CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
ESCUELA JUDICIAL
RODRIGO LARA BONILLA

FILOSOFÍA DEL DERECHO

SEGUNDA EDICIÓN AUMENTADA

Pablo Raúl Bonorino
Jairo Iván Peña Ayazo

PLAN ANUAL DE FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN
DE LA RAMA JUDICIAL

© 2006 Pablo Raúl Bonorino, Jairo Iván Peña Ayazo.
© 2006 Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN. EL ámbito de la Filosofía del Derecho 7

1. EL CONCEPTO DE DERECHO. Iusnaturalismo y Positivismo 13

1.1 Punto de partida: un caso difícil 14

1.2 El iusnaturalismo 19
1.2.1 Definición 20
1.2.2 Clasificación 21

1.3 El positivismo jurídico 22
1.3.1 Definición 23
1.3.2 Clasificación 24

1.4 La disputa en el siglo XX 25
1.4.1 Iusnaturalismo tradicional: John Finnis 25
1.4.1.1 Bienes básicos 26
1.4.1.2 Razonabilidad práctica 28
1.4.1.3 Derecho natural y derecho positivo 31
1.4.2 Positivismo escéptico: Hans Kelsen 34
1.4.2.1 La Teoría Pura del Derecho 34
1.4.2.2 Validez y pirámide jurídica 36
1.4.2.3 Las críticas al iusnaturalismo 38
1.4.3 Positivismo metodológico: H. L. A. Hart 42
1.4.3.1 El concepto de derecho 43
1.4.3.2 Positivismo metodológico 46
1.4.4 Iusnaturalismo moderno: Ronald Dworkin 50
1.4.4.1 El debate con Hart 50
1.4.4.2 ¿Hay respuestas correctas en los casos jurídicos difíciles? 52
1.4.4.3 El derecho como integridad 55

1.5 Cuestionario de autoevaluación 59

2. NORMAS JURÍDICAS. Distinciones conceptuales **61**

2.1 ¿Qué es una norma? **62**
2.1.1 Grupos principales de normas 63
2.1.2 Grupos menores de normas 64

2.2 ¿Qué es una norma jurídica? **66**
2.2.1 Elementos de las prescripciones 66
2.2.2 Las normas jurídicas 70
2.2.2.1 Las normas jurídicas como reglas sociales 71

2.3 Normas y sistemas jurídicos **73**
2.3.1 La sanción jurídica 75
2.3.2 El sistema jurídico 75
2.3.3 La diversidad de normas jurídicas 78

2.4 Normas y principios **83**
2.4.1 Diferencia lógica: la derrotabilidad 84
2.4.2 Diferencia funcional: el peso 86
2.4.3 La importancia teórica de la distinción 88

2.5 Cuestionario de autoevaluación **90**

3. LA APLICACIÓN DEL DERECHO. Discrecionalidad judicial **91**

3.1 La discrecionalidad judicial **91**
3.1.1 Casos difíciles 93
3.1.2 Discrecionalidad en sentido fuerte y débil 94
3.1.3 ¿En qué sentido los jueces crean derecho? 96

3.2 Razonamiento judicial **97**
3.2.1 Razonamiento jurídico y deducción 98
3.2.2 La sentencia judicial como una argumentación 100
3.2.2.1 Argumentación 103
3.2.2.2 Evaluación de argumentaciones 107
3.2.2.3 La argumentación judicial 109

3.3 Cuestionario de autoevaluación **111**

4. CONOCIMIENTO, VERDAD Y PRUEBA JUDICIAL. Presupuestos filosóficos de la argumentación probatoria ____ **113**

4.1 La teoría procesal de la prueba ____ **115**
4.1.1 El patrón teórico común ____ 116
4.1.2 Los presupuestos epistemológicos ____ 119
4.1.3 Discusiones filosóficas sobre el conocimiento ____ 121
4.1.3.1 La lógica ____ 122
4.1.3.2 La verdad ____ 125

4.2 Las reglas de la "sana crítica" ____ **126**

4.3 Indicadores, intención y prueba ____ **130**

4.4 La argumentación probatoria ____ **133**

4.5 Consecuencias prácticas del enfoque adoptado ____ **138**

4.6 Cuestionario de autoevaluación ____ **141**

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS ____ **143**

BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA Y COMENTADA147

I N T R O D U C C I Ó N

El ámbito de la Filosofía del Derecho

En esta segunda edición aumentada del módulo de Filosofía del Derecho nos proponemos mantener aquellos aspectos que cimentaron la excelente recepción que tuvo la primera, al tiempo que corregimos ciertos errores y expandimos sus contenidos hacia algunos conceptos no analizados previamente. Resultó imposible satisfacer a todos aquellos que nos han hecho llegar sus críticas y sugerencias, pero les estamos agradecidos a todos por igual. La experiencia de estos últimos años en el dictado de seminarios en el Plan de Formación implementado por la Escuela Judicial Lara Bonilla nos ha permitido aprender mucho, mucho más -sin duda- de lo que pueden reflejar las páginas que siguen.

La filosofía es la actividad en la que nos embarcamos (a veces sin quererlo) cuando nos ponemos a pensar críticamente sobre los conceptos, creencias y procedimientos que utilizamos habitualmente. Los conceptos que empleamos pueden ser comparados con los anteojos con los que miramos el mundo o con la estructura sobre la que se asienta el edificio del conocimiento que tenemos de él. Por eso la filosofía se puede caracterizar, metafóricamente, como la actividad de reflexión sobre las lentes mismas de esos anteojos, o compararla con la actividad de un ingeniero cuando diseña la estructura de un enorme edificio.

¿Para qué sirve reflexionar sobre los conceptos, creencias y procedimientos que ya sabemos utilizar de forma habitual sin necesidad de pensar demasiado en ellos? Una de las posibles respuestas es la siguiente: la filosofía es importante porque lo que pensamos sobre aquello que hacemos habitualmente resulta crucial para entender por qué lo hacemos de esa manera, o incluso puede resultar determinante a la hora de tomar la decisión de continuar haciéndolo.

Nuestros anteojos conceptuales determinan la manera en la que investigamos, la forma en la que intentamos resolver un conflicto de intereses y la actitud que asumimos frente a la gente con la que convivimos. Los terroristas suicidas, por poner un ejemplo, creen que existe una vida después de la muerte y que sus acciones en vida pueden determinar su suerte en ese otro mundo. Por eso son capaces de renunciar a su vida y cometer actos atroces en pos de ese objetivo ultraterreno. Pero todas esas creencias filosóficas pueden ser revisadas si se reflexiona críticamente sobre ellas, incluso se las puede abandonar si se llega a la conclusión de que no hay buenas razones para seguir aceptándolas. El cambio en algunas de las ideas que forman el edificio conceptual en el que habitamos puede llevar a cambios importantes no sólo teóricos, sino también prácticos. La práctica y la teoría constituyen un continuo y se influyen mutuamente.

Los jueces y juristas emplean a diario el concepto de “derecho”, es por ello que la cuestión central de la filosofía del derecho es la pregunta “¿Qué es el derecho?”. La manera en la que responden a esta cuestión (en ocasiones de forma tácita) determina el modo en el que se enfrentan a la tarea de decidir los casos que les son sometidos a su conocimiento. Por esta razón, gran parte del módulo que están leyendo está destinado a mostrar la relevancia práctica que tiene el profundizar en el conocimiento de las discusiones que se han generado al intentar responder a dicho interrogante.

En el capítulo 1 tomaremos como punto de referencia la disputa tradicional entre los partidarios de la Doctrina del Derecho Natural y los llamados "positivistas jurídicos" sobre la naturaleza del derecho, centrándonos sólo en algunos autores del siglo XX que representan tendencias muy importantes en la historia del pensamiento jurídico. No pretendemos dar cuenta de todas las corrientes ni explicar la propuesta de todos los autores destacados, pues esta tarea excedería con creces los límites impuestos en este trabajo. Uno de los cuestionamientos recurrentes a la primera versión del módulo fue señalar la ausencia de mención a las corrientes "realistas" y "críticas". Nuestra intención no es menoscabar la importancia de estas posiciones. Hemos elegido las tendencias que permiten comprender la mayor parte de los debates, no sólo actuales, sino a lo largo de la historia de la disciplina. El lector interesado encontrará en la bibliografía comentada que cierra el volumen suficientes referencias para profundizar en el conocimiento de escuelas y teorías que no se han podido explicar adecuadamente.

En los capítulos restantes analizaremos las cuestiones relacionadas con la naturaleza de las normas jurídicas (capítulo 2), la aplicación judicial del derecho (capítulo 3), las nociones de "verdad" y "prueba" (capítulo 4), todos ellos aspectos centrales del edificio conceptual en el que habitamos los juristas. Tampoco hemos pretendido ser exhaustivos respecto de las cuestiones que se consideran fundamentales en la filosofía del derecho contemporánea. Hemos seleccionado sólo tres, teniendo en cuenta principalmente las incumbencias de otros módulos que componen el plan de formación de la Escuela Judicial Lara Bonilla. Así, temas centrales como la interpretación del derecho, la argumentación jurídica, y las teorías de la justicia, no se tratan en el texto por ser objeto de módulos independientes.

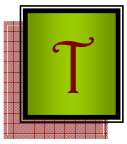
Estas discusiones en torno a ciertos conceptos jurídicos fundamentales nos permitirán comprender mejor el carácter esencialmente inacabado de la labor

filosófica. El conocimiento filosófico no consiste en un conjunto de respuestas correctas a ciertas preguntas, sino en el convencimiento de que todas las respuestas dadas anteriormente han sido consideradas y rechazadas, y que lo mismo ocurrirá con las explicaciones que hoy consideramos aceptables. Esto es todo lo que puede llegar a saber el mejor de los filósofos, lo cuál no resulta despreciable, si comparamos el conocimiento que suelen tener el resto de las personas de los conceptos centrales que emplean a diario.

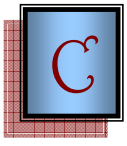
La filosofía es una actividad que consiste en tratar de pensar correctamente, evitando confusiones, detectando ambigüedades, diferenciando las distintas cuestiones relacionadas con un problema para tratarlas por separado, explicitando las distintas alternativas, y construyendo argumentos sólidos para defender las opciones que finalmente se elijan. En consecuencia, aprender filosofía es como aprender a esquiar. No es posible hacerlo sólo leyendo libros o escuchando conferencias. Debemos necesariamente lanzarnos a la acción. Por eso el módulo está pensado no como un mero transmisor de información, sino como una guía para filosofar al tiempo que se reflexiona sobre lo que eso significa.

A lo largo del texto utilizaremos las siguientes convenciones para indicar algunos aspectos salientes del módulo:

OBJETIVOS DE LAS UNIDADES



ACTIVIDADES DE TALLER



CUESTIONARIOS DE AUTOEVALUACIÓN

Los objetivos nos permitirán guiar la lectura de cada una de las unidades, diferenciando con facilidad lo que resulta central de lo que es accesorio. Las actividades de taller son aquellas que nos obligarán a dejar el papel de lectores pasivos en busca de información para transformarnos en filósofos preocupados por reflexionar críticamente sobre los conceptos y creencias desde los que actuamos en nuestra vida profesional. Los cuestionarios de autoevaluación, por último, están destinados a fijar aquellos contenidos que se consideran claves en cada una de las unidades.

Lo importante es no olvidar que la filosofía no constituye un conjunto de afirmaciones verdaderas sobre algo, sino la actividad permanente e inacabada de buscar mejores explicaciones para sustentar las creencias y conceptos que empleamos todos los días. El motor de esa búsqueda es el desacuerdo y el debate. Por ello se ha podido afirmar que “el argumento en pro [y en contra] de un enunciado filosófico es siempre una parte de su significado” (Johnstone 1959: 32). De esta manera se podría entender que las posiciones iusnaturalistas y positivistas (por poner un ejemplo) resultan ambas indispensables para entender qué es el derecho, pues sus respuestas enfrentadas son parte fundamental del significado del concepto de derecho.

El ideal platónico aseguraba que la filosofía podría conseguir todas las respuestas verdaderas a las cuestiones más fundamentales de la existencia. Los filósofos de todas las épocas han afirmado estar en posesión de ellas, y haber logrado aquello que sus predecesores no pudieron hallar. Pero sus expectativas fracasaron rápida e invariablemente. El ideal platónico está motivado por el hecho de que tenemos preguntas profundas y acuciantes, a las que necesitamos dar respuestas satisfactorias para mejorar nuestra comprensión del lugar que ocupamos en el esquema del mundo y de las relaciones que establecemos con las otras criaturas que viven en él. Pero la historia de la disciplina lleva a socavar

inexorablemente la legitimidad de este ideal. La diversidad filosófica resulta ineliminable, pues parece surgir de su propia naturaleza como empresa intelectual. Sin desacuerdos irresolubles no habría filosofía (Rescher 1995).

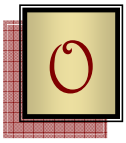
Muchos creen que una disciplina que no ha logrado acuerdos significativos en más de dos milenios carece de legitimidad como empresa de conocimiento. La ausencia de consenso ha generado desilusión e insatisfacción en la filosofía. Incluso muchos filósofos creen que ante esta vergonzosa situación lo mejor sería abandonar su estudio, o certificar su muerte. Pero esta visión pesimista quizás sea el fruto de poseer expectativas exageradas en la propia disciplina (Rescher 1995). Como dice Mario Bunge "la afirmación de que la filosofía ha muerto es falsa y su propagación es inmoral. La idea es falsa, porque todos los seres humanos filosofan a partir del momento en que cobran conciencia. Es decir, todos planteamos y debatimos problemas generales, algunos de ellos profundos, que trascienden las fronteras disciplinarias. Y la propagación profesional de la idea de que la filosofía ha muerto es inmoral, porque no se debe cultivar donde se considera que hay un cementerio." (Bunge 2002: 267). Las discusiones sin fin no son una falla de la filosofía, sino la filosofía misma. Debemos familiarizarnos con ellas, examinar los argumentos rivales y tomar posición: aun sabiendo que en el mismo momento en que lo hagamos ya habrá quién cuestione las razones que nos llevaron a adoptarla.

Como parece que no podemos dejar de filosofar aunque quisiéramos, y que eso nos obliga a participar en grandes combates intelectuales, no nos demoremos más en preparativos y subamos al ring.

1

EL CONCEPTO DE DERECHO

Iusnaturalismo y Positivismo



O - Identificar las principales corrientes de filosofía del derecho.

O – Mostrar la relevancia práctica de las disputas entre positivistas e iusnaturalistas para la labor judicial

O - Profundizar en el conocimiento de algunas teorías filosóficas contemporáneas

La historia de la filosofía del derecho está marcada por el enfrentamiento entre dos corrientes de pensamiento que proponen respuestas diversas a la pregunta "¿Qué es el derecho?". Nos referimos a las doctrinas del derecho natural (o iusnaturalismo) y del derecho positivo (o positivismo jurídico). En líneas generales, la disputa gira en torno a la relación que existe entre derecho y moral. Los iusnaturalistas consideran que esa relación es definitoria del concepto de

derecho, mientras que los positivistas consideran que es una relación que de hecho existe, pero que no resulta clave para comprender lo que es el derecho.

En este capítulo presentaremos ambas posiciones, tratando de mostrar la incidencia práctica que puede tener para un juez a la hora de fundar una decisión la adopción de una u otra respuesta al interrogante básico de la filosofía del derecho. Para ello comenzaremos con la presentación de un fallo hipotético[1], dictado en lo que se suele denominar un "caso difícil", esto es, un caso en el que juristas expertos no están de acuerdo en la solución jurídica que cabe darle[2]. En este fallo veremos como los tres jueces fundan el contenido de sus actos de decisión, y a partir de allí, comenzaremos a analizar la relevancia de la disputa filosófica para entender el origen y la fuerza de sus posiciones. De esta manera pondremos en evidencia la importancia práctica que puede tener esta discusión filosófica.

1.1 Punto de partida: un caso difícil

Un nieto asesinó a su abuelo para cobrar la herencia que este le cedía en su testamento, temiendo que el anciano pudiera cambiar su última voluntad. Descubierto el crimen, el nieto fue encarcelado y se planteó el problema jurídico de sí tenía o no derecho a cobrar la herencia de su abuelo Aunque el testamento era aparentemente válido y las leyes testamentarias no preveían ninguna excepción para el caso en el que el sucesor hubiera causado intencionalmente la muerte del testador para acelerar el trámite sucesorio, el procurador consideró que el nieto no

[1] Nino (1984: 18-27) expone el tema de manera similar, tomando como punto de partida un fallo hipotético dictado en un juicio contra jerarcas nazis después de la Segunda Guerra Mundial. Algunos de los párrafos de la sentencia que presentaré fueron tomados de su reconstrucción.
[2] La noción de “caso difícil” se encuentra analizada con mayor profundidad en el capítulo 3.

tenía derecho a recibir la herencia[3]. A continuación presentaré la hipotética sentencia dictada por un tribunal de tres miembros para resolver la cuestión.

> "En la ciudad de Macondo, a los 25 días del mes de septiembre de 2001, se reúne el Supremo Tribunal Inventado para dictar sentencia en el proceso incoado por el nieto asesino en el que se debe determinar si tiene derecho a cobrar la herencia de su abuelo. Habiendo escuchado los argumentos del procurador y de los representantes del pretendido heredero, y habiendo recibido la prueba aportada por las partes, los señores jueces de este Excelentísimo Tribunal se expiden en los siguientes términos:
>
> "El señor Juez Tomás dijo: 'Distinguidos colegas, estamos aquí reunidos para determinar si un hombre que ha cometido un hecho aberrante puede hacer valer un derecho que tiene su origen en tan infamante falta. Los abogados del nieto asesino no niegan los hechos (sobre cuya verdad real se asienta la condena penal dictada hace tres meses en su contra), ni tampoco la intención que motivó su comisión, esto es, la finalidad de acelerar el trámite sucesorio. Su posición se reduce a afirmar que, independientemente del valor o disvalor moral que merezca la conducta de asesinar a su abuelo, lo que en este proceso se debe determinar es a quien corresponde recibir la herencia que el muerto dispusiera mediante testamento. En este sentido afirman que es perfectamente legítimo de acuerdo con el contenido del orden jurídico vigente que el asesino de su abuelo pueda cobrar su herencia, aunque el crimen haya sido cometido para acelerar el trámite sucesorio. No existe ninguna excepción en las leyes testamentarias que contemplen el caso y el testamento del muerto ha sido realizado de acuerdo a lo establecido por ellas. Distinguidos colegas, creo que es nuestra obligación, como miembros de este tribunal, ayudar a desterrar la absurda y atroz concepción del derecho que encierra la tesis de los abogados del nieto asesino. Esta concepción sostiene que estamos frente a un sistema jurídico cada vez que un grupo humano logra imponer cierto conjunto de normas en determinada sociedad y cuenta con la fuerza suficiente para hacerlas cumplir, cualquiera que sea el valor moral de tales normas. Esto ha generado el obsceno lema "la ley es la ley", con el que se han intentado justificar los regímenes más aberrantes. Desde antiguo, los pensadores más lúcidos han argumentado para demostrar la falsedad de esta forma de entender el derecho. Ellos nos han enseñado que por encima de las normas dictadas por los hombres hay un conjunto de principios morales

[3] La sentencia ficticia que presentaré está basada en el caso *Riggs* v. *Palmer (*115 N.Y. 506, 22 N.E. 188) resuelto por un tribunal norteamericano en 1889. No pretendo presentar los argumentos históricamente formulados en ese fallo. Para ello ver Dworkin 1984, 1988.

universalmente válidos e inmutables que establecen criterios de justicia y derechos fundamentales que forman parte de la verdadera naturaleza humana. Ellos incluyen el derecho a la vida, a la integridad física, a expresar opiniones políticas, a ejercer cultos religiosos, a no ser discriminado por razones de raza, etc., a no ser coaccionado sin un debido proceso legal. Son esos mismos criterios de justicia los que prohiben terminantemente que alguien pueda verse beneficiado por la comisión de un crimen atroz. Este conjunto de principios conforman lo que se ha dado en llamar "derecho natural". Las normas positivas dictadas por los hombres sólo son derecho en la medida que se conforman al derecho natural y no lo contradicen. Cuando enfrentamos un conjunto de normas, como las leyes testamentarias, que están en oposición flagrante con algunos de los principios del derecho natural, calificarlas de expresar todo el 'derecho' implicaría desnaturalizar grotescamente ese sagrado nombre. Ante ellas debemos plantearnos una pregunta fundamental: ¿estamos obligados a obedecer las leyes que consideramos injustas por contrariar el derecho natural al que estamos sometidos por el solo hecho de ser hombres? No siendo las leyes testamentarias que permiten la sucesión de un criminal que ha cometido el delito para acelerar el trámite sucesorio verdaderas normas jurídicas, ellas son inoperantes para resolver la cuestión que nos convoca. Al lema obsceno que dice "la ley es la ley" debemos responder con el lema de la razón iluminada: *lex iniusta non est lex* (una ley injusta no es ley). Los actos que nos ha tocado conocer constituyen violaciones groseras de las normas más elementales del derecho natural, que es un derecho que existía tanto en el tiempo en que tales actos fueron ejecutados, como existe ahora y existirá eternamente. Es así que resulta absurda la posición de los abogados del nieto asesino que insisten en que considerar que su representado no tiene derecho a cobrar la herencia de su abuelo implicaría aplicarle retroactivamente una ley que no existía cuando ocurrieron los hechos que originaron la apertura del proceso sucesorio. Hay una ley eterna que prohibe obtener beneficios de la comisión de un crimen, cualquiera de nosotros puede conocerla con el sólo auxilio de la razón casi tan bien como el contenido de nuestros códigos, por ello es esa ley la que debemos aplicar si consideramos que el nieto asesino no tiene derecho a cobrar la herencia de su abuelo. Voto, por lo tanto, por que se rechace la solicitud de los abogados del nieto asesino, declarando que no tiene derecho alguno sobre la herencia que su abuelo le legara en testamento".

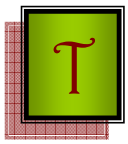
"El señor Juez Hans dijo: "Comparto las valoraciones morales que el distinguido juez preopinante ha hecho de los actos sometidos a la consideración de este tribunal supremo. Yo también considero que tales actos constituyen formas extremadamente aberrantes de comportamiento humano. Pero al formular este juicio no estoy

opinando como juez sino como ser humano y como ciudadano de una nación civilizada. La cuestión es si nos está permitido, en nuestro carácter de jueces, hacer valer estos juicios morales para arribar a una decisión en este proceso. Los juicios morales, incluso los que acabo de formular, son relativos y subjetivos. Los historiadores, sociólogos y antropólogos han mostrado cómo han variado y varían las pautas morales en distintas sociedades y etapas históricas. Lo que un pueblo en cierta época considera moralmente abominable, otro pueblo, en época o lugar diferentes, lo juzga perfectamente razonable y legítimo. ¿Podemos negar que los redactores del código civil poseyeran una concepción moral en la que creían honestamente y que consideraba correcto respetar a rajatabla la última voluntad de un testador aun cuando en ella favoreciera a su propio asesino? No hay ningún procedimiento objetivo para demostrar la validez de ciertos juicios morales y la invalidez de otros. La idea de que existe un derecho natural inmutable y universal y asequible a la razón humana es una vana, aunque noble, ilusión. Lo demuestra el contenido divergente que los pensadores iusnaturalistas han asignado a ese presunto derecho natural a la hora de hacer explícitas sus normas. Para algunos el derecho natural consagra la monarquía absoluta; para otros, la democracia popular. Según nuestros autores la propiedad privada es una institución de derecho natural; otros creen que el derecho natural sólo hace legítima la propiedad colectiva de los medios de producción. Una de las conquistas más nobles de la humanidad ha sido la adopción de la idea de que los conflictos sociales deben resolverse, no según el capricho de las apreciaciones morales de los que están encargados de juzgarlos, sino sobre la base de normas jurídicas establecidas; es lo que se ha denominado "el estado de derecho". Esto hace posible el orden, la seguridad y la certeza en las relaciones sociales. El derecho de una comunidad es un sistema cuyos alcances pueden ser verificados empíricamente, en forma objetiva y concluyente, con independencia de nuestras valoraciones subjetivas. Cada vez que nos encontramos frente a un conjunto de normas que establecen instituciones distintivas, como tribunales de justicia, y que son dictadas y hechas efectivas por un grupo humano que tiene el monopolio de la fuerza en un territorio definido, estamos ante un sistema jurídico, que puede ser efectivamente identificado como tal cualesquiera que sean nuestros juicios morales acerca del valor de sus disposiciones. Va de suyo que considero que, por las mismas razones, el sistema normativo completo y coherente formado por el conjunto de leyes testamentarias, constituye un sistema jurídico, por más que el contenido de algunas de sus disposiciones nos parezca aborrecible. Quiero destacar que hemos aplicado esas normas para resolver todos los casos relacionados con sucesiones testamentarias con anterioridad a este pronunciamiento, y en ningún momento objetamos el contenido

de sus disposiciones. ¿Será que en este caso nos disgusta la solución que el derecho ofrece y pretendemos por eso reemplazarlo por nuestras propias valoraciones? Por supuesto que hay una relación entre derecho y moral; nadie duda de que un sistema jurídico suele reflejar de hecho las pautas y aspiraciones morales de la comunidad o de sus grupos dominantes; tampoco hay dudas de que esto debe ser así para que el sistema jurídico alcance cierta estabilidad y perdurabilidad. Pero lo que cuestiono es que sea conceptualmente necesario para calificar a un sistema de jurídico que él concuerde con los principios morales y de justicia que consideramos válidos. Nosotros somos jueces, no políticos ni moralistas, y como tales debemos juzgar de acuerdo con normas jurídicas. Son las normas jurídicas, y no nuestras convicciones morales, las que establecen para nosotros la frontera entre lo legítimo y lo ilegítimo, entre lo permisible y lo punible. La existencia de normas jurídicas implica la obligatoriedad de la conducta que ellas prescriben y la legitimidad de los actos realizados de conformidad con ellas. Debemos, pues, aceptar la tesis de los abogados del nieto asesino, esto es, que los actos que cometió su representado son moralmente horrendos pero que resulta jurídicamente legítimo reconocerle el derecho a cobrar la herencia de su abuelo. El nieto asesino ya fue penado por el derecho, y por ello pasará el resto de sus días en la cárcel, no desnaturalicemos nuestros principios jurídicos para agregar a esa condena otra pena no establecida en el momento de la comisión del delito. El principio *nullum crimen nulla poena sine lege praevia* nos impide sancionar al nieto con la pérdida de sus derechos patrimoniales, sanción no establecida por las normas jurídicas que debemos aplicar en el momento en el que cometió su aberrante crimen. Cuidémonos de sentar un precedente susceptible de ser usado en el futuro con fines diferentes a los que nosotros perseguimos. A la barbarie y el crimen, que reflejan un desprecio por las bases morales sobre las que se asienta nuestro estado de derecho, opongamos nuestro profundo respeto por las instituciones jurídicas. Voto, pues, por hacer lugar a la solicitud de los abogados del nieto asesino, declarando que tiene derecho a cobrar la herencia que su abuelo le legara en testamento."

Lamentablemente cuando estábamos redactando este apartado nos dimos cuenta que el asistente encargado de fotocopiar el fallo había cometido un error. Faltaba el voto del tercer juez, aquél que decidió la cuestión. Pero una vez que tomamos en cuenta que este modulo estaba sólo dirigido a jueces, la falta no nos pareció muy grave. Todos los lectores que llegaran hasta este punto estarían en

condiciones de redactar el voto faltante, tomando posición sobre la cuestión que suscitó la controversia y evaluando las razones de sus colegas.



T - ¿Qué posición hubiera asumido usted sobre la cuestión si hubiera integrado tan ilustre tribunal?
T - ¿Considera aceptables los argumentos de sus colegas? ¿Por qué?
T - ¿Con qué fundamentos la hubiera apoyado?

El resto del capítulo está destinado a brindarle elementos para que pueda reflexionar con mayor rigor y profundidad sobre las cuestiones filosóficas subyacentes en cada uno de los votos. Ello le permitirá emitir una opinión fundada sobre el valor de los votos transcriptos y pondrá a su disposición mayores elementos de juicio para tomar (y fundar) su propia decisión sobre el asunto.

1.2 El iusnaturalismo

El iusnaturalismo, en sus versiones tradicionales, se compromete con la creencia de que existen, por encima de las leyes creadas por el hombre, ciertos principios de derecho natural. Estos principios de moralidad son inmutables y eternos, contrariamente a las leyes humanas que pueden cambiar de una comunidad a otra y de tiempo en tiempo. Las leyes humanas que se encargan de regular los asuntos más elevados o importantes de la comunidad deben estar de acuerdo con los principios del derecho natural. En consecuencia, la validez jurídica de las leyes humana depende necesariamente de lo establecido en tales principios.

La historia de la doctrina del derecho natural es casi tan larga como la historia europea. Se pueden encontrar nociones que anticipan las tesis antes

mencionadas en Grecia, en las obras de los estoicos en los primeros años del Imperio romano, y en la teología cristiana medieval. Además las mismas ideas de fondo inspiraron el pensamiento secular de los representantes del siglo XVI y fueron la base esencial para la aparición de la doctrina de los derechos naturales surgida en los siglos XVII y XVIII. Durante el siglo XIX y hasta la primera mitad del siglo XX sufrió fuertes embates críticos, pero resurgió con fuerza después de la Segunda Guerra Mundial. Actualmente, sus defensores no se limitan a grupos religiosos, como lo pone de manifiesto la proliferación de corrientes preocupadas por dotar de fundamentos racionales a la doctrina de los derechos humanos. Su larga vida, y la pluralidad de propuestas que se han considerado históricamente como pertenecientes a esta doctrina, explican las dificultades que existen para poder exponer de forma breve en qué consiste el iusnaturalismo.

1.2.1 Definición

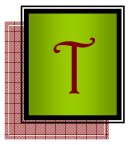
Podemos resumir la doctrina del derecho natural, en su versión tradicional, en las siguientes tres tesis:

(DN_1) existen principios de moralidad eternos y universalmente verdaderos (leyes naturales),

(DN_2) el contenido de dichos principios es cognoscible por el hombre empleando las herramientas de la razón humana y

(DN_3) sólo se puede considerar "derecho" (leyes positivas) al conjunto de normas dictadas por los hombres que se encuentren en concordancia con lo que establecen dichos principios[4].

[4] Carlos Nino define al iusnaturalismo de manera similar: "La concepción iusnaturalista puede caracterizarse diciendo que ella consiste en sostener conjuntamente estas dos tesis: a) una tesis de filosofía ética que sostiene que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana; (b) una tesis acerca de la definición del concepto de derecho, según la cual un sistema normativo o una norma no pueden ser calificadas de "jurídicas" si contradicen aquellos principios morales o de justicia." (Nino 1984: 27-28).



T - ¿En cuál de los dos votos se encuentra presupuesta esta concepción del derecho?

T - ¿Puede identificar en el voto las tres tesis antes mencionadas?

