, MIGUEL; *El valor dignidad y la teoría del orden jerárquico de los derechos individuales*, en Bidart Campos, Germán y Gil Domínguez, Andrés (coords.), “Los valores en la Constitución Argentina”, Ediar, Buenos Aires, 1999.
63. ENGISCH, KARL; “*Der rechtsfreie Raum*”, utilizamos aquí la traducción al castellano efectuada por Ernesto Garzón Valdes: “*El ámbito de lo no jurídico*”, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1960.
64. ENGISCH, KARL; *La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del derecho penal*, Editorial B de f, Montevideo- Buenos Aires, 2006. Estudio Preliminar a cargo de José Luis Guzmán Dalbora.
65. ENGISCH, KARL; *Introducción al pensamiento jurídico*, Comares, Granada, 2001. Presentación a cargo de Luis García San Miguel.
66. ENGISCH, KARL; *La Idea de Concreción en el Derecho y en la Ciencia Jurídica Actuales*, (trad. Juan José Gil Cremades), Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1968.
67. ENTELMAN, REMO F.; *Teoría de Conflictos. Hacia un nuevo paradigma*, Gedisa, Barcelona, 2005.
68. ERNST, CARLOS; *Independencia judicial y democracia*, en Malem, Jorge, et. al. (coord.), “La función judicial”, Gedisa, Barcelona, 2003, págs. 235 a 244.
69. ETCHEVERRY, RAÚL ANÍBAL; *Nuevas figuras contractuales*, Astrea, Buenos Aires, 1987.

70. EVOLA, JULIUS; *La superación del romanticismo* (trad. Marcos Ghio), Ediciones Heracles, Buenos Aires, 2006.
71. EVOLA, JULIUS; *¿Qué es lo que queda del Estoicismo?*, en “La tradición romana” (trad. Marcos Ghio), Ediciones Heracles, Buenos Aires, 2006.
72. EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER; *Función legislativa y función judicial: la sujeción del juez a la ley*, en Malem, Jorge, *et. al.* (coord.), “La función judicial”, Gedisa, Barcelona, 2003, págs. 39 a 55.
73. EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER; *La argumentación en la justicia constitucional*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, DIKE - Biblioteca Jurídica, Bogotá, 2008.
74. EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER, *El sistema jurídico*, en M.A. Barreré Unzueta, A. Campos Rubio, F.J. Ezquiaga Ganuzas y J. Igartua Salaverría, “Lecciones de teoría del Derecho”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, págs. 119 a 120.
75. FARRELL, MARTIN D.; *La ética de la función judicial*, en Malem, Jorge, *et. al.* (coord.), “La función judicial”, Gedisa, Barcelona, 2003, págs. 147 a 162.
76. FAYT, CARLOS; *Teoría de la Política en el siglo XXI. La Política, el Poder y el Estado. La democratización de la Democracia*, La Ley, Buenos Aires, 2002.
77. FAYT, CARLOS S.; *Historia del Pensamiento Político*, T. I, La Ley, Buenos Aires, 2004.
- *Historia del Pensamiento Político*, T. II, La Ley, Buenos Aires, 2004.
 - *Historia del Pensamiento Político*, T. III, La Ley, Buenos Aires, 2004.
78. FERRAJOLI, LUIGI; *Derecho y Razón*, (trad. Andrés Ibañez y otros), Tecnos, Madrid, 1997.
79. FERRAJOLI, LUIGI; El papel de la función judicial en el Estado de Derecho, en Atienza, Manuel y Ferrajoli, Luigi; *Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005.
80. FERRERES, VÍCTOR; *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 2002.
81. FICHTE, JOHANN GOTTLIEB; *El concepto de la teoría de la ciencia*, Universidad de Buenos Aires, Serie textos filosóficos, Buenos Aires, 1949.
82. FINNIS, JOHN; *Ley natural y derecho natural*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000.

83. FLETCHER, GEORGE P.; *Lo justo y lo razonable*, (trad. Francisco Muñoz Conde y Paulo C. Busato), Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
84. FLORES, IMER B.; *El porvenir de la Ciencia Jurídica. Reflexión sobre la Ciencia y el Derecho*, en *La Ciencia del Derecho durante el siglo XX* (edición al cuidado de José Luis Soberanes Fernández), Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1998, págs. 999 a 1027.
85. FREUND, JULIEN; *Presupuestos antropológicos para una teoría de la política en Thomas Hobbes*, en Montezanti, Néstor Luis (comp.), *Estudios sobre Política*, Ediuns, Bahía Blanca, 2001.
86. FREUND, JULIEN; *El Derecho actual*, (trad. Néstor Luis Montezanti), 2ª ed., Ediuns, Bahía Blanca, 2006.
87. GADAMER, HANS GEORG; *Verdad y Método* (trad. Agud Aparicio y R. dde Agapito), Sígueme, Salamanca, 1977.
88. GARGARELLA, ROBERTO; *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Paidós, Barcelona, 1999.
89. GARZÓN VALDÉS, ERNESTO; *Derecho y Moral*, en Vázquez, Rodolfo (comp.) *Derecho y Moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, 1ª reimpresión, Gedisa, Barcelona, 2003, págs. 19 a 55.
90. GARZÓN VALDÉS, ERNESTO; *Algo más sobre la relación entre derecho y moral*, en Vázquez, Rodolfo (comp.) *Derecho y Moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, 1ª reimpresión, Gedisa, Barcelona, 2003, págs. 138 a 159.
91. GARZÓN VALDÉS, ERNESTO; *El papel del poder judicial en la transición a la democracia*, en Malem, Jorge, et. al. (coord.), “La función judicial”, Gedisa, Barcelona, 2003, págs. 129 a 145.
92. GIANELLA, ALICIA E.; *Introducción a la Epistemología y la Metodología de la Ciencia*, Editorial de la Universidad Nacional de La Plata, La Plata, 1995.
93. GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, *Concepto y Método de la Ciencia del Derecho Penal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1999.
94. Gran Enciclopedia Rialp, T. 25, Madrid, Rialp, 1981, (voz: “Filosofía analítica”).
95. GRONDIN, JEAN; *Introducción a la hermenéutica filosófica* (trad. A. Ackermann Pilári), Herder, Barcelona, 1999.

