

*TEORÍA DEL DERECHO Y
ARGUMENTACIÓN JURÍDICA*
Ensayos contemporáneos

TEORÍA DEL DERECHO Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Ensayos contemporáneos

Coordinador

RAMÓN ORTEGA GARCÍA

Autores

PABLO R. BONORINO
JUAN A. GARCÍA AMADO
VICTORIA ITURRALDE
JOSÉ JUAN MORESO
RAMÓN ORTEGA GARCÍA

SONIA E. RODRÍGUEZ BOENTE
JOAQUÍN RODRÍGUEZ-TOUBES
MANUEL SEGURA ORTEGA
GERMÁN SUCAR
RODOLFO L. VIGO



tirant lo blanch

México D.F., 2013

Copyright © 2013

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch México publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com (<http://www.tirant.com>).

TEORÍA

Colección dirigida por Jorge Cerdio y Javier de Lucas

Luis López Guerra	Comité Científico:	Marta Lorente
Tomás S. Vives Antón		Francisco Muñoz Conde
Víctor Moreno Catena		Tomás Sala Franco
Luciano Parejo Alfonso		Héctor Olásolo
Ángel López		Angelika Nussberger
José R. Cossío		Ruth Zimmerling
María José Añón		Owen M. Fiss

© Ramón Ortega García y otros

© TIRANT LO BLANCH MÉXICO
EDITA: TIRANT LO BLANCH MÉXICO
Avda. General Mariano Escobedo, 568 y Herschel, 12
Colonia Nueva Anzures
Delegación Miguel Hidalgo
CP 11590 MÉXICO D.F.
Telf.: (55) 5000 5000
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
ISBN 978-84-9033-924-4
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: PMc Media

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

Índice

Agradecimientos.....	9
MAGISTRADO M. EN D. BARUCH F. DELGADO CARBAJAL	
Prefacio	11
MAGISTRADO DR. SERGIO JAVIER MEDINA PEÑALOZA	
Acerca del contenido de este libro	13
Presentación.....	15
RAMÓN ORTEGA GARCÍA	

Primera Parte

TEORÍA DEL DERECHO

Las fuentes del derecho en el Estado de Derecho constitucional y el neo-constitucionalismo	47
RODOLFO L. VIGO	
El artículo primero constitucional y la constitucionalización del derecho en México	61
RAMÓN ORTEGA GARCÍA	
La ciudadela de la moral en la corte de los juristas	121
JOSÉ JUAN MORESO	
El punto de vista jurídico y los jueces	143
JOAQUÍN RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ	
Abandonar la regla de reconocimiento (desde el positivismo jurídico) ..	193
GERMÁN SUCAR	

Segunda Parte
ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Sobre el sentido de la argumentación jurídica	261
MANUEL SEGURA ORTEGA	
Prueba directa y prueba indiciaria: debate acerca de su distinción	287
SONIA ESPERANZA RODRÍGUEZ BOENTE	
Razonamiento abductivo y prueba judicial	313
PABLO R. BONORINO	
Razonamiento judicial a partir de precedentes	345
VICTORIA ITURRALDE	
Ponderación y subsunción: ¿Son intercambiables y se eligen a conveniencia?.....	363
JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO	
Sobre los Autores	397

Agradecimientos

Magistrado M. en D. Baruch F. Delgado Carbajal

*Presidente del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura del
Estado de México*

El Poder Judicial del Estado de México se congratula por la publicación de esta obra colectiva en la que han participado autores provenientes de tres diferentes países: Argentina, España y México. Gracias a la suma de esfuerzos y talentos, se presenta al público un libro que reúne diez ensayos sobre diversos temas de actualidad pertenecientes al dominio de la teoría del derecho y la argumentación jurídica. A nombre del Poder Judicial del Estado, agradezco la generosa e invaluable participación de todos quienes han contribuido a hacer de esta publicación una maravillosa realidad. No obstante que se trata de una obra especializada que aborda asuntos extraordinariamente complejos, su lectura no debiera interesar sólo a los juristas profesionales, sino a todos los que desean ampliar su comprensión del fenómeno jurídico. La razón es simple: el derecho es importante. El derecho nos gobierna y nos obliga de manera inexorable como miembros de la colectividad. A lo largo de nuestra vida, nos mantenemos en contacto permanente con el mundo del derecho, que mediante sus pretensiones determina la mayor parte de las conductas sociales. Nos dice qué debemos y qué no debemos hacer con base en lo que consideramos justo. Por eso, cuando va de la mano de la justicia, el derecho también es un bien en sí mismo valioso. Nos ayuda a ser mejores hombres y puede conducirnos, en cuanto sociedad, a estadios más prometedores. De ahí que nunca dejará de ser importante el estudio, análisis y comprensión de sus múltiples facetas y realidades. El presente libro persigue justamente este desiderátum: contribuir a enriquecer y ampliar nuestro entendimiento de la juridicidad. Estoy convencido de que sus páginas suscitarán futuras reflexiones sobre los temas que en él se discuten.

Prefacio

Magistrado Dr. Sergio Javier Medina Peñaloza

Director General de la Escuela Judicial del Estado de México

La Escuela Judicial del Estado de México tiene muy claro como uno de sus principales propósitos el difundir los nuevos “hallazgos” de la ciencia jurídica y sus disciplinas auxiliares, ocupando un lugar preponderante entre ellas tanto los estudios de argumentación jurídica como la teoría del derecho que en los últimos años ha dejado atrás el formalismo jurídico y se ha posicionado en el contexto del post-positivismo jurídico y del neoconstitucionalismo. A través de su Centro de Investigaciones Judiciales, la Escuela Judicial procura poner en contacto al impartidor de justicia con las concepciones jurídicas dominantes, a través de conferencias y publicaciones como la que ahora tiene entre sus manos el lector. Los artículos reunidos en esta obra abordan temas de enorme trascendencia para la vida jurídica, pues en ellos se discute sobre las fuentes del derecho en el Estado constitucional contemporáneo, la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos, los distintos enfoques que cabe adoptar frente a la realidad jurídica, los fundamentos del sistema jurídico, el problema de la indeterminación del derecho y la discrecionalidad judicial, el razonamiento en materia de hechos, la fuerza de los precedentes y la ponderación de principios jurídicos, entre otros. Los artículos han sido escritos por estudiosos de la filosofía jurídica provenientes de las Universidades de Santiago de Compostela, Vigo, León, el País Vasco y Pompeu Fabra, de España; de la Universidad Austral y de la de Buenos Aires, de Argentina; así como de la propia Escuela Judicial del Estado de México. El resultado es un libro dividido en dos partes, la primera dedicada a los estudios de la teoría del derecho y la segunda a los de argumentación jurídica. Creemos que más allá de las tesis que cada autor defiende, el valor fundamental de esta obra, y por tanto su esencia, reside en que todas las contribuciones que lo integran fueron escritas con el propósito

específico de ser publicadas por y para la Escuela Judicial del Estado de México, exponiendo un crisol de sensibilidades diversas que labran una historia común. Todas tienen un mismo origen: los lazos de amistad que hemos tejido con colegas de distintas latitudes. A todos ellos les manifestamos nuestro más sincero reconocimiento.

Acerca del contenido de este libro

La mayoría de los artículos que se reúnen en esta compilación han sido publicados con anterioridad en *Ex Legibus*, la revista de derecho que edita semestralmente la Escuela Judicial del Estado de México. Algunos de los ensayos han sufrido modificaciones por parte de sus autores. Tal es el caso del artículo de Germán Sucar, “Abandonar la regla de reconocimiento (desde el positivismo jurídico)”, que es una versión completamente revisada y ampliada del original que se publicó en el número 2 de *Ex Legibus*. Asimismo, el ensayo de Joaquín Rodríguez-Toubes, “El punto de vista jurídico y los jueces”, que apareció en el número 3 de la revista, incorpora una tabla esquemática al final del trabajo para mostrar los distintos enfoques o puntos de vista que cabe adoptar en relación con el derecho. El artículo de Sonia Rodríguez, “Prueba directa y prueba indiciaria: debate acerca de su distinción”, circuló originalmente en el número 3 de *Ex Legibus* con un nombre diverso, pero su contenido se ha mantenido intacto. El ensayo de Ramón Ortega, “El artículo primero constitucional y la constitucionalización del derecho en México”, es una versión más comprimida de la que se publicó en el número 4 de la misma revista, con un título diverso, y en ella el autor ha introducido algunas adaptaciones. El artículo de José Juan Moreso, “La ciudadela de la moral en la corte de los juristas”, aparecido en el más reciente número de *Ex Legibus*, contiene pequeños ajustes para su publicación en esta obra. Los artículos de Rodolfo L. Vigo, Manuel Segura y Pablo R. Bonorino, publicados originalmente en el número 3 de la revista, se reproducen sin cambios. Finalmente, las contribuciones de Victoria Iturralde y Juan Antonio García Amado se publican por primera vez.

Presentación

Ramón Ortega García

Coordinador de la Obra

En los últimos cinco decenios hemos sido testigos de un desarrollo inusitado de la teoría del derecho que la ha posicionado como uno de los saberes jurídicos más fecundos de la actualidad. Una prueba de ese desarrollo explosivo y de la variedad de tendencias y orientaciones que se han originado en su seno, es la presente compilación de ensayos en la que diversos autores comprometidos con el estudio de la filosofía del derecho abordan aspectos consustanciales de este fenómeno, por demás relevantes. Antes de ofrecer al lector un vistazo del contenido de este libro, quisiera decir algo más acerca de esa evolución que la teoría del derecho ha experimentado en tiempos recientes, pues quizás contar con un panorama general del “estado del arte” pueda agudizar nuestra comprensión de los problemas que serán discutidos en su oportunidad.

La teoría del derecho actual y su desarrollo

Para empezar hay que tomar en cuenta que este desarrollo ha seguido derroteros distintos, según se trate de países con tradición jurídica anglosajona o civilista. En los primeros, los avances en la teoría del derecho han estado marcados por la influencia indiscutible de Hart desde comienzos de los sesenta y, posteriormente, por lo que ha dado en llamarse el debate «Hart-Dworkin». En los segundos, en cambio, la influencia de Kelsen (aunque también habría que destacar la de Hart y la de Ross), fue decisiva desde las primeras décadas del siglo pasado hasta principios de los noventa, cuando irrumpieron las nuevas concepciones del constitucionalismo jurídi-

co de Alexy y Ferrajoli¹. Con todo, pese a que la teoría del derecho ha seguido cauces distintos en unos países y en otros, ello no significa que entre los teóricos de ambas tradiciones no se haya establecido un diálogo más o menos fructífero, aunque es preciso reconocer que los teóricos del derecho del *civil law* han sido más receptivos a las ideas de sus colegas del *common law*, que a la inversa. Los teóricos del derecho anglosajones han desarrollado su pensamiento al margen de lo que se hacía y decía fuera de las fronteras de sus países. El diálogo entre ellos ha sido, casi sin excepción, un diálogo de familia. Veamos a continuación algunos datos interesantes.

En 1961, Hart publica su libro «THE CONCEPT OF LAW»² en el que sienta las bases de una teoría del derecho general y descriptiva, siguiendo la tradición de la escuela analítica de jurisprudencia fundada por John Austin, de acuerdo con el método del positivismo jurídico y su postulado de la separación entre el derecho que es y el derecho que debería ser. Algunos años más tarde, en 1967, aparece el primero de una serie de ensayos escritos por Ronald Dworkin en donde el objetivo fundamental que pretendía era demoler las tesis más básicas del positivismo jurídico en la versión que Hart había ofrecido de él en 1961. A partir de entonces, los estudios de

¹ Soy consciente de que esta descripción corre el riesgo de simplificar las cosas en demasía, pero mi único propósito es exponer en términos muy generales el desarrollo de la teoría del derecho para los efectos de esta presentación.

² Recientemente, en la introducción a la tercera edición en inglés de *The Concept of Law*, se ha señalado que el valor de esta obra perdura, pese a los cincuenta años transcurridos desde su aparición. Ella nos ha permitido alcanzar un entendimiento más profundo del derecho en cuanto institución social, y el estudio de esta institución es algo en sí mismo valioso. Cf. Green, Leslie, "Introduction", en Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, 3ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. XV-LV, p. LV. También Neil MacCormick llegó a declarar en una ocasión: "Sea como punto de partida de nuevas investigaciones, como blanco de refutación y crítica o como fuente general de inspiración, la obra de Hart conserva una gran relevancia para la mayor parte de lo que hay de fructífero e interesante en la teoría del derecho contemporánea": H. L. A. Hart (1981, 1ª ed.; 2008, 2ª ed.), traducción de la segunda edición a cargo de Juan Manuel Pérez Bermejo, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011, p. 297.

la teoría del derecho en el mundo anglosajón estuvieron marcados por el debate entre estos dos autores y a él pronto se sumaron otros tantos, quienes terminaron alineándose a uno u otro bando³.

Hay que reconocer que el debate «Hart-Dworkin» no puede ser descrito con simplicidad; los temas que comprende son muy dispares entre sí⁴. La crítica de Dworkin en «THE MODEL OF RULES I» de 1967 (que luego se publicaría como un capítulo de «TAKING RIGHTS SERIOUSLY», en 1977), es diferente a la que despliega en «LAW'S EMPIRE», escrito casi dos décadas después, en 1986, así como en otras publicaciones posteriores. En 1967, la crítica de Dworkin al positivismo jurídico se centró en algunos aspectos muy claros vinculados con la presencia de los principios en el derecho; concretamente, su postura podría sintetizarse en las siguientes proposiciones: (i) el positivismo jurídico de Hart muestra al derecho como un simple modelo de reglas que oscurece el importante papel de los principios en la adjudicación; (ii) entre los principios y las reglas hay una distinción lógica; (iii) los principios, a diferencia de las reglas, no pueden ser identificados como parte del derecho de una comunidad mediante el uso de la regla de reconocimiento porque ésta sólo reconoce como válidas a las normas por la forma en que han sido creadas o adoptadas, es decir, por su origen o pedigrí

³ Me baso en lo comentado por Scott J. Shapiro en su artículo «The «Hart-Dworkin» Debate: A Short Guide for the Perplexed», en Ripstein, Arthur (ed.), *Ronald Dworkin*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, pp. 22-55 [hay traducción al español de Mariano C. Melero de la Torre: «El debate «Hart-Dworkin»: una breve guía para perplejos», en *id* (ed.), *Dworkin y sus críticos. El debate sobre el imperio de la Ley*, Tirant lo blanch, Valencia, 2012, pp. 143-194]. De lo que estoy diciendo no debe suponerse que la teoría de Hart no haya recibido otras críticas además de las de Dworkin. Ciertamente las ha habido, provenientes de fuentes muy diversas.

⁴ Siguiendo a Shapiro, esos temas incluirían, principalmente: la discreción judicial, el papel de la política en la adjudicación, los fundamentos ontológicos de las reglas, la posibilidad de una teoría del derecho descriptiva, la función del derecho, la objetividad de los valores, la vaguedad de los conceptos y la naturaleza del razonamiento jurídico. Vid. Shapiro, Scott J., «The «Hart-Dworkin» Debate: A Short Guide for the Perplexed», *ob. cit.*, p. 23.

y, en cambio, los principios son válidos porque son exigencias de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moral (es decir, por razón de su contenido); y (iv) el positivismo jurídico ofrece una imagen distorsionada de la adjudicación en los casos difíciles pues no es verdad que en ellos, a falta de regla establecida, el juez tenga discreción fuerte para resolver el caso en un sentido o en otro; el deber del juez es aplicar los derechos preexistentes de las partes, recurriendo para ello a los principios. Todas estas críticas le apostaban, en el fondo, a la disolución de la tesis del positivismo jurídico acerca de la separación entre el derecho y la moral. ¿Cómo? Por vía de la incorporación al derecho de los principios en cuanto exigencias de la justicia.

Sin embargo, en 1986, la crítica dworkiana tomó un giro diferente pues los principios dejaron de estar en el centro del debate. Dworkin acusó entonces al positivismo jurídico de ser una teoría semántica del derecho, en el sentido de que los hechos de los que depende que una cierta proposición jurídica sea verdadera o falsa están determinados por reglas lingüísticas compartidas por los jueces y juristas, las cuales rigen el uso y significado de la palabra “derecho”. En conexión con esto último, Dworkin también acusó al positivismo jurídico de no ser capaz de explicar los desacuerdos teóricos sobre el derecho en los casos difíciles, es decir, los desacuerdos que se dan cuando, en uno de estos casos, los jueces y abogados discuten qué es, qué requiere o permite realmente el derecho de la comunidad. El argumento de Dworkin era que si el derecho se basa en hechos históricos (*plain historical facts*) y estos hechos han sido establecidos mediante una convención, tal como asegura el positivismo jurídico, entonces los únicos desacuerdos genuinos que pueden surgir entre los juristas se refieren al problema empírico de si ellos se dieron o no se dieron. Pero no puede haber un desacuerdo teórico acerca de los propios fundamentos jurídicos, pues éstos fueron fijados convencionalmente.

Quizá se pueda afirmar, como hace Shapiro⁵, que todo el debate «Hart-Dworkin», no obstante los temas tan dispares que comprende, tiene una unidad importante. Bien vistas las cosas, toda la controversia estaría organizada en torno a uno de los problemas más conspicuos de la filosofía del derecho, la relación entre legalidad y moralidad. La disputa podría resumirse así: para Dworkin, la legalidad vendría determinada no sólo por hechos sociales (como sostienen Hart y los demás partidarios del positivismo jurídico), sino también por hechos morales. En otras palabras, lo que es y no es derecho en un tiempo y lugar dados dependería en última instancia de consideraciones de la moral. Dice Shapiro que esta tesis de Dworkin plantea un serio desafío a la imagen que el positivismo jurídico presenta de la naturaleza del derecho, pues en esa descripción la legalidad nunca se determina mediante la moral, sino sólo por prácticas sociales. De ahí que el verdadero núcleo del debate, concluya, sea el enfrentamiento entre dos concepciones sobre la naturaleza del derecho radicalmente opuestas⁶.

A la mayoría de las críticas de Dworkin, Hart fue respondiendo en varios escritos sucesivos, pero fue sólo con la publicación del «POSTSCRIPT» a la segunda edición de «THE CONCEPT OF

⁵ *Ibidem*, pp. 23-24.

⁶ Es preciso advertir que el debate Hart-Dworkin se ha prolongado hasta abarcar el aspecto metodológico de la teoría del derecho. Mientras que la teoría de Hart es general y descriptiva, sin pretensiones justificativas de ningún tipo, la teoría jurídica de Dworkin, fundada como está en una teoría política liberal, sí pretende justificar el derecho de las sociedades democrático-liberales. El origen de la controversia radica en que cada autor ha elaborado su teoría desde un punto de vista diferente: Hart lo hace desde un punto de vista externo moderado (lo que algunos denominan “punto de vista hermenéutico”), en tanto que Dworkin adopta el punto de vista interno a la práctica (que supone un compromiso moral de parte del jurista). En este sentido, Dworkin rechaza que haya un punto de vista arquimédico (es decir, externo) desde el cual se pueda captar la realidad jurídica sin hacer ningún juicio de valor ni adoptar ninguna postura de moralidad política. Sobre este último aspecto, vid. Ripstein, Arthur, “Introduction: Anti-Archimedeanism”, en *id.* (ed.), *Ronald Dworkin, ob. cit.*, pp. 1-21.

LAW», en 1994, que se obtuvo una respuesta bien articulada. Ahí, Hart admite que Dworkin acierta en algunas de sus críticas (como las que se refieren a la importancia de los principios en el razonamiento judicial y a la teoría práctica de las reglas sociales), pero afirma que las demás yerran el blanco pues el positivismo jurídico que Dworkin ataca sencillamente no existe: él se lo ha inventado. Independientemente de ello, lo cierto es que la crítica dworkiana trajo como consecuencia la fragmentación del positivismo jurídico y la polarización de posiciones al interior del mismo (habrían surgido distintas *formas* de positivismo jurídico que buscaron responder a los ataques de Dworkin y terminaron enfrentándose entre sí). La disputa entre esas posiciones tendría como eje el tema ya mencionado de las relaciones entre el derecho y la moral, y, concretamente, el *quid* de la cuestión sería si la existencia y contenido del derecho dependen de consideraciones morales. Dos vendrían siendo las principales posturas enfrentadas: de un lado, el *soft positivism* (Hart), positivismo jurídico incluyente (Waluchow, Kramer, etc.) o incorporacionismo jurídico (Coleman), que en esencia afirma que la moral, *contingentemente*, puede servir para determinar lo que es el derecho si los fundamentos sociales o de tipo convencional del propio derecho (es decir, la regla de reconocimiento) lo autorizan; del otro, el *hard positivism* o positivismo jurídico excluyente (Raz, Marmor, Shapiro), que afirma la tesis contraria de que la moral, *bajo ningún supuesto*, puede determinar lo que es el derecho, debido sobre todo a razones lógicas (en este sentido, los iuspositivistas duros han hecho valer la tesis de la autoridad del derecho como servicio y la tesis de la diferencia práctica del derecho). Esta es una de las muchas disputas en la teoría jurídica contemporánea que parecen no tener fin. De todos modos, es claro que la crítica de Dworkin ha marcado un antes y un después en los anales de la teoría del derecho anglosajona: el antes, dominado por el positivismo jurídico de Hart, y el después, por el debate «Hart-Dworkin» y el surgimiento de varios *iuspositivismos* (los cuales diferirían entre sí en cuanto a la interpretación que hacen de la tesis de las fuentes sociales del derecho, una débil, la del positivismo jurídico incluyente, y otra fuerte, la del

positivismo jurídico excluyente⁷), así como de otras concepciones abiertamente hostiles al positivismo jurídico⁸.

Por otro lado, en la Europa continental, las cosas se desarrollaron de otra manera. La crisis del positivismo jurídico kelseniano de corte formalista fue la consecuencia de dos sucesos concatenados: en primer lugar, la aparición de un nuevo modelo de organización política y jurídica distinto al Estado legislativo de derecho —el Estado constitucional— en todos aquellos países en los que, durante la segunda posguerra, se impuso una constitución rígida, garantizada y cargada de moralidad (esto es, basada en valores, principios y derechos fundamentales); en segundo lugar, y a resultas de lo anterior, el surgimiento de una nueva concepción jurídica conocida como constitucionalismo jurídico o iusconstitucionalismo, que desde principios de los noventa comenzó a explicar en términos doctrinales la realidad propia del Estado constitucional. En una de las primeras obras que daban cuenta de ese cambio de paradigma, publicada en 1992, su autor, Gustavo Zagrebelsky⁹, afirmaba que el “derecho por principios” del Estado constitucional estaba en contradicción con la mentalidad del positivismo jurídico como ciencia de la legislación positiva, y que si éste se encontraba vivo aún en la teoría y práctica jurídicas, a pesar de la nueva realidad, era en virtud del carácter adaptable de las ideologías. Es más, la supervivencia del positivismo jurídico en el terreno de las ideas —señalaba— era un “claro ejemplo de cómo la inercia de las grandes concepciones jurídicas hacía que continuaran operando como residuos, incluso cuando ya habían perdido su razón de ser a causa del cambio de las circunstancias que originalmente las habían justificado”¹⁰.

⁷ Aquí hay que mencionar también al positivismo jurídico “normativo” o “ético” (Campbell, Waldron), que sería una tercera forma de positivismo jurídico.

⁸ Además de Dworkin, quedarían incluidos en este grupo los movimientos neo o post-realistas, v.gr. *Critical Legal Studies, Law and Economics*, etc.

⁹ *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón Abellán, epílogo de Gregorio Peces-Barba, Trotta, Madrid, 1995.

¹⁰ *Ibidem*, p. 41.

Habiéndose agotado el modelo del positivismo jurídico formalista y descartada la posibilidad de un “positivismo de los principios”, la realidad del Estado constitucional exigía una nueva concepción que diese cuenta del papel de las cláusulas materiales en las constituciones europeas de la segunda mitad del siglo veinte. La positivación a nivel constitucional de contenidos morales demandaba una teoría explicativa sobre su impacto en distintos contextos que no fuese distorsionadora. Esta explicación vino de la mano del constitucionalismo jurídico, situado ahora en el centro de las discusiones académicas en varios países de Europa y América Latina.

Pero, por cierto, el constitucionalismo jurídico tampoco ha sido una doctrina homogénea; en su interior existe un conflicto en aumento entre dos versiones radicalmente opuestas: por un lado, el constitucionalismo principialista de Robert Alexy, que vendría siendo propiamente el neoconstitucionalismo de marcada tendencia anti-iuspositivista; por el otro, el constitucionalismo garantista de Luigi Ferrajoli, que sería en realidad una prolongación del positivismo jurídico. Aunque ambos teóricos reconocen sin cuestionar la relevancia de las “constituciones de principios”, lo cierto es que de este hecho extrae cada uno consecuencias muy diferentes. Quizás puedan resumirse sus posicionamientos de la siguiente manera¹¹.

Para el constitucionalismo principialista de Alexy, (i) los principios incorporados en las constituciones son indicativos de la existencia de una moral objetiva (Alexy defendería el objetivismo ético al igual que otros exponentes clásicos del neoconstitucionalismo, Nino y Atienza, fundamentalmente); (ii) los principios constitucionales expresan derechos susceptibles de ponderación cuando entran en conflicto unos con otros; de esto se desprende el papel prioritario asignado a la argumentación y a la praxis judicial en esta

¹¹ En este punto sigo lo expuesto por Ferrajoli en un artículo suyo, recientemente publicado: “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, trad. de Nicolás Guzmán, *Doxa*, 34 (2011), pp. 15-53. Asimismo, cf. Ferrajoli, Luigi y Ruiz Manero, Juan, *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Trotta, Madrid, 2012, pp. 31-119.

especie de constitucionalismo, en la que el derecho es visto como una práctica argumentativa; y (iii) los principios incorporados a las constituciones habrían motivado la asunción de la tesis de la conexión necesaria entre el derecho y la moral, típica de las doctrinas no-iuspositivistas, anti-iuspositivistas y, dentro de estas últimas, las iusnaturalistas.

Por su parte, el constitucionalismo garantista de Ferrajoli basaría su contenido en las siguientes tesis contrapuestas al programa alexyano: (i) los valores y principios reconocidos en las constituciones no pueden tener carácter absoluto sino sólo relativo, pues sólo así es posible garantizar la convivencia pacífica entre los miembros de las sociedades contemporáneas, caracterizadas por el pluralismo axiológico (Ferrajoli compartiría con Kelsen la defensa del relativismo ético y la negación de la razón práctica); (ii) los principios constitucionales representan la positivación del *deber ser* del derecho y constituyen límites insuperables a la actividad legislativa; (iii) las constituciones establecen vínculos no sólo formales, sino materiales respecto de toda la producción normativa, con la consecuencia de que las leyes pueden ser formalmente vigentes, aunque materialmente inválidas (y a la inversa); sin embargo, esos vínculos materiales provienen de la positivación del *deber ser* del derecho y eso permite mantener en pie la tesis iuspositivista de la separación entre el derecho y la moral (de ahí que el proyecto ferrajoliano sea más bien un reforzamiento del positivismo jurídico); y (iv) los derechos constitucionales se expresarían por medio de normas que no son principios, sino reglas aplicables deductivamente (Ferrajoli no oculta su desconfianza hacia los principios y el método de la ponderación pues irían, según él, en detrimento de la fuerza normativa de las constituciones).

Siendo esto así, contamos entonces con dos constitucionalismos antagónicos: el principialista y el garantista. Los protagonistas del debate, Alexy y Ferrajoli, serían los dos pesos pesados de la teoría del derecho contemporánea en los países del *civil law*, enfrentados por tesis irreconciliables. La disputa entre ellos no pasaría de tener un atractivo meramente académico, si no fuera porque las teorías

deben ser capaces de explicar la realidad jurídica a la que pretenden aplicarse y que, dicho sea de paso, no cesa de cambiar constantemente. La reforma constitucional en materia de derechos humanos que tuvo lugar en México en junio de dos mil once, es un claro ejemplo de esa realidad cambiante que demanda asumir una nueva concepción teórica del derecho, distinta a la que actualmente impera en la consciencia de nuestros juristas. Si, como afirman los expertos, los derechos humanos incorporados en la Constitución mexicana y en los tratados internacionales de los que México es parte, así como los que derivan de otras normas de fuente internacional, constituyen la Ley Suprema del Estado, una norma secundaria que trastocara esos derechos no podría ser válida; quizás podría decirse que es formalmente existente, suponiendo que haya sido creada conforme al procedimiento autorizado, pero en cualquier caso sería materialmente inválida, es decir, sería una norma vigente aunque inválida (ello nos acercaría más a la doctrina ferrajoliana). Sin embargo, por otra parte, está claro que esos derechos humanos serían susceptibles de ponderación cuando concurrieran conflictivamente en un caso concreto y, entonces, tendría que buscarse la manera de argumentar racionalmente el resultado ponderativo (lo que nos llevaría a estar más cerca de la doctrina alexyana). De tal suerte que, como puede constatarse, no es posible arribar a una conclusión acerca de cuál teoría es superior a otra o cuál de las dos explica mejor la realidad jurídica de nuestro país.

Hay que insistir en que, con la irrupción del constitucionalismo jurídico en los países del *civil law*, la era del positivismo jurídico kelseniano de corte formalista quedó superada¹². Me refiero al modelo

¹² Así lo expone Atienza: “En mi opinión —dice—, el positivismo ha agotado su ciclo histórico, como anteriormente lo hizo la teoría del Derecho natural. Al igual que Bloch escribió en una ocasión que «la escuela histórica ha crucificado al Derecho natural en la cruz de la historia» [...], hoy podría afirmarse que «el constitucionalismo ha crucificado al positivismo jurídico en la cruz de la Constitución»”: Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación: concepciones de la argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006, p. 44. Últimamente, este autor ha alertado sobre los riesgos de que en el ámbito de la teoría del derecho se

en donde la Constitución establecía las condiciones formales de validez de las leyes (el órgano y el procedimiento para su producción) y sólo en cierta medida los contenidos que debían poseer. Para Kelsen, la Constitución era una norma esencialmente procedimental y no tanto sustantiva; pensaba que la inclusión de contenidos materiales, como los derechos y libertades del hombre, supondría dejar en manos del juez constitucional un poder casi ilimitado para declarar la nulidad de leyes, cada vez que considerara que el legislador había actuado contraviniendo esos contenidos. La diferencia a este respecto entre el positivismo jurídico de Kelsen y el constitucionalismo jurídico es evidente. De acuerdo con este último, la idea de un derecho puramente formal no puede ser más que errónea. Las leyes valen no sólo por haber sido “puestas” de una forma determinada, sino por ser compatibles con los principios y valores que la Constitución establece. Ferrajoli decía sobre este particular que en el paradigma del constitucionalismo rígido se produce una divergencia deóntica entre validez y vigencia, entre el *deber ser* constitucional del derecho, por un lado, y el ser legislativo de ese mismo derecho, por el otro. De ahí que en el nuevo paradigma no resulte contradictorio hablar de un derecho jurídicamente inválido o ilegítimo¹³.

En todo caso, el cúmulo de factores ya mencionados, tanto doctrinales como históricos, entre los que destacan la crítica de Dworkin a la teoría del derecho de Hart, el advenimiento de los Estados constitucionales de derecho en varios países de Europa y América

produzca la globalización de un localismo, refiriéndose con ello a la adopción de teorías del derecho supuestamente generales, es decir, válidas en principio para todo sistema, pero que resultan inadecuadas para explicar la realidad jurídica de ciertos países o regiones. De ahí que Atienza proponga crear teorías del derecho “regionales”, especialmente para los países latinos de Europa y América. Su propuesta gira en torno a un modelo de teoría del derecho pragmáticamente útil y culturalmente viable que incorpore tres elementos: método analítico, objetivismo moral e implantación social. Cf. *id.*, “Una propuesta de filosofía del derecho para el mundo latino”, *Doxa*, 30 (2007), pp. 661-664.

¹³ Cf. Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia 1. Teoría del derecho*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, et al., Trotta, Madrid, 2011, p. 16.

Latina, así como el surgimiento del constitucionalismo jurídico en sus dos variantes (esto es, el neoconstitucionalismo y el constitucionalismo garantista), ha provocado que algunos autores aseguren que hoy día nos encontramos en plena era del *post-positivismo jurídico*, caracterizado por una gran variedad de rasgos generales, de los que sólo enunciare los siguientes¹⁴: (i) la importancia concedida a los principios como una de las “caras” del derecho y de la ponderación en cuanto técnica específica para aplicarlos en los casos individuales¹⁵ (Dworkin, Alexy, Zagrebelsky); (ii) la idea de que la validez de las normas jurídicas es una cualidad no dependiente de su origen formal, sino de su contenido; para ser válidas, las normas deben respetar los valores y derechos de la Constitución (Ferrajoli); (iii) la concepción de que el derecho es una práctica interpretativa (Dworkin) o argumentativa (Alexy) que se construye colectivamente mediante la participación de los jueces y demás agentes jurídicos (el derecho como argumentación, diría Atienza, más que como sistema o complejo de normas y actos); (iv) la tesis de que la teoría del derecho no es una empresa meramente descriptiva, sino normativa, pues exige que el teórico asuma un compromiso fuerte con los valores del derecho plasmados en la Constitución; en este sentido, la teoría abandona el punto de vista externo moderado o “hermenéutico” del positivismo jurídico de Hart, y adopta en sustitución el punto de vista interno del participante que acepta y aprueba moralmente las normas; de ahí que la finalidad de la teoría sea ofrecer una justificación *moral* del derecho (Dworkin, Alexy, Nino); y (v) la idea de que los casos judiciales son casi siempre difíciles pues en la práctica judicial son extremadamente raros los supuestos en donde la solución está dada por la aplicación de una norma clara y unos hechos incontrovertidos, de suerte que la decisión se obtenga por

¹⁴ Tomo como guía el ensayo de Josep Aguiló Regla: “Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”, *Doxa*, 30 (2007), pp. 665-675. Este autor destaca hasta diez diferencias entre ambos paradigmas.

¹⁵ Como dijera Zagrebelsky, “las reglas sólo son una de las caras del derecho, a la que hay que hacer concordar con la otra cara, la de los principios”: *El derecho dúctil...*, *ob. cit.*, p. 113.

simple deducción lógica; la mayoría de los casos que se ventilan en los tribunales, principalmente en sede constitucional, entrañan una opción política que suscita un desacuerdo sobre lo que el derecho exige; son problemas de moralidad acerca de lo que es justo, decente o imparcial; de ahí que en casos como éstos, los jueces se vean obligados a recurrir a consideraciones de la moral para decidir lo que es realmente el derecho (Dworkin). Estos rasgos generales del *post-positivismo jurídico* son más o menos compartidos por todos los autores asociados al constitucionalismo jurídico y, en particular, por los neoconstitucionalistas. Por eso, a veces, al *post-positivismo jurídico* se le identifica sin más con el neoconstitucionalismo¹⁶.

Ahora bien, suponiendo que se haya producido la transición hacia el *post-positivismo jurídico*, eso no implica en absoluto que la doctrina iuspositivista esté muerta. Su legado perdura. Como escribiera hace algún tiempo Albert Calsamiglia: “En un cierto sentido la teoría jurídica actual se puede denominar postpositivista precisamente porque muchas de las enseñanzas del positivismo han sido aceptadas y hoy todos en un cierto sentido somos positivistas”¹⁷. Si esto es así, entonces creo importante destacar la fuerte presencia que el positivismo jurídico de tradición *analítica*¹⁸ mantiene en algunos países

¹⁶ De hecho, las tesis que señala Aguiló como típicas del post-positivismo jurídico se superponen en parte con las que Atienza atribuye al paradigma constitucionalista. Cf. Atienza, Manuel, *El sentido del derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, pp. 309-310.

¹⁷ “Postpositivismo”, *Doxa*, 21-I (1998), pp. 209-220, p. 209. Más que de la superación del positivismo, opina este autor que estamos ante un desplazamiento de la agenda de problemas que son objeto de estudio. Los dos temas centrales del postpositivismo serían la indeterminación del derecho (los límites del derecho en los casos difíciles) y la conexión entre el derecho y la moral, sobre todo en cuanto al razonamiento que lleva a cabo el juez en los casos difíciles y en la perspectiva que debe adoptar el teórico frente al derecho.

¹⁸ Se ha dicho con razón que una de las aportaciones más valiosas que el positivismo jurídico puede dejar como herencia a la cultura jurídica es precisamente el método analítico. Vid. Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, en Ramos Pascua, J. A. y Rodilla González, M. Á. (eds.), *El positivismo jurídico a examen: estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2006, pp. 765-780.

latinos (Italia, España y Argentina, principalmente); dos serían las escuelas que actualmente ejercen una poderosa influencia: la genovesa y la bonaerense¹⁹.

La escuela genovesa²⁰, fundada a finales de los sesenta por Giovanni Tarello, es la cuna del realismo jurídico italiano²¹. A sus in-

¹⁹ Las dos escuelas (la genovesa, en tanto pertenece a la Escuela Analítica Italiana) han tenido un desarrollo más o menos paralelo: son coincidentes en sus raíces culturales (el estudio del pensamiento de Kelsen y, luego, de Hart y Ross, en el ámbito de la filosofía del derecho); comparten la actitud empírica y anti-metafísica, la idea wittgensteiniana de la filosofía como meta-ciencia neutral, el interés por el lenguaje y por el giro lingüístico de la filosofía a principios del siglo XX, así como el interés por la lógica y sus posibles usos en el derecho. Cf. Comanducci, Paolo, "Introducción", en *id.* (comp), *Análisis y derecho*, Fontamara, México, 2004, pp. 7-22, p. 17.

²⁰ La escuela genovesa sería una de las orientaciones de la Filosofía Analítica del Derecho Italiana, junto con la normativista, iniciada por Bobbio y Scarpelli; la genovesa de Tarello y Pattaro, en cambio, sería realista y escéptica, aunque las dos compartirían el método analítico, esto es, la aceptación del principio de la "Gran División" entre el lenguaje prescriptivo y descriptivo y el principio de la distinción entre juicios analíticos y sintéticos. Vid. Pintore, Anna, "Introduction", en Pintore, Anna y Jori, Mario (eds.), *Law and Language. The Italian Analytical School*, Deborah Charles Publications, Liverpool, 1997, pp. 1-19. Según Comanducci, mientras que la línea normativista de la Filosofía Analítica del Derecho Italiana (Ferrajoli, Gianformaggio, Jori, Luzzati, Pintore, entre otros) estuvo influenciada por Kelsen, primero, y por Hart, después; en la corriente realista influyeron los principales autores del realismo americano y escandinavo. Las diferencias entre ambas orientaciones estarían relacionadas con aspectos epistemológicos, lógicos, teóricos, deontológicos y filosóficos. Cf. Comanducci, Paolo, "Introducción", *ob. cit.*, pp. 10 y 13-14.

²¹ Aunque los expertos reconocen que el realismo jurídico à la gènoise ha incorporado elementos teóricos de autores como Bobbio, Scarpelli, Kelsen, Hare y Alchourrón y Bulygin, "refinando con la metodología analítica algunas tesis básicas del realismo jurídico clásico (especialmente del americano) y no pocas veces introduciendo tesis totalmente novedosas": Ferrer Beltrán, Jordi y Ratti, Giovanni B., "Introducción", en *id.* (eds.), *El realismo jurídico genovés*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011, pp. 12-13. En el mismo volumen, vid. Barberis, Mauro, "Un poco de realismo sobre el realismo «genovés»", pp. 201-215. Señala Barberis que la tesis que permitiría calificar a la escuela genovesa de "realista", sería propiamente el escepticismo interpretativo, que además de ser compartida por todos sus integrantes, haría posible

tegrantes (Guastini, Castignone, Barberis, Chiassoni, Comanducci) se les tilda de “realistas genoveses”, dada la conexión estrecha que mantienen con el iusrealismo histórico, tanto americano como escandinavo. Las teorías típicamente realistas que defienden son el escepticismo interpretativo y el no-cognoscitivismo ético (que en algunos casos deriva en el emotivismo), mientras que en el contexto de la teoría de derecho comparten algunas tesis fundamentales referidas principalmente a la interpretación jurídica, como son: (i) la diferenciación entre los enunciados de las fuentes dotadas de autoridad (disposiciones normativas) y los contenidos de significado que ellos expresan (normas); (ii) la idea de que los enunciados interpretativos (aquellos que atribuyen significado a las disposiciones normativas) no son descriptivos, sino prescriptivos o adscriptivos, y, por consiguiente, carecen de valores de verdad, y (iii) la tesis de que la interpretación jurídica es una actividad fundamentalmente decisoria y no cognitiva, ya que entraña la decisión del intérprete respecto del significado de la disposición.

La escuela de Buenos Aires, por otro lado, considerada la principal corriente de la filosofía jurídica latinoamericana²², fundada en la Argentina a finales de los años cincuenta, está marcada por tres generaciones sucesivas de iusfilósofos: en la primera hubo una vertiente analítica (Carrió), una lógica (Alchourrón y Bulygin), y una ética (Garzón Valdés); la segunda logró trascender al exterior gracias a la obra de su principal exponente (Nino, aunque no habría que olvidar a Caracciolo y a Farrell), y la tercera ha tenido gran influencia no sólo en ese país suramericano, sino también en el extranjero, sobre todo después de la dictadura militar de los años setenta y ochenta²³ (Navarro, Zuleta, Rosenkratz). Si bien la opinión de que existe

distinguir al realismo genovés del positivismo jurídico. Si bien, al final, el autor propone que la escuela genovesa abandone el calificativo de “realismo” por razones terminológicas o conceptuales, metodológicas y teóricas.

²² Me baso en lo expresado por Mauro Barberis en su libro: *Breve storia della filosofia del diritto*, Il Mulino, Bolonia, 2004, pp. 157-163.

²³ Dice Atienza que en el período posterior a 1945, los filósofos del derecho argentinos pueden ser clasificados en cuatro grandes tendencias: la tradicional

una Escuela analítica de Buenos Aires está lejos de ser plenamente compartida por todos los autores. Por ejemplo, Pablo Navarro ha expresado recientemente razones de peso para rechazar esta posibilidad. Él cree que entre los diversos grupos de filósofos argentinos reunidos en torno a las Universidades de Palermo, Torcuato Di Tella, San Andrés y UBA hay demasiada diversidad generacional e institucional como para identificar rasgos comunes relevantes que hagan posible hablar de una “Escuela”. Ciertamente —dice— estos grupos poseen un cierto aire familia, genealógicas compartidas y herencias intelectuales similares, pero falta una agenda común de intereses, una revista que sea órgano de difusión oficial de un pensamiento propio, una metodología de trabajo compartida y objetivos comunes académicos, intelectuales o políticos; es decir, lo que falta es una homogeneidad suficiente a nivel metodológico o sustantivo para englobar a tantos autores tan talentosos (Roberto Gargarella, Marcelo Alegre, Carlos Rosenkratz, Nino, Bulygin, Guibourg, Martín Farrell, Hugo Zuleta, Rivera López, Horacio Spector, etc.) como parte de una Escuela. Por todo ello, Navarro concluye que “referirse a la «Escuela de Buenos Aires» es sólo una manera abreviada de situar a los filósofos argentinos contemporáneos —incluso

(iusnaturalista), la materialista, la fenomenológica y la analítica. El precursor de todo fue Carlos Cossio, quien introdujo la teoría egológica del derecho a principios de los años cuarenta y hasta mediados de los cincuenta, cuando cobró mayor ímpetu la filosofía jurídica de corte fenomenológico de Ambrosio L. Gioja. Luego, en 1960, dio inicio el período de la filosofía analítica del derecho con autores como Carrió, Alchourrón y Bulygin, Rabossi y Vernengo. Dentro de esta última etapa, Atienza divide a los iusfilósofos analíticos en dos grandes grupos: los partidarios del empleo de técnicas lógico-formales en el análisis del lenguaje jurídico, y los partidarios de enfocar el estudio del derecho a partir del análisis de los lenguajes naturales. Dentro del primer apartado cabe incluir a Alchourrón y Bulygin, a Guibourg y a Azzaretto; mientras que en el segundo se puede considerar a Carrió, Vernengo, Rabossi, Garzón Valdés, Martino, Warat y Nino. Algunos autores de lo ya citados, entre ellos Guibourg, Azzaretto, Martino, Warat, Nino, y otros como Farrell, Griffa y Russo, formarían parte de la “segunda generación” de jusfilósofos analíticos. Cf. Atienza, Manuel, *La filosofía del derecho argentina actual*, prólogo del Dr. Francisco Miró Quezada, Depalma, Buenos Aires, 1984; especialmente, pp. 1-30.

a los que no tenemos mayor vinculación institucional con Buenos Aires— en una suerte de patrimonio cultural común”²⁴.

Los temas de esta compilación

Pues bien, aunque la lista de direcciones del pensamiento iusfilosófico contemporáneo continúa, confío en que lo dicho hasta ahora pueda ayudarnos a tener una idea general del terreno en el que nos movemos al estudiar los temas de este libro. En sus páginas se discutirán asuntos que han sido motivo de preocupación constante para los juristas: el positivismo jurídico y la incorporación de la moral en el derecho; el Estado constitucional y el neoconstitucionalismo; la indeterminación del derecho y la discreción judicial; el razonamiento del juez sobre los hechos del caso y los precedentes, así como la ponderación de principios jurídicos, entre otros. Problemas que están latentes en la agenda actual de los teóricos y filósofos del derecho, tal como revela el mapa de orientaciones, tendencias y escuelas que antecede.

El libro que el lector tiene entre sus manos se divide en dos partes; la primera está dedicada a los estudios de la teoría del derecho, mientras que la segunda se ocupa de los de argumentación jurídica. En el primero de los ensayos, Rodolfo L. Vigo emprende un análisis comparativo entre el Estado legal y el Estado constitucional de derecho, destacando las principales notas definitorias de uno y otro a la luz del neoconstitucionalismo. El eje de la discusión está dado por las fuentes del derecho, que si en el Estado legal giraban alrededor de la ley (con sus caracteres de generalidad y abstracción), en cuanto fuente suprema y emanada de la voluntad del Estado, en el modelo constitucional hay lo que se ha denominado un “desbordamiento de las fuentes”, que significa que para efectos prácticos resulta inoperante realizar una lista taxativa de los “lugares” a don-

²⁴ Véase la entrevista que le hice a Pablo E. Navarro en el número 5 de *Ex Legibus. Revista de Derecho* (abril de 2013), descargable en el portal de la Escuela Judicial del Estado de México: www.pjedomex.gob.mx/ejem/

de el jurista puede acudir en busca de las respuestas o soluciones jurídicas para cada caso en particular. La prueba está en que en el Estado constitucional no existe una nómina o catálogo definitivo de derechos humanos pues siempre cabe la posibilidad de que de unos se deriven otros más específicos, de tal suerte que no tiene sentido tratar de enumerarlos exhaustivamente. Al jurista le está permitido obtener los derechos de múltiples fuentes muy diversas, algunas más bien inéditas, como el *ius cogens* o la jurisprudencia de las cortes internacionales de justicia. Por eso, si en el Estado legal el catálogo de fuentes era un catálogo cerrado y venía dado por la propia ley, tal como se aprecia aún en la mayoría de los códigos civiles, en el Estado constitucional las fuentes del derecho devienen tantas que son los propios tribunales los que van indicándolas o precisándolas a través de la jurisprudencia, sin que por lo mismo quepa hablar de una ordenación jerárquica de ellas. La conclusión del autor es que los cambios que supone el Estado constitucional exigen un nuevo aparato conceptual —el del neoconstitucionalismo— que permita a la teoría dar cuenta de esas transformaciones producidas en la realidad del derecho.

En el segundo ensayo, continuando con el tema del Estado constitucional, Ramón Ortega explora el fenómeno conocido como “constitucionalización” de los ordenamientos jurídicos, esta vez en México. El autor defiende la tesis de que con la reforma al artículo primero de la Constitución mexicana de junio de dos mil once, el derecho de este país sufrió un impulso notable hacia la constitucionalización, dado de que en ese precepto es posible reconocer al menos tres condiciones de dicho fenómeno: (1) la sobreinterpretación del texto constitucional, (2) la aplicación directa de las normas constitucionales y (3) la interpretación conforme a la Constitución. La argumentación de Ortega discurre en el sentido de que el artículo primero constitucional, a través del principio *pro homine*, exige una interpretación extensiva de las cláusulas constitucionales sobre derechos humanos, lo que implica que el intérprete lleve a cabo una ampliación del supuesto de la norma para cubrir casos que no están explícitamente previstos en él, siempre que así se garantice

la mayor protección a favor de la persona (como dice el precepto constitucional, “favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”). Por lo demás, el mismo artículo impone a todas las autoridades la obligación de promover, respetar, proteger y, sobre todo, *garantizar* los derechos humanos en el ámbito de sus competencias, y la mejor forma de hacerlo (tratándose de los jueces del país) es aplicando directamente las normas de la Constitución que los expresan. Y dado que las normas sobre derechos humanos son prevalentemente principios, los órganos aplicadores del derecho tienen que recurrir a la ponderación cuando esas normas concurren conflictivamente en un caso concreto. De igual modo, el artículo primero constitucional exige que las leyes sobre derechos humanos sean interpretadas de acuerdo con la Constitución y los tratados internacionales de la materia, es decir, consagra el principio de interpretación conforme, el cual se basa en consideraciones que apuntan a la preservación de las leyes por respeto a su dignidad democrática. No obstante, ese criterio interpretativo entraña una serie de problemas teóricos y prácticos que tienen que ver con la propia naturaleza de la interpretación como actividad, los conflictos entre normas de diferente grado y la posibilidad de que el juez incurra en la usurpación de funciones legislativas, siendo necesario entonces que la decisión del intérprete se mueva dentro del parámetro formado por “las interpretaciones plausibles”. Al final del texto, el autor vierte sus propias reflexiones sobre si la progresiva constitucionalización del derecho en México ha ido de la mano de la instauración del paradigma del neoconstitucionalismo en el seno de la cultura jurídica mexicana.

En el tercer ensayo, José Juan Moreso encara el problema que separa al positivismo jurídico incluyente y excluyente, esto es, el de la incorporación de la moral en el derecho. Dicho problema se plantea cuando alguna disposición jurídica utiliza conceptos morales como el de “trato cruel”, pues entonces el intérprete se ve en la necesidad de recurrir a la moral para dotar de sentido a la disposición. Mientras que el positivismo jurídico incluyente afirma que la remisión a la moral supone la incorporación de sus contenidos al

derecho, el positivismo jurídico excluyente rechaza que tal incorporación se produzca, pues ahí donde el derecho remite a la moral, el intérprete sencillamente goza de discreción. El autor es partidario del incorporacionismo, por lo que cree que las consideraciones morales a las que el intérprete acude para dotar de significado a una disposición que emplea conceptos de esa índole, son parte del derecho. A los fines de entender mejor esta idea, supongamos, siguiendo un ejemplo citado por Moreso, que el tribunal constitucional del país X tiene que averiguar en el caso que se le presenta, si la sanción punitiva Y, prevista en el Código Penal, constituye un “trato cruel” que la Constitución de X prohíbe. Para resolver el caso, el tribunal requiere echar mano de consideraciones morales que le permitan determinar qué es un trato cruel, pues “cruel” es obviamente un término moral. De acuerdo con Moreso y los incorporacionistas, la solución del caso no puede fundarse más que en la propia moralidad, y ésta es incorporada al derecho mediante el reenvío que hace la Constitución a pautas morales cuando emplea ese tipo de expresiones. Merece la pena advertir que este incorporacionismo suele ir acompañado de alguna forma de objetivismo ético, el cual abre la posibilidad de establecer una moral objetiva a través de métodos racionales. Por eso, los incorporacionistas sostienen que cuando el derecho remite a la moral a través de conceptos como el de “trato cruel”, no se efectúa un reenvío a la moral individual del intérprete, ni a la moral social del grupo al que pertenece, sino a una moral objetiva. Las implicaciones de esta tesis para la solución de casos judiciales como el que antecede son manifiestas: algunas penas serían tratos crueles *objetivamente*. Moreso destaca el ejemplo de la «*poena cullei*» del Derecho Romano, consistente en encerrar al condenado en un saco junto con un perro, un gallo, una serpiente y un mono, y arrojarlo a las aguas del mar o del río más cercano. Nadie en su sano juicio negaría que éste es un caso claro de “trato cruel”: en él no habría lugar para la duda ni la controversia. Por lo tanto, es falso que el juez tenga discreción en casos como éste para decidir conforme a sus propias convicciones morales. En el fondo, Moreso se caracteriza por defender tanto al incorporacionismo como al ob-

jetivismo ético y por creer que ambos son plenamente compatibles con la tesis de la no conexión necesaria entre el derecho y la moral. De ahí que su posición sea la de un iuspositivista moderado, que admite que la conexión entre ellos no es necesaria ni imposible, sólo contingente.

En el cuarto ensayo de este libro, Joaquín Rodríguez-Toubes, por su cuenta, hace un estudio de la extensa bibliografía existente sobre los distintos puntos de vista desde los que cabe tomar en consideración el derecho, partiendo de la clásica clasificación de Hart entre el punto de vista interno y el punto de vista externo, siendo el primero el que adoptan todos aquellos que aceptan las normas jurídicas como obligatorias (como pautas o guías de la conducta propia y ajena en la terminología de Hart), y el segundo el del observador que describe el modo en que los aceptantes siguen y usan las normas del derecho desde el punto de vista interno, sin que él por su parte tenga que aceptarlas (punto de vista externo moderado), o el del observador que no toma en cuenta las normas vigentes al interior del grupo y se concreta a registrar ciertas regularidades de comportamiento de sus miembros (punto de vista externo extremo), ofreciendo una descripción más sociológica que jurídica, más orientada a hechos que a normas. El análisis de Rodríguez-Toubes tiene la virtud de resaltar las deficiencias de la teoría de Hart sobre los puntos de vista frente al derecho y de ir examinando los múltiples matices y ajustes que los principales filósofos de la tradición jurídica anglosajona (Raz, MacCormick, Shapiro, etc.) han realizado en las últimas décadas. El resultado final —apunta el autor— es un mapa del problema mucho más detallado, pero también mucho más complejo; de ahí que la aportación más valiosa del artículo de Rodríguez-Toubes sea que muestra cómo el fenómeno jurídico puede ser abordado o contemplado desde muchas perspectivas (p. ej. la del observador teórico que no acepta las normas ni toma en cuenta el dato de su existencia; la del observador que no acepta las normas pero atiende al punto de vista interno de los aceptantes; la de quien participa en la práctica socio-jurídica pero es indiferente frente a las normas o discrepa de ellas; la del participante que acepta las normas

por razones no morales; la del que las acepta y además las aprueba moralmente, etc.), cada una de las cuales supone diversas actitudes por parte de los individuos al entrar en contacto con las normas, así como distintas razones por las cuales el sujeto decide, en su caso, adoptarlas. Ahora bien, parece fuera de toda duda que contar con una visión más amplia de este tema —el de los distintos puntos de vista que cabe adoptar hacia el derecho— nos permite ampliar nuestra comprensión sobre él.

Como se dijo anteriormente, la teoría del derecho de Hart ha sido una de las más discutidas en las últimas décadas y prueba de ello es el interés con el que Germán Sucar analiza uno de los conceptos más polémicos de esa teoría: la regla de reconocimiento. En el quinto ensayo de este volumen, con que se cierra la primera parte sobre los estudios teóricos, Sucar afirma rotundamente que dicha regla debería ser lisa y llanamente desterrada de la teoría del derecho sin abdicar las premisas básicas del positivismo jurídico metodológico, normativista y convencionalista, y sin renunciar tampoco a una reconstrucción sistemática del derecho. A juicio de Sucar, la regla de reconocimiento es totalmente inútil para explicar tanto la unidad de un sistema jurídico, como su propia normatividad práctica, que es el problema de la justificación del derecho o, lo que es igual, de por qué debe ser obedecido y aplicado. Tras exponer concisamente los principales rasgos de la regla de reconocimiento atribuidos por Hart, Sucar delinea la polémica mantenida en los noventa entre Eugenio Bulygin y Juan Ruiz Manero acerca de la naturaleza de esa regla. En el contexto de tan memorable debate, Bulygin sostenía que a la regla de reconocimiento hay que entenderla como una regla conceptual, esto es, como una mera definición de “derecho válido”, en tanto que Ruiz Manero defendía la tesis de que la regla de reconocimiento debe interpretarse como una regla de conducta que impone a los jueces el deber de aplicar las normas identificadas por ella. Para Sucar, la posición de Bulygin parece más ventajosa que la de Ruiz Manero, pero lo cierto es que las dos están equivocadas pues al final optan por mantener la figura de la regla de reconocimiento, si bien con algunos ajustes. Contra Bulygin, Sucar argu-

menta que es confuso afirmar, como hace el profesor argentino, que la existencia de un determinado orden jurídico dependa de que los jueces y otros funcionarios compartan y utilicen efectivamente la misma definición de derecho válido, y es más confuso pretender, por un lado, asimilar dicha definición a los criterios de identidad del orden jurídico (establecidos mediante un esquema definicional que fija las condiciones de existencia del propio orden) y, por el otro, equiparar esa definición a la regla de reconocimiento, vista como regla conceptual. A Sucar le parece más razonable decir que aquello que es aceptado, compartido y usado por los jueces es el conjunto de normas soberanas que establecen competencias y pautas para la creación normativa y que son, en este sentido, criterios de identificación o de validez, pues constituyen criterios de pertenencia de las normas a los sistemas y de éstos al orden jurídico. Ese uso efectivo determinaría, en definitiva, la eficacia del derecho, mas no su existencia, y en ningún caso sería correcto llamar a ese conjunto de criterios de identificación “regla de reconocimiento”. Contra Ruiz Manero, Sucar considera que suponer una regla de reconocimiento como norma última que establece para los jueces el deber de aplicar las normas particulares del sistema identificadas por ella misma, resulta algo totalmente innecesario, pues la pregunta por el fundamento de la normatividad práctica del derecho sólo puede responderse desde parámetros extrajurídicos. De ahí que ésta sea otra razón para reforzar la tesis del autor de que la regla de reconocimiento debe ser abandonada. Finalmente, Sucar cree que la noción de aceptación (y la noción de reconocimiento asociada a ella), puede ser un instrumento teórico útil para dar cuenta de la eficacia del derecho así como para proveer una explicación descriptiva de su normatividad, si bien este punto lo sugiere simplemente como una posible línea de teorización.

La segunda parte del libro abre con el ensayo de Manuel Segura, quien ofrece un estudio acerca del sentido de la argumentación jurídica entendida como un proceso discursivo en virtud del cual el operador del derecho da cuenta de las razones por las que una determinada solución para un problema jurídico específico resulta

aceptable, razonable o plausible; es decir, que con el uso de la argumentación jurídica se pretende justificar una salida a un problema o asunto legal que no es evidente para todos los involucrados. Desde esta perspectiva, la argumentación en el derecho se encuentra presente en diferentes contextos jurídicos, incluido por supuesto el de la interpretación y aplicación de normas por parte de los órganos judiciales. Segura se aboca justamente al estudio de la argumentación que se desarrolla en el marco del proceso de interpretación y aplicación del derecho en sede judicial. Subraya que la fuerte indeterminación de los derechos en los Estados constitucionales —propiciada sobre todo por la inclusión de cláusulas abiertas y flexibles a nivel de la Constitución— ha provocado que los jueces estén dotados de mayores poderes discrecionales y gocen de mayor libertad frente a la ley, con lo cual la función judicial desemboca en la mayoría de los casos en una auténtica creación normativa. Merced a esa indeterminación que afecta al derecho parcialmente, el autor sostiene que no es posible hablar de una única respuesta correcta al momento de resolver las disputas legales por la vía judicial, reconociendo así la importancia de la argumentación jurídica. Sin embargo, el propio autor constata que el sentido o alcance de la misma es más bien limitado pues el juez mantiene la potestad de interpretar la norma o los hechos del caso haciendo uso de su personal arbitrio. Y sucede que este margen de discrecionalidad no sólo no puede suprimirse, sino que tampoco puede controlarse mediante métodos racionales. De ahí que, para el autor, la decisión judicial que finalmente se imponga a las partes valga más por el peso de la autoridad del órgano que la dicta, que por ser la mejor o la más razonable.

En el séptimo ensayo, Sonia Rodríguez realiza un estudio sobre la supuesta diferencia entre prueba directa y prueba indirecta o indiciaria desde un punto de vista epistémico, asumiendo que la prueba es un instrumento cognoscitivo por medio del cual se puede llegar a conocer la verdad de los hechos. El concepto de verdad es entendido en sentido semántico de acuerdo a la teoría de la correspondencia que afirma que cierto enunciado es verdadero cuando su contenido coincide con la realidad, esto es, cuando correspon-

de efectivamente a la experiencia. La autora señala que la verdad procesal que se obtiene a partir de los medios de prueba no puede ser más que relativa pues el proceso judicial está condicionado por límites institucionales, legales y temporales. Pero insiste en que se trata de una verdad correspondentista y no narrativista, con lo cual rechaza aquellas concepciones de la verdad procesal que sostienen que un enunciado sobre los hechos es verdadero dependiendo de su coherencia con otros enunciados en el marco de una narración sobre los mismos. La razón es que el proceso no es un concurso en el que se premie a la mejor narración desde el punto de vista literario. El proceso tiene como fin primordial el conocimiento de la verdad (en el sentido indicado). La autora también asume como premisa de su investigación una ideología de la decisión legal y racional que debe imperar entre las autoridades judiciales encargadas de impartir justicia. Es una ideología que supone la exigencia de comprobar los hechos del caso en términos racionales, esto es, con ayuda de los medios de prueba disponibles. Según la ideología en cuestión, las pruebas deben ser valoradas por el juez con arreglo a métodos que le permitan llegar a conclusiones racionalmente justificadas, de tal suerte que sean predecibles y controlables. En este sentido, sostiene la autora que el juez, a la hora de valorar las pruebas, debe utilizar como esquema lógico un sistema de inferencias probabilísticas de naturaleza inductiva que se reproduce de la siguiente manera: a partir de ciertos hechos (como puede ser la declaración de un testigo), el juez formula enunciados que consideran probados otros hechos («el testigo vio que Juan mató a Pedro») y en base a ellos infiere que el hecho objeto del proceso (Juan mató a Pedro) se encuentra probado. Desde este enfoque, la diferencia entre prueba directa y prueba indirecta o indiciaria es sólo de grado, pues radica en el número de inferencias inductivas que cada una requiere. Y si bien las conclusiones a las que arriba el juez usando estos dos tipos de prueba son justificables racionalmente, la autora advierte que no pueden ser más que plausibles o sólo probablemente verdaderas, ya que ambas se basan en inferencias probabilísticas.

El tema de la racionalidad en materia probatoria también es el objeto de estudio en el ensayo de Pablo R. Bonorino, quien propone hacer uso de la abducción en la justificación de los enunciados probatorios según aparecen en los considerandos de una sentencia judicial. Dice el autor que el razonamiento del juez que se expresa en la sentencia parte de premisas normativas y fácticas que necesariamente deben ser justificadas. En relación con la premisa fáctica, esto es, el enunciado sobre los hechos relevantes del caso, el juez debe justificar nada menos que su verdad, tomando como base las pruebas aportadas durante el proceso. De acuerdo con la legislación procesal de muchos países, la información que proporcionan las pruebas debe ser valorada por el juez conforme a las reglas de la sana crítica, sin que la doctrina procesalista haya aclarado cuál puede ser el contenido de esas reglas. Esto equivale a conferirle al juez un salvoconducto para ejercer libremente su discreción al momento de fijar los hechos del caso; una libertad que tiende a ser mayor en materia penal cuando la norma describe la conducta punible mediante el empleo de propiedades subjetivas como la intención del agente que comete el delito. Dado que el juez no puede observar la intención del sujeto, no le queda más remedio que inferirla de otros hechos probados que funcionan como indicios o indicadores de ese estado de ánimo. Bonorino defiende que a partir de ciertos hechos probados que operan como indicadores y de una o varias premisas tácitas que se obtienen con ayuda de la experiencia y el sentido común, es posible para el juez derivar la premisa fáctica de la decisión judicial. Esas premisas tácitas son las susodichas reglas de la sana crítica. Para seguir un ejemplo expuesto por Bonorino, supóngase que el hecho probado (indicador) es que el imputado mantenía en su poder cierta cantidad de estupefacientes y también una balanza de precisión. Basándose en su experiencia y en su sentido común, el juez formula la premisa tácita que dice que todo el que tiene en su poder cierta cantidad de estupefacientes y una balanza de precisión, los posee con la intención de comercializarlos. Luego, apoyándose en el indicador y en la premisa tácita, el juez concluye que el imputado estaba en posesión de los estupefacientes con la intención de

comercializarlos y no para su consumo personal. Este razonamiento lógico que lleva a cabo el juez es una forma de abducción que le permite justificar la verdad del enunciado sobre hechos que servirá como premisa menor del silogismo con el cual fundamente su fallo. De ahí que la abducción sea un método que recupera la racionalidad en el proceso de toma de decisiones por parte del órgano judicial.

Pasando a otros temas de la argumentación jurídica, la profesora Victoria Iturralde, en su turno, luego de distinguir las funciones más importantes que cumple la figura del precedente, analiza su significado como fuente formal del derecho en sentido similar a la ley, esto es, en cuanto objeto de interpretación jurídica y premisa normativa del razonamiento judicial. Ello le lleva a identificar dos modelos distintos de argumentación a partir de precedentes: el modelo de reglas y el modelo de la analogía. En el primero, la «*ratio decidendi*» de la sentencia tiene valor obligatorio y debe aplicarse a casos futuros, en tanto que en el segundo, un caso es considerado como ejemplo significativo y correcto para guiar decisiones futuras en casos similares. Cada modelo presenta diferentes tipos de problemas que la autora examina con gran sutileza. En el modelo de reglas, por ejemplo, los principales desafíos se relacionan con la definición del concepto mismo de «*ratio decidendi*»; su delimitación respecto de los «*obiter dicta*»; el método para determinar la *ratio* en los casos individuales y el hecho de que, de una misma decisión, intérpretes diferentes pueden llegar a deducir diferentes *ratios*. Pero los problemas también se originan cuando en la sentencia aparecen enunciadas varias razones y existe la duda de si todas constituyen, conjuntamente, la *ratio*, o si, por el contrario, sólo lo es alguna (o algunas); o cuando existen dos precedentes en conflicto y el juez tiene que elegir entre ellos a discreción (debiendo expresar los argumentos por los cuales sigue uno y descarta otro). Asimismo, otra fuente de incertidumbre (esta vez relacionada con la interpretación del precedente) surge en el momento de la aplicación de la *ratio* a un caso futuro, pues el intérprete debe determinar si el nuevo caso queda dentro de la *ratio* o fuera de ella, y otra complicación más es la que se presenta cuando la decisión carece de motivación suficien-

te, ya que entonces se torna sumamente complicado determinar la *ratio decidendi*. En definitiva, éstos y otros problemas que rodean a los precedentes son expuestos por la autora con mucha claridad y el mérito principal de su ensayo reside en que abre el debate sobre la funcionalidad del precedente judicial en los sistemas jurídicos que lo adoptan como fuente del derecho.