1.2.2 Clasificación

Las teorías iusnaturalistas *tradicionales* se diferencian por los distintos argumentos que brindan en apoyo de la existencia de los principios de derecho natural (tesis DN_1), por las diversas elaboraciones de los contenidos de esos principios que proponen (tesis DN_2) y por las consecuencias que consideran que de ellas se siguen en el campo del derecho (tesis DN_3). Según Nino (1984) las principales discrepancias entre iusnaturalistas surgen respecto del origen de los principios morales que forman el “derecho natural”. Así distingue dos formas básicas de lo que hemos dado en llamar "teorías iusnaturalistas tradicionales": (1) el *iusnaturalismo teológico*, cuyos representantes más conspicuos son los filósofos tomistas, quienes creen que el origen del derecho natural es Dios y que las leyes positivas deben derivarse del mismo; y (2) el *iusnaturalismo racionalista*, representado por los filósofos iluministas, los que sostuvieron que el origen de los principios morales se encuentra en la estructura o naturaleza de la razón humana y quienes trataron de axiomatizar esos principios autoevidentes que permitían derivar el resto de las normas. Lo común a todas ellas es que se desarrollan a partir de una teoría moral desde la cual, sostienen, se puede analizar mejor la forma de pensar y actuar en cuestiones jurídicas. La pregunta central a la que se enfrentan es de tipo moral: ¿cuándo estamos obligados a obedecer al derecho y cuando es legítimo desobedecerlo?

En la segunda mitad del siglo XX las posiciones iusnaturalistas han asumido formas distintas y sofisticadas, a las que llamaremos *versiones modernas* de la doctrina del derecho natural. En ellas se interpreta el alcance de estas tesis de manera muy distinta a como se lo hacen los defensores de las posiciones tradicionales, y en muchos casos se las llega a modificar tan profundamente que la inclusión en la corriente de algunos pensadores (como Ronald Dworkin) es una cuestión que genera arduas discusiones. En todas las versiones modernas de la doctrina del derecho natural, el énfasis está puesto en la comprensión del derecho como fenómeno social. Surgen como respuesta a los embates críticos que los positivistas de finales del siglo XIX y principios del XX dirigieron a las versiones tradicionales. En ellas se defiende la idea, contraria a las pretensiones positivistas, de que no se puede comprender o describir el derecho sin realizar al mismo tiempo una evaluación moral (cf. Bix 1996: 239). La pregunta central en todos estos trabajos es de tipo conceptual: “¿Qué es el derecho?”

1.3 El positivismo jurídico

Existe todavía menos acuerdo a la hora de delimitar conceptualmente aquello que se suele denominar como "positivismo jurídico"[5]. En este intento de trazar la evolución de la doctrinas utilizaremos el término iuspositivista en oposición al iusnaturalismo, pues históricamente el positivismo se caracterizó en sus orígenes por su oposición a todas las formas de iusnaturalismo. Para ello tomaremos como punto de referencia la definición que hemos presentado anteriormente, señalando aquellas tesis que separan a ambos grupos de pensadores.

[5] Sobre los diferentes usos que se han dado a la palabra positivismo ver Bobbio 1965.

1.3.1 Definición

Si el núcleo de las diversas corrientes iusnaturalistas está constituido por las tres tesis que hemos mencionado anteriormente, se puede definir al positivismo jurídico considerando la posición que asume ante ellas.

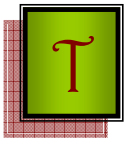
Todos los pensadores positivistas se oponen a la tesis DN_3 con la que hemos caracterizado al iusnaturalismo. En ella se afirma que sólo se puede considerar "derecho" (leyes positivas) al conjunto de normas dictadas por los hombres que se encuentren en concordancia con lo que establecen los principios de moralidad eternos y universalmente verdaderos cognoscibles por la razón humana (leyes naturales).

En consecuencia, todo pensador para ser considerado positivista debe aceptar la siguiente tesis:

(PJ_1) La identificación de un conjunto de normas como jurídicas, esto es, como constituyendo un "derecho" o formando parte del "derecho", no requiere someter a dichas normas a ninguna prueba relacionada con el valor moral de sus contenidos. Se puede dar respuesta a la pregunta "¿Qué es el derecho?" sin necesidad de apelar a propiedades valorativas (sean estas morales o de otro tipo). En otras palabras, no existe relación conceptual entre derecho y moral (lo que no implica negar la existencia de otro tipo de relaciones entre ellos).

Las razones para adoptar esta posición pueden ser de naturaleza muy diversa. Algunas de ellas pueden tener su origen en el rechazo de alguna de las otras dos tesis con las que definimos al iusnaturalismo. Se puede apoyar la tesis PJ_1 argumentando que no existen principios morales eternos y universales, esto es, negando la verdad de la tesis DN_1. Incluso se podría defender el positivismo mediante la negación conjunta de ambas tesis (DN_1 y DN_2). Algunos pensadores positivistas han seguido esta senda al justificar sus posiciones, pero muchos otros

no. Por eso no parece conveniente definir la corriente apelando a tesis que sólo ciertos representantes están dispuestos a defender.



T - ¿En cuál de los dos votos se encuentra presupuesta esta concepción del derecho?
T - ¿Puede identificar en el voto la tesis antes mencionada?

1.3.2 Clasificación

Las primeras teorías en las que se pretendió separar sistemáticamente el ámbito de lo jurídico del ámbito de lo moral, aparecieron en el siglo XIX en las obras de Bentham y Austin, como una reacción al iusnaturalismo tradicional. En el siglo XX las críticas más sistemáticas y completas a la doctrina del derecho natural surgieron de dos corrientes principalmente:

(1) el *normativismo*, representado por las propuestas de Hans Kelsen, quien criticó sus variantes clásicas, y de Herbert Hart, que extendió sus críticas a las formas modernas de concebirla;

(2) el *realismo*, en sus variantes norteamericanas (Pound, Llewelyn, Frank, Holmes) y escandinavas (Olivecrona, Ross). Los pensadores realistas cuestionaban no sólo al iusnaturalismo, sino también al normativismo.

Además existen dos fundamentos en los que se puede apoyar la adopción de una posición positivista respecto de la definición de derecho:

(a) el *escepticismo ético*, esto es, la creencia de que no existen juicios morales objetivamente verdaderos, universalmente válidos y eternos (o bien que, en caso de que existieran, no podrían ser conocidos por el hombre mediante el empleo de la razón); y

(b) la *ventaja metodológica* que implica poder distinguir entre el derecho que es y el derecho que debe ser, a los efectos de permitir la crítica moral de las instituciones vigentes.

Hans Kelsen es un fiel representante del primer tipo de enfoque, mientras que Herbert Hart puede ser considerado el representante más importante de la segunda tendencia.

1.4 La disputa en el siglo XX

Dedicaremos las próximas secciones a presentar con cierto detalle las ideas algunos representantes destacados de cada una de las corrientes que hemos diferenciado en la historia de la doctrina del derecho natural y del positivismo jurídico. En primer lugar, presentaremos la propuesta de John Finnis, que se puede considerar como ejemplo de iusnaturalismo tradicional y teológico. A continuación las posiciones positivistas escéptica de Hans Kelsen y metodológica de Herbert Hart. Finalizaremos la exposición presentando la teoría de Ronald Dworkin, considerado (no sin discusiones) como un iusnaturalista moderno y racionalista. Todos ellos son pensadores contemporáneos de gran importancia para la disciplina y sus obras han sido traducidas, en buena parte, al castellano (ver bibliografía).

1.4.1 Iusnaturalismo tradicional: John Finnis

John Finnis[6] defiende una versión del iusnaturalismo muy cercana a las formas tradicionales que analizamos en la primera parte del capítulo. En *Ley natural y derechos naturales* (2000) toma como fuente primaria de inspiración la obra de Tomás de Aquino, pero considera que su teoría es plenamente secular en su forma.

Lo más significativo de su obra es la tendencia a configurar el derecho natural como una serie de principios morales cuya función es guiar y (justificar) el derecho positivo, pero no suministrar criterios de validez jurídica. Su preocupación, en consecuencia, no es brindar criterios de demarcación para diferenciar el derecho de otros órdenes normativos. Entender que la principal finalidad del derecho natural es proveer de principios racionales capaces de guiar el juicio moral es lo que acerca su obra a las posiciones que hemos denominado tradicionales. En ellas el punto de partida y la principal finalidad es la investigación ética, de la que luego sacan consecuencias para el análisis de ciertas cuestiones jurídicas, pero su objetivo principal no es la búsqueda de una respuesta a la pregunta "¿qué es el derecho?".

Para Finnis el derecho natural es el conjunto de principios de la razón práctica que ordenan la vida del hombre y de la comunidad. Esos principios derivan de ciertos bienes básicos que se justifican por sí mismos. Estos bienes constituyen valores objetivos, porque cualquier persona razonable debería reconocerles ese carácter. Los sistemas jurídicos existen pues cumplen la importante función de crear las condiciones para que los hombres puedan perseguir esos bienes básicos.

1.4.1.1 Bienes básicos

[6] John Mitchell Finnis nació en Australia y se estableció en Inglaterra luego de hacer sus estudios de doctorado en Oxford. Su obra más importante es *Ley natural y derechos naturales* publicada en 1980. Sobre sus ideas ver Ridall 1999: capítulo 11.

El fundamento de la teoría de ética de Finnis es la afirmación de que existe un conjunto de bienes básicos. Estos bienes son intrínsecamente valiosos y se encuentran todos en el mismo nivel de importancia. Cuando Finnis habla de bienes básicos se refiere a aquellas cosas que son buenas para la existencia humana, ya que representan un papel imprescindible para "el florecimiento humano". La expresión "florecimiento humano" hace referencia al logro del potencial pleno de los seres humanos. De esta forma, los bienes humanos serían aquellas cosas sin las cuales el hombre no podría alcanzar su máxima plenitud y desarrollo.

Según el autor hay siete bienes básicos para la existencia humana (Finnis 2000: capítulos 3 y 4):

(1) La *vida*, con la que se alude a cualquier aspecto de la vitalidad que resulte necesaria para que el ser humano pueda determinar los aspectos claves de su existencia de forma óptima.

(2) El *conocimiento*, entendido como el conocimiento que se persigue por el puro deseo de saber y no para conseguir algún otro objetivo por su intermedio.

(3) El *juego*, entendido como aquellas acciones en las que los hombres participamos y que no tienen ninguna finalidad, excepto la de disfrutar con ellas mismas.

(4) La *experiencia estética*, este bien se refiere al goce de la belleza en cualquiera de sus modalidades y con independencia de que fuera generada por el hombre (como en el caso del arte) o por la naturaleza (como en el caso de los paisajes).

(5) La *sociabilidad o amistad*, se trata de un bien a través del cual se consigue la paz y la armonía entre los hombres, y que consiste en la realización de actuaciones a favor de los propósitos de otra persona por el simple bienestar de esa persona.

(6) La *razonabilidad práctica*, se trata de un valor complejo que aglutina a la libertad, el razonamiento, la integridad y la autenticidad. Es el bien básico que

permite enfrentar con inteligencia las decisiones respecto de las acciones, el estilo de vida y la formación del carácter.

(7) La *religión*, se trata de un bien cuyo contenido, según Finnis, deberá ser determinado por cada persona, pues constituye la respuesta al interrogante sobre el origen universal de las cosas (sea esta teológica, atea o agnóstica).

Estos bienes básicos son intrínsecamente valiosos porque resultan buenos en sí mismos, no como el medio para la obtención de otros bienes. Por ejemplo, se puede valorar la salud en sí misma, pero las medicinas son valiosas sólo en la medida en que resultan necesarias para preservar la salud. De esta manera, existen una gran variedad de otros bienes humanos, pero no pueden ser considerados básicos porque o bien resultan vías para conseguir alguno de los siete bienes básicos o bien surgen de su análisis o combinación.

A pesar de la importancia que tiene en la teoría de Finnis, la diferencia entre lo moralmente correcto e incorrecto no puede ser establecida en el nivel de los bienes básicos. Para ello se deben derivar una serie de principios intermedios que Finnis denomina las "exigencias básicas de la razonabilidad práctica".

1.4.1.2 Razonabilidad práctica

Como existen diferentes bienes básicos, sin jerarquía ni prioridad entre ellos, surge la necesidad de contar con una serie de principios que permitan fundar una elección cuando surgen vías de acción alternativas que conducen a la satisfacción de distintos bienes básicos. ¿Qué escoger como actividad para una tarde de verano? ¿Un partido de futbol (satisfaciendo el bien básico del juego) o estudiar filosofía del derecho (obteniendo con ello el bien del conocimiento)? O en un contexto más profundo, ¿Se debe matar a una persona (vulnerando el bien de la vida) si ese es el único medio para salvar muchas otras vidas (o la salud de grandes sectores de la población)? Ninguno de estos interrogantes tiene respuesta en el

nivel de los bienes básicos. En este plano sólo podemos distinguir entre las conductas morales inteligibles de las no inteligibles. Por ejemplo, podemos comprender que una persona sea codiciosa (aun desaprobando su actitud) pues lo que hace es tratar de conseguir los mismos bienes básicos que nosotros. Cuestionamos su actitud porque consideramos que esta actuando de forma desproporcionada, y en consecuencia, de forma incorrecta. La moral es la que debe darnos fundamento para rechazar ciertas elecciones que se encuentran disponibles, aun cuando deje abiertos más de un curso de acción legítimos.

En la teoría de Finnis existe una relación entre el nivel de los bienes básicos y el nivel de las decisiones morales, que se establece en torno a lo que denomina "exigencias básicas de la razonabilidad práctica". La concepción de la "razonabilidad práctica" que defiende en el capítulo 5 de su obra constituye el aspecto más interesante (y polémico) del pensamiento de Finnis. La razonabilidad práctica constituye un bien básico (es valiosa en sí misma) y también es el proceso de razonamiento que distingue el pensamiento correcto del incorrecto (medio para tomar decisiones morales). Si este proceso es llevado a sus últimas consecuencias, permite determinar los criterios para diferenciar entre actos que son razonables considerando todas las cosas (no un propósito en particular) y actos que no son razonables, teniendo en cuenta también todos los factores relevantes. El concepto de razonabilidad práctica es usado en dos sentidos: como un fin en sí mismo, en cuanto que es un bien básico, y como un medio para lograr ciertos fines, en este caso, tomar decisiones prácticas, especialmente las relacionadas con la satisfacción de bienes básicos.

El conjunto de las "exigencias básicas de la razonabilidad práctica" está compuesto por las siguientes nueve pautas de carácter metodológico:

(1) Toda persona debe tener una serie armoniosa de propósitos y orientaciones en su vida. Estos propósitos o compromisos (que deben ser realizables y no meras quimeras), constituyen un “plan de vida racional".

(2) No se deben tener preferencias arbitrarias entre los distintos bienes básicos. Al intentar cumplir con ese plan racional de vida, se debe conceder la

misma validez a todos los bienes básicos, sin sobrevalorar exageradamente ni despreciar la consecución de ninguno de ellos. Esto no significa que se los deba perseguir a todos por igual. Aun cuando seamos conscientes de que estamos persiguiendo un bien más que los otros, eso no debe significar que no los consideremos valiosos y que, en consecuencia, nos despreocupemos totalmente de procurar su satisfacción. Un plan de vida racional debe buscar satisfacción para todos los bienes básicos. La diferencia entre los distintos planes de vidas que resulta razonable escoger radica en la importancia relativa que en ellos se otorga a cada uno de esos bienes.

(3) No se deben realizar preferencias arbitrarias entre personas en lo que atañe a la posibilidad de conseguir los bienes básicos. Para actuar razonablemente se debe seguir el principio, subyacente en la formulación de esta exigencia, "haz a los demás lo que quisieras que ellos hicieran contigo".

(4) Se debe mantener una distancia crítica respecto de todos aquellos proyectos específicos y limitados que se persiguen en la vida, para poder estar abierto a la consecución de todos los bienes básicos en las cambiantes condiciones que se dan a lo largo de la existencia humana.

(5) Se debe ser fiel a los compromisos personales generales que determinan el plan de vida racional que se ha elegido. Se debe mantener un equilibrio entre el fanatismo ciego y el abandono a la ligera de los propósitos asumidos. La fidelidad a los propios objetivos debe equilibrarse con la posibilidad de realizar un cambio razonable en ellos.

(6) Se deben realizar las acciones que son eficientes para cumplir con los objetivos asumidos. No se deben perder las oportunidades que se tienen por el hecho de utilizar métodos ineficaces.

(7) Cuando se ejecuta un acto se debe respetar cualquier bien básico que pudiera ser puesto en peligro al hacerlo. No se deben cometer actos que por sí mismos causan daño. No se puede justificar la producción de un daño apelando a los resultados beneficiosos que podría traer aparejada la acción que directamente lo provoca, ni siquiera cuando el beneficio a obtener fuera más importante que el

daño que se generaría. En otras palabras, el contenido de este principio puede sintetizarse en la máxima "el fin nunca justifica los medios, cuando los medios seleccionados implican dañar un bien básico".

(8) Se debe favorecer y alentar el bien de la propia comunidad.

(9) Se debe actuar siempre de acuerdo con la conciencia. Si tras meditar una cuestión uno piensa (cree o siente) que no debería hacer algo, entonces no debe hacerlo.

Estas nueve exigencias de la razonabilidad práctica constituyen un mecanismo para guiar la conducta de los hombres y para indicarles los criterios a tener en cuenta a la hora de tomar decisiones prácticas. Las nueve pautas que hemos presentado forman el contenido del derecho natural, y también constituyen lo que se entiende por moral. En consecuencia, cada una de estas exigencias constituye una forma de obligación moral, pues determinan lo que se debe (o no se debe) hacer. La función que cumple el derecho natural es dotar de principios de razonabilidad capaces de guiar el proceso de toma de decisiones en cuestiones morales.

1.4.1.3 Derecho natural y derecho positivo

Como en las teorías del derecho natural tradicionales, en la teoría de Finnis se estudian las relaciones que existen entre el derecho natural y la ley humana, tomando como punto de partida la teoría moral en la que se funda la existencia y contenido del primero. Siguiendo la tradición tomista, pero con algunas modificaciones, afirma que hay ciertos bienes y principios cuya observancia facilita el florecimiento humano. Las leyes hechas por el hombre deberían contribuir a que ese florecimiento pueda ser alcanzado. Para que esto ocurra, el derecho positivo debe ser la aplicación de las exigencias de la razonabilidad práctica universalmente válidas.

Un aspecto novedoso en su posición es que, según Finnis, una teoría del derecho natural no requiere aceptar como premisa central la tesis tomista "una ley injusta no es ley" (ver supra). Considera que es más importante señalar la necesidad de que las leyes humanas, para que sean correctas, sigan el camino de la razonabilidad práctica. Sin embargo, el autor se plantea el problema, relacionado con el anterior, de si existe obligación moral de obedecer una ley particular injusta cuando la misma pertenece a un sistema legal que es a grandes rasgos justo. Finnis considera que no existe una obligación moral de acatar una ley contraria a las exigencias de la razonabilidad práctica, esto es, contraria al derecho natural. Contempla sólo una excepción. El caso en que la obediencia resulte necesaria para evitar que el sistema legal en su conjunto, incluyendo los aspectos que se consideran justos, pierda eficacia.

Pongamos un ejemplo para mostrar los dos niveles de reflexión (moral y jurídica) que propone Finnis y sus posibles relaciones. Imaginemos en primer lugar un problema de índole exclusivamente moral. Un piloto de un avión cazada alcance a un avión de pasajeros secuestrado por un grupo de fundamentalistas. El problema moral que se le plantea al piloto es el siguiente: ¿debo derribar el avión de pasajeros para evitar así que los secuestradores puedan producir más daño estrellándolo en una zona densamente poblada? La teoría ética de Finnis, articulada en torno a los nueve principios de la razonabilidad práctica, ofrece un procedimiento para hallar una respuesta (o al menos para guiar su búsqueda). Entre esos principios existe uno que indica que no se puede justificar moralmente el daño producido a los bienes básicos de otros individuos apelando a los resultados beneficiosos que podría traer aparejada la acción que directamente lo provoca. El fin no justifica los medios ni siquiera cuando el beneficio a obtener fuera más importante que el daño que se generaría. De esta manera, si el piloto aceptara como correcta la ética normativa que propone Finnis, debería optar por no derribar el avión de pasajeros.

Cambiemos ahora algunas circunstancias del caso, para llevar la discusión al plano jurídico. Pensemos en un piloto de caza que ha recibido una orden de su

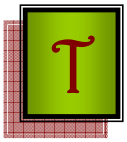
superior en aplicación de una ley general, sancionada por el parlamento de su país, en la que se autoriza a la fuerza aérea a ordenar el derribo de aviones de pasajeros cuando hayan sido secuestrados en vuelo. Desde la propuesta de Finnis podríamos considerar (si aceptamos el análisis que hemos realizado en el párrafo precedente) que esa norma constituye un claro ejemplo de ley injusta, pues ordena realizar una acción que puede ser considerada como inmoral a partir de los principios de razonabilidad práctica que constituyen el contenido del derecho natural. Pero que esa norma se encuentre en colisión con el derecho natural no permite inferir directamente, en la teoría de Finnis, ninguna de las siguientes afirmaciones:

(a) las normas que autorizan derribar aviones de pasajeros en vuelo, cuando hayan sido secuestrados, no pueden ser consideradas normas jurídicas;

(b) las norma que autorizan derribar aviones de pasajeros en vuelo, cuando hayan sido secuestrados, no deben ser obedecidas por sus destinatarios.

La única posibilidad que deja abierta la teoría de Finnis en este caso, una vez aceptado que la norma jurídica que se debería aplicar es injusta por ser contraria al derecho natural, es que se justifique moralmente su desobediencia. Pero dicha justificación no surge inmediatamente al constatar el carácter injusto de la norma. Para ello se debe considerar si, en ese caso, la obediencia a la norma injusta no resulta necesaria para evitar que el sistema legal en su conjunto (considerado en líneas generales justo) pierda eficacia. Determinar cuándo un sistema jurídico pierda eficacia, si se desobedece una norma injusta que lo compone, es una cuestión contextual. La respuesta que se dé dependerá del contexto jurídico en el que se deba tomar la decisión. En consecuencia, la decisión que debe tomar el piloto del caza de obedecer o no lo que ordena el derecho exige tener en cuenta más elementos que los que se debían considerar si la cuestión se planteaba sólo en el plano moral.

Los jueces a la hora de resolver un caso jurídico difícil se encuentran, en muchas ocasiones, en una posición similar a la del piloto del caza en el segundo de los supuestos considerados.



T - Tome posición en el caso del nieto asesino adoptando como presupuesto la teoría de John Finnis.
T - Construya un voto elaborando sus fundamentos desde esa perspectiva.
T - ¿Cómo refutaría los argumentos de Hans?

1.4.2 Positivismo escéptico: Hans Kelsen

Hans Kelsen[7] (1979) basa su concepción de la ciencia jurídica en la propuesta de lo que denomina una *Teoría pura del derecho,* esto es, una explicación de la naturaleza del derecho en la que se eliminan los elementos sociológicos, políticos y morales.

1.4.2.1 La Teoría Pura del Derecho

La *Teoría pura del derecho* permite definir todos los conceptos jurídicos básicos a partir de las normas positivas que integran un ordenamiento jurídico, y con independencia de sus contenidos específicos. Constituye una teoría general del derecho, pues no pretende explicar el funcionamiento de un sistema jurídico en particular, sino aquellos aspectos estructurales comunes a todos los fenómenos normativos a los que aplicamos la expresión "derecho".

Para Kelsen una norma jurídica es un juicio de deber ser, en el que se imputa una sanción jurídica a la descripción de una conducta. Uno de los elementos claves para explicar los fenómenos jurídicos es la noción de "sanción", con el que se caracteriza la norma jurídica y, a partir de relaciones estructurales, se completa

[7] Hans Kelsen (1881-1973) nació en Praga, pero desarrolló la primera etapa de su producción académica en Viena. La irrupción del nazismo lo obligó a pasar los últimos años de su

todo el elenco de conceptos jurídicos fundamentales[8]. ¿Qué significa esto? Tomemos como ejemplo el concepto de "delito" o "acto antijurídico" (en la terminología del autor)[9]. Kelsen no da una definición de delito en la que se listen las propiedades valorativas que debe tener un acto para ser considerado un delito. Se limita a indicar la posición que ocupa la descripción de la conducta que constituye el "delito" en una norma jurídica, y la relación que la misma debe guardar con la noción de sanción jurídica.

Kelsen define el "delito" o "acto antijurídico" como la conducta del sujeto contra quien se dirige una sanción jurídica. Si la norma consiste en un juicio que relaciona una conducta con una sanción, la conducta del sujeto a la que se imputa la sanción es el acto antijurídico. De esta manera, Kelsen se opone a la visión iusnaturalista que considera al delito como una conducta *mala in se* (intrínsecamente disvaliosa). En esta concepción las normas jurídicas se limitarían a sancionar los actos considerados inmorales, los que igual serían delitos aunque ninguna ley positiva les imputara una sanción jurídica. Kelsen considera al acto antijurídico como una conducta *mala prohibita* (disvaliosa porque una norma jurídica le imputa una sanción). Esta descripción explica mejor lo que ocurre en el interior de los sistemas jurídicos, en los que ciertas conductas consideradas inmorales podrían no ser objeto de sanción jurídica y, en consecuencia, no serían calificadas técnicamente como "delitos" en ese derecho. Pensemos en la conducta de derribar un avión de pasajeros en vuelo cuando ha sido secuestrado. Podríamos considerarla inmoral, pero no diríamos que constituye un delito a menos que una norma jurídica le imputara una sanción. En el mismo sentido, una conducta que no se considere inmoral podría ser tenida como delito en un sistema jurídico. Como ocurre en aquellos países en los que se castiga el tener más de dos hijos por pareja.

---

vida en los Estados Unidos, como profesor de la Universidad de California (Berkeley). Su obra más importante es la *Teoría Pura del Derecho*, editada por primera vez en 1934 (2da. ed. rev. 1960).

[8] La noción de "sanción jurídica" que propone Kelsen se presenta con mayor detalle en el capítulo siguiente.

[9] Kelsen utiliza la expresión "delito" en un sentido amplio, aludiendo con ella a los actos antijurídicos penales y civiles.

La explicación del concepto de "acto antijurídico" que propone Kelsen no alude a los aspectos valorativos ni sociológicos relacionados con la noción de "delito", que se encargan de estudiar otras disciplinas como la moral o la sociología. Es la explicación que una genuina ciencia del derecho debe dar de una noción jurídica, según los postulados metodológicos que inspiran la elaboración de la *Teoría pura del derecho*[10].

Otro concepto fundamental, el de "deber jurídico" u "obligación jurídica", es definido como la conducta opuesta al acto antijurídico. Un sujeto está obligado (o tiene el deber) de realizar determinada conducta si, en el ordenamiento jurídico, existe una norma que impute a la conducta opuesta una sanción jurídica. El "derecho subjetivo", por otra parte, es definido como el reflejo de una obligación jurídica existente. Decir que alguien tiene un derecho subjetivo es afirmar que otra persona está obligada a realizar una determinada conducta en relación con él.

Pongamos un ejemplo. Si en un ordenamiento jurídico existiera una norma que dispusiera que "si el comprador no paga el precio al vendedor, entonces deberá ser privado de su libertad", de ella se podrían derivar las siguientes afirmaciones (relativas a ese ordenamiento jurídico): (a) la conducta "no pagar el precio a quien nos ha vendido algo" constituye un acto antijurídico (o delito); (b) el comprador tiene el deber jurídico (u obligación jurídica) de "pagar el precio a quien le ha vendido algo"; y (c) el vendedor tiene el derecho subjetivo de "recibir en pago el precio de parte de aquél a quien le ha vendido algo".

1.4.2.2 Validez y pirámide jurídica

Para Kelsen la *validez* es la existencia específica de las normas jurídicas. Una norma es válida cuando ha sido creada siguiendo los procedimientos, y con el contenido, que indica una norma jurídica superior (cf. Bulygin 1991). Esa norma superior también debe ser válida, esto es, debe ser una norma jurídica, lo que

[10] Kelsen define de manera similar los conceptos de "responsabilidad", "deber jurídico (u

implica que debe haber sido creada de acuerdo con lo establecido por una norma superior válida. Pero para determinar si esa norma es válida debemos saber si ha sido creada de acuerdo con los procedimientos establecidos por una norma superior válida, y ésta a su vez debería ser sometida a la misma prueba, y así sucesivamente hasta el infinito.

Pero los ordenamientos jurídicos no están formados por una cantidad infinita de normas, ni tampoco podemos retrotraer la pregunta por la validez de una norma jurídica hasta el origen de los tiempos. Por ello Kelsen postula la existencia de una norma especial, al a que llama "norma fundante básica" (*grundnorm*) del ordenamiento jurídico. De ella se deriva la validez de la primera constitución y, en consecuencia, de todo el ordenamiento jurídico.

La necesidad de acudir a esta *cadena de validez* para explicar la existencia de una norma jurídica, es lo que ha llevado a asimilar la concepción de Kelsen del ordenamiento jurídico a la imagen de una pirámide. En la cúspide de dicha pirámide se encuentra la primera constitución, y a partir de ella, es estructuran jerárquicamente el resto de las normas que forman un sistema jurídico. La norma fundante básica (*grundnorm*) constituye el elemento metodológico con el que se puede fijar el vértice de la pirámide, pero no forma parte de ella. No constituye una norma jurídica positiva del ordenamiento jurídico.

La naturaleza de la norma fundante básica ha sido uno de los aspectos más cuestionados de su teoría. El propio Kelsen cambió a lo largo del tiempo la manera de concebirla. Por ello no podemos detenernos a considerar las distintas propuestas que se han elaborado para tratar de explicarla sin exceder los límites del módulo. Para cumplir los objetivos que nos hemos propuesto nos basta con resaltar el importante papel que representa la "norma fundante básica" en el interior de la *Teoría pura del derecho*, y dejar constancia de los grandes debates que su naturaleza ha generado entre los filósofos del derecho contemporáneos[11].

---

obligación)", "derecho subjetivo", "capacidad", "competencia", "órgano" y "persona jurídica".

[11] Un análisis detallado de estas cuestiones se puede encontrar en el libro que Juan Antonio García Amado ha dedicado íntegramente al tema: *Hans Kelsen y la norma fundamental* (1996).

La *Teoría pura del derecho* no pretende describir el contenido de ningún ordenamiento jurídico en particular. Trata de determinar los aspectos estructurales comunes a todos los fenómenos normativos a los que llamamos "derecho". Constituye una teoría general del derecho, capaz de dar una respuesta científica a la pregunta "¿Qué es el derecho?". Kelsen considera que esto es todo lo que puede aportar una auténtica ciencia jurídica al conocimiento del derecho. El presupuesto de esta afirmación es una concepción de la actividad científica (y de su producto, el conocimiento científico), que la considera valorativamente neutral.

Para lograr una teoría valorativamente neutral, y con ello un aporte significativo a la ciencia del derecho, Kelsen considera fundamental eliminar de su teoría toda alusión a los aspectos políticos y morales relacionados con la legitimación de los sistemas jurídicos. La *Teoría pura del derecho* no permite legitimar los contenidos de los ordenamientos jurídicos existentes, y tampoco brinda fundamentos para criticarlos. Se mantiene neutral respecto a las disputas morales o políticas porque considera que en esas cuestiones no se puede dar una respuesta fundada en el conocimiento científico. La verdad de los juicios de valor es relativa al tiempo, al lugar y al sujeto que los formula.

Por eso, la crítica que señala que la teoría de Kelsen permite legitimar cualquier tipo de ordenamiento jurídico resulta infundada. En la *Teoría pura del derecho* no hay elementos que permitan justificar moralmente, ni tampoco criticar, un ordenamiento jurídico. Las razones de esta ausencia hay que buscarlas en el escepticismo ético que defiende el autor, punto de partida de las críticas que lanza a las teorías iusnaturalistas tradicionales.