96. GUASTINI, RICCARDO; *La interpretación: objetos, conceptos y teorías*, en Rodolfo Vázquez (compilador), *Interpretación jurídica y Decisión judicial*, 3ª ed., Fontamara, México, págs. 19 a 38.
97. GUASTINI, RICCARDO; *Distinguiendo. Estudios de Teoría y Metateoría del Derecho*, (trad. Jordi Ferrer Beltrán), Gedisa, Barcelona, 1999.
98. GUZMÁN DÁLBORA, JOSÉ LUIS; *La actividad libre de valoración jurídica y el sistema de las causas de justificación en el Derecho penal*, en VV.AA. *El penalista liberal. Controversias nacionales e internacionales en Derecho Penal, procesal penal y Criminología [homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba]*, Hammurabi, Buenos Aires, 1ª edición, 2004, págs. 441 a 455.
99. GUZMÁN DÁLBORA, JOSÉ LUIS; *Cultura y Delito*, Temis- Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2010.
100. HABERMAS, JÜRGEN; *Facticidad y Validez*, Trotta, Madrid, 2001.
101. HART, H. L. A.; *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*, Depalma, Buenos Aires, 1962.
102. HART, H. L. A.; *El concepto de Derecho* (Traducción de Genaro R. Carrió), Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 2004.
103. HART, H. L. A.; *Post scriptum al concepto de derecho*” (trad. Rolando Tamayo y Salmorán), Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000.
104. HASSEMER, WINFRIED; *Derecho Penal Simbólico y protección de bienes jurídicos*, en VV.AA., *Pena y Estado*, Editorial Jurídica Conosur, 1995, traducción de Elena Laurrauri.
105. HASSEMER, WINFRIED; *Crítica al derecho penal de hoy*, (trad. Patricia Ziffer), Ad- hoc, Buenos Aires, 2003.
106. HEMPEL, CARL y OPPENHEIM, PAUL; *La explicación científica. Estudios sobre la filosofía de la ciencia*, (trad. Míguez y otros), Paidós, Barcelona, 1979.
107. HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO; *Metodología de la Ciencia del Derecho*, vol. 1: “Las concepciones y los métodos jurídicos tradicionales. El proceso de su revisión”, 2ª ed., edición preparada por el autor, Madrid, 1971.

108. HERNÁNDEZ MARÍN, RAFAEL; *Teoría General del Derecho y de la Ciencia Jurídica*, PPU, Barcelona, 1989.
109. HERRENDORF, DANIEL E.; *Los Derechos Humanos ante la Justicia. Garantías de la libertad innominada*, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1998.
110. HERRERO DE MIÑÓN, MIGUEL; *En torno a la aplicación de la Constitución*, en AA.VV., “La Constitución española y las fuentes del Derecho”, vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979.
111. HIRSCH, HANS JOACHIM; *Derecho Penal. Obras Completas*, (trad. José Cerezo Mir y Edgardo Alberto Donna) T. I, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires- Santa Fé, 1999;
- *Derecho Penal. Obras Completas*, T. II, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires- Santa Fé, 2000.
 - *Derecho Penal. Obras Completas*, T. IV, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires- Santa Fé, 2005.
112. HOBBS, THOMAS; “El Leviatán”; cap. XVIII, Fondo de Cultura Económica, México, 1940.
113. HOERSTER, NORBERT; *Ética jurídica sin metafísica*, en Vázquez, Rodolfo (comp.) *Derecho y Moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, 1ª reimpresión, Gedisa, Barcelona, 2003, págs. 224 a 246.
114. HÖFFE, OTFRIED; *Estudio sobre la teoría del derecho y la justicia*, Alfa, Barcelona, 1988.
115. HUGO, VÍCTOR; *Los miserables*, (trad. Javier Peñaloza), 14ª ed., Editorial Porrúa, México, 1997.
116. IBAÑEZ, PERFECTO ANDRÉS; *Democracia con jueces*, en Malem, Jorge, et. al. (coord.), “La función judicial”, Gedisa, Barcelona, 2003, págs. 245 a 263.
117. IBAÑEZ, PERFECTO ANDRÉS; *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009.
118. JAKOBS, GÜNTHER; *Derecho Penal. Parte General*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1995.
119. JAKOBS, GÜNTHER; *Sobre el injusto del suicidio y del homicidio a petición* (trad. Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.

120. JESCHECK, HANS HEINRICH y WEIGEND, THOMAS; *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Comares, Granada, 2002.
121. JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS; *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito*, 4ª ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005.
122. KANT, IMMANUEL; *Metafísica de las Costumbres*, (sin especificar traductor), Ediciones Libertador, Buenos Aires, 2004.
123. KANT, IMMANUEL; *Crítica de la razón pura*, (sin especificar traductor), Ediciones Libertador, Capital Federal, 2004.
124. KAUFMANN, ARMIN; *Teoría de las Normas*, (trad. Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés), Depalma, Buenos Aires, 1977.
125. KAUFMANN, ARTHUR; *Filosofía del derecho*, (trad. Luis Villar Borda), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.
126. Kelsen, HANS; *Teoría General del Derecho y del Estado*, (trad. Eduardo García Maynez), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1995.
127. Kelsen, HANS; *Contribuciones a la teoría pura del derecho*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969.
128. Kelsen, HANS; *Teoría Pura del Derecho* (trad. Roberto J. Vernengo), 14ª ed., Editorial Porrúa, México, 2005.
129. LACLAU, MARTÍN; *Sendas del pensamiento jurídico en el siglo XX*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010.
130. LAJE ANAYA, JUSTO; *Comentarios al Código Penal*, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1978.
131. LARENZ, KARL; *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. Enrique Gimbernat Ordeig, Ariel, Barcelona, 1966.
132. LARIGUET, GUILLERMO; *Problemas del conocimiento jurídico*, Ediar, Buenos Aires, 2008.
133. LASK, EMIL; *Filosofía Jurídica*, Editorial B de f, Montevideo, 2008.
134. LIFANTE VIDAL, ISABEL; *La interpretación jurídica en la Teoría del Derecho Contemporánea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.
135. LISSER, KURT; *El concepto del Derecho en Kant*, (trad. Alejandro Rossi), Centro de Estudios Filosóficos Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1959.