En el último ensayo de este libro, Juan Antonio García Amado nos ofrece una perspectiva por demás sugerente sobre la relación que existe entre los métodos interpretativo-subsuntivo y ponderativo-subsuntivo, afirmando no sólo que son intercambiables, sino elegibles a discreción del intérprete, dependiendo de cómo considere que es más fácil justificar el fallo. Por eso, el autor sostiene la tesis de que no es verdad que siempre que concurren dos principios, el método correcto y debido sea el de la ponderación, esto es, el ponderativo-subsuntivo. Esta tesis del autor es examinada a la luz de un caso verídico de la justicia española sobre una controversia entre dos vecinos a propósito de una cámara de seguridad que uno de ellos colocó en un pequeño callejón que separa las propiedades de ambos. La cámara graba el callejón y las puertas de entrada a la casa del otro vecino, quien presentó una demanda por violación a su derecho a la intimidad. El vecino que colocó la cámara se defendió argumentando su derecho a la seguridad privada de él y de su familia. El caso fue resuelto en primera instancia a favor del principio de seguridad, aplicando el método interpretativo-subsuntivo, pero la sentencia fue apelada ante la Audiencia Provincial del lugar que revocó el fallo y resolvió en sentido opuesto, protegiendo el derecho a la intimidad, sólo que esta vez se empleó como base de la argumentación el método ponderativo-subsuntivo. La manera diferente en que se resolvió el caso indica, según el autor, que la ponderación no se aplica siempre que haya principios en juego, sino sólo cuando el intérprete opta por construir el caso como de conflicto entre principios; es decisión del intérprete presentar el caso de esta manera, como si dos principios estuvieran en pugna. Sólo así se dará la condición necesaria para emplear la ponderación. Ahora bien, si esto es correcto, es decir, si la ponderación depende de la manera

en la que el intérprete presenta el caso, entonces no hay normas que por sí sean principios. Una norma cualquiera, como la que protege el derecho a la intimidad o el derecho a la seguridad, será un principio a condición de que el intérprete le conceda ese tratamiento. Esta conclusión es reveladora y arroja luz sobre un aspecto de gran importancia para la práctica judicial en México, pues con motivo de la reforma al artículo primero de la Constitución de junio de dos mil once, en virtud de la cual todas las autoridades están obligadas a garantizar los derechos humanos, parece ya no haber duda de que los jueces del país tendrán que ponderar principios cada vez que lo estimen necesario o conveniente, con lo cual deberán estar familiarizados con esa técnica. En la parte final de su artículo, García Amado parece adherir la tesis común entre algunos teóricos en cuanto a que la ponderación no es un método que aporte objetividad: los pesos de los principios son asignados por el intérprete discrecionalmente. Sólo que esto —añade— no la haría diferente al método interpretativo-subsuntivo; la única diferencia entre ambas técnicas radicaría en cuál es más “honesta” al no encubrir o disimular la subjetividad en el proceso decisorio y en cuál es más “apta” para justificar los pasos valorativos que conducen al fallo.

Así, pues, tras la breve descripción del contenido de este libro, confío en que será cosa fácil constatar que cada uno de los diez ensayos que lo componen aporta tesis e ideas valiosas para la discusión de los temas que son objeto de análisis. Queda en manos de los lectores la delicada tarea de someterlas a escrutinio para nutrir el debate y llevarlo a niveles más encumbrados. Concluyo esta presentación manifestando mi agradecimiento personal a los colegas que creyeron en este proyecto y depositaron en él su confianza. Si bien con varios de los autores me liga una amistad añeja, todos merecen sin distingo mi más alta estima y consideración. Agradezco con la misma deferencia al Poder Judicial del Estado de México y a la Escuela Judicial, el patrocinio de la obra.

PRIMERA PARTE
TEORÍA DEL DERECHO

Las fuentes del derecho en el Estado de Derecho constitucional y el neoconstitucionalismo

Rodolfo L. Vigo

1. PROPÓSITO

Nuestra breve exposición tiene por finalidad reconocer los cambios que se han producido en torno a las “fuentes del derecho”, desde la visión y caracterización de las mismas que propugnó el Estado de Derecho Legal (EDL), y las que se verifican en la realidad del Estado de Derecho Constitucional (EDC).

A los fines de lo que pretendemos decir, nos basta partir de una noción de fuentes del derecho, en las que se identifican con las respuestas jurídicas (y los lugares donde ellas se encuentran), a las que recurren los juristas cuando son convocados a sus trabajos profesionales frente a problemas o preguntas jurídicas que requieren ser respondidas o resueltas. El profesional del derecho desde siempre cuenta con esa misión o servicio de despejar dudas o evacuar interrogantes jurídicos a los ciudadanos o gobernantes respecto de las conductas que deben, pueden o están prohibidas que se realicen según el derecho vigente. Frente a un “caso”, el jurista implicado tiene que pronunciar (básicamente: aconsejando, enseñando o hablando con *imperium*) la respuesta o solución que el derecho confiere al mismo. El jurista conoce esas respuestas y los lugares en donde hallarlas, aunque a veces ellas están explicitadas y otras veces debe el mismo jurista explicitarlas o sacarlas a la luz del derecho vigente.

Recordemos que el EDL se generó a partir de la Revolución Francesa y, desde ahí, se extendió exitosamente por Europa y América Latina, pero su vigencia se puso en crisis después de la Segunda Guerra Mundial y comienza su reemplazo por el nuevo paradigma

del EDC, que lo irá sustituyendo a lo largo de la segunda mitad del siglo XX. Simbólicamente, la quiebra de aquel modelo queda al desnudo cuando —como lo señala Perelman—, en Núremberg, se condena jurídicamente a los jefes nazis por cumplir la “ley” y violar el “derecho”. En una sucinta caracterización de ese nuevo EDC, podríamos señalar tres notas definitorias: 1) la Constitución deja de ser un programa político y se reconoce como una verdadera fuente del derecho; 2) la Constitución se rematerializa o sustancializa, cargándose de moral a través de principios, valores, fines o derechos humanos; y 3) se crean jueces con la competencia de controlar todas las normas jurídicas, para constatar si son o no compatibles con la Constitución.

Este nuevo modelo de Estado de derecho y de jurista importa —al decir de Ferrajoli— el tránsito desde un Estado de “derecho débil” a un Estado de “derecho fuerte”, en tanto ya nadie queda al margen o por encima del derecho, sino que éste, consagrado en la Constitución, limita toda competencia jurídica; incluso, el mismo pueblo cuenta con límites infranqueables: la democracia deja de ser meramente “procedimental” para convertirse en “sustancial”, en donde hay cuestiones “no decidibles”, porque ya están decididas.

Por supuesto que, al referirnos al EDC, es procedente aludir a las tesis de aquéllos que han contribuido decididamente a su explicitación, clarificación y difusión, hasta convertirlo en algo no sólo real, sino claramente ausplicable y valioso positivamente. Al respecto, nos referimos a esos autores a los que imprecisamente se les ha llamado “neoconstitucionalistas”, que son de manera notoria Robert Alexy, Ronald Dworkin, Carlos Nino, Gustavo Zagrebelsky o Luigi Ferrajoli, entre otros. De ese modo, en nuestra presentación, entremezclaremos datos de la realidad con tesis teóricas, típicamente neoconstitucionalistas. Por supuesto que, de igual modo, al aludir a las características que el tema ofrece en la perspectiva del EDL, podrían aparecer autores que avalaron o promovieron a las mismas. En buena medida y sintéticamente, podemos reconocer entre los teóricos funcionales del EDL a la Exégesis francesa, a la

Escuela Histórica alemana, al primer Ihering y también, en algún sentido, a Kelsen.

2. NOTAS DISTINTIVAS

Como prometimos, iremos a continuación indicando esas notas características de la visión de las fuentes del derecho en el EDL, y en lo que se han ido convirtiendo o transformándose en el marco del EDC. Insistamos en que el objetivo es constatar en qué medida, aquella teoría de las fuentes, poco tiene que ver con la realidad del derecho y los juristas en el EDC.

2.1 **Normativismo**: se suponía que en el marco del EDL, las respuestas jurídicas que los juristas necesitaban se encontraban explicitadas en reglas jurídicas, o sea, en normas que lógicamente constituían juicios, dado que en ellas se encontraban configurados ciertos supuestos fácticos a los que se conectaban hipotéticamente ciertas consecuencias jurídicas. De tal manera que el trabajo del jurista consistía en subsumir el caso individual en el genérico de alguna norma establecida. El derecho estaba compuesto por normas generales, y si se reconocían a las normas individuales era con la advertencia de que ellas decían lo mismo que las generales, pero para un caso concreto sin proyección jurídica alguna fuera de éste. La teoría kelseniana fue ortodoxa en defender a rajatablas que el derecho estaba compuesto sólo por normas positivas, desechando explícitamente (en el capítulo 28 de la “*Teoría general de las normas*”) la posibilidad de “principios”.

2.1. **Principialismo**: uno de los aportes más importantes de autores como Alexy o Dworkin es haber batallado con éxito en contra de las visiones exclusivamente normativistas del derecho, valiéndose para ello de los “principios”. Éstos están en el derecho sin necesidad de *test* de origen o pedigrí (Dworkin) y son mandatos de optimización (Alexy), en tanto mandan la mejor respuesta posible a tenor de las posibilidades fácticas y jurídicas que se den en el caso. Los principios son derecho en potencia o respuestas implícitas

que requieren del aporte del jurista para que se incorporen al derecho vigente. Esos principios no toleran violaciones a sus exigencias, sean establecidas o dichas por quien fuere. Por eso, poco tienen que ver con los “principios generales del derecho”, de que hablaron los códigos decimonónicos y que valían porque estaban puestos implícitamente por el codificador, y a ellos sólo se podía recurrir en el hipotético e infrecuente supuesto de “laguna”.

2.2 Positivismo: está claro que el EDL se nutrió de una teoría típicamente positivista, en el sentido que no había más derecho que aquél que así se había establecido autoritativamente, y cualquier contenido podía ser derecho en tanto el criterio de validez jurídica se definía completamente por el sistema jurídico al establecer el órgano y el procedimiento para crear la norma. No había derecho si alguna autoridad no lo había dispuesto como tal, y ella tenía libertad para brindarle cualquier contenido, dado que los eventuales defectos morales o axiológicos en nada afectaban a la existencia jurídica. Por eso, el derecho nazi era plenamente derecho como cualquier otro que contara con nuestra aprobación moral o de justicia. La validez de la norma jurídica se asimilaba a su existencia sistémica y no a consideraciones extrajurídicas como las de carácter moral o axiológico. No había más “fuentes” que aquellas establecidas o puestas como tales por las autoridades, a través de las mismas normas.

2.2' No-positivismo: más allá de confesiones personales, nos parece que a los neoconstitucionalistas no les queda otra alternativa que alejarse del positivismo decimonónico o, incluso, el kelseniano. Clara y explícitamente, ésta es la posición de Alexy cuando reconoce que “el problema central de la polémica acerca del concepto del derecho es la relación entre derecho y moral”, y que no obstante que la discusión lleva “más de dos mil años, siguen existiendo dos posiciones básicas: la positivista y la no positivista”; pues frente a esa alternativa, el profesor de Kiel opta por esta última variante, en tanto reconoce conexiones conceptuales y necesarias entre derecho y moral. Los principios (por ende, los derechos humanos) a los fines de ser “tomados en serio”, no pueden quedar a disposición de las mayorías o de las autoridades; de ahí la fórmula de Radbruch

defendida por Alexy de que “la injusticia extrema no es derecho”. Y así, para que un jurista pueda reconocer algo como derecho, no debe limitarse a constatar las fuentes que han sido puestas como tales. El riesgo de esa visión es asumir alguna responsabilidad jurídica por intentar hacer o aplicar normas que no llegaron a ser derecho por su deficitario contenido.

2.3 Juridicismo: ya hemos adelantado esta nota diciendo que el jurista propio del EDL, limitaba (o debía limitar) su mirada a las respuestas jurídicas contenidas en las normas que formaban parte del derecho positivo, y ello se reforzaba con la tesis de que derecho y moral eran totalmente distintos pues aquél era bilateral, heterónimo y coercible, mientras que la moral era unilateral, autónoma e incoercible. Esa pretensión juridicista estaba fuertemente cultivada en la teoría kelseniana, no sólo con su método “purificador”, sino también con el propósito de leer todos los conceptos necesarios para el jurista sólo en las normas jurídicas. El jurista del EDL estaba para decir el derecho y no para juzgarlo o valorarlo; por ende, no requería de ningún otro conocimiento o ciencia (Nino lo llamó “insularismo jurídico”), y ello quedaba perfectamente reflejado tanto en la currícula característica de la carrera de abogacía, centrada en lo contenido en los códigos, como en la metodología de enseñanza dogmática y acrítica.

2.3' Moralismo: el jurista del EDC, si pretende conocer y operar el derecho, no puede prescindir de otras dimensiones de la realidad, especialmente de la moral. Es que —al decir de Alexy— sobre el derecho opera un límite moral (“la injusticia extrema no es derecho”), pero también circula la moral en su interior, dado que los principios son “contenido moral y forma jurídica” (o, en Dworkin, “exigencias de justicia, equidad u otra dimensión de la moralidad”). En Nino, la justificación jurídica desemboca en justificación moral, y los derechos humanos se fundan en principios morales; y en Alexy el discurso jurídico es un “caso especial” del discurso práctico en general, y “la pretensión de corrección no sólo implica el poder jurídico del juez para aplicar razones morales en los casos difíciles; también implica la obligación jurídica de hacerlo cuando sea posi-

ble”. En definitiva, la visión de las fuentes del derecho funcional del EDC requiere de esa superación juricista, dado que el jurista tendrá que recurrir a la moral cuando juzgue la validez jurídica de una norma, y también cuando escoja la mejor respuesta jurídica dentro de las disponibles en el derecho vigente.

2.4 **Saber teórico:** el siglo XIX pretendió construir una ciencia jurídica que tuviera por objeto describir sistémicamente al derecho positivo, y esa pretensión alcanzó un alto nivel cuando Kelsen confiesa en el prólogo a *La Teoría Pura del Derecho* que su objetivo es una ciencia jurídica “objetiva y exacta” y remite al mundo de lo irracional a la moral y a la justicia. En ese marco no hay saber práctico y, por ende, el que invoca juicios morales o de justicia sólo expresa emociones o irracionalidades. El iuspositivismo legalista fue ideológico y, en consecuencia, no había más justicia que la contenida en la ley, pero en Kelsen el problema axiológico se remite al poder o al orden (Ruiz Manero advierte reminiscencias hobbesianas). Sin saber práctico posible, los derechos humanos, los principios o cualquier reclamo en nombre de lo mejor, lo bueno o lo justo, no son más que palabras vacías que cualquiera puede llenar como quiere. El EDL pretendía que el conocimiento de las fuentes del derecho sólo transitara por uno descriptivo o aséptico, e incluso se reforzaba ese mandato con la figura del delito de prevaricato para aquel jurista que intentara sustituir la solución legalmente establecida.

2.4’ **Saber práctico:** el EDC y los neoconstitucionalistas, tan propensos a promover el mejor (axiológicamente hablando) derecho, no pueden sino suscribir alguna confianza en la razón práctica. Ella llega a ser metafísica explícita en Alexy cuando intenta fundar los derechos humanos; *prudentia iuris* en Zagrebelsky o sumida en una responsabilidad política de los juristas que le exige denunciar anomías o antinomias en Ferrajoli. Carlos Nino se encargó de criticar los modelos epistemológicos de Kelsen, Ross, Bulygin y Alchourrón por renunciar a la dimensión axiológica y así privarse de hasta la posibilidad de propuestas de *lege ferenda*, y terminar con una ciencia escasamente relevante para el derecho. Si bien el operador debe respetar la lógica formal, su trabajo más significativo en el

EDC está en el terreno de la “ponderación” de los principios o en la tarea de la justificación “externa” del discurso jurídico, en donde además de derecho hay otros saberes. En definitiva, la dimensión teleológica que supone la Constitución y el EDC en general, impone al jurista contar con una razón idónea para valorar las respuestas jurídicas disponibles y esforzarse por encontrar la mejor y argumentar en su respaldo.

2.5 Exhaustiva: no sólo es posible auspiciar —como lo admiten los neoconstitucionalistas— una nómina exhaustiva de las normas, sino que el EDL propuso y consagró una nómina igualmente exhaustiva de las fuentes del derecho, que normalmente el jurista encontraba expuesta en el Libro Primero del Código Civil. La seguridad jurídica como valor exclusivo y excluyente del derecho decimonónico, no toleraría una nómina de fuentes no precisa y determinada, e incluso a la enseñanza académica más extendida le resultaría extraña la idea de un número indeterminado de fuentes del derecho. Se suponía que el jurista del EDL sabía dónde buscar las respuestas jurídicas contenidas en las fuentes del derecho y podía conocerlas a todas sin demasiadas dificultades.

2.5' Enunciativa: parece claro que los principios y derechos humanos, tal como han sido caracterizados, no es posible enumerarlos exhaustivamente; más aún, los mismos tratados indican que la nómina de derechos es sin perjuicio de cualquier otro que pudiera derivarse de la dignidad humana, la democracia, el bien común, etc. La experiencia jurídica confirma esa capacidad que tienen unos principios o derechos humanos de generar otros más específicos. Por eso un jurista del EDC debe asumir esa posibilidad como para ir derivando o descubriendo nuevas respuestas jurídicas que remitan a nuevos principios o derechos. Por otro lado, también la experiencia permite comprobar la capacidad de los tribunales para obtener nuevas respuestas jurídicas de lugares o fuentes inéditas. Por ejemplo, cuando en la causa “Priebke”, la mayoría de la Corte Suprema argentina declaró la procedencia de la extradición, haciendo prevalecer al *ius cogens* por sobre el Código Penal; o cuando en la causa “Ekmedkjian” se dispuso suplir por jurisprudencia la ausencia de

una ley, apoyándose en una opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2.6 Jerárquica: otra nota muy típica de la visión de las fuentes del derecho en el EDL y bastante obvia, era que no todas ellas valían igual; por el contrario, estaba la ley, que inequívocamente prevalecía sobre las restantes. El fundamento de esta jerarquía remite rousseaunianamente a la voluntad general, que se canalizaba a través del Poder Legislativo. Manifestación de ese predominio o monopolio en la creación del derecho del legislador es que la costumbre se definía en relación con la ley; por eso se reconocía a la interpretativa y a la supletoria, pero se descalificaba la *contra legem*. Insistamos que en el paradigma del EDL no existían jueces con la capacidad de invalidar a la ley, e incluso, el Tribunal Constitucional auspiciado por Kelsen operaba como un legislador negativo limitado a un control formal o procedimental. También recordemos la importancia que tenía la generalidad que acompañaba a la ley en orden a la seguridad jurídica y la igualdad, y que en la pirámide kelseniana era la generalidad el criterio que determinaba la jerarquía de las normas en ese ámbito sistémico.

2.6' Jerarquía variable o relativa a los casos: la preocupación axiológica del EDC y los neoconstitucionalistas, implica asumir la importancia que adquiere cada caso con sus particularidades a los fines de brindarle la mejor o más correcta respuesta. El trabajo del jurista no se reduce a encontrar respuestas ya formuladas en donde subsumir su caso, sino a partir de éste proponer o encontrar la respuesta que deriva como resultado de la ponderación efectuada. Los mandatos principialistas se definen a tenor de las posibilidades fácticas y jurídicas que se determinan en el caso y posibilitan la mejor respuesta jurídica. En cada supuesto se juega la validez jurídica de la norma que lo regula, dado que si su solución para el mismo resulta absurda o claramente irracional, no corresponde aplicarla. La función de los jueces constitucionales consiste precisamente en constatar cómo funcionan las soluciones normativas para los casos en juego. La misma jerarquía de las normas tiene ese matiz dinámico que se pone a prueba en cada caso.

2.7. **Estatismo:** fue funcional al EDL la noción de soberanía heredada de Bodino, e incluso el mismo Kelsen sigue identificando el derecho (o sea, el conjunto de las normas jurídicas positivas) con el mismo Estado. Estaba implícita en esa visión que no podía existir una fuente si no era aprobada por el Estado donde regiría, y por supuesto que era el legislador el que tenía esa competencia para admitir o rechazar nuevas respuestas jurídicas. Recordemos que los tratados internacionales tenían el valor de una ley y, por ende, su validez estaba atada a la voluntad general o legislativa. La lógica de que el derecho era lo contenido en la ley, se completaba con la institución del Boletín Oficial, en donde se publicaría todo el derecho, el que comenzaría a regir después de un cierto plazo, sin que nadie pudiese invocar la ignorancia de la ley. Los derechos humanos valían con el alcance que le atribuía el legislador, y por ende, resultaba inconcebible la posibilidad de intentar imponer algún derecho por sobre la soberanía estatal.

2.7' **No estatismo:** La defensa tan fuerte de los derechos humanos que impulsan los neoconstitucionalistas, los lleva a desconfiar de los Estados. Ello es muy claro en Ferrajoli cuando reconoce que la política implícita en un EDC conlleva proyectarlo en tres nuevos ámbitos: el de los derechos económicos, sociales y culturales, frente a cualquier poder y no sólo el Estado, y llevarlo del espacio nacional al internacional. De ahí también que el profesor italiano critique a la ciudadanía como uno de los últimos obstáculos para el triunfo de los derechos humanos. También es tesis neoconstitucionalista trasladar la soberanía del Estado a la Constitución. La presencia de tribunales regionales o internacionales sólo puede justificarse si se supera la clásica noción de la soberanía con su proyección al campo del derecho. La posibilidad de que un ciudadano reclame a su propio Estado nacional ante un tribunal internacional, o que un tribunal juzgue a ciudadanos de otros Estados en la medida en que a éstos se impute el reclamo de responsabilidad jurídica, son ejemplos de hasta dónde se ha superado la voluntad estatal a la hora de definir la nómima y contenido de las fuentes del derecho.

2.8 **Pocas “fuentes”**: ya hemos referido que la teoría de las “fuentes del derecho” postulada por el EDL estaba consagrada también en el Libro Primero del Código Civil, que tuvo por misión cubrir definiciones que materialmente hubiesen correspondido a la Constitución. Esa enseñanza que sigue impartándose en buena medida en nuestras Facultades de Derecho, permite comprobar que los juristas, en general, consideran que las fuentes son centralmente tres (ley, costumbre y, con ciertos matices, la jurisprudencia). Es que, en última instancia, en el corazón del modelo del EDL estaba la sinonimia entre derecho y ley, y ello tiene que ver con las banderas centrales que enarbolará la Revolución Francesa, como la tesis incluida en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de que nadie está obligado a hacer lo que no manda la ley. Advirtamos que esos derechos responden a una filosofía liberal, y así se cumplen mediante la mera abstención del Estado.

2.8' **Muchas “fuentes”**: Las fuentes del EDC no sólo no se pueden enumerar exhaustivamente, sino que son muchas, y bastaría pensar en los principios y los derechos humanos para reconocer esa característica. Un ejemplo de hasta dónde está en crisis la noción decimonónica de las fuentes puede ser la propuesta de Aarnio, que termina identificándolas con las razones esgrimidas por los jueces para dictar sentencias válidas. Es que si el derecho es un “concepto interpretativo” (Dworkin) o una “práctica argumentativa dialógica” (Alexy), no puede sorprender aquella conexión de las fuentes con las respuestas y los argumentos que las respaldan. En definitiva, en la causa “Ekmedjian”, la Corte argentina no sólo encontró la respuesta que la habilitaba para suplir la ley en una opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino que se le reconocieron a los tratados de derechos humanos una jerarquía superior a la ley, pero infra-constitucional; o en la causa “Portillo” se estableció por primera vez que regía en el derecho argentino la objeción de conciencia; o en “Bahamondez” se consagró la respuesta jurídica favorable a los testigos de Jehová para rechazar transfusiones de sangre en base al Derecho Natural.

2.9 Nómina fijada legislativamente: A la luz de lo expuesto y todo lo que supuso el EDL, resulta obvia esta característica que encomienda al Poder Legislativo establecer la nómina de las fuentes del derecho. La estructura de los poderes del Estado refleja la decisividad de la ley, en tanto el Poder Legislativo la hacía; el Ejecutivo la ejecutaba y el Judicial la aplicaba en cada caso. Era el legislador quien tenía el monopolio para hacer el derecho, y el que podía conceder algún tipo de competencia análoga a favor de otro órgano o institución (por ejemplo, los fallos plenarios dictados para unificar jurisprudencia, la que deben seguir también los jueces que votaron en disidencia). Parece claro que, en perspectiva del EDL, un juez que inventaba una nueva fuente del derecho no contemplada en la ley incurría en prevaricato, en tanto se apartaba de la misma, al margen del costo para la seguridad jurídica que implicaba semejante desorden político.

2.9' Nómina fijada jurisprudencialmente: aun cuando pueda resultar teóricamente audaz postular que, para conocer la nómina de las fuentes del derecho, corresponde acudir a la jurisprudencia —especialmente la constitucional— de esa sociedad, lo cierto es que una mirada sobre la realidad, nos permite comprobar que, finalmente, los ciudadanos y las autoridades saben que los lugares en donde pueden encontrar las repuestas jurídicas —explícitas o implícitas— que necesitan, se van indicando o precisando por los tribunales en la jurisprudencia. Si en orden a nuestros derechos y deberes nos preguntamos si podemos recurrir al *ius cogens*, a ciertos derechos humanos implícitos, a la *lex mercatoria*, al derecho comparado, al Derecho Natural, etc., la respuesta sólo la obtendremos mediante la lectura atenta de la jurisprudencia y la doctrina que en ella se va fijando. No olvidemos que si bien una sentencia resuelve un caso, lo hace desde una premisa normativa que tiene alcance general, en tanto queda disponible para ser usada en casos análogos.

3. BALANCE CONCLUSIVO

No obstante la inercia que predomina en nuestras Facultades de Jurisprudencia, en la realidad del derecho se han producido cambios muy importantes y trascendentes. De ese modo hay un creciente abismo entre el aparato conceptual que en aquellos ámbitos se sigue enseñando, tal como se lo viene haciendo desde hace ciento cincuenta años, y lo que pasa en el derecho vivo, que se visualiza y experimenta en los tribunales y bufetes de abogados. Esa especie de esquizofrenia se constata en muchos terrenos, y uno de ellos es, precisamente, el de las fuentes del derecho, en donde se mantiene el esquema que inventaron los códigos decimonónicos, no obstante que todos los días en los tribunales se opera con una visión de las fuentes que poco tiene que ver con aquel paradigma. De ese modo, los juristas se ven apremiados a usar conceptos que poco conocen y que seguramente no les han enseñado en sus estudios de grado, y así operan jurídicamente con escaso o nulo respaldo teórico. Esta distorsión no sólo poco favorece al mejor y consciente trabajo del jurista, sino que la realidad se convierte en algo incomprensible y desconcertante, donde ocurren cosas que no pueden explicarse o justificarse racionalmente con rigor. Una de las funciones que cumple la teoría es explicar la realidad, valorarla y orientar su movimiento; pero si no se cuenta con ella, el riesgo de incoherencias, imprevisión, subjetivismo o irracionalidad se posibilita y potencia. En consecuencia, se impone que los teóricos afronten con éxito un trabajo de configuración de nuevos conceptos que permitan entender, justificar o criticar la realidad, y entre esas nuevas teorías está en un lugar destacado la de proponer una teoría de las fuentes del derecho que resulte funcional al EDC. Sin duda, a la luz de lo señalado con antelación, ya hay elementos que han proporcionado los neoconstitucionalistas a esos fines, pero no podemos ignorar que tales aportes poca proyección han logrado sobre el resto de las ramas del derecho y en el corazón de las Facultades de Jurisprudencia, y, por otra parte, tampoco podemos ignorar que el mismo trabajo de los neoconstitucionalistas lejos está de ser pacíficamente entendido, y como ejemplo de ello vaya la acusación que le formula

Fernando Atria a la teoría de Ferrajoli, en el sentido de que finalmente el profesor italiano estaría auspiciando un retorno al Estado de Derecho pre-moderno y a su iusnaturalismo.

A los fines de mostrar la esquizofrenia que denunciábamos al comienzo sobre la distancia que constatamos entre el aparato conceptual de las fuentes del derecho configurado en el marco del EDL, y la realidad de nuestros EDC, hemos escogido el siguiente texto de Robert Alexy que revela y sintetiza buena parte de las notas indicadas arriba, las cuales resultan absolutamente extrañas para un jurista que piensa y opera el derecho desde aquella matriz decimonónica: “La vida diaria del derecho está llena de casos difíciles que no pueden decidirse simplemente con base en lo que ha sido expedido autoritativamente. Los ejemplos más conspicuos son las decisiones *contra legem*. Sin embargo, los juristas también han tenido que recurrir a razones no-autoritativas en casos de lagunas, de conflictos entre normas que sólo pueden resolverse por medio del sopesamiento o ponderación, y —la constelación más frecuente y menos espectacular— en casos de vaguedad del lenguaje del derecho o indeterminación de las intenciones del legislador. Si las decisiones jurídicas deben basarse en razones, entonces, allí en donde se agotan las razones autoritativas, las razones a favor de las decisiones jurídicas tienen que incluir razones no-autoritativas. Entre estas razones no-autoritativas, la clase más importante consiste en razones que se refieren a la justicia. No obstante, los asuntos relativos a la justicia son asuntos morales”¹.

¹ Alexy, Robert, “*On the Concept and the Nature of Law*”, *Jus et Lex*, Varsovia, 2006.

El artículo primero constitucional y la constitucionalización del derecho en México

Ramón Ortega García

INTRODUCCIÓN

En este ensayo argumentaré que el artículo primero constitucional, reformado el diez de junio de dos mil once, ha impulsado vigorosamente el proceso de constitucionalización del derecho en México. No es que *antes* de la reforma no se encontraran presentes en el ordenamiento jurídico mexicano algunos de los cambios constitucionales que caracterizan a este proceso. Ciertamente puede argumentarse con razón que ya se contaba con una Constitución rígida y con un modelo de justicia constitucional. No pretendo de ninguna manera desconocer estos datos. Lo único que afirmo es que la reforma referida de dos mil once decididamente reforzó el proceso de constitucionalización. Gracias a ella, en efecto, el artículo primero constitucional ha incorporado tres importantes condiciones de dicho fenómeno: la interpretación expansiva de las disposiciones constitucionales sobre derechos humanos, la aplicación directa de la Constitución y el principio de interpretación conforme. A lo largo de este trabajo desarrollaré cada una de estas tres condiciones de constitucionalización y su impacto en el derecho mexicano. Esto lo haré desde una lectura interpretativa del propio artículo primero constitucional: todas las observaciones que formule —y esto merece la pena enfatizarlo—, estarán basadas en mi propia interpretación del precepto multicitado. La tesis central que sostengo es que el ordenamiento jurídico mexicano, a partir de la reforma constitucional del diez de junio de dos mil once, ha experimentado un avance decisivo en el proceso gradual de constitucionalización.

Ahora bien, antes de exponer cuál será el desarrollo de mi trabajo, creo conveniente distinguir desde ahora, de la manera en que lo han hecho varios autores, un par de fenómenos concatenados: uno es propiamente la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos, entendido como un proceso de cambios constitucionales, en tanto que el otro es la teoría general que busca dar cuenta de ese proceso y de su resultado. Para aludir a esta teoría se ha venido utilizando el concepto de neoconstitucionalismo¹. A pesar de ser

¹ Dice Comanducci que el nombre de neoconstitucionalismo surgió a finales de los años noventa en el seno de la Escuela genovesa de teoría del derecho para designar a un conjunto de tendencias pospositivistas de la filosofía jurídica contemporánea que presentan rasgos comunes, pero también diferencias entre sí. Según sus partidarios —afirma—, el neoconstitucionalismo es una doctrina que nace justamente en conexión con el desarrollo del proceso de constitucionalización del derecho y que pretende superar y, en algún sentido, suplantar tanto al positivismo jurídico como al iusnaturalismo.

Ahora bien, aunque la expresión “neoconstitucionalismo” es relativamente reciente, los cambios doctrinales a que se refiere comenzaron a gestarse en Europa hace treinta o cuarenta años, a partir de la segunda posguerra. Cf. Comanducci, Paolo, “El neoconstitucionalismo”, en *Hacia una teoría analítica del Derecho: ensayos escogidos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010, pp. 251-264 [también publicado en *id.*, *Democracia, principios e interpretación jurídica: ensayos de teoría analítica del derecho*, edición de Rafael Escudero Alday, Ara editores, Lima, 2010, pp. 247-261].

Si bien Comanducci ha definido y caracterizado con precisión al neoconstitucionalismo, distinguiendo tres variantes del mismo —teórico, ideológico y metodológico— con base en la clásica tripartición bobbiana del positivismo jurídico, es considerado uno de sus más acérrimos críticos, lo mismo que Guastini y otros miembros de la Escuela genovesa. Simultáneamente, y por paradójico que resulte, los autores que suelen vincularse al neoconstitucionalismo —Alexy, Dworkin, Nino, Zagrebelsky—, ni se presentan ni se reconocen a sí mismos como neoconstitucionalistas.

La literatura jurídica sobre el neoconstitucionalismo es extraordinariamente abundante. Algunas obras conocidas son: Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón Abellán, Trotta, Madrid, 1995, pp. 173; Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, 2ª ed., Fontamara, México, 1999, pp. 106; Sastre Ariza, Santiago, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, pp. 254; Pozzolo, Susanna,

fenómenos que se manifiestan en niveles o planos diferentes —pues la constitucionalización opera directamente sobre el ordenamiento jurídico transformándolo y el neoconstitucionalismo se articula como una teoría o conjunto de teorías cuyo propósito es explicar la estructura y funcionamiento del ordenamiento constitucionalizado—, lo cierto es que entre uno y otro hay una interacción recíproca. En efecto, la constitucionalización del ordenamiento jurídico impone la necesidad de adoptar la teoría neoconstitucionalista para que analice adecuadamente sus rasgos más importantes y, viceversa, el neoconstitucionalismo se despliega sobre un ordenamiento que previamente ha pasado por el proceso de constitucionalización y que se erige en su objeto de estudio².

Neoconstituzionalismo e positivismo giuridico, Giappichelli, Turín, 2001, pp. 197; Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 286; Bongiovanni, Giorgio, *Costituzionalismo e teoria del diritto: sistemi normativi contemporanei e modelli della razionalità giuridica*, Laterza, Roma-Bari, 2005, pp. 214; Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 334; Ferrajoli, Luigi, Moreso, José Juan y Atienza, Manuel, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008, pp. 216; Comanducci, Paolo, Ahumada, M^a Ángeles y González Lagier, Daniel, *Positivism jurídico y neoconstitucionalismo*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 159; Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM-Trotta, Madrid, 2010, pp. 443; Pozzolo, Susanna (ed.), *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*, Palestra, Lima, 2011, pp. 276; y Ferrajoli, Luigi y Ruiz Manero, Juan, *Dos modelos de constitucionalismo: una conversación*, Trotta, Madrid, 2012, pp. 155.

² Según el propio Comanducci, la constitucionalización del derecho y el neoconstitucionalismo son dos grandes cambios ocurridos en el dominio jurídico —el primero de carácter estructural y el segundo doctrinal— que se relacionan fuertemente entre sí dado que uno favorece y sustenta al otro, en un proceso de acción y retroacción. Cf. Comanducci, Paolo, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, en *Constitución y teoría del derecho*, Fontamara, México, 2007, pp. 73-92 [publicado también en Comanducci, Paolo, Ahumada, M^a Ángeles y González Lagier, Daniel, *Positivism jurídico y neoconstitucionalismo, ob. cit.*, pp. 85-121]. La parte sustancial de este texto ya se contenía en Comanducci, Paolo, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, trad. de Miguel Carbonell, *Isonomía*, 16 (2002), México, pp. 89-112 [también

Vale decir que en este trabajo me dedicaré principalmente a explorar el tema de la constitucionalización del ordenamiento jurídico mexicano, aunque en la medida de lo posible también habré de referirme a los aspectos vinculados con la teoría del neoconstitucionalismo, que por cierto exhibe fuertes tintes antipositivistas³.

El orden de mi exposición será el siguiente: hablaré sobre la constitucionalización y su significado (§1); luego me dedicaré a

incluido en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, *ob. cit.*, pp. 75-98].

³ En realidad, esta afirmación debe tomarse con cautela. De los autores constitucionalistas, Alexy y Dworkin son claramente antipositivistas pues no dudan en afirmar la existencia de una conexión necesaria y conceptual entre el derecho y la moral. Nino defiende que entre uno y otra hay una relación necesaria en los planos interpretativo y justificativo, pero no así en el metodológico, donde argumenta que los diversos conceptos de derecho son meras creaciones convencionales y que alguien puede utilizar un concepto descriptivo (iuspositivista) o normativo (iusnaturalista), dependiendo básicamente del contexto. Por su parte, Ferrajoli sostiene que el nuevo paradigma constitucionalista supone la completa realización del positivismo jurídico, alcanzando con él su máximo desarrollo. Y Comanducci ha señalado que la teoría del neoconstitucionalismo no es más que el positivismo jurídico de nuestros días. Por lo tanto, la contraposición entre positivismo y neoconstitucionalismo debe ser matizada.

Es interesante destacar cómo la concepción del constitucionalismo de Ferrajoli mantiene muchos puntos de coincidencia con las de Alexy, Dworkin y Nino, sobre todo porque los cuatro reconocen la presencia de una dimensión valorativa en el derecho, si bien entre ellos hay una diferencia importante, a saber: Ferrajoli cree que el componente axiológico (la validez sustantiva, el *deber ser*) deriva del derecho “puesto” por alguna autoridad, resultando ser un fenómeno puramente autoritativo; en tanto que para los demás, el elemento valorativo es el que prevalece sobre cualquier otro. Vid. Atienza, Manuel, “Argumentación y Constitución”, en Aguiló Regla, Josep, Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Fragments para una teoría de la Constitución*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 113-190 [reproducido en Atienza, Manuel, *Ideas para una filosofía del derecho: una propuesta para el mundo latino*, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2008, pp. 231-283; y en Alarcón Cabrera, Carlos y Vigo, Rodolfo Luis (coords.), *Interpretación y argumentación jurídica: problemas y perspectivas actuales*, Marcial Pons, Buenos Aires-Madrid-Barcelona, 2011, pp. 79-114].

examinar cada una de las condiciones de este fenómeno que el artículo primero constitucional incorporó con la consabida reforma de junio de dos mil once (§2) y finalmente expondré mi diagnosis sobre si la constitucionalización ha tenido algún efecto en la cultura jurídica mexicana (§3).

1. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

Riccardo Guastini define a la constitucionalización como el “proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ de las normas constitucionales”⁴. Esto supone que la constitucionalización comienza en la Constitución, pero termina extendiéndose a toda la estructura normativa. Lo que ocurre es que un ordenamiento constitucionalizado se caracteriza, según expone Guastini, por tener una Constitución extremadamente invasiva y desbordante, en cuanto regula los aspectos más importantes de la vida política y social, incluyendo el comportamiento de los actores políticos y las relaciones entre particulares. Pero también condiciona la validez de la legislación, el desarrollo de la jurisprudencia y el estilo doctrinal. De manera que un derecho constitucionalizado es aquel que tiene una Constitución plenamente obligatoria, generadora de efectos jurídicos inmediatos y que opera como parámetro de validez para la interpretación de todas las normas jurídicas.

En este contexto, Guastini ha identificado siete condiciones que un determinado ordenamiento debe satisfacer para poder conside-

⁴ “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, trad. de José María Lujambio, en Carbonell, Miguel (ed.), *Estudios de teoría constitucional*, Fontamara, México, 2001, pp. 153-183, p. 153 [también publicado en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, *ob. cit.*, pp. 49-73].

arlo constitucionalizado, si bien aclara que la constitucionalización es eminentemente un proceso gradual⁵. Esas siete condiciones son:

1. La existencia de una Constitución rígida, esto es, una Constitución escrita que tiene protección frente a la legislación secundaria en tanto que no puede ser derogada, modificada o abrogada a través del procedimiento legislativo ordinario, sino mediante uno de tipo especial, más complejo;
2. La garantía jurisdiccional de la Constitución, que se refiere al control constitucional de las leyes, el cual puede adoptar distintas modalidades (*a posteriori/a priori, in concreto/in abstracto*, etc.), pero siempre ejercido por un órgano judicial;
3. La fuerza vinculante de la Constitución, que significa que todas sus normas son obligatorias y capaces de producir efectos jurídicos inmediatos;
4. La “sobreinterpretación” de la Constitución, que hace referencia a la necesidad de que el texto constitucional sea interpretado extensivamente para obtener de él las innumerables normas implícitas, reguladoras de cualquier aspecto de la vida social y política;
5. La aplicación directa de las normas constitucionales, que alude al hecho de que la Constitución debe ser aplicada directamente por todas las autoridades normativas y en ocasión de cualquier controversia, incluso las de carácter privado;

⁵ Cf. Guastini, Riccardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento: concepto y condiciones”, en *Interpretación, Estado y Constitución*, Ara editores, Lima, 2010, pp. 153-166. Por su parte, Prieto Sanchís ofrece el siguiente elenco de elementos caracterizadores del constitucionalismo fuerte —otro modo de referirse al proceso de constitucionalización—: (1) carácter normativo o fuerza vinculante de la Constitución; (2) supremacía o superioridad jerárquica de la Constitución en el sistema de fuentes; (3) eficacia o aplicación directa de las normas constitucionales; (4) garantía judicial de la Constitución; (5) denso contenido normativo de la Constitución; y (6) rigidez constitucional. Cf. Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 116 y 117.

6. La interpretación conforme de las leyes, que se refiere al deber del juez de interpretar la ley de acuerdo con el texto de la Constitución, buscando armonizar la primera con la segunda y evitar así un conflicto entre ambas; y
7. La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas, que se traduce en el hecho de que esta norma confiere a un tribunal constitucional la facultad de resolver los conflictos competenciales de los poderes públicos, entendidos como desacuerdos políticos en torno a las relaciones de poder entre los órganos del Estado; así como en el control que ejerce el propio tribunal sobre la discrecionalidad política del legislador, a través de distintos mecanismos⁶.

⁶ Para un desarrollo más extenso de estas condiciones, vid. Guastini, Riccardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, *ob. cit.*, pp. 155 y ss. Merece la pena señalar que la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos ha dado paso al surgimiento del Estado constitucional contemporáneo, entre cuyas principales características destacan:

a) La supremacía de la Constitución, que tiene como corolario la muerte de la ley, según fue concebida por la ideología del Estado liberal de derecho, con los caracteres de generalidad y abstracción. En el Estado constitucional, en efecto, la ley deja de ser general y abstracta debido a la “pulverización” del derecho legislativo, ocasionada por la multiplicación de leyes sectoriales y temporales. Por lo demás, la ley también pierde su calidad de fuente suprema del ordenamiento jurídico al quedar subordinada a un poder más alto —el de la Constitución—. Como resultado, Gustavo Zagrebelsky, uno de los primeros teóricos del Estado constitucional, ha constatado que: “La ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede... el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada en favor de una instancia más alta”: Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil...*, *ob. cit.*, p. 40. En el fondo, la llamada crisis de la ley obedece a múltiples factores de cambio sumamente complejos: se pueden identificar tanto causas externas como internas al ordenamiento jurídico. Entre estas últimas figura precisamente el impacto de la normativa constitucional sobre la ley que termina relegándola a un segundo plano. Al respecto, cf. Cabo Martín, Carlos de, *Sobre el concepto de ley*, Trotta, Madrid, 2000, pp. 73 y ss.

b) La rematerialización de la Constitución, que significa que ésta se configura como una norma rematerializada, en el sentido de que posee una serie de

Guastini sostiene que las dos primeras son condiciones necesarias de la constitucionalización en virtud de que ella sería inconcebible en su ausencia. Pero ha omitido fijar un orden jerarquizado entre las demás, lo que impide conocer la importancia concreta de cada una. Simplemente ha formulado algunas conjeturas que no permiten determinar con exactitud cuáles son las que tienen mayor valor o peso. Por ejemplo, Guastini cree que las condiciones tres a siete son

contenidos materiales en forma de principios, valores y derechos fundamentales. Dicho rasgo comporta como consecuencia que la Constitución, en cuanto norma axiológicamente suprema, condicione la producción de las leyes, no sólo en el aspecto formal relativo a su producción, sino también material o sustancial, concerniente al contenido de las mismas. De ahí que las leyes puedan ser invalidadas por el tribunal constitucional cuando exhiban un contenido contradictorio con los principios de justicia que la Constitución consagra. En este contexto es donde cobra especial relevancia el control de la Constitución por parte de los órganos judiciales. Vid. Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, ob. cit., pp. 15 y ss. Un estudio reciente y exhaustivo acerca de las condiciones materiales de validez jurídica es el de Cuenca Gómez, Patricia, *El sistema jurídico como sistema normativo mixto: la importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, prólogo de Gregorio Peces-Barba, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 614.

Acerca de las características particulares del Estado constitucional de derecho, Prieto señala: “El núcleo del constitucionalismo consiste en haber concebido una norma suprema, fuente directa de derechos y obligaciones, inmediatamente aplicable por todos los operadores jurídicos, capaz de imponerse frente a cualquier otra norma y, sobre todo, con un contenido preceptivo verdaderamente exuberante de valores, principios y derechos fundamentales, en suma, de estándares normativos que ya no informan sólo acerca de ‘quién’ y ‘cómo’ se manda, sino en gran parte también de ‘qué’ puede o debe mandarse”: Prieto Sanchís, Luis, “Del mito a la decadencia de la ley. La ley en el Estado constitucional”, en *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 5-45, p. 35. Sobre el Estado constitucional y otras formas de Estado de derecho, haciendo hincapié en las similitudes y diferencias que existen entre ellos, vid. Asís, Rafael de, *Una aproximación a los modelos de Estado de derecho*, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 89 y ss. En particular, este autor distingue dos modelos de Estado constitucional: el que denomina “modelo enfrentado al Estado de derecho” (propuesto por Zagrebelsky) y el llamado “modelo garantista” (cuyo principal exponente sería Ferrajoli).

suficientes de un grado distinto de constitucionalización; la tercera y la quinta son elementos esenciales de este proceso; la cuarta y la sexta son condiciones meramente importantes; la tercera y la cuarta mantienen un nexo muy estrecho entre sí; la quinta se encuentra vinculada tanto a la tercera como a la cuarta, y así por el estilo. En un trabajo más reciente, Guastini⁷ ha reiterado que las dos primeras son condiciones necesarias para que un ordenamiento cualquiera esté constitucionalizado. Las demás son aspectos o indicios del proceso de constitucionalización. Ello significa que no es posible saber cuánto vale cada una con el fin de precisar qué tan constitucionalizado está un determinado ordenamiento. Consecuentemente, todo aquél que no cumpla las condiciones tres, cuatro, cinco, seis o siete, o las cumpla sólo de manera aproximada, será un ordenamiento constitucionalizado en términos parciales.

2. EL ARTÍCULO PRIMERO DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA Y LAS CONDICIONES DE CONSTITUCIONALIZACIÓN

El artículo primero constitucional, en su parte conducente, dispone:

Art. 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interde-

⁷ Vid. Guastini, Riccardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento: concepto y condiciones”, *ob. cit.*, p. 157.

pendencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

De la interpretación de este precepto, me parece posible extraer las siguientes consideraciones *prima facie*: el segundo párrafo del artículo primero estatuye claramente la obligación de las autoridades de interpretar las normas sobre derechos humanos de conformidad con la Constitución [y los tratados internacionales de la materia]⁸; es decir, estatuye la condición sexta, relativa a la interpretación conforme de las leyes. Por otra parte, como espero demostrar en este trabajo, considero que el mismo párrafo abre la posibilidad de interpretar las disposiciones constitucionales sobre derechos humanos “favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”, lo que parece implicar el recurso a la interpretación extensiva, que es la condición número cuatro relativa a la sobreinterpretación constitucional. Asimismo, el tercer párrafo del precepto citado establece la obligación de los órganos jurídicos de promover, respetar, proteger y, sobre todo, *garantizar* los derechos humanos, lo que permite inferir —según trataré de mostrar— que las normas constitucionales sobre esta materia son directamente aplicables. Ésta es la condición quinta. De modo que, si lo que antecede es correcto, en el artículo primero constitucional sería posible hallar las condiciones cuatro, cinco y seis de constitucionalización, que habré de estudiar con más detenimiento en las páginas que siguen. Omitiré toda referencia a las demás condiciones de constitucionalización pues no están contenidas *expresamente* en el artículo primero constitucional. Con todo, creo posible argüir que la condición tercera, relativa a la fuerza vinculante de la Constitución, está implícita en dicho artículo. Hay al menos dos razones que me permiten llegar a esta conclusión. Primero, el precepto establece que las normas sobre derechos humanos deberán ser interpretadas

⁸ La referencia a los tratados internacionales está entre corchetes porque prefiero considerarlos por separado sin pronunciarme sobre la cuestión de si son o no parte de un supuesto bloque de constitucionalidad en el derecho mexicano.

conforme a las disposiciones constitucionales, lo cual tiene sentido sólo si se asume que la Constitución es una norma vinculante para los operadores jurídicos. Segundo, el precepto dispone que los derechos humanos reconocidos en el texto constitucional deberán ser promovidos, respetados, protegidos y garantizados por todas las autoridades jurídicas, lo que supone que la Constitución no es más una declaración de buenos deseos ni un compendio de normas programáticas, sino una norma obligatoria. De ahí que la fuerza normativa de la Constitución aparezca implícitamente reconocida por el artículo primero constitucional. Podría decirse que ella constituye un presupuesto de las demás condiciones de constitucionalización.

2.1 La “sobreinterpretación” del texto constitucional

Un tema que ha sido poderosamente influido por la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos es el relativo al modo de interpretar la Constitución, entendida como un conjunto de disposiciones fundamentales que se contienen en un documento básico llamado “Constitución”, “Carta Magna” o “Ley Fundamental”, siendo éstos los nombres más comunes.

A la luz de lo que Comanducci llama “modelo descriptivo de Constitución”⁹, ésta posee la cualidad de ser un documento normativo —al igual que la ley— y la interpretación constitucional es considerada una especie de la interpretación jurídica, que a su vez se define como la adscripción de significado a un texto normativo en cuanto fuente autorizada del derecho, si bien exhibe algunas características peculiares en virtud de la naturaleza del propio documento. Ello se debe a que en los ordenamientos constitucionalizados

⁹ Cf. Comanducci, Paolo, “Interpretazione della costituzione”, en *Assaggi di metaetica due*, Giappichelli, Turín, 1998, pp. 97-123 [hay traducción al español de Manuel Ferrer Muñoz: “Modelos e interpretación de la Constitución”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo...*, ob. cit., pp. 41-67; reproducido en Comanducci, Paolo, *Constitución y teoría del derecho*, ob. cit., pp. 37-72; id., *Hacia una teoría analítica del derecho...*, ob. cit., pp. 115-144; id., *Democracia, derechos e interpretación jurídica...*, ob. cit., pp. 159-192].

contemporáneos, la Constitución incorpora un número muy importante de conceptos con un claro contenido moral¹⁰, que obligan al intérprete a recurrir a consideraciones valorativas para dotarlos de sentido. De ahí que la Constitución entrañe más dificultades al momento de ser interpretada y de ahí también que el neoconstitucionalismo teórico sostenga que la interpretación constitucional es diferente a la de la ley¹¹. Esto explica que en las últimas décadas se hayan multiplicado los estudios dedicados a la interpretación de la Constitución con el objeto de determinar su especificidad¹². En los

¹⁰ Vid. Iglesias Vila, Marisa, “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”, *Doxa*, 23 (2000), Alicante, pp. 77-104 [reproducido en Laporta, Francisco J. (ed.), *Constitución: problemas filosóficos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pp. 253-278; y con el título “La interpretación de la Constitución y los conceptos esencialmente controvertidos”, en Bonorino Ramírez, Pablo Raúl (ed.), *Pensar el derecho: ensayos de teoría jurídica contemporánea*, Ara editores, Lima, 2010, pp. 155-189].

¹¹ Con todo, bajo el modelo descriptivo de la Constitución como norma, las diferencias respecto de la interpretación de la ley son solamente de grado. Vid. Comanducci, Paolo, “Interpretazione della costituzione”, *ob. cit.*, p. 111. Vid. *Id.*, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, *ob. cit.*, pp. 77 y 78. También vid. Pozzolo, Susanna, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, *Doxa*, 21-II (1998), Alicante, pp. 339-353. Sin embargo, no todos aceptan que la interpretación de la Constitución sea verdaderamente específica; tal sería el caso de Guastini, Riccardo, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Giappichelli, Turín, 1996, pp. 237-248 [hay traducción al español de Jordi Ferrer i Beltrán: Guastini, Riccardo, *Distinguendo: estudios de teoría y metateoría del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 287-303; también incluido con el título “¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?”, en Bonorino Ramírez, Pablo Raúl (ed.), *Pensar el derecho... ob. cit.*, pp. 15-38].

¹² A manera de ejemplo, vid. Moreso, José Juan, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 256; Balaguer Callejón, María Luisa, *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, prólogo de Peter Häberle, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 182; Díaz Revorio, Francisco Javier, *Valores superiores e interpretación constitucional*, prólogo de Eduardo Espín Templado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 592; Pozzolo, Susanna, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, *ob. cit.*; Moreso, José Juan, “Algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional”, *Doxa*, 23 (2000), Alicante, pp. 105-118; Mendonca, Daniel y Gui-

siguientes párrafos no pretendo llevar a cabo un examen ni siquiera superficial sobre este complejo tema. Me concentraré solamente en la sobreinterpretación de las cláusulas constitucionales, que puede ser visto como un aspecto de aquél.

Lo primero que hay que señalar es que la sobreinterpretación de la Constitución es una consecuencia natural de su posición como norma suprema del ordenamiento jurídico y del hecho de que bajo la óptica del constitucionalismo aparece caracterizada como una norma con fuerza vinculante, en cuanto reguladora de todos los aspectos de la vida social y política. Y es que para cumplir la función que le asigna el Estado constitucional contemporáneo, la Constitución debe ser interpretada en un sentido distinto al literal. Las disposiciones constitucionales, digámoslo así, deben ser sobreinterpretadas, lo que es tanto como afirmar que su significado ha de ampliarse o extenderse hasta cubrir casos o situaciones que inicialmente no fueron previstos por el constituyente. Según afirma Guastini, la sobreinterpretación de la Constitución es una actitud interpretativa que permite colmar los vacíos o lagunas a nivel constitucional, eliminando en la medida de lo posible la discrecionalidad política del legislador¹³.

Ocurre que por medio de la sobreinterpretación, el intérprete constitucional extrae los contenidos normativos implícitos en el texto, creando normas jurídicas no expresadas. Y esta tarea de hacer explícito lo que no lo es se desarrolla mediante la técnica señalada de extender el significado de la disposición constitucional para cubrir casos no previstos por los autores de la misma, lo que supone equiparar a la sobreinterpretación de la Constitución con la interpretación extensiva, en tanto pertenece al género de la llamada

bourg, Ricardo A., *La odisea constitucional: Constitución, teoría y método*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, pp. 91-119; y Orunesu, Claudina, *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2012, pp. 25-102.

¹³ Cf. Guastini, Riccardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento: concepto y condiciones”, *ob. cit.*, pp. 161-163.

interpretación correctora, entendida como la que atribuye a un texto, no su significado literal más inmediato, sino uno diverso, el cual puede ser más restringido o más extenso¹⁴. Y sólo si el significado asignado es más amplio que el estrictamente literal se hablará de interpretación extensiva.

Dicha técnica consiste, como lo expone Guastini, en extender el significado *prima facie* de una disposición jurídica para incluir en su campo de aplicación supuestos que no estarían cubiertos por ella de acuerdo a una interpretación literal estricta¹⁵. Quien recurre a la interpretación extensiva puede optar por llevarla a cabo apoyándose en dos argumentos diferentes, aunque para algunos se trataría más bien de variantes de un solo argumento: *a simili*¹⁶ y *a fortiori*.

¹⁴ Dice Guastini: “Diremo allorché che è correttiva qualunque interpretazione che attribuisca ad un testo normativo non il suo significato letterale più immediato, ma un significato diverso. Un significato diverso da quello letterale non può che essere: o più ristretto di quello letterale, o più ampio di quello letterale”: Guastini, Riccardo, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milán, 1993, p. 366. Vid. *Id.*, *Distinguendo...*, *ob. cit.*, p. 177.

¹⁵ En palabras del autor italiano: “Si dice estensiva quella interpretazione che, per l'appunto, estende il significato *prima facie* di una disposizione così da includere nel suo campo di applicazione anche fattispecie che, secondo l'interpretazione letterale, non vi rientrerebbero”: Guastini, Riccardo, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, *ob. cit.*, pp. 368 y 369. Vid. *Id.*, *Distinguendo...*, *ob. cit.*, p. 179. Por su parte, Tarello afirma: “Si riteneva aversi interpretatio extensiva allorché quando l'interprete procedeva ad una extensio del significato del documento do legge, sia attribuendo ad una parola un significato più lato del comune, sia estendendo la portata della legge a coprire casi analoghi a quello cui la portata apparente della legge si riferisce, sulla base di ragioni equitative...”: Tarello, Giovanni, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milán, 1980, p. 35.

¹⁶ Esta es la analogía propiamente dicha —la *analogia legis*— que difiere de la argumentación con base en los principios generales del derecho —*analogia juris*—. Un estudio completo de estas cuestiones se encuentra en Bobbio, Norberto, “Analogía”, en *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giappichelli, Turín, 1994, pp. 1-16 [artículo publicado por primera vez en 1957]; *id.*, *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Turín, 1993, pp. 265-273 [que reúne en un solo volumen los cursos *Teoria della norma giuridica* y *Teoria dell'ordinamento giuridico*, impartidos en los años 1957-58 y 1959-1960, respectivamente]; Tarello, Giovanni, *ob. cit.*, pp. 350-357; Atienza Rodríguez, Manuel, *Sobre la analogía en*

El uso de ambos comporta como consecuencia la creación de una norma jurídica con la que es posible colmar una laguna.

En efecto, suponiendo que la disposición D expresa la norma jurídica NJ1 cuyo contenido es “Si SH1, entonces CJ”, donde SH1 es el supuesto de hecho regulado y CJ la consecuencia jurídica estatuida por la norma, y suponiendo además que hay un supuesto de hecho SH2 respecto del cual el ordenamiento jurídico no prevé solución alguna, pero que mantiene con SH1 una semejanza relevante y esencial, y entre ellos hay también lo que se conoce como identidad de razón, el argumento *a simili* permite aplicar la consecuencia jurídica CJ de la norma jurídica NJ1 al supuesto de hecho SH2, con lo cual se crea una norma jurídica diferente, NJ2, cuyo contenido es “Si SH2, entonces CJ”. La disposición D expresa, por ende, no una sino dos normas jurídicas, y la segunda, NJ2, cubre el supuesto de hecho SH2 que es considerado como una laguna, esto es, un caso sin solución en el ordenamiento jurídico. Por su parte, el argumento *a fortiori* (en sus dos variantes, esto es, *a maiori ad minus* y *a minori ad maius*) sigue la lógica trazada por el argumento *a simili* con una pequeña diferencia: mediante él se conviene en que el supuesto de hecho SH2 merece, por *mayoría de razón*, la consecuencia jurídica CJ establecida para SH1 en NJ1; es decir, mantiene que si bien entre SH1 y SH2 media la misma *ratio*¹⁷, las propiedades espe-

el derecho: ensayo de análisis de un razonamiento jurídico, Civitas, Madrid, 1986, pp. 187; y Salguero, Manuel, *Argumentación jurídica por analogía*, Marcial Pons, Madrid, 2002, pp. 275.

¹⁷ La noción clave del razonamiento por analogía es la de *ratio legis*, en la que se fundan tanto la semejanza relevante y esencial entre el supuesto de hecho regulado y el supuesto de hecho no regulado, como la identidad de razón entre ambos. Y es que para la *analogia legis* es fundamental que entre el supuesto de hecho no regulado y otros supuestos de hecho regulados y semejantes haya un elemento en común, lo que requiere formular un juicio de valor que establezca que aquello en lo que coinciden los supuestos es esencial para su regulación jurídica. Para llegar a ese juicio de valor hay que partir del fin de la norma; hay que averiguar la *ratio*, en cuanto principio que sirve de fundamento a la conexión entre el supuesto de hecho regulado y la consecuencia jurídica. Además, el elemento en común a los supuestos de hecho debe ser la *razón suficiente* que

cíficas que rodean a SH2 hacen que esa razón cobre más peso y, por consiguiente, que en el supuesto de hecho SH2 se deba aplicar con *mayor razón* la consecuencia jurídica CJ. No obstante, el resultado del razonamiento es exactamente el mismo: la creación de una norma jurídica distinta a NJ1 que se usa para colmar una laguna.

Así, de lo dicho se colige que la sobreinterpretación de la Constitución supone extraer los contenidos normativos implícitos en el texto constitucional por medio de la interpretación extensiva, que consiste en ampliar o extender el significado de las disposiciones para cubrir casos que no están expresamente incluidos en su campo de aplicación. La interpretación extensiva puede desarrollarse con apoyo en los argumentos *a simili* y *a fortiori*, que lógicamente derivan en la creación de una norma jurídica inédita. Por lo tanto, la sobreinterpretación de la Constitución equivale a formular normas implícitas o no expresadas por el constituyente, lo que a su vez equivale a reconocer que el intérprete constitucional crea derecho¹⁸.

justifica que al supuesto de hecho regulado se le atribuya precisamente esa y no otra consecuencia jurídica. De ahí que la *ratio legis* se identifique con el motivo o con el fin para el cual se dispuso la norma. Por eso, la comparación entre el caso examinado y el supuesto legal debe discernir si aquello en lo que se parecen pertenece a la *ratio* de la norma o, por el contrario, si es algo accesorio e irrelevante. Cf. Salguero, Manuel, *ob. cit.*, pp. 83 y ss.

¹⁸ De ahí que la interpretación extensiva sí comporte la creación de derecho por parte del intérprete. Sin embargo, no pocos autores distinguen entre interpretación extensiva y analogía, afirmando que sólo la segunda implica la creación de una *nueva* norma jurídica. Por ejemplo, Bobbio admite que la diferencia concreta entre ellas no siempre es fácil de reconocer y que la dificultad radica en que ambas operaciones emplean el mismo procedimiento lógico; lo que cambia es el ámbito en que ese procedimiento opera. Pues en la interpretación extensiva, donde el contenido de la norma se amplía para incluir casos no previstos, el razonamiento por analogía se mueve al interior de la norma, sin salir de ella. En cambio, en la *analogia legis*, donde se crea una nueva norma, hay que apelar a un principio común que se refiere tanto a la norma ya puesta como a la que hay que crear. En palabras del autor italiano: “...*la prima operazione è quella per cui si estende il contenuto di una norma giuridica a casi non previsti, ed è nota col nome di interpretazione estensiva; la seconda è quella con cui si produce una norma*”

Estas consideraciones permiten ubicar a la sobreinterpretación de la Constitución bajo las coordenadas correctas. Lo que hay que determinar ahora es si aquélla se despliega sobre todo el texto constitucional o sólo sobre ciertas disposiciones. Y creo que la respuesta la tiene que dar la propia Constitución. En el caso del ordenamiento jurídico mexicano, el artículo primero constitucional —no obstante su ambigüedad— autoriza la interpretación extensiva de las normas sobre derechos humanos. El segundo párrafo de este artículo prescribe que deberán interpretarse “favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”, y pese a que esta obligación se refiere a las normas *infraconstitucionales*, no debe olvidarse que la Constitución de un ordenamiento constitucionalizado, en cuanto norma vinculante y capaz de producir efectos jurídicos, exige que

nuova, in quanto della norma espressa si risale ad una norma superiore che comprende tanto il caso regolato quanto il caso simile da regolare, e viene chiamata interpretazione analogica, o, pura e semplicemente, analogia”: Bobbio, Norberto, “Analogia”, *ob. cit.*, p. 10.

Por su parte, Tarello sostiene que el argumento *a simili* puede entenderse como una regla de producción normativa o como una regla de interpretación. En este último supuesto, el argumento *a simili* se expresa por medio de la máxima “*lex minus dixit quam voluit*” y entonces el argumento funciona como vehículo de la interpretación extensiva, mientras que en su carácter de regla de producción de normas, el argumento *a simili* va más allá de la extensión del significado. Cf. Tarello, Giovanni, *ob. cit.*, pp. 351 y 352.

El propio Guastini considera que *conceptualmente* es posible trazar una distinción entre interpretación extensiva y aplicación analógica, pues la primera es un método interpretativo y la segunda un método de integración del derecho. Una cosa es decidir el significado de una disposición y otra diferente es crear una nueva norma. Pero Guastini reconoce que en los hechos esa distinción tiende a diluirse pues no se sabe con certeza dónde termina una y dónde comienza la otra. Cf. Guastini, Riccardo, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, *ob. cit.*, pp. 440 y 441.

Y Manuel Salguero señala que la interpretación extensiva y la analogía se parecen entre sí porque tanto una como otra son aplicaciones específicas del principio de universalidad, que dice que los casos similares deben ser tratados de manera igual, y porque en ambas hay una *ratio* subyacente. La diferencia entre ellas —agrega— es gradual y obedece a razones normativo-funcionales y lógicas. Cf. Salguero, Manuel, *ob. cit.*, pp. 219-223.

se le interprete yendo más allá de su sentido literal inmediato. Para regular todos los aspectos de la vida social y política¹⁹, y condicionar la validez no sólo formal sino material de las demás normas jurídicas, la Constitución requiere ser *sobreinterpretada*. La constitucionalización del derecho sería defectuosa si a la Constitución no se le interpretara más que de conformidad con la letra del texto o con el sentido exacto y propio de las palabras empleadas en él. Por ende, hay que conceder que la sobreinterpretación es parte de la lógica inherente a ese proceso y que al final termina imponiéndola. En esta medida considero que las disposiciones constitucionales sobre derechos humanos demandan una interpretación correctora y extensiva, fundamentada en el principio *pro homine* que establece el segundo párrafo del artículo primero constitucional. Dicho estándar no sólo controla la interpretación de las leyes sobre derechos humanos, extendiendo su significado en busca de la protección más amplia a favor de la persona, sino también de la Constitución. De otro modo, ¿qué propósito habría en interpretar las leyes sobre derechos humanos conforme al principio *pro homine*, si la misma Constitución los acota o restringe a la letra del artículo constitucional? Esto revela que si de verdad se quiere dotar de coherencia al ordenamiento jurídico, no hay más remedio que interpretar las cláusulas constitucionales sobre derechos humanos ampliando el significado de las mismas hasta cubrir situaciones que no están expresamente incluidas en su ámbito de aplicación, siempre que con ello queden mejor protegidos los derechos fundamentales del individuo²⁰.

¹⁹ De acuerdo con la concepción contemporánea de la Constitución, ésta tiene como funciones organizar a la sociedad civil y modelar las relaciones sociales. La Constitución ya no sólo regula las relaciones verticales entre el Estado y los ciudadanos, sino también las relaciones horizontales entre estos últimos, siendo aplicable para resolver los conflictos entre particulares. Vid. Guastini, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, prólogo de Miguel Carbonell, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM-Mínima Trotta, Madrid, 2008, pp. 48 y 49 [también publicado con pequeños cambios en *id.*, *Interpretación, Estado y Constitución*, *ob. cit.*, pp. 183-237].

²⁰ Esta tesis presupone una doctrina liberal de la interpretación constitucional que prescribe que a la Constitución se le interprete de modo que se circuns-

2.2 *La aplicación directa de las normas constitucionales*

Señalé en el apartado anterior que la sobreinterpretación de las cláusulas constitucionales es un aspecto específico de un problema más general: la interpretación de la Constitución, entendida como una especie de la interpretación jurídica *in abstracto*²¹ que busca adscribir significado a un texto normativo. De acuerdo con lo que Comanducci llama “modelo descriptivo de Constitución”, ésta comparte con la ley la cualidad de ser un documento normativo y, en cuanto tal, debe ser interpretado de modo similar a los textos legales. La Constitución es un conjunto de enunciados pertenecientes al discurso de fuentes del derecho (disposiciones), cuyo sentido se obtiene mediante la actividad que lleva a cabo el intérprete. El producto de esa interpretación son las normas, en cuanto constituyen el significado de las disposiciones constitucionales.

Pues bien, Comanducci identifica otro modelo de Constitución como norma, el “axiológico”, que también la configura como documento normativo, pero exige que sus cláusulas incorporen contenidos materiales que sean valorados positivamente²². Bajo este modelo axiológico, la Constitución es en sí misma valiosa y su in-

criba lo más posible el poder del Estado en beneficio de los ciudadanos y, al mismo tiempo, se amplíe la esfera de los derechos individuales. De suerte que se realice a la par una interpretación restrictiva de todas las disposiciones que confieren poderes a los órganos del Estado y una interpretación extensiva de todas las disposiciones constitucionales que confieren derechos de libertad a los particulares. Vid. Guastini, Riccardo, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milán, 1998, p. 337.

²¹ La interpretación *in abstracto* es la interpretación propiamente dicha, consistente en atribuir un significado al texto normativo, es decir, en determinar qué norma o normas expresa el texto. Se opone a la interpretación en sentido estricto, la cual equivale a decidir si la norma previamente individualizada es aplicable a un caso en particular. Vid. Guastini, Riccardo, *Il diritto come linguaggio: lezioni*, Giappichelli, Turín, 2001, pp. 138 y 144.