1.4.2.3 Las críticas al iusnaturalismo

Kelsen dirige principalmente dos críticas a las posiciones iusnaturalistas. En la primera afirma que la doctrina del derecho natural no distingue entre dos "mundos", el mundo del *ser* y el mundo del *deber ser*. Esto se puede traducir

como la falta de diferenciación entre dos tipos de leyes no pueden ser confundidas: (a) las leyes de la naturaleza que regulan el mundo físico, y (b) las leyes que regulan las conductas humanas. Las primeras tienen carácter descriptivo, informan sobre ciertas regularidades en su objeto de estudio, y pueden ser consideradas como verdaderas o falsas. Las segundas, en cambio, poseen carácter prescriptivo. Su función es la de guiar el comportamiento de los hombres indicando lo que se debe o no se debe hacer, y sobre ellas no cabe predicar verdad o falsedad, sólo se pueden realizar juicios de valor. Pero el valor no es una propiedad que se pueda hallar en la realidad natural. El iusnaturalismo no sólo no diferencia las leyes naturales de las leyes de conducta, sino que además pretende apoyar la existencia de las últimas en las primeras, lo que resulta inaceptable.

Este es uno de los puntos básicos de la primera crítica de Kelsen al iusnaturalismo. Una cosa es que algo exista y se describa mediante un *juicio del ser*; y otra, muy diferente, es que deba ser de esa manera, lo que se puede expresar mediante un juicio de *deber ser*. Según Kelsen, el iusnaturalismo realiza un salto lógico no justificable entre *juicios del ser* y *juicios del deber ser*. Pretende derivar de la realidad natural valores morales, y aspira a inferir normas de conductas de ciertos hechos de la realidad social.

Kelsen considera, en consecuencia, que el iusnaturalismo no puede inferir las leyes que forman el derecho natural de la naturaleza del hombre, sino que sólo puede derivar su concepción del hombre a partir de los principios morales que previamente ha considerado importantes. Esto es lo que explica que las leyes y los sistemas de gobierno derivados supuestamente del derecho natural varíen de forma tan significativa de un lugar a otro y de un momento histórico a otro. Como los principios morales son esencialmente subjetivos, no puede haber acuerdo entre los filósofos sobre cuáles son esos principios y, tampoco, sobre cuáles son las conclusiones que de esos principios se puede deducir en relación con la naturaleza del hombre.

La segunda crítica cuestiona el papel que representa el derecho positivo en la explicación de la naturaleza del derecho que propone el iusnaturalismo. En las

doctrinas de derecho natural se resalta la importancia que tiene para el funcionamiento de una sociedad la existencia del derecho positivo, el que no puede ser reemplazado por el derecho natural. Sin embargo, en ellas también se afirma que los principios del derecho natural son cognoscibles empleando las herramientas de la razón humana. Kelsen sostiene que, si es cierto que el contenido del derecho natural puede ser conocido sólo usando la razón (DN_2) y que sólo debe ser considerado derecho aquél cuyos contenidos se puedan derivar de esos principios (DN_3), la conclusión que cabría extraer es que el derecho positivo resulta innecesario para el funcionamiento de una sociedad. Los conflictos de intereses podrían resolverse aplicando directamente el derecho natural, sin necesidad de apelar a normas positivas que duplicaran sus exigencias.

Además, Kelsen afirma que muchos iusnaturalistas sostienen que el derecho positivo se caracteriza por su carácter coercitivo, el que se encuentra justificado como medio de conseguir el cumplimiento de sus normas (y de las exigencias de la ley natural recogidas en ellas). Kelsen considera que en este aspecto de la doctrina existe una contradicción. En ella se presupone que el hombre es un ser bueno por naturaleza (sólo así se explica que los principios del derecho natural se puedan deducir de la naturaleza humana), y al mismo tiempo, se considera que el hombre es un ser malo por naturaleza (pues sólo así se puede entender que se requiera la amenaza del uso la fuerza para que cumpla con los principios del derecho natural).

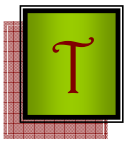
Por todas estas razones, Kelsen considera que el derecho natural como tal no existe. Que tantos pensadores a lo largo de toda la historia hayan defendido su existencia se debe a que satisface una necesidad profundamente arraigada en el hombre, como es la necesidad de justificar sus juicios de valor. Ésa es la razón, según Kelsen, que permite explicar la permanencia en el tiempo de los postulados iusnaturalistas. Considera que los juicios de valor tienen su origen en la conciencia del hombre, en sus emociones y deseos subjetivos. Esto los hace subjetivos y relativos. Para poder justificarlos se les debe dar carácter objetivo y universal, y para ello se los debe presentar como derivados de ciertos principios de moralidad objetivos y verdaderos, y no como simples deseos y preferencias individuales.

Según Kelsen el derecho natural sirve para que el hombre mantenga la ilusión de que existen verdades absolutas e inalterables. Pero esto no altera la verdadera naturaleza que a su entender tienen los juicios de valor: su carácter relativo. Decimos que Kelsen se puede englobar en la corriente del escepticismo ético, pues afirma que los juicios valorativos no son susceptibles de ser verdaderos ni falsos, y, con ello, rechaza la posibilidad del conocimiento moral.

> "Si hay algo que la historia del conocimiento humano puede enseñarnos, es la inutilidad de encontrar por medios racionales una norma de conducta justa que tenga validez absoluta, es decir una norma que excluya la posibilidad de considerar como justa la conducta opuesta. Si hay algo que podemos aprender de la experiencia espiritual del pasado es que la razón humana solo puede concebir valores relativos, esto es, que el juicio con el que juzgamos algo como justo no puede pretender jamás excluir la posibilidad de un juicio de valor opuesto. La justicia absoluta es un ideal irracional…" (Kelsen 1981).

Para terminar volvamos al ejemplo que empleamos para ilustrar la posición de John Finnis. Frente al caso del piloto del caza al que se le ha dado la orden de abatir un avión de pasajeros en vuelo que ha sido secuestrado, con fundamento en una ley positiva sancionada de acuerdo a los procedimientos determinados por la Constitución del Estado para el que presta funciones, la teoría de Kelsen se mantendría moralmente neutral. Si dicha ley se considera justa o no, y si, en consecuencia, debe ser obedecida o no, no son cuestiones sobre las que la *Teoría Pura del Derecho* pueda ofrecer una respuesta. ¿Es la ley que autoriza derribar aviones de pasajeros secuestrados una norma válida, esto es, pertenece a ese ordenamiento jurídico? La respuesta de Kelsen es de carácter general. Si podemos retrotraer la cadena de validez hasta la norma fundante básica de ese ordenamiento, entonces esa norma es válida, forma parte del derecho. En ese caso,

se podría afirmar que el piloto tendría el "deber jurídico" de abatir el avión de pasajeros. Pero de ello no se seguiría que tuviera el "deber moral" de hacerlo. Las razones para obedecer o no una norma se deben buscar en los deseos, emociones y preferencias del sujeto enfrentado a la decisión, y no en supuestos principios morales verdaderos de carácter universal. El piloto tomaría la decisión considerando sólo los dictados de su conciencia (aunque para aliviar el peso de tamaña decisión posiblemente la presentaría como la única posibilidad derivada de un conjunto de principios de moralidad universales, objetivos y verdaderos).



T – Considere que el fallo que ha elaborado anteriormente aplicando la teoría de John Finnis es en realidad el primer voto de un fallo que debe ser adoptado por mayoría. Realice las siguientes tareas:

[1] Construya un voto de salvamento adoptando como presupuesto la teoría de Hans Kelsen, y

[2] Explique cómo refutaría los argumentos que usted mismo elaboró en el primer voto.

1.4.3 Positivismo metodológico: H. L. A. Hart

Herbert Hart[12] es la figura más importante de la filosofía jurídica anglosajona del siglo XX. La estrategia general de Hart consiste en no intentar responder directamente a la pregunta "¿Qué es el derecho?" sino en distinguir diferentes preguntas que comúnmente se han planteado al intentar una respuesta a la misma. Hart sostiene que quienes han buscado una definición de derecho han

[12] H.L.A. Hart (1907-1992) fue profesor en Oxford desde 1953 hasta 1968. Su libro más importante es *El concepto de derecho*, publicado en 1961. Sobre su obra ver Páramo 1984.

intentado responder con ella los siguientes interrogantes: "¿En qué se diferencia el derecho de las órdenes respaldas por amenazas, y qué relación tiene con ellas? ¿En qué se diferencia la obligación jurídica de la obligación moral, y qué relación tiene con ella? ¿Qué son las reglas, y en qué medida el derecho es una cuestión de reglas?" (Hart 1963:16). Intenta responder a las tres preguntas aislando y caracterizando un conjunto de elementos centrales del concepto de derecho, pues considera que ninguna definición simple puede resolver cuestiones tan complejas y dispares. El propósito de Hart "no es dar una definición de derecho, en el sentido de una regla según la cual se puede poner a prueba la corrección del uso de la palabra; su propósito es hacer avanzar la teoría jurídica proporcionando un análisis más elaborado de la estructura distintiva de un sistema jurídico nacional, y una mejor comprensión de las semejanzas y diferencias entre el derecho, la coerción y la moral, como tipos de fenómenos sociales." (Hart 1963: 20-21).

1.4.3.1 El concepto de derecho

Hart responde a las preguntas señaladas anteriormente en su obra *El concepto de derecho* (1963), en la que se encuentra la parte más significativa de su propuesta teórica[13].

Hart comienza reconstruyendo la teoría que explica el derecho como un conjunto de órdenes generales respaldadas por amenazas, emitidas por un soberano (independiente y supremo) generalmente obedecido (1963: capítulo 2).

Esta teoría fue defendida principalmente por John Austin (1790-1859) en las clases que dictara en la Universidad de Londres en el período comprendido entre 1829 y 1832. Las mismas fueron recogidas en su obra *The Province of Jurisprudence Determined*, publicada en 1832. A pesar de las diferencias que el propio Kelsen señala con la obra de Austin (cf. Kelsen 1946), Hart considera que,

[13] En lo que sigue presentaré brevemente sólo algunos de los rasgos más salientes de la posición de Hart, tal como se encuentra desarrollada principalmente en *El concepto de derecho* (Hart 1963), y en algunos artículos anteriores y posteriores (ver Hart 1982, 1983).

en lo que a la concepción básica de las normas jurídicas respecta, su reconstrucción refleja también la posición de Hans Kelsen[14].

Luego dedica los dos capítulos siguientes de su libro a mostrar las deficiencias de este tipo de teorías. Las distintas críticas que Hart formula a este "modelo simple", le permiten presentar las nociones teóricas con las que elucida el concepto de derecho:

(1) *Reglas primarias y secundarias.* La necesidad de dar cuenta de las diferentes funciones sociales que cumplen las reglas en un sistema jurídico (cap. 3) conduce a la distinción entre reglas primarias y secundarias como elemento esencial a la hora de describir el derecho (cap. 5)[15].

El argumento general es que los sistemas jurídicos reales incluyen normas que, por su contenido, origen o ámbito de aplicación, no pueden ser explicadas correctamente mediante el modelo de órdenes respaldadas por amenazas. Si tenemos en cuenta el contenido de las normas, veremos que en los sistemas jurídicos reales existen normas que otorgan potestades públicas o privadas, esto es que establecen la forma en que los particulares pueden generar nuevos derechos y obligaciones, o la manera en que los funcionarios pueden dictar o aplicar normas. Estas normas no pueden ser explicadas en el modelo simple sin (a) asimilar nulidad con sanción o bien (b) considerarlas fragmentos de normas genuinas. Ninguna de estas alternativas resulta aceptable, pues el resultado obtenido sería la deformación de las diferentes funciones sociales que cumplen los distintos tipos de reglas. Las objeciones que pueden plantearse si se consideran el origen y el ámbito de aplicación de las normas en los sistemas jurídicos reales, son dos: (a) algunas normas se originan en la costumbre, no son creadas, y (b) las normas jurídicas se aplican aun a las mismas autoridades que las emiten. Según Hart, tampoco estas

[14] Sobre las relaciones entre la "norma fundante básica" kelseniana y la "regla de reconocimiento", ver García Amado 1996.

[15] La concepción de Hart sobre las reglas jurídicas se trata con más detalle en el capítulo siguiente.

dos características pueden ser explicadas satisfactoriamente con el modelo simple de órdenes generales respaldadas por amenazas (ver Hart 1963: Cap. 5).

(2) *La regla de reconocimiento.* La respuesta insatisfactoria que brinda el modelo simple a los problemas relativos a la existencia e identificación de un sistema jurídico, muestra la necesidad de una regla última para dar cuenta de los mismos (cap. 4). Esto lleva a la teoría de la *Regla de Reconocimiento*, la que posee las propiedades de ser una regla secundaria y la de poder ser vista tanto desde un punto de vista interno como externo (caps. 5 y 6).

El modelo simple explica la identidad o unidad de un ordenamiento jurídico mediante la introducción de la idea de un soberano, independiente y supremo, generalmente obedecido, del que emanan todas las ordenes generales que componen un sistema jurídico. Una norma forma parte del derecho cuando la misma ha sido emitida por el soberano o bien por alguien a quien el soberano haya delegado parte de su poder normativo. La existencia de diferentes soberanos supremos e independientes es lo que permite explicar la existencia de diferentes sistemas jurídicos. El soberano es un sujeto o conjunto de sujetos a los que la población obedece habitualmente, y que no tienen a su vez el hábito de obedecer a ninguna autoridad normativa. Hart crítica este aspecto del modelo porque no permite explicar (a) la continuidad de un sistema jurídico cuando el soberano debe ser reemplazado, (b) la persistencia temporal de las normas emitidas por un soberano cuando el mismo es sucedido por otro, y (c) porque en los sistemas jurídicos reales no puede identificarse ningún soberano independiente y supremo habitualmente obedecido, ya que las legislaturas o el electorado, únicos candidatos posibles en las modernas democracias, no pueden entenderse en esos términos.

También muestra que las críticas que el realismo extremo formula a cualquier variante de normativismo se fundan en una inaceptable concepción de la actividad jurisdiccional. La misma magnifica los elementos ineliminables de discrecionalidad presentes en toda decisión judicial por la textura abierta de los lenguajes naturales en los que se expresan las reglas jurídicas (cap. 7). Esto

conduce a Hart a esbozar una teoría de la decisión judicial. También defiende la distinción conceptual entre derecho y moral, que hace que su teoría pueda ser entendida como una variante "metodológica" del positivismo jurídico (cap. 9). Finalmente trata de explicar las características particulares del derecho internacional, sin caer en lo que él cree que es el principal defecto que ha hecho naufragar otras explicaciones: la proyección de las propiedades relevantes para explicar un orden jurídico nacional a la hora de enfrentarse con un fenómeno tan distinto como el que constituye el llamado derecho internacional (cap. 10).

1.4.3.2 Positivismo metodológico

Un poco antes de publicar *El concepto de derecho* (1963), Hart publicó un artículo en el que se proponía hacer frente a la fuerte crítica que el positivismo jurídico, entendido como aquella posición caracterizada por defender la distinción entre derecho que es y derecho que debe ser, venía recibiendo desde fines de la segunda guerra mundial en lo que podría considerarse el renacimiento de las doctrinas del derecho natural (Hart 1962).

Ese trabajo constituye un hito importantísimo en la discusión, todavía vigente en la filosofía del derecho, respecto a la relación que existe entre el derecho y la moral. No sólo porque facilitó una discusión más franca de la cuestión, al plantear en forma sistemática y con suma claridad los distintos argumentos que se solían esgrimir hasta el momento de forma confusa en la disputa, sino porque su defensa delineó la primera versión de lo que se conocería luego como "positivismo suave", "moderado" o "metodológico", variante que prácticamente monopolizó el escenario iusfilosófico de corte positivista en la segunda mitad del siglo. Los argumentos que Hart presenta en el capítulo 9 de *El concepto de derecho* (1963) no presentan variantes en relación con la posición que el autor había defendido previamente en ese artículo. Consideramos, por último, que sus argumentos conservan, aún hoy, fuerza suficiente como para constituir el

punto de partida de una respuesta positivista a la pregunta que permita defender plausiblemente un proyecto general, descriptivo y analítico de teoría del derecho capaz de afrontar las críticas, aparentemente novedosas, que se le formularan en los últimos años.

El positivismo que Hart intenta defender cuando aboga por mantener la distinción entre el derecho que es y el derecho que debe ser se caracteriza por sostener las siguientes tesis:

(1) *Respecto de la relación entre las normas jurídicas particulares y la moral.* Del hecho de que una norma jurídica se considere contraria a ciertas pautas morales no puede inferirse que dicha norma no posea carácter jurídico, como tampoco del hecho de que una norma se considere moralmente deseable no puede inferirse que la misma sea una norma jurídica.

(2) *Respecto de la relación entre los sistemas jurídicos y la moral.* Los sistemas jurídicos poseen contenidos morales mínimos que vienen determinados por los propósitos vitales que cabe considerar compartidos por todos los hormbres que viven en sociedad y por la forma que debe asumir un sistema jurídico para ser de utilidad en sociedades de este tipo. El único propósito que cabe considerar compartido inequívocamente por todos seres humanos es el de sobrevivir junto a sus semejantes, esto permite afirmar que las normas que prohiben el uso de la violencia y aquellas que constituyen la forma mínima de propiedad pueden considerarse contenidos morales mínimos del derecho. De la misma manera, del hecho de que el derecho debe valerse de reglas generales para regir la conducta de los hombres surge como contenido fundamental de todo ordenamiento jurídico el principio que prescribe solucionar de la misma manera los casos semejantes.

(3) *Respecto de otras posibles relaciones entre derecho y moral.* Es posible defender la distinción entre el derecho que es y el derecho que debe ser y al mismo tiempo afirmar:

(3.1) que históricamente el desarrollo del derecho ha sido influido por las doctrinas morales,

(3.2) que muchas normas jurídicas reflejan principios morales,

(3.3) que en virtud de ciertas normas jurídicas pueden ser incorporados principios morales en un sistema jurídico y

(3.4) que los jueces deben decidir a veces de acuerdo a valoraciones morales.

(4) *Respecto de los derechos subjetivos.* Las reglas que confieren derechos subjetivos son diferentes de las normas que imponen obligaciones o prescriben sanciones, y así deben ser consideradas por la teoría jurídica, pero son normas jurídicas que no tienen por que estar justificadas moralmente ni por que ser confundidas con reglas morales para existir.

(5) *Respecto de la decisión judicial en casos controvertidos.* Los jueces deben decidir las cuestiones controvertidas tomando en cuenta pautas valorativas, no necesariamente morales aunque pueden serlo, y en dichos casos las normas jurídicas delimitan su elección pero no la determinan. En el resto de las cuestiones los jueces sólo aplican las normas jurídicas sin necesidad de realizar valoraciones ni elecciones discrecionales.

(6) *Respecto de la oposición a regímenes considerados inmorales.* Para permitir una crítica moral sincera y clara de las instituciones jurídicas deben distinguirse claramente dos cuestiones:

(6.1) si una norma jurídica es válida o no; y

(6.2) si una norma jurídica debe ser obedecida o no.

La primera pregunta debe ser contestada por la teoría jurídica y la segunda por la teoría moral.

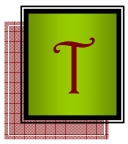
(7) *Respecto de la posibilidad del conocimiento moral.* Es irrelevante para la defensa de este tipo de positivismo la posición metaética que se adopte, sea esta cognitivista o no cognitivista.

La defensa genérica de este programa positivista es de carácter metodológico puede resumirse de la siguiente manera: esta es la posición que permite plantear con mayor claridad los dilemas que surgen de la existencia de leyes moralmente malas y del deber de obedecer al derecho. En palabras del propio Hart: "… cuando disponemos de los amplios recursos del lenguaje claro, no debemos exponer la crítica moral de las instituciones como proposiciones de una filosofía discutible" (Hart 1962: 49).

¿Qué cabría decir frente al caso del piloto del caza, si aceptáramos la propuesta de Hart? En primer lugar, se deberían distinguir dos cuestiones. La primera, es si el piloto tiene la obligación jurídica de disparar al avión de pasajeros secuestrado. Lo que equivale a preguntar por la validez de la norma en la que se apoya la orden que ha recibido. La segunda, si tiene la obligación moral de obedecer al derecho.

En relación con la primera, si la norma que obliga a derribar aviones de pasajeros en vuelo cumple con los criterios establecidos por la *regla de reconocimiento* del ordenamiento jurídico en cuestión, entonces se debería afirmar que el piloto tiene la obligación jurídica de disparar.

Pero de esta afirmación no se puede derivar ninguna consecuencia relevante para fundar la respuesta a la segunda pregunta. La teoría jurídica nada tiene que decir al respecto. Es una cuestión que sólo se puede responder desde una teoría moral, desde una ética normativa.



T - Tome posición en el caso del nieto asesino adoptando como presupuesto la teoría de Herbert Hart.
T - Construya un voto elaborando sus fundamentos desde esa perspectiva.
T - ¿Cómo refutaría los argumentos de Tomás y como se diferenciaría de las razones que aporta Hans?

1.4.4 Iusnaturalismo moderno: Ronald Dworkin

Ronald Dworkin[16] construyó su propuesta filosófica a partir de las críticas que formuló al positivismo jurídico, y en especial, a la teoría de Hart. En uno de sus artículos más famosos, "El modelo de reglas" publicado en 1967, sostuvo que un sistema jurídico no puede ser entendido adecuadamente si se lo ve sólo como un conjunto de reglas. Esa es la posición que Dworkin considera que Hart defiende en *El concepto de derecho* (1963).

1.4.4.1 El debate con Hart

La idea central de Dworkin es que, además de las reglas, entendidas como pautas relativamente específicas de conducta, el derecho esta formado por otro tipo de pautas a las que denomina “principios”. ¿Cuál es la diferencia entre una regla y un principio? Los principios jurídicos constituyen proposiciones morales que poseen un fundamento en actos de autoridades oficiales del pasado (como textos jurídicos o decisiones judiciales). Constituyen principios morales, pero no pertenecen a la moral crítica que los jueces encargados de aplicarlos consideren

[16] Ronald Dworkin (1931) sucedió en 1969 a Hart en su cátedra de teoría jurídica en Oxford. Sus obras más importantes son *Los derechos en serio* (1984) y *El imperio de la justicia* (1988). Sobre sus ideas ver Bonorino 2000, Carrió 1990: 320-371, Nino 1995: 145-174.

correcta. Se encuentran implícitos en los actos oficiales ocurridos en el pasado, pero no se identifican con ninguno de ellos en particular (Bix 1996: 234-35)[17].

¿Por qué la teoría de Hart no puede explicar la pertenencia a los sistemas jurídicos de los principios? Según Dworkin, existen dos formas de entender los principios jurídicos:

(1) considerar que forman parte del derecho al igual que las reglas, y que obligan de la misma manera que éstas, o bien

(2) negar que los principios obliguen de la misma forma que las reglas, considerando que existen más allá (o sobre) el derecho.

La segunda forma de entender a los principios jurídicos resulta inaceptable, pues llevaría a sostener que ninguna regla puede ser considerada como jurídicamente obligatoria. Si no se puede afirmar que algunos principios son obligatorios para los jueces entonces tampoco se podría afirmar que las reglas (o gran parte de ellas) lo sean. Es común que los tribunales rechacen por inconstitucionales algunas reglas establecidas con anterioridad por los órganos legislativos. Si los tribunales tuvieran discrecionalidad para cambiar las reglas establecidas (esto es, que no estuvieran sujetos a ninguna pauta jurídica que guiara esa tarea), entonces esas reglas no serían obligatorias para ellos y, en consecuencia, no podrían ser consideradas derecho en el modelo de Hart. Los positivistas deberían argüir, para salir de esa situación, que existen pautas que son vinculantes para los jueces y que determinan cuando un juez puede rechazar o alterar una regla establecida y cuando no puede hacerlo. Esas pautas son los principios jurídicos, los que deben ser entendidos de la primera de las dos formas que hemos señalado anteriormente, para poder cumplir esa función. De esta manera, el positivismo debería considerar a los principios como formando parte del derecho y obligando de la misma manera que las reglas.

Pero si se adopta la primera forma de entender los principios (aquella que Dworkin considera correcta), entonces se deben abandonar las tres tesis centrales que Hart defiende en *El concepto de Derecho* (1963), entre ellas:

[17] La diferencia entre reglas y principios se desarrolla con mayor detalle en el capítulo 2.

(1) la tesis de la identificación del derecho a través de una "regla de reconocimiento", pues no se puede relacionar los principios con actos institucionales de promulgación, ni se los puede asimilar al tratamiento que se le da a la costumbre ni se los puede considerar como formando parte de la propia regla de reconocimiento; y

(2) la tesis de la discrecionalidad judicial en casos difíciles, pues los jueces apelan en esos casos a principios para resolverlos y esos principios no pueden ser entendidos como pautas extrajurídicas[18].

La teoría de Hart (y el positivismo en general) es un modelo que sólo sirve para explicar el funcionamiento de un sistema de reglas. Su apelación a una regla de reconocimiento para determinar el contenido de un ordenamiento jurídico, no permite dar cuenta de la pertenencia a ellos de los principios jurídicos. Dworkin considera que para poder explicar esta característica fundamental de los sistemas jurídicos contemporáneos, el positivismo jurídico debe ser abandonado.

1.4.4.2 ¿Hay respuestas correctas en los casos jurídicos difíciles?

Según Dworkin, en los casos difíciles (aquellos en los que los juristas expertos no se ponen de acuerdo en cuál es su solución jurídica), los jueces no deciden de forma discrecional, como afirman los positivistas, pues si existiera esa discrecionalidad el juez invadiría la función del legislador. El juez al decidir no debe crear derechos, sino confirmar o denegar los derechos que los individuos poseían antes de su decisión. Los principios constituyen los materiales que permiten al juez buscar las respuestas correctas en los casos difíciles.

Para Dworkin, afirmar que existe una respuesta correcta en los casos controvertidos no implica hacer una afirmación por fuera de la práctica jurídica (de carácter metafísico), ni tampoco sostener que todos los involucrados en una disputa de ese tipo podrían ponerse de acuerdo en cuál es esa respuesta correcta.

[18] El problema de la discrecionalidad judicial se analiza en el capítulo 3.

La siguiente cita nos puede ayudar a comprender el alcance que pretende darle a tan cuestionada afirmación.

> "Mi tesis sobre las respuestas correctas en casos difíciles es... una afirmación jurídica muy débil y de sentido común. Es una afirmación realizada desde dentro de la práctica jurídica más que desde algún nivel supuestamente bien alejado, externo, filosófico. Me pregunto si, en el sentido ordinario en el que los abogados podrían decirlo, a veces se puede afirmar con fundamento… en relación con algún caso difícil, que el derecho, interpretado correctamente, está a favor del demandante (o del demandado). Yo contesto que sí, que algunos enunciados de ese tipo están fundados o son correctos o apropiados en relación con algunos casos difíciles... No afirmo que todos los abogados están de acuerdo respecto de cuál de las partes resulta favorecida por los mejores argumentos... La forma más natural de apoyar esta afirmación jurídica es en consecuencia tratar de mostrar cuál es la respuesta correcta en algún caso difícil en concreto. Solo puedo hacer eso, por supuesto, mediante argumentos jurídicos corrientes" (Dworkin 1991: 365).

Dworkin parece asimilar la idea de "corrección" con la de "mejor fundamentación". De esta manera la "respuesta correcta" sería la afirmación que estuviera apoyada por los mejores argumentos en el marco de una controversia jurídica. Esta tarea sólo se puede realizar teniendo a la vista un caso difícil en particular, y evaluando los argumentos que se hayan formulado apoyando las distintas soluciones. Es por ello que en muchas ocasiones Dworkin apela a un juez mítico llamado "Hércules", capaz de tener en cuenta todos los materiales relevantes y todas las cuestiones posibles que se podrían suscitar en un sistema jurídico, como el único capaz de determinar la existencia de una única respuesta correcta en un caso difícil. Como ese juez no existe (ni puede existir) su finalidad

es la de representar el ideal hacia el que deberían dirigir sus actos los jueces mortales. En ese sentido, los jueces de carne y hueso deben considerar que la respuesta correcta será aquella que resulte apoyada con los mejores fundamentos, teniendo en cuenta los argumentos formulados y el conocimiento limitado del ordenamiento jurídico que un ser humano puede tener. Por eso se entiende que para Dworkin la única forma de apoyar la plausibilidad de la llamada "tesis de la respuesta correcta" es mostrar como en ciertos casos difíciles se puede considerar mejor fundada una de las distintas interpretaciones en pugna. Esto es lo que Dworkin ha intentado hacer a lo largo de toda su producción cada vez que ha participado en distintas controversias jurídicas suscitadas en los EEUU e Inglaterra (ver, por ejemplo, las discusiones en torno al aborto y la eutanasia en Dworkin 1994).

Pero esta tesis debe ser defendida de un rival muy poderoso que pretende poder afirmar desde un nivel filosófico la falsedad de la tesis de la respuesta correcta. Nos referimos al escepticismo. Si Dworkin quiere defender la tesis de la respuesta correcta en los casos jurídicos controvertidos, afirmando que en ellos no existe discrecionalidad pues se pueden resolver apelando a ciertos principios de moralidad, se debe comprometer también con una tesis de alcance similar en el plano de la moralidad política. Dworkin considera que no existen buenas razones para adoptar ninguna variante de escepticismo, ni circunscripta al ámbito del derecho (Dworkin 1993) ni con una pretensión más general (Dworkin 1997). La estrategia de Dworkin en sus trabajos sobre la cuestión consiste en mostrar que ninguna de las razones con las que se ha pretendido defender la imposibilidad de considerar una respuesta valorativa como mejor fundada que otras resulta plausible. Esto implica llevar la discusión al terreno en el que Dworkin considera que debe ser tratada. Si sus argumentos resultan aceptables, sólo se podría defender la inexistencia de una única respuesta correcta en cuestiones valorativas en relación con ciertos casos controvertidos en particular. Para poder hacerlo se debería apelar a los argumentos ordinarios de la práctica en los que se hubiera planteado la cuestión controvertida, y no de una manera general en virtud de

supuestas razones de índole filosófica. Quien lograra mostrar que en un caso difícil en particular no existe una respuesta correcta, estaría defendiendo esta solución como la "respuesta correcta".

1.4.4.3 El derecho como integridad

Para Dworkin las reglas y principios no son el derecho mismo, sino que son los materiales que los juristas deben utilizar para resolver los conflictos jurídicos. El derecho, al menos en los casos difíciles, no es una realidad acabada que se ofrece a los jueces y a los teóricos del Derecho. Constituye una empresa, una institución en marcha en la que éstos han de participar, en forma semejante a como lo haría un literato que tuviera que escribir con otros una novela en cadena: cada uno goza de cierta libertad pero su aporte debe guardar coherencia con lo ya realizado por los novelistas anteriores. El derecho no es la obra terminada, sino el proceso de llevarla a cabo, es una permanente labor de interpretación.

La concepción de Dworkin respecto del derecho se presenta a si misma como una teoría interpretativa del razonamiento judicial. “Este libro [*El imperio de la justicia*] asume el punto de vista interno, el de los participantes, trata de comprender el carácter argumentativo de nuestra propia práctica jurídica uniéndose a la práctica y enfrentando las cuestiones relativas a la fundamentación y la verdad que deben enfrentar los participantes. Estudiaremos argumentos jurídicos formales desde el punto de vista de los jueces, no porque sólo los jueces sean importantes o porque entendamos todo sobre ellos teniendo en cuenta lo que estos dicen, sino porque los argumentos judiciales sobre afirmaciones de derecho resultan un paradigma útil para explorar el aspecto proposicional central de la práctica jurídica. Ciudadanos, políticos y profesores de derecho también se preocupan y discuten sobre qué es el derecho, y yo podría haber tomado sus argumentos como nuestros paradigmas en lugar del de los jueces. Pero la estructura del argumento judicial es típicamente más explícita, y el razonamiento

judicial tiene una influencia sobre otras formas de discurso legal que no es totalmente recíproca.” (Dworkin 1988: 14-15).