136. MACCORMICK, NEIL; *En contra de la ausencia de fundamento moral*, en Vázquez, Rodolfo (comp.) *Derecho y Moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, 1ª reimpresión, Gedisa, Barcelona, 2003, págs. 160 a 182.
137. MAHIQUES, CARLOS A.; *Cuestiones de política criminal y derecho penal*, Fabián J. Di Plácido editor, Buenos Aires, 2002.
138. MAHIQUES, CARLOS A. (Dir.); *Leyes penales especiales*, Fabián J. Di Plácido editor, Buenos Aires, 2004.
139. MAIER, JULIO B. J.; *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*. T. I, 2ª edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996.
- *Derecho Procesal Penal. Sujetos Procesales*. T. II, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003.
140. MALEM SEÑA, JORGE; *La imposición de la moral por el derecho. La disputa Devlin- Hart*, en Vázquez, Rodolfo (comp.) *Derecho y Moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, 1ª reimpresión, Gedisa, Barcelona, 2003, págs. 59 a 79.
141. MALEM SEÑA, JORGE F.; *La vida privada de los jueces*, en Malem, Jorge, *et. al.* (coord.), “La función judicial”, Gedisa, Barcelona, 2003, págs. 163 a 179.
142. MARMOR, ANDREI; *Interpretación y Teoría del Derecho*, (trad. Marcelo Mendoza Hurtado), Gedisa, Barcelona, 2001.
143. MÁRQUEZ PIÑERO, RAFAEL; *Teoría de la Antijuridicidad Penal*, Universidad Nacional Autónoma de México, Serie Estudios Jurídicos, México, 2003.
144. MASSINI CORREAS, CARLOS I.; *Filosofía del Derecho*, T. I, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005.
- *Filosofía del Derecho*, t. II, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005.
- *Filosofía del Derecho*, t. III, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.
145. MAURACH, REINHART; GÖSSEL, KARL y ZIPF, HEINZ; “*Derecho Penal. Parte General*”, I, Astrea, Buenos Aires, 1994.
146. MAYER, MAX ERNST; *Derecho Penal. Parte General*, (trad. Sergio Politoff Lifschitz), editorial B de f, Montevideo- Buenos Aires, 2007.
147. MEYER, HERMANN J.; *La tecnificación del mundo*, (trad. R. de la Vega), Gredos, Madrid, 1966.

148. MC. NALL BURNS, EDGARD; *Civilizaciones de Occidente*, Ed. Peuser, Buenos Aires, 1942.
149. MONTESQUIEU, CHARLES DE SECONDAT, BARÓN DE; *Del Espíritu de las Leyes*, (trad. Mercedes Blázquez y Pedro Vega), Tecnos, Madrid, 1987.
150. MORESO, JUAN JOSÉ y VILAJOSANA, JOSEP MARÍA; *Introducción a la teoría del derecho*, Marcial Pons, Barcelona, 2004.
151. MUGUERZA, JAVIER; *El tribunal de la conciencia y la conciencia del tribunal*, en Vázquez, Rodolfo (comp.) *Derecho y Moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, 1ª reimpresión, Gedisa, Barcelona, 2003, págs. 183 a 211.
152. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO; *Búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Hammurabi, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2000.
153. NAGEL, ERNEST; *La estructura de la ciencia*, Paidós, Barcelona, 1989.
154. NAVARRO, PABLO; *Taxatividad y conceptos valorativos*, inédito, Universidad Nacional del Sur.
155. NAVARRO, PABLO; *Casos difíciles, Lagunas en el Derecho y Discreción Judicial*, en Atria, Fernando *et al*, "Lagunas en el Derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid y Barcelona, 2005.
156. NICOL, EDUARDO; *Los principios de la Ciencia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1984.
157. NINO, CARLOS; *Los límites de la responsabilidad penal*, Astrea, Buenos Aires, 1980.
158. NINO, CARLOS SANTIAGO; *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1989.
159. NINO, CARLOS; *La validez del Derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1985.
160. NINO, CARLOS; *Algunos modelos metodológicos de 'ciencia' jurídica*, Fontamara, México, 1993.
161. NINO, CARLOS SANTIAGO; *Introducción al análisis del Derecho*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2007.
162. NUÑEZ, RICARDO C.; *Derecho Penal argentino*, t. III, Omeba, Buenos Aires, 1960.

163. NUÑEZ, RICARDO C.; *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 4ª edic., actualizada por Roberto Spinka y Félix González, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1999.
164. PAZOS CROCITTO, JOSÉ IGNACIO; *Análisis estructural de la Teoría del Conflicto y Derecho Penal*, Editor Fabián J. di Plácido, Buenos Aires, 2007.
165. PERELMAN, CHAIM; *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Civitas, Madrid, 1979.
166. PERELMAN, CHAIM y OLBRECHT-TYTECA, LUCIE; *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, (trad. Julia Sevilla Muñoz), Gredos, Madrid, 1989.
167. PÉREZ CARILLO, AGUSTÍN; *La administración de justicia constitucional*, en Malem, Jorge, *et. al.* (coord.), “La función judicial”, Gedisa, Barcelona, 2003, págs. 103 a 115.
168. PITLEVNIK, LEONARDO G.; *Multirreincidencia y reclusión por tiempo indeterminado*, en Pitlevnik, Leonardo G. (dir.); *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. II, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, págs. 115 a 146.
- *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. III, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, págs. 18 a 19.
169. POPPER, KARL; *La lógica de las ciencias sociales*, en VV.AA. “La Lógica de las Ciencias Sociales” (Coord: Adolfo S. Vázquez, trad.: Jacobo Muñoz), Grijalbo, México, 1978, págs. 9 a 27.
170. POPPER, KARL; *La lógica de la investigación científica*, (trad. Víctor Sánchez de Zavala) Tecnos, Madrid, 1980.
171. POPPER, KARL; *El mito del marco común. En defensa de la ciencia y la racionalidad*, Paidós, Barcelona 1997.
172. RADBRUCH, GUSTAV; *Arbitrariedad legal y Derecho suprallegal*, (trad. María Isabel Azareto Vásquez), Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1962.
173. RADBRUCH, GUSTAV; *Introducción a la Filosofía del Derecho*, (trrad. Wenceslao Roces), Fondo de Cultura, México, 1951.
174. RADBRUCH, GUSTAV; *Relativismo y Derecho*, (trad. Luis Villar Borda), Editorial Temis S.A., Santa Fé de Bogotá (Colombia), 1999.