²² Cf. Comanducci, Paolo, “Interpretazione della costituzione”, *ob. cit.*, pp. 108 y 109.

interpretación ya no es la misma que la de la ley²³. La principal causa de ello es la presencia en la Constitución de los principios como un grupo de estándares que, diría Dworkin, se caracterizan por ser exigencias de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moral²⁴. Según lo expresado por este autor, hay entre las reglas y

²³ Bajo el modelo axiológico, la interpretación de la Constitución se da mediante una lectura moral de sus cláusulas. Quien más ha insistido en esta propuesta es Dworkin. Para él, la Constitución norteamericana expresa exigencias morales abstractas aplicables a casos concretos mediante juicios morales particulares. “La lectura moral propone que todos, jueces, abogados y ciudadanos, interpretemos y apliquemos estas cláusulas abstractas con el entendimiento de que se refieren a principios morales sobre la decencia política y la justicia”: Dworkin, Ronald, “La lectura moral y la premisa mayoritarista”, en Hongju Koh, Harold y Slye, Ronald C. (comps.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, trad. de Paola Bergallo y Marcelo Alegre, Gedisa, Barcelona, 2004, pp. 101-139, p. 101. La lectura moral parte de la tesis de que los principios constitucionales son principios morales abstractos y que para establecerlos en el nivel más general posible hay que aceptar que todos ellos en conjunto comprometen a las autoridades con ciertos ideales políticos y jurídicos. Dworkin cree que tales ideales exigen que las personas sean tratadas como si tuvieran igual estatus moral y político; que el gobierno trate a todos con igual consideración y respete las libertades individuales. La lectura moral no promueve la libre creación del derecho por parte de los jueces. Todo lo contrario, busca acotar su discrecionalidad. Para alcanzar este objetivo, la lectura moral sostiene que la interpretación de las cláusulas constitucionales debe comenzar con lo que dijeron los redactores de la Constitución en el contexto histórico en que vivieron: se trata de averiguar *qué quisieron decir*, mas no *cuál era su intención*, es decir, lo que deseaban o esperaban que sucediera como consecuencia de haber dicho lo que dijeron. Por otra parte, la interpretación constitucional va a estar controlada por el requisito de integridad, que impide a los jueces leer según sus propias convicciones morales. La lectura de las cláusulas morales abstractas ha de realizarse a la luz del diseño estructural de la Constitución como un todo y de interpretaciones más antiguas de otros jueces: “Deben mirarse a sí mismos como socios de otros funcionarios, del pasado y el futuro que, en conjunto, elaboran una moral constitucional coherente, y deben tener cuidado de ver que lo que ellos aportan se ajuste al resto”: *ibid.*, p. 110.

²⁴ Cf. Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984, p. 72.

los principios una distinción lógica o fuerte²⁵. Uno de los aspectos más importantes de esa distinción radica en cómo son aplicadas las reglas y los principios en los casos concretos. Las primeras son aplicables a la manera de disyuntivas: “Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión”²⁶; en tanto que los segundos enuncian “una razón que discurre en una sola dirección, pero no exige[n] una decisión en particular”²⁷. A diferencia de las reglas, los principios poseen una dimensión de peso o importancia que significa que:

²⁵ *Ibid.*, pp. 74 y 75. Alexy también ha llegado a reconocer una diferenciación estricta o de carácter cualitativo entre reglas y principios fundada en la propiedad que tienen los últimos de ser mandatos de optimización, es decir, normas que ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas. Cf. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997 (1ª reimpresión), p. 86. De la misma manera, Atienza y Ruiz Manero han defendido una distinción fuerte entre reglas y principios desde un enfoque estructural y funcional. Cf. Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996, pp. 1-44. Otros autores de plano aceptan únicamente una distinción débil o de grado entre reglas y principios: vid. Carrió, Genaro R., *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970, pp. 57-74; Pintore, Anna, *Norme e principi: una critica a Dworkin*, Giuffrè, Milán, 1982, pp. 24-27; Prieto Sanchís, Luis, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pp. 32-64; *id.*, “Diez argumentos a propósito de los principios”, en *Ley, principios, derechos, ob. cit.*, pp. 47-68; y Comanducci, Paolo, “Principios jurídicos e indeterminación del derecho”, *Doxa*, 21-II (1998), Alicante, pp. 89-104 [incluido también en Comanducci, Paolo, *Asaggi di metaetica due, ob. cit.*, pp. 81-95].

²⁶ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio, ob. cit.*, p. 75.

²⁷ *Ibid.*, p. 76. En términos muy parecidos, Zagrebelsky señala que los principios proporcionan criterios para tomar una decisión ante situaciones concretas. Como los principios carecen de “supuesto de hecho” —dice— no pueden aplicarse mediante la lógica de la subsunción; sólo se les hace reaccionar ante situaciones particulares. La aplicación de los principios requiere que, “cuando la realidad exija de nosotros una ‘reacción’, se tome ‘posición’ ante ésta de conformidad con ellos”: Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil... ob. cit.*, p. 111.

“Cuando los principios se interfieren... quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno”²⁸. Este rasgo ha hecho que la mayoría de los autores sostenga que mientras la subsunción es la técnica idónea para aplicar las reglas, los principios demandan un método diferente conocido como ponderación²⁹.

El estudio de los principios y la ponderación es fundamental para el tema relacionado con la aplicación directa de la Constitución debido a que: 1) los principios son las normas constitucionales por antonomasia en los ordenamientos constitucionalizados³⁰ (se habla

²⁸ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, *ob. cit.*, p. 77. En el mismo sentido, vid. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil...*, *ob. cit.*, p. 125.

²⁹ Aunque muchos han criticado los términos precisos en que Dworkin traza la distinción entre los dos tipos de estándares, regularmente se acepta que la aplicación de los principios es diferente a la de las reglas. Con todo, no es que la ponderación constituya una alternativa a la subsunción, como si ambas operaciones fuesen mutuamente excluyentes. Lo que sucede es que tienen lugar en fases distintas de la aplicación del derecho. Según Prieto, la subsunción ocurre antes y después de la ponderación: “En otras palabras —dice—, antes de ponderar es preciso ‘subsumir’, constatar que el caso se halla incluido en el campo de aplicación de los dos principios... [...] Pero si *antes* de ponderar es preciso de alguna manera subsumir... esto es, mostrar que el caso individual que examinamos forma parte del universo de casos en el que resultan relevantes dos principios en pugna, *después* de ponderar creo que aparece de nuevo, y con mayor fuerza, la exigencia de subsunción”: Prieto Sanchís, Luis, “El juicio de ponderación constitucional”, en Laporta, Francisco J. (ed.), *Constitución: problemas filosóficos*, *ob. cit.*, pp. 221-251, p. 236. En el fondo, la ponderación no elimina la subsunción, sino que contribuye a construir la regla o premisa mayor que la hace posible. En este sentido, vid. Moreso, José Juan, “Conflictos entre principios constitucionales”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, *ob. cit.*, pp. 99-121. También vid. Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso, *La argumentación en el derecho*, 2ª ed. corregida, Palestra, Lima, 2005, pp. 317 y 318.

³⁰ Dice Zagrebelsky: “Si el derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios... Por ello, distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley”: Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil...*, *ob. cit.*, pp. 109 y 110.

incluso de un derecho principialista)³¹; 2) los principios son normas que positivizan derechos humanos y los incorporan al ordenamiento jurídico a nivel constitucional, confiriéndoles supremacía jurídica³²; 3) hay una omnipresencia de los principios constitucionales en todas las áreas del derecho y en todas las controversias mínimamente relevantes, de tal suerte que “es difícil concebir un problema jurídico medianamente serio que no encuentre alguna orientación... en

³¹ Vid. Comanducci, Paolo, “Principios jurídicos e indeterminación del derecho”, *ob. cit.*, p. 97. También se ha hablado de una concepción principialista del derecho para aludir al no positivismo de autores como Alexy y Dworkin: vid. García Figueroa, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico: el no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 444.

Según Prieto, bajo la rehabilitación principialista se ocultan los siguientes lemas: más juez que legislador, más pensamiento problemático que razonamiento lógico, más derecho que ley, más moralidad que derecho, más pluralismo ideológico que coherencia axiológica, más integración de las diferencias que uniformidad política, menos relativismo ilustrado y bastante más de obligación de obediencia al derecho, así como un derecho dúctil en lugar de un derecho a secas. Cf. Prieto Sanchís, Luis, “Diez argumentos a propósito de los principios”, *ob. cit.*, p. 48.

³² De este modo, los derechos quedan separados de la ley y protegidos de los abusos del legislador. Vid. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil...*, *ob. cit.*, p. 51.

La supremacía de los derechos ha dado origen a uno de los problemas centrales del constitucionalismo: la disputa mantenida entre los partidarios de la democracia y los defensores de los derechos humanos. Quienes defienden la primacía de los derechos los consideran como límites a la democracia y aducen que el poder contra-mayoritario de los jueces se justifica en la medida en que lo ejercen para protegerlos. Esto repercute en la argumentación constitucional pues la superación del déficit de legitimidad democrática de los jueces constitucionales dependerá de que el discurso justificativo que desarrollen obedezca al modelo del diálogo racional, mismo que no podrá estar guiado exclusivamente por la idea de corrección. Lo que ocurre —dice Atienza— es que no se trata de un diálogo puramente filosófico, sino de uno condicionado por la necesidad de obtener ciertas finalidades prácticas, lo cual sugiere que en la argumentación constitucional existen elementos de tipo dialéctico y retórico que vale la pena tomar en cuenta. Cf. Atienza, Manuel, “Argumentación y Constitución”, *ob. cit.*, pp. 170-172.

el texto constitucional...³³; 4) la Constitución produce un efecto de irradiación sobre la totalidad del ordenamiento jurídico a través de los principios, los cuales impregnan cualquier materia susceptible de regulación jurídica, por lo que “todo deviene derecho constitucional”³⁴ y 5) cuando al aplicar un principio constitucional se suscita un conflicto con otro, el intérprete ha de ponderarlos con base en el juicio de proporcionalidad para asignarles un peso relativo en el caso concreto, que es en lo que radica propiamente la ponderación³⁵.

Si, en efecto, el proceso de constitucionalización supone la aplicación directa de todas las normas constitucionales, entonces los órganos jurídicos deberían validar los principios de rango constitucional —dándoles fuerza o firmeza— sin necesidad de que haya una ley de por medio que los desarrolle o concretice. En este sentido, el artículo primero de la Constitución mexicana —a partir de la reforma del diez de junio— prescribe a toda autoridad normativa la obligación de promover, respetar, proteger y *garantizar* los derechos humanos en el ámbito de sus competencias. Y tratándose de los jueces, ¿qué mejor forma de garantizarlos que aplicando la Constitución de manera directa y sin intermediarios? Si esto es así, entonces los jueces del país tienen que ponderar principios o balancear derechos, convirtiéndose en aplicadores directos de la Constitución y ya no exclusivamente de la ley. Dicha capacidad virtual del juzgador es

³³ Prieto Sanchís, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, *ob. cit.*, pp. 123-158, p. 132. Continúa diciendo este autor que “...detrás de cada precepto legal se adivina siempre una norma constitucional que lo confirma o lo contradice...”, y que “...la Constitución ofrece orientaciones en las más heterogéneas esferas...”, etc.

³⁴ *Ídem.*

³⁵ Para Atienza, la argumentación constitucional, en la medida en que es una argumentación a partir de principios, supone siempre la ponderación en cualquiera de sus formas, esto es, la ponderación en sentido estricto (que se da sobre principios) o lo que él llama concreción (que opera en relación con las directrices). Cf. Atienza, Manuel, “Argumentación y Constitución”, *ob. cit.*, p. 164.

corroborada por el hecho de que los principios de los actuales ordenamientos constitucionalizados no cumplen más la función de ser fuente jurídica secundaria y supletoria como los antiguos principios generales del derecho, que debían colmar las lagunas a falta de regla legislada³⁶, haciendo realidad el postulado de la plenitud del ordenamiento sobre el que se fundó el positivismo jurídico estatalista y legalista del siglo XIX. Los principios del nuevo constitucionalismo son normas jurídicas con individualidad propia, vinculantes y de aplicación directa. De ahí que sea necesario insistir en la importancia de la ponderación de los principios constitucionales.

Los enfoques y métodos de esta técnica son muy diversos. Sin ánimo de exhaustividad y sólo para efectos expositivos, pienso que las distintas teorías que se han articulado a su alrededor podrían clasificarse en tres grandes grupos, si bien hay posiciones que no serían reconducibles a ninguno. Por tanto, la clasificación que propongo, más que una lista definitiva y cerrada, ha de verse como una mera guía orientadora.

De acuerdo con esa clasificación, un primer grupo de teorías estaría formado por las que afirman que la ponderación aumenta la discrecionalidad de los jueces y la indeterminación *ex ante* del derecho, dado que no hay una jerarquía estable y general entre los principios. Para Comanducci, uno de los exponentes más representativos de esta tendencia, no es que no haya buenas razones para promulgar principios, o para configurarlos o ponderarlos. Su escepticismo se basa, más bien, en que estas actividades no persiguen el valor de la seguridad jurídica, sino “otros objetivos, quizás igualmente o más

³⁶ Se afirma que, en realidad, los principios generales del derecho cumplían tres funciones: fundamentadora o informadora de todo el ordenamiento jurídico; interpretativa de las normas jurídicas y supletoria de la ley y la costumbre. Vid. Arce y Flórez-Valdés, Joaquín, *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*, Civitas, Madrid, 1990, pp. 163; Prieto Sanchís, Luis, “La doctrina de los principios generales del derecho y la distinción entre principios y reglas”, en AA.VV., *Lecciones de teoría del derecho*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 335-360; y Balaguer Callejón, María Luisa, *ob. cit.*, pp. 127 y 128.

valiosos: como la adecuación del derecho a los cambios sociales, la toma de decisiones ‘al por mayor’, el proporcionar pautas generales a los órganos inferiores, el establecer objetivos de reforma social, la delegación del poder de determinar el contenido del derecho, o sea, generalmente la étero (sic) y/o la autoatribución a los jueces de una parte del poder normativo”³⁷.

Pero sin importar cuán valiosos puedan ser todos estos fines, el recelo de Comanducci hacia los principios y la ponderación está motivado por su rechazo a la existencia de una moral objetivamente válida, susceptible de ser conocida, compartida y aplicada por todos los jueces. En ausencia de una moral común, sostiene, la promulgación y la ponderación de principios aumenta la discrecionalidad del juez, quien decide los casos “haciendo referencia a sus propias y subjetivas concepciones de la justicia”³⁸, y esto, a su vez, incrementa la incapacidad de prever por anticipado las consecuencias jurídicas de las acciones, es decir, la indeterminación *ex ante* del derecho, con lo cual la seguridad jurídica queda seriamente en entredicho.

El segundo grupo lo constituyen las teorías que asumen que el conflicto entre dos principios puede ser visto en términos de una antinomia parcial-parcial³⁹, según la clasificación establecida por Ross, y afirman que el método más indicado para resolverla consiste en instituir una relación jerárquica entre los principios que se contradicen: una jerarquía axiológica y móvil fundada sobre un juicio de valor subjetivo del intérprete. Guastini, quien mejor representa esta postura⁴⁰, asevera que para resolver una antinomia

³⁷ Comanducci, Paolo, “Principios jurídicos e indeterminación del derecho”, *ob. cit.*, p. 104. Vid. *id.*, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, *ob. cit.*, p. 87.

³⁸ *Id.*, “Principios jurídicos e indeterminación del derecho”, *ob. cit.*, p. 103.

³⁹ Dice Guastini: “*Orbene, il bilanciamento dei principi presuppone anzitutto che i due principi coinvolti, P1 y P2, siano interpretati nel senso che le classi di fattispecie da essi disciplinate si sovrappongono solo parzialmente, sicché l’antinomia che ne risulta sia del tipo ‘parziale-parziale’*”: Guastini, Riccardo, *Distinguendo...* *ob. cit.*, p. 144.

⁴⁰ Una posición similar es la de Mendonca, Daniel, *Los derechos en juego: conflicto y balance de derechos*, Tecnos, Madrid, 2003, pp. 93.

parcial-parcial, hay que asignar a una de las dos normas un mayor peso respecto de la otra. La norma dotada de mayor valor es la que prevalece, en el sentido de que es aplicada, mientras que la norma axiológicamente inferior, sucumbe, en el sentido de que es descartada. Pero esta comparación sólo vale para el caso concreto que se examina, puesto que todos los principios tienen el mismo valor en abstracto. Por eso, la jerarquía axiológica que resuelve el conflicto es inevitablemente cambiante e inestable: nada impide que pueda invertirse en casos futuros⁴¹.

Finalmente, el tercer grupo de teorías se distancia de los dos anteriores en tanto que, por un lado, no guarda recelo frente a la ponderación: no la mira con escepticismo como Comanducci, sino que la reconoce como una pieza clave del constitucionalismo contemporáneo; por el otro, rechaza que la ponderación sea producto de la arbitrariedad y de las pasiones subjetivas del juez, al estilo de Guastini, y en cambio propone dotarla de controles o parámetros de racionalidad. Este tercer grupo lo encabeza Alexy con su tesis que considera a los principios como mandatos de optimización, esto es, normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades reales y jurídicas existentes. Dicha caracterización supone que un conflicto entre dos principios deberá resolverse de manera diferente a como se resuelven las contradicciones entre reglas. Cuando dos reglas se contradicen, en efecto, el intérprete recurre a los criterios tradicionales de *lex superior*, *lex posterior* o *lex specialis*, y el resultado será que alguna de las reglas deje de ser válida o que una opere como excepción de la otra, restringiendo el ámbito de validez de esta última. Por el contrario,

⁴¹ “L’operazione di bilanciamento dei principi si fonda dunque su una peculiare interpretazione dei principi di cui si tratta, nonché su un soggettivo giudizio di valore (un giudizio in termini di ‘giustizia’) del giudice... Inoltre, il conflitto non è risolto stabilmente, una volta per tutte, facendo senz’altro prevalere uno dei due principi confliggenti sull’altro (come accadrebbe invece se si adottasse il criterio *lex specialis*); ogni soluzione del conflitto vale solo per il caso concreto, e resta pertanto imprevedibile la soluzione dello stesso conflitto in casi futuri”: Guastini, Riccardo, *Distinguendo... ob. cit.*, p. 145.

cuando el conflicto se entabla entre dos principios, ambos seguirán siendo válidos, por más que en el caso concreto y dependiendo de las circunstancias, uno sea el que triunfe en definitiva.

Según Alexy, para resolver el conflicto entre dos principios hay que establecer una relación de precedencia condicionada, es decir, una regla que estipule las condiciones y requisitos en que un principio precede al otro. La construcción de esa regla ha de ajustarse a una estructura de ponderación que da paso al principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Los primeros dos expresan la pretensión de alcanzar la mayor realización posible de los principios en juego de acuerdo con las posibilidades fácticas del caso, mientras que el tercero expresa la pretensión de alcanzar la mayor realización posible de acuerdo con las posibilidades jurídicas, determinadas por otros principios que pugnan en sentido contrario⁴².

De los tres subprincipios de la ponderación, el más importante es el tercero, el de proporcionalidad en sentido estricto. Alexy lo denomina “ley de ponderación” y la resume así: “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”⁴³. Este juicio de proporcionalidad, a su vez, puede desglosarse en tres fases sucesivas: la primera consiste en establecer el grado de afectación al primer principio; la segunda en determinar la importancia de satisfacer el principio contrario y la tercera en averiguar si la conveniencia de dar cumplimiento a un principio justifica el menoscabo del otro. Alexy señala que la intervención que sufre un principio se clasifica en leve, moderada y alta, y las razones que justifican esa interferencia pueden ser más fuertes o más débiles. Ello le permite asegurar que, frente a un conflicto entre dos principios constitucionales, si la afectación de uno es alta y las razones

⁴² Para un estudio de estos subprincipios, vid. Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso, *ob. cit.*, pp. 308-314; y Orunesu, Claudina, *ob. cit.*, pp. 84 y ss.

⁴³ Alexy, Robert, *ob. cit.*, p. 161.

que justifican la intervención a favor del otro son débiles, entonces dicha interferencia viola el principio de proporcionalidad. Desde esta perspectiva, Alexy mantiene que la ponderación puede servir-se de la aritmética para establecer si la violación a un principio es grave, moderada o leve, y si el peso abstracto del principio es bajo, medio o alto, asignándoles valores numéricos que se expresarían en una fórmula matemática, misma que haría posible establecer el peso concreto de cada principio en el caso de que se trate.

Pues bien, más que tomar partido por alguna de estas posiciones —que no están exentas de problemas ni han logrado salvarse de las críticas— me limitaré a expresar algunas tesis básicas relacionadas con la ponderación que podrían servir de base para futuras especulaciones. Son cinco tesis que constituirían algo así como el contenido mínimo de la ponderación, a saber⁴⁴:

1. La argumentación ponderativa pretende disolver la tensión entre dos principios cuando concurren de modo simultáneo y conflictivo en un caso concreto, pues si se les considera *in abstracto*, todos los principios tienen igual valor, no habiendo un orden de prelación entre ellos;
2. Un conflicto entre dos principios no puede resolverse mediante los criterios tradicionales de *lex superior*, *lex posterior* y *lex specialis*, sino a través de la ponderación; ello supone que los principios en pugna conservan su validez intacta, aunque en el caso particular uno termine desplazando al otro;
3. La ponderación fija un orden de preferencia por el que se determina cuál de los dos principios posee mayor peso concreto de acuerdo a las circunstancias del caso en cuestión; esto es posible porque los principios no constituyen razones concluyentes para actuar, sino sólo razones *prima facie*; es decir, razones que pueden ser derrotadas por otras más fuertes;

⁴⁴ Vid. Prieto Sanchís, Luis, “El juicio de ponderación constitucional”, *ob. cit.*; *id.*, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, *ob. cit.*

4. Para establecer ese orden de preferencia en el caso individual hay que recurrir al juicio de proporcionalidad en sentido estricto, que puede ser considerado como el verdadero núcleo de la ponderación; y
5. Esta forma de argumentar tiene un carácter valorativo y comporta un margen de discrecionalidad más o menos amplio por parte del juez, si bien no hay que pensar en ella como una operación puramente arbitraria, como un juicio basado en la mera intuición, la corazonada o el presentimiento, sino como un método ajustado a cánones de racionalidad.

Para concluir, cito unas palabras de Luis Prieto Sanchís relativas al desafío que representa la ponderación en todas aquellas jurisdicciones en donde los jueces comunes actúan como aplicadores directos de la Constitución —que me parece es el caso de México a partir de la reforma al artículo primero constitucional del año pasado—:

“...el desafío que presentan una Constitución rematerializada y el consiguiente juicio de ponderación no se cifra tanto en que ello permita el control abstracto de la ley a partir de valoraciones efectuadas por el Tribunal Constitucional, sino en que se abre el juicio de constitucionalidad a los discursos aplicativos, con dos importantes consecuencias: la primera es que, con independencia de si en nombre de la proporcionalidad puede declararse la invalidez de una ley, en ocasiones su juego deberá traducirse en una desaplicación; esto es, en un reconocimiento de que, a pesar de que la ley es constitucional y pertinente al caso, debe sin embargo quedar desplazada en el concreto supuesto examinado. La segunda consecuencia es que, al abrirse a los discursos aplicativos, la ponderación se ha convertido en un formidable instrumento de justicia constitucional en manos del juez ordinario”⁴⁵.

2.3. *La interpretación conforme a la Constitución*

Esta condición de la constitucionalización supone que para los jueces y demás operadores del derecho es obligatorio interpretar las leyes de manera tal que su significado esté de acuerdo con el de la Constitución, en cuanto norma suprema del ordenamiento.

⁴⁵ *Id.*, “El juicio de ponderación constitucional”, *ob. cit.*, p. 250.

Guastini la llama interpretación “adecuadora” o “armonizante” de las leyes:

“La interpretación adecuada es aquélla que adecúa, armoniza la ley a la Constitución (se entiende, previamente interpretada), eligiendo —frente a una doble posibilidad interpretativa— el significado (es decir, la norma) que evita toda contradicción entre ley y Constitución. El efecto de semejante interpretación es obviamente el de conservar la validez de una ley que diversamente debería ser declarada inconstitucional”⁴⁶.

Para comprender mejor las ideas expuestas en este párrafo, conviene analizar algunos presupuestos de carácter teórico que guardan relación directa con el tema de la interpretación jurídica. Uno de esos presupuestos es la diferencia que suele establecerse entre disposición y norma.

Siguiendo al profesor italiano⁴⁷, una disposición es todo enunciado que pertenece a una fuente del derecho (i.e. Constitución, tratado, ley, código, reglamento, circular, sentencia, etc.), en tanto que una norma es el contenido de ese enunciado, es decir, el significado de la disposición. Se trata de una diferencia crucial pues la interpretación jurídica, como actividad, tiene por objeto los enunciados adscritos al discurso de las fuentes, esto es, las disposiciones, mientras que el resultado de esa actividad son propiamente las normas. Una norma viene siendo, pues, una disposición interpretada y, en este sentido, reformulada por quien la interpreta. También es un enunciado, pero a diferencia de la disposición, pertenece al lenguaje o discurso del intérprete.

⁴⁶ Guastini, Riccardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento: concepto y condiciones”, *ob. cit.*, p. 165. Según otros autores: “...se habla de interpretación conforme a la Constitución... cuando se interpreta un texto normativo de manera que se muestre compatible (o conforme) con la Constitución. La interpretación conforme se enmarca así en el ámbito de las interpretaciones plausibles de un texto normativo, discriminando entre aquellas que resultan compatibles con la Constitución y aquellas que no lo son”: Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso, *ob. cit.*, pp. 286 y 287.

⁴⁷ Cf. Guastini, Riccardo, *Teoria e dogmatica delle fonti*, *ob. cit.*, pp. 15 y ss.

Dice Guastini que la importancia de la diferenciación entre disposiciones y normas radica en que no hay una correspondencia biunívoca entre unas y otras⁴⁸. Esto se debe, en primer lugar, a que muchas disposiciones poseen un significado complejo: expresan una multiplicidad de significados simultáneos. Desde este punto de vista, a una sola disposición le corresponden múltiples normas *conjuntas*. En segundo lugar, muchas disposiciones son ambiguas: expresan una multiplicidad de significados alternativos. Cuando esto ocurre, a una sola disposición le corresponden múltiples normas *disyuntivas*. También puede acontecer que dos disposiciones sean perfectamente sinónimas o iguales, de suerte que a las dos les corresponda la misma norma. O puede suceder que sólo sean parcialmente sinónimas y que expresen conjuntos de normas que en parte se superpongan, siendo redundantes. Asimismo, puede haber disposiciones que no expresen ninguna norma, que estén privadas de todo contenido normativo, como los enunciados que forman parte de los preámbulos o declaraciones que se suelen anteponer al texto de una ley. Por lo demás, puede haber disposiciones que expresen un fragmento o varios fragmentos de una sola norma⁴⁹, o una

⁴⁸ En el mismo sentido se pronuncia Ezquiaga Ganuzas: “Aunque... la norma se identifica con el significado atribuido a una disposición como consecuencia de su interpretación, la relación entre disposición y norma no es biunívoca, es decir, cada disposición no sería expresión de una única norma, ni cada norma el único significado de una disposición”: Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional*, Tirant lo blanch, Valencia, 1998, p. 51.

Daniel Mendonca y Ricardo Guibourg también coinciden al afirmar que: “Entre formulación normativa y norma no existe, desde luego, una correspondencia biunívoca, pues dos o más formulaciones distintas pueden expresar la misma norma y una misma formulación puede expresar dos o más normas distintas”: Mendonca, Daniel y Guibourg, Ricardo A., *ob. cit.*, p. 93.

⁴⁹ En palabras de Guastini: “*Possono dirsi ‘frammenti di norma’ tutti quegli enunciati (non prescrittivi) presenti nel discorso legislativo, che possono essere usati solo in combinazione con norme imperative o permissive: ad esempio, disposizioni definitive, disposizioni abrogatrici, disposizioni di interpretazione autentica, e via enumerando*”: Guastini, Riccardo, *Teoria e dogmatica delle fonti*, *ob. cit.*, p. 19, nota 12.

norma incompleta⁵⁰. Finalmente, puede darse el caso contrario, el de normas que carezcan de disposición, como las que provienen de la costumbre y las que Guastini llama “implícitas” o “no expresas”, es decir, aquellas que pueden ser inferidas a partir de normas explícitas, bien por medio de un razonamiento lógico-deductivo (con o sin el apoyo de premisas adicionales), bien por medio de un razonamiento no deductivo y lógicamente inválido⁵¹.

Lo que hay que subrayar es que en todos estos casos las normas expresadas por una o varias disposiciones son variables dependientes de la actividad interpretativa. De ahí que el tema de la distinción entre disposición y norma se encuentre estrechamente vinculado con el de la interpretación jurídica. Sabido es que para cierta concepción teórica, ampliamente difundida entre los miembros de la Escuela genovesa del derecho, la interpretación del derecho consiste esencialmente en un acto de voluntad y no de conocimiento: el intérprete decide el significado de una disposición; no lo “descubre”, como si éste se encontrara oculto entre las palabras⁵². Y dado

⁵⁰ Dice Guastini que son normas incompletas todas aquellas que contienen un término que reenvía a otra norma o que presupone la interpretación de otras normas: *ibid.*, p. 19, nota 13.

⁵¹ Para un examen detallado de todos estos supuestos, vid. Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *ob. cit.*, pp. 60 y ss. Victoria Iturralde prefiere adoptar una terminología diferente a la de disposición y norma. Las razones que invoca son dos: por un lado, dice que la distinción entre disposiciones y normas alberga un escepticismo semántico exagerado conforme al cual, las expresiones jurídicas no tendrían nunca un significado unívoco; por el otro, dice que esa distinción presupone una determinada concepción del derecho que ella no comparte, a saber: la que lo ve como producto de lo que hacen y dicen los jueces, exclusivamente. Cf. Iturralde Sesma, Victoria, *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003, p. 45.

⁵² Guastini, refiriéndose a la teoría cognoscitivista de la interpretación jurídica, señala: “*Questo modo di vedere si fonda su fallaci assunzioni. O sulla credenza che le parole incorporino un significato ‘proprio’, intrinseco, dipendente no dall’uso delle parole stesse, ma dalla relazione ‘naturale’ tra parole e realtà. O sulla credenza che le autorità normative (che comunemente, nel mondo moderno, sono organi collegiali e, per giunta, internamente conflittuali) abbiano una ‘volontà’ univoca e riconoscibile come gli individui. Si ritieni, per conseguenza, che scopo dell’interpretazione sia semplicemente*

que toda disposición encierra potencialmente diversos significados plausibles (i.e. expresa múltiples normas susceptibles de validez), el intérprete deberá elegir el significado (i.e. la norma) para el caso que tiene entre manos. Ello supone que la interpretación jurídica es una actividad fundamentalmente discrecional, mas no arbitraria. La decisión del intérprete tiene límites que están dados por las convenciones lingüísticas e interpretativas de la comunidad a la que pertenece⁵³. Eso no impide, naturalmente, que una misma disposición reciba distintas interpretaciones en un momento dado o, incluso, en momentos diferentes. Así se ponen de manifiesto dos cosas, a saber: que la interpretación jurídica no tiene como desenlace un único resultado “correcto”, por decirlo de algún modo, y que la interpre-

*‘scoprire’ questo significato oggettivo o questa volontà soggettiva, preesistenti. Si ritieni in oltre che ogni testo normativo ammetta una, ed una sola, interpretazione ‘vera’. Disgraziatamente, le cose non stanno così. Da un lato, una cosa come il significato ‘proprio’ delle parole semplicemente non esiste: il significato delle parole è una variabile dipendente del modo di usarle e di intenderle. Sicché ogni messaggio linguistico può avere o il significato che vi ha incorporato l’emittente, o il significato che gli attribuisce il fruitore. Dall’altro lato, nel mondo moderno, non sembra sensato dire che gli organi legislativi, in quanto organi collegiali, abbiano una ‘volontà’ univoca suscettibile di accertamento. Insomma, l’interpretazione ha ad oggetto non norme fatte e rifinite, ma piuttosto disposizioni —ossia enunciati in lingua— suscettibili di molteplici interpretazioni. Soprattutto —dal momento che le disposizioni non hanno un solo e univoco significato, suscettibile di semplice conoscenza— l’interpretazione è attività non meramente conoscitiva, ma valutativa e decisoria”: Guastini, Riccardo, *Il giudice e la legge: lezioni di diritto costituzionale*, Giappichelli, Turín, 1995, p. 19.*

⁵³ Claro que estas convenciones también deben ser interpretadas y cabe la posibilidad de que en algún extremo no ofrezcan una guía clara para establecer el significado de las palabras. Luego, si el intérprete no quiere que su decisión sea sinónimo de arbitrariedad, tendrá que apelar a otro tipo de criterios, tales como los que resalta Carrió al hablar de los casos de la zona de penumbra. Dice que si los jueces no quieren resolver a ciegas o en forma arbitraria estos casos, tienen que poseer “una adecuada información de hecho sobre ciertos aspectos básicos de la vida de la comunidad a la que pertenecen, un conocimiento serio de las consecuencias probables de sus decisiones y una inteligencia alerta para clarificar cuestiones valorativas y dar buenas razones en apoyo de las pautas no específicamente jurídicas en que, muchas veces, tienen que buscar fundamento”: Carrió, Genaro R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1979, p. 60.

tación jurídica posee un carácter esencialmente dinámico puesto que el significado de las disposiciones cambia a lo largo del tiempo.

Con base en esto, quien interpretara un texto legal conforme a la Constitución tendría que proceder más o menos así: primero, interpretar la disposición constitucional de que se trate; suponiendo que ella expresara —potencialmente— las normas N_{c1} , N_{c2} o N_{c3} , el segundo paso sería elegir el significado (i.e. la norma) para el caso en cuestión. Digamos que se eligiera, bajo una interpretación evolutiva, o teleológica o consecuencialista, a N_{c1} , el tercer paso sería interpretar el texto de la ley. Suponiendo que la disposición legal expresara —también potencialmente— las normas N_{11} , N_{12} o N_{13} , el paso final del intérprete sería elegir aquella que resultara compatible con N_{c1} . De esta manera, como señalan Marina Gascón y Alfonso García Figueroa, la finalidad de la interpretación conforme es la de una regla interpretativa que indica cómo hay que interpretar los textos jurídicos: “en concreto, [ella] establece que, de entre las varias interpretaciones plausibles de un precepto, sólo son legítimas aquellas que se acomoden a las exigencias de la Constitución”⁵⁴.

Es preciso advertir que en el caso mexicano, la interpretación conforme supondrá un desarrollo más elaborado que el del ejemplo anterior pues hay que tomar en cuenta, no sólo el texto constitucional, sino los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que México es parte (o lo que algunos consideran un bloque de constitucionalidad similar al que se reconoce en otros países). No obstante, el ejemplo que antecede —por sencillo que sea— no es

⁵⁴ Cf. Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso, *ob. cit.*, p. 287. M^a Ángeles Ahumada menciona que la interpretación conforme no consiste ni en un método ni en un criterio de interpretación, sino en lo que se ha dado en llamar una “directiva de preferencia”, en tanto que ella no impone “una” interpretación sino la preferencia por cualquier interpretación jurídicamente correcta no contraria a la norma constitucional. Cf. Ahumada, M^a Ángeles, “Neoconstitucionalismo y constitucionalismo (a propósito de ‘Constitucionalización y Neoconstitucionalismo’ de Paolo Comanducci)”, en Comanducci, Paolo, Ahumada, M^a Ángeles y González Lagier, Daniel, *Positivism jurídico y neoconstitucionalismo*, *ob. cit.*, pp. 123-159, p. 143.

que carezca de utilidad; persigue fines estrictamente académicos con objeto de explicar la cita de Guastini. Toda vez que ésta es la guía de mis reflexiones sobre el tema de la interpretación de las leyes conforme a la Constitución, he creído conveniente examinar sus presupuestos teóricos vinculados con la interpretación jurídica. Uno de ellos ha sido la distinción entre disposición y norma; otro sería el de las antinomias. Acerca de este último punto, me interesa revisar el caso de las contradicciones que se producen entre normas de diferente grado, haciendo hincapié en el problema de las leyes inconstitucionales. La razón es simple: la interpretación conforme es un instrumento para prevenir o evitar la presencia de leyes que contradigan la Constitución, así como la consiguiente declaración de su inconstitucionalidad. En este sentido, la interpretación conforme es una regla de la interpretación sistemática, ligada al principio de supremacía constitucional, pues en la medida en que la Constitución constituye la norma suprema del ordenamiento jurídico, las demás normas que pertenecen a él deberán ser interpretadas bajo su lupa⁵⁵.

Como se sabe, una antinomia se suscita cuando dos normas jurídicas vigentes reconocen a un mismo supuesto de hecho abstracto, consecuencias jurídicas lógicamente incompatibles entre sí (incompatibilidad por contradictoriedad o por contrariedad)⁵⁶. Por ejemplo:

⁵⁵ Diríase que la interpretación conforme es una manifestación particular del principio general que sostiene que es obligatorio interpretar las normas de conformidad con otras de mayor rango jerárquico.

⁵⁶ Dice Guastini: “*Ebbene, il diritto presenta un’antinomia normativa —o un conflitto tra norme, che dir si voglia—ogniquavolta due diverse norme connettono ad una medesima fattispecie... singolare e concreta due conseguenza giuridiche tra loro incompatibili. Detto altrimenti: si dà un’antinomia ogniquavolta un caso concreto sia suscettibile di due diverse ed opposte soluzioni*”: Guastini, Riccardo, *Teoria e dogmatica delle fonti*, ob. cit., p. 215.

Sobre el tema de las antinomias, vid. Ruiz Sanz, Mario, *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 147; Huerta Ochoa, Carla, *Conflictos normativos*, IIJ-UNAM, México, 2003, pp. 215; y Chiassoni, Pierlui-

(N1): “Si SH1, entonces C1”;

(N2): “Si SH1, entonces no-C1”.

Estas normas enlazan a un mismo supuesto de hecho (SH1), consecuencias jurídicas lógicamente opuestas y de imposible ejecución simultánea (C1 y no-C1). Ahora bien, si la interpretación jurídica es una actividad que consiste en decidir el significado de las disposiciones pertenecientes al discurso de las fuentes del derecho, y si las normas son vistas como resultado de esa actividad, esto es, como el contenido de significado de las propias disposiciones, entonces la conclusión que se sigue es que las incompatibilidades entre normas se originarán como consecuencia de la interpretación jurídica. En efecto, cabe la posibilidad de que el intérprete de una disposición le atribuya un significado que esté en conflicto con el de otras disposiciones. Y si eso ocurre, el intérprete habrá creado una incompatibilidad entre normas, es decir, una antinomia. Sin embargo, así como el intérprete crea antinomias, también puede prevenirlas. Para ello tiene que atribuir a la disposición un significado compatible con el de las demás, o sea tiene que interpretarla de modo que la norma que exprese no entre en colisión con las normas que corresponden a otras disposiciones. Habrá casos en donde no sea posible prevenir el surgimiento de antinomias con ayuda de la interpretación. Así sucederá cuando la disposición exprese un único significado, determinado por los usos lingüísticos establecidos y respecto del cual el intérprete no pueda apartarse, so pena de transgredir las reglas convencionales del lenguaje. En tales supuestos se hace necesario recurrir a los criterios para resolver antinomias, comúnmente clasificados en dos grupos: los formales (el jerárquico, el de competencia y el cronológico) y los sustanciales (el de especialidad, el de excepcionalidad y el axiológico)⁵⁷. El verdadero problema surge

gi, “Antinomias”, en Ortega Gómero, Santiago (ed.), *Interpretación y razonamiento jurídico*, vol. II, Ara editores, Lima, 2010, pp. 267-317.

⁵⁷ Vid. Chiassoni, Pierluigi, “Antinomias”, *ob. cit.*, p. 309; y Bobbio, Norberto, “Sobre los criterios para resolver las antinomias”, en *Contribución a la teoría del derecho*, edición de Alfonso Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 1990, pp. 339-353.

cuando en el caso concreto ninguno de estos criterios es aplicable, o cuando son aplicables dos o más criterios que llevan a resultados inconsistentes (debido, por ejemplo, a que de acuerdo con el primer criterio debe prevalecer la norma N1, pero de acuerdo con el segundo criterio debe prevalecer la norma N2, la cual resulta contraria a N1).

Al tratarse de conflictos entre normas de diferente grado, el criterio que invariablemente se aplica es el expresado en el aforismo “*lex superior derogat legi inferiori*”⁵⁸. Sin embargo, no todos los autores están de acuerdo en que realmente existan ese tipo de antinomias. Me referiré a un caso en particular: el de Hans Kelsen⁵⁹. A este célebre jurista se debe la idea de que el derecho es un orden compuesto por normas superiores e inferiores⁶⁰. Según el autor de la Teoría Pura del Derecho, la norma que regula la producción de otra, representando el fundamento de su validez, esto es, la razón por la cual existe y debe ser obedecida, constituye una norma superior con respecto a una inferior. Dado que el derecho es un orden normativo *dinámico*, una norma superior establece la *forma* de producción de la norma inferior, es decir, establece el *órgano* y el *procedimiento* de su creación⁶¹. Esto significa que la norma de nivel inferior es válida

⁵⁸ El tema de las antinomias entre normas de diferente grado presupone el de las diferentes jerarquías normativas que reconoce la teoría del derecho, el cual no habré de analizar en el presente ensayo. Sin embargo, un estudio exhaustivo del mismo se encuentra en Ferrer Beltrán, Jordi y Rodríguez, Jorge Luis, *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011, pp. 135-167.

⁵⁹ Un texto conciso y brillante sobre la importancia que la doctrina de Kelsen mantiene en nuestro tiempo, es el de Schmill, Ulises, “Hans Kelsen. Aportaciones teóricas de la teoría pura del derecho”, en Valadés, Diego *et al.* (coords.), *Ideas e instituciones constitucionales en el siglo XX*, Siglo XXI-UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2011, pp. 143-168.

⁶⁰ Dice Kelsen: “El orden jurídico no es un sistema de normas de derecho situadas en un mismo plano, ordenadas equivalentemente, sino una construcción escalonada de diversos estratos de normas jurídicas”: Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, UNAM, México, 1979, p. 232.

⁶¹ Tal es la razón por la cual se califica a la teoría de Kelsen como formalista: “Una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado; es decir, no vale

por haber sido establecida de acuerdo a lo prescrito por la norma de nivel superior, que a su vez vale por haber sido dictada con arreglo a otra norma superior y así sucesivamente hasta llegar a la norma fundante básica del ordenamiento jurídico nacional, que ya no es una norma impuesta sino presupuesta, y cuya función consiste en instaurar el hecho fundante productor del derecho. Esa norma es la constitución en sentido lógico-jurídico, distinta a la constitución en sentido jurídico-positivo y que en algunas obras es considerada por Kelsen como una condición lógico-trascendental de acuerdo al significado kantiano de la expresión —pues permite interpretar el sentido subjetivo de ciertos actos humanos de voluntad como un conjunto de normas jurídicas objetivamente válidas, susceptibles de ser descritas por los enunciados normativos de la ciencia jurídica. La *Grundnorm* de Kelsen, que fundamenta la validez objetiva del ordenamiento jurídico positivo, constituye además la unidad de ese orden, en cuanto todas las normas que lo integran pueden referir a ella su validez, directa o indirectamente—.

Pues bien, asumiendo que la estructura del ordenamiento jurídico es una construcción escalonada de normas superiores e inferiores que tienen como fundamento común de validez a la misma norma fundante básica, y que ella confiere unidad lógica a todo el ordenamiento, Kelsen se pregunta si es posible que se suscite algún conflicto entre una norma superior y una inferior. Su respuesta es contundentemente negativa. En tanto que la norma de nivel superior regula la producción de la norma de nivel inferior, carece de sentido afirmar que entre ellas se produzca una contradicción. La razón obvia es que la segunda tiene su fundamento de validez en la primera⁶². Esto es importante entenderlo porque se vincula con el

porque su contenido pueda inferirse, mediante un argumento deductivo lógico, de una norma fundante básica presupuesta, sino por haber sido producida de determinada manera, y, en última instancia, por haber sido producida de la manera determinada por una norma fundante básica presupuesta”: *ibid.*, p. 205.

⁶² Kelsen señala: “Entre una norma de nivel superior y una norma de nivel inferior —es decir, entre una norma que determina la producción de otra, y

tema de las leyes inconstitucionales. Entre la Constitución y una ley existe la misma relación que entre una norma superior y una inferior, en cuanto la Constitución es la norma o normas positivas que regulan la creación de las leyes. La Constitución —dice Kelsen— determina los órganos autorizados para la producción de las normas jurídicas generales, sean leyes u ordenanzas. Sin embargo, es posible que también determine el contenido de esas normas, prohibiendo o excluyendo ciertos contenidos⁶³, en cuyo caso, la Constitución

esta otra— no puede suscitarse ningún conflicto, dado que la norma de nivel inferior tiene en la norma de nivel superior su fundamento de validez. Si se considera como válida una norma de nivel inferior, ello quiere decir que es vista como correspondiente a una norma de nivel superior”: *ibid.*, p. 217.

De hecho, Kelsen rechaza la posibilidad de que dos normas se contradigan entre sí con base en la tesis de que los principios de la lógica y, en particular, el principio de contradicción, sólo se aplican a los enunciados que pueden ser verdaderos o no verdaderos, mientras que las normas no son susceptibles de verdad ni de falsedad. Los principios lógicos sólo serían directamente aplicables a los enunciados de la ciencia jurídica. Sin embargo, en virtud de que éstos se refieren a las normas jurídicas describiendo su contenido, esos principios también serían aplicables a las propias normas, si bien indirectamente. Esta tesis sufrió un cambio drástico en las obras de Kelsen posteriores a 1960, en donde rechazó tajantemente la aplicación de la lógica al derecho. Vid. Ruiz Manero, Juan, *Jurisdicción y normas: dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 51-81; y Ruiz Sanz, Mario, *ob. cit.*, pp. 17-28.

⁶³ Esa sería la función del listado de derechos y libertades fundamentales, como parte integrante de las Constituciones modernas: excluir ciertos contenidos en la legislación futura. En palabras del autor austriaco: “Proclamando la igualdad de los ciudadanos ante la ley, la libertad de opinión, la libertad de conciencia, la inviolabilidad de la propiedad, bajo la forma habitual de garantizar a los sujetos un derecho subjetivo a la igualdad, a la libertad, a la propiedad, etc., la Constitución dispone, en el fondo, que las leyes no solamente deberán ser elaboradas en la forma que ella prescribe, sino también que no podrán contener ninguna disposición que atente contra la igualdad, la libertad, la propiedad, etc. La Constitución no es entonces únicamente una regla procedimental sino también una regla sustantiva; y, por consiguiente, una ley puede ser inconstitucional bien por razón de una irregularidad de procedimiento en su elaboración, bien por razón de un contenido contrario a los principios o directivas formulados en la Constitución, cuando la ley en cuestión vulnere los límites

adquiere el doble carácter de norma procedimental y sustantiva, si bien la importancia concedida a la dimensión formal en el proceso de producción de normas es decididamente mayor, tal como se infiere del hecho de que el órgano legislativo, a diferencia del juez constitucional, se encuentra sometido a la Constitución en lo que hace al procedimiento que debe seguir para crear normas generales, y *sólo excepcionalmente*, en lo que respecta al contenido que deben tener. Sostiene Kelsen:

“Mientras que el legislador no está vinculado a la Constitución más que con respecto al procedimiento y solamente de forma excepcional respecto al contenido de las leyes que debe dictar —y tan sólo por medio de principios o directivas generales—, la actividad del legislador negativo, de la jurisdicción constitucional, está, por el contrario, absolutamente determinada por la Constitución. Y es precisamente por ello, por lo que su función se asemeja a la de cualquier otro tribunal; pues se trata principalmente de aplicación y sólo en una débil medida de creación del Derecho y, por tanto, de algo propiamente jurisdiccional”⁶⁴.

Dado que la Constitución es el fundamento de la validez de las normas jurídicas generales, en cuanto regula su producción, una ley válida no puede ser inconstitucional. Porque una ley sólo puede valer o existir cuando se funda en la Constitución. Por eso, la afirmación de que una ley válida es inconstitucional constituye una *contradictio in adjecto*⁶⁵. Dicho en otros términos: una ley contraria a la Constitución no podría ser sino inválida, y dado que la validez de una norma cualquiera se identifica con su existencia específica, una ley que careciera de esa cualidad no sería derecho. Luego, ¿qué habría que entender por ley inconstitucional? Dice Kelsen que si esta expresión ha de tener algún sentido jurídico posible, entonces sólo puede querer decir una cosa, a saber: que la ley puede ser anulada mediante un procedimiento especial previsto por la Constitución.

establecidos por la Constitución”: Kelsen, Hans, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, selección y presentación de Juan Ruiz Manero, Debate, Madrid, 1988, pp. 109-155, pp. 115 y 116.

⁶⁴ *ibid.*, p. 131.

⁶⁵ Vid. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, *ob. cit.*, p. 277.

La ley no es nula *ab initio*, sino anulable. Sin embargo, está claro que “mientras la ley no sea anulada, tiene que ser considerada válida, y mientras sea válida, no puede ser inconstitucional”⁶⁶. De ahí que una ley inconstitucional sea una norma conforme a la Constitución que puede ser invalidada por un procedimiento especial, correspondiendo al órgano competente decidir si declara o no su invalidez. Pero en tanto eso no suceda, es decir, mientras su nulidad no sea declarada por un acto de autoridad, la norma existe y es obligatoria. Así que, en definitiva, por ley inconstitucional hay que entender una ley que puede ser privada de su condición jurídica en términos del procedimiento constitucionalmente establecido para tal efecto.

La posibilidad de que haya una ley válida desde el punto de vista constitucional, pero susceptible de anulación conforme a lo que ordena la Constitución, obliga a presuponer que los preceptos constitucionales referidos a la producción de leyes contienen una cláusula alternativa que faculta al legislador a emitir una ley sin observar el procedimiento normal estatuido para ese fin, sino uno diferente, que el propio órgano legislativo dispone; así como a emitir una ley con un contenido diverso al que determinan directamente los preceptos constitucionales, el cual también es fijado por el legislador. En palabras de Kelsen:

“Una ley tal puede permanecer válida muchos años y ser aplicada, antes de ser eliminada por ‘inconstitucional’ por el tribunal competente. Ello significa, empero, que las disposiciones de la constitución relativas a la derogación de leyes que no corresponden a las disposiciones directas reguladoras, en la constitución, de la legislación, tienen el sentido de que también las leyes que no correspondan a esas determinaciones, deben valer, mientras y entre tanto no sean eliminadas conforme al procedimiento prescripto (sic) en la constitución... También en estos casos las disposiciones constitucionales reguladoras de la legislación tienen el carácter alternativo arriba señalado; el órgano legislativo tiene la opción por dos caminos: el directamente determinado por la constitución, o el que él mismo tenga que establecer. La diferencia reposa en que las leyes producidas por la segunda vía son, ciertamente válidas, pero derogables mediante un procedimiento especial”⁶⁷.

⁶⁶ *Ídem.*

⁶⁷ *Ibid.*, p. 280.

Para decirlo de otro modo: una ley vale si es creada, o bien con arreglo a lo que directamente dispone la Constitución, o bien de la manera determinada por el órgano legislativo; sólo que en este último caso las leyes establecidas son anulables siguiendo el procedimiento previsto constitucionalmente. Esta tesis —conocida como tesis de la cláusula alternativa tácita— es una de las más controvertidas de Kelsen y la mayoría de autores la ha rechazado con argumentos sólidos⁶⁸. Por lo mismo, parece preferible abordar el tema de las leyes inconstitucionales desde una perspectiva distinta que no niegue la existencia de esas antinomias.

Con la interpretación conforme, la doctrina ofrece un mecanismo para prevenir el surgimiento de leyes contrarias a la norma constitucional. En este sentido, Guastini afirmaba que la interpretación adecuada es aquella que adecúa o armoniza la ley a la Constitución, eligiendo el significado (es decir, la norma) que evita toda contradicción entre ambas⁶⁹. El efecto que persigue es el de conservar la validez de una ley que diversamente debería ser declarada inconstitucional. Por lo tanto, la interpretación conforme asume que las antinomias entre normas de diferente grado son conflictos reales y no aparentes, como Kelsen pensaba.

Varios son los argumentos que se han formulado para justificar la interpretación conforme. De entre ellos hay que destacar el que hace referencia a la dignidad democrática de la ley. Señala Victor Ferreres: “La ley, en efecto, aparece revestida de una especial dignidad como consecuencia de su aprobación por el órgano del Estado que está en la mejor posición institucional para expresar la volun-

⁶⁸ Vid. Nino, Carlos S., “Some Confusions surrounding Kelsen’s Concept of Validity”, en Paulson, Stanley L. y Paulson, Bonnie L. (eds.), *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Clarendon Press, Oxford, 1998, pp. 253-261; Ruiz Manero, Juan, *Jurisdicción y normas... ob. cit.*; así como los artículos de Nino, Nannini, Ruiz Manero y Gianformaggio, incluidos en el cap. IV de la obra: Gianformaggio, Letizia y Paulson, Stanley (eds.), *Cognition and Interpretation of Law*, Giappichelli, Turín, 1995, pp. 217-273.

⁶⁹ Vid. Guastini, Riccardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento: concepto y condiciones”, *ob. cit.*, p. 165.

tad popular: el Parlamento elegido periódicamente por sufragio universal”⁷⁰. Esa dignidad de la ley se manifiesta en la exigencia de que:

“...en caso de duda acerca de cuál de las varias interpretaciones posibles del texto legal es la correcta, el juez constitucional debe optar por aquella interpretación bajo la cual la norma identificada es compatible con la Constitución, o rechazar aquellas interpretaciones bajo las cuales la norma identificada es incompatible con la misma”⁷¹.

Ferreres constata que la doctrina de la interpretación conforme ha dado lugar a las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional español, entendidas como aquellas que determinan las interpretaciones de una ley plausibles y constitucionalmente adecuadas. Las sentencias interpretativas son el resultado de actuar siguiendo el principio de conservación de las leyes, pues en lugar de declarar su inconstitucionalidad, establecen cómo deben interpretarse para no entrar en conflicto con la Constitución. De ahí que constituyan un verdadero esfuerzo hermenéutico por evitar la declaración de su nulidad.

Con todo, la interpretación conforme no está libre de ciertos problemas que merece la pena mencionar. En España, por ejemplo, se suele aducir que este principio —reconocido en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial— entraña una invasión en la esfera de competencias de la jurisdicción ordinaria⁷². Dicen los expertos que mediante la interpretación conforme, el Tribunal Constitucional puede imponer la que es —a su juicio— la mejor interpretación de la ley en detrimento de otras igualmente constitucionales, dejando sin efecto la libertad interpretativa de los jueces ordinarios⁷³. Por eso, hay quienes no vacilan en recomendar que la interpretación conforme esté guiada por un permanente

⁷⁰ Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 36.

⁷¹ *Ibid.*, p. 37.

⁷² Vid. Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso, *ob. cit.*, pp. 288 y ss.

⁷³ Al parecer, lo mismo sucedería en otras jurisdicciones, como en Alemania. Sobre el particular, vid. Kuhlen, Lothar, *La interpretación conforme a la Consti-*

ejercicio de *self-restraint*⁷⁴. Sin embargo, el recurso a las sentencias interpretativas comporta un riesgo aún mayor: la posibilidad de que el Tribunal Constitucional imponga una interpretación de la ley que claramente no se deduzca de su texto, yendo en contra de los usos lingüísticos establecidos: “se traspasarían así los límites de la interpretación conforme (que vienen marcados por las interpretaciones *plausibles* de la ley) para realizar una simple alteración judicial del ordenamiento invadiendo el ámbito que la Constitución reserva al legislador”⁷⁵. Esto es lo que ocurre con las llamadas sentencias manipulativas, sustitutivas, aditivas y reductoras⁷⁶. De modo que el

tución de las leyes penales, trad. de Nuria Pastor Muñoz, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2012, pp. 159.

⁷⁴ Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso, *ob. cit.*, p. 290.

⁷⁵ *Ídem*.

⁷⁶ Las sentencias manipulativas —dicen Gascón Abellán y García Figueroa— son aquellas que salvan la constitucionalidad de una ley manipulando su significado para que resulte compatible con la Constitución. Las sentencias manipulativas se dan cuando ninguna de las interpretaciones plausibles de la ley impugnada permite mantener su constitucionalidad y, sin embargo, no se considera conveniente anularla. De ahí que se prefiera forzar las posibilidades interpretativas del precepto legal haciendo una interpretación *contra legem*.

Las sentencias manipulativas pueden ser sustitutivas, reductoras o aditivas. Las sentencias sustitutivas consisten en sustituir una interpretación de la ley que es plausible, pero inconstitucional, por otra que claramente es implausible, pero que resulta acorde con la Constitución. Las sentencias reductoras consisten en hacer una interpretación restrictiva del ámbito de aplicación de la ley impugnada a fin de adecuarla a la Constitución. Luego de que es interpretada, la ley deja de ser aplicable en uno o varios de los supuestos comprendidos en abstracto por ella. Por último, las sentencias aditivas son exactamente lo opuesto a las reductoras: consisten en hacer una interpretación extensiva del ámbito de aplicación de la ley a fin de adecuarla a la Constitución. Luego de que es interpretada, la ley es aplicable a más supuestos de los que ella comprende en abstracto.

En todos estos casos, la jurisdicción constitucional se conduce con una actitud paralegislativa, pues “en la medida en que en un afán de conservación de la ley se traspasa el ámbito de interpretaciones plausibles de la misma, el Juez constitucional rebasa los límites de la interpretación conforme arrogándose competencias del Poder Legislativo”: *ibid.*, p. 293.

riesgo reside en que se haga un mal uso de la interpretación conforme hasta derivar en sentencias como éstas que suponen una función paralegislativa por parte de los tribunales.

Así entendido, cuando el artículo primero de la Constitución mexicana refiere que las normas sobre derechos humanos deberán interpretarse de conformidad con ella [y con los tratados internacionales de la materia]⁷⁷, no quiere decirse que el intérprete esté autorizado a transgredir las convenciones establecidas del lenguaje, manipulando la interpretación de la ley con el afán de mantener su constitucionalidad [o su convencionalidad]. Todo significado que se atribuya al texto de la ley deberá estar justificado por el acuerdo constitutivo de las convenciones lingüísticas vigentes. De lo contrario, la decisión interpretativa ya no sería discrecional, sino arbitraria. Esto supone, en el fondo, que los órganos jurisdiccionales del país, al interpretar la ley conforme a la Constitución [y los tratados internacionales sobre derechos humanos], deberán moverse dentro de los límites de lo que es una interpretación plausible y abstenerse de usurpar funciones legislativas.

3. ¿CAMBIO DE PARADIGMA?: ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

Si se acepta la idea de que en el artículo primero de la Constitución mexicana están presentes las tres condiciones de constitucionalización que han sido expuestas, entonces parece confirmarse la tesis de que el derecho nacional mexicano —a partir de la reforma de junio de dos mil once— está más constitucionalizado que antes, en el entendido de que este fenómeno se presenta en términos graduales, no absolutos. Y suponiendo que en México esté fortaleciéndose, efectivamente, la constitucionalización del ordenamien-

⁷⁷ Como ya lo dije, hago referencia a los tratados internacionales sin prejuzgar acerca de si forman parte o no de un bloque de constitucionalidad, cuyas implicaciones teóricas y prácticas todavía distan de ser claras.

to jurídico, la cuestión que hay que averiguar enseguida es si este proceso de cambios tiene su correlato en el contexto de la cultura jurídica mexicana. En la introducción he señalado que la constitucionalización suele ir acompañada de un cambio cultural —el del neoconstitucionalismo— que se caracteriza por ser una teoría o conjunto de teorías con una fuerte orientación antipositivista⁷⁸. En

⁷⁸ Susanna Pozzolo refiere que el neoconstitucionalismo —a pesar de su nombre— no sólo es una doctrina constitucionalista, sino que se presenta más bien como una teoría general del derecho, como un cierto modo anti-iuspositivista de aproximarse al fenómeno jurídico: “una aproximación que no parece ni iusnaturalista ni *post*-positivista; que se caracteriza mediante oposiciones paradigmáticas al positivismo jurídico: principios vs. reglas, ponderación vs. subsunción, Constitución vs. legislación, Judicial vs. Legislativo”: Pozzolo, Susanna, “Notas al margen para una historia del neoconstitucionalismo”, en Pozzolo, Susanna (ed.), *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos, ob. cit.*, pp. 13-87, p. 16. Esta autora añade que el modelo neoconstitucionalista funda su peculiaridad sobre todo a partir de la oposición entre principios y reglas, desarrollando una teoría de la interpretación específica para los principios.

Por su parte, Mauro Barberis sostiene que el neoconstitucionalismo, como se le conoce en Italia y Latinoamérica, es una *Third Theory of Law* en el sentido que le dio John Mackie; es decir, una teoría del derecho que no es ni iusnaturalista ni iuspositivista. Surgido en los años sesenta y compartido por autores como Dworkin, Alexy, Nino, MacCormick y Atienza, el neoconstitucionalismo se caracterizaría por ser una teoría del derecho positivo pero constitucionalizado, es decir, irradiado de principios constitucionales que no serían sino valores morales positivizados. Cf. Barberis, Mauro, “El neoconstitucionalismo, *Third Theory of Law*”, en Pozzolo, Susanna (ed.), *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos, ob. cit.*, pp. 249-269. Merece la pena señalar que John Mackie escribió el artículo intitulado: “*The Third Theory of Law*”, publicado originalmente en *Philosophy and Public Affairs*, en otoño de 1977 [reproducido en Cohen, Marshall (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Rowman & Allanheld, Totowa, Nueva Jersey, 1983, pp. 161-170] donde se refería a la teoría del derecho de Ronald Dworkin como la “*third theory of law*”, en tanto opuesta al positivismo jurídico y a la doctrina del derecho natural.

M^a Ángeles Ahumada coincide en que el neoconstitucionalismo es una tercera vía superadora del iuspositivismo y del iusnaturalismo. “En su versión más integral —dice la autora—, el neoconstitucionalismo contiene toda una declaración de principios: proclama el cambio de paradigma jurídico y se postula como la teoría del derecho de la nueva era que deja atrás tanto al positivismo como al iusnaturalismo. En esto radica su principal novedad y, según

este sentido, la cuestión con la que me interesa concluir mi exposición es si en México se está dando ese cambio cultural de manera paralela a la constitucionalización del derecho o, en otras palabras, si en el seno de la comunidad jurídica del país se está instaurando el neoconstitucionalismo como nueva cultura jurídica dominante⁷⁹.

opiniones, su mayor atractivo o su peligroso potencial”: Ahumada, M^a Ángeles, “Neoconstitucionalismo y constitucionalismo (a propósito de ‘Constitucionalización y Neoconstitucionalismo’ de Paolo Comanducci)”, *ob. cit.*, p. 124.

Finalmente, García Figueroa sostiene que el neoconstitucionalismo es un nuevo paradigma iusteórico de carácter antipositivista que trasciende la dialéctica positivismo jurídico-iusnaturalismo. Ese nuevo paradigma se cimenta sobre el constitucionalismo como modelo jurídico-político y el constructivismo ético como concepción moral. Para el autor citado, el neoconstitucionalismo supone abandonar los modelos puros tanto del positivismo como del jusnaturalismo, que se definen en términos del dualismo entre derecho y moral, y en cambio postula cierto gradualismo entre estas dos esferas normativas, lo que ha venido produciéndose de hecho a través de la moralización de la Constitución. Cf. García Figueroa, Alfonso, “El paradigma jurídico del neoconstitucionalismo. Un análisis metateórico y una propuesta de desarrollo”, en *id.* (coord.), *Racionalidad y derecho*, pról. de Francisco J. Laporta, epílogo de Javier de Lucas, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pp. 265-289. Es preciso advertir que no todos los constitucionalistas son también antipositivistas. Ferrajoli, por ejemplo, asegura que el garantismo no es más que la otra cara del neoconstitucionalismo y que éste representa, a su vez, el perfeccionamiento del positivismo jurídico. En palabras del autor italiano: “Al mismo tiempo el constitucionalismo rígido produce el efecto de completar tanto el Estado de derecho como el mismo positivismo jurídico, que alcanzan con él su forma última y más desarrollada: por la sujeción a la ley incluso del poder legislativo, antes absoluto, y por la positivación no sólo ya del *ser del derecho*, es decir de sus condiciones de «existencia», sino también de su *deber ser*, o sea, de las opciones de presiden su producción y, por tanto, de sus condiciones de «validez»”: Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en Carbonell, Miguel *et al.* (coords.), *Estado de derecho: concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, UNAM-ITAM-Siglo Veintiuno editores, México, 2002, pp. 187-204, p. 193 [reproducido en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, *ob. cit.*, pp. 13-29].

⁷⁹ Quien ha considerado al neoconstitucionalismo en términos de una presunta cultura jurídica novedosa es Prieto Sanchís, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, *ob. cit.*, p. 123. Ahora bien, ¿que habría que entender por cultura jurídica? Ferrajoli propone definirla como “la suma de diferentes

Es probable que varios juristas estén dispuestos a responder afirmativamente. Hay quienes han señalado, incluso, que las reformas constitucionales de junio de dos mil once constituyen un cambio de “paradigma”. Pese a que estas opiniones provienen de juristas muy avezados y con un prestigio auestas ganado a pulso, me parece que las cosas son diferentes: considero que el nuevo paradigma no se dará simplemente mediante una reforma a la Constitución, sino sólo cuando se establezca el cambio doctrinal que supone el neoconstitucionalismo respecto del modo de pensar el derecho y de aproximarse a su estudio, así como con relación a la forma en que se le interpreta y aplica. Se trata de un cambio jurídico a nivel *cultural*, detonado por el cambio *normativo*.

En aras de mostrar que en México está lejos de darse un nuevo paradigma —así entendido— conviene partir de la identificación de los rasgos que definen al neoconstitucionalismo como expresión cultural de los Estados constitucionales. A tal efecto haré un repaso breve de las posturas de algunos destacados iusfilósofos.

Para empezar, Manuel Atienza⁸⁰ enumera un total de doce tesis pertenecientes a lo que llama “el paradigma constitucionalista”, destacando, entre otras: la mayor importancia concedida a los principios que a las reglas; la idea de que el derecho es una realidad dinámica, una práctica social argumentativa que se construye mediante la acción de los operadores jurídicos —principalmente de los jueces—; el papel central que juega la interpretación como proceso racional en la conformación del derecho; el reconocimiento de que

conjuntos de saberes y enfoques: en primer lugar, el conjunto de teorías, filosofías y doctrinas jurídicas elaboradas por juristas y filósofos del Derecho en una determinada fase histórica; en segundo lugar, el conjunto de ideologías, modelos de justicia y modos de pensar sobre el Derecho propios de los operadores jurídicos profesionales, ya se trate de legisladores, de jueces o de administradores; en tercer lugar, el sentido común relativo al Derecho y a cada institución jurídica difundido y operativo en una determinada sociedad”: Ferrajoli, Luigi, *Cultura jurídica y paradigma constitucional. La experiencia italiana del siglo XX*, trad. de Antonio de Cabo, Palestra editores, Lima, 2010, p. 15.

⁸⁰ Cf. Atienza, Manuel, *El sentido del derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, pp. 309-312.

existe una conexión conceptualmente necesaria entre el derecho y la moral; el entendimiento de la validez jurídica en términos esencialmente sustantivos y no tanto formales; el rechazo de la teoría que concibe a la función jurisdiccional como una actividad puramente legalista, etc.

Otros autores han procurado resumir las tesis básicas del neoconstitucionalismo en un menor número de proposiciones. Mauro Barberis⁸¹, por ejemplo, identifica tres: la conexión entre el derecho y la moral; la distinción (débil) entre reglas y principios, y la ponderación de principios en cuanto normas que positivizan valores morales. A su vez, Susanna Pozzolo⁸² sintetiza las premisas fundamentales de dicha concepción en unas cuantas formulaciones, a saber: la presencia de principios en el ordenamiento jurídico; la ponderación como método particular de interpretación y aplicación de este tipo de estándares; la incorporación de contenidos normativos en la Constitución que hacen de ella una norma rematerializada, y la interpretación judicial del derecho a la luz de las exigencias de justicia que imperan en cada caso individual.

Un análisis más preciso —a mi modo de ver— es el que ofrece Ferrajoli⁸³ cuando caracteriza al modelo post-positivista del Estado constitucional de derecho y lo distingue del antiguo modelo paleo-positivista del Estado legislativo, sobre la base de un triple cambio de paradigma: la naturaleza y estructura del derecho; la naturaleza de la ciencia jurídica, y la naturaleza de la función jurisdiccional⁸⁴.