Para Dworkin interpretar significa mostrar al elemento interpretado como lo mejor que puede ser, de esta manera, interpretar una novela es mostrarla como la mejor novela que podría llegar a ser (sin dejar de ser la misma novela). Para lograr esto la interpretación debe adecuarse al elemento interpretado y al mismo tiempo debe justificarlo, esto es debe mostrarlo en su mejor perspectiva. Los jueces, en consecuencia, deben mostrar que la interpretación que proponen se ajusta mejor a los hechos relevantes de la práctica jurídica y que, al mismo tiempo, constituye la mejor justificación de esos hechos. Los jueces cuando argumentan a favor de cierta proposición de derecho (un enunciado en el que se explicita el contenido del derecho) deben mostrar que la interpretación de la práctica jurídica en la que buscan fundamento, o del segmento relevante para la cuestión analizada, es preferible a cualquier otra. Para lograr esto se requiere una teoría normativa que permita juzgar cuándo una interpretación resulta ser la mejor justificación de la práctica jurídica (cf. Dworkin 1986).

En la teoría normativa que Dworkin defiende se considera a la integridad como la virtud política central. Esta virtud da lugar a dos principios: el principio legislativo de integridad y el principio judicial de integridad.

El principio legislativo de integridad exige a los legisladores que traten de hacer del conjunto total del derecho, en cada acto de aplicación, un conjunto moralmente coherente (Dworkin 1988: 217).

El principio judicial de integridad exige a los jueces que resuelvan los casos difíciles tratando de encontrar la mejor interpretación de la estructura política y de la doctrina jurídica de su comunidad a partir de algún conjunto coherente de principios que permita dar cuenta de los derechos y deberes que tienen los miembros de esa comunidad. "El principio judicial de integridad ordena a los jueces que identifiquen los derechos y deberes jurídicos, en la medida de lo posible, suponiendo que todos ellos fueron creados por un único autor –la comunidad personificada- expresando una concepción coherente de la justicia y la

equidad. Formamos nuestra... concepción del derecho... rescribiendo esa instrucción como una tesis sobre los fundamentos de derecho. De acuerdo al derecho como integridad, las proposiciones de derecho son verdaderas si figuran en o se siguen de los principios de justicia, equidad y debido proceso que proveen la mejor interpretación constructiva de la práctica jurídica de la comunidad." (Dworkin 1988: 225).

Esta concepción, como vimos anteriormente, presupone que existen respuestas correctas en las controversias interpretativas que la determinación de esos derechos suelen generar. Los jueces deben buscar esas respuestas correctas aun cuando no puedan demostrar su existencia una vez que crean haberlas hallado (Dworkin 1988: Capítulo 7).

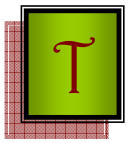
Dworkin cree que su propuesta posee una ventaja respecto de sus contrincantes, pues permite dar sentido a ciertas creencias centrales en el dominio del derecho que las posiciones positivistas rechazan por considerarlas dogmas ideológicos. Estas creencias son dos: (1) que el derecho guía la labor judicial aún en los casos más controvertidos y (2) que los jueces al resolver dichas cuestiones fundan sus decisiones en algo que ya se encuentra latente en la práctica jurídica y no en criterios extrajurídicos.

Dworkin puede ser considerado un iusnaturalista moderno, pues niega la distinción conceptual entre derecho y moral, afirmando que la comprensión y descripción del derecho requieren siempre, y de manera inescindible, llevar a cabo una evaluación moral del mismo (cf. Bix 1996: 237).

Tomemos el ejemplo con el que hemos ilustrado las propuestas teóricas que presentamos a lo largo del capítulo. El piloto de caza recibe la orden de abatir un avión de pasajeros que ha sido secuestrado. La orden está respaldada por una ley especial del Congreso para combatir el terrorismo, que ha sido creada empleando los procedimientos que establece la Constitución de ese país. ¿El piloto está obligado jurídicamente a derribar el avión?, o lo que es lo mismo, ¿le corresponde una sanción jurídica en caso de no hacerlo? ¿O existen ciertos principios en ese

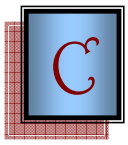
ordenamiento jurídico que permitan afirmar que esas normas son inconstitucionales?

La teoría de Dworkin no ofrece una respuesta general a ninguna de estas cuestiones. La única manera de fundar una respuesta es asumir el punto de vista de los participantes en la práctica jurídica en la que se plantean los interrogantes. Los juristas, en ese caso, deben interpretar la práctica jurídica y someter sus interpretaciones a las pruebas del ajuste y de la justificación. Aquellas que las superen podrán ser consideradas respuestas correctas. Pero para hallar esas respuestas correctas se deben formular argumentos jurídicos ordinarios, no hay razones filosóficas a las que se pueda apelar para poner fin a las disputas sobre cómo debe ser resuelto el caso. De esa manera, la respuesta que se considere correcta en Colombia, puede no serlo en la Argentina, España o Estados Unidos. La solución que se puede dar a la cuestión depende del sistema jurídico en el que se plantee y del momento histórico en el que se formula.



T - Tome posición en el caso del nieto asesino adoptando como presupuesto la teoría de Ronald Dworkin.
T - Construya un voto elaborando sus fundamentos desde esa perspectiva.
T - ¿Cómo refutaría los argumentos de Hans?

1.5 Cuestionario de autoevaluación

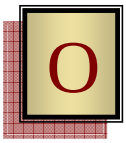


C - ¿Qué tesis defiende la doctrina del derecho natural tradicional?
C - ¿Cómo se clasifican las teorías iusnaturalistas?
C - ¿Cómo definiría la posición positivista?
C - ¿Cuáles son las principales corrientes positivistas?
C - ¿En qué vertiente iusnaturalista encuadraría la propuesta de Finnis?
C - ¿Cuáles son las exigencias básicas de la razonabilidad práctica?
C - ¿Qué relación existe entre bienes básicos, exigencias de razonabilidad y derecho natural en la obra de Finnis?
C - ¿Qué consecuencias prácticas traería aparejada la adopción de la posición de Finnis para un juez?
C - ¿Qué es lo critica Kelsen de las doctrinas de derecho natural?
C - ¿Qué consecuencias prácticas traería aparejada la adopción de la posición de Kelsen para un juez?
C - ¿Cuáles son las tesis centrales que Hart defiende en *El concepto de derecho*?
C - ¿En qué consiste la defensa del positivismo metodológico?
C - ¿Cuáles son los acuerdos y las diferencias más significativas que encuentra entre las teorías de Kelsen y Hart?
C - ¿Qué consecuencias prácticas traería aparejada la adopción de la posición de Hart para un juez?
C - ¿Cuáles son las críticas que Dworkin formula a la teoría de Hart?
C - ¿Cómo entiende Dworkin los principios jurídicos?
C - ¿Cuál es el alcance de la llamada 'tesis de la respuesta correcta'?
C - ¿Por qué Dworkin presenta su propuesta como una 'teoría interpretativa del razonamiento judicial'?
C - ¿Cuáles son las exigencias que la integridad impone al intérprete del derecho?
C - ¿Qué tipo de iusnaturalismo defiende Dworkin?
C - ¿Cuáles son los principales puntos de acuerdo y cuáles las diferencias más significativas que encuentra entre las teorías de Finnis y Dworkin?
C - ¿Qué consecuencias prácticas traería aparejada la adopción de la posición de Dworkin para un juez?

2

NORMAS JURÍDICAS

Distinciones conceptuales



O - Elucidar el concepto de "norma", "norma jurídica" y "sistema jurídico".

O - Identificar los diversos tipos de normas que forman los sistemas jurídicos complejos.

O - Determinar la relevancia teórica y práctica de la distinción entre reglas y principios.

En la teoría jurídica se suelen utilizar las expresiones más técnicas de "norma" o "regla", en lugar de "ley", para aludir al objeto de estudio de los juristas. "Norma" es usada en mayor medida por autores con formación jurídica continental, mientras que aquellos que provienen de una formación anglosajona suelen emplear la expresión "regla" para referirse al mismo dominio de discurso (Ullman-Margalit 1977: 12, nota 6). En nuestra exposición usaremos las dos expresiones de manera indistinta.

Explicar el concepto de "norma", para luego determinar cuales son las características que permiten identificar un subconjunto de ellas como "normas jurídicas", es un problema que ha acaparado la atención de muchos juristas. Tanto

aquellos preocupados por determinar la naturaleza del derecho como los que pretendieron identificar el objeto de estudio específico de las ciencias jurídicas consideraron que esa era una vía para enfrentar las cuestiones que les interesaba elucidar. Es por ello que en torno a la naturaleza de las normas jurídicas se ha generado una compleja y vasta bibliografía en la filosofía del derecho.

Dado el objetivo que perseguimos con este trabajo, no pretenderemos entrar en esta discusión y mucho menos defender una posición en tamaño debate. Nos conformaremos con realizar algunas distinciones conceptuales útiles para manejar con mayor claridad y precisión algunos términos claves de la disciplina. Comenzaremos analizando el concepto de norma en general, para tratar luego de precisar la noción de "norma jurídica". Para ello emplearemos como punto de partida el libro de Henrik von Wright *Norma y acción* (1979), quien analiza la diversidad de sentidos que puede tener la expresión "norma". Ello nos servirá para explicar la diversidad de normas jurídicas que forman los sistemas jurídicos complejos, utilizando como nexo los trabajos de filósofos del derecho como Kelsen (1979), Hart (1963) y Alchourrón y Bulygin (1975).

2.1 ¿Qué es una norma?

La palabra "norma" no posee un campo de significación preciso, pero a su vez no es ambigua en el sentido ordinario, sino que existen afinidades conceptuales y parentescos lógicos entre las varias partes del campo total de significación. Es a lo que Wittgenstein (1988) aludía con la expresión "parecidos de familia". Esto hace necesario una tarea que permita delinear su uso estableciendo para ello límites de aplicación.

Von Wright (1979) opta por dividir los diversos tipos de normas que encuentra en tres grupos principales y tres grupos menores, según la importancia y la independencia que posean. Así los grupos menores no sólo poseen una importancia menor, sino que se asemejan a más de uno de los grupos principales, presentando distintas afinidades que los hacen ocupar situaciones intermedias entre los mismos.

2.1.1 Grupos principales de normas

(1) *Reglas definitorias (o determinativas).* El paradigma de las mismas lo constituyen las reglas de un juego, las que poseen las siguientes características: (a) determinan los movimientos del juego y, de esta manera, también el juego mismo y la actividad de jugarlo; (b) desde el punto de vista del juego determinan los movimientos correctos y desde el punto de vista de la actividad las jugadas permitidas; (c) determinan que los movimientos incorrectos están prohibidos y que el único movimiento posible en una situación del juego constituye una movida obligatoria. Se pueden asimilar a este tipo las reglas de la gramática. Son ejemplos de este tipo de reglas las siguientes: “Todas las palabras agudas terminadas en n, s o vocal llevan tilde” y “Se entenderá por estupefaciente toda sustancia capaz de producir reacciones psicoactivas”.

(2) *Prescripciones.* Las leyes del estado son los ejemplos más claros de este tipo de normas, que se caracterizan por lo siguiente: (a) son dadas o dictadas por alguien, tienen su origen en la voluntad de una autoridad normativa; (b) son destinadas o dirigidas a algún agente, sujeto normativo; (c) manifiestan la voluntad de la autoridad normativa dirigida a que el sujeto normativo se comporte de una manera determinada; (d) para dar a conocer su voluntad la autoridad normativa promulga la norma; (e) para dar efectividad a su voluntad la autoridad añade una

sanción, o amenaza, o castigo a la norma, para que le sea aplicado al sujeto normativo en caso de desobediencia. "En términos generales, las prescripciones son órdenes o permisos dados por alguien desde una posición de autoridad a alguien en una posición de sujeto" (von Wright 1979: 27). Son ejemplos de las mismas las órdenes militares, los permisos dados por los padres a sus hijos, las reglas de tránsito, etc. Por ejemplo, si un padre le dice a su hija: “Margarita, no puedes salir esta noche a bailar, si lo haces suspenderé tu viaje al Canadá”, ha emitido una prescripción.

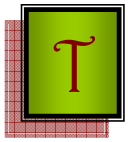
(3) *Directrices (o reglas técnicas)*. Guardan relación con los medios a emplear para alcanzar determinado fin. Su formulación típica es la de una oración condicional en cuyo antecedente se hace mención de alguna cosa que se desea y en cuyo consecuente se hace mención a lo que hay (o no) que hacer para alcanzarla. Por ejemplo: “Si desea encender la lavadora, presione la tecla de color rojo”.

2.1.2 Grupos menores de normas

(1) *Costumbres*. Son especies de hábitos, es decir regularidades en la conducta, de carácter social. A pesar de mostrar cierta semejanza con las regularidades de la naturaleza, la diferencia sustancial radica en la presión normativa que ejercen las costumbres sobre los miembros del grupo, quienes a su vez pueden desobedecer sus dictados. Si lo dicho pareciera acercarlas a las prescripciones, las siguientes diferencias mostraran por que constituyen una categoría separada: (a) las costumbres no necesitan promulgación por medio de símbolos, pueden ser consideradas prescripciones implícitas; (b) determinan las formas de vida características de cierta comunidad, lo que parece asemejarlas a las reglas definitorias o determinativas.

(2) *Principios morales.* Muchos filósofos las consideran especies de prescripciones, otros como reglas técnicas sobre como conseguir fines de naturaleza peculiar. Hay quienes las consideran normas autónomas, de carácter *sui generis*. Von Wright, en cambio, sostiene que el desafío es examinar las complejas afinidades que guardan con los otros tipos de normas. Así no se pueden negar las relaciones que guardan con las prescripciones y las normas técnicas, relacionadas a su vez con las costumbres y las reglas ideales respectivamente.

(3) *Reglas ideales.* Establecen patrones de bondad, es decir de aquellas características que deben estar presentes en los miembros de una clase para ser considerados buenos. Por ejemplo, las propiedades de un buen artesano, un buen automovilista, etc. Guardan cierta semejanza con las normas técnicas y las reglas, pero mantienen una posición intermedia entre las mismas.



T - ¿Qué clases de normas expresan o describen las siguientes oraciones?

[a] Se contará un gol cuando la pelota traspase totalmente la línea del arco.

[b] Si usted desea adelgazar debe hacer una gimnasia adecuada.

[c] Un buen abogado no puede negarse a defender a una persona por motivos racistas.

[d] En esta sociedad se suele pedir la mano de la novia al tío paterno.

[e] Cuando yo lo cite, usted debe presentarse sin más trámite al juzgado.

[f] Si se desea transferir el dominio de un inmueble, debe hacérselo por escritura pública.

[g] El asesinato perfecto exige hacer desaparecer el cadáver de la víctima.

[h] No se debe ir a un entierro en ropa de baño.

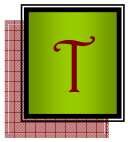
2.2 ¿Qué es una norma jurídica?

En esta sección comenzaremos analizando en detalle la forma en la que Von Wright caracteriza a las prescripciones, para luego determinar qué características peculiares deben poseer dichas prescripciones para ser consideradas normas jurídicas. Las normas a las que se denomina “prescripciones” poseen seis componentes (carácter, contenido, condición de aplicación, autoridad, sujeto y ocasión) y dos elementos que, si bien pertenecen a ellas de manera esencial, no forman parte de las prescripciones en el mismo sentido que los otros seis (promulgación y sanción). Los tres primeros componentes forman lo que von Wright denomina el "núcleo normativo", esto es, la estructura lógica común con otros tipos de normas. Los restantes componentes son exclusivos de las prescripciones.

2.2.1 Elementos de las prescripciones

Analizaremos brevemente cada uno de los elementos mencionados, a los efectos de precisar la noción de "prescripción":

(1) *Carácter*. Depende de si la norma se da para permitir algo, para prohibirlo o para hacer obligatoria su realización. Distinguimos de esta manera los permisos, las prohibiciones y los mandamientos u órdenes. Podemos distinguir dos tipos de permisión: (a) débil, en los casos en que la autoridad no ha normado los actos que se consideran su contenido, y por lo tanto ante la ausencia de prohibición se los toma como permitidos; (b) fuerte, si la autoridad ha considerado su estado normativo y ha decidido permitirlos expresamente. Von Wright sostiene que los permisos débiles no constituyen prescripciones, por lo que sólo un permiso fuerte puede ser carácter de las prescripciones.



T - Clasifique las siguientes prescripciones por su carácter normativo:

[a] “Es necesario que se presente al servicio militar”.

[b] “Usted no puede, de ninguna manera, salir de esta oficina en horario de trabajo.”

[c] “Si la cosa que alguien prometió entregar a otro se deteriora sin culpa del primero, el que debía recibir la cosa podrá optar entre disolver la obligación o recibir la cosa en el estado en que se encuentre.”

(2) *Contenido.* El contenido esta conformado por la acción (actos y abstenciones) o actividad que resulta permitida, prohibida u obligatoria. Un acto es una intervención en el curso de la naturaleza, se diferencia de un suceso pues requiere un agente que lo lleve a cabo. Saludar es un acto, mientras que una erupción volcánica es un suceso. Los actos tienen una relación intrínseca con un cambio en el mundo, que puede ser el resultado (intención) o la consecuencia (derivación causal extrínseca) del acto. La actividad se relaciona con la noción de proceso, tiene un principio y un fin. La abstención, por último, no equivale a "no hacer". Un agente, en una ocasión dada, se abstiene de hacer una determinada cosa si, y sólo si, puede hacer esta cosa, pero de hecho no la hace. Se tiene habilidad para realizar algo si en la mayoría de las ocasiones en las que se intenta llevarlo a cabo se logra hacerlo. No podemos decir que nos abstenemos de caminar en la superficie de la Luna, pero sí podemos decirle a alguien que nos abstenemos de decirle lo que pensamos de él.

(3) *Condición de aplicación.* Son aquellas condiciones que tienen que darse para que exista oportunidad de hacer aquello que es el contenido de una prescripción. Podemos distinguir las prescripciones en: (a) categóricas, si su condición de aplicación es la condición que tiene que cumplirse para que exista una oportunidad de hacer que aquello que constituye su contenido, y ninguna otra condición, la misma puede por ende ser derivada del contenido sin necesidad de

ninguna mención expresa (ej. "abra la puerta", para poder cumplirla la puerta debe estar cerrada, he aquí la condición de aplicación); (b) hipotéticas, si además de las condiciones derivadas de su contenido se sujeta su cumplimiento a condiciones adicionales, que por ende deben ser mencionadas expresamente en su formulación (ej. "abra la puerta todos los domingos").

(4) *Autoridad*. Es el agente que emite la prescripción, es decir quien permite, prohibe u obliga a determinados sujetos determinadas cosas en determinadas ocasiones. Se denominan normas positivas a las prescripciones cuya autoridad son agentes empíricos. Un agente será empírico si su existencia es contingente. Los agentes que ejecutan acciones humanas son empíricos, pero no todos son individuos humanos. Podemos por lo tanto realizar la siguiente distinción de los agentes empíricos en: (a) personales, subdivididos a su vez en agentes individuales y colectivos según sea la acción de un solo hombre o la acción conjunta de varios; (b) impersonales, cuando realiza el acto una corporación, asamblea o en general cualquier construcción lógica similar, a la que se le imputa la actividad de algunos de sus miembros. A diferencia de los agentes colectivos, no requiere que cada uno de los intervinientes realice algo individualmente.

(5) *Sujeto*. Es el agente o agentes a quienes la prescripción está dirigida. Podemos distinguir con relación al sujeto entre prescripciones particulares (cuando se dirigen a un individuo humano específico) y generales (cuando se dirigen a todos los hombres sin distinción o a todos los que cumplan con ciertas características).

(6) *Ocasión*. Dado que el contenido de las prescripciones son ciertos actos o abstenciones genéricos, que cierta autoridad permite, prohibe u obliga su realización a sujetos individuales en determinadas ocasiones, es menester analizar este último componente de las mismas. La ocasión es la mención en la formulación de la prescripción de una localización espacio-temporal para la

realización de las conductas que regula. También aquí podemos distinguir entre prescripciones particulares (formulada para un número finito de ocasiones específicas) y generales (dictada para un número ilimitado de ocasiones).

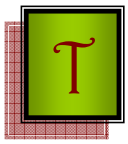
(7) *Promulgación*. Es la formulación de la norma utilizando para ello el lenguaje. La norma no es el sentido ni la referencia de la formulación de la norma. La formulación de la norma es un uso ejecutorio u operativo del lenguaje, mediante el cuál la norma cobra existencia. "... Las prescripciones puede decirse que *dependen del lenguaje*. La existencia de prescripciones necesariamente presupone el uso del lenguaje en las formulaciones de las normas" (von Wright 1979: 110). La dependencia del lenguaje de los otros tipos de normas es diferente y en grado siempre menor que en las prescripciones, variando según las diferentes clases. Se suele utilizar en la formulación el modo imperativo o las sentencias deónticas, es decir aquellas que contienen verbos deónticos (puede, debe, tiene que no), así como otro tipo de sentencias. No existe relación entre la forma del enunciado y la existencia de una norma. El uso del enunciado es el que nos permitirá saber si estamos ante la formulación de una norma o ante otra cosa.

Las prescripciones carecen de valor veritativo, pero una misma sentencia puede ser usada para formular una norma o para informar sobre la existencia de una norma (enunciado normativo). Esta ambigüedad parece ser característica de toda sentencia deóntica. Los enunciados normativos (proposición normativa) pueden ser verdaderos o falsos, según si la norma a la que se refieren existe o no.

(8) *Sanción*. La promulgación es necesaria pero no suficiente para el establecimiento de las relaciones normativas. Es también necesaria la previsión de una sanción para casos de incumplimiento o desobediencia. "La sanción puede... definirse como una amenaza de castigo, explícito o implícito, por desobediencia de la norma" (von Wright 1979: 139). Cuando la amenaza produce cierto miedo al castigo que constituye motivo para obedecer a la norma estamos en presencia de una sanción eficaz. Esto no excluye la desobediencia, pero sólo con carácter

ocasional. El mero uso de palabras amenazadoras no constituye una amenaza eficaz. Es condición necesaria que la persona a la que se amenaza crea que le acontecerá lo previsto en caso de desobediencia. Esto requiere una fuerza superior por parte del que manda, lo que le permite llevar a cabo el acto de castigar.

Para sintetizar lo dicho hasta el momento, podemos decir que el agente que da mandatos "... promulga la norma y le apareja una sanción o amenaza de castigo por desobediencia eficaces. Cuando esto se produce, se han establecido unas relaciones normativas entre la autoridad y el sujeto. El acto normativo se ha ejecutado con éxito. Como resultado de su ejecución con éxito existe, es decir, se ha emitido y está en vigor, una prescripción" (von Wright 1979: 140).



T - Proponga ejemplos de prescripciones que reúnan estas características en cuanto a sus elementos:

[a] De carácter prohibitivo; cuyo contenido sea una abstención; hipotética; general en cuanto al sujeto y particular respecto de la ocasión espacial.
[b] De carácter permisivo; cuyo contenido sea un acto; categórica; particular respecto del sujeto y general en orden a la ocasión temporal.

2.2.2 Las normas jurídicas

El concepto de prescripción delimitado por von Wright abarca un conjunto de mandatos entre los que podemos citar, como ejemplo, aquellos que los padres dan a sus hijos, los que emite un ladrón al asaltar un banco, los dictados por la autoridad estatal para regir las conductas de los ciudadanos, etc. No todos los casos posibles de prescripciones son de interés para el derecho. Su campo de estudio suele reducirse al análisis y sistematización de ciertos tipos específicos de

prescripciones a las que se denomina "normas jurídicas"[1]. La caracterización de las normas jurídicas es un tema de discusión frecuente en la filosofía del derecho. Excedería los fines de este trabajo ahondar en las polémicas desatadas al respecto. Por ello desarrollaremos el tema tomando como eje de la exposición los trabajos de Hart y de Alchourrón y Bulygin pues poseen ciertas características que los hacen adaptables al desarrollo que estamos haciendo de la cuestión: (a) comparten los presupuestos filosóficos generales; (b) Hart trata de explicar el carácter social de las normas jurídicas, (c) mientras que Alchourrón y Bulygin dan cuenta de la pertenencia a los sistemas jurídicos de otro tipo de enunciados distintos a las prescripciones; (d) a pesar de sus aportes originales no representan una ruptura en relación a la línea de trabajo iniciada por Kelsen, cuya noción de norma jurídica caracterizada a partir de la idea de sanción coercitiva es comúnmente aceptada en el ámbito iusfilosófico[2].

2.2.2.1 Las normas jurídicas como reglas sociales

Hart sostiene, en *El concepto de derecho* (1963), que la característica general más destacada del derecho es que su existencia implica que ciertas conductas humanas dejan de ser optativas para ser obligatorias. Los dos primeros problemas a los que se debe enfrentar una teoría descriptiva del concepto de derecho surgían en torno a las preguntas por la relación que existe entre la obligación jurídica con las obligaciones que surgen por la amenaza del uso de la fuerza y con las obligaciones morales. El tercer problema surge cuando se trata de precisar la noción de “regla”, tratándola de distinguir de la mera conducta convergente de un grupo y considerando el rol que le cabe en la descripción de un sistema jurídico.

De todos los elementos que Hart utiliza para fundar su respuesta a los problemas relacionados con la pregunta "¿qué es el derecho?", nos interesa ahora profundizar en la forma en la que caracteriza a las reglas. Para Hart las reglas que

[1] Cf. Atienza 2001: 64-66.

integran los sistemas jurídicos son "reglas sociales". Las reglas sociales son similares a los hábitos pues en ambos casos la conducta (reglada o habitual) tiene que ser general, lo que significa que la mayor parte del grupo debe repetirla cuando surge la ocasión. No obstante, las reglas se diferencian de los hábitos por las siguientes tres características:

(1) *Crítica y presión social*. Para afirmar la existencia de un hábito en un grupo social, basta con que la conducta de sus miembros converja de hecho en ciertas ocasiones. Pero esto sólo no basta para considerar que existe una regla social. "... Cuando existe tal regla las desviaciones son generalmente consideradas como deslices o faltas susceptibles de crítica, y las amenazas de desviación chocan con una presión a favor de la conformidad, si bien las formas de crítica y de presión varían según los diferentes tipos de reglas" (Hart 1963: 70).

(2) *Desviación y legitimidad de la crítica*. Cuando existen reglas sociales, las críticas que se formulan a sus transgresores se consideran críticas legítimas o fundadas, pues la desviación respecto de la regla es comúnmente aceptada. Quien formula la crítica, y aquel que es cuestionado, consideran que esa desviación constituye una buena razón para formular las críticas (Hart 1963: 70).

(3) *Aspecto interno*. "... Para que exista una regla social por lo menos algunos tienen que ver en la conducta de que se trata una pauta o criterio general de comportamiento a ser seguido por el grupo como un todo.... Esta opinión se manifiesta en la crítica y en las exigencias hechas a los otros frente a la desviación presente o amenazada, y en el reconocimiento de la legitimidad de tal crítica y de tales exigencias cuando los otros nos las formulan." (Hart 1963: 71-72).

Para poder dar cuenta de la complejidad de los sistemas jurídicos contemporáneos, resulta necesario distinguir dos tipos de reglas: las denominadas reglas primarias y las llamadas reglas secundarias. "Según las reglas de uno de los tipos, que bien puede ser considerado el tipo básico o primario, se prescribe que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no. Las reglas del

[2] Ver García Amado 1996.

otro tipo dependen, en cierto sentido, de las del primero, o son secundarias en relación con ellas. Porque las reglas del segundo tipo establecen que los seres humanos pueden, haciendo o diciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas del tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores, o determinar de diversas maneras el efecto de ellas, o controlar su actuación. Las reglas del primer tipo imponen deberes; las del segundo tipo confieren potestades, públicas o privadas. Las reglas del primer tipo se refieren a acciones que implican movimientos o cambios físicos; las del segundo tipo prevén actos que conducen no simplemente a movimiento o cambio físico, sino a la creación o modificación de deberes u obligaciones." (Hart 1963: 101).

El concepto de derecho sólo puede ser explicado correctamente si se tiene presente la existencia de estos tipos de reglas en los sistemas jurídicos complejos: (a) reglas de obligación, aquellas que establecen obligaciones a los súbditos; (b) reglas de cambio, las que determinan la forma de ingresar, modificar o eliminar reglas del sistema; (c) reglas de adjudicación, aquellas que establecen órganos para dirimir los conflictos que puedan surgir en relación con la aplicación de las reglas primarias o con su transgresión, y (d) regla de reconocimiento, aquella que provee los criterios para la identificación del contenido del sistema jurídico en cuestión.

2.3 Normas y sistemas jurídicos

Tradicionalmente los filósofos del derecho preocupados por explicar la naturaleza del derecho, comenzaban definiendo la noción de "norma jurídica" para luego definir un sistema jurídico como un conjunto de ellas. Así lo hace Kelsen (1979), por ejemplo, quien define norma jurídica como una norma (enunciado condicional de deber ser) que establece una sanción coercitiva aplicable por un órgano del estado. Por ejemplo, "si alguien mata a otro, entonces debe ser sancionado con una pena de ocho a veinticinco años de prisión".

No analizaremos aquí los problemas que trae aparejada dicha concepción en la teoría de Kelsen. Nos basta con señalar el principal inconveniente que presenta esta forma de entender las normas jurídicas: si existe un esquema uniforme al que se deben ajustar todas las normas jurídicas y los sistemas jurídicos se definen como un conjunto de normas jurídicas, ¿cómo se explica el carácter y la integración de los enunciados pertenecientes a un sistema jurídico pero que no establecen una sanción coactiva (como las reglas secundarias que identifica Hart)? Las soluciones que Kelsen propone a lo largo de su trayectoria filosófica parecen acercarlo claramente a una posición en la cual la clave para determinar el carácter "jurídico" de una norma no se encuentra en la estructura de la misma, sino que viene dado por su pertenencia a un sistema jurídico, u orden coactivo en términos kelsenianos.

Este es el camino que recorren Alchourrón y Bulygin, partiendo de una noción de sistema jurídico caracterizado por la existencia de al menos una norma jurídica en el sentido de Kelsen (es decir que prescriba como solución una sanción coactiva), definen como normas jurídicas a todos los enunciados que pertenecen a dicho sistema, prescriban o no sanción alguna. De esta manera la existencia de sanciones coactivas siguen diferenciando lo jurídico de otros órdenes normativos (la moral por ejemplo), pero no se exige que cada norma jurídica para serlo deba prescribirlas.

Esta visión resumida requiere ser ampliada en dos direcciones principalmente: (1) precisando que es lo que distingue a la sanción jurídica de las otras sanciones presentes en otro tipo de prescripciones; (2) realizando una breve explicación de lo que Alchourrón y Bulygin consideran un "sistema jurídico", pues su concepción no es la idea tradicional de conjunto de normas jurídicas. Al terminar podremos analizar cuales de las distintas especies de normas que señalamos al presentar la clasificación de von Wright pueden pertenecer a un sistema jurídico, y ser consideradas, en consecuencia, normas jurídicas.