175. RAWLS, JOHN; *El constructivismo kantiano en teoría moral*, en “Justicia como equidad” (trad. M. A. Rodilla), Tecnos, Madrid, 1986.
 - *Justicia distributiva* en “Justicia como equidad” (trad. M. A. Rodilla), Tecnos, Madrid, 1986.
176. RAZ, JOSEPH; *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y Moral*, (trad. Rolando Tamayo y Salmorán), 2ª edición, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1985.
177. RAZ, JOSEPH; *El concepto de sistema jurídico*, (traducción de Rolando Tamayo y Salmorán), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1986.
178. RAZ, JOSEPH; *¿Por qué interpretar?*, en Rodolfo Vázquez (comp.), *Interpretación Jurídica y Decisión Judicial*, 3ª ed., Fontamara, México, págs. 39 a 56.
179. RECASÉNS SICHES, LUIS; *Introducción al estudio del derecho*, Porrúa, México, 1985.
180. RESCHER, NICHOLAS; *La sistematización cognitiva*, siglo XXI, México, 1981.
181. RIVACOBIA Y RIVACOBIA, MANUEL; *Las causas de justificación*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1995.
182. ROSS, ALF; *Sobre el Derecho y la Justicia*, (traducción de Genaro R. Carrió), 2ª ed., Eudeba, 1997.
183. ROXIN, CLAUS; *Derecho Penal. Parte General*, T. I, Civitas, Madrid, 1997.
184. ROXIN, CLAUS; *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.
185. ROXIN, CLAUS; *Política criminal y sistema del derecho penal*, Hammurabi, trad. Francisco Muñoz Conde, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2000.
186. SACHER DE KÖSTER, MARIANA; *Evolución del Tipo Subjetivo*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1998.
187. SAGÜÉS, NÉSTOR; *La interpretación judicial de la Constitución*, 2ª ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.
188. SALMERÓN, FERNANDO; *Sobre moral y derecho. Apuntes para la historia de la controversia Hart- Dworkin*, en Vázquez, Rodolfo (comp.) *Derecho y Moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, 1ª reimpresión, Gedisa, Barcelona, 2003, págs. 80 a 112.

189. AGUSTÍN DE HIPONA, SANTO; *Confesiones*, (revisión de los textos Silvia Catalá y Javier Lorente), Aguilar, Buenos Aires, 2010.
190. SÁNCHEZ AGESTA, LUIS; *Sistema político de la Constitución española de 1978*, 1ª ed., Editora Nacional, Madrid, 1980.
191. SANCINETTI, MARCELO; *Ilícito personal y participación*, 2ª ed., Ad-hoc, Buenos Aires, 2001.
192. SARTORI, GIOVANNI; *La Política. Lógica y método en las ciencias sociales* (trad. Marcos Lara) 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2003.
193. SCHAUER, FREDERICK, *Las reglas en juego*, (trad. Claudina Orunesu y Jorge L. Rodríguez), Marcial Pons, Madrid.
194. SCHMILL, ULISES; *Derecho y moral: una relación externa*, en Vázquez, Rodolfo (comp.) *Derecho y Moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, 1ª reimpression, Gedisa, Barcelona, 2003, págs. 265 a 296.
195. SCHOPENHAUER, ARTHUR; *Historia de la Filosofía*, (trad. Edmundo González) Quadrata, Buenos Aires, 2007.
196. SCHÜNEMANN, BERND; *Cuestiones básicas del Derecho Penal en los umbrales del tercer milenio* (trad. Jesús María Silva Sánchez), IDEMSA (Importadora y Distribuidora Editorial Moreno S.A.), Lima (Perú), 2006.
197. SCHÜNEMANN, BERND; *¡El Derecho Penal es la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos!*, (trad. Ángela de la Torre Benítez), Centro de Investigación en Filosofía y Derecho nro. 38, Universidad Externado de Colombia, 2007.
198. SCHWARTZ, BERNARD; *Algunos artífices del derecho norteamericano*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989.
199. SERNA, PEDRO; *Sobre las respuestas al positivismo jurídico*, en AA.VV., “Las razones del derecho natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico” (Editor Renato Rabbi- Baldi Cabanillas), Editorial Ábaco, de Rodolfo Depalma, 2000.
200. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992.
201. SIMAZ, ALEXIS LEONEL; *Doctrina Judicial del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires*, Nova Tesis, Rosario, 2008.

202. SOLER, SEBASTIÁN; *Fe en el Derecho y otros ensayos*, Tea, Buenos Aires, 1956.
203. SOLER, SEBASTIÁN; *La Interpretación de la ley*, Ariel, Barcelona, 1962.
204. SOLER, SEBASTIÁN; *Derecho Penal Argentino*, t. III, Buenos Aires, 1970.
– *Derecho Penal Argentino*, t. I, 5ª ed., Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1987 (1992).
205. STRATENWERTH, GÜNTER; *Derecho Penal. Parte General, I: El hecho punible*, (trad. Gladys Romero), 2ª ed, Edersa, Madrid, 1976.
206. TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO; *El derecho y la ciencia del derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1986.
207. TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO; *Indeterminación del Derecho. Las paradojas de la interpretación jurídica*, en Malem, Jorge, *et. al.* (coord.), “La función judicial”, Gedisa, Barcelona, 2003, págs. 57 a 83.
208. TARELLO, GIOVANNI; *La nozione di Diritto: un approccio prudente*, en Uberto Scarpelli (dir.); “La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio”, Ed. di Comunità, Milán, 1983.
209. TOMÁS DE AQUINO, *Suma Theologica* –especialmente I-II y II-II-, www/hjg.com.ar/sumat.
210. TOZZINI, CARLOS A.; *Los delitos de Hurto y Robo*, 2ª ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002.
211. TROPER, MICHEL; *El poder judicial y la democracia*, trad. Rolando Tamayo y Salmorán, en Malem, Jorge, *et. al.* (coord.), “La función judicial”, Gedisa, Barcelona, 2003, págs. 209 a 233.
212. VERNENGO, R. J.; *La interpretación jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1977.
213. VERNENGO, ROBERTO; *Curso de Teoría General del Derecho*, Depalma, Buenos Aires, 1988.
214. VIGO, RODOLFO LUIS; *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, 2ª ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.
215. VILLEY, MICHEL; *Compendio de Filosofía del Derecho*, t. II, EUNSA, Pamplona, 1979.