⁸¹ Cf. Barberis, Mauro, “El neoconstitucionalismo, *Third Theory of Law*”, *ob. cit.*, p. 250.

⁸² Cf. Pozzolo, Susanna, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, *ob. cit.*, pp. 340-342.

⁸³ Cf. Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, *ob. cit.*, pp. 192-194.

⁸⁴ Ferrajoli añade a las tres anteriores una cuarta transformación, producto del constitucionalismo rígido, a saber: la introducción de una dimensión sustancial de la democracia, pero aquí no habré de desarrollar esta idea.

En cuanto al primero de ellos, dice Ferrajoli que en el Estado constitucional cambian las condiciones de validez de las leyes. De una noción estrictamente formal o procedimental de validez jurídica —propia del paleo-positivismo— se pasa a una de tipo material en donde lo que cuenta es que los contenidos de la ley sean coherentes con los principios constitucionales. Se produce entonces una disociación entre los conceptos de vigencia y de validez. En el nuevo paradigma, efectivamente, una determinada ley es vigente si satisface las condiciones formales de su producción, en tanto que la propiedad de ser válida dependerá de que tenga un significado compatible con el de las disposiciones constitucionales. Por lo tanto, una misma ley, que desde el punto de vista formal es considerada vigente, podrá no ser válida desde el punto de vista material, si transgrede los principios de justicia o los derechos fundamentales que la Constitución determina.

Por lo que hace al segundo aspecto, relativo a la ciencia jurídica, Ferrajoli argumenta que el estudio teórico sobre el derecho, bajo el modelo del post-positivismo, no puede ser puramente descriptivo y explicativo —tal como pretendía Kelsen con su postulado de la pureza metodológica—. La ciencia jurídica, en cambio, debe ser crítica y proyectiva. Su tarea fundamental debe consistir en detectar la presencia de lagunas y antinomias en la legislación para luego proponer formas de corregirlas o eliminarlas. La consecuencia de que se dote a la ciencia jurídica de nuevas atribuciones es que su nexos con la política —que la Teoría Pura del Derecho se había propuesto disolver— acabe restituyéndose.

El tercer y último cambio de paradigma señalado por Ferrajoli se refiere a la naturaleza de la jurisdicción. Ocurre que en el esquema del post-positivismo, la aplicación de la ley se encuentra condicionada por el juicio que se haga de su constitucionalidad. A diferencia de lo que sucedía en el antiguo Estado legislativo de derecho, donde el juez aplicaba la ley mecánicamente y acríticamente, ahora, bajo el nuevo paradigma, el deber del juez es confrontar la ley con la Constitución, antes de aplicarla al caso concreto.

Si bien la lista de contribuciones sobre el tema es infinitamente más larga, las que he mencionado son suficientes para los fines de mi exposición. Tomando en cuenta el análisis precedente, identificaré tres tesis básicas del neoconstitucionalismo y las agruparé en las siguientes categorías generales: 1) fuentes del derecho; 2) interpretación y aplicación de la ley, y 3) metodología de la ciencia jurídica.

Sobre la primera hay que decir que las fuentes del derecho en el neoconstitucionalismo sufren un profundo reacomodo: la ley es desplazada del centro de gravedad del universo jurídico y su lugar es ocupado por la Constitución en cuanto norma revalorizada, repleta de contenidos normativos que determinan la validez material de las normas jurídicas positivas⁸⁵. Se trata, como se dijo en su momento, de una Constitución vinculante, generadora de efectos jurídicos inmediatos y fuente directa de derechos y obligaciones.

La segunda tesis enfatiza la idea de que la interpretación y aplicación del derecho en manos del juez adquiere una dimensión mucho más vigorosa e importante. El papel del juzgador se transforma: de ser solamente “la boca de la ley” —por usar la feliz expresión de Montesquieu— se convierte en intérprete privilegiado y aplicador directo de la Constitución, con lo cual cobra una vitalidad nunca antes vista, un rol protagónico indiscutible frente a otros operadores jurídicos, principalmente el legislador. Diríase que el juez del neoconstitucionalismo se distingue por tener un amplio poder discrecional que se ve obligado a ejercer cuando lidia con cláusulas constitucionales abstractas y con los llamados conceptos esencialmente controvertidos que están presentes en ellas, así como con la técnica de ponderación de principios y valores morales positivizados.

⁸⁵ En este sentido, Pozzolo comenta que las normas del derecho del Estado constitucional serían válidas, antes que nada, por satisfacer criterios materiales, o sea, por su contenido. Con lo cual se abandona o, por lo menos, se debilita, la noción de validez meramente formal del positivismo jurídico. Cf. Pozzolo, Susanna, “Un constitucionalismo ambiguo”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, *ob. cit.*, pp. 187-210.

Finalmente, la tercera tesis hace referencia a la metodología de la ciencia jurídica, que en el neoconstitucionalismo no es más un conocimiento que se circunscribe a la descripción y explicación del derecho, a-valorativo y éticamente neutral. En el nuevo paradigma, por el contrario, el punto de vista del jurista es el de quien asume una actitud moral frente al derecho. Esto obedece a que, por vía de la Constitución, el ordenamiento jurídico es globalmente revalorizado, o sea, impregnado de valores, irradiado por los principios constitucionalmente determinados. De ahí que si la ciencia jurídica quiere dar cuenta de su objeto, necesite comprometerse con él y con los valores y principios morales que positiviza⁸⁶.

Las tres tesis descritas formarían —en mi opinión— el núcleo básico del neoconstitucionalismo en cuanto paradigma de los ordenamientos constitucionalizados. Ahora bien, señalé en su momento que si en México se ha dado un avance importante en el proceso gradual de constitucionalización, a raíz de la reforma al artículo primero constitucional, la pregunta que habría que contestar es si también se está produciendo la transición hacia ese modelo neoconstitucionalista. Como lo mencioné entonces, me parece que la respuesta es negativa: no creo que semejante cambio esté ocurriendo. Las razones que tengo para pensar así son básicamente estas: si se analiza lo que pasa en México —cómo el derecho es concebido por la mayoría de los juristas, cómo es interpretado y aplicado por la mayoría de los jueces, y cómo es enseñado y estudiado en casi todas las universidades—, lo que se obtiene es un balance muy

⁸⁶ Partiendo de la distinción trazada por Hart entre el punto de vista externo e interno, Sastre Ariza defiende la idea de que este último sea interpretado como una adhesión a las normas del derecho por razones morales. Luego propone que la ciencia jurídica adopte este punto de vista interno —que implicaría que el jurista asumiera el reconocimiento moral del derecho en su conjunto y que la ciencia jurídica fuera considerada un saber comprometido *moralmente* con su objeto—. Lo que esto supondría, en el fondo, es el abandono de la tesis positivista de la separación conceptual entre el derecho y la moral. Cf. Sastre Ariza, Santiago, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, ob. cit., pp. 125 y ss.

desfavorecedor para el neoconstitucionalismo. En el país persiste la teoría estatalista y legalista del derecho; los jueces siguen ejerciendo su función conforme a las directrices del formalismo interpretativo, y la ciencia jurídica continúa analizando el derecho con base en una metodología típicamente positivista.

La impresión que tengo es —*grosso modo*— que la concepción estandarizada sobre el derecho que actualmente impera en México lo reduce a una sola fuente: la ley. El derecho se agota en la ley escrita y codificada. Además, toda ley proviene del Estado, por eso, todo el derecho es de origen estatal. De ahí que represente una dificultad suprema para los jueces mexicanos pensar en términos de otras fuentes jurídicas, incluida la Constitución y las normas internacionales. No están acostumbrados a razonar y argumentar acerca de valores, principios y derechos —que son el contenido más importante de las Constituciones contemporáneas—. Esto explica —al menos en parte— el hecho de que en el país causen profunda extrañeza ciertas instituciones como el control difuso de constitucionalidad y el de convencionalidad *ex officio*, elevado este último a la categoría de un verdadero “paradigma” en el campo de la administración de justicia⁸⁷.

Según pienso, los jueces mexicanos, en general, están más familiarizados con la teoría del positivismo jurídico decimonónico. Su razonamiento parte de una interpretación estrecha del principio de división de poderes que afirma que el poder legislativo le pertenece a un ser racional y omnipotente que monopoliza la producción del derecho, mientras que los jueces de carne y hueso se encuentran en una posición de sujeción incondicional a la ley; en el espíritu de los jueces permanece muy arraigada la idea de que el ordenamiento jurídico posee plenitud, que carece de lagunas, lo que significa que comparten la creencia de que en todos los casos judiciales —por

⁸⁷ Vid. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en *id.* (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, Fundap, México, 2012, pp. 107-186.

muy difíciles que parezcan— resulta posible hallar una solución jurídica predeterminada, sin que les esté permitido establecer derecho nuevo de la manera en que lo haría un legislador consciente —pues ello comprometería el principio de división de poderes y la seguridad jurídica—. De acuerdo con esta concepción, en suma, los jueces se consideran a sí mismos aplicadores pasivos de la ley.

Por otro lado, la ciencia jurídica que se cultiva en la mayoría de las universidades del país suele ser dogmática pura. La actitud predominante entre los juristas es la de sumisión al texto legal. La doctrina se construye alrededor de la ley positiva, que es aceptada sin cuestionamiento alguno, cual dogma. Desde el punto de vista de la jurisprudencia *dogmática* mexicana, el derecho es una realidad preexistente y consumada. El jurista no contribuye en absoluto a su formulación, simplemente la describe y la expone desapasionadamente, sin valorarla ni criticarla —pues de lo contrario podría comprometerse la objetividad y exactitud del conocimiento—. La ciencia jurídica en México, así, parece acoplarse plenamente a lo mejor de la tradición del positivismo jurídico metodológico.

Pues bien, suponiendo que todas estas consideraciones correspondan a la realidad, es evidente que la cultura del neoconstitucionalismo está muy lejos de implantarse en el país. Si la constitucionalización del derecho mexicano está avanzando paulatinamente (como la reforma constitucional de junio de dos mil once lo sugiere), no parece que pueda decirse lo mismo del neoconstitucionalismo como prospectiva filosófica de los ordenamientos constitucionalizados. Para que esta nueva cultura llegue a instaurarse se necesita transformar la mentalidad de quienes participan en la práctica socio-jurídica: jueces, abogados, juristas, legisladores y profesionales del derecho en general. Es necesario que dejen atrás el legicentrismo, el estatalismo y el formalismo interpretativo dominantes. De que esto se consiga dependerá el verdadero cambio de paradigma.

Bibliografía

- AHUMADA, M^a Ángeles, “Neoconstitucionalismo y constitucionalismo (a propósito de ‘Constitucionalización y Neoconstitucionalismo’ de Paolo Comanducci)”, en Comanducci, Paolo, Ahumada, M^a Ángeles y González Lagier, Daniel, *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 123-159.
- ALARCÓN CABRERA, Carlos y VIGO, Rodolfo Luis (coords.), *Interpretación y argumentación jurídica: problemas y perspectivas actuales*, Marcial Pons, Buenos Aires-Madrid-Barcelona, 2011.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997 (1^a reimpresión).
- ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín, *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*, Civitas, Madrid, 1990.
- ASÍS ROIG, Rafael de, *Una aproximación a los modelos de Estado de derecho*, Dykinson, Madrid, 1999.
- ATIENZA, Manuel, *Sobre la analogía en el derecho: ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Civitas, Madrid, 1986.
- *El sentido del derecho*, Ariel, Barcelona, 2001.
 - “Argumentación y Constitución”, en Aguiló Regla, Josep, Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Fragments para una teoría de la Constitución*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 113-190.
 - *Ideas para una filosofía del derecho: una propuesta para el mundo latino*, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2008, pp. 231-283.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.
- BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa, *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, prólogo de Peter Häberle, Tecnos, Madrid, 1997.
- BARBERIS, Mauro, “El neoconstitucionalismo, *Third Theory of Law*”, en Pozzolo, Susanna (ed.), *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*, Palestra, Lima, 2011, pp. 249-269.
- BOBBIO, Norberto, “Sobre los criterios para resolver las antinomias”, en *Contribución a la teoría del derecho*, edición de Alfonso Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 1990, pp. 339-353.
- *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Turín, 1993.
 - “Analogía”, en *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giappichelli, Turín, 1994, pp. 1-16.
- BONGIOVANNI, Giorgio, *Costituzionalismo e teoria del diritto: sistemi normativi contemporanei e modelli della razionalità giuridica*, Laterza, Roma-Bari, 2005.
- BONORINO RAMÍREZ, Pablo Raúl (ed.), *Pensar el derecho: ensayos de teoría jurídica contemporánea*, Ara editores, Lima, 2010.
- CABO MARTÍN, Carlos de, *Sobre el concepto de ley*, Trotta, Madrid, 2000.

- CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003.
- (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*, Trotta, Madrid, 2007.
- CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (eds.), *El canon constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM-Trotta, Madrid, 2010.
- CARRÍO, Genaro R., *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970.
- *Notas sobre derecho y lenguaje*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1979.
- COMANDUCCI, Paolo, “Interpretazione della costituzione”, en *Assaggi di metaetica due*, Giappichelli, Turín, 1998, pp. 97-123.
- “Principios jurídicos e indeterminación del derecho”, *Doxa*, 21-II (1998), Alicante, pp. 89-104.
 - “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, trad. de Miguel Carbonell, *Isonomía*, 16 (2002), México, pp. 89-112.
 - “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, en *Constitución y teoría del derecho*, Fontamara, México, 2007, pp. 73-92.
 - “El neoconstitucionalismo”, en *Hacia una teoría analítica del Derecho: ensayos escogidos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010, pp. 251-264.
 - *Democracia, principios e interpretación jurídica: ensayos de teoría analítica del derecho*, edición de Rafael Escudero Alday, Ara editores, Lima, 2010.
- COMANDUCCI, Paolo, AHUMADA, M^a Ángeles y GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.
- CUENCA GÓMEZ, Patricia, *El sistema jurídico como sistema normativo mixto: la importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, prólogo de Gregorio Peces-Barba, Dykinson, Madrid, 2008.
- CHIASSONI, Pierluigi, “Antinomias”, en Ortega Gomero, Santiago (ed.), *Interpretación y razonamiento jurídico*, vol. II, Ara editores, Lima, 2010, pp. 267-317.
- DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, *Valores superiores e interpretación constitucional*, prólogo de Eduardo Espín Templado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984.
- “La lectura moral y la premisa mayoritarista”, en Hongju Koh, Harold y Slye, Ronald C. (comps.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, trad. de Paola Bergallo y Marcelo Alegre, Gedisa, Barcelona, 2004, pp. 101-139.
- EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional*, Tirant lo blanch, Valencia, 1998.

- FERRAJOLI, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en Carbonell, Miguel et al. (coords.), *Estado de derecho: concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, UNAM-ITAM-Siglo Veintiuno editores, México, 2002, pp. 187-204.
- *Cultura jurídica y paradigma constitucional. La experiencia italiana del siglo XX*, trad. de Antonio de Cabo, Palestra editores, Lima, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi, MORESO, José Juan y ATIENZA, Manuel, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi y RUIZ MANERO, Juan, *Dos modelos de constitucionalismo: una conversación*, Trotta, Madrid, 2012.
- FERRER BELTRÁN, Jordi y RODRÍGUEZ, Jorge Luis, *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en *id.* (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, Fundap, México, 2012, pp. 107-186.
- FERRERES COMELLA, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico: el no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.
- “El paradigma jurídico del neoconstitucionalismo. Un análisis metateórico y una propuesta de desarrollo”, en *id.* (coord.), *Racionalidad y derecho*, pról. de Francisco J. Laporta, epílogo de Javier de Lucas, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pp. 265-289.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *La argumentación en el derecho*, 2ª ed. corregida, Palestra, Lima, 2005.
- GIANFORMAGGIO, Letizia y PAULSON, Stanley (eds.), *Cognition and Interpretation of Law*, Giappichelli, Turín, 1995.
- GUASTINI, Riccardo, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milán, 1993.
- *Il giudice e la legge: lezioni di diritto costituzionale*, Giappichelli, Turín, 1995.
 - *Distinguendo. Studi di teoría e metateoria del diritto*, Giappichelli, Turín, 1996.
 - *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milán, 1998.
 - *Il diritto come linguaggio: lezioni*, Giappichelli, Turín, 2001.
 - “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, trad. de José María Lujambio, en Carbonell, Miguel (ed.), *Estudios de teoría constitucional*, Fontamara, México, 2001, pp. 153-183.

- *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, prólogo de Miguel Carbonell, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM-Mínima Trotta, Madrid, 2008.
 - “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento: concepto y condiciones”, en *Interpretación, Estado y Constitución*, Ara editores, Lima, 2010, pp. 153-166.
- HUERTA OCHOA, Carla, *Conflictos normativos*, IJ-UNAM, México, 2003.
- IGLESIASVILA, Marisa, “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”, *Doxa*, 23 (2000), Alicante, pp. 77-104.
- ITURRALDE SESMA, Victoria, *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, UNAM, México, 1979.
- “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, selección y presentación de Juan Ruiz Manero, Debate, Madrid, 1988, pp. 109-155.
- KUHLEN, Lothar, *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*, trad. de Nuria Pastor Muñoz, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2012.
- MENDONCA, Daniel, *Los derechos en juego: conflicto y balance de derechos*, Tecnos, Madrid, 2003.
- MENDONCA, Daniel y GUIBOURG, Ricardo A., *La odisea constitucional: Constitución, teoría y método*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004.
- MORESO, José Juan, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- “Algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional”, *Doxa*, 23 (2000), Alicante, pp. 105-118.
 - “Conflictos entre principios constitucionales”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 99-121.
- NINO, Carlos S., “Some Confusions surrounding Kelsen’s Concept of Validity”, en Paulson, Stanley L. y Paulson, Bonnie L. (eds.), *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Clarendon Press, Oxford, 1998, pp. 253-261.
- ORUNESU, Claudina, *Positivism jurídico y sistemas constitucionales*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2012.
- PINTORE, Anna, *Norme e principi: una critica a Dworkin*, Giuffrè, Milán, 1982.
- POZZOLO, Susanna, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, *Doxa*, 21-II (1998), Alicante, pp. 339-353.
- *Neoconstitucionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli, Turín, 2001.
 - “Un constitucionalismo ambiguo”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 187-210.

- “Notas al margen para una historia del neoconstitucionalismo”, en Pozzolo, Susanna (ed.), *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*, Palestra, Lima, 2011, pp. 13-87.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- “La doctrina de los principios generales del derecho y la distinción entre principios y reglas”, en AA.VV., *Lecciones de teoría del derecho*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 335-360.
 - “Del mito a la decadencia de la ley. La ley en el Estado constitucional”, en *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 5-45.
 - “Diez argumentos a propósito de los principios”, en *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 47-68.
 - *Constitucionalismo y positivismo*, 2ª ed., Fontamara, México, 1999.
 - *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003.
 - “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 123-158.
 - “El juicio de ponderación constitucional”, en Laporta, Francisco J. (ed.), *Constitución: problemas filosóficos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pp. 221-251.
- RUIZ MANERO, Juan, *Jurisdicción y normas: dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.
- RUIZ SANZ, Mario, *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*, Dykinson, Madrid, 2002.
- SALGUERO, Manuel, *Argumentación jurídica por analogía*, Marcial Pons, Madrid, 2002.
- SASTRE ARIZA, Santiago, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, McGraw-Hill, Madrid, 1999.
- SCHMILL, Ulises, “Hans Kelsen. Aportaciones teóricas de la teoría pura del derecho”, en Valadés, Diego *et al.* (coords.), *Ideas e instituciones constitucionales en el siglo XX*, Siglo XXI-UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2011, pp. 143-168.
- TARELLO, Giovanni, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milán, 1980.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón Abellán, Trotta, Madrid, 1995.

La ciudadela de la moral en la corte de los juristas

José Juan Moreso

*«No existen razones jurídicas que puedan
justificar acciones y decisiones
con independencia de su derivación de
razones morales»*

CARLOS S. NINO (1994: 82)

1. UN CASO HIPOTÉTICO, TRES CONTEMPORÁNEOS Y UNA DE ROMANOS

Es un hecho habitual que algunos textos jurídicos usen términos valorativos, expresiones con cierta carga moral y, de este modo, al menos aparentemente, remitan a la moralidad. Algunas de estas expresiones, conocidas en nuestra literatura jurídica como *conceptos jurídicos indeterminados*, son al menos tan antiguos como nuestro derecho privado: *buena fe*, *diligencia de un buen padre de familia*, etc. Otras llegaron con las declaraciones de derechos incluidas en Constituciones y tratados internacionales: *dignidad humana*, *igualdad*, *prohibición de tratos inhumanos o degradantes*, etc. Me valdré de esta última expresión, que parece remitir a aquellos tratos que la moral identifica como degradantes, para plantear la cuestión siguiente: ¿al usar en los textos jurídicos este tipo de expresiones el derecho realmente incorpora las pautas morales o la argumentación moral? Cómo veremos, hay varios modos de ofrecer una respuesta negativa a esta cuestión que serán analizados aquí. Hay también diversas formas de contestar afirmativamente a la cuestión. Una de ellas será vindicada en este trabajo.

En primer lugar, consideremos el siguiente caso hipotético. En la novela de Philip Kerr, *Una investigación filosófica*¹, se describe el Londres de 2013 como una ciudad insegura, con un alto grado de delincuencia. Entre las medidas que se toman para reducirla, se encuentra la imposición de un nuevo tipo de pena: dado que la ciencia médica ha conseguido inducir y revertir el estado de coma en los humanos, se sustituye la pena de prisión por el denominado *coma punitivo*. De este modo, a los condenados a dicha pena se les induce el coma por el tiempo de la condena y son confinados en una especie de hospitales en donde, como es obvio, no hay peligro de fugas ni de motines, sólo hay que conservarlos con alimentación y respiración asistida. Por otro lado, el artículo 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948 establece que «nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes». Si el coma punitivo se estableciera como castigo para diversos delitos en determinada jurisdicción, sujeta al texto internacional, ¿sería, entonces, esta pena una medida conforme con la Declaración Universal de los Derechos Humanos? O, dicho en otros términos: ¿depende la verdad de la proposición según la cual el coma punitivo es (o no es) conforme con la Declaración Universal de la corrección moral de dicha medida?, ¿cómo debe determinarse si el coma punitivo es o no un trato cruel, inhumano o degradante?

A continuación, veamos un caso real. La Constitución española, en el primer enunciado de su artículo 15, establece lo siguiente: «Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes». Pues bien, el Tribunal Constitu-

¹ Kerr 1992. Creo que escuché relacionar este ejemplo literario, por primera vez, con la cuestión de la incorporación de la moralidad al derecho, a Juan Carlos Bayón, en una conferencia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en el invierno austral de 1996, y lo he usado ya en diversas ocasiones anteriormente: Moreso, 2008: 11; 2009: 33; 2010: 15-16, y en 2012, en donde comenzaba con estos cinco casos precisamente.

cional español se refirió a ello², (en una jurisprudencia que después ha continuado más o menos invariable) para determinar si la sanción de aislamiento en celda prevista en la Ley General Penitenciaria (y en el reglamento que la desarrolla), entonces en vigor, constituían tratos inhumanos o degradantes. La respuesta del Tribunal es negativa con el argumento de que, si bien la reclusión en *celdas negras* privando a la persona de cualquier contacto con el exterior sería claramente un trato degradante, las condiciones que la legislación penitenciaria exige (duración, condiciones de alimentación y habitabilidad fundamentalmente) la hacen compatible con la dignidad de los sancionados.

Por otro lado, la Enmienda Octava de la Constitución de los Estados Unidos (casi idéntica a la formulación del *Bill of Rights* inglés de 1689) establece: «*Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted*». Aunque la Corte Suprema de los Estados Unidos considera que la pena de muerte es “una sanción extrema” no considera que sea “inherentemente cruel”³. Sin embargo, la Corte ha considerado recientemente que la ejecución de delincuentes con determinado grado de retraso mental vulnera la Enmienda Octava porque es un castigo cruel e inusitado⁴. Y este pasado mes de agosto, la polémica ha surgido, al autorizar la Corte Suprema la ejecución del ciudadano de Texas Marvin Wilson, que presentaba indicios probados de retraso mental.

El 19 de agosto de 1996 en un municipio de la comunidad indígena colombiana de los “paeces” fue asesinado su alcalde. Los representantes de los cabildos indígenas decidieron la detención de Francisco Gembuel acusado de haber propiciado el homicidio del alcalde al haberlo señalado como blanco propicio a la guerrilla. Juzgado por la Asamblea de acuerdo con las normas indígenas, fue

² En la STC 2/1987, de 21 de enero.

³ *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153, 96 S. Ct. 2909, 49 L. Ed. 2d 859 (1976).

⁴ *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304, 122 S. Ct. 2242, 153 L. Ed. 2d 335 (2002). *Atkins* anula la decisión contraria establecida sólo trece años antes en *Penry v. Lynaugh*, 492 U.S. 302, 109 S.Ct. 2934, 106 L. Ed. 2d 256 (1989).

castigado a sesenta fuetazos (el fuede es un castigo consistente en golpear con una especie de bastón la parte inferior de las piernas), expulsión y pérdida del derecho a elegir y ser elegido para cargos públicos y comunitarios. El artículo 12 de la Constitución colombiana establece también que «nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes», con lo que el condenado recurrió la decisión que llegó a la Corte constitucional colombiana. En la sentencia del alto tribunal colombiano⁵, la Corte no concede el amparo al recurrente, con dos argumentos básicamente: por un lado, no considera la sanción excesivamente penosa; por otro, considera que tiene una función simbólica en la comunidad indígena y que, en dicho contexto, no se trata de una sanción ni degradante ni humillante.

Nadie pondrá en duda, sin embargo, que la sanción que el derecho romano —la *Lex Pompeia*— establecía para el parricidio, la *poena cullei*, consistente en encerrar al condenado en un saco junto con un perro, un gallo, una serpiente y un mono, y arrojarlo a las aguas del mar o del río más cercano, sea una pena cruel. Es más, precisamente por ser cruel, los romanos pensaban que era una pena merecida para un delito tan atroz. Como nos recuerda Max Radin (1920: 119) cuando se produjo el crack financiero de 1720, debido a una burbuja especulativa generada por la Compañía inglesa de los Mares del Sur, “un miembro apasionado del Parlamento británico apeló a la aplicación de la *Lex Pompeia* para los parricidas a aquellos que han estafado a la nación. Del mismo modo que los romanos, argumentaba, enfrentados a un tan monstruoso e inusitado delito, idearon un castigo así de monstruoso e inusitado, del mismo modo invitaba a los británicos a colocar a los directores de la compañía de los mares del sur en sacos con un perro, un gallo, una serpiente y un mono en cada uno y arrojarlos al Támesis”. Olvidemos ahora, por un momento y no del todo, las crisis económicas generadas por

⁵ SCC No. T-523/97, de 15 de octubre. Estoy agradecido a Oscar Pérez de la Fuente que amablemente me hizo acceder al conocimiento de este interesante caso.

burbujas especulativas y atendamos al argumento del parlamentario británico: la pena del saco es una pena cruel y por eso se impone para castigar comportamientos especialmente graves.

Lo que hacen las declaraciones de derechos humanos contemporáneas, no obstante, es comprometerse a no aplicar este tipo de sanciones. Ahora bien, ¿qué es lo que hace la pena del saco cruel, y no —en caso de que los Tribunales a los que me he referido tengan razón— el fuste, el aislamiento en celda o la pena de muerte? ¿No son argumentos morales los que conducen a una u otra conclusión? Hay varios modos de rechazar la incorporación de la moralidad por el derecho en estos supuestos y trataré de exponer sus razones y discutir las. Después me referiré brevemente a la posición de Carlos S. Nino, que insistió especialmente en la conexión ininterpretativa entre el derecho y la moral de un modo que resulta muy cercano al del positivismo jurídico incluyente, aunque lamentablemente él murió antes de que esta marca apareciera en el mercado de las ideas. Terminaré vindicando un modo de incorporación de la moralidad en el derecho.

2. LA CERTEZA DEL DERECHO

En muchos casos, los autores más contrarios a la incorporación de la moralidad en el derecho están guiados por la idea según la cual si el derecho usa conceptos valorativos los comportamientos prohibidos devendrán inciertos, indeterminados. A menudo este ideal de la certeza del derecho está asociado con la Ilustración jurídica y, en concreto, con el positivismo jurídico. Sin remontarnos a Beccaria o a Bentham, ésta es la razón (por ejemplo) por la cual Kelsen (1931) se mostraba contrario a la incorporación de conceptos morales (como *igualdad* o *justicia*) y también es la razón que anima las defensas recientes (Campbell 1996; Waldron 2001) o no tanto (Scarpelli 1965) del denominado *positivismo jurídico normativo*⁶.

⁶ Que presenté y critiqué en Moreso 2004. Algunos ecos de esta posición entre nosotros se encuentran en Hierro 2002; Laporta 2007, y en Ferrajoli 1989,

Reducir el ámbito de la discrepancia y disciplinar la actividad de los jueces es el propósito de todas estas posiciones. Sin embargo, ni los presupuestos ni la estrategia para llevar a cabo estas operaciones son los mismos.

3. RECUPERANDO LAS INTENCIONES DEL CONSTITUYENTE

Una estrategia consiste en sostener que cuando la Constitución usa conceptos valorativos en realidad únicamente incorpora aquello que encerraron en ellos deliberadamente los autores de la Constitución. Determinar el contenido de estas cláusulas consiste en recuperar las intenciones explícitas de los que las dictaron. En la discusión norteamericana esta posición se conoce como *originalismo*⁷. De este modo, consideran estos autores, la indeterminación se reduce: sólo son crueles (en nuestro ejemplo) los comportamientos considerados tales por los constituyentes.

No es preciso, por cierto, que esta posición provenga de un punto de vista escéptico acerca de la moralidad (no es el caso de Scalia ni de otros originalistas); puede que sea una estrategia que tiende a reducir la discreción de los jueces porque desconfía de su capacidad de acertar en cuestiones morales.

Esta posición ha sido criticada muchas veces con los mismos argumentos con que había sido criticada la denominada *interpretación subjetiva*: las conocidas dificultades de establecer plausiblemente cuáles eran las genuinas intenciones de los constituyentes, de quiénes son las intenciones relevantes (de los que votaron a favor, de los redactores...). Es más, aún en casos en donde es claro que no estaba en sus intenciones, como el coma punitivo, entonces ha de resultar excluido sin más argumentación. Y esto es muy implausible. Antes

2007 y 2011a.

⁷ Y su más ilustre representante tal vez sea el magistrado Scalia de la Corte Suprema (Scalia, 1997).

de la reforma reciente de nuestra legislación procesal civil, la vieja Ley de Enjuiciamiento (como la nueva) establecía que son inembargables los instrumentos necesarios para el ejercicio de un oficio; con esta doctrina de la interpretación hay que suponer que hasta el año 2000 los ordenadores podían ser embargados a un abogado, por ejemplo, dado que los legisladores del siglo XIX no podían pensar en ellos. Es más, es razonable creer que el legislador del año 2000 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, no considerara (porque todavía no habían sido creadas) las «ipad» como objetos a los que se refiere el artículo 606.2: «Los libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que se dedique el ejecutado, cuando su valor no guarde proporción con la cuantía de la deuda reclamada». Pero un abogado podría argüir a favor de la inembargabilidad del «ipad» de otro abogado demandado en 2012.

4. LA SOLUCIÓN ESTÁ EN LAS ENCUESTAS

Algunas veces se ha argüido que los jueces deben decidir cuál sea el contenido de expresiones como “tratos degradantes” no apelando a sus convicciones morales sino a cómo dichas expresiones son entendidas y usadas en la sociedad de la que ellos forman parte. Así se entiende algunas veces la referencia del artículo 3 de nuestro Código Civil a la interpretación de las normas de acuerdo con la realidad social del tiempo en el que han de ser aplicadas⁸. De este modo, se piensa, no caeremos como rehenes de la voluntad de los jueces.

El problema de esta concepción es doble: por una parte, en todas las cuestiones controvertidas la opinión pública acostumbra a estar dividida cuando no perpleja; por otra parte, si se quiere construir un punto de vista articulado, como parece exigible a los jueces y

⁸ Este argumento está expuesto en Alchourrón y Bulygin 1991. Valdría la pena considerar la vinculación de este argumento con el llamado *constitucionalismo popular* que han defendido, por ejemplo, Tushnet 1999 y Kramer 2004. Véase también Gargarella 2006.

tribunales, entonces será imprescindible moldear las actitudes y creencias de la mayoría social para presentarlas en una doctrina razonable y ello, me parece, es ya indistinguible del razonamiento moral (Moreso, 2009: 192).

5. EL POSITIVISMO JURÍDICO EXCLUYENTE (I)

Tomemos como tesis definitoria del positivismo jurídico excluyente la siguiente formulación de Raz (1979: 185) de la tesis de las fuentes sociales del derecho⁹:

“Una teoría jurídica es aceptable sólo si sus criterios para identificar el contenido del derecho de una determinada sociedad dependen exclusivamente de un conjunto de hechos de la conducta humana descritos en términos valorativamente neutrales y aplicados sin recurrir a la argumentación moral”.

Esta tesis puede ser aceptada por dos razones verdaderamente diferentes entre sí. Puede ser aceptada, en primer lugar, como consecuencia de una posición escéptica acerca de la moralidad conforme a la cual, dado que no hay pautas morales objetivas, el derecho no puede incorporar la moralidad, porque no hay nada que pueda ser incorporado. Es una razón ontológica: la inexistencia de la moral objetiva es la razón de la no incorporación¹⁰. Y, obviamente, cuando se usan estos términos en los textos legales se remite a la discrecionalidad, no controlable racionalmente, de los jueces; de hecho, a la arbitrariedad. Para este tipo de positivismo jurídico, el originalismo o la deferencia a las actitudes de la mayoría son inten-

⁹ La misma idea en Shapiro 2011, cap. 9 y en Marmor 2011, cap. 4.

¹⁰ Esta es la posición, por ejemplo, de Bulygin 2006 y Ferrajoli 2011a, aunque algo matizada en 2011b y 2012. Tal vez eran también, al menos parcialmente, las dudas acerca de la objetividad de la moral las que condujeron a este tipo de positivismo a Kelsen (1957), Ross (1958), Bobbio (1965) y el realismo jurídico americano (véase Leiter 2001). A ello puede sumarse lo que podemos denominar el realismo jurídico italiano y francés. Véase respectivamente: Guastini 2006 y Troper 2001.

tos, algo desesperados, de evitar la discreción judicial y restaurar algún grado de certeza.

La refutación de esta posición debería argüir a favor del objetivismo en moral. Esta es una cuestión más allá del alcance de este trabajo; sin embargo, tal vez merezca la pena destacar aquí que no conozco a nadie razonable que sostenga que es correcto torturar a los niños para divertirse o que no es cruel la pena del saco¹¹. En cualquier caso, me he de referir a ella más adelante.

6. EL POSITIVISMO JURÍDICO EXCLUYENTE (II)

Ahora bien, el modo escéptico no es el modo más habitual de defender la versión fuerte de la tesis de las fuentes sociales del derecho. El modo más habitual es el que ha venido defendiendo desde hace más de treinta años Joseph Raz (1979, cap. 3; 1994, cap. 9 y 2004)¹². Raz no es, en absoluto, un escéptico en materia moral; al contrario, considera que hay razones y, también, hechos morales. Considera, a su vez, que es falso que todas las proposiciones morales sean controvertidas (Raz, 1994: 218).

El argumento de Raz es un argumento conceptual. Dicho ahora muy resumidamente, un rasgo definitorio del derecho es que pretende autoridad y pretender autoridad comporta la capacidad de suministrar, a los destinatarios de las normas promulgadas por la autoridad, razones que desplacen las razones a favor y en contra que ellos tienen de comportarse de determinado modo. Si el derecho incorporara pautas morales, entonces no podría pretender autoridad puesto que dichas pautas son válidas para sus destinatarios con independencia de lo que la autoridad establezca. Por lo tanto, por razones conceptuales, el derecho no puede incorporar el razonamiento moral.

¹¹ En Moreso 2009, ensayo 2, he defendido un modo ecuménico de objetivismo moral, compatible con diversos enfoques metaéticos.

¹² Véase también Shapiro 1998 y Marmor 2002.

¿Qué sucede entonces, según Raz, cuando nos encontramos con estas expresiones valorativas en los textos jurídicos? Pues bien, sucede que los jueces gozan de *discreción* para completar o cambiar el derecho de acuerdo con la moralidad. Raz (1994: 310-324) distingue entre el razonamiento para establecer el contenido del derecho, sujeto a la tesis de las fuentes, y el razonamiento con arreglo al derecho, que puede requerir el recurso a las razones morales.

Creo que hay razones para dudar de la plausibilidad de esta posición. Veamos el siguiente pasaje de Raz (1979: 75)¹³:

“Supongamos, por ejemplo, que según el derecho los contratos son válidos sólo si no son inmorales. Cualquier contrato puede ser considerado *prima facie* válido si se conforma a las condiciones ‘neutras valorativamente’ establecidas jurídicamente para la validez de los contratos. La proposición «Es jurídicamente concluyente que este contrato es válido» no es ni verdadera ni falsa hasta que un tribunal dotado de autoridad determina su validez. Esta es una consecuencia del hecho según el cual, por la tesis de las fuentes, los tribunales tienen discreción cuando son requeridos a aplicar consideraciones morales”.

Si la versión raziana de la tesis de las fuentes implica que siempre que el derecho incorpora conceptos o consideraciones morales, los jueces tienen discreción (como el anterior pasaje de Raz sostiene), entonces hay buenas razones para dudar de la plausibilidad de dicha tesis. Si A firma con B un contrato por el cual se obliga a asesinar a C antes de un mes, y si transcurrido el mes A no ha asesinado a C y B presenta una demanda contra A por incumplimiento contractual, ningún jurista diría que debemos esperar a la decisión del juez para saber si el contrato entre A y B es válido: el contrato entre A y B es nulo porque es inmoral, y los jueces no tienen discreción alguna en este caso. Del mismo modo, si una disposición constitucional prohíbe los castigos crueles y el legislador dicta una norma que establece, como en el Derecho Romano, la pena del saco, podemos preguntarnos ¿es esta pena cruel? Creo que todos reconoceríamos que se trata de un castigo cruel —también los romanos que, precisamente por ello, consideraban que era la pena merecida para

¹³ Véase sobre este punto Endicott 2003.

los parricidas— y que, por lo tanto, es inconstitucional. Aunque “cruel” es, sin duda, un término moral, “cruel” se aplica sin controversia alguna a la *poena cullei*, por lo que no hay aquí espacio para la discreción¹⁴.

7. INTERLUDIO: PERTENENCIA Y APLICABILIDAD

Antes de presentar el modo, en mi opinión, en el cual el derecho incorpora la moralidad, voy a tratar de mostrar en qué sentido el debate entre el positivismo jurídico excluyente y el positivismo jurídico incluyente no es una mera cuestión de palabras¹⁵.

En la teoría del derecho positivista, se distingue algunas veces entre dos sentidos de *validez*: validez como *pertenencia* y validez como *aplicabilidad*. Una norma es válida, en el sentido de que pertenece a un sistema jurídico S, si y sólo si, es identificada como miembro de S por los criterios de la regla de reconocimiento de S. Una norma es válida, en el sentido de que es aplicable a un caso, si y sólo si, existe otra norma, que es un miembro de S, que autoriza u obliga a los órganos de aplicación de S a aplicarla a ese caso¹⁶. En el contexto de discusión entre el positivismo excluyente y el incluyente, J. L. Coleman (1998: 404-405) plantea así la cuestión¹⁷:

“Una estrategia mejor descansa en la distinción que Joseph Raz destaca entre validez jurídica y obligatoriedad para los encargados de aplicar el derecho. Todas las normas jurídicamente válidas son obligatorias para los aplicadores del derecho, pero no todas las pautas que son obligatorias para los jueces son jurídicamente válidas, en el sentido de ser parte del derecho de la comunidad. Las leyes extranjeras, las normas de los clubes sociales como otros sistemas normativos, generalmente pueden ser obligatorios para los aplicadores en ciertos contextos jurisdiccional-

¹⁴ Se trata de un argumento presentado en Moreso 2004.

¹⁵ Se trata de un argumento que se remonta a Moreso 2009, cap. 10.

¹⁶ Puede verse la distinción en estos términos en Bulygin 1982; Moreso 1997, cap. 3; Moreso-Navarro 1997 y Vilajosana 1998.

¹⁷ Coleman 1998. El origen de la distinción en estos términos se encuentra en Raz 1979: 101-102, 119-120; Raz 2004. Vid. también Waluchow 1994: 157, Shapiro 2008: 506 y Kramer 2000: 103-107.

les, aunque no forman parte del derecho de la comunidad 'huésped'. Los jueces pueden estar autorizados, incluso obligados, por normas válidas a aplicar tales principios. No necesitan ser parte del derecho de la comunidad a la que los jueces pertenecen para ser requeridos a apelar a ellas en el contexto de un proceso particular. De este modo, no se sigue del hecho de que los jueces puedan algunas veces ser obligados por ciertos principios morales, que dichos principios sean ellos mismos parte del derecho o jurídicamente válidos".

Es decir, según esta distinción, es posible que un estándar moral no sea parte del Derecho y, sin embargo, sea obligatorio para los jueces decidir de acuerdo con él. En este sentido, un defensor del positivismo excluyente podría argüir señalando que la lectura restrictiva de la tesis de las fuentes sociales es la adecuada, aunque ello no impide que las pautas morales sean, algunas veces, obligatorias para los jueces. Podría añadir que no hay más razones para contemplar dichas pautas morales como parte del Derecho de las que hay para suponer que cuando una disposición jurídica prohíbe la construcción de edificios de más de diez metros de altura en determinada zona, o limita el peso al que determinados ascensores pueden ser sometidos a cuatrocientos kilogramos, el Derecho incorpora el sistema métrico decimal. Si bien este argumento puede convertir el debate entre ambos tipos de positivismo en un debate de palabras, esto es, en la adecuación de reconstruir el concepto de validez jurídica de una u otra manera, la tesis de la discreción judicial sigue siendo polémica. Y es así porque, aunque no se incorpore al Derecho el sistema métrico decimal, las reglas (tal vez, constitutivas) de dicho sistema han de ser usadas por los jueces cuando deciden los casos a los que aplican normas que contienen expresiones que hacen referencia a tal sistema. Los jueces no tienen discreción en dichos casos. El problema que plantean las pautas morales es el de si son aptas para guiar el comportamiento de los jueces o, más bien, remiten a la discreción. Esta cuestión no puede ser resuelta por la distinción entre validez como pertenencia y validez como aplicabilidad.

8. LA INCORPORACIÓN DE LA MORAL EN EL DERECHO

Según el positivismo jurídico incluyente es posible que la identificación del derecho dependa de argumentos morales, aunque también es posible que no sea así. La conexión del derecho con la moralidad no es ni necesaria, ni imposible, sino que es contingente¹⁸. Aunque esta cuestión suele vincularse con la de la posibilidad de que la propia regla de reconocimiento incluya razones morales entre los criterios de validez jurídica (como es claro en Hart 1994), basta que tomemos ahora para nuestra discusión una tesis incorporacionista más débil (Leiter, 2002: 978): “las fuentes usuales del derecho —como las leyes y las disposiciones constitucionales— pueden incluir conceptos y consideraciones morales”.

Según dicha concepción, entonces, cuando las normas jurídicas incorporan conceptos o consideraciones morales, el derecho ha de identificarse mediante el uso de dichos conceptos y consideraciones. Y, por lo tanto, los jueces han de aplicar el derecho identificado mediante el recurso a la moralidad en los casos pertinentes. Así ocurre, según creo, en el caso de que los jueces hayan de decidir si determinadas sanciones son o no tratos inhumanos o degradantes: en dichos supuestos, el razonamiento de los jueces deviene un razonamiento genuinamente moral.

Contra esta posibilidad se han presentado, en los últimos años, diversos argumentos¹⁹. Antes de analizar alguno de ellos, me propongo presentar las ideas de Nino al respecto, con la convicción de que su enfoque puede iluminar algunos aspectos de esta controversia.

¹⁸ Los precedentes de tal concepción pueden hallarse en Carrió 1971, Lyons 1977, Soper 1977, Coleman 1982 y Hart 1994. Las dos defensas más articuladas son las de Waluchow 1994 y Coleman 2001. Véase una presentación general en Himma 2002 y Moreso 2009, cap. 10.

¹⁹ Raz 1979, 2004; Ferrajoli 1989, Himma (que en Himma 1999 presentaba argumentos favorables al incorporacionismo) 2003, 2005, 2009; Bayón 2002a, 2002b; Dworkin 2006, 2011; Shapiro 2009, 2011; Marmor 2011. Algunos de estos argumentos son analizados en Moreso 2012.

9. NINO Y EL INCORPORACIONISMO

En un trabajo publicado póstumamente (Nino 1994), que recoge sus lecciones en un seminario largamente recordado en la Universitat Pompeu Fabra en Barcelona, Carlos Nino expuso algunas ideas que pueden ahora resultar iluminadoras para el debate que suscita la incorporación de la moralidad en el derecho.

Una primera contribución de Nino consiste en sostener, como después se ha dicho en repetidas ocasiones, que hay algunos sentidos en los que la tesis de la conexión necesaria entre el derecho y la moral es una obviedad, que nunca ha sido cuestionada seriamente por nadie²⁰. En especial, Nino trata de mostrar lo que denomina una conexión justificatoria de carácter necesario (Nino 1994, cap. 2): dado que los jueces cuando deciden los casos deciden sobre situaciones relevantes para otros seres humanos, entonces los jueces están sujetos a la moralidad y las últimas razones para sus acciones sólo pueden ser razones morales²¹. También, apelando al rechazo del esencialismo conceptual, trata de mostrar (Nino 2004, cap. 1) que hay una pluralidad de conceptos de derecho, algunos de naturaleza descriptiva y otros de naturaleza normativa, y para algunos de dichos conceptos, la tesis de la conexión necesaria es verdadera, mientras que para otros es falsa. Recientemente, Ronald Dworkin ha sostenido también la pluralidad de los conceptos de derecho (Dworkin 2006).

Ahora bien, en donde Nino (1994, cap. 3) se acerca más a la aceptación de la tesis incorporacionista es allí donde elabora lo que denomina la conexión interpretativa entre el derecho y la moral (Nino, 1994: 128): “el derecho no puede ser interpretado si no se recurre, en momentos cruciales de esa tarea interpretativa, a con-

²⁰ Véase en este sentido el clarificador trabajo de Gardner 2001: 221-225.

²¹ En palabras de Raz (2004: 2): “Why are judges, and humans generally, subject to morality? This is due to the nature of morality. It has no doctrine of jurisdiction setting out its conditions of application. It applies universally to all agents capable of understanding.

sideraciones de índole moral”. Nino sostiene que cuando debemos asignar significado a términos de valor sólo podemos hacerlo apelando a consideraciones valorativas de carácter moral. Con lo que cabe pensar que Nino consideraba a la tesis incorporacionista una tesis verdadera al menos para algunos conceptos de derecho.

10. *ETHICA MORE IURIDICO INCORPORATA*

Aquí no he discutido un argumento que a menudo se expone (Raz 2004, Shapiro 2009, Bayón 2002b, Marmor 2011) contra la tesis de la incorporación. Un argumento que es, en realidad, una instancia del argumento de la pendiente resbaladiza: si el derecho puede remitir algunas veces a la moralidad, entonces puede hacerlo siempre y, de tal modo, el derecho perdería su capacidad de resolver los conflictos mediante reglas claras, públicas y accesibles a todos. La razón que justifica resolver nuestros conflictos mediante normas jurídicas es que dichas normas son públicas, accesibles a todos y capaces de poner fin a las discrepancias que podemos tener acerca de cómo debemos comportarnos en determinadas circunstancias. Si las normas jurídicas y, en especial, las normas constitucionales remiten a consideraciones morales, entonces no disponemos ya de normas públicas, accesibles y opacas a las razones subyacentes. Como a veces se dice, las normas jurídicas entonces no realizarían ninguna *diferencia práctica*. La tesis de la diferencia práctica puede formularse del siguiente modo: si las pautas jurídicas aplicables por los jueces remiten a pautas morales, dichas pautas no están en condición de motivar la conducta de los jueces, porque dichas pautas no añaden nada a las razones que los jueces ya tendrían, si fueran racionales, para actuar. En otras palabras, las remisiones del derecho a la moralidad bloquean la fuerza normativa del derecho, lo convierten en inerte normativamente, en superfluo. Nino (1994: 130-132) se refiere a un argumento similar al anterior como la paradoja de la superfluidad del derecho.

Creo que esta crítica cede por las razones que fueron articuladas por Nino (1994: 140-147) y que consisten en concebir el razonamiento jurídico como estructurado en dos niveles. En el nivel más básico, debe considerarse si el derecho positivo que ha de ser aplicado goza de un nivel aceptable de legitimidad y aquí las razones morales tienen un papel muy importante que representar. En el segundo nivel, en cambio, si el filtro de la legitimidad se considera superado, entonces el razonamiento jurídico, como dice Nino, está “constreñido” y en este nivel los aplicadores del derecho sólo pueden acudir al razonamiento moral cuando son autorizados a ello. Por esta razón, las remisiones a la moralidad son limitadas y no conducen a que siempre en la aplicación del derecho interviene activamente la argumentación moral²² y, en segundo lugar, que la diferencia práctica del derecho va de la mano de su estructura institucional²³.

Muchos supuestos de aplicación del derecho son opacos a las razones morales subyacentes. Cuando un juez rechaza una demanda por hallarse fuera de plazo, lo hace sin acudir a la razón subyacente que justifica, por razones de seguridad, estabilidad de las expectativas y adecuado funcionamiento de la administración de justicia, el hecho de poner límites temporales a la interposición de nuestras reclamaciones jurídicas. Sencillamente la rechaza por estar fuera de plazo. El recurso a las razones morales ha de estar reconocido, de un modo u otro, por las razones jurídicas. Cuando, por ejemplo, la Constitución española prohíbe, en su artículo 15, los tratos inhumanos o degradantes, habilita al Tribunal Constitucional (el único competente para apreciar la constitucionalidad de las leyes, en España) a razonar moralmente cuando se le plantea, por ejemplo, si es

²² Una posición según la cual, si se acepta el incorporacionismo entonces no hay modo plausible de detener la invasión del derecho por parte de la moralidad, en Orunesu, Perot, Rodríguez 2005.

²³ Para este segundo punto véase el sugerente estudio de Atienza-Ruiz Manero 2001.

constitucional la norma penitenciaria que niega a algunos presos las denominadas comunicaciones íntimas.

Este último ejemplo puede servir también para comprender cómo la estructura institucional del derecho es la que permite a las normas con consideraciones morales realizar una diferencia práctica, conservar la fuerza normativa. Me explico: si la denegación de las comunicaciones íntimas a determinados presos es una norma de rango reglamentario, entonces un funcionario de prisiones no puede acudir al razonamiento moral para aplicarla; para él, la norma es totalmente opaca a las razones subyacentes. En cambio, un juez de vigilancia penitenciaria puede considerarla inconstitucional, y como tal, nula e inaplicable. Si, en cambio, se trata de una norma con rango de ley, entonces el juez sólo puede plantear una cuestión de inconstitucionalidad y es el Tribunal Constitucional el único competente para anularla; es decir, en virtud de la estructura institucional dichas normas adquieren diverso peso normativo, tienen un grado de opacidad diferente para los diversos aplicadores del derecho. La incorporación de la moralidad en el derecho puede ser vista como el proceso de levantar progresivamente el velo de la opacidad de las reglas.

En resumen, la tesis incorporacionista es compatible con la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral, puesto que el derecho incorpora pautas morales de manera contingente y dependiendo de cuál sea su contenido. Es también más apta para dar cuenta del indiscutible hecho de que nuestros textos constitucionales y legales, y también las decisiones de nuestros tribunales, recurren a menudo al lenguaje de la moralidad. La tesis de la incorporación explica las razones, el alcance y los límites del espacio que la moralidad ocupa en la práctica institucional de creación y aplicación del derecho.

Bibliografía

- ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio 1991: “Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico”, en C. E. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 303-328.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan 2001: “La dimensión institucional del derecho y la justificación jurídica”, *Doxa*, 24, pp. 115-130.
- 2007: “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, *Isonomía*, 27, pp. 7-28.
- BAYÓN, Juan Carlos 2002a: “El contenido mínimo del positivismo jurídico”, en V. Zapatero (comp.), *Horizontes de la Filosofía del Derecho: Homenaje a Luis García San Miguel*, Alcalá de Henares, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá, t. 2, pp. 33-54.
- 2002b: “Derecho, convencionalismo y controversia”, en P. E. Navarro, M. C. Redondo (eds.), *La relevancia del derecho: ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona, Gedisa, pp. 57-92.
- BERLIN, Isaiah 1958: “Two Concepts of Liberty”, en I. Berlin, *Four Essays on Liberty*, Oxford, Oxford University Press, 1969, pp. 118-172.
- BULYGIN, Eugenio 1982: “Time and Validity”, en A.A. Martino (ed.), *Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems*, Amsterdam, North Holland, pp. 65-82.
- 2006: *El positivismo jurídico*, México, Fontamara, 2006.
- CAMPBELL, Tom D. 1996: *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Aldershot, Dartmouth.
- CARRIÓ, Genaro R. 1971: *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- COLEMAN, Jules L. 1982: “Negative and Positive Positivism”, *Journal of Legal Studies*, 11, pp. 139-162.
- 1998: “Incorporationism, Conventionalism, and the Practical Difference Thesis”, *Legal Theory*, 4, pp. 381-426.
- 2001: *The Practice of Principle: In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press.
- DWORKIN, Ronald 2006: *Justice in Robes*, Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- 2011: *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- ENDICOTT, Timothy 2003: “Raz on Gaps - The Surprising Part”, en Thomas Pogge, Lukas Meyer, and Stanley Paulson (eds), *Rights, Culture, and the Law. Essays after Joseph Raz*, Oxford, Oxford University Press, pp. 99-117.
- FERRAJOLI, Luigi 1989: *Diritto e ragione. Teoría del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza.
- 2007: *Principia Iuris. Teoría del derecho e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza.

- 2011a: “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garnatista”, *Doxa*, 34, pp. 15-53.
 - 2011b: “El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo”, *Doxa*, 34, pp. 311-362.
 - 2012: “La scelta come fondamento ultimo della morale”, *Teoria Politica*, 2, pendiente de publicación.
- FERRAJOLI, Luigi y RUIZ MANERO, Juan 2012: *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Madrid, Trotta.
- GARDNER, John 2001: “Legal Positivism: 5 ½ Myths”, *American Journal of Jurisprudence*, 46, pp. 199-226.
- GARGARELLA, Roberto 2006: “El nacimiento del constitucionalismo popular”, *Revista de Libros*, 112, pp. 15-18.
- GUASTINI, Riccardo 2006: “Lo scetticismo interpretativo revisitato”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 36, pp. 227-236.
- HART, H.L.A. 1994: *The Concept of Law*, 2 ed., Oxford, Oxford University Press.
- HIERRO, Liborio 2002: “¿Por qué ser positivista?”, *Doxa*, 25, pp. 263-302.
- HIMMA, Kenneth E. 1999: “Incorporationism and the Objectivity of Moral Norms”, *Legal Theory*, 5, pp. 415-434.
- 2002: “Inclusive Legal Positivism”, en J. L. Coleman y S. J. Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, pp. 125-165.
 - 2003: “Making Sense of Constitutional Disagreement: Legal Positivism, the Bill of Rights, and the Conventional Rule of Recognition in the United States”, *Journal of Law and Society*, 42, pp. 149-218.
 - 2005: “Final Authority To Bind With Moral Mistakes: On The Explanatory Potential of Inclusive Legal Positivism”, *Law and Philosophy*, 24, pp. 1-45.
 - 2009: “Understanding the Relationship Between The US Constitution and the Conventional Rule of Recognition”, en M. D. Adler y K. E. Himma (eds.), *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*, Oxford, Oxford University Press, pp. 95-121.
- KELSEN, Hans 1931: *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad. de R. J. Brie, Madrid, Tecnos, 1985.
- 1957: *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science*, Berkeley, California University Press.
- KERR, Philip 1992: *A Philosophical Investigation*, London, Chatto & Windus [hay traducción al castellano de M. Bach: *Una investigación filosófica*, Barcelona, Anagrama, 1996].
- KRAMER, Larry 2004: *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford, Oxford University Press.

- KRAMER, Matthew 2000: "How Moral Principles Can Enter into the Law", *Legal Theory*, 6, pp. 103-107.
- LAPORTA, Francisco J. 2007: *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta.
- LEITER, Brian 2001: "Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered", *Ethics*, 111, pp. 278-301.
- 2002: "Law and Objectivity" en J. Coleman y S. J. Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, pp. 969-989.
- LYONS, David 1977: "Principles, Positivism and Legal Theory", *Yale Law Journal*, 87, pp. 415-436.
- MARMOR, Andrei 2002: "Exclusive Legal Positivism", en J. L. Coleman y S. J. Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, pp. 104-124.
- 2011: *Philosophy of Law*, Princeton, Princeton University Press.
- MORESO, José Juan 1997: *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- 2004: "Positivismo jurídico y aplicación del derecho", *Doxa*, 27, pp. 45-62.
 - 2009: *La Constitución: modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons.
 - 2010a: "Tomates, hongos y significado jurídico", en J. J. Moreso, L. Prieto Sanchís y J. Ferrer Beltrán, *Los desacuerdos en el Derecho*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pp. 15-48.
 - 2011: "Antígona como *defeater*. Sobre el constitucionalismo garantista de Ferrajoli", *Doxa*, 34, pp. 183-199.
 - 2012: "La ciudadela de la moral en la corte de los juristas", *Anuario de Filosofía del Derecho*, pendiente de publicación.
- MORESO, José Juan y NAVARRO, Pablo E. 1997: "Applicability and Effectiveness of Legal Norms", *Law and Philosophy*, 16, pp. 201-219.
- NINO, Carlos S. 1994, *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*, Barcelona, Ariel.
- ORUNESU, Claudina; PEROT, Pablo y RODRÍGUEZ, Jorge L. 2005: "Derecho, moral y positivismo", en C. Orunesu, P. Perot y J. L. Rodríguez, *Estudios sobre la interpretación y la dinámica de los sistemas constitucionales*, México, Fontamara, pp. 59-90.
- RADIN, Max 1920: "The Lex Pompeia and the Poena Cullei", *The Journal of Roman Studies*, 10, pp. 119-130.
- RAWLS, John 1971, *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- RAZ, Joseph 1979, *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University Press.
- 1994: *Ethics in the Public Domain*, Oxford: Oxford University Press.
 - 2004: "Incorporation by Law", *Legal Theory*, 10, pp. 1-17.

- ROSS, Alf 1958: *On Law and Justice*, London, Stevens & Sons.
- SCALIA, Antonin 1997: *A Matter of Interpretation*, Princeton, Princeton University Press.
- SCARPELLI, Uberto 1965: *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, Edizione di Comunità.
- SHAPIRO, Scott J. 1998: "On Hart's Way Out", *Legal Theory*, 4, pp. 469-508.
- 2009: "Was Inclusive Legal Positivism Founded on a Mistake?", *Ratio Juris*, 22, pp. 326-338.
- 2011: *Legality*, Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- SOPER, Philip 1977: "Legal Theory and Obligation of the Judge: The Hart/Dworkin Dispute", *Michigan Law Review*, 75, pp. 511-542.
- TROPER, Michel 2001: "Une théorie réaliste de l'interprétation", en Olivier Jouanjan (ed.), *Dossier. Théories réalistes du droit*, Strasbourg, PU de Strasbourg, 2001, pp. 51-78.
- TUSHNET, Mark 1999: *Taking the Constitution Away from the Courts*, Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- VILAJOSANA, Josep M. 1998: "Sobre recepción de normas", *Isonomia*, 8, pp. 181-191.
- WALUCHOW, W. J. 1994: *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Oxford University Press.
- WALDRON, Jeremy 2001: "Normative (or Ethical) Positivism", en J. Coleman (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, pp. 411-433.

El punto de vista jurídico y los jueces*

Joaquín Rodríguez-Toubes Muñiz

INTRODUCCIÓN

La discusión filosófica actual sobre los “puntos de vista” desde los que cabe contemplar el Derecho procede del empleo de esta expresión por H.L.A. Hart en su libro *El concepto de Derecho*¹. Allí Hart argumentaba que las reglas sociales tienen un “aspecto interno” porque algunas personas las siguen como obligatorias y las ven desde un “punto de vista interno” distinto del “punto de vista externo” que adoptaría un observador. Con esta distinción, Hart perseguía mostrar la insuficiencia de las teorías sobre el Derecho que pasaban por alto este seguimiento de normas por obligación y lo explicaban como un asunto de obediencia habitual a un soberano (J. Austin) o de sanciones que cualquier “hombre malo” querría evitar (O.W. Holmes). El argumento de Hart se mostró enormemente fructífero e influyente, y ha sido desde entonces citado y manejado con profusión. Pero la simplicidad y elegancia de la distinción entre los puntos de vista interno y externo tenía como contrapartida algunas imprecisiones, y en los últimos cincuenta años muchos filósofos del Derecho han sugerido numerosos matices y ajustes. Como resultado de esta discusión continuada, hoy podemos disponer de un mapa mucho más detallado, aunque también más complejo, de los distintos puntos de vista con los que cabe tomar en consideración el Derecho y sus normas. En lo que sigue me propongo hacer un repaso

* El presente trabajo se integra en el Proyecto de investigación DER2010-19897-C02-02, financiado por el MICINN y FEDER.

¹ Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1961. Hay trad. esp. de G.R. Carrió: *El concepto de derecho*, Editora Nacional, México, 1980.

y algunas contribuciones sobre este tema, principalmente en lo que atañe a los puntos de vista que corresponden a la función judicial.

1. LA PRESENTACIÓN DE HART

Comenzaré este recorrido recordando la distinción original de Hart que por más que haya sido repetida, es aquí ineludible. Aunque el objeto del presente trabajo no es el pensamiento de Hart, sino la noción de punto de vista interno y su aplicación a la función judicial, el lugar de partida ha de ser la caracterización que hizo Hart de este punto de vista². En *El concepto de Derecho* (1961), Hart trazaba así su distinción:

«Cuando un grupo social tiene ciertas reglas de conducta, este hecho abre la posibilidad de tipos de aserción estrechamente relacionados entre sí, aunque diferentes; porque es posible ocuparse de las reglas como un mero observador que no las acepta, o como un miembro del grupo que las acepta y que las usa como guías de conducta [*for it is possible to be concerned with the rules, either merely as an observer who does not himself accept them, or as a member of the group which accepts and uses them as guides to conduct*]. Podemos llamar a estos puntos de vista, el "punto de vista externo" y el "interno", respectivamente. Los enunciados hechos desde el punto de vista externo pueden, a su vez, ser de tipos diferentes. Porque el observador puede, sin aceptar él mismo las reglas, afirmar que el grupo las acepta, y referirse así, desde fuera, a la manera en que ellos ven las reglas desde el punto de vista interno. Pero cualesquiera que sean las reglas, sean ellas de juegos, como las del ajedrez o del fútbol, o reglas jurídicas o morales, podemos, si lo preferimos, ocupar la posición de un observador que ni siquiera se refiere de esta manera al punto de vista interno del grupo. (...) Sin embargo, si el observador se atiene realmente en forma rígida a este punto de vista [externo] extremo y no da ninguna explicación de la manera en que los miembros del grupo que aceptan las reglas contemplan su propia conducta regular, su descripción de la vida de éstos no podrá ser, en modo alguno, una descripción en términos de reglas ni, por lo tanto, una descripción en términos de las nociones de obligación o deber que son dependientes de

² Llama la atención que buena parte del debate sobre el significado y relevancia teórica del punto de vista interno en el Derecho haya versado sobre la interpretación de los textos de Hart, y parece que se discute qué es lo que Hart quería decir y no el problema mismo que abordó. En todo caso, precisar las ideas de Hart supone avanzar hacia la comprensión de los problemas discutidos.

la noción de regla. En lugar de ello, su descripción será en términos de regularidades de conducta observables, predicciones, probabilidades y signos»³.

Reglas y prácticas

Según se puede leer en el texto de Hart citado, su distinción entre puntos de vista se refiere principalmente a los tipos de afirmaciones que cabe hacer sobre las normas jurídicas y otras reglas de conducta de un grupo social. Pero también se refiere a un momento previo, cuando las afirmaciones versan sobre el comportamiento del grupo y no sobre las normas que siguen. Porque el punto de vista externo extremo no describe la conducta social en términos de reglas, sino en términos de regularidades observables. De este modo, la distinción entre los puntos de vista interno y externo puede referirse, según el nivel de abstracción en que se aplique, a cómo formular enunciados sobre normas jurídicas y sobre otras normas sociales (a saber: aceptándolas o no), o a cómo formular enunciados sobre regularidades de conducta que para algunos de sus partícipes son obligatorias (a saber: captando o no este sentido normativo).

Hay aquí una cierta ambigüedad que es relativamente fácil de despejar con el contexto de uso, pero puede explicar algunas confusiones. En el nivel más alejado, la distinción entre puntos de vista se aplica a los enunciados que describen *prácticas sociales*, en función de si la descripción tiene en cuenta o no el eventual significado normativo de esas prácticas. Y en un nivel más próximo, la distinción se aplica a los enunciados sobre *normas*, en función de si la actitud que expresan es o no de aceptación de tales normas como fuentes de obligaciones. En lo que sigue continuaré el uso dado por Hart y aplicaré la distinción fundamentalmente a la formulación de enunciados sobre normas jurídicas y otras normas sociales (los enunciados son internos o externos respecto de las normas a que se refieren), aunque también ocasionalmente a prácticas sociales no

³ Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, ob. cit., pp. 86-87; *El concepto de derecho*, ob. cit., pp. 110-111.

normativas y a prácticas que son normativas para algunos miembros del grupo pero no para todos (los enunciados son internos o externos respecto de las prácticas a las que se refieren)⁴.

Tres puntos de vista

Del texto citado también resulta evidente que en *El concepto de Derecho*, Hart distinguió tres puntos de vista sobre las reglas sociales y no dos: *a*) interno (el del «miembro del grupo que las acepta y que las usa como guías de conducta»); *b*) externo (el del observador que no las acepta pero se refiere a cómo las ven quienes sí las aceptan) y *c*) externo extremo (el del observador que ni las acepta ni se refiere a la aceptación de otros). El punto de vista externo no extremo o moderado es el que Hart adopta y recomienda para la Teoría del Derecho. El objetivo es estudiar el Derecho teniendo en cuenta cómo lo perciben e interiorizan quienes lo consideran obligatorio, y por ello este punto de vista es “hermenéutico”, como

⁴ Según Tamanaha, Hart refería la distinción interno/externo a «los miembros del grupo social, y a las autoridades jurídicas». [Tamanaha, Brian Z., “A Socio-Legal Methodology for the Internal/External Distinction: Jurisprudential Implications”, *Fordham Law Review*, 75 (2006), pp. 1255-1274; p. 1268]. Pero como muestra el pasaje de Hart citado, su noción de punto de vista se refiere primariamente a cómo los particulares y las autoridades miembros de un grupo social perciben las normas y formulan enunciados sobre ellas, y es interno o externo respecto de las normas (según sean o no aceptadas). Secundariamente, la noción se refiere también a cómo percibir el funcionamiento de las normas y la actitud ante ellas de los miembros del grupo. Aunque entonces éstos parecen ser el objeto de la distinción (el punto de vista sería externo o interno respecto de sus mentes o razones); el objeto es en realidad la práctica social de seguimiento de reglas (el punto de vista del observador es externo o interno respecto de dicha práctica). Tamanaha (*ob. cit.*, p. 1267) defiende aplicar la distinción a las prácticas sociales y su utilidad para explicar las diferentes actitudes que cabe adoptar respecto del Derecho según la sub-práctica en que se participe, por ejemplo según si se responde como juez o como abogado. Pero pienso que se consigue lo mismo atendiendo al modo en que cada partícipe (abogado o juez, digamos) reacciona ante las normas con las que interactúa en su concreta práctica.

lo calificó P.M.S. Hacker⁵. Denominaremos, por tanto, “punto de vista hermenéutico” a esta perspectiva intermedia entre la interna y la externa extrema, sin perjuicio de los matices que luego veremos en la utilización de esta etiqueta por el propio Hart y otros.