2.3.1 La sanción jurídica

Hemos definido, siguiendo a von Wright (1979), la noción de sanción que caracteriza a todas las prescripciones como una amenaza de castigo por desobediencia de la norma, que descansa en cierta situación de fuerza en la que se encuentra quien la emite en relación a quien debe obedecer, y que la hace eficaz en cuanto el sujeto normativo es movido a actuar de acuerdo al contenido de la norma por miedo a su efectivo cumplimiento.

Nos toca ahora determinar bajo que condiciones hablaremos de "sanción jurídica". Para esto seguiremos el planteo que hace del tema Hans Kelsen en la segunda edición de su *Teoría pura del derecho* (Kelsen 1979). La sanción jurídica se caracteriza por las siguientes particularidades: (a) es un tipo perteneciente al género de los actos coactivos, entendiéndose por tales aquellos "... que han de cumplirse aun contra la voluntad del afectado por ellos, y en caso de oposición, recurriendo a la fuerza física" (Kelsen 1979: 123); (b) consiste en "irrogar coactivamente un mal o, expresado negativamente, en la privación coactiva de un bien" (Kelsen 1979: 123), (c) tanto las sanciones penales (pena) como las civiles (ejecución forzada de bienes) son ordenadas por el órgano estatal de aplicación del derecho (sea un tribunal, sea un organismo administrativo), siendo su aplicación siempre competencia de organismos administrativos del Estado (Kelsen 1979: 125).

2.3.2 El sistema jurídico

Hemos postulado las dificultades teóricas que apareja el intento de definir sistema normativo como un conjunto de normas, pues de dicha definición surge la idea de que todos los enunciados que los componen enuncian normas, lo que no ocurre en la realidad. Quienes, como Kelsen, intentan hacerlo de esta manera se ven obligados a realizar construcciones como la "norma incompleta" a fin de dar

cuenta de los mismos, que generan muchos inconvenientes e imprecisiones que se trasladan también a la definición de sistema propuesta. En efecto, si se considera que todas las normas tienen que imputar una sanción coactiva a una conducta, todas aquellas normas que no poseen esa estructura y contenido no podrían ser consideradas normas jurídicas. Como, por ejemplo, aquéllas que determinan quien está en condiciones de ejercer el cargo de juez, o cuáles son los requisitos para que exista una permuta. Kelsen afirma que en esos casos nos encontramos ante fragmentos de normas. Las normas que imputan sanciones son normas incompletas, pues entre sus condiciones de aplicación deben incorporarse todas aquellas disposiciones (o fragmentos de normas) que no poseen esa característica. Por ejemplo, imaginemos una norma que dijera: "si alguien mata, entonces debe ser enviado a prisión". Según Kelsen se trata de una norma jurídica, pues imputa una sanción a una conducta, pero se trata de una norma incompleta. No basta con que alguien mate a otro para que deba ser enviado a prisión. Se necesita que se forme un proceso, que un juez competente tome participación en el asunto, que se dé intervención al ministerio fiscal, etc. Todas estas condiciones deben considerarse formando parte del antecedente de la norma, y están contenidas en otras disposiciones jurídicas, las que de esta manera pueden ser explicadas como fragmentos de las normas que imputan sanciones. Esta descripción de los contenidos de los ordenamientos jurídicos resulta muy poco plausible.

Alchourrón y Bulygin recorren un camino inverso, a partir de la noción de sistema deductivo llegan a caracterizar al sistema jurídico y desde allí determinan que las normas que pertenecen al mismo son normas jurídicas, independientemente del hecho de que contengan o no la asignación de una sanción jurídica como solución para determinado caso. El desarrollo esquemático de su posición puede hacerse de la siguiente manera:

Un sistema deductivo es un conjunto de enunciados que contiene todas sus consecuencias lógicas. Un tipo de sistemas deductivos son los sistemas axiomáticos, aquellos formados por el conjunto de las consecuencias deductivas derivadas de un conjunto finito de enunciados. Se puede construir un sistema

axiomático tomando como punto de partida un conjunto finito de enunciados de cualquier tipo e infiriendo todas las consecuencias lógicas de los mismos. Como la tarea que realizan con mayor frecuencia los juristas es la sistematización de normas jurídicas, Alchourrón y Bulygin consideran que se puede sacar provecho de esta concepción de sistema en el campo del derecho.

Así, se puede definir un "sistema normativo" como aquel sistema de enunciados que contenga consecuencias normativas, es decir que entre sus consecuencias figure algún enunciado que correlacione un caso con una solución normativa (Alchourrón y Bulygin 1975: 79). De la misma manera, y tomando como característica definitoria del derecho a la sanción jurídica, se puede definir la noción de "sistema jurídico" "... como el sistema normativo que contiene enunciados prescriptivos de sanciones, es decir, entre cuyas consecuencias hay normas o soluciones cuyo contenido es un acto coactivo. Luego cabe definir la norma jurídica como toda norma que forma parte de un sistema jurídico" (Alchourrón y Bulygin 1975: 106).

Una ventaja de esta posición es que permite dar cuenta de la gran variedad de *enunciados jurídicos* que componen un sistema jurídico: (a) los enunciados que prescriben sanciones jurídicas (normas jurídicas propiamente dichas); (b) los enunciados que prohiben, permiten u ordenan conductas pero no establecen sanciones (normas); (c) los enunciados no normativos pero que influyen en los efectos normativos de otros enunciados, como por ejemplo las definiciones o postulados de significación y las normas derogatorias; (d) enunciados no normativos que carecen de influencia normativa indirecta alguna.

"Por último,... podríamos... estipular que un sistema normativo que tomado aisladamente no sería jurídico por carecer de sanciones [por ejemplo algunos artículos del código civil], puede, no obstante, ser denominado jurídico si es un subsistema de un sistema jurídico" (Alchourrón y Bulygin 1975: 107). En trabajos posteriores, los autores definen el “orden jurídico” como un secuencia temporal de sistemas jurídicos.

2.3.3 La diversidad de normas jurídicas

Siguiendo el planteo expuesto, la norma jurídica sería aquella norma (enunciado que correlaciona un caso con una solución normativa) que pertenece a un sistema axiomático entre cuyas consecuencias por lo menos existe un enunciado que prescribe una sanción jurídica (sistema jurídico).

Si proyectamos esta noción en la clasificación que von Wright da en *Norma y Acción* (1979), podemos decir que la norma jurídica es una especie particular de las prescripciones hipotéticas. Pero lo más conveniente es abandonar la noción de "norma" para trabajar con la categoría de "enunciado jurídico", definido como todo enunciado que pertenece a un sistema jurídico, definido este en los términos ya analizados. Esta noción engloba no solo las normas jurídicas en sentido amplio, sino también los enunciados no normativos que pueden tener una influencia normativa indirecta y que también pueden ser objeto de interpretación. Esto también es importante pues al proyectar la noción de "enunciado jurídico" en la clasificación de von Wright, veremos que la misma puede englobar no sólo cualquier tipo de prescripción, sino también a las otras dos especies de normas principales que distingue el citado autor.

La metodología a utilizar será la siguiente: recorreremos cada una de las especies de normas que distingue von Wright (ver supra) analizando en cada caso la posibilidad de que las mismas puedan integrar, en algunas circunstancias, la categoría de "enunciados jurídicos".

(1) *Reglas definitorias (o determinativas).* Muchos casos de enunciados jurídicos pueden ser tomados como especies de reglas determinativas, sobre todo aquellos que asignan un significado a ciertos términos utilizados dentro de un sistema jurídico. Así por ejemplo el art. 22 del Código Civil de Macondo, que dice: "Se llaman cosas en este Código, los objetos materiales susceptibles de tener un valor". De esta manera se determina el uso a darle a la expresión en cuestión, quedando fuera de su campo de significación la energía eléctrica, por ejemplo, que posee valor pero carece de materialidad. En otro contexto, el uso del término

"cosa" bien podría contemplar el supuesto de la energía eléctrica, pero estaríamos "jugando otro juego", no el que se define a partir de ciertos enunciados del Código Civil de Macondo.

(2) *Prescripciones*. Por la misma definición de sistema jurídico como una especie de sistema normativo, es menester que en el mismo se encuentre por lo menos un enunciado que constituya una prescripción hipotética en el sentido de von Wright, consistiendo su sanción en un acto coactivo aplicado por un órgano estatal. Un ejemplo sería el siguiente enunciado jurídico perteneciente a la Ley 767 de la legislación en materia de estupefacientes de Macondo: "Art. 14.-Será reprimido con prisión de 1 a 6 años y multa ... el que tuviere en su poder estupefacientes". Podemos observar, dicho sea de paso, la independencia con respecto a la forma gramatical que guardan los enunciados jurídicos habíamos mencionado anteriormente.

Esto no obsta la existencia de otro tipo de prescripciones, como pueden ser las autorizaciones o permisos, como por ejemplo el siguiente artículo del Código Penal de Macondo: "Art. 26.- En los casos de primera condena a pena de prisión que no exceda de 3 años, será facultad de los tribunales disponer en el mismo pronunciamiento que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena...". Las prescripciones constituyen el eje de todo sistema jurídico.

(3) *Directrices (o reglas técnicas)*. Este es quizás el grupo de normas principales que mayor dificultad presenta para hacerse presente a través de enunciados jurídicos. Esta situación varía según cuales de sus caracteres consideramos relevantes. Si potenciamos la relación medio a fin como definitoria, podemos llegar a considerar ciertos enunciados jurídicos como casos de directrices o reglas técnicas. Así por ejemplo, aquellos enunciados que determinan los actos a realizar si se quiere llevar a cabo un testamento válido, o un contrato específico o cualquier otro acto jurídico.

Parecería que la clasificación de ciertos enunciados jurídicos como reglas determinativas o directrices estuviese en poder del intérprete, quien podría fundar

una decisión en cualquiera de esos sentidos. Todas las clasificaciones poseen un grado de vaguedad que obliga a quien clasifica a tomar decisiones en muchos casos, las que podrían variar de acuerdo a su intención.

(4) *Costumbres*. Si bien nadie puede dudar de la importancia de las costumbres en el origen de ciertas normas jurídicas (y en su derogación), cuando nos planteamos la posibilidad de que ciertos enunciados jurídicos pertenezcan a esta categoría debemos inclinarnos por una respuesta negativa.

El hecho de estar refiriéndonos a enunciados que pertenecen a su vez a un sistema de enunciados, excluye la posibilidad de que ciertos hábitos puedan ser considerados de esa manera. En el caso de costumbres promulgadas e incorporadas a un sistema jurídico a través de alguno de sus enunciados, nos inclinaríamos a hablar de ellas como prescripciones.

Existe sin embargo un caso intermedio entre las dos situaciones mencionadas. Algunos enunciados jurídicos derivan la solución de un caso a las costumbres existentes al respecto. Por ejemplo, el art. 1427 del Código Civil de Macondo, cuando dice: "El comprador está obligado a recibir la cosa vendida en el término fijado en el contrato, o en el que fuese de uso local..." En caso como estos ciertos hábitos o costumbres ingresan en el sistema jurídico, pero lo hacen a través de enunciados prescriptivos o de otro tipo. Puede decirse que dichas costumbres, desde el momento que son señaladas por una norma del sistema para definir alguno de los elementos del caso o de la solución, forman parte del mismo, con carácter de enunciados prescriptivos perdiendo el elemento característico de la costumbre de acuerdo a la clasificación que nos ocupa.

Sería un caso de indeterminación en el enunciado jurídico, que desde un principio señala ciertos hechos externos como su complemento, haciéndolos de esta manera integrar el conjunto de las prescripciones explícitas.

(5) *Principios morales*. La resolución de este apartado nos podría llevar nuevamente a la discusión entre positivistas e iusnaturalistas analizada en el capítulo 1. La forma de entender la diferencia entre principios y normas, y el

impacto que su inclusión tiene en la concepción de la teoría jurídica que se adopte, ya ha sido señalado en otras partes del trabajo, a las que nos remitimos[3].

En principio se puede perfectamente formar la base del sistema jurídico con algunos principios morales, si los criterios de validez utilizados lo permiten y se fija su contenido a través de un enunciado. Esto es lo que ocurre en los sistemas basados en una constitución escrita que incorporan un capítulo de garantías constitucionales.

Existe también otro caso, similar al de las costumbres, en el que los enunciados jurídicos pueden remitir a ciertos principios morales, como por ejemplo el art. 953 del Código Civil de Macondo, que prescribe: "El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, *contrarios a las buenas costumbres* o prohibidos por las leyes ..."; o el art. 1501 de dicho cuerpo legislativo, cuando dice: "Las cosas que estén fuera del comercio ... pueden ser dadas en arrendamiento, salvo que estuvieran fuera del comercio por nocivas al bien público, u *ofensivas a la moral y a las buenas costumbres*".

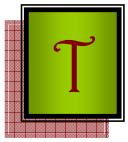
La mención a las "buenas costumbres", o directamente a la "moral y las buenas costumbres" es común en ciertos enunciados jurídicos. En estos casos debe entenderse que el legislador ha generado una indeterminación en el contenido de la norma a los efectos de que el intérprete la complete no ya a partir de ciertas circunstancias fácticas (como en el caso de las costumbres), sino a partir de ciertas valoraciones. Es evidente que el grado de discrecionalidad con que cuenta el intérprete es todavía mayor que en el caso de la remisión a ciertas costumbres (en última instancia hechos verificables empíricamente), pues no recibe, ni si quiera, algún tipo de especificación sobre el sistema axiológico que debe tomar como referencia (ver infra. capítulo 3).

[3] Sobre la diferencia entre normas y principios ver *infra*. En relación con la manera de explicar la pertenencia de los principios a los sistemas jurídicos, y sus consecuencias en la discusión entre positivistas e iusnaturalistas, ver lo dicho en el capítulo 1.

Dichas indeterminaciones deben ser resueltas antes de derivar soluciones normativas de los enunciados de base, por lo que tanto en el caso de las costumbres como en el de los principios morales introducidos por un enunciado jurídico, forman parte del mismo enunciado, y su valor es similar a cualquier otra alusión que dicho enunciado pudiera realizar a elementos extrasistemáticos. Sólo pareciera variar la libertad que posee el intérprete al encarar dicha tarea (ver infra).

(6) *Reglas ideales*. Las normas de esta categoría se encuentran respecto a los enunciados jurídicos en una relación similar a la que mantienen los mismos con las costumbres. Los enunciados jurídicos no asumen la forma de reglas ideales, no obstante remiten a ellas en más de una ocasión, por lo que indirectamente se introducen en los sistemas jurídicos. Por ejemplo el uso común en ciertos códigos de expresiones como "buen padre de familia", con el que hacen alusión a ciertos patrones de bondad que no enuncian. Estamos nuevamente en presencia de una indeterminación normativa, pero no ante enunciados jurídicos que puedan ser categorizados como "reglas ideales".

Como síntesis podemos afirmar luego de este breve análisis que los tres grupos principales de normas de la clasificación de von Wright (1979) pueden estar presentes en un sistema jurídico asumiendo la forma de un enunciado jurídico. Los tres grupos menores, por el contrario, no tienen posibilidad de incidir de manera independiente en los sistemas jurídicos. Sólo pueden presentar alguna importancia sistemática cuando alguna de las normas de los grupos principales las incorpora a su enunciado. Los principios constituyen un caso excepcional, pues su naturaleza y función en los sistemas jurídicos ha generado un amplio debate en la disciplina, como veremos de inmediato.



T - Busque y transcriba:
[a] dos artículos del Código Penal, uno de la parte general y otro de la parte especial;
[b] un artículo del Código Civil;
[c] un artículo de cualquier Código Procesal;
[d] dos artículos de la Constitución Nacional, uno del título referido a los derechos y garantías y otro del referido al poder legislativo.

T - Clasifique los enunciados transcriptos según el esquema de clasificación para las reglas o normas que presenta von Wright, y en caso de hallar alguna prescripción ubique en ella sus elementos o componentes.

T - Clasifíquelos de acuerdo a las distinciones que propone Hart.

2.4 Normas y principios

Dworkin (1984) distingue conceptualmente los principios (en sentido amplio) de las reglas por dos razones: (1) porque las reglas se aplican "a todo o nada", mientras que los principios poseen un conjunto de excepciones que no pueden ser listadas (diferencia lógica); y (2) porque los principios tienen una dimensión de la que carecen las reglas, el "peso o importancia " (diferencia funcional).

Un principio dice, por ejemplo, “no está permitido obtener beneficios de su propio fraude, o tomar alguna ventaja de su propia falta, o fundar ninguna pretensión sobre su propia inequidad, o adquirir la propiedad basándose en su propio crimen”. Mientras que las reglas se pueden ejemplificar con los enunciados “la velocidad maxima permitida en la autopista es de 60 millas por hora” o “un testamento es inválido si no ha sido firmado por tres testigos”.

2.4.1 Diferencia lógica: la derrotabilidad

Tanto los principios como las reglas señalan la dirección que deben tomar ciertas decisiones particulares relacionadas con obligaciones juridicas en circunstancias determinadas. La diferencia entre ellos se encuentra en el carácter de la dirección que imprimen a las decisiones. Las reglas son aplicables "a todo-o-nada". Si se dan los hechos que estipulan como condición para su aplicación, existen dos posibilidades: (1) si la regla es válida, entonces la respuesta que determina debe ser aceptada, y (2) si la regla no es válida, entonces no contribuye en nada a la decisión. Esta forma de operar todo-o-nada se ve mas clara si observamos como funcionan las reglas en un juego, por ejemplo el fútbol. Un funcionario no puede (manteniendo la coherencia) reconocer como una regla válida del fútbol que “cuando la pelota sale de los límites laterales del campo de juego corresponde realizar un saque lateral" y al mismo tiempo decidir que si la pelota salió de los limites laterales del campo de juego no corresponde realizar un saque lateral.

Una regla puede tener excepciones, y un enunciado con el que se quiera dar cuenta del contenido de una regla, debería presentar también esas excepciones. A pesar de que en muchas ocasiones la lista de excepciones puede ser muy extensa, y que puede resultar incómodo citarla cada vez que se menciona la regla, en teoría no existe ninguna razón que impida hacer una lista con todas las excepciones a una regla. Cuantas más excepciones se citen, más preciso será el enunciado en el que se expresa el contenido de la regla.

Los principios, en cambio, no actúan de esta manera. Un principio no pretende establecer las condiciones necesarias para su aplicación. Enuncian la existencia de una razón que permite argumentar en cierto sentido, pero no determina el contenido de una decisión en particular. Pueden existir otros principios o directrices con los que sea posible argumentar en otra dirección. Si en un caso el principio no prevalece, eso no significa que no forme parte del sistema jurídico, pues en un caso futuro en el que los principios que operaron en su contra

en esa situación tengan menos peso (o no entren en juego), entonces puede llegar a ser decisivo para determinar su solución. Todo esto significa que, cuando se afirma que existe un principio determinado en un sistema jurídico, lo que se quiere decir es que ese principio debería ser tomado en cuenta por los funcionarios judiciales, si resulta relevante, como una consideración capaz de hacer inclinar la decisión hacia un lado o hacia otro. Los contraejemplos que puede tener un principio no se pueden considerar excepciones al mismo, pues no es posible, ni siquiera en teoria, enumerarlos todos para formular un enunciado mas extenso y adecuado del principio. No se puede hacer una lista de contraejemplos pues en ella deberíamos incluir todos los casos conocidos más todos aquellos (innumerables) casos imaginarios en los que el principio no sería aplicable. Hacer una lista de ese tipo puede ser útil si se quiere determinar el peso de un principio, pero no se puede pretender con ella formular un enunciado más preciso y completo del principio.

Tanto las normas como los principios tienen, para Dworkin, una estructura lógica similar: constituyen enunciados condicionales. Por ejemplo, "si el comprador paga el precio (antecedente), entonces el vendedor debe entregarle la cosa (consecuente)". Los enunciados condicionales que se utilizan comúnmente en el lenguaje natural pueden ser utilizados para afirmar distintos tipos de relaciones entre el primer enunciado (antecedente) y el segundo (consecuente).

En la lógica tradicional se suele simbolizar dicha relación con la conectiva denominada “condicional o implicación material”, definida semánticamente como aquella conectiva que, al enlazar dos proposiciones, genera una expresión que sólo es falsa en caso de que el antecedente sea verdadero y el consecuente falso, siendo verdadera en los casos restantes. De esta manera, cuando se afirma la verdad del condicional, se sostiene que el antecedente es condición suficiente para la verdad del consecuente y que a su vez el consecuente resulta condición necesaria para la verdad del antecedente.

Si bien esta caracterización parece reflejar un núcleo de significado común a la mayoría de las expresiones condicionales que se formulan en lenguaje natural, la misma posee casos en los que no resulta aplicable, como son aquellos en los que

el antecedente no expresa una condición suficiente para la verdad del consecuente, sino sólo una condición que, sumada a un conjunto de condiciones que se dan por supuestas, lleva a la verdad del consecuente.

Tomemos el siguiente ejemplo de enunciado condicional: “si esto es un automóvil, entonces puedes trasladarte de un lugar a otro en él”. Si lo interpretamos como un condicional material, y el mismo fuera verdadero, nos llevaría a afirmar que el hecho de estar en presencia de un automóvil es una condición suficiente para trasladarse en él de un lugar a otro. Pero esto no es así, pues para que uno se pueda trasladar de un lado a otro en un automóvil se requieren una serie de condiciones no enumeradas como por ejemplo que el mismo tenga suficiente combustible, que su motor funcione, que se posean las llaves de arranque, que no tenga las gomas desinfladas, etc. La falsedad de cualquiera de estos enunciados derrota al enunciado condicional. Otra manera de presentar este tipo de condicionales es diciendo que los mismos poseen en su antecedente un conjunto de excepciones implícitas no enumerables en forma taxativa, que en caso de cumplirse lo derrotarían, por lo que comúnmente se los conoce con el nombre de “condicionales derrotables”. Esto significa que si p es verdadero, y no se dan r, s, u otras excepciones *n* no taxativamente enumerables, entonces será verdadero q.

Para Dworkin las normas responden a enunciados condicionales materiales, mientras que los principios deben ser entendidos como enunciados concionales derrotables. Esta es la diferencia lógica que señala, empleando otra terminología, en el trabajo que estamos analizando (1967).

2.4.2 Diferencia funcional: el peso

Esto nos lleva a la segunda diferencia que permite distinguir los principios de las reglas. Los principios poseen "peso" mientras que las reglas carecen de esa dimensión. Cuando dos principios colisionan en el interior de un sistema jurídico (y frente a una cuestión determinada), quien deba resolver el conflicto tiene que

tener en cuenta el peso relativo de cada uno de ellos, aunque su determinación no pueda realizarse con precisión y siempre se mantenga como una cuestión controvertida. Un juez puede afirmar (sin dejar de ser coherente) que un principio es válido pero que no es aplicable a un caso pues ha sido desplazado por otro principio con mayor peso para esa cuestión. Las reglas, en cambio, no tienen "peso". A veces se habla de ciertas reglas como si fueran funcionalmente más importantes que otras, porque tienen mayor importancia para la regulación de la conducta. Pero de allí no se sigue que si dos reglas entraran en conflicto una se impondría sobre la otra si tuviera mayor peso. Si dos reglas entran en conflicto, una de ellas no puede ser considerada una regla válida. La decisión respecto de cuál es válida (y de cuál no lo es) debe ser tomada apelando a consideraciones que se encuentran más allá de las reglas mismas. Las técnicas para ordenar las preferencias en el interior de un sistema jurídico para resolver el posible conflicto entre reglas pueden ser de distinta naturaleza. Se puede preferir la regla proveniente de una autoridad más elevada, o la regla creada con posterioridad, o la más específica, o aquella apoyada por los principios más importantes, o una combinación de distintas técnicas. Por lo general, estas elecciones se plasman en ciertas reglas especialmente diseñadas para resolver estos posibles conflictos.

Existen situaciones intermedias, como las que se dan cuando en una regla se alude, como condición de aplicación, a una propiedad que para ser determinada exige tener en cuenta una variedad de principios. Cuando las reglas contienen en su formulación términos como "irrazonable", "justo", “negligente”, “injusto” o “significativo”, funcionan lógicamente como reglas pero sustancialmente como principios. Cada uno de esos términos hace depender la aplicación de la regla que los contiene de la aplicación de ciertos principios que subyacen más allá de la regla. Esto la hace parecida a un principio, pero no la transforma en un principio. Aún el menos restrictivo de estos términos restringe el tipo de los otros principios y directrices de los que depende la regla. Si una regla considera nulos los contratos irrazonables, por ejemplo, y una decisión considerara que en un caso particular un contrato irrazonable debe ser tenido como válido, dicha decisión constituiría una

violación de la regla, lo que no ocurriría si la nulidad estuviera establecida por un principio.

Los principios jurídicos constituyen proposiciones morales que poseen un fundamento en actos de autoridades oficiales del pasado (como textos jurídicos o decisiones judiciales). Constituyen principios morales, pero no pertenecen a la moral crítica que los jueces encargados de aplicarlos consideren correcta. Se encuentran implícitos en los actos oficiales ocurridos en el pasado (Bix 1996: 234-35).

2.4.3 La importancia teórica de la distinción

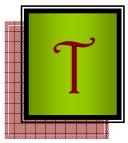
La crítica que Dworkin formuló a la teoría de Hart apelando a la distinción entre normas y principios (1967) produjo una división en las filas del positivismo anglosajón. El argumento central de Dworkin (ver supra capítulo 1), sostiene que en los casos difíciles los juristas razonan o discuten sobre derechos y obligaciones jurídicas apelando a principios. El positivismo jurídico debía ser rechazado porque resultaba incapaz de explicar esta característica del razonamiento judicial sin renunciar a sus tesis básicas. Especialmente la llamada *prueba de pedigrí*, que en la teoría de Hart era proveída por la Regla de Reconocimiento.

A grandes rasgos podemos identificar dos líneas, que han sido denominadas de diferentes maneras a lo largo de las discusiones, de acuerdo a la posición que asumen respecto de la incorporación de los principios de moralidad como condición de validez jurídica:

(1) *Positivismo jurídico excluyente, no-incorporacionista o duro [hard]*. El principal representante de esta línea es Joseph Raz. En ella se responde al desafío de Dworkin afirmando que se puede explicar como los principios jurídicos adquieren su validez jurídica de la misma forma que se hace con las reglas, esto es a través de los criterios que establece la regla de reconocimiento. En pocas

palabras, esta vertiente del positivismo no se compromete con un modelo de reglas, pero para ello no cree necesario abandonar la doctrina de la regla de reconocimiento ni la separación estricta entre derecho y moral.

(2) *Positivismo jurídico incluyente, incorporacionista o blando [soft]*. Después de la publicación del Postscript a *El concepto de derecho* se puede decir que el representante más importante de esta corriente es el propio Hart (1994). También aceptan que la regla de reconocimiento puede incluir principios de la misma manera que reglas. Sin embargo, difieren en la forma en la que entienden el impacto de esta inclusión. Las condiciones de validez de un sistema jurídico quedan establecidas de dos maneras: algunas pautas pertenecen al sistema por su origen y otras por sus contenidos morales[4].



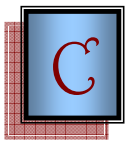
T - En los votos de los jueces Tomás y Hans, ¿se emplean principios para justificar las respectivas posiciones?

T - ¿Cómo podría formular los principios hallados? ¿Presentan las propiedades que menciona Dworkin?

T - ¿Qué posición asume en el debate entre Hart y Dworkin en relación con la posibilidad de explicar con un modelo positivista la existencia de principios en los sistemas jurídicos? Fundamente su respuesta.

[4] Pueden considerarse positivistas incorporacionistas Coleman, Lyons, Sartorius, Schauer y Waluchow, entre otros.

2.5 Cuestionario de autoevaluación

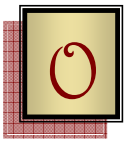


C - ¿Qué relación existe entre los términos "ley", "norma" y "regla"?
C - ¿Qué es una norma?
C - ¿Cómo clasifica von Wright las normas?
C - ¿Qué son las reglas determinativas? Dé un ejemplo.
C - ¿Qué son las prescripciones? Dé un ejemplo.
C - ¿Qué es una directriz? Dé un ejemplo.
C - ¿Cómo entiende von Wright las costumbres? Dé un ejemplo.
C - ¿Qué son los principios morales? Dé un ejemplo.
C - ¿Qué son las reglas ideales? Dé un ejemplo.
C - ¿Cuáles son los elementos de las prescripciones?
C - ¿Cómo explica Hart la naturaleza de las reglas jurídicas?
C - ¿Cuáles son las características que permiten distinguir a las reglas jurídicas de otros tipos de reglas sociales?
C - ¿Qué es una sanción jurídica?
C - ¿Qué es un sistema jurídico?
C - ¿Cómo caracterizan Alchourrón y Bulygin la noción de sistema jurídico?
C - ¿Qué tipos de normas se pueden encontrar en los sistemas jurídicos?
C - ¿Cómo distingue Dworkin las reglas de los principios?
C - ¿Por qué se dice que los principios jurídicos son derrotables?
C - ¿A qué se denomina el peso de un principio?
C - ¿Por qué es importante para la teoría jurídica la distinción entre reglas y principios?
C - ¿Qué relevancia práctica tiene la distinción entre reglas y principios en relación con la labor de los jueces?

3

L A A P L I C A C I Ó N D E L D E R E C H O

Discrecionalidad judicial



O - Comprender el alcance y la relevancia de la llamada "tesis de la discrecionalidad judicial".

O - Analizar la distinción entre casos fáciles y casos difíciles.

O - Aumentar el control racional de la fundamentación de las decisiones judiciales.

3.1 La discrecionalidad judicial

La teoría de la decisión judicial contenida en *El concepto de derecho* (Hart 1963: cap. 7), parte del análisis del significado de los términos con los que se deben necesariamente formular las reglas jurídicas. Para que el derecho pueda

cumplir con su función básica de regular la conducta de los sujetos mediante reglas, éstas deben ser formuladas en el lenguaje natural utilizado en la comunidad. Para Hart, el significado de las palabras-concepto en las que deben ser formuladas las reglas, depende del uso que se haga de los mismos en dicha comunidad. Existen casos en los que la aplicación del término no resulta problemática, estos constituyen el núcleo del significado de la expresión. Pero existen otros casos en los que existen desacuerdos sobre si el término se aplica o no. En esos casos se debe apelar a consideraciones extralingüísticas para fundar la decisión de aplicar o no el término en cuestión. Estos casos constituyen la zona de penumbra del significado de toda palabra-concepto perteneciente a un lenguaje natural.

Por ejemplo, la palabra-concepto “vehículo” posee un núcleo de significado claro que permite aplicarla sin inconvenientes a automóviles, trenes, aviones, botes, bicicletas, tractores, motocicletas, etc. Sin embargo, ante una patineta podrían surgir discrepancias si alguien pretendiera llamarla “vehículo”. Ninguna consideración de tipo lingüístico podría ayudar a resolver, o a evitar, este tipo de cuestiones, pues estamos ante un caso que cae en la zona de penumbra del significado del término “vehículo”. Todas las palabras-concepto del lenguaje natural poseen un grado ineliminable de indeterminación.

Las reglas jurídicas, en consecuencia, permiten resolver sin inconvenientes los casos que caen dentro del núcleo de significado de las palabras-concepto con que se formulan. Esto son los denominados casos fáciles. Pero existen casos que caen dentro del área de penumbra, los denominados casos difíciles. En estos casos, la regla no determina por sí sola la solución, y el juez debe elegir entre distintas alternativas apelando a consideraciones extrajurídicas. La existencia inevitable de estos "casos difíciles" en la práctica de aplicación judicial del derecho, constituye el fundamento de la llamada “tesis de la discrecionalidad judicial”.