216. VITALE, GUSTAVO; *Estado constitucional de Derecho y Derecho Penal*, en VV.AA., “Teorías actuales en el Derecho Penal”, ad-hoc, Buenos Aires, 1998, págs. 71 a 130.
217. VON KIRCHMANN, JULIUS HERMANN; *La jurisprudencia no es ciencia* (trad. A. Truyol y Serra), IEP, Madrid, 1961.
218. VON WRIGTH, GEORG HENRIK; *Norma y acción*, Tecnos, Madrid, 1963, (trad. García Ferrero, P.).
219. WALF, KNUT; *Derecho Eclesiástico*, (trad. Abelardo Martínez de Lopera), Biblioteca de Teología, Editorial Herder, Barcelona, 1988.
220. WEBER, MAX; *Economía y Sociedad* (trad. Eduardo García Maynez y Eugenio Imaz), t. III, Fondo de Cultura Económica, México, 1944.
221. WELZEL, HANS; *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal*, Editorial B de f, Montevideo- Buenos Aires, 2006.
222. WITTGENSTEIN, LUDWIG; “*Investigaciones Filosóficas*”, UNAM, México, 1988.
223. WITTGENSTEIN, LUDWIG; “*Tractatus lógico- philosophicus*”, Tecnos, Madrid, 2003.
224. YACOBUCCI, GUILLERMO; *El sentido de los principios penales*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002.
225. ZAFFARONI, EUGENIO R.; *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, T. I, Ediar, Buenos Aires, 1998.
226. ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; “*Manual de Derecho Penal. Parte General*”, Ediar, 5ª edición, 1999.
227. ZAFFARONI, EUGENIO R; *Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo*, Hammurabi, Buenos Aires, 2007.
228. ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO; “*Derecho Penal. Parte General*”, 2ª edición, Ediar, 2002.

Artículos en Periódicos y Revistas

1. AGUILÓ, JOSEPH; *Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica*, Isonomía nro. 6, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, abril 1997, págs. 71 a 79.

2. ALCHOURRÓN, CARLOS E.; *Sobre Derecho y Lógica* (trad. Jorge L. Rodríguez); Isonomía nro. 13, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, Octubre 2000, págs. 11 a 33.
3. ALEXY, ROBERT; *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica* (trad. Manuel Atienza), Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 5, Alicante, 1988, págs. 139 a 151.
4. ALEXY, ROBERT; *Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 23, Alicante, 2000, (trad.: A. Daniel Oliver-Lalana), págs. 197 a 230.
5. ATIENZA, MANUEL; *Sobre lo razonable en el Derecho*, en Revista Española de Derecho Constitucional, nro. 27, 1989, págs. 93 a 110.
6. ATIENZA, MANUEL y RUIZ MANERO, JUAN; *La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 24, Alicante, 2001, págs. 115 a 130.
7. BACIGALUPO, ENRIQUE; *Sobre la vinculación del juez penal a la ley*, en Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 2, nro. 1y 2, 1997, págs. 39 a 50.
8. BADENI, GREGORIO; *La interpretación dinámica de la ley*, en diario “Clarín” del 13 de abril 1999, pág. 35.
9. BALDÓ, FRANCISCO; *Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito*, Anales de Jurisprudencia, Sexta Época, nro. 248 (noviembre-diciembre), Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2000, págs. 233 a 287.
10. BAYÓN, JUAN CARLOS; *Sobre la racionalidad de dictar y seguir reglas*, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 19, Alicante, 1997, págs. 143 a 180.
11. BAYÓN, JUAN CARLOS; *Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado constitucional*, en Jueces para la Democracia, Edisa, Madrid, nro. 27, 1996, págs. 41 a 49.
12. BAYÓN, JUAN CARLOS; *¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 24, Alicante, 2001, págs. 35 a 62.
13. BAYÓN, JUAN CARLOS; *Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico*, Isonomía nro. 13, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, Octubre 2000, págs. 87 a 117.

14. BAYÓN, JUAN CARLOS; *Derechos, Democracia y Constitución*; Discusiones (“Derechos y justicia constitucional”), nro. 1, Ediuns, Bahía Blanca, diciembre 2000, págs. 65 a 94.
15. BIX, BRIAN; *Algunas reflexiones sobre metodología en teoría del derecho*, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 26, Alicante, 2003, (trad.: Pablo Navarro), págs., 609 a 634.
16. BOLDOVA PASAMAR, MIGUEL ÁNGEL; “*Tenencia y consumo de drogas: los límites de las prohibiciones en el derecho español*”, en Revista de Derecho Penal, Rubinzal-Culzoni, 2001-1, págs. 317 a 338.
17. BONORINO, PABLO; *Interpretación y aplicación del Derecho*, Isonomía nro. 18, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, Abril 2003, págs. 169 a 187.
18. BONORINO, PABLO RAÚL; *Proposiciones de derecho, ¿es realmente ininteligible la teoría de Dworkin?*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 23, Alicante, 2000, págs. 483 a 501.
19. BOUZAT, ANDRÉS; CANTARO, ALEJANDRO S. y NAVARRO, PABLO E.; *El fundamento jurídico de un derecho de necesidad*, Discusiones (“Derechos de necesidad y deberes de tolerancia”), nro. 7, Ediuns, Bahía Blanca, marzo 2007, págs. 113 a 154.
20. BULYGIN, EUGENIO; *Sentencia judicial y creación de derecho*, L.L. 1966, t. 124, pág. 1307 y ss.
21. BULYGIN, EUGENIO; *Alf Ross y el realismo escandinavo*, en “Anuario de Filosofía Jurídica y Social”, t. I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1981, págs. 73 a 90.
22. BULYGIN, EUGENIO; *Los jueces ¿crean derecho?*, Isonomía nro. 18, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, Abril 2003, págs. 7 a 25.
23. BULYGIN, EUGENIO; *Sistema deductivo y Sistema interpretativo*, Isonomía nro. 13, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, Octubre 2000, págs. 55 a 60.
24. CARACCILOLO, RICARDO; *Fundamentos del Derecho y fundamentos del conocimiento del Derecho*, en Crítica, México, vol. XI, nro. 31, 1979, págs. 35 a 53.