Antecedentes

Hart cita como apoyo de su distinción a Peter Winch, quien reivindicó el enfoque interpretativo en la investigación social⁶; pero Finnis remonta los antecedentes a Platón, Aristóteles y Santo Tomás de Aquino⁷. Por otra parte, Hart ya había escrito sobre el aspecto interno de las reglas en su comentario al libro de Alf Ross *On Law and Justice*, donde sugería y criticaba que Ross identificaba el punto

⁵ Hacker, P.M.S., “Hart’s Philosophy of Law”, en Hacker, P.M.S. y Raz, J. (eds.), *Law, Morality, and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Clarendon Press, Oxford, 1977, pp. 1-25; p. 9.

⁶ Winch, Peter, *The Idea of a Social Science and Its Relation to Philosophy* (1958), citado en Hart, *El concepto de derecho, ob. cit.*, p. 306. Sobre su influjo: Tamanaha, B., “A Socio-Legal Methodology...” *ob. cit.*

⁷ Finnis, John, “Reason, Authority and Friendship in Law and Morals” (1970), en Finnis, J., *Collected Essays, vol. I. Reason in Action*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 104-124; p. 108. De Aristóteles refiere cuando en su *Ética Nicomáquea* dice que «con respecto a la virtud no basta con conocerla, sino que hemos de procurar tenerla y practicarla» (1179b4) [cito por la trad. de J. Pallí Bonet: Aristóteles, *Ética Nicomáquea*, Gredos, Madrid, 2000, p. 293]. Y en su *Política* dice que el teórico de la política debe examinar «cómo un hombre se hace bueno» y advierte que muchas veces «los hombres actúan mediante la razón en contra de los hábitos y de la naturaleza, si están convencidos de que es mejor actuar de otra manera» (1132b) [cito por la trad. de M. García Valdés: Aristóteles, *Política*, Gredos, Madrid, 2000, p. 393]. De Santo Tomás de Aquino refiere su *Summa Theologica* cuando explica que «la ley implica dos cosas en su noción: primera, el ser regla de los actos humanos; y segunda, el tener poder coactivo. Por lo tanto, una persona puede estar sometida a la ley en dos sentidos» (I-II c96 a. 5) [cito por la trad. de A. Osuna Fernández-Largo: Santo Tomás de Aquino, *Suma de Teología*, Parte I-II, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1997, p. 752].

de vista interno con un sentimiento psicológico de compulsión⁸. Pero lo que decía Ross en su libro es más parecido a lo que defendió Hart que lo que éste dio a entender. Por lo pronto, Ross no confundió experimentar una pauta «como una norma socialmente obligatoria» con sentirse compelido a cumplirla, como le acusa Hart⁹. Según Ross, el único modo de distinguir entre un orden jurídico y un régimen de violencia es precisamente esta diferencia en las experiencias que suscitan, de obligación y de compulsión respectivamente, ya que no hay nada en ellos intrínsecamente distinto que

⁸ Allí, Hart decía que «Ross tiene razón al pensar que debemos distinguir entre un aspecto *interno* y un aspecto externo del fenómeno presentado por la existencia de reglas sociales. (...) Pero lamentablemente traza la línea entre estos aspectos en el lugar equivocado y malinterpreta el aspecto interno de las reglas como un asunto de “emoción” o “sentimiento”, como una “experiencia” psicológica especial. (...) Sin embargo, el carácter interno de estos enunciados no es una simple cuestión de que el hablante tenga ciertos “sentimientos de compulsión”; pues aunque éstos puedan efectivamente acompañar a menudo la emisión de tales enunciados no son condiciones ni necesarias ni suficientes de su uso normativo al criticar conductas, formular pretensiones y justificar reacciones hostiles por referencia al estándar aceptado.» [Hart, H.L.A., “Realismo escandinavo” (1959), trad. de J.J. Moreso, en Casanovas, P. y Moreso, J.J. (eds.), *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Crítica, Barcelona, 1994, pp. 456-465]. La idea se reitera en Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, *ob. cit.*, p. 86 y p. 243; *El concepto de derecho*, *ob. cit.*, pp. 110 y 308.

⁹ Muy al contrario, dice Ross: «Las personas sometidas a un régimen efectivo de fuerza no siempre lo viven (*experience*) como válido. En los casos en que un régimen efectivo existente no recibe aprobación ideológica en la conciencia formal de los súbditos, sino que es obedecido únicamente por temor, éstos no lo viven (*experience*) como “un orden jurídico”, sino como un dictado de la fuerza o de la violencia.» [Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia* (1958), trad. de G.R. Carrió, Eudeba, Buenos Aires, 1994 (5ª ed.), p. 54]. Con todo, Ross replicó a Hart que no podía comprender «cómo es posible que una persona pueda tener una actitud como la descrita [por Hart como interna] —criticándose a sí mismo de infringir la regla, y reconociendo que la crítica de los otros miembros del grupo es justificada— y todavía sentirse libre para actuar como quiera.» [Ross, Alf, “Hart sobre el concepto de Derecho” (1962), trad. de J.J. Moreso, en Casanovas, P. y Moreso, J.J. (eds.), *El ámbito de lo jurídico... ob. cit.*, pp. 465-474; p. 471].

pueda ser descrito científicamente¹⁰. Y esto lleva a Ross a la misma conclusión que a Hart: «No puede determinarse lo que es derecho vigente por medios puramente conductistas (*behaviouristic*), esto es, mediante observación externa de regularidades en las relaciones (costumbres) de los jueces»; sino que es precisa «la hipótesis de una cierta ideología que anima al juez y motiva la acción»¹¹. Así pues, Ross no explicó la obligación jurídica como una experiencia de compulsión o temor, sino como una experiencia ideológica de respeto por las normas muy próxima a la idea de aceptación que manejó Hart.

Aceptación de la regla de reconocimiento

La aplicación por Hart de la idea de un punto de vista interno supuso una novedad en la Teoría del Derecho. Entre estas aplicaciones nos interesará en especial la que tiene que ver con el punto de vista de los jueces, y por ello conviene recordarla ya desde el inicio. Según Hart, la presencia del punto de vista interno es una *posibilidad* entre los ciudadanos particulares sujetos a un sistema jurídico; pero es una *necesidad* entre los funcionarios del sistema, y sobre todo en-

¹⁰ «El mismo orden, en consecuencia, puede ser un “orden jurídico” para una persona y un “régimen de violencia” para otra.» [Ross, A., *Sobre el derecho y la justicia*, *ob. cit.*, p. 55].

¹¹ Ross, A., *Sobre el derecho y la justicia*, *ob. cit.*, pp. 36-37. Según Ross «la mayor parte de las personas obedecen el derecho no solo por temor a la policía y a las sanciones sociales extrajurídicas (pérdida de la reputación, de la confianza, etc.), sino también por respeto desinteresado al derecho» (*ob. cit.*, p. 53). Y esto es todavía más claro en el caso de los jueces, a quienes Ross considera destinatarios directos de las normas jurídicas: «el juez está motivado primera y principalmente por impulsos desinteresados, por un puro sentimiento del deber y no por el temor a las sanciones jurídicas o por cualquier otro interés» (*ibidem*). De hecho —opina— «jamás sería posible edificar un orden jurídico eficaz si no existiera dentro de la magistratura un sentimiento vivo y desinteresado de respeto y obediencia hacia la ideología jurídica en vigor» (*ibidem*). No hay mucha distancia entre esta tesis y la de Hart, según la cual la existencia de un orden jurídico requiere la aceptación por los jueces de la regla de reconocimiento del sistema.

tre los jueces. No quiere decir Hart que sea necesario que todos los jueces en todo momento acepten todas las normas jurídicas, pero sí que entre los jueces sea una costumbre usar y aceptar unos criterios comunes (que él llamó la regla de reconocimiento del sistema) para identificar las normas jurídicas que a su vez aceptan usar y aplicar.

El argumento de Hart puede resumirse así: primero, es característico del Derecho estar constituido por normas o reglas sociales; y «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»¹². Segundo, es característico de los sistemas jurídicos complejos estar constituidos por normas primarias que prescriben conductas, y por normas secundarias que regulan la identificación, aplicación y modificación de las normas primarias del sistema. Tercero, la existencia de las normas primarias depende de las normas secundarias y no precisa su aceptación; pero, sean o no aceptadas, han de ser generalmente obedecidas para que exista un sistema jurídico. Cuarto, la existencia de las normas secundarias sí requiere su aceptación como normas por los funcionarios del sistema que han de aplicarlas. En particular, y sobre todo, los jueces han de seguir y aceptar como obligatoria una regla común para identificar las normas válidas del sistema. Por eso es también condición necesaria de la existencia de un sistema jurídico que «sus reglas de reconocimiento que especifican los criterios de validez jurídica, y sus reglas de cambio y de adjudicación, tienen que ser efectivamente aceptadas por sus funcionarios como pautas o modelos públicos y comunes de conducta oficial»¹³.

Trataremos de ver en qué medida es cierto que la existencia de un sistema jurídico precisa que los jueces adopten ese punto de vista interno ante las reglas secundarias que aplican; pero me propongo

¹² Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, ob. cit., p. 55; *El concepto de derecho*, ob. cit., p. 71.

¹³ Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, ob. cit., p. 113; *El concepto de derecho*, ob. cit., p. 145.

abordar antes numerosas cuestiones conflictivas sobre qué significa el punto de vista interno.

2. COMPROMISO Y DESAPEGO

Una primera dificultad importante de la distinción propuesta por Hart resultó ser dar encaje a un tipo de enunciados bastante frecuente que parece tener pleno sentido normativo y, sin embargo, no expresan ninguna aceptación ni compromiso por parte de quien los formula. Alf Ross ya percibió en su recensión del libro de Hart que es posible hablar de las normas sin aceptarlas ni rechazarlas¹⁴. Joseph Raz fue más allá y puso de manifiesto que hay otros “enunciados normativos” sobre el Derecho además de los que afirman razones válidas para actuar (formulados desde el punto de vista que Hart llamaba interno) y los que tratan de las creencias y actitudes de la gente hacia las normas (formulados desde el punto de vista externo moderado o hermenéutico)¹⁵. Son enunciados que asumen el “punto de vista jurídico” sin comprometerse con él, como cuando se dice “A debe pagar 80 libras de impuestos”. En otro célebre ejemplo, Raz supone que no siendo vegetariano podría decirle a un

¹⁴ Decía Ross: «Es para mí sorprendente que Hart no vea, o de todas formas no mencione, el uso más obvio del lenguaje externo en boca de un observador que, como tal, ni acepta ni rechaza las reglas sino que solamente informa sobre ellas: el dogmático en tanto que su tarea consiste en formular enunciados verdaderos acerca del derecho actualmente vigente.» [Ross, Alf, “Hart sobre el concepto de Derecho”, *ob. cit.*, p. 472]. Y en una nota menciona como ejemplos de estos enunciados la descripción del Derecho vigente que proporciona un abogado a su cliente o incluso un abogado ante un tribunal o un juez al motivar su decisión. Ross veía estos enunciados neutrales como descripciones hechas desde el punto de vista externo; pero esto no capta bien que estos enunciados no sólo describen hechos, sino que invocan normas y emplean propiamente un lenguaje normativo.

¹⁵ Raz, Joseph, *Practical Reason and Norms* (1ª ed., 1975; 2ª ed., 1990), Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 171-172. Hay trad. esp. de J. Ruiz Madero: *Razón práctica y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 200-201.

amigo vegetariano: “No deberías comer este plato; contiene carne”, sin por ello creer ni afirmar que su amigo tiene una razón para no comerlo¹⁶. Raz explica que este tipo de enunciados no afirma ni presupone que la norma es válida, sino que se limitan a asumir el punto de vista de la norma. Pero son enunciados sobre el contenido de la norma, no sobre el hecho de que alguna gente la sigue; y por tanto, no encajan bien en ninguno de los puntos de vista descritos por Hart. En un trabajo posterior, Raz llamó *detached* o *desapegados* [o “imparciales”, “desinteresados”, “desprendidos” o “separados”] a este tipo de enunciados, que contrastan con los enunciados *comprometidos*, que expresan aceptación y afirman razones para actuar¹⁷.

También Neil MacCormick puso de relieve que desde fuera (externamente) del grupo que sigue una regla es posible usarla igual que lo hacen (internamente) sus miembros, de modo que hay enunciados normativos ambiguos en cuanto al punto de vista desde donde se formulan¹⁸. Una persona puede hacer enunciados sobre un sistema jurídico que no le vincula, o con el que no simpatiza, tanto

¹⁶ Raz, J., *Practical Reason and Norms...*, *ob. cit.*, p. 175; *Razón práctica y normas*, *ob. cit.*, p. 204.

¹⁷ Dice Raz: «Un enunciado jurídico imparcial [*detached*] es un enunciado sobre el derecho, sobre qué derechos u obligaciones jurídicas tienen los individuos, no un enunciado sobre las creencias, actitudes o acciones de los individuos ni tampoco acerca de sus creencias, actitudes o acciones hacia el derecho. Sin embargo un enunciado normativo imparcial no contiene la fuerza normativa completa de un enunciado normativo ordinario. Su emisión no compromete a quien lo dice a las opiniones normativas que su dicho expresa. Los consejos de los abogados a sus clientes, las exposiciones de los profesores de derecho ante sus estudiantes, frecuentemente pertenecen a esta categoría. No estoy implicando que los abogados o los profesores de derecho no creen en la validez (*i.e.* justificación) del derecho que tratan, únicamente que, frecuentemente, no se comprometen a tales creencias cuando actúan en su actividad profesional.» [Raz, Joseph, *La autoridad del Derecho* (1979), trad. de R. Tamayo y Salmorán, UNAM, México D.F., 1985 (2ª ed.), p. 196].

¹⁸ MacCormick, Neil, *H.L.A. Hart*, Edward Arnold, Londres, 1981, p. 39. Así —apunta—, el enunciado normativo “Como buen católico, deberías ir hoy a misa” puede provenir indistintamente de un párroco o de un amigo no creyente, y por tanto no presupone aceptación o pertenencia al grupo, aunque sí la

afirmando hechos *acerca de* ese sistema como afirmando contenidos *de* ese sistema. Ahora bien, MacCormick entendía que los enunciados normativos emitidos desde un punto de vista interno hipotético son los enunciados externos no extremos o “hermenéuticos” que identificaba Hart¹⁹. El propio Hart pareció asumir esta integración de los enunciados desapegados en el punto de vista externo hermenéutico²⁰. Sin embargo, este encaje exigiría reformular esta perspectiva de modo que deje de ser la del observador que describe hechos y pase a ser el punto de vista de quien participa en la práctica sin aceptar sus reglas. Esto, a su vez, requiere clarificar la relación entre describir y prescribir, y entre participar y aceptar.

existencia de un punto de vista interno, el cual se asume real o hipotéticamente.

¹⁹ *Idem.* MacCormick lo reitera en la 2ª ed. (2008), que cuenta con trad. esp. de J.M. Pérez Bermejo: *H.L.A. Hart*, Marcial Pons, Barcelona-Buenos Aires-Madrid, 2010, p. 117.

²⁰ Aclaraba Hart en 1982 que «...pueden hacer enunciados normativos tanto quienes aceptan ellos mismos los principios relevantes como guías de conducta y criterios de evaluación y por quienes no los aceptan así. Los enunciados que hacen los primeros son enunciados comprometidos y han de contrastarse con los enunciados que hacen quienes hablan desde el punto de vista de quienes aceptan los principios y de este modo hablan como si ellos mismos los aceptasen aunque de hecho no lo hacen. Tales enunciados son desapegados [*detached*]. Así el cristiano que dice a su amigo judío a punto de comer un plato de cerdo ‘No deberías comer eso’ habla desde, sin compartirlo, el punto de vista de quien acepta las leyes judías sobre la dieta. No es, por tanto, un enunciado meramente *acerca* [*about*] de las leyes judías sobre la dieta sino un enunciado *de* [*of*] el Derecho que en boca de este hablante es no comprometido o desapegado.» [Hart, H.L.A., *Essays on Bentham*, Clarendon Press, Oxford, 1982, p. 154]. “Desde luego quienes formulan estos enunciados ‘desapegados’ deben entender el punto de vista de quien acepta la regla, y por eso su punto de vista podría bien llamarse ‘hermenéutico’. Estos enunciados desapegados constituyen una tercera clase de enunciados que se añade a los dos (enunciados internos y externos) que distinguí”. [Hart, H.L.A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983, p. 14]. Hart se refería aquí a su distinción de 1959 (nota 8 *supra*).

Descripción y prescripción

Los enunciados “externos” o formulados “desde el punto de vista externo” son fundamentalmente descripciones (volveré sobre ello, § 4). En cambio, el estatuto de los enunciados jurídicos desapegados —formulados “desde el punto de vista jurídico” por quien no acepta la normatividad del Derecho— es discutible. Según Eugenio Bulygin, un enunciado sobre el Derecho como “Esta ley es válida”, o bien es fáctico y externo, o bien es una prescripción disfrazada²¹. Por tanto, no habría un terreno intermedio en donde situar enunciados que no tratan *acerca de* hechos, sino que asumen —sea de modo comprometido o desapegado— el punto de vista interno y tratan *del* Derecho. En cambio, para Juan Carlos Bayón, los enunciados no comprometidos son descriptivos, porque informan sobre reglas y razones para actuar²². Y la posibilidad de que un enunciado desapegado sea a la vez normativo y descriptivo les resulta incoherente a algunos, como a Scott Shapiro²³.

Pero no hay incoherencia alguna en percibir distintos significados y funciones pragmáticas en una misma oración, y a mi juicio esto es lo que a menudo sucede en los pronunciamientos sobre el Derecho. Una oración como “Aquí no se puede fumar”, puede tener varios significados: (a) una norma (‘Prohibido fumar’); (b) un enuncia-

²¹ Bulygin, Eugenio, “Normas, proposiciones normativas y enunciados jurídicos”, en Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 181.

²² Bayón, Juan Carlos, *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 29. Si el punto de vista desapegado es descriptivo, no puede servir —argumenta Bayón— para explicar la actitud de un juez cuando justifica una decisión, porque «quien *justifica* acciones y decisiones no *describe* ni se sitúa hipotéticamente en un punto de vista, sino que lo *acepta* o *suscribe*. (...) Si tratamos de reconstruir el razonamiento con el que un juez *justifica* una decisión —y no el de un jurista teórico que da cuenta del derecho existente sin asumir en relación con él ninguna clase de actitud práctica—, no podemos hacerlo en términos de enunciados imparciales o no comprometidos (...)».

²³ Shapiro, Scott, *Legality*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2011, p. 415, n. 44.

do normativo comprometido (interno) que afirma una proposición normativa y expresa una preferencia ('Las normas prohíben fumar aquí y no debes hacerlo'); (c) un enunciado normativo desapegado que afirma una proposición normativa sin implicar ninguna preferencia ('Las normas prohíben fumar aquí, pero no me importa que lo hagas'); (d) un enunciado externo hermenéutico que afirma una proposición fáctica acerca del punto de vista jurídico ('Según lo que aquí se tiene por norma, está prohibido fumar'); o (e) un enunciado externo que afirma una proposición fáctica acerca de sucesos ('Aquí es imposible fumar', por ejemplo porque no hay oxígeno).

En principio, los jueces también pueden participar de esta ambigüedad en sus pronunciamientos. Cuando deciden casos invocando el Derecho, los jueces crean normas ('Dispongo que A haga ϕ ') y expresan normas ('A debe hacer ϕ '), pero también declaran o enuncian normas preexistentes ('Según R_1 , A ha de hacer ϕ '). Y estos enunciados pueden ser comprometidos o desapegados, a menudo de modo indistinguible para los observadores; aunque veremos que la existencia y estabilidad del sistema jurídico puede exigir que los enunciados sean generalmente comprometidos o en todo caso lo parezcan. Los jueces también hacen enunciados fácticos sobre sucesos cuando declaran los hechos probados. Y aunque sea más insólita, también hay la posibilidad de enunciados judiciales externos hermenéuticos; los cuales, por otra parte, pueden ser también difíciles de distinguir de los enunciados desapegados (por ejemplo, cuando un juez declara y aplica Derecho extranjero, ¿dice *el* Derecho o informa *acerca de* lo que se tiene allí por Derecho?).

Aceptación y participación; interno e interior

Como queda claro en el pasaje citado al comienzo, el punto de vista interno respecto de una norma consiste para Hart en aceptarla como tal. Pero con frecuencia, y sobre todo cuando se toma como objeto de atención las prácticas sociales, la idea de Hart se aplica a la perspectiva de quien participa en la práctica desde dentro, lo cual no es lo mismo. El punto de vista desde el interior de la práctica es,

desde luego, “interno”, pero en un sentido diferente al que Hart dio a este término, según el cual no basta con jugar, sino que se requiere además aceptar las reglas de juego. Sobre esta confusión entre participar y aceptar alerta con buenas razones Shapiro, para quien el propósito de la distinción de Hart no era defender el enfoque metodológico sobre el Derecho que adopta la perspectiva del participante en él, sino más bien combatir las teorías miopes que no ven que algunos participantes siguen las normas jurídicas porque las aceptan y no por temor a las sanciones o por simple hábito²⁴. Shapiro llama “punto de vista *práctico*” al de quien participa desde dentro para decidir cómo responder ante el Derecho, y “punto de vista *teórico*” al del observador que estudia el comportamiento de los participantes, sea o no él mismo uno de ellos. Seguiré esta estipulación, que creo útil para evitar confusiones, y diferenciaré entre el punto de vista del aceptante o *interno* (por seguir a Hart); y el punto de vista del participante o *práctico* o *interior* a la práctica.

Diferenciar entre el punto de vista interior a la práctica (del participante) y el interno hacia sus reglas (del aceptante) despeja muchas perplejidades. Para Hart, adopta el punto de vista interno sobre una regla social quien voluntariamente la acepta y sigue, y es dicha

²⁴ Shapiro, Scott, “What is the Internal Point of View?”, *Fordham Law Review* 75 (2006), pp. 1157-1170; pp. 1158-1161. Según Shapiro, el punto de vista interno del que habla Hart no puede ser el del participante, porque de otro modo no se entendería su argumentación. El argumento de Hart era que una teoría sobre el Derecho debía ser consciente y dar cuenta de las diversas razones que llevan a los destinatarios de las normas jurídicas a obedecerlas, y que por ello son inadecuadas las teorías que caracterizan las normas jurídicas por su coercibilidad y se fijan exclusivamente en quienes las cumplen por temor a las represalias. Éste sería el caso de la teoría jurídica de Holmes y su enfoque del “hombre malo” que quiere evitar las sanciones; enfoque que le lleva a destacar del Derecho las consecuencias de hecho que acarrea. Pero como este “hombre malo” al que le preocupa el Derecho es un participante, la crítica de Hart a la teoría de Holmes no puede ser que desconoce la perspectiva del participante, sino que desconoce la perspectiva de quien sigue las normas porque las acepta. Por eso —concluye Shapiro (*ob. cit.*, p. 1159)— para Hart «el punto de vista “interno” se identifica con la perspectiva “internalizada” (*internalized*) más que con la de quien está dentro (*insider*)».

aceptación —y no la participación en la práctica en la que la regla es usada— la que debe tener en cuenta el teórico. En cambio, la distinción metodológica habitual, incluida la de Winch que retomó Hart, se plantea en función de si la observación tiene en cuenta o no la perspectiva de los participantes, incluidos tanto aceptantes como discrepantes e indiferentes. Hay quien, como Tamanaha, ve esta idiosincrasia en la terminología de Hart como una equivocación²⁵. Hay aquí efectivamente un equívoco, pero creo que no una confusión. El equívoco estriba en que Hart emplea la noción de punto de vista externo sobre las reglas en dos sentidos conexos. Por una parte, es la perspectiva vital (actitud subjetiva) de quien no acepta las reglas. Por otra parte, es la perspectiva metodológica (enfoque teórico) del observador²⁶. Ambas perspectivas son conexas por cuanto

²⁵ Tamanaha, B., “A Socio-Legal Methodology...” *ob. cit.*, p. 1263. Según Tamanaha la distinción metodológica original atiende a cómo el científico social toma la conducta del grupo social observado (sólo por sus regularidades observables o también por el significado intersubjetivo que le dan sus miembros); mientras que la distinción de Hart añade una atención a la posición del observador, pues se fija en si éste es o no un miembro del grupo que acepta las reglas. Sin duda Hart dio a entender que adoptaba el punto de vista externo quien no pertenece al grupo y lo observa desde fuera, pero la clave de su distinción no es el lugar de observación sino la actitud del observador, y nada impide que un miembro del grupo haga observaciones externas de su propio grupo, como el mismo Hart hacía.

²⁶ Otro pasaje de Hart recoge esta ambigüedad de un modo más clarificador: «El punto de vista externo puede reproducir muy aproximadamente [*may very nearly reproduce*] la manera en que las reglas funcionan en la vida de ciertos miembros del grupo, a saber, aquellos que rechazan sus reglas y únicamente se interesan en ellas porque piensan que la violación desencadenará, probablemente, consecuencias desagradables.» [Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, *ob. cit.*, p. 88; *El concepto de derecho*, *ob. cit.*, p. 112]. Entiendo que lo que quiere decir Hart es esto: el enfoque metodológico externo (y aquí se refiere a su variante extrema) es apto para dar cuenta de la conducta de quienes siguen las reglas sólo por temor, con una actitud externa (pero no, en cambio, para dar cuenta del seguimiento por aceptación, que exige un enfoque hermenéutico). Su tesis, como vimos, es que las teorías jurídicas externas extremas de Austin o Holmes perciben la conducta y actitud externa de quienes se someten al Derecho, pero no logran captar la actitud interna de quienes lo obedecen voluntariamente.

el rol de observador es más claro cuando éste tiene una actitud de desapego respecto del objeto observado. Pero ambas perspectivas externas son distinguibles, porque puede ser observador también un miembro del grupo que acepta sus reglas, como sin duda era el caso del propio Hart cuando observaba el sistema jurídico inglés. Nada en la exposición de Hart, a pesar de su uso equívoco de los términos, impide que alguien que participa en la práctica jurídica y acepta sus reglas —como el juez Holmes, el juez Posner o Hart—, adopte en un momento dado un punto de vista externo sobre ellas, con propósitos teóricos. Más bien al contrario: Hart quería subrayar esta posibilidad frente a Kelsen (o así lo sostiene Andrei Marmor²⁷) y más tarde insistió en ella frente a Dworkin (*infra* § 4). La cuestión para Hart era otra: si es posible para ese teórico del Derecho describir correctamente el funcionamiento de las normas jurídicas

En cambio, Tamanaha cree que este pasaje «complica este revoltijo de referencias inconsistentes al establecer una analogía entre el punto de vista externo de quien está fuera [*outsider*] con el punto de vista interno de un miembro del grupo que no acepta las reglas.» [Tamanaha, B., “A Socio-Legal Methodology...” *ob. cit.*, p. 1264]. Sin embargo, ni Hart consideraba “interno” el punto de vista del miembro que no acepta, ni limitaba el punto de vista “externo” al de quien está fuera, ni establecía analogía alguna entre observar externamente y rechazar las normas. Lo que el texto dice es que quien observa sólo la conducta externa de un grupo «puede reproducir muy aproximadamente» cómo operan sus normas en quienes las rechazan. Es decir, que puede describir o referir esos efectos (pero no, en cambio, cómo operan esas mismas normas en quienes sí las aceptan). No dice —contra lo que parece leer Tamanaha— que la observación externa imita o se asemeja a la actitud interna de rechazo. Ello sería como decir que la posición de Holmes (observador externo) se parece a la del “hombre malo” (observado no aceptante), y Hart en absoluto pretendía decir eso.

²⁷ Según Marmor el objetivo de Hart es sobre todo justificar, frente a Kelsen, la posibilidad de tener en cuenta el punto de vista interno desde fuera de él, sin dar por supuesto que el teórico acepta la normatividad del Derecho [Marmor, Andrei, *Philosophy of Law*, Princeton University Press, Princeton, 2011, p. 54]. No obstante, el propio Kelsen admitía que «un anarquista, como jurista, puede describir un derecho positivo como un sistema de normas válidas, sin aprobarlo» [Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho* [2ª ed., 1960], trad. de R. Vernengo, Porrúa-UNAM, México, 1991, p. 229, n. 133].

pasando por alto que muchos miembros del grupo, incluido tal vez él mismo, las siguen porque las aceptan.

3. APROBACIÓN Y ADOPCIÓN

Como se lee en el pasaje citado al principio, el punto de vista interno sobre las reglas consiste, según la exposición inicial de Hart, en que éstas se *acceptan* y *usan* como guía de conducta. El significado en este contexto de los términos *acceptar* y *usar* es probablemente la principal fuente de discusión en el tema que estamos tratando, y lo abordaremos sucesivamente.

Acceptar una norma, según Hart, es «ver en la conducta de que se trata una pauta o criterio general de comportamiento a ser seguido por el grupo como un todo». «Lo que es necesario es que haya una actitud crítica reflexiva [*a critical reflective attitude*] frente a ciertos modelos de comportamiento en tanto que pautas o criterios de conducta comunes, y que ella se despliegue en la forma de crítica (que incluye la autocrítica), exigencias de conformidad, y en reconocimientos de que tales críticas y exigencias están justificadas (...)»²⁸.

Qué sea esta “actitud crítica reflexiva” y qué entendió Hart por ella no es fácil de captar. Por una parte, hemos visto que no se trata de un sentimiento o de una experiencia psicológica del tipo descrito por Ross. Y veremos que tampoco ha de ser una creencia consciente y susceptible de ser justificada; ni equivale a la idea de aprobación, al menos entendida como aprobación por razones morales. Aceptar una norma es más bien *adoptarla* como pauta para guiar y criticar la conducta propia o ajena. Es la actitud de quien la toma como una obligación y no como una orden respaldada por amenazas, ni como un mero hábito.

²⁸ Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, ob. cit., pp. 55-56; *El concepto de derecho*, ob. cit., pp. 71-72.

Respaldo y preferencias

Según Raz, los enunciados internos identificados por Hart son «aquellos que aplican el derecho, usándolo como patrón por medio del cual evalúan, guían o critican el comportamiento»; son «enunciados normativos genuinos»; y hacerlos es «un signo de respaldo a la norma respectiva», por cuanto «uno respalda una norma si la usa regularmente al evaluar, guiar y criticar aquellas acciones a las cuales la norma se aplica» y tiene la disposición a seguir haciéndolo²⁹. Y MacCormick ha sugerido que la actitud crítica y reflexiva a la que aludía Hart se entiende mejor como la combinación de dos elementos: uno de cognición (lo reflexivo) y otro de volición o voluntad (lo crítico). El primero se refiere a la capacidad de evaluar las acciones según una pauta de conducta. El segundo consiste en «un deseo o voluntad de que la pauta sea observada, una preferencia por la conducta conforme sobre la no conforme en las circunstancias relevantes»³⁰.

En efecto, la aceptación de una regla implica alguna preferencia hacia ella, algún tipo de compromiso con ella, aunque sea reluctante³¹. Aceptar una regla es algo más que acatarla, seguirla o usarla con

²⁹ Raz, J., *La autoridad del derecho*, *ob. cit.*, p. 185.

³⁰ MacCormick, N., *H.L.A. Hart*, *ob. cit.*, pp. 33-34. Esta distinción le sirve también a MacCormick para clarificar el punto de vista externo hermenéutico: éste ha de captar ambos elementos, cognitivo y volitivo, pero sólo ha de compartir el cognitivo (*ob. cit.*, p. 38).

³¹ Según MacCormick la preferencia puede ser fuerte e incondicionada o condicionada a que la pauta continúe siendo preferida por el grupo; y distingue entre una aceptación voluntaria fuerte, cuando se prefiere que la regla sea seguida y percibida como tal regla; y otra más débil, cuando se acepta «reluctantemente o sin entusiasmo» porque hay razón para conformarse a ella y así evitar la crítica, y para preferir que sea generalmente aplicada y así quienes se conforman sin entusiasmo no puedan aprovecharse de ello [MacCormick, N., *H.L.A. Hart*, *ob. cit.*, p. 35]. Dice MacCormick que es probable que esos deseos o preferencias sean normalmente «por estados de cosas que son ellos mismos o conducen a algunos fines o valores últimos» (y por ello sí pueden estar implicados sentimientos o actitudes afectivas o emocionales); pero no es necesario [*ob. cit.*, p. 34].

desapego: es también quererla y respaldarla. Acepta una regla quien quiere que exista y que se mantenga como pauta de conducta de un grupo, y no quien sólo se conforma a ella o la aplica. La cuestión más polémica es si esta aceptación requiere o no aprobación moral.

Adopción sin aprobación moral

Diré que una norma se *adopta* para expresar la idea de que se acepta y respalda porque se desea que se mantenga, pero no necesariamente se *aprueba* moralmente. Hart fue explícito en que la aceptación no tiene por qué deberse a una aprobación moral³². Y en esta idea de que aceptar una norma no implica creerla moralmente correcta insistió toda su vida³³. Su tesis era que el punto de vista interno sobre una regla es compatible con diversos motivos para

³² Para Hart, «ni siquiera es verdad que aquellos que aceptan voluntariamente el sistema tengan que sentirse moralmente obligados a hacerlo, si bien lo es que cuando hay tal sentimiento el sistema será más estable. En efecto, el acatamiento [*allegiance*] al sistema puede estar basado en muchas consideraciones diferentes: cálculos interesados a largo plazo, interés desinteresado en los demás; una actitud tradicional o una actitud no reflexiva heredada; o el mero deseo de comportarse como lo hacen los otros» [Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, *ob. cit.*, p. 198; *El concepto de derecho*, *ob. cit.*, pp. 250-251]. A mi juicio el término “acatamiento” nombra mejor la actitud de quien se *adapta* a las reglas aun rechazándolas que la de quien, como aquí, las *adopta* por respeto y de modo comprometido.

³³ «Verdaderamente, aún la más débil condición de que para la existencia de una regla social tenga que ser el caso que los participantes tengan únicamente que *creer* en que hay buenos fundamentos morales para conformarse a ella es muy fuerte como condición general para la existencia de reglas sociales, puesto que algunas reglas pueden ser aceptadas simplemente por deferencia a la tradición o por el deseo de identificarse con otros o en la creencia de que la sociedad conoce mejor qué es lo que le conviene a los individuos. Estas aptitudes [*actitudes*, *attitudes*] pueden coexistir con una más o menos vívida conciencia de que las reglas son moralmente objetables» [Hart, H.L.A. “Postscript” a su *The Concept of Law*, 2ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1994, pp. 238-276; p. 257. Se cita por la trad. esp. de R. Tamayo y Salmorán: *Post scriptum al concepto de derecho*, UNAM, México, 2000; p. 35].

adoptarla, además de considerarla justificada. Pero no con cualquier motivo.

En primer lugar, no puede contarse como aceptación el temor a represalias, porque precisamente Hart se esfuerza en diferenciar los puntos de vista de quien acepta y obedece voluntariamente (interno), y de quien obedece contra su voluntad (externo). No es lo mismo *verse* obligado o *ser* obligado a hacer algo que *estar* obligado o *tener* la obligación de hacerlo; porque lo último no depende del temor a represalias sino de la presencia de normas, y se puede tener una obligación aunque no haya riesgo alguno de ser castigado por el incumplimiento³⁴. Hay quien piensa que el miedo cuenta entre los motivos de aceptación³⁵; pero no veo cómo se puede entonces diferenciar entre la aceptación comprometida y el acatamiento del disidente que se ve forzado a obedecer.

En segundo lugar, el sentido que da Hart a aprobar una regla tampoco incluye adoptarla por inercia. En efecto, debemos distinguir con Hart entre seguir una norma por deferencia a la tradición y seguirla por inercia. En el primer caso hay una preferencia porque la

³⁴ Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, *ob. cit.*, p. 80; *El concepto de derecho*, *ob. cit.*, p. 104. Hart distingue entre la “obediencia” de quien piensa que su conducta es «correcta, apropiada u obligatoria» y la de quien no comparte ese punto de vista interno y obra «simplemente por temor a las consecuencias o por inercia» [Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, *ob. cit.*, p. 112; *El concepto de derecho*, *ob. cit.*, p. 143]. Su tesis es que los ciudadanos particulares pueden obedecer por cualquiera de estos motivos, pero que la existencia de un sistema jurídico requiere que los jueces y otros funcionarios apliquen el Derecho creyendo que hacen lo correcto.

³⁵ Dice Raz: «La aceptación aquí no supone aprobación moral de la regla ni, tampoco, creencia de que existen razones morales adecuadas para obedecerlas. La aceptación podría ser por razones morales prudenciales, por cualquiera otra o por ninguna razón en absoluto. Todo lo que significa es la creencia de que el agente debe seguir la regla de acuerdo con sus términos. Aceptar reglas es frecuentemente contrastado con actuar por miedo a la sanción. Esto es un error. Miedo a la sanción es una razón de interés propio y si otra razón de interés propio puede conducir a la aceptación, ¿por qué no el miedo a la sanción?» [Raz, Joseph, *El concepto de sistema jurídico* [1ª ed., 1970; 2ª ed., 1980], trad. de R. Tamayo y Salmorán, UNAM, México, 1986, p. 278].

regla se mantenga: la regla se acepta o adopta con el deseo y la intención de preservarla. En el segundo caso hay indiferencia respecto de la continuidad de la regla y aunque el cumplimiento es también voluntario (no forzado), hay en él más automatismo que intención.

En tercer lugar, la aceptación supone la adopción voluntaria de las reglas y no sólo «las actitudes y la conducta, más simples, involu-cradas en la mera obediencia o aquiescencia [*acquiescence*]»³⁶. Lo que aquí Hart contrasta con la aprobación no es la “aquiescencia” entendida como aprobación, asenso o consentimiento, sino la actitud de quien acata sin protestar pero con indiferencia. La aceptación requiere, como decimos, un elemento intencional de preferencia y respaldo.

A partir de las sugerencias de Hart, podemos enumerar varias posibles motivaciones no morales para adoptar una regla social y, en concreto, para que un juez adopte la regla de reconocimiento (es decir, mantenga hacia ella un punto de vista interno): (a) *Por interés, provecho o conveniencia personal*. Por ejemplo, porque el juez piensa que perderá su puesto si no actúa como cree que se espera de él³⁷. (b) *Por consentimiento*. Por ejemplo, porque el juez considera que su obligación moral es decidir según la justicia pero admite que seguir la práctica habitual de identificación del Derecho es útil para proporcionar seguridad jurídica cuando es complicado identificar la solución justa o moralmente correcta. (c) *Por empatía o asentimiento con la autoridad normativa*. Por ejemplo, porque el juez se ve como miembro de un colectivo de jueces y asume su código de conducta (tal como seguir una misma regla de reconocimiento) como un elemento de esa pertenencia³⁸. (d) *Por adhesión o imitación o tradición*

³⁶ Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, *ob. cit.*, p. 197; *El concepto de derecho*, *ob. cit.*, p. 249.

³⁷ Shapiro ilustra esto diciendo que los jueces podrían aplicar el Derecho simplemente para cobrar sus sueldos. Shapiro, Scott, “What is the Internal Point of View?”, *ob. cit.*, p. 1162.

³⁸ «Considerarse a sí mismo y ser considerado por otros, especialmente por los colegas, como un buen juez requiere conformidad con las normas aceptadas de

interiorizada. Por ejemplo, porque el juez conoce cómo actuaron otros jueces antes que él para identificar el Derecho y entiende que no hay motivos para cambiar esa costumbre.

La aceptación judicial de la regla de reconocimiento

¿Es consistente la tesis de que el juez puede aceptar la regla de reconocimiento por razones no morales? Algunos filósofos lo ponen en duda³⁹. Pero Raz ha ofrecido a esta pregunta una respuesta poli-facética que merece la pena desentrañar⁴⁰.

Según Raz⁴¹, en los sistemas jurídicos complejos la validez o pertenencia de las normas depende de su creación o aplicación por instituciones específicas que cuentan con autoridad social y son efectivamente obedecidas. Es crucial en este respecto el papel de las instituciones de aplicación de normas, como los jueces y tribunales. Éstos aplican de modo vinculante normas que, a su vez, están vinculados a seguir con exclusión de otras razones para actuar. En resumen, una norma pertenece al sistema jurídico si los órganos

la labor de juzgar» [Posner, Richard A., *How Judges Think*, Harvard University Press, Cambridge (Mass), 2008, p. 61].

³⁹ Ernesto Garzón Valdés argumentó así sobre la aceptación de las normas del sistema jurídico: «Como esta aceptación no puede, por definición, deberse a razones prudenciales (el temor a un posible castigo o la esperanza de obtener algún premio, por ejemplo), no parece aventurado afirmar que su fundamento ha de buscarse en la creencia de que las normas coinciden con los principios y reglas supremas de justificación y orientación del comportamiento que ellos sustentan.» [Garzón Valdés, Ernesto, *Derecho, Ética y Política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 329].

⁴⁰ Se ha dicho que Raz ha modificado su respuesta con el tiempo: Hart, H.L.A., *Essays on Bentham*, *ob. cit.*, p. 156; Bayón, J.C., *La normatividad...*, *ob. cit.*, p. 37, n. 39; Gaido, P., *Las pretensiones normativas del derecho. Un análisis de las concepciones de Robert Alexy y Joseph Raz*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011, p. 109, n. 8. Tal vez sea cierto, pero también hay datos que sugieren la pertinencia y la posibilidad de una interpretación compatible de sus diferentes textos.

⁴¹ La fuente principal de este resumen es Raz, J., *Razón práctica y normas*, *ob. cit.*, esp. cap. 4. También Raz, J., *La autoridad del derecho*, *ob. cit.*, esp. cap. 2.

de aplicación le reconocen autoridad legítima preferente y se consideran vinculados por ella. En definitiva, dice Raz: «Los jueces, actuando como jueces, actúan sobre la base de la creencia de que las disposiciones jurídicas son razones válidas para la acción. Además (...), los jueces consideran que las disposiciones jurídicas son razones excluyentes en tanto que no toman en consideración todas las razones no jurídicas excepto cuando está permitido por el Derecho actuar sobre la base de razones no jurídicas»⁴². Pero, según Raz, esta aceptación por los jueces de las razones jurídicas como razones válidas y excluyentes para actuar no tiene que ser necesariamente por razones morales y podría hacerla un juez anarquista⁴³.

⁴² Raz, J., *Practical Reason and Norms*, ob. cit., p. 171; *Razón práctica y normas*, ob. cit., p. 199.

⁴³ Dice Raz: «Es normal comprobar que al menos algunos de los sujetos de un sistema institucionalizado consideran que éste está moralmente justificado. Es incluso más común comprobar que muchos de sus funcionarios comparten esta opinión. Pero tiene gran importancia recordar que estos hechos, aunque comunes y ampliamente extendidos, no son lógicamente necesarios. Además, no sólo es lógicamente posible sino también no insólito que un funcionario del sistema siga sus reglas de reconocimiento sin considerarlas moralmente justificadas. (...) [E]l funcionario puede seguir la regla, bien sin tener ninguna creencia sobre por qué está justificado hacerlo así, bien por razones prudenciales (su mejor manera de asegurarse una vida confortable o de evitar una situación social difícil, etc.), o bien por razones morales que se basen en su rechazo moral del sistema. Un anarquista, por ejemplo, puede llegar a ser juez sobre la base de que si sigue el Derecho la mayor parte del tiempo, podrá desobedecerlo en las pocas pero importantes ocasiones en que hacerlo así contribuye más a socavarlo.» [Raz, J., *Practical Reason and Norms*, ob. cit., p. 148; *Razón práctica y normas*, ob. cit., p. 170]. Ver también nota 35 *supra*. Y en otra obra insiste: «Me parece que Hart está en lo cierto al decir que los jueces y otros funcionarios regularmente involucrados en la aplicación y ejecución del derecho efectivamente lo aceptan y siguen. Pueden tener reservas con respecto a la justificación moral del derecho, pero, no obstante, ellos lo aceptan y lo aplican por sus propias razones (salario, contexto social, etcétera) o por ninguna razón. Sus enunciados jurídicos normalmente reflejan esta actitud. Son enunciados normativos internos, enunciados normativos completamente comprometidos. Cuando afirman la validez jurídica de una norma, quieren efectivamente significar que afirman su fuerza obligatoria, aunque no necesariamente su fuerza moral.» [Raz, J., *La autoridad del derecho*, ob. cit., p. 198].

Ahora bien, ¿cómo se explica que los jueces consideren que las normas jurídicas proporcionan razones para actuar con autoridad suficiente para excluir otras razones, incluidas razones morales, si no es porque atribuyen a la regla de reconocimiento, y a las normas que según ella son válidas, legitimidad moral preferente o protegida? Esta pregunta se responde en la teoría de Raz advirtiendo que el Derecho pretende autoridad legítima, pero no necesariamente la tiene; y que la aceptación del Derecho por los jueces implica aceptar su autoridad moral, pero no necesariamente creer que la tiene. Y esta respuesta tiene a su vez dos vertientes.

En primer lugar, aunque en los planos lógico y empírico es posible que algunos jueces fundamenten su vinculación a la regla de reconocimiento en razones no morales, en el plano conceptual es necesario que el conjunto de los jueces considere que tiene razones morales para seguir la regla de reconocimiento y las disposiciones jurídicas válidas. De aquí resulta que los jueces han de aparentar o fingir que aceptan la regla de reconocimiento por motivos morales, aunque lo hagan por motivos no morales. Aunque hay cabida para un juez anarquista, éste habrá de ocultar sus motivos. Aceptar expresa aprobación moral, aunque sea insincera⁴⁴.

En segundo lugar, los jueces pueden aceptar que el Derecho tiene autoridad legítima y que hay razones morales para atender su pretensión de exclusividad, pero sin embargo creer en algún momento

⁴⁴ Gaido resume así este planteamiento de Raz: «La aceptación por parte de los participantes [los jueces] —que podría ser insincera— implica la creencia —que podría ser falsa— de que el derecho es una estructura de autoridad legítima o moral» [Gaido, P., *Las pretensiones...*, *ob. cit.*, p. 124]. Juan Ruiz Manero coincide con Raz en que aceptar la regla de reconocimiento implica considerar que los estándares que cumplen sus criterios son «razones jurídicas autoritativas» y deben seguirse; y como estos estándares prescriben deberes no sólo a los jueces sino también a otros, los jueces sólo pueden considerarlas justificadas y aceptarlas por razones morales o, al menos, aparentar hacerlo [Ruiz Manero, Juan, *Jurisdicción y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p. 179]. La referencia a Raz es aquí a su artículo “Hart on Moral Rights and Legal Duties”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 4:1 (1984), pp. 123-131.

que hay mejores razones morales para desatenderla⁴⁵. Diríamos que las razones jurídicas son suficientes para determinar la respuesta jurídica a qué hacer, pero no para determinar la respuesta moral⁴⁶.

Personalmente entiendo que la pregunta sobre si los jueces han de aprobar moralmente la regla de reconocimiento tiene diferente respuesta según qué es lo que en realidad queremos saber. Si queremos saber cómo obtienen *justificación* las decisiones judiciales, probablemente haya que recurrir a la moral en algún momento, aunque sea como implicación pragmática o apariencia como hace Raz. Pero si sólo queremos buscar una *explicación* al hecho de que los jueces se consideren obligados a seguir una regla de reconocimiento común, que es todo lo que buscaba Hart, nos servirá cualquier motivo de aceptación y será innecesaria la apariencia de la aprobación moral⁴⁷.

⁴⁵ Escribe Raz: «Está en la naturaleza misma de las reglas autoritativas que son vinculantes aunque no sean correctas. De modo que las autoridades (policía, tribunales, agencias administrativas) pueden ser conscientes a la vez de que las reglas que aplican son moralmente erradas y de que les vinculan moralmente a ellos y a las partes sujetas a ellos. Desde luego, si tienen poder (ya sea o no poder sancionado legalmente) para cambiarlas o para evitar aplicarlas puede que tengan que hacerlo. Pero ese no es siempre el caso (...).» [Raz, Joseph, "The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism", en Pavlakos, G. (ed.), *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2007, pp. 17-35; p. 32].

⁴⁶ Gaido sugiere que «las normas jurídicas son en realidad concebidas por Raz como razones *pro tanto* para actuar, en el sentido de que si bien no serían razones suficientes sí serían razones relevantes en la determinación de la solución jurídica prevista por el sistema (...).» [Gaido, P., *Las pretensiones...*, *ob. cit.*, p. 143]. Pero no hay conflicto entre las razones jurídicas mismas [Raz, J., *La autoridad del derecho*, *ob. cit.*, p. 51], sino entre las razones jurídicas y las razones morales para desobedecerlas.

⁴⁷ Hart vio irreal la tesis de Raz sobre la ficción: «En este enfoque la principal conexión conceptual entre el Derecho y la moral se reduce al hecho de que donde hay un sistema jurídico en vigor sus jueces afirman que el Derecho tiene autoridad moral y hacen enunciados comprometidos de derechos y deberes jurídicos, y por tanto deben creer o al menos fingir que creen que hay una obligación moral de obedecer al Derecho. Pero puesto que según esta teoría no hay una obligación moral general de obedecer al Derecho, esta puede parecer una forma mínima de conexión conceptual entre el Derecho y la moral, y

Podría objetarse que para explicar el funcionamiento del Derecho hay que contar con su pretensión de autoridad y que ésta no es posible sin la aprobación (sincera o no) de los jueces. Pero creo que la pretensión de autoridad del Derecho podría mantenerse aún en el caso de que los órganos de aplicación de normas fuesen computadoras (y tal vez lo sean pronto en los ámbitos de regulación muy tasada en los que es viable programar respuestas jurídicas automáticas). La autoridad del Derecho depende más de su origen que de su administración, aunque ésta sin duda también contribuya decisivamente.

Declarar y expresar

El propósito explicativo y no justificativo de Hart se pone de relieve en su expresivismo. Adoptar un punto de vista interno ante las normas no consiste, para Hart, en *afirmar* o *declarar* que se aceptan, sino en *manifestar* o *expresar* que se aceptan. Quienes aceptan las normas como obligatorias no suelen declararlo, sino que sencillamente ponen de manifiesto esta aceptación al usarlas como guías de conducta propia o ajena y al asociar con ellas un lenguaje prescriptivo característico. Esto es especialmente importante y visible en la aceptación de los criterios con los que en un orden jurídico se identifican las normas que cuentan con validez en él, lo que Hart llamó regla de reconocimiento. Cuando un juez afirma que una cierta norma es válida hace un enunciado interno «reconociendo» que ésta satisface los requisitos para identificar lo que ha de considerar

ciertamente no ofrece base para negar la distinción entre el Derecho como es y el Derecho como debiera ser. No obstante, aunque sea mínima, me parece irrealista suponer que al formular enunciados de obligaciones jurídicas los jueces *deben* siempre creer o fingir que creen en la falsa teoría de que siempre hay una obligación moral de obedecer al Derecho. Me parece que tales enunciados pueden construirse mejor como si afirmasen lo que puede apropiadamente *requerirse* de sus destinatarios [*subjects*] por medio de la actuación conforme a Derecho que los jueces aceptan como fuente del criterio correcto de la aplicación y ejecución del Derecho». [Hart, H.L.A., *Essays in Jurisprudence...*, *ob. cit.*, p. 10]. También Hart, H.L.A., *Essays on Bentham*, *ob. cit.*, pp. 157-160.

Derecho⁴⁸. En general todos, jueces o no, «expresan» su aceptación sin declararla⁴⁹. Quien afirma la validez jurídica de una determinada norma usa para ello la regla de reconocimiento y en este uso está «presupuesto» que dicha regla «no solamente es aceptada por él, sino que es la regla de reconocimiento efectivamente aceptada y empleada en el funcionamiento general del sistema»⁵⁰. Quienes usan la regla de reconocimiento «manifiestan» así que la aceptan⁵¹.

Hart se aparece así como un *expresivista* que percibe los enunciados internos como actos de habla no descriptivos, sino expresivos de un estado mental⁵². Esta solución evita algunos problemas (por

⁴⁸ Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, ob. cit., p. 102; *El concepto de derecho*, ob. cit., p. 131.

⁴⁹ «Las afirmaciones de validez jurídica acerca de reglas concretas que se hacen en la vida cotidiana de un sistema jurídico por jueces, abogados o ciudadanos ordinarios, llevan sin duda consigo ciertas presuposiciones. Son enunciados internos de Derecho que expresan [*expressing*] el punto de vista de quienes aceptan la regla de reconocimiento del sistema y, como tales, dejan sin decir [*unstated*] mucho de lo que podría afirmarse en enunciados de hecho externos acerca del sistema.» (Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, ob. cit., p. 105. Me aparto aquí de la traducción española de Carrió, porque no recoge la diferencia del texto original entre expresar (*express*) y afirmar (*state*) [Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, ob. cit., p. 134].

⁵⁰ Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, ob. cit., p. 105; *El concepto de derecho*, ob. cit., p. 135.

⁵¹ «El uso de reglas de reconocimiento no explicitadas [*unstated*], por tribunales y otros, al identificar reglas concretas del sistema es característico del punto de vista interno. Quienes las usan de esta manera manifiestan [*manifest*] así su propia aceptación de ellas como reglas orientadoras y esta actitud trae consigo un vocabulario característico diferente de las expresiones naturales del punto de vista externo.» [Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, ob. cit., p. 99]. Me aparto de nuevo de la traducción de Carrió, pues recoge '*unstated*' como 'no expresadas' [Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, ob. cit., p. 128]; pero la idea de Hart es que la regla de reconocimiento ya queda expresada al usarla. Según Hart este uso se muestra en el empleo de *enunciados internos* como "Es conforme a Derecho que..." o "El Derecho dispone que..." ('*It is the law that...*'); los cuales contrastan con *enunciados externos* tales como "En Inglaterra reconocen como Derecho..." que versan sobre hechos.

⁵² Sobre el expresivismo de Hart ver, sobre todo: Toh, Kevin, "Hart's Expressivism and his Benthamite Project", *Legal Theory*, 11 (2005), pp. 75-123, p. 101.

ejemplo, no requiere ningún compromiso cognitivista con ideas morales), pero suscita otros. Aquí me referiré a dos de ellos: primero, hace difícil explicar que puedan coexistir enunciados desapegados de un participante y enunciados hermenéuticos de un observador externo; y, segundo, deja sin respuesta la justificación de la autoridad normativa del Derecho.

El primer problema se suscita porque la tesis de que el uso expresa aceptación no es compatible con los enunciados desapegados, los cuales suponen participar en una práctica social sin considerarse vinculado por las reglas que la rigen. Cuando un jurista afirma que determinada norma era válida y aplicable en el Derecho Romano es probable que esté haciendo un enunciado desapegado sobre el contenido y efectos de una regla de reconocimiento respecto de la cual no percibe especial vinculación. Y si nos parece exagerado decir que con su juicio de validez este jurista está expresando su aceptación de la regla de reconocimiento del Derecho Romano, tampoco deberíamos dar por supuesto que el juez que afirma la validez de una determinada norma en un sistema jurídico contemporáneo está expresando así su aceptación de la regla de reconocimiento de ese sistema. Pero, ¿es éste un supuesto exagerado?

La existencia de ciertos presupuestos e implicaciones en el uso del lenguaje jurídico normativo no puede descartarse fácilmente. Cuando un juez, o quien sea, dice que “el Derecho dispone f”, o que “f es conforme a Derecho”, da a entender que acepta un criterio por el cual se sabe qué es lo que el Derecho dispone, y que este criterio es el mismo que debería seguir el interlocutor, es decir, la regla de reconocimiento de ese Derecho. Según esto, quien afirma que una cierta norma es válida en el Derecho Romano no está haciendo un enunciado totalmente desapegado, porque asume y acepta la regla de reconocimiento del Derecho Romano que le permite identificar esa norma como válida. Su enunciado puede ser desapegado respecto de la norma que identifica como válida, pero no respecto de los criterios de identificación que emplea, pues al usarlos está implicando que los acepta por buenos. Análogamente, quien sin ser vegetariano le dice a su amigo vegetariano que no debe

comer cierto plato, asume y acepta los criterios para identificar los alimentos que los vegetarianos consideran prohibidos. Siendo así, es engañoso sostener que un juez u otra persona puede usar una regla de reconocimiento de las normas válidas sin creerse especialmente vinculado por ella. Porque, ¿cómo puede afirmar que una norma es válida sin creer que está aplicando el criterio correcto para saberlo? De esta manera, usar una regla de reconocimiento sí expresa su aceptación como criterio de validez vinculante. El argumento expuesto bastaría para explicar la normatividad de la regla de reconocimiento de cualquier sistema jurídico en los términos de Hart (como aceptación no necesariamente moral), pues siempre que se identifica una norma como jurídica se da por supuesta la aceptación de los criterios para hacerlo.

El inconveniente de este argumento es que desbarata la posibilidad de formular enunciados externos hermenéuticos acerca de la regla de reconocimiento de un sistema jurídico, que son el tipo de enunciados que precisamente ejemplifica la teoría jurídica de Hart. Porque se supone que la teoría jurídica puede hacer afirmaciones sobre la existencia y características de las reglas de reconocimiento de los sistemas jurídicos en general, y sobre su contenido en algún sistema en particular, sin necesidad de aceptarlas, pero teniendo en cuenta el hecho de que algunos miembros del grupo (como los jueces) sí las aceptan. Pero si a tenor del argumento visto es imposible saber cuál es el contenido y contorno de un sistema jurídico sin usar su regla de reconocimiento, lo cual a su vez implica aceptarla como criterio de identificación vinculante, resultará que no es posible teorizar externamente sobre la regla de reconocimiento de un sistema jurídico. Este dilema está en el núcleo del debate entre Dworkin y Hart al que volveré después.

El segundo problema que quiero mencionar en relación con el expresivismo de Hart es su limitación para dar respuesta satisfactoria a la cuestión de la normatividad del Derecho, que pregunta si, y por qué, el Derecho (a diferencia de las órdenes de un asaltante) suscita obligaciones y es fuente de razones para actuar. Lo que ofrece Hart es una explicación de por qué decimos que las normas jurí-

dicas obligan o por qué empleamos ese tipo de lenguaje normativo en relación con el Derecho. Se explica porque muchos tenemos una actitud interna hacia el Derecho que nos lleva a percibirlo como obligatorio; sin necesidad de que sea obligatorio, ni de que creamos y estemos dispuestos a afirmar que es obligatorio. Pero esta respuesta deja sin solución un problema crucial sobre el Derecho, que es independiente de que sea o no aceptado: ¿obliga?, ¿está justificado obedecerlo sólo por ser Derecho? Como hemos visto, el problema de la normatividad del Derecho tiene que ver con su autoridad, pues se trata de dilucidar por qué el Derecho es fuente de razones para actuar que prevalecen en el balance de razones y hacen que la obediencia resulte ser obligatoria. Pero reconocer la autoridad legítima del Derecho parece exigir algo más que una actitud que se expresa: parece exigir una creencia que puede afirmarse⁵³. Por ello resulta insatisfactoria la solución que hemos visto sugerida por Raz, según la cual basta con que la aprobación moral de la autoridad del Derecho por los jueces sea aparente, aunque sea insincera.

4. TEORÍA Y PRÁCTICA

Hemos visto que, según Hart, adopta el punto de vista interno hacia las normas quien las *acepta* y *usa* como guías de conducta; pero hemos visto también que es posible usar las normas sin aceptarlas, formulando enunciados desapegados y participando así en la misma práctica de quienes sí aceptan las normas. Por eso distinguimos entre aceptación y uso, y decimos que quien *acepta* toma el punto de vista *interno* y quien *usa* toma el punto de vista *interior* o del participante.

⁵³ Como dice Perry, «aceptar la legitimidad de la pretensión de autoridad por parte del Derecho es *creer* que el Derecho tiene tal autoridad, y no simplemente adoptar una actitud de respaldo hacia las exigencias del Derecho.» [Perry, Stephen, “Hart on Social Rules and the Foundations of Law: Liberating the Internal Point of View”, *Fordham Law Review* 75 (2006), pp. 1171-1209; p. 1173].

Uso y mención

La idea de «usar» las normas atrae inmediatamente la distinción lógica y lingüística entre el uso y la mención de conceptos y términos. Es diferente usar una palabra en el lenguaje que mencionarla (en un metalenguaje), lo cual suele señalarse con el empleo de marcas gráficas como comillas o cursivas en las palabras mencionadas. De modo análogo, es diferente usar una norma (seguirla) que mencionarla (hablar de ella). Este contraste entre uso y mención se corresponde bastante bien con la diferenciación entre los puntos de vista que hemos llamado *práctico* (del participante) y *teórico* (del observador); y no tanto con la distinción original de Hart entre los puntos de vista interno (del aceptante) y externo (de quien no expresa ningún compromiso)⁵⁴. El teórico del Derecho *menciona* los términos y conceptos que son usados en las prácticas normativas que estudia. El teórico que además *usa* esos términos y conceptos es también él un participante de la práctica que estudia, lo cual es no sólo posible sino acaso en el fondo inevitable. La posibilidad de usar y mencionar a la vez no es absurda, como ejemplifica la oración con la que comienza este párrafo, donde la palabra «usar» no sólo se menciona (como ahora) sino que también se usa. En la práctica jurídica también es relativamente frecuente la simultaneidad o la ambigüedad de uso y mención. Cuando un jurista teórico informa sobre el Derecho aplicable a un caso, puede ser dudoso si está men-

⁵⁴ Porque —insisto— es posible usar una norma como guía de conducta sin comprometerse con ella, por ejemplo para justificar o criticar una conducta ajena con arreglo a una norma que no nos incumbe. Podemos usar una norma con la que no nos sentimos implicados para criticar la conducta de quien sí está o debería estar implicado por ella. Si veíamos que la identificación entre participar y aceptar no permitía dar encaje a estos juicios normativos desapegados, lo mismo ocurre con la identificación paralela entre usar y aceptar. Por eso cuando Hart reconoció que puede usarse el lenguaje normativo en enunciados desapegados [por ejemplo: Hart, *Essays on Jurisprudence...*, *ob. cit.*, p. 14], en definitiva estaba diferenciando el uso de la aceptación de las reglas [Patterson, Dennis, “Explicating the Internal Point of View”, *Southern Methodist University Law Review*, 52 (1999), pp. 67-74; p. 70].

cionando lo que se entiende por Derecho (lo parecería en un historiador del Derecho sumerio) o si está usando las reglas del Derecho para decir su contenido (lo parecería en un civilista al tratar de su propio ordenamiento jurídico). En el caso de los jueces sólo cabe esperar la perspectiva práctica, pero no es lógicamente imposible que en algún momento adopten una perspectiva teórica sobre un Derecho extranjero o antiguo.

Adaptación y desviación

Las normas se usan —dice Hart— «como guías para conducir la vida social, como fundamento para reclamaciones, demandas, reconocimientos, críticas o castigos»⁵⁵. A partir de esta caracterización haré dos reflexiones. La primera es que usar las normas supone adaptarse a su función social y, por tanto, en realidad no usan las normas todos los que las toman en consideración desde el punto de vista práctico, interior o del participante, sino sólo quienes en su conducta externa muestran conformidad con ellas. Por eso podemos distinguir entre un punto de vista práctico *adaptado* y otro *desviado*, éste último el de quien actúa en contra de la norma. Este punto de vista *desviado* no es el del teórico que censura la norma, sino el punto de vista práctico de quien —ya sea por autointerés (egoísmo) o por desinterés (altruismo)— desobedece la norma y no puede decirse apropiadamente que la usa.

En contraste, el punto de vista *adaptado* es el de todos los que sí se conforman a la norma y, en este sentido débil, la usan como guía de conducta. (a) Incluye desde luego al punto de vista *comprometido* del aceptante; el cual a su vez comprende a quienes la *aprueban* y asumen por razones morales y a quienes la *adoptan* o *conducen* con ella por razones no morales. (b) Incluye también el punto de vista *desapegado* de quien usa la norma voluntariamente pero no por obligación ni para respaldarla; el cual comprende tanto al *aquiescente* o

⁵⁵ Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, ob. cit., p. 88; *El concepto de derecho*, ob. cit., pp. 112-113.

indiferente, que admite y respeta la norma sin compartirla; como al *discrepante*, que acata la norma con rechazo y disgusto pero libremente. (c) Incluye asimismo el punto de vista *compelido* de quien se somete a la norma contra su voluntad, ya sea por temor a las represalias (el “hombre malo” descrito por Holmes) o ya sea por efecto directo de la fuerza. (d) E incluye, finalmente, diría yo, el punto de vista *convergente* de quien actúa según la norma de modo fortuito, involuntariamente (por ejemplo, obra conforme a Derecho sin saberlo); si bien en este caso la idea de que “usa” la norma resulta inapropiada. Lo normal es que los jueces muestren este punto de vista adaptado y también que lo asuman de modo comprometido; pero a veces su conformidad es desapegada o compelida y a veces se desvían de las normas.

Uso subjetivo y uso objetivo

Mi segunda reflexión sobre el uso de las normas es que, como hemos visto, tiene dos dimensiones. Una norma es una guía de conducta y una razón para actuar y ello se proyecta, por una parte, en un uso *subjetivo* para orientar la conducta propia; y, por otra parte, en un uso *objetivo* como pauta de evaluación y crítica de la conducta propia o ajena, con la cual es posible justificar o reprochar dicha conducta. Cabe decir que en el uso subjetivo la norma se *cumple*, mientras que en el uso objetivo la norma se *administra*, si bien en un sentido amplio de “administrar” que abarca el uso desapegado de quien la declara o afirma sin intención de que se aplique⁵⁶.

La distinción entre el uso o seguimiento de las normas subjetivo y objetivo ayuda a afrontar el problema de la normatividad del

⁵⁶ Con la distinción entre uso subjetivo y objetivo se solapa la que trazó Raz entre quien acepta una norma completamente, creyendo que deben seguirla todos los que están sujetos a ella, y quien la acepta débilmente, creyendo que sólo él debe seguirla [Raz, J., *La autoridad del derecho*, *ob. cit.*, p. 198, n. 13]. Entiendo esta distinción como una subdivisión del punto de vista objetivo, pues la diferencia estriba en los sujetos a los que se considera aplicable la regla.

Derecho en relación con la actitud de los jueces. La normatividad del Derecho tiene una dimensión objetiva, en la que las normas jurídicas son usadas como criterio de conducta. Esta normatividad objetiva es condición suficiente para formular enunciados despegados sobre el Derecho, y para obtenerla basta con que algunos lo aprueben. Obviamente ayuda que sean los jueces quienes aprueben o acepten las normas jurídicas, o el modo de identificarlas, pero no es imprescindible. No hemos de ver a los jueces como “portadores del fuego” de la normatividad del Derecho, porque ésta puede darse incluso sin su colaboración.

La dimensión subjetiva de la normatividad del Derecho atañe a cómo cada individuo percibe sus deberes. El Derecho es normativo subjetivamente para quien considera que es una obligación obedecerlo; y más precisamente para quien considera que es una obligación obedecerlo por ser Derecho (y no sólo porque es útil o moralmente correcto). Para ello es preciso reconocer al Derecho autoridad moral, lo cual a su vez parece requerir algún tipo de aprobación moral⁵⁷.

Práctica declarativa y operativa

En la práctica jurídica, el uso objetivo de las normas tiene múltiples manifestaciones. Una posible taxonomía distingue primero entre un uso o punto de vista declarativo y otro operativo. El uso *declarativo* de una norma jurídica consiste en interpretarla para decir el contenido del Derecho. Aquí cabe diferenciar el uso *lego*, que le atribuye significado según los usos lingüísticos y sociales comunes; y el uso *técnico*, con criterios jurídicos, ya sea en el ámbito *doctrinal*,

⁵⁷ Sobre el deber de obediencia al Derecho hay abundantísima bibliografía, pero en conexión con nuestro tema concreto puede verse: Finnis, John, “Sobre los caminos de Hart: el Derecho como razón y como hecho”, en Kramer, M. *et al.* (comps.), *El legado de H.L.A. Hart. Filosofía jurídica, política y moral* (2008), trad. de C. Orunesu y J.L. Rodríguez, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 29-58; p. 43.

que precisa o delimita la norma para conocimiento abstracto, o del *ejercicio* profesional, que la particulariza respecto a un caso concreto. El uso *operativo* de una norma jurídica, por otra parte, consiste en aplicarla a un supuesto de hecho. Este uso puede ser *privado*, cuando la norma la aplican ciudadanos particulares para evaluar o criticar conductas; o *público*, cuando son funcionarios o poderes públicos quienes al aplicarla la concretan y le dan eficacia autorizada. En esta administración operativa y pública de las normas jurídicas participa destacadamente (pero no únicamente) el poder judicial, y el punto de vista de los jueces sobre las normas jurídicas es sobre todo el operativo, aunque también a veces declaran el Derecho sin aplicarlo.