3.1.1 Casos difíciles

La distinción entre casos fáciles y difíciles resulta crucial para las posiciones positivistas. Es lo que permite afirmar que la interpretación, en tanto que actividad parcialmente creativa, constituye una actividad excepcional en la tarea de aplicar judicialmente el derecho. La distinción entre el derecho que es y el derecho que debe ser requiere diferenciar las actividades de aplicar el derecho (casos fáciles) y de crearlo (casos difíciles) (cf. Marmor 2001).

Manuel Atienza (1993) se vale de la distinción entre "caso fácil" y "caso difícil" para analizar una serie de fallos tomados de la práctica judicial española, en un libro reciente destinado a servir de apoyo en las instituciones educacionales intermedias. A lo largo de la exposición va delimitando el alcance de cada una de las expresiones y refinando la clasificación inicial. En el inicio de su trabajo aclara que "... los casos jurídicos suelen clasificarse habitualmente en casos fáciles o rutinarios y en casos difíciles. La distinción es, por supuesto, útil, pero no siempre es fácil de trazar..." (Atienza 1993: 32). Más adelante en su exposición propone trazar la distinción de la siguiente manera: "Un caso es fácil cuando, aplicando los criterios de lo que he llamado "racionalidad formal", el resultado es una decisión no controvertida. Un caso, por el contrario, es difícil cuando, al menos en principio, puede recibir más de una respuesta correcta: el caso plantea la necesidad de armonizar entre sí valores o principios que están en conflicto, y se presentan diversas soluciones capaces de lograr un equilibrio, en cuanto que no sacrifican ninguna exigencia que forme parte del contenido esencial de los principios o valores últimos del ordenamiento." (Atienza 1993: 177).

Para entender esta caracterización debemos aclarar la forma en la que el autor analiza la noción de “racionalidad formal” en otros trabajos. Atienza (1987, 1990b) define la "racionalidad formal" en por la presencia de las siguientes notas: (1) respeto a principios de consistencia lógica, universalidad y coherencia; (2) utilización como premisas alguna de las llamadas “fuentes de derecho vinculantes”; (3) reconocimiento de los hechos probados en forma debida; y por

último (4) "no utiliza[ción] como elementos decisivos de la fundamentación criterios éticos, políticos, etc. no previstos específicamente (...)" (Atienza, 1993:174).

Por último, Atienza afirma que existe un tercer tipo de casos, a los que llama “casos trágicos”, que surgen "... cuando en relación con el mismo no cabe tomar una decisión que no vulnere algún principio o valor fundamental del sistema" (Atienza 1993: 177).

La caracterización que propone Atienza no es compartida por todos aquellos preocupados por la cuestión, como lo muestra la existencia de un interesante debate en torno a la forma de caracterizar la noción de “caso difícil”. Cerutti (1995) trata de poner claridad en esta disputa comparando la posición al respecto de Genaro Carrió, Riccardo Guastini y Ronald Dworkin. Utiliza como punto de partida la distinción entre “caso individual” y “caso genérico”[1]. La forma en que concluye su trabajo muestra que nos encontramos lejos de lograr un consenso en relación con el uso de estas expresiones (Cerutti 1995: 64).

3.1.2 Discrecionalidad en sentido fuerte y débil

Para Dworkin (1967) decir que alguien “tiene discrecionalidad” en el lenguaje ordinario tiene sentido solo en contextos en el que alguien tiene la carga de tomar decisiones en materias reguladas por pautas establecidas por una determinada autoridad. Según este autor se pueden distinguir tres sentidos del termino “discreción”:

[1] Un "caso individual" es una circunstancia espacio-temporalmente situada, mientras que un "caso genérico" consiste en un conjunto de propiedades afirmadas conjuntamente. “Homicidio”, entendido como “acto intencional de matar a un ser humano”, sería un ejemplo de caso genérico definido por las propiedades “ser un acto intencional” y “que consista en matar a un ser humano”. El apuñalamiento de César por parte de Bruto ocurrido en el 44 a.c. a la mañana constituye un ejemplo de “caso individual” de homicidio (ver Alchourrón y Bulygin 1975).

(1) *discrecionalidad en sentido débil$_1$*: se emplea cuando por alguna razón las pautas que el funcionario debe aplicar no pueden ser aplicadas mecánicamente, sino que requieren el uso de opiniones [judgment]. Por ejemplo, si un teniente ordena a un sargento: "Escoja sus cinco hombres mas experimentados y sígame". El enunciado "La orden del teniente le abre un gran espacio de discrecionalidad al sargento" utiliza este sentido débil$_1$ del término discrecionalidad pues significa que es difícil determinar por el contexto cuales son los mas experimentados. Esta vaguedad significa que el sargento deberá utilizar para tomar su decisión (o para justificarla si se le requiriera que lo hiciera), además de la regla mencionada, su opinión respecto de lo que el teniente quiso decir con la expresión "más experimentados".

(2) *discrecionalidad en sentido debil$_2$*: alude a la situación en la que algún funcionario tiene la autoridad final para tomar una decisión y la misma no puede ser revisada ni revertida por ningún otro funcionario. Esto presupone una estructura jerárquica en la que alguien sea la máxima autoridad pero en la que los patrones de autoridad sean diferentes para las diferentes clases de decisiones. Por ejemplo, en el fútbol algunas decisiones son tomadas por el comisario deportivo y el referí no puede alterarlas ni revisarlas ni aunque este en desacuerdo con sus opiniones. En esos casos puede decirse que "el comisario deportivo goza de cierta discrecionalidad al respecto".

(3) *discrecionalidad en sentido fuerte*: se emplea para decir que en algunas cuestiones el funcionario no se encuentra obligado o vinculado por las pautas establecidas por la autoridad a la que se encuentra sometido. El término "discrecionalidad" en este sentido no alude a cierta vaguedad o dificultad de las pautas, ni a quien tiene la ultima palabra al aplicarlas, sino a su alcance y a las decisiones que pretenden controlar. En este sentido el referí de box que debe determinar cual de los dos boxeadores fue más agresivo no tiene discrecionalidad en sentido fuerte, pues dicha pauta constituye una regulación de su decisión. Pero

no se debe confundir el sentido fuerte de discrecionalidad con la absoluta libertad o la imposibilidad de criticar la decisión tomada. La discrecionalidad en sentido fuerte de un funcionario no significa que el mismo sea libre de decidir sin recurrir a pautas de racionalidad, sentido, efectividad o equidad. Sólo se afirma que su decisión no se encuentra regulada por una pauta elaborada por la autoridad que se tiene en mente al plantear la cuestión en términos de discrecionalidad. Su decisión puede ser criticada pero nunca por desobediencia.

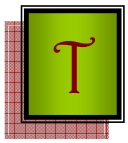
Según Dworkin la doctrina de la discrecionalidad judicial que defienden los positivistas (ver supra) es o bien trivial, si se entiende la expresión “discreción” en sentido débil, o bien, entendida en un sentido fuerte, resulta infundada. Esto es así pues para poderla defender los positivistas deberían adoptar el enfoque de los principios jurídicos que niega que los principios obliguen de la misma forma que las reglas, y que considera que existen más allá (o sobre) el derecho. Dworkin considera que ninguno de los argumentos que han dado los positivistas para demostrar esto resulta satisfactorio (ver supra).

3.1.3 ¿En qué sentido los jueces crean derecho?

La pregunta "¿crean derecho los jueces?" ha motivado una gran cantidad de debates. Muchos de ellos, como señala acertadamente Carrió (1990), son seudodisputas verbales, esto es discusiones en las que los participantes no están en un desacuerdo genuino, porque no afirman dos tesis incompatibles sobre la misma cuestión. El desacuerdo es aparente pues quienes discuten usan las mismas expresiones lingüísticas. Sin embargo, cuando se analizan con detalle los presupuestos de sus argumentaciones, se descubre que utilizan las expresiones con distinto significado. Eso los lleva a hablar de cosas diferentes, y a menudo a sostener tesis compatibles sobre el problema. No puede existir un desacuerdo genuino sin que exista un mínimo acuerdo entre los que discuten. Antes de

comenzar a discutir en torno a la pregunta "¿crean derecho los jueces?" debemos precisar que entenderemos por "crear" y que sentido le daremos a la expresión "crear derecho" (cf. Bulyign 1966). La respuesta afirmativa o negativa a la pregunta estará determinada, en gran parte, por los significados que le demos a las expresiones claves antes mencionadas.

La discusión en torno al llamado problema de la discrecionalidad judicial tiene importantes consecuencias para la cuestión que nos ocupa. Si las normas jurídicas dejan inevitablemente un espacio de indeterminación que los juez deben cubrir apelando a razones extra jurídicas, cuando los jueces resuelven un caso que cae en esa zona de indeterminación lo que hacen es "crear el derecho" para el caso en cuestión. Pero si la indeterminación no existe, si los materiales jurídicos permiten resolver todos los casos que se presenten y los jueces para hacerlo no poseen ningún grado de discrecionalidad (en sentido fuerte), entonces no se puede afirmar que los jueces "crean derecho".



T - Si usted aceptara la tesis de Hart en relación con la existencia de discrecionalidad en la aplicación judicial del derecho, ¿qué posición debería asumir en relación con la pregunta que da título a esta sección?

T - ¿Y si tomara como punto de partida la posición de Dworkin?

3.2 Razonamiento judicial

Bulygin en el artículo "Sentencia judicial y creación de derecho" (1966) afirma, entre otras cosas, que las sentencias judiciales son entidades complejas que contienen tanto normas individuales como generales. Debe entenderse que la sentencia está formada no sólo por la parte resolutiva (norma individual), sino

también por los considerandos (segmento en el que el juez da las razones que justifican la adopción de dicha resolución).

Según Bulygin, la sentencia puede ser reconstruida como un argumento o razonamiento, en el que la resolución ocuparía el lugar de la conclusión y cuyas premisas se encontrarían en los considerandos (aunque no todos los enunciados que allí figuren puedan ser considerados premisas necesarias para inferir la conclusión).

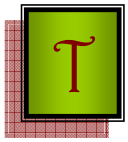
La forma de entender la naturaleza del argumento judicial es lo que diferencia las distintas propuestas que se han formulado en filosofía del derecho para explicar el razonamiento jurídico. No es nuestro objetivo entrar en esa discusión, sino presentar algunos elementos básicos subyacentes a toda propuesta que adopte como punto de partida la sugerencia de Bulygin.

3.2.1 Razonamiento jurídico y deducción

Desde esta perspectiva, una resolución o decisión judicial debería ser considerada justificada o fundada, si la conclusión del argumento en el que se expresa el contenido de dicha decisión, se deduce lógicamente de sus premisas. Esto es, de la norma jurídica general, los enunciados fácticos que describen los hechos o circunstancias del caso y de las definiciones adoptadas para interpretar las formulaciones normativas. Por ende, los enunciados que podemos hallar como premisas en estos razonamientos son de tres tipos: normas, definiciones y enunciados fácticos.

Para Bulygin una “sentencia justificada” o “decisión judicial justificada” es aquella en la que el argumento formado por la norma jurídica general, la premisa fáctica y eventualmente las definiciones contenidas en sus considerandos, como premisas, y la norma individual que expresa el contenido de la decisión, como conclusión, resulta lógicamente válido (ver Bulygin 1966:

356-57)[2]. Un argumento es considerado un argumento deductivo válido cuando podemos afirmar que, si sus premisas fueran verdaderas, su conclusión sería necesariamente verdadera (ver el *Módulo de Argumentación Judicial* para ampliar esta breve definición).



T - Reconstruya los votos de los jueces Tomás y Hans en el caso del nieto asesino aplicando el modelo deductivo de Eugenio Bulygin.

Consideramos que esta reconstrucción no permite dar cuenta de una parte fundamental del significado de la expresión "sentencia justificada". Tanto las normas procesales, como los juristas cuando hablan de la justificación de una decisión, no sólo aluden a la relación lógica entre un enunciado normativo, un enunciado fáctico y ciertas definiciones, sino que exigen que también se expliciten las razones que llevan a adoptar cada una de esas premisas. Estos argumentos, por lo general no demostrativos, también deben ser correctos para que la decisión se considere justificada.

Para poder dar cuenta de esta peculiaridad, el razonamiento judicial debería ser concebido como un conjunto de argumentos, distribuidos según diferentes niveles de justificación. La propuesta de Bulygin debería ser complementada con un análisis de los distintos argumentos con los que se justifica la adopción de cada una de las premisas que se utilizan en el razonamiento normativo que él reconstruye. Esta limitación de su propuesta es reconocida por el propio Bulygin en el artículo que estamos analizando. En una nota a pie de página, cuando considera el papel que representa la analogía en la

[2] No empleamos la expresión "silogismo", común en cierta literatura sobre el tema, pues los silogismos son sólo una clase de los argumentos lógicamente correctos (válidos). No todos los argumentos contenidos en una sentencia pueden ser reconstruidos como silogismos, y no existe ninguna razón para reducir los argumentos válidos a la clase de los silogismos válidos (cf. Copi y Cohen 1995, Peña Ayazo 1997).

actividad de justificar las normas generales que crean los jueces, sostiene: “Esto muestra que nuestro esquema de fundamentación es excesivamente simplista. Un análisis más elaborado tendría que tomar en cuenta los distintos *niveles de justificación*.” (Bulygin 1966: 362, nota 15). Presentaremos a continuación algunas explicaciones del razonamiento judicial en la que se puede dar cuenta de los otros niveles de justificación a los que alude Bulygin.

3.2.2 La sentencia judicial como una argumentación

Un argumento es un conjunto de enunciados en el que un subconjunto de dichos enunciados constituyen las razones para aceptar otro de los enunciados que lo componen. A los enunciados que constituyen las razones se los denomina “premisas”, y al enunciado que se pretende apoyar con estas se lo llama “conclusión”. Los “enunciados” son expresiones lingüísticas de las que se puede decir que son verdaderas o falsas porque se proponen informar acerca de algo.El orden en el que aparecen los enunciados en seno de un argumento resulta totalmente irrelevante para su estructura. No existen pautas estrictas para determinar la presencia de un argumento en un fragmento de discurso ni tampoco para identificar sus premisas o su conclusión. Sin embargo esta es la principal tarea que debemos realizar si queremos determinar el grado de apoyo que recibe cualquier afirmación.

Para ilustrar lo dicho tomemos los siguientes ejemplos:

> (1) Un perro estaba encerrado en los establos, y, sin embargo, aunque alguien había estado allí y había sacado un caballo, no había ladrado. Es obvio que el visitante era alguien a quien el perro conocía bien.

> (2) Si en el ajedrez no hay factores aleatorios, entonces el ajedrez es un juego de pura destreza. En el ajedrez no hay factores aleatorios. Por lo tanto, el ajedrez es un juego de pura destreza.

(3) El ajedrez es un juego de pura destreza, porque en el ajedrez no hay factores aleatorios y si en el ajedrez no hay factores aleatorios, entonces el ajedrez es un juego de pura destreza.

(4) El gaucho se levanta a la mañana, y mira al horizonte otra vez. Lleva sin dormir una semana, perdió una china de rojo libanés. ¿Qué está pasando? ¿Algo esta cambiando? Siempre era el que apagaba la luz. "¿Qué está pasando?" dice el viejo Armando, mientras hace trampas en el mus.

¿En cuáles de estos fragmentos podemos identificar la presencia de argumentos? La respuesta es que en (1), (2) y (3) se expresan argumentos, pues en ambos detectamos un intento para que aceptemos la verdad de ciertos enunciados tomando como fundamento otros enunciados.

En el caso (1) lo que se quiere demostrar es la afirmación "el visitante era alguien a quien el perro conocía bien" (conclusión), y se dan como razón o apoyo los enunciados "había un perro en el establo", "alguien entro al establo y robo un caballo y el perro no ladró" (premisas). Todavía no nos importa determinar si el argumento es bueno o malo, si debemos aceptarlo como una buena razón o no, pues para poder determinar esto tenemos previamente que haber identificado con la mayor precisión posible todos los elementos que deberemos considerar en dicha tarea.

Los casos (2) y (3) encontramos ilustrado lo dicho cuando afirmamos que la presentación lingüística del argumento no es relevante para determinar sus componentes y estructura. En ambos casos se quiere probar que "el ajedrez es un juego de pura destreza" (conclusión), y las razones son "que si en el ajedrez no hay factores aleatorios entonces el ajedrez es un juego de pura destreza" y que "en el ajedrez no hay factores aleatorios" (premisas). Por ende el argumento es el mismo en ambos casos independientemente de las grandes diferencias que podemos detectar a nivel lingüístico entre ambos fragmentos.

El ejemplo (4), por último, es un claro ejemplo de fragmento lingüístico, compuesto en gran parte por enunciados y también por expresiones que, de

acuerdo a nuestra definición, no pueden considerarse enunciados porque no son susceptibles de verdad o falsedad, como son las preguntas. Una pregunta exige cierta respuesta, pero en si misma no puede ser considerada ni verdadera ni falsa.

En algunos argumentos pueden darse por sentados ciertos enunciados. Esto significa que quien lo construyo dejo algunas de las afirmaciones necesarias para fundamentar la conclusión (o la conclusión misma) sin formular. La tarea de identificación requiere determinar también los enunciados tácitos o presupuestos en un argumento, pues los mismos pueden resultar claves a la hora de evaluar su fuerza. A veces se dejan presupuestos enunciados que se consideran evidentes, por una razón de economía estilística, pero en otras ocasiones se encubren de esta manera los aspectos más débiles de un argumento.

Tomemos el ejemplo (1) dado anteriormente:

> Premisa 1. “Había un perro en el establo”.
> Premisa 2. “Alguien entro al establo y robo un caballo y el perro no ladró”.
> Conclusión. “El visitante era alguien a quien el perro conocía bien”.

En este caso podemos detectar la presencia de una premisa tácita, encubierta o presupuesta, pues la misma resulta necesaria para que del conjunto de enunciados explícitamente dado pueda derivar la conclusión propuesta. ¿Cuál es esa información oculta? Sencillamente lo que no se formula es el enunciado “Los perros no suelen ladrarle a aquellas personas a las que conocen bien”, la que puede considerarse de esta manera una premisa tácita del argumento. El argumento, si intentáramos evaluar su fuerza, debería presentarse en realidad de la siguiente manera:

> Premisa 1. “Había un perro en el establo”.
> Premisa 2. “Alguien entro al establo y robo un caballo y el perro no ladró”.
> Premisa 3 (presupuesta o tácita). “Los perros no suelen ladrarle a aquellas personas a las que conocen bien”.

Conclusión. “El visitante era alguien a quien el perro conocía bien”.

Si observamos el resultado veremos que el argumento resulta ahora mucho mejor que en su anterior presentación. Pero lo que nos motiva para detectar este tipo de premisas no es un afán estético. Lo hacemos porque un argumento, para ser considerado un buen fundamento para afirmar la conclusión que se pretende defender con él, necesita partir de premisas verdaderas. Y lo más importante es que todas sus premisas deben ser verdaderas, incluso sus premisas presupuestas.

Antes de evaluar argumentos, se debe previamente (1) reconocer los razonamientos cuando aparecen; (2) identificar sus premisas y sus conclusiones, (3) reconstruirlo explicitando los enunciados tácitos o presupuestos. Existen dos criterios para la identificación de premisas tácitas (a) semántico: se debe presuponer aquella premisa que aluda a los contenidos de la conclusión que no estén presentes en ninguna de las premisas formuladas, (b) lógico: se debe presuponer aquella premisa que permita reconstruir el argumento como un razonamiento válido.

La solidez de un argumento depende de dos aspectos: su forma lógica y la verdad de sus premisas. Para mostrar la aceptabilidad de las premisas de las que se parte no queda otro remedio que construir otros argumentos para hacerlo, los que suelen denominarse subargumentos. Cualquier conclusión que se intente demostrar mediante un argumento puede ser aceptada o rechazada no por su contenido específico sino por la solidez de los argumentos y subargumentos en los que se apoya, bastaría con mostrar que alguna de las premisas o subpremisas no puede ser aceptada para rechazar la afirmación que se pretendía extraer de ellas.

3.2.2.1 Argumentación

Una "argumentación" es un texto argumentativo en el que encontramos una gran cantidad de argumentos y subargumentos enlazados, de manera tal que

algunos de ellos resultan el fundamento para la adopción de las premisas de otros de los argumentos que la componen. La solidez de una argumentación depende de la solidez de cada uno de los argumentos que la componen. Si alguno de los argumentos y subargumentos no es sólido, esta falta de solidez se puede predicar de la argumentación como un todo. Por ello la unidad mínima de análisis es el argumento, tal como fuera definido en el inicio de esta sección.

Tomemos el siguiente ejemplo, que aunque dista de tener toda la complejidad que poseen normalmente las argumentaciones en lenguaje natural, presenta mayores inconvenientes que los ejemplos simples presentados anteriormente.

> "La pena capital se justifica moralmente algunas veces como un medio de prevenir la reiteración del delito por parte del criminal. Por sus actos pasados el criminal se ha mostrado vicioso y peligroso. Es muy probable que cualquier persona lo suficientemente depravada como para matar o violar actúe de nuevo de una forma socialmente perjudicial. La única manera segura de prevenir que tal persona asesine, rapte o viole de nuevo en el futuro es ejecutarla. La prisión esta lejos de ser el medio más efectivo para proteger a la sociedad, y más bien es un medio muy poco eficaz para protegerla de los criminales peligrosos. La mayor parte de los presos son liberados después de un cierto tiempo -a menudo más peligrosos que cuando ingresaron- simplemente bajo palabra, por amnistía o por expiración de su condena. Además, la fuga siempre es posible, en cualquier caso. E incluso dentro de los límites de la prisión, un criminal condenado puede matar o secuestrar a un guardián, a un compañero o a un visitante. Ejecutar a un criminal condenado es la única manera segura de impedir que cometa otros actos criminales. Dado que es correcto proteger a los miembros inocentes de la sociedad de los crímenes y delitos, también será correcta en algunas ocasiones la pena capital." (Wellman, Carl, *Morales y Eticas*, Madrid, Tecnos, 1982).

Una forma de iniciar la tarea de análisis es tratar de determinar cuál es la pregunta a la que la conclusión del argumento intenta dar una respuesta, o lo que es lo mismo, cuál es el problema que se intenta resolver mediante la argumentación. En el ejemplo podemos definir el problema que se plantea el autor de la siguiente manera: *¿Está la pena capital moralmente justificada en alguna*

ocasión? Este primer paso es crucial, pues de el dependerá la reconstrucción que hagamos del argumento, así como la evaluación respecto a la pertinencia o relevancia de las premisas aportadas como razones. Si en vez de definir el problema como lo hemos hecho, creemos que en realidad el autor intenta responder a la pregunta: ¿Sirve la cárcel para evitar la reiteración delictiva?, tendremos una visión totalmente diferente de la argumentación, y muchos enunciados que son premisas en el punto de vista adoptado en un principio, pasan a ser enunciados superfluos en la nueva reconstrucción. En nuestro ejemplo, la respuesta del autor es clara: *la pena de muerte está moralmente justificada en algunas ocasiones*.

Debemos ahora identificar las razones con las que se pretende apoyar esa conclusión. No hay reglas inflexibles y unívocas para interpretar y reconstruir las argumentaciones, pero tenemos que tratar de elegir la alternativa interpretativa que (a) respete en la medida de lo conocido la intención del autor; (b) nos permita dar cuenta de la mayor cantidad de enunciados que componen la argumentación; (c) que presente la versión más poderosa o fuerte de la posición del autor.

¿Cuál es el argumento principal? Es aquel que tiene como conclusión la respuesta al problema planteado por el autor del fragmento. En este caso podemos reconstruirlo como sigue, detectando de paso las premisas implícitas [PI] en el mismo:

1. Es correcto proteger a los miembros inocentes de la sociedad de los crímenes y delitos.
2. *Se protege a los miembros inocentes de la sociedad de los crímenes y delitos evitando que aquellos que ya delinquieron puedan volver a hacerlo.* [PI]
3. La única manera segura de prevenir que un delincuente que se ha mostrado vicioso y peligroso vuelva a delinquir es ejecutarlo.
4. *Una pena esta moralmente justificada si es el medio más seguro para prevenir la reiteración del delito por parte del criminal.* [PI]
5. Por lo tanto, la pena capital esta justificada moralmente en algunas ocasiones.

Las premisas implícitas no son objeto de una defensa abierta en el fragmento por lo que nunca podremos detectar subargumentos en su apoyo. En cambio, cada una de las premisas explícitas debería estar apoyada por otras razones, a menos que se las considere indiscutibles. Sin embargo no siempre se dan así las cosas, en nuestro ejemplo podemos ver como todo el esfuerzo argumentativo esta puesto en la construcción de subargumentos en apoyo de la premisa 3., dejando a la premisa 1. sin ningún tipo de apoyo racional. Pero encontramos, en cambio, un conjunto de argumentos tendientes a apoyar algunas de las premisas de los subargumentos detectados. Deberíamos llamarlos sub-subargumentos, pero nos referiremos a ellos con la denominación genérica de subargumento, especificando en cada caso el enunciado al que brindan apoyo. Frente a cada subargumento corresponde realizar el mismo análisis, incluso la detección de subpremisas implícitas [SPI].

> (1) *Subargumento en apoyo de la premisa 3*: (a) Es muy probable que una persona capaz de cometer delitos graves actúe de nuevo de una forma socialmente perjudicial. *(b) La función de las penas es proteger a la sociedad evitando que los delincuentes puedan actuar de nuevo de una forma socialmente perjudicial.[SPI]* (c) La prisión es un medio muy poco eficaz para proteger a la sociedad de los criminales peligrosos. *(d) Sólo se puede proteger a la sociedad de los criminales peligrosos enviándolos a prisión o ejecutándolos.[SPI]*. Por lo tanto, la única manera segura de prevenir que tal persona delinca de la misma manera en el futuro es ejecutarla.
>
> (2) *Subargumento en apoyo de la subpremisa (c)*: La mayor parte de los presos son liberados después de un cierto tiempo, a menudo más peligrosos que cuando ingresaron. La fuga de una prisión es siempre posible. Dentro de los límites de la prisión un condenado puede volver a delinquir. *Si una persona cometió un delito es muy probable que vuelva a delinquir .[SPI]*. *Se protege a la sociedad evitando que los delincuentes puedan cometer nuevos delitos.[SPI]*. Por lo tanto, la prisión es un medio muy poco eficaz para proteger a la sociedad de los criminales peligrosos.

Este análisis nos permite trazar hipotéticamente las siguientes líneas de crítica, alguna de las cuales deberemos desarrollar si es que no queremos aceptar la terrible conclusión del argumento analizado:

> [1] Una primera línea de crítica puede establecerse a partir de la constatación de que la base del argumento es la teoría de la justificación de la pena que aparece subyacente en la premisa implícita 4., y que corresponde a las denominadas teorías de la prevención especial, ampliamente discutidas en filosofía del derecho penal.
>
> [2] Pero aún si se aceptara tal teoría justificadora de la pena o no se quisiera ingresar en dichas cuestiones, deberían darse razones adicionales para aceptar las premisas (a) y *(d)* con las que se intenta demostrar la premisa 3., y también para aceptar la premisa implícita con que se refuerza la premisa (c), a saber el enunciado *"sólo se puede proteger a la sociedad de los criminales peligrosos enviándolos a prisión o ejecutándolos*", cuya aceptación es altamente discutible.

Ambas líneas son interesantes y llevan a derrotar el argumento por falta de justificación suficiente. No obstante creo que la tarea crítica debería centrarse en la primera de las mencionadas, pues su caída hace innecesaria toda crítica ulterior. La posibilidad de realizar estas afirmaciones esta dada por el análisis realizado previamente, lo que demuestra su importancia a la hora de evaluar las razones que se dan en apoyo de cualquier tipo de afirmación.

3.2.2.2 Evaluación de argumentaciones

Resumiendo lo dicho, podemos decir que para evaluar una argumentación se deben seguir los siguientes pasos:

(1) Determinar la *cuestión* sobre la se pretende tomar partido en el texto argumentativo, e identificar la *posición* que en él se defiende respecto de ella.

(2) Descomponer la argumentación en los distintos *argumentos y subargumentos* que la componen, teniendo en cuenta el rol que juegan en la estrategia argumentativa del texto a analizar.

(3) Una vez identificados los argumentos debemos preguntarnos sin son *correctos o incorrectos*, si son buenos argumentos. Esta pregunta nos lleva a

evaluarlos de una manera distinta a la mera discusión de la verdad o plausibilidad de sus premisas.

(4) Un argumento se llama *sólido* cuando posee dos características: (1) es lógicamente correcto, y (2) está formado por premisas verdaderas. La verdad de las premisas es una cuestión que depende de aquello sobre lo que se esté argumentando, no es algo sobre lo que la lógica tenga nada que decir.

La *lógica* es la disciplina que se encarga de estudiar y sistematizar las reglas que permiten determinar la corrección o incorrección de un argumento, cualquiera sea el tema sobre el que traten sus premisas y su conclusión. Existen distintos tipos de argumentos, pero la distinción más importante que cabe realizar es entre argumentos deductivos y argumentos inductivos.

Los *argumentos deductivos* son aquellos cuya validez se puede demostrar empleando las técnicas de la llamada lógica formal. Un argumento deductivo o válido es aquel que permite afirmar que, en caso de que sus premisas sean verdaderas, su conclusión es necesariamente verdadera. No es posible concebir un argumento deductivo o válido que teniendo premisas verdaderas tenga una conclusión falsa.

Los *argumentos inductivos* son todos aquellos que no pueden ser considerados argumentos deductivos, esto es, son aquellos argumentos cuya forma lógica no garantiza necesariamente que partiendo de premisas verdaderas obtengamos siempre una conclusión también verdadera. Los argumentos inductivos son por definición argumentos inválidos (no deductivos), pues el apoyo que brindan a su conclusión depende en parte de la verdad de sus premisas. Sin embargo no todos los argumentos inductivos son iguales, hay buenos argumentos inductivos y también los hay malos.

La *lógica informal* se encarga de catalogar y explicar aquellos argumentos que son malos argumentos inductivos (falacias) a pesar de que a simple vista puedan llegar a pasar por buenos argumentos.

La *lógica inductiva* aspira a reconstruir una noción adecuada de “argumento inductivo correcto” que sea independiente de la verdad de sus premisas, o al menos de aislar los criterios de corrección de algunas formas muy usuales de argumentos inductivos, como por ejemplo las analogías.

Las *teorías de la argumentación jurídica* y la *lógica jurídica*, se ocupan de determinar la corrección de ciertos argumentos típicamente jurídicos (como los argumentos *a fortiori* y *a pari*, por ejemplo), haciendo hincapié en sus aspectos materiales y formales respectivamente.

3.2.2.3 La argumentación judicial

Todo lo dicho anteriormente en relación con las "argumentaciones" en general, es aplicable al análisis de la fundamentación de las decisiones judiciales. Para ello debemos considerar que las sentencias judiciales pueden reconstruirse como argumentaciones, cuyo argumento central tiene como conclusión el contenido del acto de decisión y como premisas el enunciado normativo general y la descripción de los hechos relevantes, y los subargumentos expresan las razones para apoyar la verdad de estas premisas.

No resulta importante para este enfoque determinar *a priori* la naturaleza de los argumentos que pueden formularse en la fundamentación de una decisión judicial. Luego de reconstruir el argumento principal y los distintos subargumentos se debe precisar el tipo de argumentos de los que se trata, para aplicar en la tarea de evaluación la herramienta teórica que resulte más apropiada (ver supra).