25. CARACCILO, RICARDO; *Existencia de normas*, Isonomía nro. 7, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, octubre 1997, págs. 159 a 178.
26. CELANO, BRUNO, *¿Podemos elegir entre Particularismo y Universalismo?*, Discusiones (“Razones y Normas”), nro. 5, Edius, Bahía Blanca, diciembre 2005, págs. 101 a 128.
27. CORTIÑAS- PELÁEZ, LEÓN; *De la concepción autoritaria y de la concepción democrática del Derecho Administrativo*, en Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, nro. 84, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1992, pág. 427 a 464.
28. CUENA BOY FRANCISCO; *Derecho y Sistema. Observaciones críticas sobre el sistema jurídico*, en Jueces para la Democracia, Edisa, Madrid, nro. 22, 1994, págs. 29 a 53.
29. DE LA FUENTE, JAVIER ESTEBAN; *La ley 24.660 y su aplicación en las provincias. Situación de los procesados*, en Revista de Derecho Penal, 2001-2, Rubinzal Culzoni, 2002, págs. 517 a 589.
30. DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS; *Presupuestos de un modelo racional de legislación penal*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 24, Alicante, 2001, págs. 485 a 523.
31. DONNA, EDGARDO A.; *La necesidad como base del aborto justificado y la reciente jurisprudencia sobre las eximentes*, en Revista de Derecho Penal, 2006-2, Rubinzal Culzoni, 2006, págs. 537 a 700.
32. FILIPPI, ALBERTO; *Norberto Bobbio y Carlos Cossio. La filosofía jurídica de la interpretación analógica*, Isonomía nro. 21, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, Octubre 2004, págs. 261 a 269.
33. FINNIS, JOHN; *Derecho natural y razonamiento jurídico* (trad. C. I. Massini Correas), en “Persona y Derecho”, nro. 33, Pamplona, 1995, págs. 9 a 39.
34. GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO; *Sobre el argumento a contrario en la aplicación del derecho*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 24, Alicante, 2005, págs. 85 a 114.
35. GARGARELLA, ROBERTO; *Inconsistencia y parcialidad. Un examen histórico de la jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina*, JA, 2003-IV-1175.

36. GARZÓN VALDÉS, ERNESTO; *Algo más acerca del “coto vedado”*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 6, Alicante, 1989, págs. 209 a 213.
37. GASCÓN ABELLÁN, MARINA FELICIA; *La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción*, en Revista Española de Derecho Constitucional, Año 14, nº 41, Madrid, 1994, págs. 63 a 87.
38. GRÜN, ERNESTO; *Estructura y función de las normas jurídicas en la concepción del derecho de Alf Ross*, en Anuario de Filosofía Jurídica y Social, t. 5, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1985.
39. GUARINONI, RICARDO VÍCTOR; *Después, más alto y excepcional. Criterios de solución de incompatibilidades normativas*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 24, Alicante, 2001, págs. 547 a 558.
40. GUARINONI, RICARDO VÍCTOR; *De lo que no hay. La inexistencia jurídica*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho nro. 25, Alicante, 2002, págs. 637 a 656.
41. GUIBOURG, RICARDO A.; *La certeza de los criterios*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 24, Alicante, 2001, págs. 603 a 612.
42. GUZMÁN DÁLBORA, JOSÉ LUIS; *Bien jurídico y normas de cultura: revisión de la teoría de Max Ernst Mayer*, en “Revista de derecho penal y criminología”, Madrid, núm. 3, 1993, págs. 227-240.
43. HASSEMER, WINFRIED; *La persecución penal: legalidad y oportunidad*, en Revista de Derecho Penal, Rubinzal Culzoni, 2001-2, págs. 65 a 73.
44. HASSEMER, WINFRIED; *Hermenéutica y Derecho*, en Anales de la Cátedra Francisco Suárez nro. 25, Granada, 1985, págs. 63 a 85.
45. KAUFMANN, ARTHUR; *Teoría de la justicia. Un ensayo histórico problemático*, en Anales de la Cátedra Francisco Suárez nro. 25, Granada, 1985, págs. 37 a 62.
46. Kelsen, HANS; *La garantía constitucional de la jurisdicción*, en Anuario Jurídico- I (trad. Rolando Tamayo y Salmorán), Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1974.
47. LAPORTA, FRANCISCO; *Acotaciones del trampolín: respuesta a Roberto Vernengo*, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 7, Alicante, 1990, págs. 301 a 325.
48. LARIGUET, GUILLERMO; *Conflictos trágicos y Derecho. Posibles desafíos*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 27, Alicante, 2004, págs. 317 a 348.