La cuestión interesante es si hay o debe haber diferencias en el punto de vista de los distintos intérpretes y operadores del Derecho. Podría pensarse que si se trata de decir o administrar el Derecho, lo que importa es hacerlo bien (con fundamento) y en ello la posición o función que se ocupa es irrelevante⁵⁸. Sin embargo, la función sí afecta decisivamente al sentido de la práctica y al punto de vista que el participante debe asumir y de hecho suele asumir. El juez ha de ser imparcial, así se lo exige el Derecho y su propio compromiso personal. En cambio, el abogado ha de ser parcial hacia su cliente, sin por ello dejar de ser fiel al Derecho, porque es justamente el Derecho el que le reclama esa parcialidad dentro de unos límites. Lamentablemente, no puedo detenerme aquí en este interesante asunto de deontología profesional⁵⁹.

⁵⁸ Según Raz, dejando aparte el hecho de que la decisión del tribunal vincula a los litigantes, no hay evidencia de una perspectiva especial: «Normalmente esperamos que un tribunal sea tan fiel a la verdad sobre el Derecho como un abogado litigante, un jurista académico o un comentarista extranjero.» [Raz, J., “The Argument from Justice...”, *ob. cit.*, p. 23].

⁵⁹ Al respecto ver: Wendel, W. Bradley, “Lawyers, Citizens, and the Internal Point of View”, *Fordham Law Review*, 75 (2006-2007), pp. 1473-1499 (defiende que el abogado debe tratar el Derecho como obligatorio para sus clientes, p. 1493); Tamanaha, B., “A Socio-Legal Methodology...”, *ob. cit.* (defiende que el juez debe conscientemente someterse a las reglas y no orientarse a fines políticos).

Describir, analizar y evaluar

Pasemos ya al punto de vista externo del teórico. Hart y los comentaristas del punto de vista externo lo asocian normalmente al observador que describe una práctica normativa. Pero creo que podemos distinguir diferentes perspectivas teóricas sobre el Derecho: una *descriptiva*, propia de la Sociología, la Antropología o la Historia, pero que también puede adoptar la Teoría del Derecho; una *analítica* o conceptual que examina su naturaleza y características distintivas y es propia de la Filosofía; y una *evaluativa* o normativa, que valora su idoneidad de acuerdo a diversos criterios (y puntos de vista): éticos (legitimidad), sociológicos (eficacia), económicos (eficiencia), etc. En lo que sigue, no obstante, me referiré sólo al punto de vista descriptivo y a la teoría jurídica descriptiva.

Explicación y comprensión

Recordemos que el punto de vista externo de quien contempla una regularidad social sin aceptarla como obligatoria puede adoptarse pasando por alto que lo que se observa es una práctica normativa (punto de vista externo extremo), pero también puede adoptarse notando el hecho de que esa práctica es aceptada por algunos como obligatoria (punto de vista externo moderado o hermenéutico). En la metodología de la investigación social está asentada una distinción entre los enfoques positivistas, cuyo modelo son las ciencias de la naturaleza y buscan estudiar fenómenos observables, detectar regularidades, explicarlas por sus causas y formular leyes generales y predicciones verificables; y, de otro lado, los enfoques hermenéuticos, que buscan comprender las peculiaridades de sus objetos de estudio y tienen en cuenta sus intenciones. Estos dos modelos de ciencia social han sido caracterizados y nombrados de variadas formas; y una de ellas es la que diferencia entre *explicación* y

comprensión, contraste que exploró Henrik von Wright⁶⁰. Pues bien, al afirmar la existencia e importancia del punto de vista interno sobre las normas sociales y jurídicas, Hart quiere hacer ver que el teórico social y del Derecho no capta bien su objeto si sólo trata de *explicar* lo que puede observar, porque además debe *comprender* cómo funcionan las normas sociales y jurídicas en las motivaciones de los miembros de la sociedad. Distinguimos, pues, entre un punto de vista externo extremo que sólo explica y otro moderado que también trata de comprender. En otros términos, entre un punto de vista *conductista* y otro *hermenéutico*⁶¹. O entre un punto de vista positivista y otro interpretativo⁶².

⁶⁰ Wright, Georg H. von, *Explicación y comprensión* (1971), trad. de L. Vega, Alianza, Madrid, 1979, p. 23. Según von Wright cabe decir que «prácticamente cualquier explicación, sea causal o teleológica o de otro tipo, nos proporciona una comprensión de las cosas. Pero “comprensión” cuenta además con una resonancia psicológica de la que carece “explicación”» (*ob. cit.*, p. 24). Y la comprensión, además, tiene en cuenta la intencionalidad de los agentes que son objeto de estudio. La *explicación* de la conducta social puede hacerse, en hipótesis, haciendo referencia a normas que son obedecidas por mecanismos de temor o recompensa; pero respecto de algunas normas no hay esta mecánica causal sino un comportamiento intencional, en particular —según von Wright (*ob. cit.*, p. 177)— respecto de las normas que definen las prácticas e instituciones sociales, a las que llama normas secundarias, siguiendo a Hart. «Las reglas secundarias, a mi modo de ver, no juegan un papel característico o importante en la *explicación* de la conducta. Ello es debido a que no son mecanismos para inducir a la gente a hacer cosas. Ahora bien, tienen una importancia fundamental en la *comprensión* de la conducta y, en consecuencia, para la descripción que hagan los antropólogos y sociólogos de las comunidades que constituyan su objeto de estudio» (*ob. cit.*, p. 179).

⁶¹ Shapiro, Scott, “What is the Internal Point of View?”, *ob. cit.*, p. 160.

⁶² Tamanaha asocia la distinción de Hart con la tensión entre positivismo e interpretación en las ciencias sociales. El modelo *positivista* «se esfuerza en formular leyes objetivas y fiables de la conducta humana basadas en pautas observables» y recela de la subjetividad; mientras que el modelo *interpretivista* [*interpretivist*] asume que el comportamiento social es intencional y posee sentido y trata de interpretar aquél a la luz de éste [Tamanaha, B., “A Socio-Legal Methodology...”, *ob. cit.*, pp. 1260 ss.].

El punto de vista externo extremo, conductista o positivista sobre una práctica normativa puede darse o bien por miopía, porque no se percibe la peculiaridad que supone la aceptación de normas; o bien porque se prescinde de ese elemento conscientemente, por razones metodológicas⁶³. Algunos estudios psicológicos sobre el comportamiento de los jueces pueden ser una buena muestra de este enfoque conductista⁶⁴. En contraste, el punto de vista hermenéutico es el del teórico descriptivo —no el del partícipe desapegado (el abogado) o compelido (el ‘hombre malo’)— que sí tiene en cuenta la aceptación de normas. Esta perspectiva hermenéutica es la que quiso defender Hart frente a las perspectivas externas extremas de Austin o Holmes. Pero importa subrayar que la crítica de Hart a esas teorías jurídicas no es una crítica al reduccionismo que busca entender el Derecho en términos únicamente empíricos, porque el enfoque de Hart es también reduccionista y empirista. Cuando Hart insiste en no perder de vista el aspecto interno del Derecho no está aludiendo a ningún elemento misterioso o metafísico, sino a un hecho notorio de la vida social como es la conciencia de obligación que muchas personas experimentamos hacia las normas jurídicas⁶⁵.

Possibilidad de la descripción externa

Ahora bien, ¿es posible adoptar un punto de vista externo y teórico sobre una práctica normativa como el Derecho? Esta pregunta metodológica ha generado mucha discusión, y las contribuciones de John Finnis y de Ronald Dworkin a ella se han mostrado especialmente influyentes.

⁶³ MacCormick, Neil, *H.L.A. Hart*, *ob. cit.*, p. 36 (trad. de la 2ª ed., p. 112).

⁶⁴ La investigación de las ilusiones cognitivas y los prejuicios en la determinación de los hechos de un caso es un campo fértil para la psicología jurídica: Posner, R., *How Judges Think*, *ob. cit.*, p. 69.

⁶⁵ Así lo destaca Marmor: «El propósito de Hart es establecer las bases para un explicación reductiva de las reglas sociales, que explique el punto de vista interno en términos de la conducta, las creencias y las actitudes de la gente.» [Marmor, A., *Philosophy of Law*, *ob. cit.*, p. 55].

Finnis admite la posibilidad de una descripción teórica del Derecho, pero entiende que la toma en consideración del punto de vista interno exige adentrarse mucho más que Hart en el terreno evaluativo⁶⁶. Su propuesta es indagar el “caso central” del Derecho al que referir la descripción, el cual viene definido a su vez por el caso central del punto de vista interno jurídico, es decir, lo que sería considerado importante y significativo por quienes lo adoptan. Finnis objetó la propuesta de Hart de tomar como muestra del punto de vista interno cualquier uso de las reglas, porque no diferencia entre las perspectivas que los propios actores considerarían más significativas y las periféricas. Según Finnis, sólo la perspectiva que considera moralmente justificadas las reglas jurídicas, o al menos la regla de reconocimiento, es consistente con la idea de un orden jurídico como el que describía el propio Hart. Por tanto, la teoría jurídica debe ocuparse ante todo del punto de vista que presume que la obligación jurídica es una obligación moral. En conclusión, el teórico tiene también que adoptar un punto de vista práctico y decidir «cuáles son realmente las exigencias de la razonabilidad práctica» en relación con su ámbito de estudio; y en lo que atañe al Derecho, debe indagar qué es lo importante para atender los asuntos humanos y por qué el Derecho es importante para ello⁶⁷.

Dworkin ha ido más lejos que Finnis en la reivindicación de la perspectiva práctica para el teórico del Derecho y rechazó la misma

⁶⁶ «¿Cómo decide el teórico qué ha de considerar como derecho para los fines de su descripción?» —se pregunta— [Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980, p. 4; se cita por la trad. de C. Orrego: *Ley natural y derechos humanos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 38]. Según Finnis, es obvio que en la descripción influyen las opiniones de los teóricos sobre qué es importante y significativo en su objeto de estudio.

⁶⁷ Finnis, J., *Natural Law...*, *ob. cit.*, p. 16; *Ley natural...*, *ob. cit.*, p. 50. Sobre la teoría de Finnis sobre el punto de vista interno puede verse: Hocevar González, Mayda, “Los casos central y periféricos y el punto de vista moral del punto de vista interno en la teoría del Derecho de John Finnis”, en Ramos Pascua, J.A. y Rodilla, M.Á. (eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2006, pp. 197-215.

pertinencia, posibilidad y utilidad de distinguir entre un punto de vista teórico externo y un punto de vista práctico interno. Dworkin objetó a Hart que la práctica jurídica es argumentativa y no puede ser comprendida cabalmente sin adoptar la perspectiva interna del participante, por lo que no cabe una observación teórica desde una plataforma externa meta-ética o meta-jurídica⁶⁸. A esto respondió Hart insistiendo en que es posible describir un punto de vista interno o valorativo sin compartirlo⁶⁹. Tanto Hart como Dworkin manejan buenos argumentos, pero creo que a la postre éste último tiene razón en que la posibilidad de enunciados externos sobre el Derecho es muy problemática, salvo en su variante externa conductista. El observador que pretende hacer enunciados externos hermenéuticos contando con el punto de vista interno, es decir, enunciados sobre el Derecho tal como lo perciben quienes lo siguen y aplican, ha de implicarse en una cierta visión o concepción del Derecho para discriminar entre los enunciados que son propiamente sobre el Derecho y los que no, y de esta implicación resulta que sus enuncia-

⁶⁸ Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1986, p. 13, *passim*.

⁶⁹ Contestaba Hart: «no hay nada en el proyecto de una jurisprudencia descriptiva como la ejemplificada en mi libro que impida a un observador externo, no participante, describir las formas en las cuales los participantes ven el derecho desde ese punto de vista interno. Por ello expliqué en este libro con alguna extensión que los participantes manifiestan su punto de vista interno al aceptar el derecho en tanto éste les proporciona guías a su conducta y estándares de crítica. Por supuesto, un teórico jurídico descriptivo, como tal, no comparte la aceptación del derecho de los participantes; pero puede, y debe, describir tal aceptación; tal y como efectivamente me lo propuse en este libro.» [Hart, H.L.A. "Postscript" a *The Concept of Law*, *ob. cit.*, p. 242; *Post scriptum al concepto de derecho*, *ob. cit.*, p. 15]. Esta respuesta replica a Dworkin —aunque éste reiteró posteriormente sus tesis—, pero añade confusión a la caracterización de los puntos de vista sobre el Derecho, pues parece atribuir el mismo punto de vista interno al participante y al aceptante como si ambos tuviesen la misma perspectiva. Pero, como vimos, esto oscurece su idea original e impide dar encaje a los juicios normativos desapegados formulados por quien participa sin aceptar.

dos supuestamente externos son indistinguibles de los enunciados jurídicos internos⁷⁰.

Puntos de vista emic y etic

El punto de vista externo hermenéutico descriptivo del seguimiento de reglas puede aplicarse de dos modos. Una posibilidad es observar y describir las reglas (y las prácticas que regulan) adoptando la interpretación de quienes las aceptan, es decir, de modo comprensivo con el punto de vista interno e inteligible en términos de éste. Otra posibilidad es observar y describir las reglas (y las prácticas que regulan) sin verse condicionado por la interpretación que les dan quienes las aceptan, sino de modo científico u objetivo, aunque resulte incomprensible a los aceptantes. Esta alternativa se corresponde con la distinción metodológica de la Antropología entre los puntos de vista *emic* y *etic*, desarrollada sobre todo por Marvin Harris, defensor de la perspectiva *etic* del materialismo cultural⁷¹. En algunos aspectos la distinción parece ser otro modo de

⁷⁰ En cambio, Marmor se pregunta, como Hart, «por qué una comprensión filosófica de tal punto de vista normativo estaría comprometido a tomar partido sobre los valores o los supuestos normativos que se propone explicar. ¿Por qué no puede permanecer esencialmente descriptivo y moralmente neutral?» [Marmor, A., *Philosophy of Law, ob. cit.*, p. 131]. Sobre el complejo debate metodológico entre Dworkin y Hart he tratado en otro lugar, donde también he incurrido en la confusión de llamar punto de vista interno a este punto de vista interior a la práctica: Rodríguez-Toubes Muñoz, Joaquín, “La demarcación entre teoría y práctica jurídicas”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 17 (2000), pp. 395-416. Ver asimismo, más recientemente (y sin tampoco discriminar adecuadamente entre aceptar y participar): Colomer, José Luis, “Teoría del Derecho, interpretación y punto de vista interno. Algunas observaciones sobre las tesis de Ronald Dworkin”, en Ramos Pascua, J.A. y Rodilla González, M.Á. (eds.), *El positivismo jurídico a examen...ob. cit.*, pp. 277-302.

⁷¹ La distinción procede a su vez del lingüista Kenneth L. Pike, que diferenció en el estudio de los sonidos emitidos por los hablantes entre una perspectiva fonológica o *fonémica* (de ahí *emic*), que atiende a las distinciones que establecen los propios hablantes, y una perspectiva *fonética* (de ahí *etic*), que se fija en los sonidos mismos con independencia de la percepción de los hablantes. Harris

exponer la diferencia entre los puntos de vista de quienes participan internamente en una práctica social y quienes la observan externamente, por ejemplo como lingüistas o antropólogos⁷². Sin embargo entiendo que el objetivo de la distinción *emic/etic* no es advertir que quienes siguen unas reglas sociales adoptan con ellas una actitud interna⁷³. El objetivo es, más bien, reflexionar sobre si quien se propone describir fenómenos sociales regidos por reglas y adopta un punto de vista hermenéutico sobre la perspectiva interna, debe hacerlo en sintonía con ésta aunque no lo comparta, o bien debe preocuparse sólo de que su descripción tenga rigor y utilidad científica aunque resulte extraña a los sujetos observados. En definitiva, creo que el punto de vista externo hermenéutico puede subdividirse en un punto de vista *emic*, que es comprensivo del punto de vista

aplicó la idea de Pike para diferenciar entre las investigaciones antropológicas que tratan de explicar los comportamientos humanos con las mismas claves de quienes los realizan y las que lo hacen con las claves de los observadores, y en particular con las claves de la observación científica. Dice Harris: «La prueba de la adecuación de las descripciones y análisis *emic* es su correspondencia con una visión del mundo que los participantes nativos aceptan como real, significativa o apropiada. Al llevar a cabo la investigación en el modo *emic*, los antropólogos tratan de adquirir un conocimiento de las categorías y reglas necesarias para pensar y actuar como un nativo». «En cambio, la prueba de la adecuación de las descripciones *etic* es, sencillamente, su capacidad para generar teorías fructíferas desde un punto de vista científico sobre las causas de las diferencias y semejanzas socioculturales. En vez de emplear conceptos que sean necesariamente reales, significativos y apropiados desde el punto de vista del nativo, el antropólogo se sirve de categorías y reglas derivadas del lenguaje fáctico de la ciencia que a menudo le resultarán poco familiares al nativo.» [Harris, Marvin, *Introducción a la antropología general* (1971), trad. de J. O. Sánchez, Alianza, Madrid, 1984 (5ª ed.), p. 129].

⁷² Rivaya, Benjamín, *El materialismo jurídico. La presunta teoría del derecho de Marvin Harris*, Dykinson-Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2007, p. 123.

⁷³ La diferencia que establecía Hart entre hábitos y reglas —entre las regularidades sociales que cabe observar desde el punto de vista externo y el sentido normativo de algunas de ellas, que implica un punto de vista interno— lo plantea Harris más bien como un contraste entre los aspectos conductuales y mentales de la cultura. Merece anotarse que lo que recomendó y practicó Harris, al contrario que Hart, fue fijarse en las actividades humanas más que en la vida mental.

interno y reutiliza sus categorías conceptuales, y un punto de vista *etic*, que quiere ser imparcial e independiente respecto de su objeto de estudio y utilizar únicamente las categorías conceptuales propias de la ciencia.

Este diferente enfoque hermenéutico es, creo, lo que separa las teorías jurídicas de Hart y de Ross sobre el punto de vista interno de los jueces, cuyo contraste abría este trabajo. Mientras que el enfoque del realismo jurídico norteamericano resulta ser externo extremo (conductista), Ross y otros realistas escandinavos tuvieron en cuenta el punto de vista interno en sus teorías jurídicas y su enfoque es externo hermenéutico. Ahora bien, las descripciones de Ross no buscaban dar cuenta del punto de vista interno tal como lo entienden quienes lo adoptan, al modo *emic*, sino que buscaban sacar a la luz su funcionamiento psicológico y sus causas sociales profundas, al modo *etic*⁷⁴. En cambio, Hart decía que «lo que se necesita es un método ‘hermenéutico’ que implica reflejar el comportamiento gobernado por reglas tal como aparece a sus participantes»⁷⁵. Pero este enfoque *emic* podría buscar que el resultado sea inteligible para los juristas a costa de sacrificar su rigor científico.

⁷⁴ Como ilustración: Ross, Alf, “TÛ-TÛ” (1957), trad. de G.R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976. Aquí Ross relata cómo una supuesta investigación sobre una tribu puso de manifiesto que sus miembros creían que cuando alguien comía la comida del jefe surge «tû-tû», y que cuando hay *tû-tû* procede hacer una ceremonia de purificación; y dice que si bien la idea de *tû-tû* es una superstición y la misma conducta puede explicarse sin ella (a saber: los miembros de la tribu creen que cuando alguien come la comida del jefe procede hacer una ceremonia de purificación), no obstante merece ser tenida en cuenta como parte de los mecanismos psicológicos de la tribu. El antropólogo del relato, como Ross, tiene en cuenta la creencia normativa de la tribu y su perspectiva es hermenéutica, pero en lugar de describir esa creencia con perspectiva *emic* tal como lo hace la propia tribu (con la idea de *tû-tû*), opta por la perspectiva *etic* y da cuenta de la pauta real seguida (sin la noción de *tû-tû*) y de la explicación materialista de las creencias por su función social.

⁷⁵ Hart, H.L.A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, ob. cit., p. 13.

5. RESUMEN ESQUEMÁTICO

A partir de lo expuesto, y a modo de resumen, propondré una esquema para ordenar los puntos de vista que un agente puede adoptar respecto de una norma jurídica, así como una tabla de las actitudes que dichos puntos de vista reflejan. No es una clasificación exhaustiva ni acabada, pero puede servir para mostrar la diversidad y complejidad de las perspectivas posibles sobre el Derecho, que no puede confinarse en una dualidad de puntos de vista interno y externo; y al mismo tiempo para ayudar a clarificar y sistematizar esa diversidad. Como los criterios de clasificación se solapan entre sí son inevitables ciertas redundancias y también la posibilidad de una reordenación equivalente. En particular, la tensión entre compromiso y desapego, que se suscita primero en la dimensión subjetiva del seguimiento o cumplimiento personal de la norma, cuando se plantea en la dimensión objetiva de administración o afirmación de la norma se solapa con la clasificación de puntos de vista basada en si el objetivo o función de la práctica es declarativo u operativo. Y la misma tensión es también aplicable en el punto de vista teórico, lo cual hace difícil diseñar una taxonomía a la vez precisa y nítida.

Puntos de vista de un agente respecto de una norma jurídica

1. *Práctico (interior)*: participa en la práctica [jurídica] afectada por la norma, desde dentro.
 - 1.1. *Adaptado*: la usa como criterio de conducta o se conforma externamente a ella.
 - 1.1.1. *Subjetivo (primario)*: la cumple personalmente; la usa para guiar su conducta.
 - 1.1.1.1. *Comprometido (interno)*: la acepta voluntariamente como una razón para actuar; percibe que está vinculado por ella y obligado a cumplirla.
 - 1.1.1.1.1. *Aprobatorio*: la aprueba y asume por razones morales.
 - 1.1.1.1.2. *Concordante*: la adopta por razones no morales.
 - 1.1.1.1.2.1. *Autointeresado*: por provecho o conveniencia personal.
 - 1.1.1.1.2.2. *Anuente*: por consentimiento con los criterios de validez.
 - 1.1.1.1.2.3. *Deferente*: por asentimiento o empatía con la autoridad.
 - 1.1.1.1.2.4. *Acomodado*: por adhesión, imitación o tradición interiorizada.
 - 1.1.1.2. *Desapegado (desprendido)*: la sigue voluntariamente pero sin creerse obligado ni desear que se mantenga; se considera libre de cumplirla.
 - 1.1.1.2.1. *Aquiescente (indiferente)*: la admite y respeta pero sin compartirla.
 - 1.1.1.2.2. *Discrepante*: la acata pero con disgusto y rechazo.
 - 1.1.1.3. *Compelido*: se somete contra su voluntad; se ve obligado a cumplirla.

- 1.1.1.3.1. *Apremiado (precavido, amenazado)*: por temor a las represalias.
- 1.1.1.3.2. *Forzado (constreñido)*: por efecto de la fuerza.
- 1.1.1.4. *Convergente*: actúa según ella de modo fortuito, involuntariamente.
- 1.1.2. *Objetivo (secundario)*: la administra o afirma como pauta de conducta propia o ajena; la sigue y usa como criterio de justificación y crítica de conductas.
 - 1.1.2.1. *Declarativo*: la interpreta para declarar el contenido del Derecho.
 - 1.1.2.1.1. *Lego*: le atribuye significado según los usos lingüísticos y sociales.
 - 1.1.2.1.1.1. *Comprometido*: acepta que guíe la conducta afectada.
 - 1.1.2.1.1.2. *Desapegado*: la toma como norma con indiferencia.
 - 1.1.2.1.2. *Técnico*: le atribuye significado según criterios jurídicos.
 - 1.1.2.1.2.1. *Doctrinal*: la precisa o delimita para conocimiento abstracto.
 - 1.1.2.1.2.1.1. *Comprometido*
 - 1.1.2.1.2.1.2. *Desapegado*
 - 1.1.2.1.2.2. *Profesional*: la particulariza respecto de un caso concreto.
 - 1.1.2.1.2.2.1. *Comprometido*
 - 1.1.2.1.2.2.2. *Desapegado*
 - 1.1.2.2. *Operativo*: la aplica en un supuesto de hecho determinado.
 - 1.1.2.2.1. *Privado*: por ciudadanos particulares para evaluar conductas.
 - 1.1.2.2.1.1. *Comprometido*
 - 1.1.2.2.1.2. *Desapegado*
 - 1.1.2.2.2. *Público*: por poderes públicos para darle eficacia autorizada.
 - 1.1.2.2.2.1. *Comprometido*
 - 1.1.2.2.2.2. *Desapegado*
- 1.2. *Desviado*: la desobedece en su conducta y prescinde de ella en sus juicios.
 - 1.2.1. *Aморal*: la rehúye o evita por autointerés o conveniencia egoísta.
 - 1.2.2. *Moral*: la objeta o contesta por razones altruistas y desinteresadas.
- 2. *Teórico*: la menciona desde fuera, como observador de la práctica jurídica.
 - 2.1. *Analítico (conceptual)*: analiza su naturaleza y características filosóficas.
 - 2.2. *Descriptivo*: la describe y estudia por sus propiedades y efectos empíricos.
 - 2.2.1. *Extremo*: la explica sólo por hechos observables y relaciones entre ellos.
 - 2.2.1.1. *Miope (ofuscado)*: no percibe y desatiende su significación normativa.
 - 2.2.1.2. *Conductista (positivista)*: la naturaliza por rigor científico.
 - 2.2.2. *Hermenéutico (interpretativo)*: comprende su significado social normativo.
 - 2.2.2.1. *Emic (comprensivo)*: conserva el sentido que tiene para quien la usa.
 - 2.2.2.1.1. *Implicado*: la reconstruye como partícipe de la práctica que la usa.
 - 2.2.2.1.1.1. *Comprometido*: acepta que guíe la conducta afectada.
 - 2.2.2.1.1.2. *Desapegado*: le es indiferente que sirva de norma.
 - 2.2.2.1.2. *Concernido*: se ocupa de ella sin ser parte de la práctica que la usa.
 - 2.2.2.2. *Etic (imparcial)*: la soslaya y explica con neutralidad científica.
 - 2.3. *Evaluativo (normativo)*: valora su idoneidad.
 - 2.3.1. *Ético*: según su legitimidad, corrección o adecuación a valores morales.

2.3.2. *Sociológico*: según su eficacia social.

2.3.3. *Económico*: según su eficiencia instrumental.

2.3.4. *Reflexivo*: según los principios, sentido o propósito de la propia práctica.

Actitudes de un agente ante una norma jurídica

Posibles actitudes de un agente ante una norma jurídica						
Considera, participa en su sentido normativo	usa, se conforma	cumple	acepta	aprueba moralmente		
				adopta	considera que le conviene	
					consiente con su validez	
					asiente a la autoridad	
			se adhiere a la tradición			
			sigue	admite y respeta sin compartir		
		acata con rechazo				
		se somete	previene consecuencias negativas			
			se ve forzado			
		coincide involuntariamente				
	administra, afirma	interpreta	con criterios comunes		comprometido	
					desapegado	
			técnicamente	delimita en abstracto	comprometido	
				particulariza en concreto	desapegado	
		aplica	con eficacia privada		comprometido	
			con autoridad pública		desapegado	
	desobedece	rehúye por autointerés				
objeta moralmente						
Observa, menciona	analiza filosóficamente					
	describe, estudia	explica	desatiende su función normativa			
			naturaliza e investiga empíricamente			
		comprende	conserva su sentido	reconstruye como partícipe	comprometido	
				se ocupa sin estar involucrado		desapegado
	desmitifica y soslaya por rigor científico					
	Juzga	su legitimidad y corrección moral				
		su eficacia social				
su eficiencia instrumental						
su coherencia con su trasfondo de principios y valores						

Bibliografía

- ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, trad. de J. Pallí Bonet, Gredos, Madrid, 2000.
- *Política*, trad. de M. García Valdés, Gredos, Madrid, 2000.
- BAYÓN, Juan Carlos, *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- BULYGIN, Eugenio, “Normas, proposiciones normativas y enunciados jurídicos”, en Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 169-193.
- DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1986.
- COLOMER, José Luis, “Teoría del Derecho, interpretación y punto de vista interno. Algunas observaciones sobre las tesis de Ronald Dworkin”, en Ramos Pascua, J.A. y Rodilla González, M.Á. (eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2006, pp. 277-302.
- FINNIS, John, “Reason, Authority and Friendship in Law and Morals” (1970), en Finnis, J., *Collected Essays, Vol. I. Reason in Action*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 104-124.
- *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980. Se cita por la trad. esp. de C. Orrego: *Ley natural y derechos humanos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.
 - “Sobre los caminos de Hart: el Derecho como razón y como hecho”, en Kramer, M. et al. (comps.), *El legado de H.L.A. Hart. Filosofía jurídica, política y moral* [2008], trad. de C. Orunesu y J.L. Rodríguez, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 29-58.
- GAIDO, Paula, *Las pretensiones normativas del derecho. Un análisis de las concepciones de Robert Alexy y Joseph Raz*, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *Derecho, Ética y Política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- HACKER, P.M.S., “Hart’s Philosophy of Law”, en Hacker, P.M.S. y Raz, J. (eds.), *Law, Morality, and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Clarendon Press, Oxford, 1977, pp. 1-25.
- HART, H.L.A., “Realismo escandinavo” (1959), trad. esp. de J.J. Moreso, en Casanovas, P. y Moreso, J.J. (eds.), *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Crítica, Barcelona, 1994, pp. 456-465.
- *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1961. Hay trad. esp. de G.R. Carrió: *El concepto de derecho*, Editora Nacional, México, 1980.
 - *Essays on Bentham*, Clarendon Press, Oxford, 1982.
 - *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983.

- “Postscript” a *The Concept of Law*, 2ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1994, pp. 238-276. Se cita por la trad. esp. de R. Tamayo y Salmorán: *Post scriptum al concepto de derecho*, UNAM, México, 2000.
- HARRIS, Marvin, *Introducción a la antropología general* (1971), trad. de J.O. Sánchez, Alianza, Madrid, 1984 (5ª ed.).
- HOCEVAR GONZÁLEZ, Mayda, “Los casos central y periféricos y el punto de vista moral del punto de vista interno en la teoría del Derecho de John Finnis”, en Ramos Pascua, J.A. y Rodilla, M.Á. (eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto, ob. cit.*, pp. 197-215.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho* (2ª ed., 1960), trad. de R. Vernengo, Porrúa-UNAM, México, 1991.
- MACCORMICK, Neil, *H.L.A. Hart*, Edward Arnold, Londres, 1981. Hay trad. esp. de J.M. Pérez Bermejo: *H.L.A. Hart*, Marcial Pons, Barcelona-Buenos Aires-Madrid, 2010.
- MARMOR, Andrei, *Philosophy of Law*, Princeton University Press, Princeton, 2011.
- PATTERSON, Dennis, “Explicating the Internal Point of View”, *Southern Methodist University Law Review*, 52 (1999), pp. 67-74.
- PERRY, Stephen, “Hart on Social Rules and the Foundations of Law: Liberating the Internal Point of View”, *Fordham Law Review* 75 (2006), pp. 1171-1209.
- POSNER, Richard A., *How Judges Think*, Harvard University Press, Cambridge (Mass), 2008.
- RAZ, Joseph, *El concepto de sistema jurídico* (1970), trad. de R. Tamayo y Salmorán, UNAM, México, 1986.
 - *Practical Reason and Norms* (1ª ed., 1975; 2ª ed., 1990), Oxford University Press, Oxford, 1999. Se cita por la trad. esp. de J. Ruiz Manero: *Razón práctica y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
 - *La autoridad del derecho* (1979), trad. de R. Tamayo y Salmorán, UNAM, México D.F., 1985 (2ª ed.).
 - “The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism”, en Pavlakos, G. (ed.), *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2007, pp. 17-35.
- RIVAYA, Benjamín, *El materialismo jurídico. La presunta teoría del derecho de Marvin Harris*, Dykinson-Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2007.
- RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, Joaquín, “La demarcación entre teoría y práctica jurídicas”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 17 (2000), pp. 395-416.
- ROSS, Alf, “TÛ-TÛ”, *Harvard Law Review*, 70 (1957), pp. 812-825. Hay trad. esp. de G.R. Carrió: “TÛ-TÛ”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976.
 - *Sobre el derecho y la justicia* (1958), trad. esp. de G.R. Carrió, Eudeba, Buenos Aires, 1994 (5ª ed.).

- “Hart sobre el concepto de Derecho” (1962), trad. de J.J. Moreso, en Casanovas, P. y Moreso, J.J. (eds.), *El ámbito de lo jurídico... ob. cit.*, pp. 465-474.
- RUIZ MANERO, Juan, *Jurisdicción y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.
- SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologica*, Parte I-II, trad. de A. Osuna Fernández-Largo, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1997.
- SHAPIRO, Scott, “What is the Internal Point of View?”, *Fordham Law Review* 75 (2006), pp. 1157-1170.
 - *Legality*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2011.
- TAMANAH, Brian Z., “A Socio-Legal Methodology for the Internal/External Distinction: Jurisprudential Implications”, *Fordham Law Review*, 75 (2006), 1255-1274.
- TOH, Kevin, “Hart’s Expressivism and his Benthamite Project”, *Legal Theory*, 11 (2005), pp. 75-123.
- WENDEL, W. Bradley, “Lawyers, Citizens, and the Internal Point of View”, *Fordham Law Review*, 75 (2006-2007), pp. 1473-1499.
- WRIGHT, Georg H. von, *Explicación y comprensión* (1971), trad. esp. de L. Vega, Alianza, Madrid, 1979.

Abandonar la regla de reconocimiento (desde el positivismo jurídico)*

Germán Sucar

INTRODUCCIÓN

Si la norma fundante básica kelseniana ha sido relegada al olvido o, cuando mucho, se le concede un interés puramente histórico en tanto construcción teórica, a la vez magna (en virtud de su elevada pretensión: fundar la unidad del sistema jurídico y dar cuenta de su normatividad) y deficitaria (a causa de su nulo rédito explicativo)¹, no puede decirse lo mismo de la regla de reconoci-

* Este trabajo es una versión sustancialmente modificada y ampliada del artículo homónimo aparecido en *Ex Legibus. Revista de Derecho*, Año 1, N° 2, octubre 2011: 85-115. Agradezco los valiosos comentarios de Ulises Schmill, Riccardo Guastini, Ricardo Caracciolo y Pablo Perot respecto de versiones anteriores de este nuevo artículo.

¹ Entre las principales críticas a la norma fundante básica pueden citarse: Ross 1961, Raz 1970, Bulygin 1982. Para sólo referirme a trabajos recientes, merece destacarse, en primer lugar, que Riccardo Guastini, siguiendo los lineamientos de (Hart, 1961: 311), sostiene que la norma fundante básica es una duplicación innecesaria con relación a una constitución que es aceptada: un sistema jurídico, considerado en su totalidad, debe necesariamente descansar en una norma no-válida (por un lado, porque entendida la validez como pertenencia al sistema jurídico, la pertenencia a dicho sistema de las normas positivas supremas no puede —por definición— depender del hecho de haber sido creadas de conformidad con otra norma superior; por otro lado, porque entendida la validez como fuerza obligatoria, la postulación de la obligación general de obedecer al derecho no puede sino ser una obligación meta-jurídica). Sostiene, asimismo, que la presuposición de la norma fundante básica —entendida como una norma que da competencia al constituyente originario para establecer la constitución— tiene la paradójica consecuencia de convertir dicho poder constituyente originario —que por definición es un poder extra-jurídico, pues no está constituido ni regulado por ninguna norma, esto

miento preconizada por Hart². Ella ha sido, muy por el contrario, desde el momento de su formulación por parte de su autor y hasta la actualidad, objeto del más vivo interés³. No sólo ha dado lugar a

es, que es un poder constituyente (*i.e.*, fáctico)— en un poder jurídicamente constituido (cf. Guastini 2010). Es interesante destacar, asimismo, en segundo lugar, que Ulises Schmill, aun cuando critica la norma fundante básica kelseniana por ser una hipótesis —en tanto la postulación de una “norma pensada” como fundamento de validez de las normas jurídicas positivas implica pasar incorrectamente del meta-lenguaje de la ciencia jurídica al lenguaje objeto de las normas— ha destacado el mérito de Kelsen en advertir que es una ingenuidad filosófica considerar que el derecho, en sí mismo, de manera ontológica, ya tiene la estructura de un sistema jurídico. Así, partiendo del postulado positivista de que sólo tiene sentido preguntarse por el fundamento de validez de una norma en el interior de un derecho positivo y no del sistema jurídico como un todo (es decir, de manera immanente y no trascendente) y sobre la base de la constatación empírica de que los actos de poder no se dan de manera aislada, sino que van unificándose en relaciones jerárquicas de supra y subordinación, ha sostenido que la jurisprudencia ha de formular una hipótesis científica de conformidad con la cual se interprete a estos actos de poder y de mando como un orden dinámico de normas. Por lo tanto, la norma fundante básica no es ni podría ser, de acuerdo con Schmill, una norma, sino una proposición de la ciencia del derecho y, más específicamente, una hipótesis fundamental de la ciencia jurídica de acuerdo con la cual es posible conceptualizar el material bruto ofrecido a ésta como un orden jurídico, es decir, interpretar como jurídicamente válidos las normas y actos conformes a la primera constitución histórica. A nuestro juicio, la concepción de los sistemas jurídicos de Hart y, en particular, de su regla de reconocimiento, adolecen de la ingenuidad filosófica puesta de relieve por Schmill (2007).

² Cf. Hart 1961 y 1994. Tomaré estos dos textos como objeto de mis análisis sobre la doctrina de la regla de reconocimiento. Sin pretender dar una lista completa, pueden también hallarse referencias a la regla de reconocimiento en Hart 1958 y 1968.

³ Entre los trabajos que se han ocupado de la regla de reconocimiento, algunos de ellos ya clásicos, pueden mencionarse, sin ánimo exhaustivo: Raz 1970, 1975 y 1979, Bulygin 1976 y 1991b, Hacker 1977, MacCormick 1981, Martin 1987, Ramos Pascua 1989, Ruiz Manero 1990 y 1991, Caracciolo 1991, Bayles 1992, Marmor 2001 y 2009, Dickson 2007, Shapiro 2009, Adler-Himma 2009. Entre las contribuciones más recientes destaco las de Ortega García 2010 y Puppo 2010. En la primera de ellas se ofrece una reconstrucción de la regla de reconocimiento a partir de la noción de compromiso mutuo de Margaret Gilbert como vía adecuada para explicar la normatividad del derecho, en

un intenso debate tanto exegético como reconstructivo, renovado incesantemente, acerca de sus condiciones de existencia, así como de su contenido, naturaleza y funciones, sino que es adoptada, por buena parte de los iusfilósofos positivistas, por no decir por parte de la opinión *standard* u “oficial” de dicha doctrina, como un adquisición imperecedera de la teoría del derecho⁴. Creo que este es

el entendimiento que la noción de aceptación no es suficiente para este propósito. En la segunda, se concibe a la regla de reconocimiento *strictu sensu* como un mero conjunto de criterios (*i.e.* una regla conceptual) que permite identificar el derecho válido carente de todo carácter normativo, cuestionándose de este modo la concepción hartiana según la cual la regla de reconocimiento sería a la vez una regla conceptual y una regla de conducta. La normatividad del derecho se explicaría por la práctica constitucional de los jueces consistente en aceptar la proposición (falsa) según la cual los criterios de validez (*i.e.*, regla de reconocimiento) contenidos en la constitución (formal), son obligatorios; tal práctica generaría una costumbre judicial —reflejo empírico de la norma fundante básica kelseniana—, que el autor llama *Norma Fundamental*. Véase, asimismo, Celano 2010, donde se pone en crisis la idea de concebir a la regla de reconocimiento como una convención, analizando para ello los diferentes sentidos de convención que se han propuesto, para concluir que no es posible obtener normas a partir de un hecho convencional; Luzzati 2010, donde se sostiene, por el contrario, desde una óptica funcional, que la tesis del carácter convencional de la regla de reconocimiento es lo que permite solucionar una serie de dificultades; y Pino 2011 y Guastini 2012. A estos dos últimos trabajos hago referir *infra*.

⁴ Así, se ha podido decir que “*la idea de regla de reconocimiento es una de las más grandes contribuciones de Hart a la filosofía del derecho*” (cf. Kramer, 2004: 104). Pero lo que es más significativo aún es el hecho de que, en el ámbito del positivismo jurídico, algunos de los más reconocidos iusfilósofos de la actualidad como Marmor (1991, 2001, 2009, 2010), Coleman (1998, 2001) y Schauer (2004) toman a la regla de reconocimiento (aunque no necesariamente bajo la misma interpretación o reconstrucción y no sin ciertas salvedades respecto de lo dicho por Hart) como un concepto central de sus propias teorías del derecho. Si la tesis de que la regla de reconocimiento es una adquisición perenne de la teoría del derecho no es pacífica, ello es en virtud de la críticas antipositivistas, no del propio positivismo jurídico. Es significativo, en este sentido, que uno de sus principales críticos, Ronald Dworkin, haya atacado a la regla de reconocimiento como un rasgo esencial del positivismo jurídico, hasta tal punto que su tesis (que considero equivocada) es que demoler la regla de reconocimiento implica demoler el positivismo mismo en su conjunto.

uno de los grandes errores, de vastas consecuencias, de la filosofía jurídica contemporánea. Las dificultades que ha puesto de manifiesto su análisis, sin embargo, hubiera debido conducir a su puesta en crisis. Magna y deficitaria, al igual que la norma fundante básica y por las mismas razones, aunque sus deficiencias son otras, la regla de reconocimiento debería ser lisa y llanamente abandonada. Dicho rechazo no conduce —como lo pretende la corriente antipositivista— a un cuestionamiento de las tesis definitorias del positivismo jurídico metodológico⁵ ni de la reconstrucción sistemática del de-

Entre los numerosos trabajos en que se ocupa del particular reténganse, por su diferente estrategia de ataque, Dworkin 1977 y Dworkin 2006. Es particularmente revelador, además, el hecho de que las profusas discusiones críticas acerca de la regla de reconocimiento versen sobre la comprensión o el alcance que cabría acordarle. Pero en ningún caso, hasta donde sé, se la ha impugnado (desde el positivismo jurídico) como una noción sin valor o utilidad para la teoría del derecho. Las importantes críticas a las que Raz somete la regla de reconocimiento, por citar un ejemplo elocuente, no lo conduce a su rechazo sino a su reformulación (cf. Raz 1970, 1975 y 1979). Valgan como muestra de ello, asimismo, alguna de las contribuciones recientes sobre la regla de reconocimiento citadas en la nota anterior. A mayor abundamiento, es oportuno mencionar que en uno de estos trabajos, su autor, al criticar la tesis del carácter convencional de la regla de reconocimiento, se ve en la necesidad de precisar: *“No está aquí cuestionándose la tesis hartiana, según la cual, el fundamento de un sistema jurídico se encuentra en una regla de reconocimiento”* (cf. Celano, 2010: 60). Es de destacarse que en Shapiro 2009, donde se discuten algunas de las más importantes objeciones que se han dirigido contra la regla de reconocimiento, pese a lo que pareciera indicar el título del artículo (*“What is the rule of recognition (and does it exist?)”*), se termina por afirmar su existencia, si bien en una reformulación particular. En fin, la respuesta que da Giorgio Pino a la pregunta provocadora que lleva por título su artículo (*“Farewell to the Rule of Recognition?”*) es, en palabras del propio autor, un *“No cualificado”* (cf. Pino, 2011: 268).

⁵ Entiendo que el positivismo jurídico metodológico puede ser caracterizado sobre la base de las siguientes tesis: i) la tesis de las fuentes sociales en su versión fuerte o excluyente, la cual, a su vez, implica: i') la tesis de la no conexión identificatoria, y ii") la tesis de los límites o de la discrecionalidad; y ii) la tesis epistémica de la neutralidad, de conformidad con la cual es posible una aproximación teórica (*i.e.*, descriptiva, explicativa y no evaluativa, valorativa o justificatoria) objetiva o neutral (*i.e.*, no participativa o comprometida) al fenómeno jurídico. No se considera un rasgo característico, en cambio, la tesis

recho⁶. Bien por el contrario, es lo que permite una defensa más sólida y coherente de dichos postulados, a la vez que mostrar más claramente la falta de tino de la crítica antipositivista.

de la no conexión justificatoria, esto es, el rechazo de la idea según la cual la justificación (genuina o comprometida, es decir, no meramente hipotética) del seguimiento de una práctica social, cuando ella implica el requerimiento a terceros de ciertas acciones o abstenciones, incluso cuando ellas van en contra de sus intereses, presupone la aceptación de un razonamiento práctico de estructura compleja en el que la existencia de dicha práctica es tomada en cuenta como razón auxiliar y en el que la razón operativa ha de ser de naturaleza moral. Dicho en otros términos, el modelo positivista que adoptamos no sólo es compatible (aunque no se compromete) con la existencia de una moral objetiva, sino incluso con la idea de que los jueces u otros tribunales, al adoptar una decisión jurídica, efectúan un razonamiento moral, de modo que una decisión conforme a las normas jurídicas podría ser moralmente inadecuada, por lo que los jueces, en tal caso, tendrían el deber moral de evitar tales tipo de decisiones, aun a costa de desobedecer las normas jurídicas. Se consideran, por lo tanto, antipositivistas aquellas teorías que rechazan todas o algunas de las referidas tesis. En Sucar 2008, se ofrece una defensa de tales postulados y se la defiende contra las posturas antipositivistas.

⁶ El positivismo jurídico, tal como venimos de caracterizarlo, por una parte, admite más de una especificación de la tesis de las fuentes sociales; por la otra, no implica compromiso conceptual alguno con la reconstrucción sistemática del derecho. Por nuestra parte, no sólo sostenemos que el abandono de la noción de regla de reconocimiento es algo consistente e incluso exigido por los postulados del positivismo jurídico, sino también que es algo a la vez compatible y exigido por: a) una cierta especificación de la tesis de las fuentes sociales, a saber, aquella de acuerdo con la cual el derecho es concebido como un conjunto de normas (*i.e.*, de reglas y principios) y su existencia está determinada por hechos sociales convencionales, y b) la reconstrucción sistemática del derecho (véase, al respecto, Sucar 2008). La aclaración no es pedestre porque aun los autores positivistas que no asumen la noción de regla de reconocimiento en sus teorías del derecho, o bien rechazan la posibilidad o el interés de una reconstrucción sistemática del derecho (como algunos representantes del realismo norteamericano —los más extremos de los cuales niegan incluso que el derecho pueda ser concebido como un conjunto de normas—), o bien simplemente porque no han efectuado ninguna contribución relevante en la materia. El caso de Ross es ejemplar porque, aun si concibe al derecho como un conjunto de normas vigentes, de acuerdo con su teoría, en última instancia, éstas han de ser identificadas, básicamente, sobre la base de su uso en los razonamientos por parte de los jueces al dictar sentencia y no sobre la base de criterios sistemáticos.

No es mi interés demorarme aquí en intentar explicar los motivos filosóficos o sociológicos que han determinado o contribuido a esta injustificada pervivencia en el marco teórico del positivismo jurídico. Mi objetivo es más modesto: ensayar algunos argumentos

Como ha señalado atinadamente Ricardo Guibourg, existe una tensión en la teoría de Ross en la medida en que, aun sin apelar a la norma fundante básica ni a la regla de reconocimiento, éste no renuncia a la idea de que para que una norma tenga efectos legales debe haber sido dictada por una autoridad competente de acuerdo al procedimiento establecido. Salvo por una cuestión de acento —puesto sobre la reconstrucción sistemática en detrimento de la consideración de lo que de hecho deciden las autoridades y, en particular, los jueces— una tensión similar afecta, de acuerdo con Guibourg, las teorías de Kelsen y Hart. El realismo escandinavo de Olivecrona no estaría afectado por una tensión teórica de este tipo, pero al precio de renunciar a la exigencia sistemática que el manejo práctico del derecho requiere. Dado que los esquemas formalista y realista son incompatibles entre sí, la conclusión de Guibourg es que “*con la interacción de un realismo subyacente y de un formalismo vagamente espasmódico, la ciencia del derecho, bifronte como jano, puede aspirar a cumplir su compromiso con el método empírico y con la práctica jurídica*”. Aunque Guibourg critica la regla de reconocimiento, no ofrece explícitamente ninguna reconstrucción teórica alternativa para dar cuenta de la sistematicidad del derecho (cf. Guibourg 1986; la cita textual corresponde a la página 77). A su juicio —según lo ha expresado en una comunicación personal a quien escribe estas líneas— aunque una regla de reconocimiento le parece necesaria para fundar la unidad del sistema jurídico en la visión normativista (que es la que le parece preferible), no ofrece una reconstrucción de la misma por no contar con una versión que considere satisfactoria. Por otra parte, estima que si bien la visión normativista es mejor y más útil que las demás es, con todo, bastante imperfecta. Cf. al respecto Guibourg 2013. En Sucar 2008, he sostenido que la solución a la tensión teórica producida por la incompatibilidad entre ambos esquemas explicativos no puede ser su articulación (en el interior de la ciencia jurídica), sino su completa independencia; y que para que la ciencia jurídica pueda cumplir con la tarea de dar cuenta de lo que el derecho establece con relación a la regulación de la conducta en ciertos casos sobre la base de criterios de corrección, ha de prescindir de consideraciones puramente fácticas relativas al comportamiento de las autoridades. Así, el abandono de la regla de reconocimiento que propiciamos se efectúa sobre la base de la asunción de los postulados de un positivismo normativista convencionalista que acepta la pertinencia teórica de la reconstrucción sistemática del derecho (y no sobre la base de un planteo realista o de una concepción bifronte de la ciencia jurídica).

a favor de la tesis de que *en los sistemas jurídicos no hay algo así como una regla de reconocimiento o, dicho de modo menos substancialista, que se trata de una noción teóricamente innecesaria*. En términos más precisos: de lo que con ella pretende darse cuenta, puede darse cuenta sin ella, sin pagar ningún precio y evitando, en cambio, ciertos enredos conceptuales. La noción de regla de reconocimiento, tal como es caracterizada por Hart, encierra en efecto, bajo la apariencia de la multiplicidad de funciones que estaría destinada a cumplir, diversos aspectos que corresponden, por derecho, a diferentes niveles de análisis que no pueden ser conciliados en el interior de una misma noción, ni tampoco reconstruidos en nociones separadas sin pérdida sustancial de valor teórico (*i.e.* poseer nulo o escaso poder explicativo) o sin recaer en una duplicación conceptual innecesaria (*i.e.* explicar lo que ya se explica claramente con otras nociones). Los seguidores y comentaristas del iusfilósofo inglés, pese a sus esfuerzos, no han logrado una concepción o reconstrucción superadora. Se trata, en realidad, como intentaré mostrar, de un intento destinado al fracaso desde su inicio. Digámoslo en términos lacónicos: *en ningún sistema jurídico existe (ni puede existir) algo que satisfaga todos los rasgos mediante los cuales Hart caracteriza la noción de regla de reconocimiento, ni tampoco sólo algunas de ellas consideradas independientemente de las otras (vía alguna reconstrucción teórica)*. La única solución a dicha dificultad, según lo sugiero, consiste en abandonar la noción de regla de reconocimiento. Esto no quiere decir que no haya ninguna idea valiosa *detrás* de ella.

Concretamente, defenderé las siguientes tesis. La primera, (i) que la noción de regla de reconocimiento no sirve para dar cuenta ni de: a) la unidad de un sistema jurídico, es decir, ni de los criterios de identidad de un sistema jurídico ni de los criterios de pertenencia de normas al sistema; ni de b) su normatividad en sentido práctico, es decir, no es susceptible de ofrecer una *justificación* del derecho, esto es, de su obediencia y aplicación. Mientras que el intento de proveer una explicación de a) no provoca ninguna tensión con el positivismo metodológico y es algo de lo que se supone que la regla de reconocimiento está destinada explicar, b), en cambio, es algo

de lo que se supone que una teoría del derecho enmarcada en el positivismo metodológico (como es el caso de la teoría de Hart), no puede pronunciarse sin trasgredir sus límites y, por ende, algo que se supone que la noción de la regla de reconocimiento no debería tener en miras. No obstante, lo cierto es que la noción de regla de reconocimiento introduce este desliz de niveles (o, al menos, da lugar a ello). Ello así, desde el momento en que la regla de reconocimiento (postulada por dicha teoría) se considera el *fundamento* (normativo) del sistema jurídico en el sentido de que dotaría de fuerza obligatoria a todas las restantes normas del sistema jurídico (*i.e.*, la obligación de aplicarlas), y aun si esta fuerza normativa pretende ser reducida, en tanto fuente, a una meta-norma jurídica (porque o bien esta única meta-norma jurídica es innecesaria para explicar la obligatoriedad de las restantes normas de un sistema jurídico, o bien se trata de una meta-norma *extra-jurídica*). La segunda tesis (ii) es que, pese a lo anterior, la idea de prácticas complejas de aceptación y obediencia y, en particular, la noción de *aceptación* podría ser un instrumento teórico útil para dar cuenta de: a) la eficacia de un sistema jurídico y b) de su normatividad en sentido descriptivo, es decir, para ofrecer una *explicación* de en qué consiste la regulación jurídica de la conducta (y, más específicamente, que sea jurídicamente obligatoria). Ambos son aspectos de los que se espera que una teoría enmarcada con el positivismo metodológico de cuenta sin que, desde luego, haya ninguna tensión en ello⁷. Con todo, mis

⁷ Desde luego, no desconozco que hay autores positivistas, como Alf Ross (1958 y 1961) que niegan que la “normatividad” sea una característica de las normas jurídicas respecto de la cual la teoría del derecho deba dar cuenta. Se trataría de una postulación metafísica y, por ende, inverificable que en tanto tal debería ser ignorada por una teoría del derecho que se pretenda científica. No obstante, aunque no puede discutirlo aquí, creo que Ross no distingue (al menos con toda claridad) entre el sentido prescriptivo y descriptivo de normatividad. En mi interpretación, Hart (a diferencia de Ross) entiende que la normatividad es una propiedad genuina del derecho de la que la teoría del derecho puede y debe dar cuenta. En este punto está de acuerdo con Kelsen, pero se aparta de éste con respecto a la solución que ofrece a la cuestión, en particular, de su doctrina de la norma fundante básica. Aunque, en principio, Hart intenta

esfuerzos van consagrados esencialmente a i). Con relación a ii), me limitaré a sugerir que se trata de una posible línea de teorización. Pero debe quedar claro desde ahora que, en mi opinión, aun si la noción de aceptación es útil al menos como bosquejo de una teoría de a) y b) del ítem ii), ello en nada contribuye a auxiliar o recomponer noción de regla de reconocimiento la cual, según sostendré, debe ser enteramente abandonada.

Entre las diversas discusiones a que ha dado lugar la noción de regla de reconocimiento, estimo que la relativa a su naturaleza (*i.e.*, aquella que se refiere a su carácter normativo o meramente conceptual) y que se vincula estrechamente con la de sus funciones (*i.e.*, imponer el deber de aplicar los criterios de validez, establecer dichos criterios de validez —o ambas cosas—), es la que permite poner de manifiesto de la manera más patente su inviabilidad teórica y, por ende, argumentar a favor de las tesis que sustentó⁸. Me valdré para mis propósitos, como hilo conductor, de la polémica entre Eugenio Bulygin y Juan Ruiz Manero sobre este particular, en tanto ésta nos permitirá ilustrar de modo ejemplar el callejón sin salida al que conduce el postulado de la regla de reconocimiento.

proveer una *explicación* de la normatividad del derecho, algunas de sus afirmaciones (como se verá *infra*) parecen implicar o, al menos, pueden dar lugar, a deslizamientos que importan una *justificación* de la normatividad del derecho.

⁸ Algunas otras de las principales discusiones a que ha dado lugar la noción de regla de reconocimiento han girado alrededor de i) sus condiciones de existencia, *i.e.* qué tipos de hechos sociales deben darse para que pueda afirmarse que existe una regla de reconocimiento; al respecto, los autores, basándose en las no muy sistemáticas observaciones de Hart sobre el comportamiento convergente de las autoridades que comparten un punto de vista interno y la idea de convención, han ofrecido una serie de reconstrucciones diferentes (cf., por ejemplo, Postema 1982, Coleman 2001: esp. cap. 7, Marmor 2001: caps. 1 y 2); ii) sobre el contenido de los criterios de validez que ésta establece, en particular, si la moral puede o no figurar como uno de tales criterios, lo cual ha dado lugar al debate entre positivistas incluyentes (cf., por ejemplo, Waluchow 1994, Coleman 2001 y Kramer 2004) y excluyentes (cf., principalmente Raz 1979), respectivamente. Para una amplia discusión sobre este debate ver Bayón 1999. En Sucar 2008, se rechaza que el positivismo incluyente sea una alternativa genuina.

A estos fines, es necesario, sin embargo, contar una teoría más precisa y sofisticada de los sistemas jurídicos que la elaborada por Hart. No es posible dar respuesta satisfactoria a nuestros interrogantes si no vamos más allá del nivel de desarrollo de su concepción de tales sistemas como una combinación de reglas primarias y secundarias. La teoría de los sistemas jurídicos ha progresado significativamente desde las elaboraciones del iusfilósofo inglés, y no sorprenderé a nadie si digo que entre quienes han contribuido de manera más decisiva a ello se encuentran Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin.

Así, tras una presentación de las principales características que Hart atribuye a la regla de reconocimiento (1), nos centraremos en algunos de los rasgos centrales de la teoría de los sistemas jurídicos desarrollada por los profesores argentinos (2), con el fin de argumentar que la noción de regla de reconocimiento no juega rol alguno con relación a la unidad de los sistemas jurídicos (es decir, respecto de los criterios de identidad de un sistema jurídico y de los criterios de pertenencia de normas al sistema), ni respecto de su *justificación*, sugiriendo que, pese a ello, la noción de aceptación puede tener un valor teórico para *explicar* la eficacia del sistema jurídico así como su normatividad (3).

1. CARACTERIZACIÓN HARTIANA DE LA REGLA DE RECONOCIMIENTO

De acuerdo con Hart Una regla de reconocimiento es aquella que:

[...] especifica alguna característica o características cuya posesión por una regla sugerida es considerada como una indicación afirmativa indiscutible de que se trata de una regla del grupo, que ha de ser sustentada por la presión social que éste ejerce⁹.

⁹ Cf. Hart, 1961: 117.

Para Hart, las características salientes de un sistema jurídico nacional moderno sólo pueden ser presentadas con claridad, y su importancia correctamente apreciada, en términos de una situación más compleja que la del hábito general de obediencia a quien dicta órdenes respaldadas por amenazas, a saber, aquella situación social en la que se acepta y utiliza una regla secundaria de reconocimiento para la identificación de reglas primarias de obligación. En esta circunstancia mejor que en cualquier otra —afirma— podría decirse que se dan los *fundamentos* de un sistema jurídico¹⁰. Esta afirmación por sí sola permite apreciar el lugar central que ocupa la noción de regla de reconocimiento en su teoría de los sistemas jurídicos. A fin de centrar adecuadamente la discusión propuesta, conviene analizar por separado las principales características que Hart atribuye a la regla de reconocimiento.

1. *Su existencia puede asumir una enorme variedad de formas, simples o complejas.* Así, puede consistir simplemente en el hecho de que en algún documento o monumento público haya una lista de reglas dotadas de autoridad; o también, como ocurre en los sistemas jurídicos desarrollados, puede consistir en la indicación de alguna característica poseída por las reglas primarias como, por ejemplo, el hecho de haber sido sancionada por un cuerpo específico, su larga vigencia consuetudinaria o su relación con las decisiones judiciales¹¹.
2. *Posee generalmente carácter consuetudinario.* En la mayor parte de los casos, la regla de reconocimiento de un sistema jurídico no es expresada, sino que su existencia se muestra en la manera en que las reglas particulares son identificadas, ya sea por parte de los tribunales u otros funcionarios, ya por los súbditos o sus consejeros. Además, en la vida cotidiana de un sistema jurídico, su regla de reconocimiento rara vez es formulada en forma expresa, aunque ocasionalmente los

¹⁰ *Ibidem*: 125.

¹¹ *Ibidem*: 117-118 y 125-126.

tribunales pueden enunciar en términos generales el lugar relativo de un criterio de derecho respecto de otro, como cuando afirman la supremacía de las leyes del Parlamento sobre otras fuentes, aceptadas o sugeridas¹². Hart aclara que aun cuando la regla de reconocimiento fuera sancionada por vía legislativa, ella no sería una regla situada en el mismo plano que las reglas que identificamos valiéndonos de ella, pues el *status* jurídico de tal sanción necesariamente dependería del hecho de que la regla existiera antes y con independencia de esa sanción, dado que su existencia tiene que consistir en una práctica efectiva¹³. Asimismo, aduce que parece una “*duplicación innecesaria*” distinguir entre una regla de reconocimiento y una constitución cuando esta última es consuetudinaria. Así, afirma, criticando la norma fundante básica kelseniana, que si una constitución que especifica las diversas fuentes de derecho es una realidad viviente en el sentido de que los tribunales y los funcionarios del sistema efectivamente identifican el derecho con arreglo a los criterios que ella suministra, entonces parece que es una duplicación innecesaria sugerir que hay otra norma más que dispone que la constitución ha de ser obedecida como algo adicional a la regla de que deben utilizarse ciertos criterios de validez para identificar el derecho. La idea de Hart parece ser que la regla de que deben usarse ciertos criterios de validez para identificar el derecho (esté o no ella expresamente formulada) es una regla aceptada y sería una confusión hablar de una regla que prescribe la obediencia a ella¹⁴ (esta característica de la regla de reconocimiento podrá ser entendida cabalmente una vez que se analice su carácter de regla última en el *ítem* 9).

¹² *Ibidem*: 127.

¹³ *Ibidem*: 138.

¹⁴ *Ibidem*: 311.

3. *Es una regla de tipo secundaria cuya aceptación es un fenómeno social complejo.* La regla de reconocimiento es calificada por Hart como una regla secundaria junto a las reglas de cambio y adjudicación, las cuales combinadas con las reglas primarias, dan lugar a un sistema jurídico. En una sociedad simple podría ocurrir que la mayoría de la gente común no sólo obedezca al derecho sino que también comprenda y acepte la regla que habilita a una sucesión de legisladores para legislar. Pero en un Estado moderno sería absurdo pensar que la masa de la población, por respetuosa de la ley que sea, tenga conciencia clara de las reglas que especifican los requisitos para integrar un cuerpo de personas, en continuo cambio, facultado para legislar, pues dichas reglas implican cuestiones constitucionales cuya comprensión sólo podría atribuirse sensatamente a los funcionarios y expertos del sistema, en particular a los tribunales que tienen a su cargo la tarea de determinar cuál es el derecho, y a los abogados, a quienes los ciudadanos ordinarios consultan cuando necesitan informarse al respecto. Por lo tanto, la aceptación de la regla de reconocimiento de un sistema es un fenómeno complejo, dividido, en cierto modo, entre los funcionarios y los ciudadanos comunes que contribuyen de diferente manera a dicha aceptación y, con ello, a la existencia de un sistema jurídico. Así, por una parte, los funcionarios del sistema reconocerían explícitamente aquellas reglas fundamentales que confieren autoridad legislativa: *los legisladores*, cuando dictan normas de acuerdo con las reglas que los facultan a dictarlas; *los tribunales*, cuando identifican las normas a ser aplicadas por ellos; y *los expertos*, cuando guían a los ciudadanos comunes por referencia a las normas dictadas de esa manera. El ciudadano común, por su parte, manifestaría su aceptación, en gran medida, mediante la aquiescencia con los resultados de estos actos oficiales, acatando las normas que son creadas e identificadas de esta manera y formulando pretensiones jurídicas sobre su base; aunque pueden saber

muy poco acerca del origen de estas normas o de quiénes son sus creadores¹⁵. De esta manera, funcionarios y ciudadanos comunes contribuirían de manera diferente a la existencia de una regla de reconocimiento y con ello a la existencia de un sistema jurídico. Por un lado, las reglas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación tendrían que ser efectivamente aceptadas por sus funcionarios como pautas o modelos públicos y comunes de conducta oficial. Por otro lado, las reglas de conducta válidas según el criterio de validez último del sistema tendrían que ser generalmente obedecidas por los ciudadanos particulares, pudiendo esta obediencia ser por propia cuenta de cada uno de ellos y por cualquier motivo. Estas serían, así, las dos condiciones necesarias y suficientes para la existencia de un sistema jurídico¹⁶. Es importante destacar, por último, que la aceptación de las reglas primarias dictadas de acuerdo con las reglas secundarias del sistema por parte de los ciudadanos —cuando existe— no implica que lo sea por razones morales. Por el contrario, la aceptación o mero acatamiento del sistema puede obedecer a razones muy diferentes. Similarmente, la aceptación de las reglas secundarias del sistema por parte de los funcionarios puede obedecer también a diversas razones, no necesariamente de orden moral¹⁷.

4. *Su función primordial consiste en establecer criterios últimos de validez o de pertenencia de normas al sistema jurídico.* Independientemente de su simplicidad o complejidad (característica 1), cabe destacar que el elemento básico de tal tipo de regla consiste en que reconoce una propiedad o propiedades distintas como revestidas de autoridad, es decir, como criterio incontrovertible para la identificación de *reglas primarias*,

¹⁵ *Ibidem*: 75-77.

¹⁶ *Ibidem*: 145.

¹⁷ *Ibidem*: 248-251.

introduciendo, de esta manera, la idea de validez jurídica¹⁸. Cabe destacar que en otros contextos, sin embargo, Hart parece no limitar la función de la regla de reconocimiento a la identificación de reglas primarias sino, por el contrario, extenderla a la identificación de todos los tipos de normas (primarias o secundarias) que integran un sistema jurídico. Así, por ejemplo, cuando sostiene que una regla pertenece a un sistema jurídico si satisface todos los criterios establecidos en la regla de reconocimiento, siendo que no cabe duda que para Hart tanto las reglas secundarias de cambio y de adjudicación pertenecen al sistema jurídico¹⁹. Esta última interpretación, que parece razonable, pone en tela de juicio el criterio de distinción entre reglas primarias y secundarias basado en que las segundas sólo se refieren a normas primarias (de obligación). Por otra parte, la función de establecer criterios de validez no resulta compatible con el criterio de distinción entre reglas primarias y reglas secundarias de acuerdo con el cual, las primeras imponen obligaciones mientras que las segundas confieren potestades. En particular, la especificación de criterios de validez se refiere a, pero no se identifican con, ni es reducible a, las normas que otorgan potestades. De esta manera, es necesario o bien proveer una justificación teórica de tal asimilación o reducción, o bien abandonar la idea de que las reglas secundarias se caracterizan por conferir facultades y aceptar que sus funciones pueden ser más amplias, por ejemplo, también esta-

¹⁸ *Ibidem*: 117-119. Hart asume que la regla de reconocimiento establece los criterios de validez últimos del sistema jurídico, de modo tal que ésta no necesita especificar los criterios de validez de todas las normas al sistema jurídico; el criterio de validez de ciertas normas puede estar establecido por otras normas creadas, a su vez, de conformidad con los criterios impuestos por la regla de reconocimiento, *i.e.*, reglas de cambio (*ibidem*: 119). Por otra parte, cuando hay diferentes fuentes de derecho, la regla de reconocimiento provee también normalmente algunos criterios de ordenación jerárquica (*ibidem*: 118).

¹⁹ *Ibidem*: 117 y 129.

blecer criterios de validez²⁰. Ahora bien, en uno u otro caso, lo cierto es que Hart afirma enfáticamente que las normas denominadas secundarias no establecen deberes, que no son normas de obligación y que, en este sentido, no pueden ser obedecidas o desobedecidas. No obstante, en algunos contextos de su libro parece abonarse la idea que la regla de reconocimiento establece el deber de aplicar los criterios de identificación por ella establecidos²¹. Ello, sin embargo, no les priva de su rango de reglas, en tanto constituyen parámetros de evaluación de la conducta (este último extremo se explicita mayormente en el *ítem* 7).