Puede ser útil para guiar la tare de reconstrucción de una sentencia, tener en cuenta las cuestiones que habitualmente se pueden plantear en ellas. La pregunta que permite reconstruir el argumento principal suele ser: "¿cómo debe ser resuelto el caso x?"[3]. Atienza (1991) sostiene que en las argumentaciones judiciales (como

[3] En cada caso habrá que ajustar los términos en los que se formule la pregunta principal. Por ejemplo, en el caso del nieto-asesino, la pregunta central no sería "¿cómo se debe resolver el caso del nieto-asesino?" sino el interrogante más preciso "¿tiene derecho a recibir la herencia que

en casi todas), los problemas surgen por falta o exceso de información, por lo que argumentar en esos casos concretos significará agregar o eliminar información a los efectos de finalizar el proceso de la argumentación con un apoyo mayor a la conclusión que cuando se inició.

Así se pueden detectar cuatro tipos de problemas en el marco de una argumentación jurídica (no todos se deben presentar en la misma sentencia):

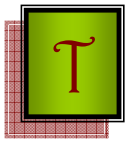
(1) *problemas de relevancia*, ¿qué enunciados jurídicos se deben utilizar para resolver el caso x?;

(2) *problemas de interpretación*, ¿cómo se deben entender los términos de dichos enunciados? o ¿cómo se deben interpretarse esos enunciados?

(3) *problemas de prueba*, ¿el caso individual x ha tenido lugar? o ¿están probados los hechos relevantes que permiten determinar la existencia del caso individual x?;

(4) *problemas de calificación*, ¿es el caso individual x una instancia de aplicación del caso genérico X descrito en el enunciado jurídico general con el que se pretende fundar la decisión?

Todas las cuestiones analizadas en esta última sección del capítulo reciben un tratamiento pormenorizado en el *Módulo de Argumentación Judicial*, y muchas de ellas son retomadas y ampliadas en el *Módulo de Argumentación oral en debates judiciales* que se encuentra en proceso de elaboración.

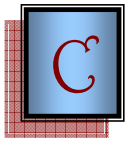


T - Reconstruya los votos de los jueces Tomás y Hans en el caso del nieto asesino como si se tratara de una argumentación, señalando la cuestión principal, la posición a defender, el argumento central y los subargumentos (identificando la cuestión que los motiva).

---

su abuelo le dejó mediante testamento válido el nieto que lo asesinó para anticipar el proceso sucesorio?".

3.3 Cuestionario de autoevaluación

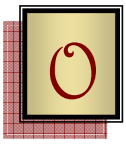


C - ¿Cuál es el contenido de la llamada "tesis de la discrecionalidad judicial"?
C - ¿Cómo se puede distinguir entre casos fáciles y difíciles?
C - ¿Por qué es importante esa distinción?
C - ¿Cuáles son los distintos sentidos con los que se puede emplear la expresión "discreción"?
C - ¿Qué relación existe entre la pregunta sobre si los jueces crean o no derecho y la posición que se asume frente a la "tesis de la discrecionalidad judicial"?
C - ¿Por qué se reconstruye la sentencia judicial como un argumento?
C - ¿Cuáles serían las premisas y cuál la conclusión en una sentencia judicial?
C - ¿Por qué se diferencian las expresiones "argumento" y "argumentación"?
C - ¿De qué depende la solidez de un argumento?
C - ¿Por qué es importante reconstruir los argumentos formulados en lenguaje natural?
C - ¿Cuáles son los problemas que pueden exigir la construcción de argumentaciones en el marco de una sentencia judicial?

4

CONOCIMIENTO, VERDAD Y PRUEBA JUDICIAL

Presupuestos filosóficos de la argumentación probatoria



O – Identificar los presupuestos epistemológicos de algunas teorías procesales de la prueba judicial.

O – Analizar críticamente dichos presupuestos señalando sus limitaciones y problemas.

O – Mostrar cómo el análisis de los argumentos probatorios puede ayudar a clarificar el alcance de las llamadas “reglas de la sana crítica”.

En la introducción dijimos que la filosofía se encargaba de los aspectos teóricos más generales de nuestro esquema de creencias, pero que ello no iba en desmedro de su utilidad práctica porque la teoría y la práctica formaban una línea continua (y no compartimentos estancos). Si cambiamos la forma de entender algunos conceptos generales podemos encontrarnos con cambios en la manera de

enfrentarnos a problemas prácticos relacionados con ellos. En este capítulo apoyaremos estas afirmaciones con un ejemplo. Mostraremos como ciertas creencias filosóficas sobre la verdad y el conocimiento –presupuestas en nuestra manera de comprender la actividad probatoria en el marco de un proceso judicial- condicionan nuestra labor práctica cotidiana, y cómo algunos cambios teóricos pueden traer aparejadas importantes consecuencias en la vida práctica del jurista.

Trataremos el tema del conocimiento de los hechos en el proceso judicial. La justificación de una decisión judicial requiere en muchas ocasiones, y entre otras exigencias que no analizaremos aquí, que el juez exprese las razones por las que acepta los enunciados en los que se describen los hechos relevantes para el caso que debe resolver. Para hacerlo debe valorar las pruebas legalmente introducidas en el proceso. La importancia social de la labor judicial ha generado la necesidad de regular esta tarea de conocimiento. Las limitaciones impuestas al juez en su tarea, de origen legislativo o doctrinario, son una parte sustancial de la llamada *teoría de la prueba judicial*. Toda teoría de la prueba judicial, en la medida que debe emplear en su formulación expresiones como “verdad”, “conocimiento”, “certeza”, etc., está basada en ciertas tesis filosóficas tácitas. La parte de la filosofía que se enfrenta a preguntas como “¿Qué es la verdad?” o “¿Qué es el conocimiento?” se denomina “epistemología”. Por ello podemos afirmar que toda teoría de la prueba judicial se encuentra apoyada en ciertas creencias epistemológicas: presupone una concepción general sobre el conocimiento.

Uno de los objetivos que perseguimos con la elaboración de este capítulo es poner en conexión los aportes realizados desde la filosofía del derecho con aquellos que han realizado las disciplinas específicas de corte dogmático sobre el problema de la prueba judicial. De esta forma se podría aumentar el grado de incidencia que las investigaciones filosóficas tienen en las disciplinas jurídicas tradicionales, dedicadas a la descripción y sistematización del contenido de los ordenamientos jurídicos existentes, que por lo general es muy bajo.

Para ello, analizaremos los trabajos de algunos procesalistas importantes que han tratado el problema de la prueba en el proceso judicial. En la mayoría de sus

obras sostienen que una de las finalidades del proceso penal es la determinación de la verdad de los hechos que constituyen el objeto del proceso. Pero cuando definen el concepto de "verdad", por poner solo un ejemplo, se valen de ciertas concepciones generales sobre la naturaleza del conocimiento humano sin discutir abiertamente porque deben ser aceptadas. Consideramos que muchas de las dificultades que se les presentan al tratar de lograr los objetivos que persiguen con la elaboración de teorías de la prueba surgen precisamente de esos presupuestos epistemológicos que adoptan de forma tácita. La hipótesis básica que recorre todo este capítulo es que los conceptos de verdad, conocimiento, y prueba, son los mismos en el derecho que en otras formas de conocimiento humano. Por ello, si se tomaran como fundamento para la elaboración de las teorías de la prueba posiciones epistemológicas más adecuadas al estado actual de la discusión filosófica –como mostraremos en el final del capítulo-, se podrían generar explicaciones de la actividad probatoria más rigurosas desde el punto de vista teórico, y más eficaces en la práctica.

4.1 La teoría procesal de la prueba

En esta sección examinaremos las obras de varios procesalistas de renombre para explicitar los presupuestos filosóficos desde los que definen, entre otros conceptos epistemológicos que emplean, la noción de verdad y los criterios con que se debe valorar la prueba. Como no nos interesa cuestionar ninguna teoría procesal de la prueba en particular, trabajaremos a partir de lo que consideramos un patrón teórico común desde el que se construyen muchas teorías de la prueba judicial. Sostendremos que muchas de las tesis filosóficas en las que se asientan esos trabajos no resultan aceptables desde el punto de vista lógico y epistemológico. Lo que diremos en nuestra exposición sólo afectara a aquellas teorías procesales que adopten las tesis de ese patrón teórico, las que según

nuestras investigaciones son muchas –pero no podemos afirmar que todos los procesalistas las compartan.

Muchos procesalistas – y no sólo aquellos que se dedican al Derecho Procesal Penal- sostienen que una de las finalidades del proceso es determinar la verdad de los hechos que constituyen el objeto del proceso. Pero cuando definen el concepto de "verdad" que emplean para explicar ese proceso, así como los criterios valorativos que se deberían utilizar para su control, parten de ciertas concepciones del conocimiento, la verdad y la lógica sin discutir explícitamente las razones que los llevan a adoptarlos. Como se trata de tesis filosóficas, existen la misma cantidad de alternativas y disputas que hemos detectado en otros ámbitos. Por lo que, lo que deberían hacer los procesalistas sería ingresar en esas discusiones y asumir una posición razonada antes de elaborar una teoría procesal de la prueba.

Creemos que las dificultades que se les presentan al tratar de lograr los objetivos teóricos que se proponen (ofrecer una mayor comprensión de la actividad probatoria), y también algunas de las consecuencias prácticas que esperan generar con ellos (aumentar el control racional sobre la labor judicial de determinar los hechos en un proceso), tienen su origen en esos presupuestos epistemológicos. No hay ninguna razón para pensar que los conceptos de verdad, conocimiento, lógica, prueba, justificación, por poner solo unos ejemplos, sean distintos en el derecho que en otras formas de conocimiento humano. No pretendemos ofrecer resultados definitivos, sino mostrar la relevancia práctica de la reflexión filosófica sobre cuestiones que parecen muy alejadas de la vida diaria.

4.1.1 El patrón teórico común

A pesar de las diferencias que se pueden detectar en los trabajos de derecho procesal que hemos analizado para elaborar el texto, muchos de ellos comparten algunos rasgos comunes básicos, cuya importancia es mucho mayor que la que poseen las divergencias de detalle. Muchos procesalistas, al tratar el tema de la

prueba judicial, realizan las mismas operaciones. En primer lugar, reconocen que una de las finalidades procedimiento judicial es la búsqueda de la verdad sobre los hechos del caso a resolver. Por ello, se ven obligados a definir –tarde o temprano- la noción de "verdad" desde la que darán sentido a sus afirmaciones generales sobre el proceso. Al hacerlo, suelen acudir a trabajos de otros procesalistas, a pesar de reconocer que el concepto de verdad es un concepto extrajurídico. En todos los casos terminan adoptando posicione subjetivistas, por lo que deben reconstruir a partir del concepto de verdad los grados en que la misma puede ser alcanzada en el marco de un proceso penal. Los estados intelectuales que se pueden producir en la conciencia del juez a raíz de la actividad probatoria son, en casi todos los casos analizados, la certeza, la duda y la probabilidad, en sus versiones positivas y negativas, según tiendan a considerar verdadera o falsa la hipótesis fáctica. En todos los casos son plenamente conscientes de que las normas vigentes no utilizan las categorías conceptuales con las que describen sus contenidos, pero consideran que se trata de una cuestión meramente lingüística, pues en la medida en la que aluden a los mismos fenómenos no existen obstáculos para interpretar las normas procesales empleando las categorías por ellos propuestas. La mayoría afirma que si se modificaran las leyes, estas deberían incorporar sus propuestas conceptuales a los efectos de resultar técnicamente mejores. Las definiciones que proponen para las expresiones verdad, prueba y conocimiento los obligan a ingresar en el terreno de la epistemología o teoría del conocimiento. Sin embargo, optan por acudir a fuentes producidas en el ámbito del derecho procesal, renunciando a elegir los presupuestos filosóficos que se adapten mejor a las finalidades explicativas y prácticas que persiguen con la elaboración de sus teorías sobre la prueba.

El patrón teórico que consideramos que se puede hallar en una gran cantidad de teorías de la prueba, está compuesto por las siguientes tesis:

1. La finalidad de la actividad probatoria es la “búsqueda de la verdad” respecto de los hechos relevantes para el proceso.

2. La "verdad" es la concordancia entre las representaciones mentales del sujeto cognoscente (el juez) y los hechos de la realidad que ellas reflejan.
3. La “prueba” –entendida como elemento de prueba- es todo dato objetivo de la realidad que al ingresar al proceso a través de la actividad probatoria –en la que intervienen los órganos de prueba y los distintos medios de prueba- es capaz de generar el conocimiento de la verdad en la mente del juzgador –prueba en el sentido de resultado conviccional.
4. Las pruebas se clasifican en directas e indirectas. Las pruebas directas, cuyo ejemplo paradigmático es el testimonio, son capaces de generar la certeza en el juzgador pues impactan directamente en su conciencia. Las pruebas indirectas, por el contrario, requieren de una inferencia que lleve del hecho conocido (llamado indicio o indicador) al hecho que se intenta probar en el proceso y sólo son capaces de generar probabilidad en la mente del juez sujeto cognoscente.
5. La mente del juez se encuentra al inicio del proceso en una especie de *tabula rasa*, y en ella impactan los elementos de prueba generando distintos estados mentales: la duda, la probabilidad y la certeza.
6. En la mente del juez se generan los distintos estados mentales antes mencionados merced a la valoración que hace de las pruebas valiéndose de las “reglas de la sana crítica racional”, que son las "leyes de la lógica, de la experiencia y de la psicología común", o en una expresión más amplia, "las reglas del recto entendimiento humano”.
7. El juez no posee discrecionalidad en cuestiones probatorias pues en el sistema de la libre convicción –o sana crítica- tiene la obligación de expresar las razones que lo llevan a la certeza sobre la verdad de los hechos relevantes que fueron objeto del proceso al justificar la sentencia, empleando para ello los elementos de prueba relevantes introducidos legalmente al proceso y las reglas de valoración de la prueba propias del sistema.

8. Las normas procesales vigentes deben ser interpretadas como si contuvieran las categorías conceptuales propuestas por la teoría procesal de la prueba, aunque de hecho los textos normativos no las empleen expresamente en sus formulaciones.

Es importante la última de las tesis que forman el patrón teórico común, pues en ella se expresan las pretensiones que los procesalistas persiguen con sus teorías. Por un lado, buscan explicar el contenido del ordenamiento jurídico, y por otro, al tener que completar el sentido de sus exigencias apelando a conceptos ajenos al derecho, son en gran medida responsables de los resultados a los que conducen sus opciones interpretativas. Es importante resaltar que esta metodología no es cuestionada actualmente por casi ningún doctrinario, pues se considera que las normas están haciendo alusión a fenómenos extrajurídicos cuando se refieren directa o indirectamente a la verdad, la prueba o el conocimiento. Lo que el procesalista que acepta este patrón teórico debe hacer es buscar el significado de esos conceptos, tarea en la que creen que no cabe la posibilidad de grandes disidencias y que en caso de existir se podrían resolver apelando a los hechos. “La verdad es la realidad”… decía, con una ingenuidad filosófica pasmosa, uno de los procesalistas que hemos leído mientras preparábamos esta parte de la actualización del módulo.

4.1.2 Los presupuestos epistemológicos

En esta sección debemos contestar las siguientes preguntas: (1) ¿Cuáles son los presupuestos epistemológicos sobre los que se asienta el patrón teórico presentado -al que responden muchas teorías de la prueba judicial-?, (2) ¿Resulta consistente esa concepción epistemológica con las afirmaciones sobre la prueba a la que supuestamente deberían servir de fundamento filosófico?, (3) ¿Qué pasaría si cambiamos alguno de ellos?

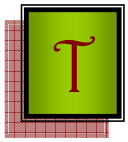
Los principales presupuestos epistemológicos de las teorías de la prueba que adoptan el patrón teórico presentado en la sección anterior se pueden identificar a través del uso que los autores de la corriente dan tres conceptos básicos: verdad, conocimiento y lógica.

En relación con el primero, todos los autores coinciden en señalar que los portadores de verdad son los pensamientos del sujeto cognoscente, los que entran en relación directa con los objetos y hechos de la realidad. La concordancia entre el pensamiento y los objetos –o hechos- pensados es a lo que denominan "verdad".

En relación con la manera de entender el conocimiento empírico, también encontramos un notorio acuerdo entre todos los autores que aceptan el patrón teórico. El conocimiento empírico es un estado subjetivo que puede adquirir tres formas diversas -según el grado de acercamiento a la verdad-, a saber: certeza, probabilidad y duda. En el proceso cognitivo que presuponen, cuando afirman que los elementos de prueba impactan en la conciencia del juez generando los distintos estados de conocimiento antes mencionados - los hechos de la realidad objetiva generan en el sujeto cognoscente la imagen de la realidad, por lo que la principal tarea epistémica consiste en reunir la mayor cantidad posible de hechos a los efectos de aumentar su conocimiento verdadero sobre el mundo.

Por último, la concepción de la lógica a la que aluden como uno de los criterios fundamentales para la evaluación de la prueba, y en virtud de ella, de la justificación que el sujeto cognoscente puede dar para los estados mentales de certeza, probabilidad o duda que se han generado durante el proceso, las entiende como las leyes generales del pensamiento humano o reglas que rigen el entendimiento humano.

Estas son, en líneas generales, las afirmaciones generales respecto del conocimiento que se encuentra presupuestas en el patrón teórico común a muchas teorías en materia de prueba judicial: sus presupuestos epistemológicos.



T – Consulte los textos procesales afines a su área de incumbencias e identifique sus presupuestos epistemológicos: ¿Ha hallado en ellos alguna de las tesis del patrón teórico común?

4.1.3 Discusiones filosóficas sobre el conocimiento

Lo que corresponde hace ahora es valorar la elección tácita realizada por los procesalistas al buscar fundamentos epistemológicos para sus explicaciones. Para ello tendremos en cuenta, por un lado la plausibilidad de las tesis filosóficas que hemos identificado, y por otro, su consistencia con los objetivos prácticos que persiguen los procesalistas con las explicaciones de la actividad probatoria que proponen. No pretendemos ingresar en la discusión filosófica de fondo, pues por esa vía no creemos que se puedan encontrar razones de peso para cuestionar las elecciones filosóficas que subyacen en el patrón teórico común. Pero partiendo de aquello que consideran valioso preservar en una concepción de la prueba todos los autores analizados, sí se puede juzgar si la posición filosófica que han adoptado de manera tácita es la que mejor responde a sus expectativas. Esto no implica hacer un juicio sobre el valor filosófico de sus posiciones sobre teoría del conocimiento –pues significaría trasladar esta investigación directamente al centro de esa disciplina -, solo de evaluar su funcionalidad respecto de la finalidad que persiguen los procesalistas cuando construyen sus teorías de la prueba en el proceso penal.

Todos los procesalistas consultados defienden como un logro político irrenunciable la vigencia del sistema de la libre convicción o la sana crítica racional para la valoración de la prueba. Las dos razones fundamentales que los llevan a apoyar este sistema sobre los otros dos que consideran –prueba tasada e íntima convicción- es que con él se garantizan la justicia del fallo y se evita la arbitrariedad judicial. Esto es así porque en el sistema de la íntima convicción el

juez debe motivar sus decisiones en materia probatoria, y además debe hacerlo valiéndose de las reglas de la sana crítica, que no son otras que las reglas de la lógica, la psicología y la experiencia, o resumiendo, las reglas del recto entendimiento humano. La lógica, de esta manera, es uno de los garantes de la racionalidad en la administración de justicia. O en palabras de uno de los procesalistas analizados: “La lógica es la antorcha que debe iluminar el camino del Juez en la investigación de la verdad.".

Si este es uno de los rasgos que los procesalistas consideran más valiosos de los sistemas procesales que describen, entonces, cada vez que se enfrentaran a una elección interpretativa deberían optar por aquella que fuera consistente con esa característica, y no por aquella que pudiera actuar en su desmedro. Las opciones interpretativas incluyen la elección de los supuestos filosóficos desde los que dan sentido a las explicaciones del contenido del sistema normativo que proponen. La pregunta que debemos contestar en la última parte de la sección es, en consecuencia, si una teoría del conocimiento como aquella que escogen como presupuesto de sus teorías de la prueba resulta adecuada para maximizar el control de racionalidad sobre la actividad probatoria que consideran el rasgo más valioso de los sistemas procesales cuyo contenido describen.

4.1.3.1 La lógica

Comencemos con la concepción de la lógica que se defiende en ese tipo de teorías del conocimiento, pues en ellas la lógica constituye una de las herramientas fundamentales para la tarea de valoración de la prueba, y su vigencia irrestricta es una de las razones más importantes para negar que los jueces posean un elevado grado de discrecionalidad en materia probatoria. La identificación de las leyes de la lógica con las leyes del pensamiento –común en todos ellos- entraña una grave confusión. Colocar a las leyes de la lógica en el mismo plano que las leyes que rigen el pensamiento humano significa defender una concepción psicologista de la

lógica que ya fue abandonada hace más de un siglo. Como señalara oportunamente el profesor Carlos Alchourrón "Sería realmente insensato intentar justificar las leyes de cualquier teoría lógica apoyándose en las propiedades que pudieran descubrirse observando los procesos psicológicos efectivos de argumentación que los hombres realizan a diario. El resultado de tal investigación, de naturaleza claramente empírica y contingente, que seguramente exhibiría características muy distintas frente a individuos de grupos humanos heterogéneos, sería impotente para dar cuenta del carácter necesario y a priori de las leyes lógicas..." (Alchourrón 1995: 4-5).

La lógica moderna se desarrolla una vez que abandona el enfoque psicologista –que tuvo incidencia principalmente en los siglos XVII a XIX- y se suele hacer coincidir su nacimiento con la publicación de *Conceptografía* de Gottlob Frege en 1879. La lógica, como ciencia formal, enuncia leyes y reglas, pero desde hace más de un siglo ningún lógico de relevancia ha pretendido con ello describir las leyes del pensamiento humano (Cf. Bochenski 1966).

Los términos "ley lógica" o "regla de la lógica" tienen un sentido muy preciso en la disciplina tal como se la concibe en la actualidad. El psicologismo no es actualmente una opción teórica razonable (pero como toda tesis filosófica no se puede afirmar que su abandono sea permanente). Una ley lógica es un enunciado de la lógica formalmente verdadero, esto es, verdadero para cualquier interpretación, o para cualquier asignación de los valores de verdad. En la lógica de enunciados se los denomina tautologías y constituyen, en consecuencia, formas válidas de razonar. El término "regla de la lógica" se suele utilizar en el sentido de "regla de inferencia", que son enunciados sobre cómo se aplican las leyes lógicas en un contexto de deducción. Las leyes lógicas pertenecen al lenguaje objeto de la lógica; las reglas de inferencia se formulan en su metalenguaje (Cf. Deaño 1989, Garrido 1997). Las leyes de la lógica se pueden utilizar para evaluar argumentos, pues sirven para distinguir los argumentos válidos de los que no lo son. En este sentido –y no en el que presuponen los procesalistas de la concepción heredada- la lógica puede ser una herramienta fundamental para aumentar le control de

racionalidad de la justificación de las premisas fácticas que realizan los jueces en sus sentencias[1].

Los argumentos probatorios, para que se puedan aplicar las leyes de la lógica tal como se las concibe hoy en día para evaluar su corrección, deben entenderse como fragmentos de discurso y no como procesos mentales (Cf. Haack 1982: 32). Un argumento es un conjunto de enunciados en el que un subconjunto de dichos enunciados constituye las razones para aceptar otro de los enunciados que lo componen. A los enunciados que constituyen las razones se los denomina "premisas", y al enunciado que se pretende apoyar con estas se lo llama "conclusión". Los "enunciados" son expresiones lingüísticas de las que se puede decir que son verdaderas o falsas porque se proponen informar acerca de algo. Este rasgo, que aquello de lo que se predica verdad o falsedad sean entidades lingüísticas y no entidades mentales, resulta fundamental para la pretensión de lograr cierto grado de control intersubjetivo sobre la forma en la que se justifica la aceptación de una afirmación (volveremos sobre este punto un poco más adelante). La lógica es una herramienta capaz de servir de guía en la valoración de la prueba, porque sirve para evaluar los argumentos con los que se apoyan las afirmaciones sobre los hechos relevantes en una sentencia judicial – o en la fundamentación de otro tipo de resoluciones que involucre cuestiones probatorias a lo largo de un proceso judicial.

El juez justifica adecuadamente la adopción de las premisas fácticas que describen los hechos relevantes objeto del proceso, cuando las justifica en su sentencia mediante un argumento *sólido*. Como ya hemos dicho, la solidez de un argumento requiere la concurrencia de los dos primeros aspectos de la valoración que hemos señalado: lógico y material. Un argumento es sólido si todas sus premisas son verdaderas y su estructura es lógicamente correcta. Si falla alguna de estos elementos, cualquiera sea, el argumento deja de ser sólido, lo que significa que su conclusión carece de una justificación adecuada. La lógica es una

[1] Ver la parte final del capítulo precedente, y para un desarrollo con más profundidad consultar el Módulo de Argumentación Judicial.

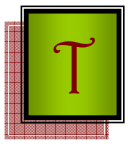
herramienta importante para evaluar la corrección lógica de los argumentos, pero nada tiene que decir en relación con la verdad de los enunciados que se emplean como premisas.

4.1.3.2 La verdad

Para poder considerar a la lógica como una herramienta fundamental en el sistema de valoración de la libre convicción como pretenden los procesalistas que adoptan el patrón teórico común, la verdad debe ser entendida como una propiedad de los enunciados que se emplean como premisas en los argumentos probatorios. Para ello, se debe adoptar una concepción de la verdad que la entienda como la concordancia entre lo que se afirma en un enunciado y la realidad. Esto significa que, para que su explicación del contenido de la sana crítica sea consistente con los presupuestos epistemológicos que emplean para formularla, deberían abandonar la concepción de la verdad, y con ella, la concepción general del conocimiento en la que se asienta. Los presupuestos epistemológicos que escogen, al hacer del conocimiento y la verdad una cuestión mental, impiden acudir a la lógica como parámetro objetivo de valoración. La lógica no tiene nada que ver con los procesos mentales, pues sus procedimientos de valoración son objetivos y públicos –precisamente como deben serlo en el sistema de la libre convicción según todos los autores de la concepción heredada-, mientras que los procesos mentales son subjetivos y privados. Si el conocimiento del juez sobre los hechos es una cuestión subjetiva y privada, no puede existir el control racional e intersubjetivo sobre el resultado de la actividad probatoria que se puede obtener mediante el uso de la lógica. Los procesalistas deben elegir entre sacrificar sus presupuestos epistemológicos o renunciar a las principales características del sistema de la libre convicción o sana crítica para la valoración de la prueba. Dada la importancia que tiene este último en sus exposiciones, consideramos que la única alternativa razonable que les queda a los teóricos que comparten el patrón

teórico común es abandonar la concepción general sobre el conocimiento y la verdad que escogen como fundamento de sus teorías de la prueba judicial.

Los presupuestos filosóficos en los que se fundamenta el patrón teórico común a muchas teorías procesales de la prueba, no sólo resultan desafortunados si se tiene en cuenta el estado actual de la discusión filosófica –lo cuál solo fue probado para su concepción de la lógica, siendo con ello suficiente para los fines del argumento que hemos presentado-, sino que también deberían ser abandonados si se pretende conseguir el objetivo práctico de aumentar el control racional sobre la valoración de la prueba que se pregona en esas teorías como uno de los objetivos políticos más valiosos de los actuales sistemas procesales. Esto último quedará más claro en las secciones siguientes.



T – Busque en cualquier texto de epistemología actualizado las distintas concepciones sobre la verdad que se han defendido en los últimos años.

T – Compárelas y diga que posición le parece más plausible (sin pensar en su posible utilidad).

T – Haga el mismo ejercicio comparativo pero pensando en la labor probatoria en el marco del proceso: ¿Cuál le resulta más aceptable? ¿Coincide su respuesta con la que ha dado en la actividad anterior?

4.2 Las reglas de la “sana crítica”

En los sistemas jurídicos modernos los jueces poseen la obligación de decidir las controversias que se someten a su conocimiento (dentro del límite de su competencia) y de fundar sus decisiones en derecho (es decir en las normas que regulan las conductas de los súbditos). La sentencia es la pieza procesal mediante la cual se expresan y justifican las decisiones judiciales. Un aspecto importante del significado de la expresión “sentencia justificada o decisión judicial justificada”,

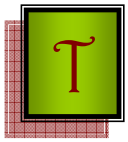
tal como la misma es utilizada en las normas jurídicas que las regulan y en el discurso teórico elaborado sobre dichas normas, es aquel que da cuenta de la justificación de las premisas utilizadas en la argumentación por el juez. Las normas procesales exigen que el juez de cuenta de por qué adopta determinadas premisas en lugar de otras, y abren una vía de revisión en caso de que dicha justificación falte o resulte defectuosa. Los juristas al analizar la cuestión se encargan de desarrollar y elaborar los criterios para cubrir dicha exigencia normativa.

Ingresando en el tema que estamos analizando, una de esas exigencias a la hora de fundamentar el fallo es que la verdad de la premisa fáctica (aquella en la que se describen los hechos relevantes) utilizada en la sentencia se justifique racionalmente a partir de los hechos probados durante el proceso, y esta es considerada una de las características definitorias de la expresión “sentencia fundada”. Tanto la legislación vigente en la mayoría de los países, como los tribunales superiores en sus fallos y los principales doctrinarios, coinciden en que para que un fallo se considere fundado se deben expresar las razones que llevaron a la determinación de la verdad de la premisa fáctica.

Tal como dijimos en la sección previa, quienes más se han ocupado del tema de la justificación de la premisa fáctica del razonamiento judicial han sido los procesalistas, al analizar la denominada “teoría de la prueba”. En los Estados de Derecho contemporáneos se ha acentuado la tendencia legislativa a la implementación de lo que se suele denominar "sistema de la libre convicción o sana crítica racional" en la valoración de la prueba. En este sistema, el control racional tendiente a eliminar la discrecionalidad judicial en esta tarea, esta dado (a) por las normas que regulan el ingreso de información al proceso; y (b) por la exigencia de que dicha información se valore mediante las “reglas de la sana crítica’.

Sin embargo, las normas procesales que establecen el nuevo sistema se limitan a prescribir el uso de las "reglas de la sana crítica" sin explicar en que consisten las mismas. Como vimos anteriormente, una gran parte de los

doctrinarios que se han ocupado de las cuestiones probatorias, se limitan a definirlas como las "leyes de la lógica, de la experiencia y de la psicología común", sin especificar en ningún momento a qué leyes se están refiriendo. O bien dan por cerrado el tema remitiendo como última explicación posible a "las reglas del recto entendimiento humano".



T – Formule algunas reglas que usted considere que forman parte del conjunto de las “reglas de la sana crítica”.

T - Teniendo en cuenta los distintos sentidos que puede tener la expresión “regla” (ver infra. Capítulo 2): ¿Qué tipo de reglas son?

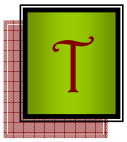
Esta forma de resolver la cuestión es poco satisfactoria, pues la noción que se ofrece como explicación es tan oscura e imprecisa como la que se trataba de elucidar con ella, lo único que se logra es trasladar el centro de la cuestión de las “reglas de la sana crítica” a las “reglas del recto entendimiento humano”, pero este cambio de expresiones deja intacto el problema de fondo. Se puede sostener que dichas reglas son tan evidentes o conocidas por todos que basta con su enunciación, pero lo cierto es que la misma formulación de la explicación entraña ciertas confusiones, una de las más graves es la de colocar a las leyes de la lógica en el mismo plano que las leyes de la psicología y la experiencia, lo que hace presuponer, con acierto, que la doctrina procesal se está manejando a partir de una concepción de la lógica que ya fue abandonada hace más de un siglo (ver supra).