49. LÉVI- STRAUSS, CLAUDE; *Criterios científicos en las disciplinas sociales y humanas*, en AA.VV., “Aproximación al estructuralismo”, Galerna, Buenos Aires, 1967, págs. 55 a 89.
50. LIFANTE VIDAL, ISABEL; *Dos conceptos de discrecionalidad jurídica*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 25, Alicante, 2002, págs. 413 a 439.
51. MARTÍ, JOSÉ LUIS; *El Realismo Jurídico: ¿una amenaza para el liberalismo y la democracia?*, Isonomía nro. 17, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, Octubre 2002, págs. 259 a 282.
52. MARTÍNEZ ZORRILLA, DAVID; *Dilemas morales y Derecho*, en revista Discusiones (“Dilemas morales y Derecho”), nro. 8, Ediuns, Bahía Blanca, marzo 2008, págs. 17 a 54.
53. MAZZACUVA, NICOLA; “*Observaciones sobre el principio de taxatividad en material penal: reflejos procesales de una norma constitucional*”, en Revista de Derecho Penal, Rubinzal Culzoni, 2001-2, págs. 9 a 18.
54. MAZZARESE, TECLA; *Razonamiento judicial y derechos fundamentales. Observaciones lógicas y epistemológicas*, (trad. Juan Ruiz Manero) Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 26, Alicante, 2003, págs. 687 a 716.
55. MORESO, JOSÉ JUAN; *Principio de legalidad y causas de justificación*, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 24, Alicante, 2001, págs. 525 a 545.
56. MORESO, JOSÉ JUAN; *Cuestiones persistentes y microteorías*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 25, Alicante, 2002, págs. 629 a 635.
57. MORESO, JOSÉ JUAN; *Cristina Redondo sobre razones y normas*, Discusiones (“Razones y Normas”), nro. 5, Ediuns, Bahía Blanca, diciembre 2005, págs. 67 a 85.
58. MUÑOZ CONDE, Francisco; *Política criminal y dogmática jurídico- penal en la República de Weimar*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 15-16, Alicante, 1994, págs. 1025 a 1046.
59. NAVARRO, PABLO; *Acerca de la inevitabilidad de la Interpretación*, Isonomía nro. 22, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, Abril 2005, págs. 99 a 122.

60. NAVARRO, PABLO; *Sistemas normativos, Derrotabilidad y conocimiento del Derecho*, Isonomía nro. 13, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, Octubre 2000, págs. 7 a 9.
61. NAVARRO, PABLO E.; *Tensiones conceptuales en el Positivismo Jurídico*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 24, Alicante, 2001, págs. 133 a 163.
62. NAVARRO, PABLO y RODRÍGUEZ, JORGE; *Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas*, Isonomía nro. 13, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, Octubre 2000, págs. 61 a 85.
63. NAVARRO, PABLO E.; BOUZAT, ANDRÉS y ESANDI, LUIS M.; *Interpretación jurídica y vinculación del juez a la ley penal*, en Revista de Derecho Penal, Rubinzal Culzoni, 2000-2, págs. 659 a 697.
64. PAZOS, MARÍA INÉS; *Derrotabilidad sin indeterminación*, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 25, Alicante, 2002, págs. 441 a 470.
65. PAZOS CROCITTO, JOSÉ I. (Dir.); *Revista del Instituto de Estudios Penales*, Año 3, nro. 4, Induvio Editora, Bahía Blanca, 2011.
66. PÉREZ BARBERÁ, GABRIEL; *Infracción punible de deberes de tolerancia: el problema de la causalidad*, Discusiones (“Derechos de necesidad y deberes de tolerancia”), nro. 7, Ediuns, Bahía Blanca, marzo 2007, págs. 79 a 111.
67. PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE; *Concepto y concepción de los Derechos Humanos*, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 4, Alicante, 1987, págs. 47 a 66.
68. PRUNOTTO LABORDE, ADOLFO; *Principio de Legalidad. Alcances y precisiones*, en Revista de Derecho Penal, Rubinzal Culzoni, 2001-1, págs. 359 a 392.
69. REDONDO, MARÍA CRISTINA; *Razones y normas*, Discusiones (“Razones y Normas”), nro. 5, Ediuns, Bahía Blanca, diciembre 2005, págs. 29 a 66 y 129 a 192).
70. RÓDENAS, ÁNGELES; *En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas*, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 24, Alicante, 2001, págs. 63 a 83.
71. RODILLA, MIGUEL ÁNGEL; *Dinamismo y coactividad. Sobre una incongruencia en la teoría pura del derecho*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 28, Alicante, 2005, págs. 183 a 220.

72. RODRÍGUEZ, JORGE LUIS; *Lagunas axiológicas y relevancia normativa*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 22, Alicante, 1999, págs 349 a 369.
73. RODRÍGUEZ, JORGE L.; *Introducción. Normas y razones: aspectos lógicos y sustantivos*, Discusiones (“Razones y Normas”), nro. 5, Ediuns, Bahía Blanca, diciembre 2005, págs. 9 a 27.
74. RODRÍGUEZ, J. y SUCAR, G.; *La derrotabilidad de las normas jurídicas*, Isonomía nro. 6, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, abril 1997, págs. 149 a 167.
75. ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA; *Los delitos contra la vida humana: el delito de homicidio*, en Revista de Derecho Penal, Rubinzal Culzoni, 2003-1, págs. 9 a 71.
76. SALAS, MINOR E.; *¿Qué pasa actualmente en la Teoría del Derecho alemana?*”, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 24, Alicante, 2001, págs. 203 a 234.
77. SALAZAR, PEDRO; *Una aproximación al concepto de legalidad y su vigencia en México*, Isonomía nro. 9, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, Octubre 1998, págs. 193 a 206.
78. SCHMILL, ULISES O.; *El modelo del mandato, el orden jurídico y las normas de competencia*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 25, Alicante, 2002, págs. 371 a 411.
79. SERRANO, ENRIQUE; *Derecho y orden social. Los presupuestos teóricos de la teoría jurídica de Carl Schmitt*, en Isegoría, Revista de Filosofía Moral y Política nro. 36, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid (España), enero-junio 2007, págs. 125 a 141.
80. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA; *Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia*, Discusiones (“Derechos de necesidad y deberes de tolerancia”), nro. 7, Ediuns, Bahía Blanca, marzo 2007, págs. 25 a 56.
81. TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO; *Jurisprudencia y formulación judicial del Derecho*, Isonomía nro. 21, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, Octubre 2004, págs. 193 a 215.
82. TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO; *La teoría del derecho de John Austin*, en “Anuario Jurídico”, Universidad Nacional de México, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, año XI, núm. 11, págs. 561 a 579.