Más allá de esto último, lo cierto es que la idea de que la regla de reconocimiento posee el carácter de una regla de conducta que impone deberes ha sido acogida por algunos de los más importantes intérpretes de Hart, aunque de manera diferente²². Es posible, al efecto, distinguir dos principales posiciones²³: i) *la regla de reconocimiento es una regla que impone a los jueces el deber de aplicar el derecho válido*, cuyos criterios de validez son provistos por el derecho de manera independiente a la regla de reconocimiento²⁴; ii) *la regla de reconocimiento es una regla que impone deberes y una lista de*

²⁰ Los criterios de distinción entre reglas primarias y secundarias han sido cuestionados por diversos autores. Puede consultarse al respecto Raz, 1979: capítulo IX, Aguiló Regla 1990, Ruiz Manero, 1991: especialmente 99-106, y Guastini 2012.

²¹ Así, por ejemplo, Hart afirma que la regla de reconocimiento proporciona una marca o signo (de validez) “*con autoridad*” (*ibidem*: 118) y que “*dondequiera que se acepte tal regla de reconocimiento, tanto los particulares como los funcionarios tienen criterios con autoridad para identificar las reglas primarias de obligación*”. (*ibidem*: 125).

²² Con diferentes argumentos esta tesis es defendida por Raz 1971, incluido en Raz 1979 y también en Raz 1974; Hacker 1977; MacCormick 1981; Ruiz Manero 1990 y 1991; Coleman 2001: caps. 6-10; y Shapiro 2009.

²³ Cf. Pino, 2011: 277-279.

²⁴ Esta parece ser la postura de MacCormick, 1981: 115.

*criterios de validez*²⁵, o más específicamente, que la regla de reconocimiento es una regla que *impone el deber de aplicar las normas identificadas de acuerdo a los criterios de validez proporcionados por la propia regla de reconocimiento*. Esta última tesis es la que ha sido adoptada por Ruiz Manero²⁶. Frente a estas posturas, otros autores han considerado preferible reconstruir a la regla de reconocimiento como una regla que establece los criterios de validez del sistema jurídico²⁷. Optando por este último punto de vista, Bulygin ha sostenido que resulta conveniente reconstruir a la regla de reconocimiento como una regla conceptual²⁸. Parece difícil, desde el punto de vista exegético, dada la ambivalencia de los dichos de Hart, arribar a una posición concluyente. En cuanto a cuál es la reconstrucción más plausible si acaso alguna lo sea, es algo que abordaremos en el tercer apartado.

5. *Dichos criterios de identificación pueden ser múltiples y jerárquicamente ordenados*. En un sistema jurídico moderno donde hay una variedad de “fuentes” de derecho, la regla de reconocimiento consiste en una multiplicidad de criterios que por lo común surgen de una constitución escrita, la sanción por una legislatura y los precedentes judiciales. En la mayoría de los casos, además se adoptan previsiones para posibles conflictos, clasificando estos criterios en un orden de subordinación y primacía relativas. Así, por ejemplo, en el sistema jurídico inglés, el *common law* está subordinado a las leyes²⁹. Cuando, como es usual, hay varios criterios clasificados en orden de subordinación y primacía relativas, uno de ellos es *supremo*. Un criterio de validez jurídica (o de fuente del

²⁵ Cf. Raz 1971.

²⁶ Cf. Ruiz Manero 1990 y 1991.

²⁷ Cf., por ejemplo, Guastini 2010. Otros aún la han considerado como una regla de competencia y también, a la vez, como una regla que impone deberes y una regla de competencia (véase, al respecto, Pino, 2011: 280-282).

²⁸ Cf. Bulygin 1976 y 1991a.

²⁹ Cf. Hart, 1961: 126.

derecho) establecido por la regla de reconocimiento, por su parte, es *supremo* si las reglas identificadas por referencia a él son reconocidas como reglas del sistema, aun cuando contradigan reglas identificadas por referencia a los otros criterios, mientras que las reglas identificadas por referencia a los últimos, no son reconocidas si contradicen las reglas identificadas por referencia al criterio supremo³⁰.

6. *Presenta relaciones estrechas con las reglas de cambio y las reglas de adjudicación.* La regla de reconocimiento se encontraría estrechamente relacionada con las reglas de cambio. En efecto, estas últimas son aquellas que facultan a un individuo o cuerpo de personas a introducir nuevas reglas primarias y a dejar sin efecto reglas anteriores, estableciendo, asimismo, los requisitos a que debe ajustarse esta tarea. Por lo tanto, donde existen reglas de cambio, la regla de reconocimiento —afirma Hart— incorporará una referencia a la legislación como característica identificatoria de las reglas, sin que para ello sea necesario que mencione todos los detalles del procedimiento legislativo³¹. Sostiene, por otra parte, que un sistema que tiene reglas de adjudicación que identifican a los individuos que pueden juzgar y definen el correspondiente procedimiento, estará necesariamente comprometido con una regla de reconocimiento de tipo elemental e imperfecto. Ello sería así porque si los tribunales están facultados para hacer determinaciones revestidas de autoridad sobre el hecho de que una norma ha sido transgredida, no puede evitarse que estas determinaciones sean consideradas revestidas de autoridad acerca de cuáles son esas reglas. Así, la regla que confiere jurisdicción sería también una regla de reconocimiento que identifica a las reglas primarias a través de las decisiones de los tribunales, convirtiéndose estas de-

³⁰ *Ibidem*: 132.

³¹ *Ibidem*: 117-119.

cisiones en “fuentes de derecho”³². De esta manera, habría una diferencia entre el uso que los tribunales hacen de los criterios suministrados por la regla de reconocimiento y el uso que otros hacen de dichos criterios. Cuando los tribunales llegan a una conclusión particular sobre la base de que una regla cierta ha sido identificada como derecho, lo que ellos dicen tendría un *status* especial revestido de autoridad en mérito de lo establecido por otras reglas³³.

En este punto parece importante hacer una observación sobre las apreciaciones de Hart respecto de la relación entre reglas de adjudicación y reglas de reconocimiento. Ella consiste en que el hecho de que las sentencias de los tribunales estén revestidas de autoridad con relación a la determinación de si una norma ha sido o no transgredida en un caso particular, no implica por sí mismo que estos tengan también autoridad respecto de la determinación de cuáles son las reglas que integran el sistema, pues bien puede darse el caso de que las reglas secundarias de un sistema jurídico excluyan esta facultad a los jueces, otorgándosela a otros órganos. Merece destacarse, además, que aun si los jueces tienen acordada la facultad de determinar con autoridad cuáles son las reglas del sistema además de la de determinar si las reglas primarias del sistema han sido transgredidas, esto es, que aun si sus decisiones son consideradas fuente de derecho, es de entera aplicación en este punto la distinción que traza Hart entre el carácter definitivo y el carácter infalible de las decisiones de los tribunales. Vale decir, en la medida que existan criterios aceptados para la identificación de normas, la desviación de ellos por

³² *Ibidem*: 120-121. La imperfección de esta regla de reconocimiento estaría dada por el hecho de que a diferencia de un texto con autoridad o de un libro de leyes, las sentencias no pueden ser formuladas en términos generales, y su uso como guías que señalan cuáles son las reglas, dependería de una inferencia de algún modo frágil, hecha a partir de decisiones particulares.

³³ *Ibidem*: 127.

parte de los jueces, cuando es excepcional, será tratada como algo seriamente criticable e incorrecto, aun cuando la regla que acuerda carácter definitivo a las decisiones hiciera imposible revisar la decisión del caso particular³⁴. Hart señala, asimismo, que hay que distinguir las cuestiones ordinarias que plantea la validez de un precepto dictado por una autoridad subordinada de aquellas relativas a los criterios últimos de validez jurídica establecidos por la regla de reconocimiento. El primer supuesto sería un caso de mera incertidumbre o textura abierta de una ley particular, por ejemplo, aquella que define las atribuciones legislativas de una autoridad subordinada, y no suscitaría ninguna cuestión fundamental. El segundo supuesto, en cambio, versaría sobre la competencia jurídica de la propia legislatura suprema. El problema que se plantea en este último caso sería el siguiente: supóngase que en la mayoría de los casos, la fórmula “lo que la Reina en Parlamento sanciona es derecho”, es una expresión adecuada sobre la regla última de reconocimiento y es aceptada como un criterio último para la identificación del derecho en el sistema jurídico inglés. Ahora bien, ocurre que pueden surgir dudas respecto del significado o alcance de dicha fórmula, por ejemplo, en lo tocante a la expresión “sancionado por el Parlamento” y entonces se plantea la cuestión acerca de si estas dudas pueden ser resueltas por los tribunales (cuestión que no se plantea con relación a las dudas que suscite el alcance de una ley que establece las facultades de una autoridad subordinada). Porque, a primera vista, dice Hart, parece paradójico que los jueces ejerzan potestades creadoras que determinan los criterios últimos para comprobar la validez de las propias normas que les confieren jurisdicción en tanto jueces. La paradoja desaparece, a su juicio, si recordamos que aunque toda regla puede ser dudosa en algunos puntos,

³⁴ *Ibidem*: 176-183. Si es la mayor parte de los jueces, por el contrario, la que no prestara adhesión a los criterios de identificación, ellos dejarían de existir.

es por cierto una condición necesaria de un sistema jurídico existente que no toda regla sea dudosa en todos los puntos. Es decir, la posibilidad de que haya tribunales con autoridad para decidir cuestiones límite referentes a los últimos criterios de validez, dependería meramente del hecho de que la aplicación de dichos criterios a una vasta área del derecho, que incluye las reglas que confieren aquella autoridad, no origine dudas, aunque sí la originen su preciso ámbito y alcance. Esta respuesta, sin embargo, como señala Hart, puede ser calificada de inadecuada toda vez que asimila demasiado estrechamente dicha actividad a la cumplida en los casos ordinarios, donde los tribunales ejercen una elección creadora al interpretar una ley particular que resulta indeterminada. Y el punto sería que, al menos en ausencia de una constitución escrita, las cuestiones referentes a los criterios fundamentales de validez a menudo parecen *no* tener esta cualidad que puede ser contemplada de antemano, y que permite decir con naturalidad que los tribunales tienen ya, de acuerdo con las reglas existentes, una clara autoridad para resolver cuestiones de este tipo. Lo cierto es que no habría fundamento alguno para suponer que todo paso dado por un tribunal está cubierto por una regla general que le confiere de antemano la autoridad para darlo, de suerte que sus potestades creadoras son *siempre* una forma de potestad legislativa delegada. La verdad, por el contrario, podría ser que, cuando los tribunales resuelven cuestiones previamente no contempladas relativas a las reglas fundamentales de la constitución, ellos *obtienen* que se acepte su autoridad para decidir las después que las cuestiones han surgido y la decisión ha sido dictada. Ello dependerá, en todo caso, de su aceptación posterior por parte de los demás funcionarios y miembros de la comunidad. En estos casos el éxito otorgaría una autoridad *ex post facto*³⁵.

³⁵ *Ibidem*: 183-191.

7. *Puede ser usada asumiendo un punto de vista interno o ser objeto de enunciados formulados desde un punto de vista externo.* El uso por parte de los jueces y otros funcionarios de la regla de reconocimiento para identificar reglas particulares implicaría asumir un punto de vista interno. Quienes la usan de esta manera demostrarían su propia aceptación de dicha regla en cuanto regla orientadora. Por lo tanto, utilizar la regla de reconocimiento para identificar una determinada regla del sistema tiene que implicar, al igual que ocurre con el uso de cualquier otra regla —en la concepción de Hart—, la utilización de un parámetro de evaluación de la conducta propia y ajena. Es decir, utilizar la regla de reconocimiento tiene que constituir una *guía* para la identificación de las normas de un sistema; y también tiene que poder importar la *exigencia* de que en la tarea de identificación de normas se utilicen los criterios por ella establecidos (y no otros), la *crítica* ante el apartamiento de tales criterios, la *aprobación* en el caso contrario, o una *razón* o *justificación* de una decisión tomada en función de una regla identificada sobre la base de tales criterios. Si la identificación de una regla del sistema se realiza por parte de quien acepta la regla de reconocimiento, y al hacerlo expresa ello diciendo “el derecho dispone que...”, tal expresión debe ser comprendida como un enunciado interno. De esta manera, decir que una determinada regla es “válida” en sentido interno es *reconocer jurídicamente* (*i.e.*, establecer) no sólo que ella satisface todos los requisitos establecidos en la regla de reconocimiento y que, por lo tanto, ella es una regla del sistema, sino también expresar la “*conciencia crítica*” que implica la aceptación de una regla, es decir, su utilización como parámetro de evaluación de la conducta propia y ajena. Ahora bien, esta actitud de aceptación compartida de reglas no impide la existencia de un observador que registra *ab extra*, el hecho de que un grupo social acepta tales reglas, sin aceptarlas por su parte, esto es, de un observador que asume un punto de vista externo.

Este observador podría afirmar, por ejemplo: “En Inglaterra reconocen como derecho...cualquier cosa sancionada por la Reina en Parlamento”, y su enunciado sería externo, pues sin aceptar la regla de reconocimiento del sistema, enuncia el hecho de que otros la aceptan. Decir, desde un punto de vista externo, que una regla es “válida”, significaría simplemente afirmar que tal regla satisface todos los criterios establecidos por la regla de reconocimiento y que, por lo tanto, es una regla del sistema³⁶.

8. *La afirmación de su existencia sólo puede ser hecha mediante un enunciado de hecho externo que da cuenta de su aceptación.* El enunciado interno referente a la validez de una regla particular de un sistema *presupone* la verdad del enunciado fáctico externo de que el sistema (y no la regla particular) es generalmente eficaz, toda vez que el uso normal de enunciados internos tiene lugar en tal contexto de eficacia general. Sin embargo, ellos no *significan* que el sistema es generalmente eficaz, porque aunque normalmente es inútil o vano hablar de la validez de una regla de un sistema que nunca ha sido establecido o que ha sido desechado, ello no es un sinsentido ni siempre inútil, como se pone de manifiesto cuando, por ejemplo, hablamos con fines expositivos del derecho Romano, *como si* fuera todavía eficaz. Debe aclararse, sin embargo, que el enunciado interno relativo a la validez (pertenencia) de la regla de reconocimiento de un sistema tiene que presuponer la verdad del enunciado fáctico de que ella (y no todo el sistema) es eficaz. Ello es así, porque, como se verá en el punto siguiente, la regla de reconocimiento establece los criterios últimos de validez de un sistema, es decir, inicia la cadena de validez que permite obtener un sistema jurídico, no pudiendo su uso (enunciado interno) presuponer la verdad del enunciado fáctico acerca de la eficacia general

³⁶ *Ibidem*: 128-129 y 144.

del sistema. Hart afirma, en este sentido, que cuando en un sistema jurídico, como ocurre en los derechos desarrollados que incluyen una regla de reconocimiento, el *status* de una regla como miembro del sistema depende de que satisfaga ciertos criterios establecidos por la regla de reconocimiento, éste trae aparejado una nueva aplicación de la palabra “existe”. El enunciado de que una regla existe podría no ser ya, como ocurría en el caso simple de las reglas consuetudinarias, un enunciado externo acerca del hecho de que cierto modo de conducta es generalmente aceptado en la práctica como pauta. Ahora podría ser un enunciado interno que aplica una regla de reconocimiento aceptada y que toscamente significa que “una regla es válida según los criterios de validez del sistema”. La afirmación de que la regla de reconocimiento existe, por el contrario, sólo podría ser un enunciado de hecho externo. Ello sería así porque mientras que una regla subordinada de un sistema puede ser válida, y en este sentido “existir”, aun cuando generalmente sea desobedecida, la regla de reconocimiento sólo existe como una práctica compleja, pero normalmente concordante de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el derecho por referencia a ciertos criterios. Su existencia sería así, una cuestión de hecho³⁷.

9. *Posee el carácter de regla última.* La regla de reconocimiento es una regla *última* por cuanto ella proporciona criterios para la determinación de la validez (pertenencia) de otras reglas, pero que, a diferencia de lo que ocurre con reglas inferiores del sistema que también establecen criterios de validez, no está subordinada a criterios de validez jurídica establecidos por otras reglas. Así, si se pregunta por la validez de una ordenanza, una primera respuesta posible es invocar el decreto que regula su creación, *i.e.*, que establece los criterios de validez que ella debe respetar. Si se pregunta a su vez por

³⁷ *Ibidem*: 130 y 137.

la validez del decreto, puede invocarse la ley que faculta al ministro a adoptar tales medidas. Es posible continuar preguntando por la validez de la ley y responder en términos de conformidad a una constitución, si así lo exige la estructura del sistema jurídico en consideración. Pero sea cual fuere la complejidad de la estructura normativa de un determinado sistema jurídico, alcanzaremos un punto donde debemos detener nuestras investigaciones referentes a la validez de las normas que lo integran (pertenencia). La regla de reconocimiento no pertenece a un determinado sistema jurídico por derivar de otra norma perteneciente al mismo, sino, simplemente, por ser aceptada (como regla que establece los criterios últimos de validez).

Hart afirma que la regla de reconocimiento no puede ser calificada de “válida” ni de “inválida”. Esta afirmación merece un comentario crítico porque puede llevar a un malentendido. En efecto, “validez” puede significar, entre otras cosas, la pertenencia de una norma a un sistema, su creación regular y también su fuerza obligatoria. Hart acepta que la regla de reconocimiento forma parte de un sistema jurídico (aunque por un fundamento distinto al de las normas derivadas) y, en este sentido, pertenece a él. Resulta importante aclarar, sin embargo, que si la regla de reconocimiento contiene todos los criterios de pertenencia, ella no podría satisfacerlos; no pudiendo, por lo tanto, pertenecer, *i.e.*, ser válida en este sentido, y que si ella pertenece, entonces no podría contener todos los criterios de pertenencia. La regla de reconocimiento, a diferencia de las reglas creadas sobre su base, pertenece al sistema en virtud de las complejas prácticas de aceptación y obediencia ya mencionadas; las reglas creadas en virtud de los criterios establecidos por la regla de reconocimiento, en cambio, pertenecen por respetar tales criterios. En el segundo sentido (creación regular), por el contrario, claramente no tiene sentido decir que ella es válida o inválida, pues ella no deriva de ninguna otra regla y, por lo tanto, no puede ser

regular o irregularmente creada. Es su aceptación, en cambio, lo que da lugar a la posibilidad de crear (regularmente) otras reglas sobre la base de los criterios de validez por ella establecidos. Aunque la creación regular de una regla implica su pertenencia a un sistema, la pertenencia de una norma a un sistema no implica su creación regular. El autor inglés afirma en la misma línea de razonamiento que resulta equivocado el planteo de quienes sostienen que la validez de la regla de reconocimiento no puede ser demostrada y que, en consecuencia, debe “darse por admitida”, ser “postulada” o considerada una “hipótesis”, pues no es posible preguntarse por la validez de la propia regla que proporciona los criterios de validez. Decir que la regla de reconocimiento se da por admitida y no puede ser demostrada, sería como decir que se da por admitido, pero que no es posible demostrar, que el metro de París, que es el criterio último de corrección de todas las medidas en el sistema métrico, es en sí correcto. Ello sería tan un sinsentido como interrogarse por la validez o invalidez de la regla de reconocimiento. La regla de reconocimiento no sería válida ni inválida, sino, simplemente, aceptada para ser utilizada. Pero, una vez más, las afirmaciones de Hart pueden dar lugar a confusión dada la señalada ambigüedad de la expresión “validez”. Si por “validez” se entiende la pertenencia de una norma a un sistema, con las salvedades indicadas, tiene sentido interrogarse acerca de la pertenencia de la regla de reconocimiento a un sistema jurídico, así como por el fundamento de esta pertenencia. Y la respuesta es que la regla de reconocimiento de un sistema puede pertenecer a él si no contiene todos los criterios de pertenencia y que el fundamento de su pertenencia estaría dado —según Hart— por prácticas complejas de aceptación y obediencia por parte de los funcionarios y ciudadanos comunes, respectivamente. Si, en cambio, por “validez” se entiende “creación regular de una norma”, resulta claro que no tiene sentido preguntarse si la regla de reconocimiento ha sido creada respetando

los criterios de validez establecidos por otras reglas (*i.e.*, si ha sido creada regularmente), toda vez que ella establece los últimos criterios de validez y no deriva de ninguna otra regla. Entendida la validez como fuerza obligatoria, la regla de reconocimiento, dado su carácter de regla última, no podría ser significativamente calificada de válida en el sentido de que una norma superior impone el deber de aplicarla, pues por definición no puede existir ninguna otra norma que imponga el deber de obedecerla, ni tampoco como inválida (por similares razones), en el sentido de que cierta norma imponga la obligación de no obedecerla. Tampoco podría predicarse de ella fuerza obligatoria en el sentido de que impone la obligación de aplicar ciertas otras reglas que satisfagan ciertos criterios, si hemos de atenernos a la afirmación de Hart de que ella no es una norma primaria que imponga deberes, sino una regla secundaria que proporciona criterios de identificación de normas. Sin embargo, como hemos dicho, esto parece ser sostenido por Hart y, de hecho, así lo han entendido (desde el punto de vista exegético), buena parte de sus intérpretes³⁸. De ser el caso, ésta sería otra de sus funciones fundamentales. Claro que, en este punto, podría modificarse la noción de regla secundaria de modo que sea concebible que éstas establezcan obligaciones; o también abandonar la idea de que la regla de reconocimiento impone deberes. Como ha quedado dicho, la clasificación hartiana entre reglas primarias y secundarias, dista de ser clara. En cualquier caso, la idea de una regla que impone el deber de aplicar los criterios de pertenencia que ella misma establece, resulta, cuando menos, poco clara y requiere una clarificación. En el tercer apartado, esta cuestión será objeto de análisis.

Por otra parte, debe quedar claro que esta indagación sobre el carácter último de la regla de reconocimiento, no descarta

³⁸ Ver lo dicho en nota 22.

que nos preguntemos si una regla propuesta como regla de reconocimiento es la que realmente aceptan los funcionarios y ciudadanos comunes de un sistema; si cierta regla de reconocimiento corresponde, en realidad, a un sistema ya desechado; o qué tipo de razones prudenciales o morales hay para su aceptación. Pero estas cuestiones, aunque muy importantes, son de un género muy diferentes a las que nos formulamos cuando nos interrogamos acerca de la validez (pertenencia) de una norma a un sistema. En particular, es importante destacar que la aceptación de la regla de reconocimiento puede estar sustentada en diferentes tipos de razones, por ejemplo, prudenciales o morales. Pero ello de ninguna forma implica que el contenido de tal regla sea prudencial o moral. Ella solamente establecería los criterios (últimos) para la identificación de normas de un sistema jurídico.

10. *Es una regla necesaria*, al menos en el sentido de que el conjunto de normas que no contengan una regla de este tipo no constituye un sistema jurídico: la regla de reconocimiento da *unidad* a las reglas que forman parte de un mismo sistema jurídico. El texto de Hart no es claro, en cambio, respecto de si todo sistema jurídico tiene una y sólo una regla de reconocimiento o puede tener más de una (en algunas ocasiones habla en singular y en otras en plural).

Valga agregar, para concluir, que en su *Post scriptum* a *El concepto de derecho*, Hart ofrece aún algunas precisiones acerca de la regla de reconocimiento, en especial, que ésta no sólo establece como criterios de identificación de las normas jurídicas, características fácticas, sino que también *puede* establecer como criterios de identificación, principios de justicia o valores morales substantivos; y que es algo que se apoya en una forma *convencional* de consenso jurídico de los funcionarios, es decir, que la regla de reconocimiento es una *convención social*³⁹.

³⁹ Cf. Hart 1994.

Retengamos, como fundamentales para nuestro cometido, las propiedades 4), 9) y 10), esto es, i) *la idea de que la regla reconocimiento establece los criterios de validez últimos del sistema*; ii) *la idea de que la regla de reconocimiento impone a los jueces la obligación de aplicar los criterios de validez, ya sea que éstos estén proporcionados por la propia regla de reconocimiento o por el derecho de modo independiente a dicha regla*; y iii) *de modo que, en uno u otro caso, es una regla necesaria que determina la unidad de un sistema jurídico*. ¿Cuál es el valor explicativo de una noción definida por estos atributos? Si se los considera conjuntamente, *i.e.* si se afirma que la regla de reconocimiento es una regla que establece los criterios de validez últimos del sistema y que, a la vez, impone el deber a los jueces de aplicarlos, ¿no se reúne, acaso, en una misma noción, características incompatibles, por caso, la de establecer criterios de validez y la de imponer la obligación de aplicarlos? ¿De ser así, a fin de conservar su coherencia y, de ese modo, preservar su valor explicativo, no sería posible reconstruirla de diferente manera? ¿Habrá de preservarse, por separado, la idea de criterios de validez o la de obligación de aplicar dichos criterios? Estas distintas posibilidades, como se ha visto, han sido sostenidas por importantes autores. Por sólo retomar la tesis de los autores del debate que servirá de base a nuestra discusión central, recordemos que Bulygin ha preferido brindar una reconstrucción en términos de regla conceptual mientras que Ruiz Manero, en cambio, sostiene que se trata de una regla que establece los criterios últimos de validez de un sistema jurídico y la obligación a los jueces de aplicarlos, es decir, como una regla de conducta que también establece criterios de validez⁴⁰. Ambas parecen dignas de consideración en la medida en

⁴⁰ La idea de que la regla de reconocimiento es una regla de conducta que impone a los jueces el deber de aplicar los criterios de validez establecidos por el derecho de manera independiente a la propia regla de reconocimiento, no será discutida en este trabajo. En cualquier caso, estimo que esta idea es equivocada por la siguiente razón: o bien se trata de una meta-norma *jurídica*, en cuyo caso su postulación es innecesaria para explicar la obligatoriedad o normatividad de las normas jurídicas (o bien éstas poseen carácter prescriptivo por sí mismas, o bien nos vemos conducidos a preguntarnos por la normatividad de la propia regla de reconocimiento en tanto meta-norma jurídica y, de ese modo, a un re-

que la primera se conecta directamente con la posibilidad de reconstruir al derecho como un sistema de normas, mientras que la segunda pone el acento en su normatividad. Tal como lo he anunciado, sostendré que ambas alternativas son equivocadas y que la noción hartiana de regla de reconocimiento debe ser abandonada (y no meramente reformulada). Antes, sin embargo, debemos detenernos a examinar las nociones de orden y sistema jurídico.

2. LA CARACTERIZACIÓN DEL DERECHO EN TÉRMINOS DE LAS NOCIONES DE SISTEMA Y ORDEN JURÍDICO

En la teoría del derecho existe más de una noción de sistema jurídico. Ello obedece, entre otras razones, a que con ella pretenden

greso al infinito; la existencia en un sistema jurídico de normas que imponen la aplicabilidad de otras normas tiene sentido, por lo demás, no de manera genérica —*i.e.*, para dar aplicabilidad a todas las restantes normas del sistema— sino para supuestos específicos: establecer la aplicabilidad —o no aplicabilidad—, de una cierta norma a un cierto caso, bajo ciertas circunstancias, como, por ejemplo, la obligación de aplicar la ley más benigna en materia penal) o bien se trataría de una meta-norma *extra-jurídica* (por ejemplo, de carácter prudencial o moral) con lo cual excederíamos los límites del positivismo jurídico. Por lo demás, cabe mencionar que en Pino 2011 se ofrece una reconstrucción de la regla de reconocimiento de acuerdo con la cual ésta es un conjunto ordenado de consideraciones normativas (obligaciones o permisiones) que generalmente guían a los jueces en la tarea de identificar a las normas (jurídicas o extra jurídicas, válidas e incluso inválidas) que deben aplicar en el marco de su competencia, esto es, como el conjunto jerárquicamente ordenado de los criterios de aplicabilidad del sistema jurídico (no de validez, que estaría regulada por las reglas de cambio), así como de un orden (derrotable) de metodologías interpretativas. En este sentido, como el propio autor reconoce, la regla de reconocimiento sería un conjunto de reglas de conducta. Ésta tampoco me parece una alternativa plausible: si tales normas son válidas con independencia del comportamiento (*i.e.* del reconocimiento) de los jueces, cabría preguntarse qué sentido tiene llamarlas “regla de *reconocimiento*”; si, en cambio, su validez depende del comportamiento de los jueces (*i.e.*, de su reconocimiento) quedaría afectada por el problema de circularidad que se explica *infra*.

recogerse múltiples intuiciones respecto del fenómeno jurídico. La contribución de Alchourrón y Bulygin a la teoría de los sistemas jurídicos puede ser vista como un intento de superación de los aportes de Kelsen, Hart y Raz y, en este sentido, como una mejor conceptualización de las diferentes intuiciones que pretenden capturarse mediante las diversas acepciones de “sistema jurídico”.

Algunos autores (como Austin, Bentham y Kelsen) han intentado caracterizar en primer término qué ha de entenderse por “norma jurídica” para, una vez delimitado tal concepto, definir la noción de sistema jurídico como un conjunto de normas jurídicas. Este punto de vista *reduccionista* —en el sentido de que todas las normas jurídicas son consideradas reducibles a un único tipo canónico— obliga a forzar la interpretación de muchas formulaciones contenidas en los textos jurídicos, a fin de hacerlas corresponder con una idéntica estructura⁴¹. Una alternativa a tal concepción consiste en caracterizar al derecho en el nivel de los sistemas. Este camino puede considerarse sugerido por Hart, y es explícitamente propuesto por Raz. Alchourrón y Bulygin desarrollaron esta idea y extrajeron importantes consecuencias teóricas⁴². Así, los autores argentinos no postulan la coactividad como una nota propia de todas las normas jurídicas, tal como sostenía Kelsen, sino como definitoria de la noción de sistema jurídico. Caracterizan, además, a los sistemas jurídicos como sistemas deductivos. Sobre estas bases definen “sistema jurídico” como un conjunto de enunciados que comprende todas sus consecuencias lógicas, entre las cuales existe al menos una norma que establece el deber de aplicar una sanción coactiva⁴³.

⁴¹ Para una crítica de las teorías de Kelsen destinadas a intentar salvar esta dificultad, a saber, las denominadas “teoría de las normas incompletas” (Kelsen 1945 y 1953) y “teoría de las normas no independientes”, véase principalmente Raz 1970 y Alchourrón-Bulygin 1971.

⁴² Cf. Hart 1961; Raz 1970 y Alchourrón-Bulygin 1971.

⁴³ Cf. Alchourrón-Bulygin, 1971: 92-96. La norma es caracterizada, a su vez, como la correlación de un cierto caso genérico (*i.e.*, una circunstancia o un conjunto de circunstancias antecedentes) con una solución normativa (*i.e.*, una conducta calificada deónticamente).

Obsérvese que desde este marco se define “norma jurídica”, por lo tanto, como cualquier enunciado que pertenece a un sistema jurídico, con lo cual la “juridicidad” de las normas jurídicas es exclusivamente una función de su pertenencia a un sistema cuya “juridicidad”, por su parte, depende de una cualidad propia de al menos uno de sus elementos componentes. Ello ha dado lugar al siguiente problema señalado por Caffera y Mariño: como la clase universal (y la clase universal de normas) contiene normas coactivas, ella constituiría, según la definición analizada, un sistema jurídico. De esto se seguiría que, si norma jurídica es cualquier enunciado que integra un sistema jurídico, todas las normas —o, en términos más generales, todos los enunciados y, más aún, todas las cosas— serían normas jurídicas. En otras palabras, no sería posible distinguir a las normas jurídicas de otras normas sobre la base de su exclusiva pertenencia a un sistema al que, en virtud de ciertas cualidades de algunos de sus enunciados miembros, se lo califica como jurídico⁴⁴. A fin de dar solución a este problema, lo que debería abandonarse para caracterizar al derecho, no es la definición de “norma jurídica”, sino la de “sistema jurídico” en pos de la noción de *orden jurídico*, pues en la medida en que se intente caracterizar al derecho en el plano estático, esto es, como un conjunto de normas, la objeción resulta insuperable. La advertencia de los autores uruguayos impide definir “orden jurídico” como cualquier conjunto de enunciados y obliga a acotar la noción de orden jurídico mediante estipulaciones adicionales. No obstante, tales “estipulaciones adicionales” no pueden limitarse a individualizar alguna propiedad adicional que deba satisfacer alguno de los elementos componentes de ese conjunto, por cuanto entonces la crítica se mantendría en pie. Así, un conjunto de enunciados clausurado bajo la noción de consecuencia será calificado como *jurídico* si pertenece a un orden jurídico. A dicho esquema definicional debería agregarse, como exigencia adicional, que el sistema originario de la secuencia contenga al menos una norma que otorgue competencia para crear normas coactivas. De

⁴⁴ Cf. Caffera-Mariño 1996.

esta manera, con relación a cada uno de los sistemas de un orden jurídico distintos del sistema originario no resulta de aplicación la objeción de Caffera y Mariño, por cuanto existen reglas cerradas para la admisión de sus enunciados componentes, de manera que no cualquier conjunto de enunciados será un sistema jurídico. En cuanto al sistema originario, la objeción tampoco funciona por cuanto los enunciados que lo componen son identificados extensionalmente, esto es, sin ser caracterizados sobre la base de propiedades. Una norma jurídica podrá ahora caracterizarse sin dificultad como cualquier enunciado que pertenezca a algún sistema de un orden jurídico⁴⁵. Consideremos, todavía, algunas características más de los sistemas jurídicos antes de avocarnos a la noción de orden jurídico y a su relación con los primeros.

De conformidad con el análisis ofrecido por Alchourrón y Bulygin, un sistema jurídico está compuesto por normas cuya pertenencia es posible derivar de otras normas (normas derivadas) y por aquéllas cuya pertenencia al sistema no puede derivarse de ninguna otra norma (normas no derivadas, independientes o soberanas). Para identificar el conjunto de las normas que conforman un cierto sistema jurídico, pues, es menester especificar cuáles son los criterios de pertenencia de sus normas no derivadas y cuáles son los criterios de pertenencia de sus normas derivadas. Pueden denominarse *criterios de pertenencia de normas a un sistema jurídico* a los criterios utilizados por los juristas para seleccionar los enunciados que conforman el sistema. Tales criterios fijan qué requisitos debe reunir un enunciado para ser considerado perteneciente a un sistema. La noción de pertenencia a un sistema resulta, en consecuencia, relativa a un criterio o conjunto de criterios de pertenencia. Estos criterios comprenderían dos clases de reglas: a) reglas de admisión, que estipulan las condiciones bajo las cuales una norma pertenece al sistema, señalando las fuentes de producción del derecho (legislación, jurisprudencia, etc.), y b) reglas de rechazo, que establecerían

⁴⁵ Cf. Alchourrón-Bulygin 1996; Orunesu- Rodríguez-Sucar 1998.

cuándo una norma jurídica perteneciente al sistema de acuerdo con las reglas de admisión, deja de formar parte de él (por derogación, desuetudo, etc.). Mediante la sucesiva aplicación de estas reglas, en un número finito de pasos, sería posible establecer si una norma dada pertenece o no a un sistema⁴⁶.

Considérese como ejemplo un sistema en el cual sólo se admite a la legislación como fuente de derecho. Según Alchourrón y Bulygin, las reglas de admisión de un sistema tal podrían reconstruirse del siguiente modo:

- a) el conjunto de normas C pertenece al sistema a;
- b) si una norma N_2 ha sido creada de conformidad con una norma N_1 que pertenece a α , entonces pertenece a α , a menos que haya sido derogada por la autoridad competente;
- c) todas las normas que sean consecuencia lógica de las normas que pertenecen a a, también pertenecen a α ⁴⁷;

La regla a) establecería por enumeración la pertenencia de las normas no derivadas (independientes o soberanas) al sistema. A este criterio se lo denomina *criterio de extensionalidad* puesto que tales normas no son definidas en términos de alguna propiedad o conjunto de propiedades, sino por mera enumeración, esto es, señalando directamente qué normas son las normas supremas del sistema. La regla b) fijaría el modo a través del cual pueden incorporarse normas al sistema o eliminarse normas de él, en virtud de la legalidad del acto de su promulgación o derogación (*criterio de legalidad*). De acuerdo con esta regla, los sistemas jurídicos serían temporales, esto es, relativos a cierto tiempo. La regla c) determinaría la clausu-

⁴⁶ Cf. Alchourrón-Bulygin, 1971: 119.

⁴⁷ Cf. Alchourrón-Bulygin, 1979: 68 y Bulygin, 1987: 512. La presentación que propongo difiere en algunos detalles de las ofrecidas en los trabajos referidos. En especial, en la cláusula b) sustituyo la expresión “validez” utilizada en el primero de los trabajos citados y la expresión “competencia de la autoridad x para dictar la norma q” utilizada en el segundo, por la expresión “creación de conformidad con”.

ra del sistema bajo la noción de consecuencia deductiva (*criterio de deducibilidad*)⁴⁸. En función de estos tres criterios sería posible definir un sistema jurídico: todo sistema jurídico estaría conformado por un conjunto finito de normas soberanas y todas aquellas otras normas que, o bien se derivan lógicamente (regla c), o bien dinámicamente de las normas del sistema (regla b). En consecuencia, toda Constitución, entendida como un conjunto de normas que contiene al menos alguna(s) norma(s) que otorga(n) competencia, podría dar lugar a un sistema jurídico. Las normas soberanas deberían existir al menos en sentido formal, esto es, haber sido formuladas; pero no sería necesario exigir —desde un punto de vista teórico— que sean eficaces, ya que podría revestir interés identificar las normas que integran un sistema jurídico aun cuando no se encuentre vigente en ningún lugar ni resulte obligatorio para nadie⁴⁹.

La introducción de una cláusula como b) lleva a Alchourrón y Bulygin a afirmar, en algún trabajo, que el derecho es un sistema

⁴⁸ Aun admitiendo la existencia de relaciones lógicas entre las normas, podría cuestionarse la tesis de que los sistemas jurídicos deban considerarse integrados por la totalidad de las consecuencias lógicas de las normas expresamente formuladas, esto es, clausurados bajo la noción de consecuencia lógica. Así, podría aducirse que la relevancia de las normas lógicamente derivadas no juega en el plano de la identificación del derecho sino en el de la aplicación de normas a casos particulares, *i.e.*, en el plano de la justificación. No obstante su compatibilidad con la tesis de las fuentes y su carácter intuitivo respecto de los hechos de los que pretende dar cuenta, ambas reconstrucciones no serían equivalentes: las diferencias intencionales entre dos bases de un sistema lógicamente equivalentes no podrían ser satisfactoriamente explicadas si se interpreta que cada sistema jurídico comprende todas sus consecuencias lógicas. En ese sentido, la reconstrucción restrictiva (*i.e.*, aquella que excluye a las normas derivadas como integrando el sistema jurídico) parecería más aceptable. Cf. Rodríguez 2005, donde se desarrollan extensa y minuciosamente las tesis aquí apenas esbozadas. En Rodríguez, 2003: especialmente 103-108, se analizan, siguiendo los desarrollos de Alchourrón y Bulygin y de von Wright, dos sistemas de lógica de proposiciones normativas, según se conciba a los sistemas jurídicos como clausurados bajo la noción de consecuencia lógica o como integrados exclusivamente por las normas expresamente formuladas.

⁴⁹ Cf. Alchourrón-Bulygin, 1979: 69-70 y Bulygin, 1987: 513.

dinámico como contraposición a un sistema estático. En este sentido, afirman que los sistemas normativos y, en particular, los sistemas jurídicos, son dinámicos en tanto no tienen contenido “fijo”, es decir, que están sujetos a cambios en el tiempo, a diferencia de los sistemas estáticos como, por ejemplo, un sistema de geometría cuyo contenido queda fijado, sin cambios ulteriores, una vez que se fijan sus axiomas y reglas de inferencia. Los sistemas jurídicos, en la medida en que permiten la introducción de nuevas normas al sistema y la eliminación de normas que pertenecían al sistema, admitiendo un contenido distinto en cada momento temporal, serían, pues, sistemas dinámicos⁵⁰.

En otros trabajos, más atinadamente, destacaron que la noción de sistema (deductivo) —sobre cuya base definen al sistema jurídico—, entendido como un conjunto de enunciados que contiene todas sus consecuencias lógicas, sólo permite analizar al derecho desde un punto de vista estático. En efecto, es usual considerar que el derecho conserva su unidad en el tiempo, aunque su contenido varíe por la promulgación de nuevas normas o la derogación o reforma de las existentes. Pero cuando se contempla al derecho desde una perspectiva dinámica, no puede interpretárselo como un conjunto de normas, ya que la identidad de un conjunto depende de la identidad de los elementos que lo componen. Cada vez que se crea una nueva norma o se deroga una norma previamente existente, se obtiene un nuevo conjunto distinto del originario. Por consiguiente, si con la expresión “sistema jurídico” se alude a un conjunto de normas que comprende todas sus consecuencias lógicas, habrá un nuevo sistema jurídico toda vez que se admita una variación en su contenido⁵¹. Debido a esa restricción, se requiere de una reconstrucción más compleja a fin de dar cuenta de la dinámica del derecho, esto es, de esa unidad que permanece constante pese a los cambios ocasionados con cada acto de promulgación, reforma o derogación. Alchourrón y Bulygin propusieron denominar, con una

⁵⁰ Cf. Alchourrón-Bulygin, 1979: 61.

⁵¹ Cf. Alchourrón-Bulygin 1976.

terminología que se ha impuesto desde entonces, *orden jurídico* a la secuencia de distintos sistemas (estáticos) que se sucederían en el tiempo como consecuencia de los actos de producción normativa. Con cada acto válido de promulgación de una norma, y con cada acto válido de reforma o derogación, se generaría un nuevo conjunto (“sistema jurídico”) en una secuencia única que constituiría el orden jurídico, cuya identidad dependería de la regularidad de los cambios.

Bulygin, en otro trabajo posterior, ha reconstruido el criterio para la identificación de un orden jurídico determinado O_i , a través de las cinco reglas siguientes:

(1) El conjunto de normas $[N_1, N_2, \dots, N_n]$ es el sistema originario (primera constitución) de O_i .

(2) Si una norma N_i es válida en un sistema S_i que pertenece a O_i y N_i faculta a la autoridad x a promulgar la norma N_k , y x promulga en el momento t la norma N_k , entonces N_k es válida en el sistema S_{t+1} (es decir, en el sistema correspondiente al momento siguiente a t) y S_{t+1} pertenece a O_i .

(3) Si una norma N_i es válida en un sistema S_i que pertenece a O_i y N_i faculta a la autoridad x a derogar la norma N_k que es válida en $S_{t'}$ y x deroga N_k en el momento t , entonces N_k no es válida en el sistema S_{t+1} (correspondiente al momento siguiente a t) que pertenece a O_i .

(4) Las normas válidas en un sistema S_i que pertenece a O_i que no han sido derogadas en el momento t , son válidas en el sistema S_{t+1} de O_i (que corresponde al momento siguiente a t).

(5) Todas las consecuencias lógicas de las normas válidas en un sistema $S_{t'}$ que pertenece a O_i , también son válidas en S_i ⁵².

Las reglas (2) a (5) determinarían la estructura de O_i , siendo (2), (3) y (4) las que condicionarían el carácter dinámico del orden. La regla (5) sería responsable del carácter sistemático de los sucesivos conjuntos de normas, mientras que la regla (1) permitiría identificar el orden considerado, dado que otros órdenes no diferirían en su estructura, sino en tener una primera Constitución distinta. Para Bulygin, la regla (1) no especifica ninguna condición especial que deba reunir la primera constitución, pero a fin de posibilitar los

⁵² Bulygin, 1991a: 263-264.

cambios, ella debería contener por lo menos una norma de competencia. Este criterio de identificación, más que una definición de un orden jurídico específico O_i , sería un esquema definicional, puesto que para ser una definición, la regla (1) tendría que especificar concretamente qué normas forman parte de la primera Constitución⁵³.

Con estas precisiones acerca de las nociones de sistema y orden jurídico, podemos abordar el debate entre Bulygin y Ruiz Manero acerca de la naturaleza de la regla de reconocimiento y su eventual lugar en un orden jurídico.

3. ORDEN JURÍDICO Y REGLA DE RECONOCIMIENTO

El esquema definicional propuesto constituye, a juicio de Bulygin, un criterio de identificación genérico del orden jurídico que determina su estructura y que también permite obtener una definición específica de un orden jurídico determinado. Para que se transforme en una definición bastaría con especificar concretamente qué normas forman parte de la primera Constitución⁵⁴. Bulygin afirma que las reglas (1)-(5) utilizadas para formular el esquema definicional que constituyen el criterio de identificación del orden jurídico son reglas conceptuales y no normas de conducta, y que la unidad de un orden jurídico y de cada uno de los sistemas que pertenecen a él, está constituida por reglas conceptuales (criterios de identificación) y no por una norma de conducta.

Sostiene asimismo que, para Kelsen, la unidad del orden jurídico está dada por la norma fundante básica y, para Hart, por la regla de reconocimiento. En su opinión, la suposición de la norma fundante básica no es necesaria para la definición del orden jurídico y no es suficiente para responder a la pregunta por la obligatoriedad de las normas jurídicas. No sería necesaria para la definición del

⁵³ *Ibidem*: 264-265.

⁵⁴ *Ibidem*: 264-265.

orden jurídico porque un orden jurídico estaría constituido por un conjunto finito de normas, a saber: la primera Constitución (*i.e.*, las normas soberanas o independientes) y las normas que derivan de ella, ya sea en virtud del principio de legalidad o en virtud del principio de deducibilidad (*i.e.*, normas derivadas), cuya existencia y pertenencia a un orden jurídico no requiere, para ser explicada, de una norma fundante básica. No sería suficiente para fundamentar la obligatoriedad de las normas porque una fundamentación de este tipo exigiría una norma cuya validez sea absoluta, característica que el propio Kelsen niega que la norma fundante básica posea, toda vez que rechaza la existencia de normas absolutamente válidas⁵⁵. La regla de reconocimiento de Hart, a su parecer, ha de interpretarse como una regla conceptual que permite identificar las normas del sistema pero no ella misma como una norma. Se trataría de una regla que posee carácter definicional, que carece de todo contenido normativo. En particular, la regla de reconocimiento no podría ser adecuadamente reconstruida como una regla que impone a los jueces el deber de aplicar las normas jurídicas⁵⁶.

Ruiz Manero ha sostenido que la propuesta de Bulygin de interpretar la regla de reconocimiento como una regla conceptual nos deja impotentes para entender la naturaleza y la fuente del deber judicial de decidir conforme a las normas válidas. El deber *jurídico* de aplicar las normas jurídicas no podría estar dado por una norma moral. Dada la irrelevancia de otros códigos normativos, la norma que fundamentaría tal deber tendría que ser una norma jurídica. Cabrían entonces dos posibilidades: o bien se trata de una norma derivada, o bien se trata de una norma última, como lo sería la regla de reconocimiento, que establecería con carácter último cuáles son

⁵⁵ *Ibidem*: 268 y 1987: 511-516.

⁵⁶ Cf. Bulygin 1976 y 1991a: 268. Bulygin precisa que su intención no es hacer una exégesis del pensamiento de Hart, sino ofrecer una interpretación alternativa de la regla de reconocimiento (con algún apoyo en *The Concept of Law*) que explique mejor su funcionamiento y el papel que desempeña en la dinámica jurídica. Cf. Bulygin, 1991a: 269.

los criterios de validez jurídicos que los jueces tienen el deber de aplicar. Esta última sería la alternativa correcta⁵⁷.

Bulygin reconoce la seriedad del cargo, pero entiende que su interpretación de la regla de reconocimiento como regla conceptual no impide en modo alguno dar una explicación coherente del deber judicial y afirma que, por el contrario, es la interpretación de la regla de reconocimiento como una regla de conducta que impone a los jueces el deber de aplicar las normas jurídicas la que nos deja en la más absoluta ignorancia, pues no sólo no podríamos saber cuáles son los deberes jurídicos de los jueces si no hemos identificado previamente las normas jurídicas, sino que ni siquiera estaríamos en condiciones de identificar a los jueces.

En opinión de Bulygin, en primer lugar, el deber de aplicar las normas jurídicas por parte de los jueces es una cuestión contingente. Y cuando tal deber existe, no surge de la regla de reconocimiento, sino de alguna norma específica del sistema identificada conforme a la regla de reconocimiento. Sin un criterio conceptual que permita identificar las normas del sistema, no sería posible hablar de deberes establecidos por esas normas.

En segundo lugar, Bulygin argumenta que no hay ninguna razón para no preguntar por el fundamento de la regla de reconocimiento entendida como pretende Ruiz Manero, esto es, como una regla de conducta. La idea de una norma última sería más que dudosa. Para justificar una acción no sería suficiente *mencionar* una norma sino que habría que *usarla*, lo que presupondría suspender la pregunta por su fundamento, pues de lo contrario se caería en un regreso al infinito que paralizaría la acción. Así, el juez no tendría ninguna necesidad de preguntar por el fundamento de la norma que le obliga a condenar ciertas conductas, sino que lo que tendría que hacer es usar esa norma que le dice qué hacer, norma que ha identificado de acuerdo con un criterio de identificación compartido (*i.e.*, una regla de reconocimiento).

⁵⁷ Cf. Ruiz Manero 1990.

En tercer lugar, Bulygin observa que, tal como lo reconoce el propio Ruiz Manero, la teoría según la cual la regla de reconocimiento es una regla última que obliga a los jueces a aplicar las normas que reúnen ciertos requisitos (al derivar el criterio de identificación de las normas jurídicas de esa norma primera) es circular toda vez que no permite determinar quiénes son los jueces, pues éstos sólo pueden ser identificados sobre la base de las normas de adjudicación del sistema, esto es, por normas jurídicas identificadas de acuerdo al criterio establecido por la regla de reconocimiento.

En cuarto lugar, Bulygin rechaza el intento de Ruiz Manero de ofrecer una caracterización normativa del concepto de juez sin incurrir en circularidad. La estrategia de Ruiz Manero consiste en considerar que las reglas que determinan quiénes son los jueces (*i.e.*, las normas que confieren potestades y establecen los deberes de los jueces) no son normas jurídicas válidas identificadas conforme al criterio extraído de la regla de reconocimiento. El rechazo de Bulygin obedece, básicamente, a la consideración de que las normas que regulan el *status* de los jueces son normas legisladas identificadas como válidas, esto es, normas jurídicas.

En quinto lugar, Bulygin sostiene que todas las dificultades a que da lugar el problema de la circularidad de la regla de reconocimiento “*desaparecen por arte de magia una vez que reconozcamos que no hay deberes jurídicos que no sean establecidos por normas jurídicas y que para saber cuáles son las normas jurídicas tenemos que disponer de un criterio de identificación (una definición) de tales normas*”. De ahí que proponga interpretar a la regla de reconocimiento de Hart como una regla conceptual que fija los criterios identificación de un orden jurídico y de las normas que pertenecen a los diversos sistemas del orden (y no como una norma que establece deberes a los jueces)⁵⁸.

Bulygin concluye sus reflexiones con esta aclaración:

Desde luego, puede haber distintos criterios. Distintas personas pueden usar distintas definiciones (de hecho las definiciones van a variar

⁵⁸ Cf. Bulygin, 1991a: especialmente 268-269, 273, 275 y 277-278.

en la cláusula [1], es decir, respecto de la constitución que se adopte como punto de partida), pero sólo habrá *un* orden jurídico, cuando la población en general y, sobre todo, los jueces y otros órganos oficiales compartan la misma definición: la unidad del orden jurídico depende del hecho de que una y la misma definición sea efectivamente usada en un grupo social⁵⁹.

Comparto en términos generales los lineamientos de la respuesta de Bulygin a la objeción de Ruiz Manero. No obstante, considero que hay en ella algunos equívocos y deslizamientos de niveles de análisis que estimo de suma importancia clarificar. No discutiré los argumentos de Bulygin expuestos en primer, tercer y cuarto lugar porque los considero sustancialmente correctos. Me detendré, por consiguiente, en los argumentos expuestos en segundo y quinto lugar, a fin de evaluarlos críticamente. Comenzaré por este último, que estimo especialmente importante, con el propósito de mostrar que las dificultades señaladas por Bulygin no se salvan, como él pretende, concibiendo a la regla de reconocimiento como una regla conceptual (3.1), para a continuación intentar mostrar que la impugnación de la idea de que la regla de reconocimiento es una regla de conducta que establece con carácter último cuáles son los criterios de validez jurídicos que los jueces tienen el deber de aplicar, no pasa, como argumenta Bulygin, por considerar innecesaria la pregunta por el fundamento, sino por diferenciar claramente los planos teórico y práctico y, más específicamente, de modo correlativo, la identificación y la aplicación del derecho (3.2.). En ambos casos, la argumentación nos conduce a un mismo punto: la noción de regla de reconocimiento ha de ser abandonada por superflua. Tales soluciones son, a su vez, a diferencia de las propuestas por Bulygin, auténticamente compatibles con el positivismo jurídico metodológico que saca todas las consecuencias de la distinción entre el dominio descriptivo o explicativo (*i.e.*, teórico), por un lado y el valorativo o justificativo (*i.e.*, práctico), por el otro.

⁵⁹ *Ibidem*: 278.

3.1. *Una estrategia infructuosa: concebir a la regla de reconocimiento como una regla conceptual*

El esquema definicional introducido por las cláusulas⁶⁰ (1)-(5) proporciona no solamente un concepto o caracterización general del derecho, en el sentido de que todo aquello y únicamente aquello que satisfaga dichas cláusulas será concebido como un orden jurídico, sino que provee además, una vez debidamente especificado —tal como expresamente destaca Bulygin—, criterios de identificación del orden jurídico, de los sistemas que a él pertenecen y de las normas que pertenecen a estos últimos, esto es, la identificación de ordenes jurídicos *determinados*. En este sentido, la caracterización del derecho ofrecida por Bulygin, de ser adecuada, poseería mayor poder explicativo que, por ejemplo, la ofrecida por Kelsen, Hart o Raz, a saber, aquella que lo concibe como un conjunto de normas objetivamente válidas entre las cuales se dan relaciones de supra y subordinación, aquella que lo concibe como una combinación de reglas primarias y secundarias, o aquella que lo concibe como cierto tipo de sistemas institucionalizados, respectivamente.

Si se comprende acabadamente lo antedicho, han de quedar perfectamente claras también una serie de cuestiones. En primer lugar, que concebido sobre las bases mencionadas, un orden jurídico debe contener (por definición) un conjunto de normas independientes o soberanas entre las cuales haya al menos una norma de competencia que estatuya potestades para la creación de normas, es decir, una norma o, más bien, un conjunto de normas que establezcan ciertas autoridades, les confieran potestades para la creación de normas, y (eventualmente) sometan la actividad de creación normativa (promulgación y derogación) a la satisfacción de ciertos requisitos específicos (como aquellos relativos al procedimiento y al contenido). Por ello, para establecer la existencia de un orden jurídico

⁶⁰ Utilizo la expresión “cláusula” en lugar de la expresión “regla” utilizada por Bulygin, porque, como trataré de mostrar, esta última expresión en el contexto aludido genera confusión.

determinado es necesario identificar un conjunto tal de normas, lo cual de acuerdo al esquema definicional propuesto ha de hacerse extensionalmente. Una vez identificado tal conjunto de normas, el esquema definicional propuesto se transforma en una *definición* de un *cierto* orden jurídico.

En segundo lugar, que la competencia y demás pautas de creación normativa establecidas por tal conjunto de normas o reglas (o, dicho de otro modo, los criterios de validez jurídica), son *reconstruidas teóricamente* como criterios de pertenencia de las normas a cada uno de los sistemas que integran el mismo orden jurídico, así como de la pertenencia de los sistemas al orden jurídico o, dicho de manera más sucinta, como criterios de identificación de normas. Dicha reconstrucción está lejos de ser obvia, sobre todo si se repara en que la competencia y demás pautas de creación normativa establecidas por las normas jerárquicamente superiores de un orden jurídico pueden no ser reconstruidas en tales términos, ya sea porque se rechace lisa y llanamente la posibilidad de una reconstrucción sistemática del material que conforma el derecho, ya sea porque se privilegie algunos de los criterios de pertenencia en detrimento de otros, ya sea porque se les acuerde un alcance diferente al que se les acuerda en el esquema definicional propuesto.

En tercer lugar, que los enunciados enumerados como cláusulas (1)-(5) no pertenecen a orden jurídico alguno y que, en tal sentido, no tienen por función regular o guiar la conducta ni de los individuos sometidos a un orden jurídico ni de las autoridades que éste instituye, sino que, por el contrario, persiguen fines de reconstrucción teórica, de modo que respecto de tales enunciados no tiene sentido decir que son seguidos, obedecidos, aceptados por dichos individuos o autoridades, o que son vigentes o eficaces⁶¹. A dife-

⁶¹ Tal como la entiendo en este contexto, la noción de *reconstrucción teórica* no excluye que los enunciados (1)-(5) permitan identificar normas jurídicas para que, por ejemplo, sean aplicadas por los jueces a casos particulares, tarea ésta que, desde cierto ángulo, puede ser considerada, sin embargo, como “práctica” y, en tal sentido, como diferente a una actividad puramente “teórica”.

rencia de los enunciados enumerados como cláusulas (1)-(5) —y con independencia de cuál sea la naturaleza que en definitiva se les atribuya— las normas o reglas que establecen la competencia de las autoridades y las demás pautas de creación normativa forman parte de un orden jurídico, y respecto de ellas podría resultar razonable argumentar que tienen por función regular o guiar la conducta de las autoridades de creación normativa en el sentido de que son o pueden ser aceptadas o seguidas por tales autoridades, o que son vigentes o eficaces.

Lo antes expuesto es algo que, sin embargo, de estarse a los términos de la discusión entre Bulygin y Ruiz Manero, no queda suficientemente establecido, lo cual da lugar a ciertos malos entendidos que es mi intención clarificar. Si las consideraciones anteriores son correctas, entonces resulta cuando menos confuso sostener, como hace Bulygin, que la existencia de un determinado orden jurídico depende de que la población en general y, sobre todo, los jueces y otros órganos oficiales compartan, usen efectivamente, la misma *definición*. Y asimilar dicha definición a los criterios de identificación de un orden jurídico equiparándola, a su vez, a la regla de reconocimiento (concebida como regla conceptual), como también hace Bulygin, no hace sino profundizar la confusión.

Entiendo que la afirmación poco feliz de Bulygin se debe fundamentalmente a tres factores. Por una parte, a la sistemática ambigüedad que poseen las expresiones “reglas” y “criterios de identificación”, en la medida en que pueden ser (significativamente) utilizadas —y de hecho lo son— tanto para hacer referencia a las cláusulas (1)-(5) del esquema definicional propuesto como para hacer referencia a la competencia y demás pautas de creación normativa establecidas por las normas que conforman el orden jurídico. Por otra parte, a que la naturaleza de esta última clase de normas es particularmente difícil de desentrañar. Por último, a que Bulygin considera que tanto unas como otras son reglas conceptuales.

De acuerdo con las aclaraciones efectuadas, parece más atinado decir que aquello que eventualmente aceptan, comparten o usan

los jueces y otros órganos oficiales, son las normas o reglas que establecen la competencia y demás pautas de creación normativa que integran un determinado orden jurídico, pero no la definición del mismo sobre la base de la cual se lo ha identificado (al identificar extensionalmente las normas soberanas que lo integran) bajo una reconstrucción sistemática. Respecto de la definición de orden jurídico —y, más en general, del esquema definicional—, parece más razonable decir, en cambio, que ha sido formulada y eventualmente aceptada o rechazada por razones y objetivos de índole teórica.

Si se admite que la competencia y demás pautas de creación normativa establecidas por las normas soberanas del orden jurídico constituyen criterios de pertenencia (de normas a los sistemas y de estos últimos al orden jurídico) y, por ende, criterios de identificación, podrá razonablemente afirmarse, además, que los jueces y otros órganos oficiales aceptan o no aceptan, siguen o no siguen, tales criterios. Pero si se da este paso, ha de tenerse cuidado de distinguir esta noción de criterios de identificación de aquella según la cual las cláusulas (1)-(5) del esquema definicional propuesto constituyen criterios de identificación de un orden jurídico, en el sentido de que únicamente será considerado orden jurídico aquello que satisfaga las condiciones establecidas por dichas cláusulas. De los criterios de identificación entendidos en este último sentido parece razonable decir que son formulados y eventualmente aceptados por razones y objetivos teóricos, pero no que son aceptados o seguidos por los jueces u otros organismos oficiales en tanto tales.

Obsérvese, en tal sentido, que de acuerdo al esquema definicional propuesto, para la existencia de un orden jurídico es necesario simplemente que existan normas que establezcan competencia y demás pautas de creación normativa, y no que existan normas que establezcan órganos de aplicación, por lo que la conducta de estos es irrelevante para determinar la existencia de un orden jurídico⁶².

⁶² De estimarse que la existencia de órganos de aplicación constituye una característica del derecho de la que es necesario dar cuenta, podría adicionarse una

Más importante aún es que dicho esquema definicional exige que las normas independientes o soberanas, entre las cuales se encuentran aquellas que establecen la competencia y las pautas básicas de creación normativa (superiores o últimas), deben ser identificadas extensionalmente, es decir, sin acudir a propiedades de ningún tipo. Por tal razón, ellas no pueden ser identificadas sobre la base de que son efectivamente usadas por los jueces u otros funcionarios. Esta última propiedad puede ser relevante como criterio para determinar la *eficacia* de un orden jurídico, pero no su existencia⁶³, la cual depende de la existencia de las normas independientes o soberanas que conforman la primera constitución, lo cual a su vez depende únicamente de que tales normas hayan sido meramente formuladas (*i.e.*, se requiere sólo su existencia formal)⁶⁴. En suma, de acuerdo al esquema definicional propuesto, la existencia de un orden jurídico constituye un requisito previo e independiente de su eficacia y, por ende, del comportamiento de las autoridades jurídicas (jueces u otros organismos oficiales). Tal exigencia teórica es la que permite evitar justamente el problema de la circularidad que afecta a la noción hartiana de regla de reconocimiento mencionado más arriba.

Ahora bien, Bulygin conserva la expresión “regla de reconocimiento” para aludir a los criterios de identificación (*i.e.*, de pertenencia) de un orden jurídico, aclarando expresamente que ella debe ser entendida como una regla conceptual y no como una regla de conducta que impone obligaciones. Pero dada la ambigüedad que, según he destacado, afecta la expresión “criterios de identificación”, este procedimiento no está exento de dificultades. En efecto, ¿qué designa la regla de reconocimiento tal como la concibe Bulygin? ¿Designa las normas de competencia y demás pautas de creación normativas establecidas por las normas soberanas de un orden ju-

cláusula al esquema definicional propuesto que establezca que la presencia de dicha característica es una exigencia que debe ser satisfecha para calificar a un fenómeno como “orden jurídico”.

⁶³ Cf. Bulygin, 1991b: 317.

⁶⁴ Cf. Bulygin, 1987: 511-513.

rídico o, por el contrario, designa los requisitos impuestos por las cláusulas (1)-(5) del esquema definicional propuesto o la definición operada sobre la base de este último, una vez identificadas extensionalmente las normas soberanas?

Si se consideran los argumentos de fondo esgrimidos por Bulygin, según entiendo, ha de estarse a la primera alternativa, pero ella aparece, sin embargo, puesta en entredicho cuando afirma que “*habrá un orden jurídico, cuando la población en general y, sobre todo, los jueces y otros órganos oficiales compartan la misma definición*” y que “*la unidad del orden jurídico depende del hecho de que una y la misma definición sea efectivamente usada en un grupo social*”. En efecto, no resulta razonable decir que los jueces y demás funcionarios comparten la definición de orden jurídico sino, en todo caso, que comparten las normas de un orden jurídico individualizado sobre la base de dicha definición. Y el de hecho de que tales actores compartan la competencia y demás pautas de creación normativa establecidas por dichas normas (*i.e.*, los criterios de identificación), de acuerdo a lo expresamente afirmado por Bulygin, no hace a la existencia de un orden jurídico, sino en todo caso a su eficacia.

Pero los problemas no terminan una vez aclarado lo anterior, y abandonadas las afirmaciones problemáticas de Bulygin como poco felices. El problema subsiste porque Bulygin considera que la circularidad que afecta a la regla de reconocimiento hartiana queda superada si se concibe a ésta como una regla conceptual (que establece los criterios de identificación del orden jurídico y de las normas que pertenecen a los diversos sistemas que lo integran), y no como una regla de conducta (*i.e.*, una regla que impone el deber de aplicar las normas jurídicas identificadas sobre la base de ciertos criterios), lo cual parece contar como una razón en favor de la interpretación según la cual “regla de reconocimiento” debe utilizarse para designar el esquema definicional o, más bien, la definición de orden jurídico (y no ya la competencia y demás pautas positivas soberanas de creación normativa). No obstante, es de hacer notar que, para Bulygin, tanto las cláusulas (1)-(5) del esquema definicional propuesto y las definiciones elaboradas sobre su base (*i.e.*, criterios de identifica-

ción en un sentido), como también la competencia y demás pautas de creación normativa establecidas por las normas soberanas de un orden jurídico (*i.e.*, criterios de identificación en otro sentido) son reglas conceptuales (y no reglas de conducta).

Ruiz Manero se percata en su respuesta a Bulygin de que no es el carácter de regla conceptual o de regla de conducta que se atribuya a la regla de reconocimiento lo que evitaría el problema de la circularidad, si es que su aceptación por parte de los jueces u otros funcionarios es lo que determina la existencia de un orden jurídico⁶⁵. Sin embargo, ello no permite abonar la posición defendida por el profesor español sino sólo poner de manifiesto el desliz de niveles en que incurre Bulygin que he tratado de poner de manifiesto. Lo que permite salvar el problema de la circularidad es el hecho de que, de conformidad con el esquema definicional adoptado, la existencia de un orden jurídico no requiere en absoluto tomar en cuenta la conducta de los jueces ni de funcionario alguno, y que sólo es conceptualmente posible hablar de funcionarios y jueces una vez determinada la existencia de un orden jurídico. Esto es algo que Bulygin pone claramente de manifiesto en su réplica a la contestación de Ruiz Manero⁶⁶ y constituye una razón en favor de la adopción del esquema definicional propuesto como una caracterización del derecho más adecuada que otras alternativas, a la vez que una razón para rechazar la doctrina hartiana de la regla de reconocimiento.

Pero si ello es así, entonces debe rechazarse de plano la idea de que lo que los jueces aceptan es la definición de orden jurídico (ni, más obviamente, el esquema definicional). Por otra parte, aun si las denominaciones pueden ser meramente estipulativas, no se ve cuál podría ser la razón de llamar “regla de reconocimiento” a la definición o al esquema definicional de orden jurídico, dado que en ningún sentido ello es algo que los jueces u otros funcionarios

⁶⁵ Cf. Ruiz Manero, 1991: 292-293.

⁶⁶ Cf. Bulygin, 1991b: 317.

*reconocen o dejan de reconocer*⁶⁷. Aquello que los jueces u otros funcionarios podrían o no reconocer son las normas de competencia y demás pautas de creación normativa soberanas de un orden jurídico, pero debe quedar claro que tales pautas no son definiciones, al menos en el sentido de que ellas no constituyen la especificación del esquema definicional propuesto⁶⁸. Nada obsta, en principio, a que se denomine “regla de reconocimiento” al conjunto de tales pautas

⁶⁷ Riccardo Guastini, si bien critica la caracterización de Hart de la regla de reconocimiento (en tanto éste la concibe como una regla jurídica y, por ende, no sería sino una duplicación innecesaria respecto de las reglas de cambio incluidas en la constitución), ofrece una reconstrucción de la misma en términos de una regla que tiene por función definir al sistema jurídico al cual se refiere y que, en tanto tal, no es una norma (no ordena ni autoriza nada) ni es jurídica (sino un criterio extra-sistemático para la identificación de un sistema jurídico). Esta reconstrucción sería importante porque permitiría la identificación de un sistema jurídico, esto es, determinar su identidad, *i.e.*, las normas que pertenecen a él. Así reconstruida, la regla de reconocimiento diría algo como lo siguiente: el sistema jurídico incluye: i) las normas expresadas por su primera constitución histórica (que se supone eficaz) ya sea escrita o consuetudinaria; y ii) las normas derivadas (y no derogadas) por una autoridad creada por la constitución. No obstante, si se asume que la regla de reconocimiento *se refiere* a un sistema jurídico *determinado*, ésta no podría proveer una definición general de sistema jurídico (o, mejor dicho, un esquema definicional); si, en cambio, se pretende esto último, tendrá que abandonarse la idea de que ello se logra mediante una regla de reconocimiento que se refiere a un sistema jurídico determinado, y deberá asumirse que se refiere a cualquier sistema jurídico (*i.e.* a un sistema jurídico en general, a su caracterización). Pero si éste último es el caso, ¿en qué sentido se trata de una *regla*; cuál sería su naturaleza; y de qué manera *se referiría* (en tanto que regla) a un sistema jurídico cualquiera (*i.e.*, en general, a su caracterización)? Los criterios para definir un sistema jurídico, como he dicho, son teóricos y su formulación requiere un esquema definicional, pero no, estrictamente hablando, reglas. Si ello es así, conservar la denominación “regla de reconocimiento” para referirse a tal esquema definicional de orden jurídico (o definición de un sistema jurídico determinado), no hace sino inducir a error: ¿en qué sentido se trataría aquí de “reconocimiento”? Cf. Guastini, 2010: punto 3 “Del fundamento al reconocimiento”; en Guastini 2012 pueden verse, además de la referida crítica, otras críticas a la regla de reconocimiento de Hart.