Pero lo más importante es que, de esta manera, al mismo tiempo que se sostiene la necesidad de controlar racionalmente los actos de administración de justicia, se está encubriendo con este tipo de explicaciones teóricas la mayor discrecionalidad judicial imaginable respecto a la determinación de los hechos materia de enjuiciamiento. Resulta paradójico que, contando con un marco normativo que invita a efectuar el control de la actividad probatoria, y que parece remitir a la doctrina para la formulación o explicitación de las reglas críticas para

valorar dicha actividad, no contemos aún con una elaboración adecuada de las mismas.

Sería un error pretender dar con criterios de racionalidad únicos, comunes a todas las disciplinas y actividades, y generalizables a todo tiempo histórico. Por ejemplo, la forma en que el antiguo derecho germano disponía la prueba de las afirmaciones fácticas en el marco de un proceso - mediante las ordalías o pruebas de dios- estaba de acuerdo con los criterios de racionalidad imperantes en la época. Como señala acertadamente Hassemer "hay buenas razones para opinar que el derecho germánico sobre la prueba fue durante largo tiempo un derecho racional. Ahora bien, *racional* en el sentido de que cumplió las exigencias metodológicas y de conformación de la realidad que el Derecho penal germánico estaba llamado a cumplir. El duelo, el juramento purgatorio y la prueba del agua fueron los medios que garantizaban la "verdad" a los partícipes en el proceso penal y eran funcionales respecto de las concepciones de racionalidad de la cultura germánica. Para quien ve a un Dios reinando sobre la realidad terrenal ¿qué podría resultar más racional que la seguridad de que Dios no solamente rija la meteorología sino que también marque con la muerte al homicida? Quien no capte el concepto de racionalidad desde un punto de vista histórico... o quien no quiera admitir diferentes "racionalidades" sino que tenga por tal exclusivamente a la de una determinada cultura -como por ejemplo, la nuestra- deberá cuidarse muy mucho de emplear valorativamente el término de "irracional"." (Hassemer, 1984:181-2).

En la siguiente sección sólo intentaremos mostrar cómo una concepción de la lógica, tal como se ha desarrollado principalmente durante este siglo, puede ser utilizada con provecho en el campo jurídico para explicar mejor algunos aspectos de la actividad probatoria, y, al mismo tiempo, para guiar la crítica racional de dicha actividad en el marco de un procedimiento judicial. Para ello analizaremos sólo un aspecto de la actividad probatoria, como es la prueba de ciertos enunciados que hacen referencia a las intenciones de los sujetos, centrándonos en un ejemplo común en derecho penal. No obstante, consideramos que los resultados pueden ser aplicables a otras situaciones (ver Bonorino 1999).



T – Busque cinco ejemplos de argumentos probatorios, reconstrúyalos e identifique su estructura.

4.3 Indicadores, intención y prueba

Las conductas punibles descritas en las hipótesis delictivas que pueden ser objeto de la actividad probatoria en un proceso penal deben ser acciones en sentido amplio, por lo que poseen una dimensión intencional ineliminable. No obstante, en muchas ocasiones las normas generales definen el caso que solucionan mencionando expresamente ciertas propiedades que aluden a las intenciones del agente. Por ejemplo, una ley en materia de estupefacientes podría sancionar la "tenencia ilegítima de estupefacientes *con intención de comerciar*" con una pena agravada respecto de la figura de la tenencia simple (o de aquella destinada al consumo personal, en el supuesto de que dicha conducta fuera punible)[2].

En estos casos el juez no puede observar la intención del agente, sino que debe inferirla de otros elementos observables acreditados en el proceso. Winfried Hassemer es uno de los pocos juristas que hace hincapié en esta dificultad y trata de alumbrar la cuestión. Sostiene que la inferencia del juez en estos casos debe apoyarse en ciertos datos a los que denomina *indicadores*, porque suministran indicios que permiten deducir la presencia de la disposición anímica requerida por la norma. Sostiene que, para que la inferencia que se realiza a partir de dichos indicadores pueda considerarse racionalmente fundada, los mismos deben reunir los siguientes requisitos: deben ser observables, completos y deben tener relación con la intención o disposición anímica que permiten inferir (Ver Hassemer 1984:227 y ss.).

[2] Así ocurre, por ejemplo, en la ley 23.737 que regula el tráfico de estupefacientes en Argentina.

Entre los requisitos mencionados parecen confundirse exigencias a cumplir por los propios indicadores con otras que sólo se entienden si se los considera en un contexto más amplio, que incluya los resultados de la inferencia fundada en los mismos, como son las características de ser "completos y claramente reveladores". Si reconstruimos lógicamente la operación que lleva a considerar probados enunciados en los que se alude a las intenciones de los agentes podremos eliminar estas confusiones y lograr al mismo tiempo una mejor comprensión de la misma.

El esquema inferencial que subyace al planteo de Hassemer puede graficarse de la siguiente manera:

(Premisa) Enunciado Fáctico – Indicador.
(Conclusión) Enunciado intencional – Hipótesis delictiva.

Para seguir con el ejemplo con el que he abierto esta sección, podríamos completar este esquema con una situación hipotética simple en la que se intente determinar la intención de comerciar de un sujeto al que se le encontraron en su poder estupefacientes. En este sentido es común hallar en la práctica justificaciones como la siguiente:

(Premisa – Indicador) Dado que el imputado poseía en su poder, además de estupefacientes, una balanza de precisión.
(Conclusión – Hipótesis delictiva) Por lo tanto, el imputado poseía los estupefacientes con intención de comerciar.

Si analizamos este argumento desde el punto de vista lógico podemos determinar, sin mayor dificultad, que se trata de un *entimema*. Esto es, un argumento en el que algunas de sus premisas no han sido expresamente formuladas a pesar de resultar esenciales para considerarlo un argumento lógicamente correcto. Para poder mostrar este argumento en su forma completa es

necesario poner de manifiesto la existencia de una *premisa tácita*, sin la cual no es posible derivar la conclusión. El resultado sería el siguiente:

(Premisa – Indicador) Dado que el imputado poseía en su poder, además de estupefacientes, una balanza de precisión.

(Premisa tácita) Y dado que todo el que tiene además de estupefacientes una balanza de precisión posee aquellos con la intención de comerciar.

(Conclusión – Hipótesis delictiva) Por lo tanto, el imputado poseía los estupefacientes con intención de comerciar.

Esta inferencia sí justifica lógicamente la conclusión, esto significa que si las premisas de las que se ha partido son verdaderas entonces la conclusión es necesariamente verdadera. Esto pone en evidencia que son dos los enunciados que deben considerarse verdaderos para aceptar la conclusión que luego se utilizará para fundar la decisión, y que sólo uno es el que ha sido probado directamente en el proceso.

Los enunciados que expresan los denominados “indicadores” contienen las características relevantes del caso materia de juzgamiento, consistentes en propiedades empíricas que hacen al accionar del agente. Con la ayuda de la lógica llegamos a ver que la única posibilidad de inferir correctamente de dichos hechos ciertas intenciones del agente está dada por la utilización de ciertos enunciados que operan como premisas tácitas del argumento. Estas premisas constituyen por lo general enunciados generales de estructura condicional que operan como conjeturas explicativas. La conclusión de este razonamiento es lo que constituye el enunciado fáctico a utilizar en la justificación de la sentencia judicial. Las premisas tácitas son las *reglas* a las que se alude con la denominación genérica de “reglas de la sana crítica”.

4.4 La argumentación probatoria

Si tomamos como punto de partida un ejemplo más complejo, y más cercano al mismo tiempo a lo que suele acontecer en un proceso judicial, podremos ilustrar lo expuesto hasta el momento y continuar con la tarea de elucidación.

El protagonista, al que llamaremos K., fue detenido por la policía cuando salía de un edificio ubicado en el centro de una importante ciudad turística y se encontraron en su poder 15 grs. de cocaína y las llaves de un departamento. Las fuerzas policiales ingresaron en el departamento con las llaves de K. y encontraron sobre la mesa guantes de látex, una balanza de precisión, un rallador y un cuchillo, todos ellos con restos de cocaína. En una habitación encontraron un paquete con un poco más de un kilo de la misma sustancia. El problema reside entonces en determinar la intención con que K. poseía los estupefacientes, para saber en última instancia si existen elementos para dar por acreditado la "intención de comerciar " del que habla la hipotética norma que he tomado como ejemplo en la sección anterior.

Luego de una minuciosa investigación se consideran probados los siguientes enunciados empíricos:

(1) K. alquiló un departamento céntrico por cuatro días, cuando vive con su familia en otro departamento céntrico, durante semana santa, fecha de afluencia turística importante a la ciudad.

(2) En dicho departamento se secuestraron más de un kilogramo de cocaína pura en tizas en el cajón de una de las habitaciones.

(3) Sobre la mesa del comedor del mismo departamento fueron hallados un rallador, un cuchillo, una balanza de precisión y guantes de látex, todos estos elementos con restos de cocaína.

(3) K. no hacía uso constante del departamento, sino que entraba y salía esporádicamente, preferentemente durante el día, permaneciendo poco tiempo en el lugar.

(4) Al salir del departamento el día de la detención se le secuestraron en su poder dos tizas de cocaína (15 grs.) y las llaves del departamento.

Tanto la elección de estos hechos como "indicadores" de la intención de K., como la explicación que se dé de los mismos, se encuentran relacionadas con la aceptación de los ciertos enunciados tácitos o reglas. Con ellos se pueden reconstruir los siguientes argumentos utilizables para la fundamentación de la premisa fáctica en el caso[3]:

Argumento [1]

(Indicador) K. alquiló un departamento céntrico por cuatro días, cuando vive con su familia en otro departamento céntrico, durante semana santa, fecha de afluencia turística importante a la ciudad.

(Regla) Todo el que alquila otro departamento aparte de la vivienda en la que mora lo hace con una finalidad distinta de la de habitar en él.

(Conclusión) K. alquiló el departamento con alguna finalidad distinta de la de habitar en él.

Argumento [2]

(Indicador) En dicho departamento se secuestraron más de un kilogramo de cocaína pura en tizas en el cajón de una de las habitaciones.

(Indicador) K. tenía en su poder las llaves del departamento al ser detenido.

(Regla) La persona que posee las llaves de un lugar cerrado es el tenedor de los objetos que en él se encuentran.

(Conclusión) K. tenía en su poder más de un kilogramo de cocaína pura en tizas.

[3] Tomaremos como ejemplo solo algunos de los argumentos que se pueden construir con los enunciados fácticos enumerados anteriormente, pues no nos importa analizar el caso hipotético que

Argumento [3]

(Indicador) Sobre la mesa del comedor del mismo departamento fueron hallados un rallador, un cuchillo, una balanza de precisión y guantes de látex, todos estos elementos con restos de cocaína.

(Regla) Las sustancias pulvurulentas, como la cocaína, dejan rastros en aquellos objetos utilizados para fraccionarlas.

(Conclusión) K. fraccionaba cocaína con los objetos hallados en el interior del departamento.

Los enunciados tácitos o reglas presentes en la reconstrucción de los tres argumentos no expresan verdades necesarias o leyes empíricas, pero la gran plausibilidad de los mismos hace que, para dejarlos de lado frente a alguna circunstancia particular, se necesite una actividad argumentativa que exprese las razones por las cuales la situación analizada constituye una excepción a los mismos. Si pensamos en la forma en que los doctrinarios explican el contenido de las "reglas de la sana crítica", estos enunciados serían las leyes de la psicología y de la experiencia a las que frecuentemente aluden.

Un juez podría construir, con los enunciados que aluden a los hechos probados en la causa más las conclusiones que se pueden derivar con el auxilio de las reglas tácitas señaladas, una justificación que le permita sostener razonablemente el enunciado "K. poseía estupefacientes con la intención comerciar con ellos". El juez podría fundamentar la verdad de la premisa fáctica sobre la que asentará su decisión de la siguiente manera:

[Argumento 4]

K. alquiló un departamento céntrico por cuatro días para depositar allí la cocaína que pensaba comerciar durante la semana santa. La cantidad de turistas que llegan a la ciudad en esa fecha en busca de diversión aumenta el número de posibles compradores de la sustancia, lo que le permitiría

---

hemos planteado sino las reflexiones con validez general que de su estudio se pueden extraer.

deshacerse de un kilogramo de dicha sustancia en tan poco tiempo. K. ingresaba al departamento, fraccionaba parte de la droga y la trasladaba personalmente hacia un lugar que se desconoce. Dado que no se probaron en el proceso indicadores que lleven a considerar a K. como el ejecutor de actos de comercio con la sustancia, ni tampoco pueden considerarse sus actos como tendientes a satisfacer su propio consumo de drogas, y dado que ningún hecho probado parece contradecir la hipótesis explicativa propuesta, podemos inferir razonablemente que K. poseía los estupefacientes con la finalidad de comerciar con ellos.

Esta justificación, que se construye enlazando todos los elementos que se consideran probados en la causa, es lo que le permitiría al juez fundar razonablemente el enunciado “K. poseía estupefacientes con la intención de comerciar con ellos”.

La reconstrucción realizada muestra la trama íntima que lleva a la construcción y justificación de este enunciado. Queda en evidencia que los hechos considerados relevantes como "indicadores" de la intención del imputado, si se tomaran cada uno por separado, serían susceptibles de múltiples interpretaciones, dependiendo éstas de las reglas que se utilizaran en la operación. No tiene sentido predicar, en relación con un indicador en particular, la propiedad de ser “completo”, como sugiere Hassemer. Pero si se los considera en su conjunto, las explicaciones plausibles que den cuenta de todos ellos de manera coherente disminuyen drásticamente. La característica de ser “completos” que requiere Hassemer estaría dada por la inclusión de todos los indicadores probados en la causa en una única explicación consistente, siendo por ende esta última sobre la que se podría predicar dicha propiedad. En este sentido cabría hablar de “explicaciones completas” y “explicaciones incompletas”, siempre en relación con los enunciados probados en un proceso, de la hipótesis delictiva.

En el caso hipotético que hemos analizado, por ejemplo, la presencia de cocaína en un departamento y de elementos para fraccionarla, pueden explicarse

como tendientes a satisfacer el consumo personal de la persona que los posee o como actos preparatorios para una futura comercialización de la sustancia. Sin embargo, si tomamos al mismo tiempo en cuenta la cantidad hallada y la forma en que operó K. con la misma parecen existir elementos para descartar la hipótesis del consumo personal.

Al mismo tiempo esta reconstrucción le permite a la defensa planear su estrategia en el proceso, dirigiendo sus críticas hacia los fundamentos del planteo del fiscal o bien planteando una explicación alternativa con el mismo grado de coherencia y completitud. Por ejemplo podría demostrar que K. no fue el único locador y que las otras persona también poseían las llaves del departamento. Otra variante podría ser, por ejemplo, que K. alquiló el departamento para encontrarse con su amante, la que trajo consigo toda esa cocaína para comerciar y K. aprovechó la oportunidad para tomar las cantidades que acostumbraba a consumir. Esto significa acreditar por los medios que la ley establece para el ingreso de información al proceso la existencia de dicha amante y su identificación, la presencia de la misma en el edificio, la condición de consumidor de estupefacientes de K., etc. En todas estas alternativas de lo que se trata es de ampliar la lista de indicadores a tener en cuenta, lo que muestra nuevamente la dependencia de estos de las reglas que se pretendan utilizar en la construcción de la explicación.

En síntesis, debería la defensa empeñarse en desechar por no probados algunos de los principales enunciados considerados indicadores. También podría mostrar que las reglas utilizadas para inferir a partir de ellos conclusiones acerca de las intenciones del agente son poco plausibles. Por último, podría presentar una explicación alternativa coherente que de cuenta de todos los hechos mencionados y de las principales conclusiones inferidas a partir de ellos. La fiscalía, por su parte, trataría de sostener los enunciados que dan base a su justificación, mostrando al mismo tiempo que la versión de la defensa no da cuenta de todos los hechos probados en el proceso o bien que se contradice con alguno de los ya acreditados. El juez, por último, evaluaría las diversas alternativas y se decidirá

por aquella que constituya una narración coherente, económica y verosímil de todos los hechos probados en el proceso, en la que se hayan utilizado en su fundamentación las reglas más plausibles, y que haya resistido los intentos refutadores de la otra parte, en pocas palabras, que pueda considerarse verdadera.

4.5 Consecuencias prácticas del enfoque adoptado

La reconstrucción lógica de las operaciones que llevan a considerar probado el enunciado fáctico que alude a ciertas intenciones de un imputado, nos permite distinguir distintas etapas en este proceso, cada una de las cuales exige una forma de control diferente.

La primera parte de la operación consiste en seleccionar y determinar los indicadores, la verdad de los enunciados que los expresan debe poder ser demostrada empíricamente y además debe haber sido probada en el proceso respetando las leyes que regulan la incorporación de la prueba.

Esta selección se encuentra guiada por los mismos enunciados que se utilizarán luego para inferir las intenciones del agente, las llamadas reglas de la sana crítica. Los mismos expresan generalmente sólo conocimientos plausibles. Dichos enunciados, además, constituyen principios aplicables *prima facie* al caso que se trata de interpretar con ellos. Esto significa que se aplican en la medida en que no estemos en presencia de una excepción a los mismos, excepciones que por otra parte no pueden ser listadas en su totalidad en el momento de la aplicación. Por ende la responsabilidad de mostrar que el caso particular a explicar constituye una excepción a dicha regla parece recaer sobre quien desea oponerse a su utilización.

En la reconstrucción de Hassemer, estos enunciados quedan encubiertos, cuando es evidente que es en ellos donde reside la clave que permite determinar la

relevancia de los hechos escogidos como indicadores y al mismo tiempo el poder de convicción que de los mismos pueda surgir. Con la reconstrucción que se propone se pone en evidencia que la revisión crítica de estos enunciados es un paso insoslayable para lograr cierto control racional sobre las tareas de valoración de la prueba.

El carácter conjetural de la explicación construida hace necesaria una instancia de verificación independiente de la que lleva a la aceptación de los distintos enunciados tomados como indicadores. Esto se logra mediante la construcción de una narración coherente que englobe todos los hechos considerados relevantes y probados en la causa (Cf. Binder: 1990). Una explicación que no puede dar cuenta de todos los hechos relevantes que se consideran probados en la causa no puede ser utilizada para justificar la premisa fáctica de un razonamiento judicial.

Para determinar si la explicación que se propone coincide con lo acontecido en la realidad debemos prestar atención a la existencia de "hechos refutadores", esto es ciertos enunciados probados en la causa que se deriven lógicamente de la explicación en análisis y que la contradigan. De esta manera debemos evaluar las distintas explicaciones alternativas que pretendan ofrecer una versión consistente y completa del conjunto de hechos probados en el proceso.

Estas operaciones son las que nos permiten justificar cierto enunciado en el que se da por probada la intención de un sujeto. Ser consciente de las mismas no sólo puede aumentar la posibilidad de defensa del imputado sino que permitiría un autocontrol mayor por parte del propio juez o tribunal, evitando de esta manera la posible decisión de una causa en función de prejuicios o de reglas poco plausibles, disminuyendo así el riesgo de dictar sentencias arbitrarias no deseadas.

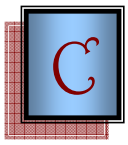
Las reglas de la sana crítica son enunciados condicionales que pueden tener distintos grados de codificación, con independencia de la materia sobre la que versen[4]. Del grado de codificación que posean dependerá el tipo de convicción que sean capaz de generar en los jueces los argumentos en los que se emplean. No

obstante, son las leyes de la lógica el instrumento que nos permite evaluar la consistencia interna de la explicación, así como la correspondencia de la misma con el conjunto de sus eventuales hechos refutadores.

En este capítulo se sugiere una vía para dotar de un contenido controlable intersubjetivamente a las "reglas de la sana crítica" sin acudir a sucedáneos problemáticos e inciertos que sólo consiguen perpetuar la confusión y la discrecionalidad. Pero la tarea más importante todavía está por hacerse.

[4] Un análisis más detallado de esta cuestión se puede ver en Bonorino 2003.

4.6 Cuestionario de autoevaluación



C - ¿Por qué decimos que la teoría y la práctica forman un continuo?
C - ¿Por qué se analiza un patrón teórico común en lugar de examinar algunas obras de derecho procesal?
C - ¿Qué es la epistemología?
C - ¿Cuáles son las tesis que componen el patrón teórico común de teoría procesal de la prueba?
C - ¿Cuáles son los presupuestos epistemológicos del patrón teórico común?
C - ¿Por qué no resulta conveniente identificar las leyes de la lógica con las leyes del pensamiento?
C - ¿Qué otros conceptos epistemológicos se deberían cambiar si se actualizara la noción de lógica presupuesta en el patrón teórico común?
C - ¿Qué son las reglas de la sana crítica?
C - ¿Qué función cumplen las reglas de la sana crítica?
C - ¿Qué consecuencias prácticas trae aparejada la reconstrucción de los argumentos probatorios utilizando unos presupuestos distintos a los que adoptan los procesalistas que comparten el patrón teórico común?

R E F E R E N C I A S

B I B L I O G R Á F I C A S

Alchourrón, Carlos E. 1995. “Concepciones de la lógica”, en. Carlos E. Alchourrón, José M. Méndez y Raúl Orayen (eds.), *Lógica,* Madrid: Trotta-C.S.I.C, pp. 11-48.

Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio. 1975. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Bs. As., Astrea.

Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio. 1989. “Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico”, en *Análisis lógico y Derecho,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 303-328.

Atienza, Manuel. 1987. "Para una razonable definición de "razonable"", *Doxa*, 4, 189-200.

Atienza, Manuel. 1991. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

Atienza, Manuel. 1993. *Tras la justicia*, Barcelona, Ariel.

Atienza, Manuel. 2001. *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel.

Binder, Alberto. 1990. “El relato del hecho y la regularidad del proceso: la función constructiva y destructiva de la prueba penal”, *Doctrina Penal*, 13, pp. 76-103.

Bix, Brian. 1996. "Natural law theory", en Dennis Patterson (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell, pp. 223-240.

Bobbio, Norberto. 1965. *El problema del positivismo jurídico*, Bs. As., Eudeba.

Bochenski, J. M. 1966. *Historia de la lógica formal*. Madrid: Gredos.

Bonorino, Pablo Raúl. 1999. “Lógica y prueba judicial”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Volumen XVI, Madrid, pp. 15-24.

Bonorino, Pablo Raúl. 2000. "La teoría jurídica de Ronald Dworkin", en Mario Portela (coordinador), *Temas de Teoría del Derecho*, Mar del Plata, Club del Libro, pp. 265-280.

Bonorino, Pablo Raúl. 2003. “Sobre las reglas de la sana crítica”. *Anuario de la Facultad de Derecho de Orense*, no. 2: 81-100.
Bulygin, Eugenio. 1966. “Sentencia judicial y creación del derecho”, en Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 355-369.
Bulygin, Eugenio. 1976. "Sobre la regla de reconocimiento", en Bacqué, J., et al., *Derecho, Filosofía y Lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Bs. As., Astrea.
Bulygin, Eugenio. 1991. “Validez y positivismo”, en Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 499-519.
Bunge, Mario. 2002. *Crisis y reconstrucción de la filosofía*. Barcelona: Gedisa.
Carrió, Genaro. 1990. *Notas sobre derecho y lenguaje*, Bs. As., Abeledo-Perrot.
Cerutti, María del Carmén. 1995. "Acerca de los llamados “casos difíciles””, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba*, Vol. 3, No. 1, pp. 23-64.
Copi, irving Marmer y Cohen, Carl. 1995. *Introducción a la lógica*, Mexico, Limusa-Noriega.
Deaño, Alfredo. 1989. *Introducción a la lógica formal*. Madrid: Alianza.
Dworkin, Ronald. 1967. “The model of rules”, *University of Chicago Law Review*, 35, pp. 14-46.
Dworkin, Ronald. 1984. *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel.
Dworkin, Ronald. 1986. *A Matter of Principle*, Oxford, Oxford University Press.
Dworkin, Ronald. 1988. *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa.
Dworkin, Ronald. 1991. “Pragmatism, Right Answers and True Banality”, *Pragmatism in Law and Society*, Boulder, Colorado, Westview Press.
Dworkin, Ronald. 1993. “¿Realmente no hay respuesta correcta en los casos difíciles?”, en Pompeu Casanovas y José Juan Moreso (eds.), *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Barcelona, Crítica, pp. 475-512.
Dworkin, Ronald. 1994. *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Barcelona, Ariel.
Dworkin, Ronald. 1997. “Objectivity and truth: you better believe it”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 25, no. 2, pp. 87-139.
Ferrajoli, Luggi. 1995. *Derecho y razón*, Madrid, Trotta.
Finnis, John. 2000. *Ley natural y derechos naturales*, Bs. As., Abeledo-Perrot.
García Amado, Juan Antonio. 1996. *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Madrid, Marcial Pons.
Garrido, Manuel. 1997. *Lógica simbólica*. Madrid: Tecnos.
Haack, Susan. 1982. *Filosofía de las lógicas*. Madrid: Cátedra.
Hart, H. L. A. 1962. “El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral”, en *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Bs. As. Desalma, pp. 1-64.
Hart, H. L. A. 1963. *El concepto del derecho*, Bs. As., Abeledo Perrot.

Hart, H. L. A. 1982. *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press.
Hart, H. L. A. 1983. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press.
Hart, H. L. A. 1994. *The Concept of Law*, second edition, with a Poscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz, Oxford, Clarendon Press.
Hassemer, Winfried. 1984. *Fundamentos del derecho penal*, Barcelona, Bosch.
Johnstone, Henry W. 1959. *Philosophy and Argument*. University Park: Pennsylvania State University Press
Kelsen, Hans. 1946. "La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Bs. As., Losada, pp. 207-238.
Kelsen, Hans. 1979. *Teoría pura del Derecho*, México, UNAM.
Kelsen, Hans. 1981. *¿Qué es la justicia?*, Bs. As., Leviatán.
Marmor, Andrei. 2001. *Interpretación y teoría del derecho*. Barcelona: Gedisa.
Nino, Carlos Santiago. 1984. *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona, Ariel
Nino, Carlos Santiago. 1995. *La validez del derecho*, Bs. As., Astrea.
Páramo, Juan Ramón de. 1984. *H.L.A. Hart y la teoría analítica del derecho*, Madrid, CEC.
Peña Ayazo, Jairo Iván. 1997. "El razonamiento jurídico", *Pensamiento jurídico*, Bogotá.
Rabossi, Eduardo. 1972. "La filosofía analítica y la actividad filosófica", *Cuadernos de Filosofía*, No. 1, La Plata.
Ridall, J. G. 1999. *Teoría del Derecho*, Barcelona, Gedisa.
Ullman-Margalit, Edna. 1977. *The Emergence of Norms*, Oxford, Clarendon.
Von Wright, Georg Henrik. 1979. *Norma y acción, Una investigación lógica*, Madrid, Tecnos.
Wittgenstein, Ludwig. 1988. *Investigaciones filosóficas*. Barcelona. Crítica.

B I B L I O G R A F Í A
S E L E C C I O N A D A
Y C O M E N T AD A

Presentamos a continuación el conjunto de libros que consideramos que no pueden faltar en la biblioteca de un jurista. Constituyen referencias obligadas en la mayoría de los debates actuales y contienen los aportes más importantes a la disciplina realizados en el siglo XX. Como toda selección, refleja las preferencias de quienes la realizan, por lo que es probable que el lector considere que algunas de las obras citadas no deberían figurar en ella y que hay otras que faltan. Consideramos que la mejor manera de estudiar filosofía del derecho es leyendo en primer lugar los textos de los propios filósofos y sólo después los trabajos de comentaristas y críticos. Por ello no hemos mencionado ninguno de los muchos manuales que pueden encontrarse sobre la materia.

- Blackburn, Simon. *Pensar. Una incitación a la filosofía*. Barcelona: Paidós, 2001.

  Una introducción a la filosofía en general, escrita de forma amena por uno de los filósofos contemporáneos más importantes. Aborda temas como el conocimiento, el razonamiento y los valores.

- Carrió, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, 4ta. edición corregida y aumentada, Buenos Aires., Abeledo-Perrot, 1990, 415 págs.

Es un libro fundamental para introducirse a las cuestiones relacionadas con el lenguaje del derecho y las consecuencias que la adopción de ciertas tesis semánticas trae aparejada para la interpretación jurídica y el razonamiento judicial. Esta edición incorpora una serie de artículos muy importantes publicados con posterioridad a la primera edición del libro en 1965. Entre ellos destacan "Principios jurídicos y positivismo jurídico", "Dworkin y el positivismo jurídico", "Sobre el concepto de deber jurídico" y "Sentencia arbitraria".

- Copi, Irving Marmer y Cohen, Carl, *Introducción a la lógica*, Mexico, Limusa-Noriega, 1995, 700 págs. Traducción de Edgar Antonio González Ruiz y Pedro Chávez Calderón. Edición original, *Introduction to Logic*, 8va. Edición, New York, Mac Millan, 1990.

Versión actualizada de un libro clásico para introducirse al estudio de la lógica formal, de la lógica informal y de la lógica inductiva. Contiene una gran variedad de ejercicios, muchos de ellos con sus soluciones.

- Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, 508 págs. Traducción de Marta Guastavino. Introducción de Albert Calsamiglia. Edición original, *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1977, (2nd. ed. with appendix, 1978), xv + 368 págs.

Contiene la crítica más importante al positivismo jurídico desde una posición iusnaturalista moderna, así como el desarrollo de algunos de los puntos fundamentales de la propia posición del autor. Los artículos más importantes son "El modelo de normas", "Normas sociales y teoría jurídica" y "Casos difíciles".

- Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2000. Edición original, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980.

Defensa de una posición iusnaturalista tradicional, de origen aristotélico-tomista, desde una perspectiva metaética de carácter procedimental.

- Hart, H. L. A., *El concepto del derecho*, Bs. As., Abeledo Perrot, 1963, 332 págs. Traducción de Genaro Carrió. Edición original, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, x + 262 págs.

Una de las obras más importantes de filosofía del derecho del siglo XX. Contiene una crítica al positivismo simple de Austin y Kelsen y al realismo norteamericano, la defensa de una concepción compleja de los sistemas jurídicos, una teoría de la decisión judicial como parcialmente discrecional y la defensa de una posición positivista metodológica. De lectura amena, resulta imprescindible para comprender los debates actuales en filosofía del derecho de tradición anglosajona.

- Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho*, México, UNAM, 1979, 358 págs. Traducción de Roberto J. Vernengo. Edición original, *Reine Rechstslehre*, Wien, Zweite, Vollstandig Neu Bearbeitete und Erweirterte, 1960.

La segunda edición modificada de la obra de Kelsen constituye un libro totalmente distinto de la primera edición realizada en la década del treinta. Puede ser considerada el punto culminante de la producción del autor.

- Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, 3ra. ed., Bs. As., Eudeba, 1974, 375 págs. Traducción de Genaro Carrió. Edición original, *On Law and Justice*, Londres, Stevens and Sons Limited, 1958.

La defensa de un enfoque realista sofisticado, contiene además una crítica al iusnaturalismo tradicional y el análisis lógico del funcionamiento de la noción de derecho subjetivo en el discurso jurídico. El capítulo sobre interpretación jurídica (método jurídico) es considerado uno de los aportes más importantes sobre la cuestión.