83. URSÚA, JOSÉ FRANCISCO; *Interpretación jurídica: una propuesta de esquematización de planteamientos*, Isonomía nro. 20, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, Abril 2004, págs. 255 a 275.
84. VARONA GÓMEZ, DANIEL; *El miedo insuperable: ¿una eximente necesaria? Reconstrucción de la eximente desde una teoría jurídica*, en Revista de Derecho Penal, Rubinzal Culzoni, 2006-2, págs. 193 a 227.
85. VERNENGO, ROBERTO; *Los derechos humanos como razones morales justificatorias*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 7, Alicante, 1990, págs. 275 a 299.
86. VIEHWEG, THEODOR; *Tópica y Jurisprudencia*, (trad. De Díez Picazo, L.), Taurus, Madrid, 1964.

Publicaciones en sitios en Internet

1. ALBERT, HANS; *El concepto de jurisprudencia racional*, estudio corresponde al tercer capítulo del libro *Traktat über rationale Praxis* (Tratado sobre una praxis racional), Tübingen, 1978, en www.cepchile.cl, págs. 109 a 133.
2. ALZAMORA VÁLDEZ, MARIO; *La posibilidad de un "No Derecho"*, en sisbib.unmsm.edu.pe/bibVirtual/Publicaciones/Cathedra, Chatedra – Espíritu del Derecho, nro. 1, año 1, Noviembre 1997.
3. BALDÓ, FRANCISCO; *La construcción de la teoría del delito y el 'desarrollo continuador del derecho.* en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/anjuris/cont/248/pr/pr6.pdf>.
4. BECCARIA, CESAR; *De los Delitos y de las Penas*, en www.iestudiospenales.com.ar/consulta-de-libros/751-cesar-beccaria.html.
5. BOLÍVAR ESPINOZA, AUGUSTO; *Una paradoja de la situación intelectual contemporánea: de las políticas de estado, una reflexión desde Kelsen y Kant*, en www.revistapolis.cl, Polis Revista on-line de la Universidad Bolivariana, año/vol. 2, nro. 007, Universidad Bolivariana, Santiago de Chile, págs. 1 a 19.
6. CALSIMIGLIA, ALBERT; *Indeterminación y Realismo*, en www.giuri.unige.it, *Analisi e diritto* 1999, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, págs. 219 a 226.
7. GARCÍA, IGNACIO; *El Principio de Plenitud Hermética y la Lex Mercatoria*, en www.iiij.derecho.ucr.ac.cr/archivos/documentacion/Plenitud_Hermetica_y_lex_mercato

- ria.pdf, sitio de la Universidad de Costa Rica –Facultad de Derecho/ Instituto de Investigaciones Jurídicas, págs. 1 a 136.
8. GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO; *Filosofía hermenéutica y derecho*, en www.geocities.com, págs. 1 a 24.
 9. GARCÍA MURILLO, JOSÉ GUILLERMO; *Las antinomias en el Derecho, el por qué de su origen y el cómo de sus posibles soluciones*, en www.letrasjuridicas.cuci.udg.mx/numeros/articulos5, págs. 1 a 12.
 10. GUILLAMONDEGUI, LUIS R.; *Introducción al estudio de la Parte Especial del Derecho Penal*, en www.pensamientopenal.com.ar, págs. 1 a 16.
 11. HEIDEGGER, MARTIN; *Lenguaje tradicional y lenguaje técnico*, trad. Manuel Jiménez Redondo, en [www.heideggeriana.com.ar/textos/tecnico_tradicional.htm#El Lenguaje](http://www.heideggeriana.com.ar/textos/tecnico_tradicional.htm#El_Lenguaje), punto “El lenguaje”.
 12. HRUSCHKA, JOACHIM; *Causas de justificación y causas de exculpación: la tabla de Carnéades en Gentz y Kant*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Vol. LVII, 2004, Portal Iberoamericano de Ciencias Penales (www.cienciaspenales.net), págs. 5 a 17.
 13. MORENO, ROBERTO; *El “otro” realismo jurídico: ¿hay algo que podamos aprender todavía del legal realismo?*, en www.maritain.com.br, página web del Instituto Jacques Maritain do Rio Grande do Sul.
 14. PEÑA, LORENZO; *Las causas de justificación jurídico-penal en el ámbito sanitario*, en www.jurid.net/lp (Estudios de Jurisprudencia Lógica –JuriLog–), Madrid, 2005.
 15. PÉREZ ALONSO, ESTEBAN JUAN; *Las revoluciones científicas del Derecho Penal: evolución y estado actual de la dogmática jurídico-penal*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Vol. L, 1997, Portal Iberoamericano de Ciencias Penales (www.cienciaspenales.net), págs. 185 a 209.
 16. PETZOLD PERNÍA, HERMANN; *El principio “Mater in iure samper certa est” frente a la transferencia de embriones humanos, en el derecho civil venezolano*; en www.zur2.com/fp/otras_public_procu, Publicaciones Jurídicas Venezolanas, Procuraduría General de la República, Revista de la Fundación Procuraduría, Summa, Caracas, 1998.

17. QUINTINO ZEPEDA, RUBÉN; *Breves comentarios a la sistemática penal alemana, en retrospectiva a Hans Welzel*, en www.inacipe.gob.mx/htm/Investigacion, págs. 1 a 31.
18. ROXIN, CLAUS; *Culpabilidad y exclusión de la culpabilidad en el derecho penal*, en www.pensamientopenal.com.ar, (trad. Elena Carranza y Fabricio Guariglia), puntos 1 a 51.
19. SCHMOLLER, KURT; *Euthanasie und Rechtsordnung. Rahmenbedingungen einer juristischen Diskussion über Euthanasie*, en www.imabe.org/index.php?id=384 (página del Institut für medizinische Anthropologie und Bioethik). No hay traducción al castellano, pero el trabajo puede denominarse *La eutanasia y el derecho. Marco de un debate jurídico sobre la eutanasia*.
20. Diario Judicial - www.diariojudicial.com.ar-, noticia del día jueves 12 de julio de 2007, “Buscan equiparar al mail con el correo postal”.
21. Diario Judicial –www.diariojudicial.com.ar-, noticia del día miércoles 23 de enero 2008, “A no es igual a B”.
22. Enciclopedia Libre Wikipedia -es.wikipedia.org-, voz “realismo jurídico”.
23. Voz “Adiáfora” en Historia de la Iglesia Universal (Enciclopedia), Iglesia Evangélica Pueblo Nuevo, en www.iglesiapueblonuevo.es