⁶⁸ Recuérdese que, de acuerdo con Bulygin, la identificación extensional de tales reglas es lo que permite transformar el esquema definicional propuesto en una

de creación normativa (*i.e.*, criterios de identificación o validez en tanto constituyen criterios de pertenencia de normas a los sistemas que conforman el orden jurídico)⁶⁹. Pero debe advertirse que, a diferencia de lo que se desprende de la doctrina de Hart, su reconocimiento por parte de los jueces no es lo que determina su existencia. Creo, además, que mejor haríamos en desechar la expresión “regla de reconocimiento” incluso para éste último supuesto, dada la innegable asociación que ella mantiene con la doctrina hartiana, algunas de cuyas dificultades —como el problema de circularidad— son superadas por la reconstrucción que ofrece Bulygin del orden jurídico. Con sólo considerar el problema de la circularidad que afecta a la noción hartiana de la regla de reconocimiento (y del hecho de que dicho problema no se solucione mediante la estipulación de que el carácter de la regla de reconocimiento es una regla conceptual), alcanza para mostrar que dicha noción no es teóricamente pertinente para dar cuenta de los criterios de validez (pertenencia)

definición, lo cual, desde luego, es muy diferente a decir que tales reglas son definiciones (en dicho sentido).

⁶⁹ En realidad, parece contrario a las prácticas de los juristas reconstruir todas las mencionadas pautas positivas soberanas de creación normativa como estipulados por una sola regla o norma. Raz ha criticado a la doctrina de Hart de que un orden jurídico contiene una única regla de reconocimiento, entendiendo que éste puede contener más de una (cf. Raz, 1970: 239; 1975: 168-171 y 1979: 126-128). Por las razones expuestas, considero más apropiado no recurrir en absoluto a la noción de regla de reconocimiento, en lugar de, como propone Raz, multiplicarla (aun si Raz concibe a la regla de reconocimiento en términos diferentes a los de Hart, pues tales diferencias no permiten eludir nuestra conclusión). Si se propusiera simplemente conservar como mero rótulo “regla de reconocimiento” para aludir al conjunto de pautas positivas soberanas de creación normativa, ¿que se ganaría con ello sino confusión? No se trata de una regla sino de muchas y tampoco el “reconocimiento” de los jueces o funcionarios de tales reglas, como queda dicho, juega ningún rol en la caracterización de un orden jurídico ni en la especificación de un orden jurídico concreto. Dicho reconocimiento podría ser relevante —si es que se lo acepta como un concepto pertinente al efecto— para predicar su eficacia o vigencia, pero no su existencia. Por lo demás, en tal supuesto, la regla de reconocimiento no sería más que una duplicación innecesaria de las reglas de cambio (al menos jerárquicamente superiores o últimas) del orden jurídico.

de normas al sistema jurídico. Dicho de otro modo: no es posible (conceptualmente) que exista una regla positiva en un sistema jurídico (cualquiera sea la naturaleza que se le atribuya, *i.e.*, regla conceptual o regla de conducta) que establezca los criterios de validez del sistema al ser utilizada por los jueces y otros funcionarios. Estas dos características no pueden ser satisfechas a la vez. Por otra parte, las normas que establecen la obligación jurídica para los jueces de aplicar otras normas (ya sean pertenecientes al sistema jurídico en cuestión o no) a ciertos casos específicos, no sólo deben ser (a menos que sean normas soberanas) creadas de conformidad con los criterios o pautas de creación normativa para pertenecer a un sistema del orden jurídico, sino que por ello mismo son independientes de tales criterios o pautas de creación normativa.

He dicho que la afirmación poco feliz de Bulygin que dio lugar a este comentario se debía también a que la naturaleza de las normas o reglas que establecen la competencia y demás pautas de creación normativa es particularmente difícil de desentrañar. Veamos este aspecto un poco más de cerca.

De acuerdo con la doctrina de Hart, las normas de un orden jurídico que establecen competencia y demás pautas de creación normativa no imponen deberes, es decir, no son normas de conducta, y no pueden por lo tanto, en sentido estricto, ser obedecidas o desobedecidas. No obstante, aunque no establecen obligaciones, ellas serían normas o reglas en el sentido de que constituirían un parámetro de evaluación de la conducta propia y ajena que dan lugar a la aprobación y a la desaprobación y, eventualmente, a la producción o privación de ciertas consecuencias o efectos respecto de la actividad que realizan aquellos que las aceptan y usan. Sobre la base de dichos lineamientos podría argüirse que en tanto tales no cabe equipararlas a una definición ni a un esquema definicional. De acuerdo con este punto de vista, una definición (o un esquema definicional) representaría una mera equivalencia conceptual; su uso o su mal uso podría dar lugar a una objeción teórica, a saber, la de que no proporciona un concepto o caracterización teórica adecuada de aquello que se pretende explicar, pero en ningún

caso podría dar lugar a reacciones críticas respecto de las conductas de sus eventuales usuarios. Las definiciones no tendrían por función en ningún sentido guiar o dirigir la conducta. Las normas o reglas que establecen las pautas de creación normativa sí tendrían por función dirigir la conducta de las autoridades, si bien de una manera más débil a como lo hacen las normas que establecen obligaciones. Así, por ejemplo —podría continuar el argumento—, si la autoridad normativa crea una norma sin respetar alguna pauta establecida por las normas que regulan su creación, su acción será criticada como una “creación normativa irregular” y, eventualmente, podrá ser declarada inválida o nula por los órganos que el orden jurídico establezca como competentes al efecto, sobre la base de alguna otra norma del sistema que así lo disponga. Estas reglas podrían así ser caracterizadas en término de los rasgos que von Wright atribuye a las reglas determinativas y que Hart parece atribuir (al menos por momentos) a las reglas secundarias⁷⁰. De acuerdo con la doctrina

⁷⁰ El prototipo de este tipo de normas estaría dado por las reglas de los juegos. En tanto actividad humana, el juego se desarrolla con arreglo a patrones fijos que pueden denominarse *movimientos*. En tal sentido, las reglas del juego determinan o definen esos movimientos —y de este modo también el “juego” mismo y la actividad de jugarlo—. Desde el punto de vista del juego mismo, las reglas determinan cuáles son los movimientos correctos y, desde el punto de vista de la actividad de jugar, cuáles son los movimientos *permitidos*. Los movimientos incorrectos le estarían *prohibidos* a los jugadores del juego y un movimiento que es el único movimiento correcto en una situación específica del juego sería *obligatorio* cuando se está jugando el juego. Las reglas de la gramática de los lenguajes naturales serían también de esta clase. En este caso, las formas fijas del discurso correcto serían análogas a los movimientos del juego. Lo correlativo a la actividad de jugar el juego sería la actividad de hablar o escribir la lengua. De una persona que no habla (o escribe) de acuerdo a las reglas de la gramática se dice que habla incorrectamente o que no habla el idioma en cuestión, según quiera seguir las reglas pero no sepa o no comprenda cómo hacerlo, o no se preocupe por seguir las reglas o consiente y consistentemente siguiera otras reglas. Idénticas consideraciones pueden hacerse respecto de las reglas de los juegos. Las reglas de un cálculo lógico y matemático podrían asimismo —al menos desde cierta concepción filosófica que no sea ni platónica ni nominalista— ser concebidas como reglas determinativas. Cf. von Wright 1963.

hartiana, además, respecto de aquellos que no aceptan tales clases de reglas, ellas no constituirán un parámetro de evaluación de su propia conducta. Podría argüirse, en tal sentido, que ello no constituye, sin embargo, en sí mismo impedimento alguno para que sea posible considerar y constatar si tales reglas son o no seguidas por parte de quienes sí las aceptan para evaluar su conducta. Un mero observador externo podría afirmar, sin que ello implique reacción crítica alguna de su parte, que una jugada de ajedrez determinada es incorrecta o que una norma determinada ha sido creada irregularmente en un cierto orden jurídico. Pero la posibilidad de formular un enunciado de este tipo no convertiría a las reglas del juego de ajedrez ni a las reglas que establecen las pautas de creación normativa en definiciones (o esquemas definicionales).

Bulygin reconoce, siguiendo las caracterizaciones corrientes que, aunque las reglas conceptuales se limitan a definir un concepto sin establecer prohibiciones ni obligaciones (careciendo de sentido, por lo tanto, hablar de obediencia o desobediencia a su respecto), *“el no uso (o mal uso) de las reglas conceptuales puede dar lugar a reacciones críticas”*. Bulygin, sin embargo, pretende reducir esta reacción crítica a un reproche de ignorancia. Así, afirma que de una persona que, por ejemplo, realiza una jugada incorrecta en ajedrez (por caso, cuando intenta enrocar estando en jaque) diríamos simplemente que no sabe jugar al ajedrez⁷¹. Sin embargo, considero que el calificativo de ignorancia lo reservaríamos más bien para referirnos a quien no conoce las reglas más elementales del juego, mientras que con relación a quien realiza una jugada incorrecta en el marco de un juego que sustancialmente conoce, nuestra actitud crítica consistiría en calificar su jugada como ilegítima (sea que la haya ejecutado por ignorancia o intencionalmente) y en privarla (eventualmente) de validez. Sobre tales bases, podría concluirse que si bien el no seguimiento de una regla tal no podría ser razonablemente calificado de “desobediencia”, no sería menos cierto que ella tampoco

⁷¹ Cf. Bulygin, 1991a: 269.

parece ser cabalmente comprendida si se la reduce a un reproche de ignorancia.

Si se aceptase, como defiende Bulygin, en contra de lo sostenido por Hart, que las reglas conceptuales poseen un carácter puramente definicional y carecen de todo contenido normativo, y se asume además —como también hace Bulygin— que las normas o reglas que establecen las pautas de creación normativa de un orden jurídico no son sino reglas conceptuales, habrá de llegarse a la conclusión de que tales normas o reglas no sólo no imponen prohibición ni obligación alguna, sino que ni siquiera tendría sentido decir que su no uso o mal uso da lugar a reacciones críticas que vayan más allá de la atribución de ignorancia. Si, por el contrario, se asume —como parece hacer Hart, al menos por momentos— que las nociones de reglas conceptuales y de reglas de conducta son excluyentes pero no exhaustivas, y se sostiene que las normas o reglas que establecen la competencia y demás pautas de creación normativa de un orden jurídico no son ni de una ni de otra clase, podría sostenerse que si bien tales normas o reglas no imponen obligaciones, a diferencia de las meras definiciones, pueden dar lugar a reacciones críticas diferentes a las de mera ignorancia. Es posible sostener, asimismo, que las normas o reglas que establecen las pautas de creación normativa de un orden jurídico pueden ser mejor analizadas como una combinación de reglas de conducta y reglas conceptuales⁷².

Ahora bien, cualquiera sea el asidero de las consideraciones precedentes, lo que me interesa destacar es que la naturaleza que en definitiva se atribuya a las normas o reglas que establecen la competencia y demás pautas de creación normativa de un orden jurídico, por una parte, y a las cláusulas (1)-(5) del esquema definicional o las definiciones de orden jurídico realizadas sobre su base, por la otra, es irrelevante para dirimir la cuestión que estimo central, a saber, que ellas deben ser nítidamente distinguidas, pues cualesquiera

⁷² Sobre los problemas a que da lugar el análisis de la naturaleza de las normas de competencia en particular, puede consultarse Bulygin 1988.

sean sus respectivas naturalezas, hay entre ellas una diferencia de nivel semántico. Mientras que las primeras forman parte de un orden jurídico determinado, las segundas no forman parte de orden jurídico alguno sino que, por el contrario, pretenden reconstruir teóricamente las pautas de creación normativa establecidas por las primeras como criterios de pertenencia de normas a los sistemas que conforman el orden jurídico desde un meta-nivel discursivo. Y como he tratado de mostrar, parece haber buenas razones para no denominar a ninguna de ellas “regla de reconocimiento”.

3.2. Una estrategia innecesaria: suspender la pregunta por el fundamento normativo

Con relación al segundo argumento esgrimido por Bulygin para rechazar la objeción de Ruiz Manero, creo oportuno aclarar solamente que si bien es cierto, como afirma Bulygin, que en la actividad práctica de justificación las normas se *usan*, mientras que en la actividad teórica de identificación las normas se *mencionan*, como advierte Caracciolo⁷³, es necesario distinguir entre la justificación de los actos impuestos por las normas de la justificación de las propias normas. En el primer supuesto, la justificación consiste en la invocación de la norma que regula el caso en cuestión. En el segundo supuesto, consiste en la invocación de otras normas, ya sea de otras normas jurídicas jerárquicamente superiores, o normas prudenciales o morales. Ahora bien, el uso de una norma ya sea para justificar un acto, ya sea para justificar otra norma, no presupone, como pretende Bulygin, la suspensión de la pregunta por su fundamento (so pena de conducir a un regreso al infinito y paralizar la acción). Por el contrario, la justificación de un acto o de una norma presupone abrir la pregunta por su fundamento, lo cual puede implicar, según los contextos de justificación, el intento de responder dicha pregunta a través de la apelación a otras normas que operan como razones en su apoyo. Desde luego, nada obsta a utilizar una

⁷³ Cf. Caracciolo, 1991: 305.

norma sin pretender justificarla, más allá de que tal actitud pueda ser considerada no racional. El uso de una norma no presupone su justificación, pero su justificación sí presupone la pregunta por su fundamento, lo cual puede implicar la apelación a otras normas como razones en su favor. Ahora bien, esto último, de ninguna manera va en contra de la idea de que los procesos de justificación poseen un punto final. Que este último esté o no constituido por las normas morales y si cabe o no predicar objetividad respecto de estas últimas son cuestiones enteramente diferentes que no cabe considerar aquí. En cualquier caso, lo que debe señalarse con todo énfasis es algo a veces olvidado aun por los iuspositivistas más sofisticados (como viene de ponerse de relieve con los argumentos de Bulygin bajo análisis, y como, por lo demás, lo ponen de manifiesto la norma fundante básica de Kelsen y la regla de reconocimiento de Hart): que la eventual aceptación de la tesis de una moral objetiva y de la unidad del razonamiento práctico (y de que la moral es su último peldaño) en nada contradice el positivismo metodológico, que éste es neutro con relación a aquellas, y que éste último es una concepción *teórica* acerca del derecho que, en tanto tal, nada dice y nada puede decir sobre su esfera *práctica*.

Más precisamente, hay que distinguir dos aspectos diferentes en lo que se denomina *problema de la normatividad*. Una teoría positivista (metodológica) no pretende en ningún sentido dar una respuesta al problema *práctico* consistente en la manera en que los jueces deben decidir para que sus decisiones sean reputadas normativamente justificadas en sentido extra-jurídico o legítimas, sino solamente ofrecer una respuesta al problema *teórico* relativo a la cuestión de saber cuáles son las reglas que forman parte del derecho y que, según dicho ordenamiento, deben ser aplicadas a un cierto caso (*i.e.*, identificación del derecho), para que una decisión sea reputada conforme a dichas normas (*i.e.*, concebir a las normas jurídicas como criterios de corrección). Dicho de otro modo: el positivismo jurídico puede dar una respuesta solamente a la cuestión *teórica* ¿qué significa estar jurídicamente regulado u obligado de acuerdo a un cierto sistema jurídico o cuándo una acción o una norma son con-

formes a derecho?⁷⁴, pero no a la cuestión *practico-normativa* ¿qué debo hacer, cómo debo decidir para que mi conducta o decisión esté en última instancia normativamente justificada en sentido extra-jurídico; se debe obedecer y aplicar el derecho?

Las anteriores consideraciones ponen de manifiesto, prístinamente, que suponer una regla de reconocimiento como norma última del sistema jurídico que impone la obligación de aplicar el resto de las normas válidas del mismo, es algo completamente innecesario. Si hay una obligación jurídica de aplicar otra norma jurídica ella vendrá dada por otra norma jurídica reconocida como tal de conformidad a los criterios de validez positivos contenidos en el propio sistema. Por lo demás, en principio (*i.e.*, salvo ciertas situaciones excepcionales, como aquellas en las que se regulan cuestiones de aplicabilidad a ciertos casos) una norma que impone una obligación tiene fuerza obligatoria (*i.e.*, es de obediencia o aplicación obligatoria, según se dirija al súbdito o al juez respectivamente) desde que pertenece al sistema jurídico, sin necesidad de que haya otra meta-norma que imponga el deber de aplicarla. Puede ocurrir también que no haya obligación de aplicar alguna norma en tanto su aplicación es meramente facultativa. Preguntarse si es obligatorio (*i.e.*, si está o no justificado) *en sentido práctico-normativo* aplicar las normas jurídicas, tiene pleno sentido, pero ésta no sólo es una pregunta meta-jurídica que excede el marco del positivismo en tanto concepción *teórica*, sino que además, al recurrir a normas prudenciales o morales devela, por eso mismo, la innecesaridad de la postulación de la regla de reconocimiento.

Con todo, la postulación de la regla de reconocimiento (al igual que lo fue la postulación de la norma fundante básica) no es un error cualquiera. Se trata de un error aleccionador, rico en con-

⁷⁴ En tal sentido, la noción de aceptación, quizás junto a otras propiedades —si es que se la admite como una noción adecuada a este propósito— podría ser un recurso teórico para *explicar* (y no justificar) el carácter específico de la obligación jurídica más allá de lo que permite explicar el hecho de que es una norma jurídica por formar parte de un orden jurídico.

secuencias teóricas, propio de las grandes inteligencias. Gracias a dicha(s) postulación(es) somos más conscientes de los riesgos, para el positivismo jurídico, de superponer niveles de análisis que deben mantenerse cuidadosamente separados al intentar dar cuenta de los datos que nos ofrece la comprensión pre-teórica del derecho, significativos para el jurista y que demandan una *explicación* (tales como la posibilidad de reconstrucción sistemática del derecho y su fuerza normativa), así como de comprender acabadamente, al hacerlo, sus propios límites. En este sentido, la noción de aceptación parece una herramienta teórica útil no sólo para dar cuenta de la eficacia de las normas de un orden jurídico, sino también para proveer una *explicación material* de su normatividad. Porque desde un punto de vista *formal*, alcanzaría con decir que una norma es jurídica en virtud de que pertenece al algún sistema del orden jurídico y, más específicamente, que es obligatoria si posee además el carácter deóntico obligatorio. De la misma manera que, simétricamente, podría decirse que una norma moral es aquella que pertenece a un sistema moral y que una norma moral obligatoria es aquella que además posee el carácter deóntico de obligación. La noción de aceptación de normas pretende ir algo más lejos en la explicación. Mientras que las normas morales obligan por su contenido, decir que alguien está jurídicamente obligado querría decir, en cambio, que existe una norma en algún sistema del orden jurídico que ha sido creada sobre la base de pautas (que ya han sido identificadas como jurídicas sobre la base del esquema definicional y la definición de orden jurídico) que son aceptadas por los jueces y funcionarios (y aceptadas u obedecidas por los ciudadanos) y, en este sentido, reconocidas por ellos como criterios de validez (*i.e.*, pertenencia) jurídica, de modo que son utilizadas como parámetro de creación normativa; norma que, a su vez, es aceptada (u obedecida) y aplicada como parámetro de evaluación de la conducta (sobre la base de la presión que ejerce o puede ejercer el grupo social), independientemente de su contenido y simplemente por haber sido creada de conformidad con tales pautas de creación normativa.

4. CONCLUSIONES

1. La noción de regla de reconocimiento es teóricamente innecesaria tanto para dar cuenta: i) de la unidad de los sistemas jurídicos, es decir, a) de los criterios de identidad de un orden jurídico, porque tales criterios están dados por las cláusulas teóricas 1)-5), *i.e.*, por el esquema definicional del orden jurídico, y b) de los criterios de pertenencia de normas al sistema y de los sistemas al orden jurídico, esto es, la identificación de las normas jurídicas de un cierto sistema concreto y de las acciones y decisiones conformes o no conformes a él, porque tales criterios están dados por la interpretación extensional de las reglas 1)-5), *i.e.*, por la definición del orden jurídico; como para dar cuenta de ii) su normatividad práctico-normativa porque para ello debería de acudirse, de aceptarse su posibilidad, a normas meta-jurídicas. Pretender esto último, además, transgrede los límites del positivismo metodológico.
2. En el mejor de los casos, el término “regla de reconocimiento”, si es empleado para aludir a la competencia y demás pautas positivas supremas de creación normativa de un orden jurídico, resulta inapropiado y puede conducir a importantes errores, por lo que tampoco sería conveniente conservarlo como expediente de una manera “cómoda” de hablar; similares consideraciones pueden hacerse al hecho de reservar dicha denominación para el esquema definicional o la definición del orden jurídico.
3. En el peor de los casos, es un concepto que, si es tomado tal como lo formuló Hart, al igual que ocurre con la reconstrucción de Ruiz Manero (esto es, como una regla que impone a los jueces el deber de aplicar los últimos criterios de validez del sistema jurídico, establecidos por ella misma), encierra elementos incompatibles; y que si es reconstruido en términos de regla conceptual, no se lo salva de las dificultades denunciadas (circularidad, confusión de planos de análisis) a la

vez que carece de auténtico poder explicativo, defectos éstos que, por cierto, también afectan a la formulación de Hart y a la reconstrucción de Ruiz Manero.

4. Por ello entiendo que es una noción que, de conformidad con los postulados del positivismo jurídico metodológico, rectamente entendido, debe ser eliminada de la teoría del derecho.
5. Pese a lo antedicho, la noción de aceptación puede ser un instrumento teórico útil para dar cuenta de la eficacia de las normas jurídicas así como para proveer una explicación (en sentido descriptivo) de su normatividad.

Bibliografía

- ADLER, Matthew y Kenneth Himma (eds.) 2009: *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*, Oxford, Oxford University Press.
- AGUILÓ REGLA, Josep 1990: “Sobre ‘definiciones y normas’”, *Doxa*, 8, pp. 273-282.
- ALCHOURRÓN, Carlos E. y Eugenio Bulygin 1971: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1974; título original: *Normative Systems*, Springer-Verlag/Wien, Library of Exact Philosophy, volume V, traducción de los autores.
- 1976: “Sobre el concepto de orden jurídico”, en Alchourrón-Bulygin 1991, pp. 393-407; edición original en *Crítica*, vol. VIII, N° 23.
 - 1979: *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Fontamara, México, 1997 (reimpresión de la edición de Valencia (Venezuela), Universidad de Carabobo).
 - 1996: “Norma jurídica”, en Garzón Valdés-Laporta (eds.), *El derecho y la justicia, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, vol. 11, Madrid, Trotta, pp. 133-147.
 - 1991: *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- BAYÓN, Juan Carlos 1999: “Derecho, convencionalismo y controversia”, en Navarro-Redondo (comps.), *La relevancia del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2002, pp. 57-92.
- BAYLES, Michael D. 1992: *Hart’s Legal Philosophy. An Examination*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers.
- BULYGIN, Eugenio 1976: “Sobre la regla de reconocimiento”, en Alchourrón-Bulygin 1991, pp. 383-391 (edición original en *Derecho, Filosofía y Lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Buenos Aires, Astrea).
- 1987: “Validez y positivismo”, en Alchourrón-Bulygin 1991, pp. 499-519 (edición original: Ponencia presentada en el Segundo Congreso Internacional de Filosofía del Derecho, La Plata).
 - 1988: “Sobre las normas de competencia”, en Alchourrón-Bulygin 1991, pp. 485-498 (título original: “On competence Norms”, presentado en el Congreso de Miami).
 - 1991a: “Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos”, *Doxa*, 9, pp. 257-279.
 - 1991b: “Regla de reconocimiento ¿Norma de obligación o criterio conceptual? Réplica a J. Ruiz Manero”, *Doxa*, 9, pp. 311-318.
- CAFFERA, Gerardo y Andrés Mariño 1996: “La definición del concepto de norma jurídica por referencia al sistema de pertenencia. Objeciones a partir del problema de las definiciones impredicativas en Russell y Goedel”, *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo XXVI, Montevideo, FCU.

- CARACCILO, Ricardo, 1991: "Sistema jurídico y regla de reconocimiento", *Doxa*, 9, pp. 295-309.
- CELANO, Bruno 2010: "La regla de reconocimiento ¿Es una convención?", en Cristina Redondo (ed.), *El Postscript de H.L.A. Hart. Nueve ensayos*, Lima, Ara editores, pp. 57-76.
- COLEMAN, Jules 1998: "Incorporationism, Conventionality and the Practical Difference Thesis", *Legal Theory*, 4, pp. 381-425 (reimpreso en Jules Coleman (ed.), *Hart's Postscript to the "Concept of Law"*, Oxford, Oxford University Press, pp. 99-147.
- 2001: *The Practice of Principle: In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press.
- DICKSON, Julie 2007: "Is the Rule of Recognition Really a Conventional Rule?", *Oxford Journal of Legal Studies*, 27 (3), pp. 353-370.
- DWORKIN, Ronald 1977: *Los derechos en serio*, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993 (título original: *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, traducido por Marta Guastavino).
- 2006: *Justice in Robes*, Cambridge, Harvard University Press (citado por la traducción castellana de Iglesias, M., y Ortiz de Urbina, I., *La justicia con toga*, Madrid, Marcial Pons, 2007).
- GUASTINI, Riccardo 2010: "The Basic Norm Revisited", trabajo presentado en el seminario "Legal Science and Legal Theory", Oxford, el 8 de septiembre de 2010.
- 2012: "Riliggendo Hart", trabajo inédito.
- GUIBOURG, Ricardo A. 1986: *Derecho, sistema y realidad*, Buenos Aires, Astrea.
- 2013: *Saber derecho*, Buenos Aires, AbeledoPerrot.
- HACKER, P.S.M. 1977: "Hart's Philosophy of Law", en P.M.S. Hacker y Joseph Raz (eds.), *Law, Morality and Society: Essays in Honour of H.L.A Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1977, pp. 1-25.
- HART, H.L.A. 1958: "El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral", en *Derecho y Moral. Contribución a su análisis*, Buenos Aires, Depalma, 1962, traducido por Genaro Carrió, pp. 1-64 (título original: "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Harvard Law Review*, vol. 71, N° 4, pp. 593-629).
- 1961: *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963 (título original: *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, traducido por Genaro Carrió).
 - 1968: "La teoría de Kelsen sobre la unidad del derecho", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año VII, N° 21, septiembre-diciembre de 1974, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, pp. 105-140 (título original "Kelsen's Doctrine of the Unity of Law", *Ethics and Social Justice*, vol. 4, *Contemporary Philosophic Thought*, State University of New

- York Press, 1970, y posteriormente en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1983, pp. 309-342).
- 1994: *Postscriptum a El concepto de derecho*, en Hart H.L.A. y Dworkin, Ronald, *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, estudio preliminar de C. Rodríguez, Santa Fé de Bogotá, Siglo del Hombre, Universidad de Los Andes, 1997, pp. 89-141 (título original: *Postscript to The Concept of Law*, 2ª ed., Oxford, Clarendon Press, pp. 238-276, traducido por Magdalena Holguín).
- KRAMER, Matthew 2004: *Where Law and Morality Meet*, Oxford, Oxford University Press.
- LUZZATI, Claudio 2010: “¿Para qué sirve la norma de reconocimiento? Un análisis funcional”, en Cristina Redondo (ed.), *El Postscript de H.L.A. Hart. Nueve ensayos*, Lima, Ara editores, pp. 203-222.
- MARMOR, Andrei 1992: *Interpretación y teoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2001 (título original: *Interpretation and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, traducido por Marcelo Mendoza Hurtado).
- 2001: *Positive Law and Objective Value*, Oxford, Oxford University Press.
 - 2009: *Social Conventions. From Language to Law*, Princeton, Princeton University Press.
 - 2010: *Philosophy of Law*, Princeton, Princeton University Press.
- MACCORMICK, Neil 1981: *H.L.A. Hart*, Edward Arnold Publishers, Londres.
- MARTIN, Michael 1987: *The Legal Philosophy of H.L.A. Hart. A Critical Appraisal*, Filadelfia, Temple University Press.
- ORTEGA GARCÍA, Ramón 2010: *Compromiso mutuo y derecho: un enfoque convencionalista*, México, Jurídica de la Américas.
- ORUNESU, Claudina, Jorge Rodríguez y Germán Sucar 1998: “Reflexiones en torno a las definiciones de norma y sistema jurídico”, ponencia presentada en el *Coloquio de Filosofía Práctica*, Buenos Aires, SADAF, 13 y 14 de noviembre.
- PINO, Giorgio 2011: “Farewell to the Rule of Recognition?”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría Jurídica*, 5, pp. 265-299.
- POSTEMA, Gerald 1982: “Coordination and Convention at the Foundations of Law”, *Journal of Legal Studies*, vol 11, N 1, pp. 165-203.
- PUPPO, Alberto 2011: *Acceptation et normativité. La forcé du devoir dans le discours juridique*, Roma, Aracne editore.
- RAMOS PASCUA, José Antonio 1989: *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart: un intento de configuración del derecho como sistema normativo autónomo*, Madrid, Tecnos.
- RAZ, Joseph 1970: *El concepto de sistema jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico*, México, UNAM, 1986 (título original: *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal Systems*, 2ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1980, traducido por Rolando Tamayo y Salmorán).

- 1975: *Razón práctica y normas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991 (título original, *Practical Reason and Norms*, Hutchinson, Londres, 1ª ed., y Princeton University Press, 1990, 2ª ed., traducido por Juan Ruiz Manero).
 - 1979: *La autoridad del derecho. Ensayos sobre el derecho y la moral*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982 (título original: *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, traducido por Rolando Tamayo y Salmorán).
- RODRÍGUEZ, Jorge L. 2003: “Naturaleza y lógica de las proposiciones normativas. Contribución en homenaje a G. H. von Wright”, *Doxa*, 26, pp. 87-108.
- 2005: “Estática y dinámica de los sistemas jurídicos”, en Orunesu, Claudina, Pablo Perot y Jorge Rodríguez, *Estudios sobre la interpretación dinámica de los sistemas constitucionales*, México, Fontamara, pp. 91-134.
- ROSS, Alf 1958: *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1974 (título original: *On Law and Justice*, Stevens & Sons Ltd., traducido por Genaro Carrió).
- 1961: “El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural”, en *El concepto de validez y otros ensayos*, Buenos Aires, Centro Editor de América latina, 1969, pp. 9-32 (título original: “Validity and the Conflict Between Legal Positivism and Natural Law”, publicado en texto bilingüe en *Revista jurídica de Buenos Aires*, IV, traducido por Genaro Carrió y Osvaldo Paschero).
- RUIZ MANERO, Juan 1990: *Jurisdicción y normas. Dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- 1991: “Normas independientes, criterios conceptuales y trucos verbales. Respuesta a Eugenio Bulygin”, *Doxa*, 9, pp. 281-293.
- SCHAUER, Frederick 2004: “The Limited Domain of the Law”, *Virginia Law Review*, vol. 90, pp. 1910-1956.
- SCHMILL, Ulises 2007: “La norma fundante básica y el origen conceptual de la normatividad”, *Analisi e diritto*, pp. 91-121.
- SHAPIRO, Scott J. 2009: “What is the Rule of Recognition (and Does it Exist)?”, en Matthew Adler y Kenneth Himma (eds.), *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*, Oxford, Oxford University Press, pp. 235-268.
- SUCAR, Germán 2008: *Concepciones del derecho y de la verdad jurídica*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons.
- VILAJOSANA, Josep M. 1995: “Problemas de identidad de los sistemas jurídicos”, *Doxa*, 17-18, pp. 331-342.
- 1997: *El significado político del derecho*, México, Fontamara.
- WALUCHOW, Wilfrid 1994: *Positivismo jurídico incluyente*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2007 (título original: *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press).

WRIGHT, Georg Henrik von 1963: *Norma y acción. Una investigación lógica*, Madrid, Tecnos, 1970 (título original: *Norm and Action. A Logical Inquiry*, Londres, Routledge & Kegan Paul, traducido por Pedro García Ferrero).

SEGUNDA PARTE
ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Sobre el sentido de la argumentación jurídica*

Manuel Segura Ortega

INTRODUCCIÓN

Nadie discute que una de las tareas fundamentales de todos los juristas consiste en realizar argumentaciones o razonamientos. Esta tarea resulta visible en cualquiera de las actividades que habitualmente despliegan todos los operadores jurídicos. Si dirigimos nuestra atención a la labor que desempeñan los jueces, funcionarios de la administración, abogados, fiscales, teóricos del Derecho, etc., puede comprobarse que uno de sus ingredientes principales está constituido por la exposición de argumentos. La argumentación es, básicamente, un proceso en virtud del cual un sujeto da cuenta de las razones por las que un determinado enunciado resulta aceptable, defendible o justificable. Se trata, por tanto, de un proceso discursivo de comunicación que pretende convencer o persuadir a ciertos auditorios de la bondad, razonabilidad o plausibilidad de una determinada proposición. Esto quiere decir que la argumentación sólo es necesaria en aquellos casos en los que una cuestión se presenta como problemática o discutida o, lo que es lo mismo, como una cuestión que no resulta evidente. En consecuencia, la argumentación se sitúa en un punto intermedio entre la evidencia y la arbitrariedad: lo evidente no precisa ningún tipo de demostración, mientras que lo arbitrario prescinde de cualquier tipo de justificación. Puede decirse que en el mundo del Derecho hay, indudablemente, muchos asuntos que son controvertidos y, por tanto, parece que el

* Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto DER2010-19897-C02-02 financiado por el MICINN y FEDER y titulado “Razonamiento abductivo y argumentación judicial”.

empleo de la argumentación tiene pleno sentido cuando se discute acerca de problemas jurídicos. La argumentación suele desplegarse en todos los contextos jurídicos, de modo que puede constatarse en la creación o producción del Derecho (argumentación legislativa), en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas (argumentación judicial y administrativa) y, también, en la elaboración de la ciencia jurídica (argumentación doctrinal). Cada uno de estos tipos de argumentación presenta características singulares en razón del objeto sobre el que se proyecta, y por eso puede afirmarse que la expresión “argumentación jurídica” es muy amplia y se utiliza en contextos muy variados.

En este trabajo dedicaré mi atención de modo exclusivo a la argumentación que tiene lugar en el proceso de interpretación y aplicación del Derecho que se desarrolla en sede judicial. De hecho, la mayoría de las teorías de la argumentación jurídica que surgieron a partir de los años cincuenta han convertido la praxis judicial en su objeto preferente de estudio¹, y todas ellas han ofrecido propuestas diferentes acerca de cómo debiera ser la argumentación judicial para que pueda reputarse correcta y aceptable. Estas teorías han tenido casi siempre un carácter prescriptivo, en el sentido de que su preocupación fundamental ha sido la de establecer las reglas que deben cumplir los jueces para que su actividad —y el producto resultante de la misma— pueda considerarse suficientemente legitimada. Lo común a todas estas doctrinas es la idea de que resulta imposible la

¹ Una información completa sobre las teorías de la argumentación jurídica puede verse en García Amado, Juan Antonio, “Del método jurídico a las teorías de la argumentación”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1986, pp. 151-186; *id.*, “La teoría de la argumentación jurídica: logros y carencias”, *Revista de Ciencias Sociales*, 45 (2000), pp. 103-129; Neumann, Ulfried, *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt, 1986; Atienza, Manuel, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991; *id.*, *El derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006; Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso, *La argumentación en el derecho*, 2ª ed., Palestra, Lima, 2005; y Calvo García, Manuel, *Fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, Tecnos, Madrid, 1994.

obtención de una decisión única como si fuera la única correcta, es decir, que el material normativo de los sistemas jurídicos actuales constituye un marco de referencia en parte indeterminado² y que, por tanto, permite el hallazgo de resoluciones no coincidentes que, sin embargo, pueden ser justificadas. En definitiva, estas doctrinas mantienen una posición relativista que parte de dos premisas básicas: 1) la imposibilidad de descubrir una *única* respuesta jurídica correcta a través de la interpretación del Derecho y 2) la posibilidad de obtención de decisiones diferentes —e incluso potencialmente contradictorias— que pueden justificarse si se cumplen ciertas condiciones mínimas. Estas dos premisas, indisolublemente unidas, muestran la necesidad de reforzar la argumentación en el proceso de aplicación de las normas de modo que la racionalidad y aceptabilidad de las decisiones depende en buena medida de la corrección del proceso argumentativo.

El principal mérito de todas estas teorías ha sido el de destacar la importancia de la llamada justificación externa de las decisiones que, al fin y al cabo, representa el núcleo central de toda la argumentación jurídica. Hoy se reconoce que lo más relevante en el proceso de interpretación y aplicación de normas es la elección de las premisas, es decir, la elección de los criterios, normas y principios que se emplearán como punto de partida para la obtención de la decisión. Por el contrario, la denominada justificación interna o, lo que es lo mismo, el camino que se sigue desde la norma hasta el fallo, es relativamente sencillo y no suele plantear problemas de especial relevancia³. Sea como fuere, las consideraciones que se

² Al respecto se ha dicho que “los términos legales señalan sólo un marco más o menos amplio dentro del que la decisión ha de recaer”, lo que viene a significar que “aun cuando se respete la ley, ésta deja siempre un margen decisorio, por la necesidad de que sea interpretada, por la existencia de lagunas, por la selección y calificación de los hechos que se enjuician, etc.”: García Amado, Juan Antonio, “Del método jurídico a las teorías de la argumentación”, *ob. cit.*, p. 153.

³ Aulis Aarnio decía, en este sentido, que “los problemas centrales de la justificación están vinculados con la justificación externa. La cuestión de si el resultado

harán a continuación parten de ciertas premisas que, en general, suelen ser aceptadas (aunque, naturalmente, hay algunas y notables excepciones) y que, de uno u otro modo, tienen su origen en las aportaciones realizadas por las teorías de la argumentación jurídica. En primer lugar, se parte de lo que comúnmente se denomina la indeterminación del Derecho, la cual condiciona, por razones obvias, el proceso de toma de decisiones. En segundo lugar, se asume la posibilidad de que puedan existir simultáneamente varias decisiones correctas y, por tanto, justificables jurídicamente. Y, por último, se presupone que en el proceso de interpretación y aplicación están presentes ciertos elementos de muy diversa naturaleza que pueden condicionar, al menos en algún sentido, el fallo final.

2. LA INDETERMINACIÓN DEL DERECHO

Probablemente, la indeterminación del Derecho no es un fenómeno que solamente se produzca en nuestros días, sino que ha existido siempre y por eso puede decirse que todos los Derechos —ayer, hoy y mañana— han sido, son y serán parcialmente indeterminados. De todos modos, es cierto que esta característica ha cobrado una mayor relevancia en la estructura y contenido de los Derechos de los Estados constitucionales de la actualidad porque los textos constitucionales no sólo son abiertos y flexibles, sino que vienen a consagrar una especie de compromiso entre ideologías diferentes. Este compromiso —sin ninguna duda, positivo y conci-

de la interpretación se sigue o no lógicamente, es decir, internamente, sobre la base de algunas premisas materiales y algunas reglas de inferencia y valores es, en sí misma, trivial. Siempre es posible construir *ex post* este trasfondo de premisas, reglas y valores. Pero, la dificultad que divide a los intérpretes en diferentes campos está vinculada, por una parte, con la elección y el contenido de las premisas y, por otra, con la manera cómo se eligen los principios adecuados de inferencia o los valores básicos. El problema del discurso jurídico se concentra pues en la justificación externa”: Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable*, trad. de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 167-168.

liador— se traduce, a menudo, en la formulación de principios, reglas y valores que pueden ser incompatibles entre sí, lo cual puede producir algunos desajustes, por lo que se refiere al proceso de interpretación y aplicación de normas. La mayoría de los autores coincide a la hora de afirmar que los valores y principios reconocidos en las Constituciones no tienen un carácter absoluto y, además, pueden ser contradictorios. En este sentido se ha dicho que “las Constituciones de nuestros días no son documentos axiológicamente homogéneos y unitarios sino que su contenido es plural y está formado por criterios de valor tendencialmente contradictorios”⁴.

El reconocimiento expreso del pluralismo de valores en los textos constitucionales ha producido dos efectos simultáneos que se proyectan sobre la legislación, por un lado, y sobre la actividad judicial, por otro. En el primer caso, la elaboración de las leyes permite amplios márgenes de discrecionalidad al poder legislativo en relación con su contenido. Esto es algo que ya fue apuntado por Kelsen cuando afirmaba que, partiendo de la Constitución, no se puede obtener la única ley correcta, es decir, que respetando el marco constitucional siempre es posible la existencia de un Derecho legislativo que puede tener muchos contenidos. Al respecto, decía Zagrebelsky que: “las sociedades dotadas en su conjunto de un cierto grado de relativismo, asignan a la Constitución, no la tarea de establecer directamente un proyecto determinado de vida en común, sino la de realizar las condiciones de posibilidad de la misma.

⁴ Prieto Sanchís, Luis, *Ley, principios, derechos*, Cuadernos Bartolomé de Las Casas, Dykinson, Madrid, 1998, p. 61. Gustavo Zagrebelsky ha representado el Derecho de los Estados constitucionales a través de la imagen de la ductilidad: “la coexistencia de valores y principios, sobre la que hoy debe basarse una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de esos valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir. Solamente asume carácter absoluto el meta-valor que se expresa en el doble imperativo del pluralismo de los valores (en lo tocante al aspecto sustancial) y la lealtad en su enfrentamiento (en lo referente al aspecto procedimental)”: Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, trad. de M. Gascón, Trotta, Madrid, 1995, p. 14.

Desde la Constitución como plataforma de partida que representa la garantía de legitimidad para cada uno de los sectores sociales, puede comenzar la competición por imprimir al Estado una orientación de uno u otro signo, en el ámbito de las posibilidades ofrecidas por el compromiso constitucional⁵. A ello habría que añadir que en muchas ocasiones las normas son redactadas de un modo intencionadamente vago y ambiguo porque son el resultado de un proceso de negociación que trata de encontrar un cierto consenso entre ideologías diferentes⁶.

Por lo que se refiere a la actividad judicial, la indeterminación del Derecho ha dotado a los jueces de un mayor protagonismo que ha implicado un aumento de su poder —al menos *de facto*—, colocándolos en una posición de mayor libertad frente a la ley⁷. Tal libertad se traduce, con frecuencia, en el desempeño de una función mucho más activa que puede implicar una auténtica creación del Derecho. Hay bastantes autores que consideran que en los Estados constitucionales, el modelo de juez ha cambiado de una manera sustancial, de modo que, “de hecho, ya no se trata del juez que se considera un aplicador pasivo de normas que son producidas por el legislador como exclusivo titular del poder de decidir elecciones

⁵ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil, ob. cit.*, p. 13.

⁶ Por eso, a veces, la existencia de conflictos no se plantea tanto entre normas sino, más bien, entre ideologías enfrentadas. Ángeles Ródenas decía al respecto que “la vaguedad debida a imprecisiones valorativas puede revelar un conflicto entre planteamientos incompatibles en relación a los valores y fines que el Derecho incorpora” y, en consecuencia, tales imprecisiones “presuponen un conflicto entre concepciones de carácter político y moral y no necesariamente entre las normas del sistema”: Ródenas, Ángeles, “En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de las normas”, *Doxa*, 24 (2001), p. 69.

⁷ Por consiguiente, podría decirse que “la ley no es sólo la obra del legislador ni permanece invariable sino que desde el primer momento se lanzan sobre ella los otros poderes —el ejecutivo y el judicial— y la desfiguran, a veces tan sustancialmente que la hacen irreconocible”: Nieto, Alejandro, *El arbitrio judicial*, Ariel, Barcelona, 2000, p. 104.

políticas, sino del juez intérprete⁸. Con ello no quiere decirse que el principio de vinculación de los jueces a la ley haya desaparecido⁹. Mis palabras no deben ser entendidas en el sentido de la defensa del llamado activismo judicial. Lo único que quiero subrayar es que los jueces, aunque estén sometidos al imperio de la ley, pueden moldear su sentido y alcance a través de la actividad interpretativa y ello no supone, en ningún caso, un incumplimiento de sus funciones básicas; antes al contrario, refleja fielmente la realización de una de sus obligaciones fundamentales. Por tanto, si el Derecho es indeterminado, a los jueces les corresponde fijar definitivamente su sentido y terminar con la vaguedad que afecta a su contenido¹⁰.

Por otra parte, no se puede olvidar que en todos los sistemas jurídicos está presente una indeterminación lingüística, que resulta inevitable, y cuyo efecto fundamental consiste en dificultar el reconocimiento de lo que el Derecho manda para situaciones determinadas. Recordemos la textura abierta del Derecho de la que hablaba Hart. Los sistemas jurídicos se expresan a través de un lenguaje que establece dos zonas claramente diferenciadas: por una parte, se crea

⁸ Taruffo, Michele, “Jueces y política: de la subordinación a la dialéctica”, trad. de P. Salazar, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 22 (2005), México, p. 13.

⁹ Aunque ciertamente sí se ha relajado, por utilizar la conocida expresión de Karl Engisch. Para este autor, las leyes “están estructuradas de tal manera en todas las ramas del Derecho, que el juez y los funcionarios de la Administración no pueden encontrar y fundamentar sus decisiones mediante subsunción en conceptos jurídicos fijos cuyo contenido pueda ser descubierto a través de la interpretación, sino que están llamados a formular valoraciones independientemente, y de esta manera, a decidir o actuar como si fueran legisladores” y, en consecuencia, se ha producido “el relajamiento de la vinculación de los tribunales y de las autoridades administrativas a la ley”: Engisch, Karl, *Introducción al pensamiento jurídico*, trad. de E. Garzón Valdés y presentación de L. García San Miguel, Guadarrama, Madrid, 1967, p. 139.

¹⁰ Se ha dicho con razón que “un sistema jurídico sin normas vagas es imposible. La razón es que cualquier sistema jurídico necesita regular una *variedad* de actividades humanas de una manera general”: Endicott, Timothy, *Palabras y reglas. Ensayos en filosofía del derecho*, trad. de P. Navarro, Fontamara, México, 2001, p. 78.

un núcleo de certeza que posibilita la utilización de las reglas para aplicarlas a los casos concretos y, por otra, existen determinadas zonas de penumbra en las que el intérprete debe tomar posición y decidir si incluye o no un caso con características singulares dentro del ámbito de aplicación de la regla¹¹. Por tanto, no todo es indeterminado en el Derecho; de modo que, aunque existan zonas de penumbra, las normas del sistema constituyen habitualmente el fundamento de la mayoría de las decisiones. Sin embargo, ello no debe impedir que se reconozca que los jueces gozan siempre de una cierta libertad de acción que se traduce, en la práctica, en la necesidad de elección entre diferentes alternativas jurídicamente posibles. En consecuencia, creo que habría que asumir como punto de partida la imperfección de los ordenamientos jurídicos, en el sentido de que no pueden ofrecer una *única* solución en relación con todos los casos particulares que puedan presentarse.

Para concluir con este tema es necesario hacer referencia a otros supuestos en los que la indeterminación se produce como consecuencia de los fallos, defectos o insuficiencias de los propios ordenamientos jurídicos. Tales fallos se manifiestan a través de la existencia de las lagunas y las antinomias que inevitablemente se producen, entre otras razones, por la creciente complejidad de los ordenamientos jurídicos y la diversidad de órganos productores del Derecho. Es cierto que tanto en el caso de las lagunas como de las antinomias, el propio sistema habilita determinados medios y reglas de preferencia para que los jueces busquen una solución. Pero

¹¹ “La textura abierta del Derecho significa que hay, por cierto áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales, o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso a caso” y, por eso, “el ámbito de discrecionalidad que le deja el lenguaje puede ser muy amplio; de modo que si bien la conclusión puede no ser arbitraria o irracional, es, en realidad, una elección. El intérprete elige añadir un caso nuevo a una línea de casos por virtud de semejanzas que pueden ser razonablemente defendidas como jurídicamente relevantes”: Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, 2ª ed., trad. de G.R. Carrió, Editora Nacional, México, 1980, pp. 168-169.

también lo es que esa solución no está predeterminada de un modo absoluto por las normas del sistema. Todo lo cual significa que el margen de libertad del que disponen los jueces es bastante considerable y que, en definitiva, la solución incorpora necesariamente una elección entre diferentes alternativas. En estos casos parece que el papel creador que desempeñan los jueces es bastante evidente¹².

Todo lo que se ha dicho hasta ahora permite llegar a la conclusión de que la indeterminación del Derecho, en el sentido que se ha indicado, coloca a los jueces en una posición diferente. Aunque en los sistemas de Derecho continental se puede seguir afirmando que los jueces están sometidos al imperio de la ley, lo cierto es que la posibilidad —tantas veces constatada en la práctica judicial ordinaria— de llegar a decisiones diversas, invita a pensar que la ley como tal es insuficiente para guiar la actividad judicial. Expresado en otros términos: el sentido y alcance último de las leyes queda fijado, en algún sentido, cuando los jueces pronuncian fallos, lo cual es especialmente cierto en los llamados casos difíciles¹³.

¹² Si se reconoce que los jueces pueden crear Derecho en determinadas ocasiones parece que la seguridad jurídica puede verse afectada. Sobre el asunto de la creación judicial del Derecho y las posibles técnicas para su control y limitación puede verse un trabajo reciente de Orozco Muñoz, Martín, *La creación judicial del derecho y el precedente vinculante*, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2011.

¹³ Ello es una consecuencia de la imperfección y complejidad de los sistemas jurídicos actuales, que se manifiesta en la imposibilidad de obtener la única solución respecto de todos los casos posibles. Victoria Iturralde resumía acertadamente los problemas fundamentales que surgen en la aplicación del Derecho y que “pueden reducirse a: a) la vaguedad y ambigüedad del lenguaje legal, b) la posibilidad de contradicciones, c) la eventualidad de lagunas, d) la discrepancia en cuanto a lo que deben considerarse hechos probados y e) la indeterminación legal de la consecuencia jurídica”: Iturralde Sesma, Victoria, *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 252. En relación con los llamados casos difíciles es posible distinguir una gran variedad de supuestos; siguiendo a Marisa Iglesias Vila podría decirse que hay, por lo menos cinco supuestos diferentes: 1) casos normativamente difíciles cuando hay lagunas, antinomias y situaciones de indeterminación semántica; 2) casos epistémicamente difíciles cuando, aunque reciben una respuesta del

3. LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO

Desde hace mucho tiempo se viene defendiendo la idea de que la interpretación jurídica es una actividad que siempre tiene lugar en el proceso de aplicación del Derecho. Es verdad que esta operación puede ser más o menos compleja, dependiendo de una serie de circunstancias que afectan a la estructura, contenido y redacción de las normas. Pero, con independencia de la dificultad —mayor o menor, según los casos—, se reconoce que la adopción de una decisión judicial precisa la realización de una serie de actos interpretativos que se proyectan sobre el significado, sentido y alcance de las disposiciones. Lo verdaderamente importante en el ámbito de la interpretación judicial es que se trata de un tipo de interpretación, cuya finalidad fundamental es la de tomar decisiones. Esta circunstancia marca una diferencia importante respecto de la actividad interpretativa que realizan otros operadores jurídicos, porque se presupone que aquél que decide tiene que elegir entre diferentes opciones interpretativas. Riccardo Guastini afirmaba con razón que el centro neurálgico de toda la actividad judicial se encuentra en la decisión: “los jueces, por ejemplo, debiendo decidir controversias, no pueden limitarse a describir los posibles significados de una determinada expresión legislativa: deben, en cualquier caso, escoger uno de ellos, de forma preferente sobre los demás. E incluso si la expresión en cuestión es unívoca (tiene un único significado determinado), tampoco pueden contentarse con describirlo, deben usarlo para calificar el supuesto de hecho que les es presentado”¹⁴.

Derecho, requieren un esfuerzo intelectual para identificarla; 3) casos pragmáticamente difíciles cuando su resolución está rodeada de circunstancias coyunturales (política, opinión pública, conflictos sociales); 4) casos fácticamente difíciles, cuando se trata de determinar si ciertos hechos se han producido o no; y 5) casos moralmente difíciles cuando la respuesta del Derecho implica resultados injustos. Vid. Iglesias Vila, Marisa, *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, pp. 108-109.

¹⁴ Guastini, Riccardo, *Distinguiendo: estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. de J. Ferrer, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 204. En un sentido parecido, Gio-

Para realizar esta labor, los jueces cuentan con una serie de criterios que pueden utilizarse para la interpretación de las normas. A primera vista, pudiera parecer que los criterios interpretativos constituyen una limitación a la actividad judicial, en el sentido de que marcan el camino de las posibilidades interpretativas. Esto es verdad, pero sólo hasta cierto punto. En efecto, todos los sistemas jurídicos establecen los diferentes criterios posibles para la interpretación; pero ocurre que esos criterios son, en muchas ocasiones, contradictorios, sin que exista ninguna regla de preferencia respecto de su utilización. Esto significa que, en principio, los jueces pueden utilizar cualquiera de los criterios reconocidos¹⁵ y, naturalmente, la elección de uno u otro puede conducir a resultados diferentes y, a veces, incluso, contradictorios. De ahí que pueda afirmarse que los llamados criterios interpretativos no representan un auténtico límite a la actividad judicial, sino que, más bien, contribuyen a aumentar la discrecionalidad, posibilitando la justificación del contenido de la mayoría de las decisiones judiciales. Desde este punto de vista, parece que primero se construye la decisión y, después, se buscan los criterios interpretativos que puedan servir para justificarla. Kantorowicz lo decía hace muchos años, destacando el papel que juega la voluntad (y no tanto, la razón) en la actividad judicial: “la interpretación extensiva o analógica en un caso, y la literal o restrictiva en otro, no se encuentra en la ley ni en la lógica... No aceptamos una construcción con todas sus consecuencias por ser la menos forzada, la más lógica, la más natural, la mejor, sino que, al

vanni Tarello se refería a las distintas funciones que desempeña la actividad interpretativa en función del sujeto que la realice. Así, el jurista teórico *constata o determina* los posibles significados de una norma; los abogados y fiscales *proponen* que a una norma se le atribuya un cierto significado, mientras que los jueces *deciden* atribuir a la norma un determinado significado. Vid. Tarello, Giovanni, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 61 y ss.

¹⁵ La única excepción la encontramos en la prohibición de la utilización de la analogía en el ámbito del Derecho penal.

contrario, una construcción nos parece la más adecuada si sus consecuencias pueden ser las queridas por nosotros”¹⁶.

Por otra parte, no se puede olvidar que los criterios interpretativos adolecen también de una cierta indeterminación, ya que carecen de unos perfiles precisos. Es cierto que existe un acuerdo mínimo respecto de su significado y de las funciones que cumplen; pero cuando son empleados, el resultado de la interpretación depende en buena medida de ciertas percepciones de los jueces que no son necesariamente idénticas. Pensemos, por ejemplo, en el significado de algunos de estos criterios. Cuando se utiliza el criterio literal, lo que hay que descubrir es el significado de las palabras y las expresiones contenidas en las normas. Pero, parece obvio que las palabras —o, al menos, no todas—, no tienen un significado único, lo cual quiere decir que si hay varios significados posibles, lo decisivo será la elección que realice el intérprete. Algo parecido podría decirse respecto de otros criterios: el apagógico rechaza resultados absurdos; el teleológico atiende a la finalidad de la norma; el analógico extiende la aplicación de la norma a un supuesto de hecho similar no regulado, etc. Parece que está clara cuál es la finalidad de cada uno de estos criterios, pero las discrepancias surgen a la hora de determinar cuál es la verdadera finalidad de la norma, cuándo un resultado es absurdo o cuándo se produce identidad de razón entre el caso regulado por la norma y el nuevo supuesto.

En definitiva, y en relación con los criterios interpretativos, a lo más que se puede llegar es a la formulación de definiciones tan genéricas que verdaderamente no dicen nada acerca de las operaciones interpretativas. Por otro lado, al intérprete se le ofrecen todos estos criterios o métodos interpretativos como instrumentos de justificación, pero nada se le dice acerca de cuándo debe utilizar uno u otro. Ello propicia el aumento de la discrecionalidad judicial,

¹⁶ Kantoriwicz, Hermann, “Der Kampf um die Rechtswissenschaft”, en *Rechtswissenschaft und Soziologie*, pról. de Th. Würtenberger, C. F. Müller, Karlsruhe, 1962, p. 24.

posibilitando la justificación jurídica de un número considerable de decisiones con contenidos no coincidentes. No debe verse en ello una extralimitación de competencias, ya que es el propio sistema el que reconoce, ampara y posibilita la libertad de criterio de los jueces. Como decía Ross, los criterios interpretativos presentan siempre las mismas características aunque puedan variar de un país a otro: “son conjuntos sistemáticos de frases atractivas (a menudo acuñadas en forma de proverbios) y de significado impreciso que pueden fácilmente ser manejadas de manera tal que conduzcan a resultados contradictorios. Dado que no existen criterios objetivos que indiquen cuándo debe aplicarse una máxima y cuándo otra, ellas ofrecen una gran amplitud para que el juez llegue al resultado que considera deseable”¹⁷. En mi opinión, debe asumirse que la discrecionalidad judicial imposibilita el hallazgo de una decisión única. Esto no significa que la actividad judicial no se desarrolle con pretensiones de corrección respecto del contenido del fallo, pero ocurre que tal pretensión de corrección no se realiza en la práctica de la misma manera por todos los jueces.

Resumiendo lo que se ha dicho hasta ahora, puede afirmarse que la libertad interpretativa de la que gozan los jueces es considerable. No hay que olvidar que su actividad interpretativa suele ser respetada como consecuencia del principio de la independencia judicial, salvo casos muy excepcionales¹⁸. Naturalmente, siempre se puede

¹⁷ Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, 4ª ed., trad. de G.R. Carrió, Eudeba, Buenos Aires, 1977, p. 148. En un sentido parecido se ha dicho que los criterios interpretativos “son siempre polivalentes y la única función que cumplen es posibilitar al juez la solución del caso que previamente ha decidido”: Ezquiaga Ganuzas, Francisco J., “Los juicios de valor en la decisión judicial”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1984, p. 50.

¹⁸ En el sistema español, la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 12, prohíbe expresamente que los Tribunales corrijan la interpretación hecha por sus inferiores, así como que los jueces puedan recibir instrucciones sobre cómo interpretar el ordenamiento jurídico. Nuestro Tribunal Supremo ha declarado en numerosas ocasiones que hay que respetar la interpretación realizada por los jueces: “la interpretación de los preceptos, al igual que la de los contratos, es función de la sala sentenciadora, cuyas conclusiones deben ser respetadas en

modificar una determinada interpretación como consecuencia de los recursos, pero, en principio, los jueces tienen autonomía y libertad respecto de la actividad interpretativa. Esto no significa que no haya ningún tipo de limitación; por ejemplo, la interpretación que realizan ciertos órganos jurisdiccionales —los tribunales de última instancia— tiene carácter vinculante de manera que el resto de los jueces y tribunales no pueden apartarse de esta interpretación autorizada y, si lo hacen, sus decisiones pueden ser objeto de impugnación. En este sentido, no podría afirmarse que todo es discutido en el ámbito de la interpretación judicial. De modo que la existencia de eso que se conoce con el nombre de jurisprudencia reiterada, garantiza que para ciertos asuntos, y en relación con la interpretación de ciertas normas, se produce una certeza absoluta que determina la actividad de todos los jueces.

Ahora bien, esta tarea que realizan los tribunales de última instancia respecto de la fijación del sentido de ciertas normas o enunciados jurídicos tiene un alcance limitado porque afecta a una parte muy pequeña del ordenamiento jurídico, y ello es así porque los asuntos respecto de los cuales se pronuncian las últimas instancias judiciales son relativamente pocos, si los comparamos con los cientos y cientos de sentencias que se dictan a diario. Por otra parte, también debemos fijarnos en un hecho bastante evidente que puede constatarse en la práctica judicial: hay un número importantísimo de sentencias que nunca son recurridas y que, por tanto, se convierten en firmes sin que ya puedan modificarse. Esto quiere decir que pueden coexistir interpretaciones diferentes sobre los mismos asuntos. Adviértase que no se trata de una anomalía sino, más bien, del funcionamiento normal de la administración de justicia. De hecho, nuestros más altos tribunales reconocen que la existencia de interpretaciones diferentes no es motivo suficiente para la revisión de una sentencia y, además, tampoco puede alegarse la vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley cuando órganos

casación a no ser que pueda ser calificada de ilógica o contraria a la ley” (STS nº 637/1997 de 3 de julio).

diferentes resuelven de manera distinta asuntos, en los que hay interpretaciones que no son coincidentes¹⁹.

Vistas así las cosas, parece que las posibilidades interpretativas con que cuentan los órganos judiciales son prácticamente ilimitadas y que, por tanto, pueden conducir a cualquier tipo de resultado. No quisiera, sin embargo, que de lo dicho hasta ahora pudiera obtenerse semejante conclusión. Hemos visto que existen algunas limitaciones impuestas vía autoridad a través de la jurisprudencia reiterada de ciertos órganos. Pero, además, es indudablemente cierto que toda la actividad judicial está sometida a ciertos controles que impedirían la obtención de interpretaciones extravagantes o claramente contrarias a Derecho. Es cierto que los jueces tienen libertad de elección y también lo es que pueden utilizar todo el arsenal de criterios interpretativos reconocidos²⁰. Pero, en todo caso, tienen la obligación de justificar su actuación y aquí es donde hace acto de presencia la argumentación. Los jueces pueden elegir, pero tienen que justificar por qué prefieren una determinada alternativa interpretativa, y por qué desechan otra que, a lo mejor, conduce a un resultado diferente. Precisamente, la argumentación realizada por

¹⁹ En el sistema español puede decirse que se da preferencia a la independencia judicial frente a la uniformidad en la aplicación del Derecho. En este sentido se ha dicho que “confiar la uniformidad en la aplicación del Derecho al juego de la jurisprudencia es como garantizar nada o muy poco, y no sólo por la flexibilidad o falta de rigidez de su vinculación, sino también porque el sistema de recursos que permitiría la anhelada unificación doctrinal no comprende a todas las resoluciones jurisdiccionales. En suma, la pretendida colisión entre igualdad (en el sentido de uniformidad) e independencia judicial se resuelve a favor de esta última”: Gascón Abellán, Marina, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 80.

²⁰ E incluso pueden apartarse de sus propios precedentes interpretativos. Esta posibilidad ha sido reconocida expresamente por el Tribunal Constitucional al admitir que “los órganos judiciales pueden modificar sus propios precedentes, siempre que lo hagan en términos que permitan apreciar que el nuevo criterio interpretativo ha sido adoptado como solución genérica dotada de vocación para ser aplicada en casos futuros y no como cambio inadvertido por el órgano judicial o que sea fruto de voluntarismo selectivo frente a supuestos anteriores resueltos de modo diverso”, STC 201/1991 de 28 de octubre.

los jueces es la que puede ser objeto de fiscalización por parte de los afectados, por un lado, y de los tribunales de apelación, por otro.

Desde esta perspectiva, la argumentación desplegada por los tribunales pretende justificar que la solución obtenida es la mejor o la más correcta entre todas las posibles. En cualquier caso, los jueces saben que sus argumentos pueden ser cuestionados y, eventualmente, corregidos. Esto quiere decir que, en general, intentan que su argumentación resulte convincente y, en consecuencia, inatacable. Con ello no sólo cumplen con el contenido de sus obligaciones básicas, sino que, también, tratan de preservar su prestigio profesional. En conclusión, todo el proceso argumentativo que se desarrolla en la interpretación de las normas tiene sentido porque da a conocer a todas las partes las razones de fondo de la decisión adoptada. Parece que el principio de autoridad no es suficiente en la actividad judicial y, por ello, lo que los ordenamientos jurídicos exigen es que los jueces desarrollen todo un entramado de razones capaz de convencer a los destinatarios de las decisiones²¹.

4. LAS CUESTIONES RELATIVAS A HECHOS

Hasta ahora hemos visto que la argumentación constituye un elemento esencial en la interpretación de las normas. Pero no cabe

²¹ La mayoría de la doctrina ha destacado la importancia del empleo de razones en la argumentación judicial. Se presume que para justificar las decisiones no basta ni la legalidad formal del fallo ni la apelación a la autoridad del que lo pronuncia. Por ejemplo, se ha dicho que “la decisión judicial ha evolucionado claramente desde la autoridad del que toma la decisión a la importancia de la decisión razonada”: Bergholtz, Gunnar “*Ratio et auctoritas*: Algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas”, trad. de J. Aguiló Regla, *Doxa*, 8 (1990), p. 75. En sentido parecido, decía Aarnio que: “el decisor no puede apoyarse en una mera autoridad formal. En una sociedad moderna, la gente exige no sólo decisiones dotadas de autoridad sino que pide razones. Esto vale también para la administración de justicia. La responsabilidad del juez se ha convertido cada vez más en la responsabilidad de justificar sus decisiones”: *Lo racional como razonable*, *ob. cit.*, p. 29.

duda que también lo es en la determinación de los hechos²², aunque es cierto que las teorías de la argumentación jurídica han prestado una escasa atención a este asunto. Sea como fuere, una de las finalidades fundamentales de cualquier proceso judicial consiste en conocer y valorar hechos, y parece que el proceso de constatación de hechos va acompañado de razonamientos que tratan de demostrar la veracidad de un determinado relato fáctico. En este caso también estamos en presencia de una actividad decisoria: los jueces tienen que decidir cómo sucedieron los hechos, y para ello cuentan con una serie de medios (los medios de prueba) cuyo objetivo es facilitar información suficiente al juzgador para llegar al descubrimiento de la verdad (al menos de la verdad jurídica)²³. En cualquier caso, todo este proceso está condicionado por una serie de elementos que colocan a los jueces en una posición en la que necesariamente —al igual que ocurría con la interpretación de las normas— tienen que elegir. La elección es necesaria porque una de las características típicas de los procesos judiciales es su naturaleza contradictoria, de modo que los jueces, a lo largo del proceso, reciben muchas informaciones que no son coincidentes entre sí. De todas estas informaciones debe seleccionar aquéllas que le parecen más convincentes o más probables y, en consecuencia, debe elegir una determinada versión de los hechos. Hay que presumir que los jueces tienen la pretensión de actuar correctamente y, por tanto, con la intención de averiguar la verdad. Sin embargo, su labor la realizan siempre a

²² En este sentido se ha dicho que “la interpretación es siempre una operación total. No es posible llevar a cabo una tajante escisión entre los hechos y el Derecho, pues el Derecho está predeterminado por la valoración que a los hechos se les dé y debe además adaptarse a ellos. No es posible, por esta razón, situar la interpretación sólo en el campo de lo normativo”: Díez Picazo, Luis, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, 3ª ed., Ariel, Barcelona, 1993, p. 241.

²³ Probablemente hay ocasiones en que el hallazgo de la verdad resulta muy difícil, pero, en todo caso, los jueces tienen la obligación de intentarlo. En este sentido se ha dicho con razón que “la verdad cierta, objetiva o absoluta representa siempre la expresión de un ideal inalcanzable”: Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez y otros, 5ª ed. Trotta, Madrid, 2001, p. 50.

través de medios indirectos —los medios de prueba— que proporcionan una información a menudo contradictoria, lo cual significa que el juez tiene que elegir cuál de entre todas las versiones es la que más se aproxima a la realidad.

Por otra parte, no se puede olvidar que en el sistema jurídico español, como en muchos otros, rige el principio de libre apreciación de la prueba. De manera que ninguno de los medios de convicción tiene carácter absoluto. A los jueces les corresponde valorar todas y cada una de las pruebas practicadas y, en razón de las mismas, deben realizar una construcción de los llamados hechos probados. Esto quiere decir que no hay *hechos brutos*, sino hechos contruidos a partir de convicciones, intuiciones y percepciones que no siempre son las mismas en todos los sujetos²⁴. Esto viene a significar que la visión que cada juez tiene de los hechos puede ser potencialmente diferente, lo cual es especialmente cierto en el caso de los órganos colegiados. Pensemos en lo que ocurre con la formulación de los llamados votos particulares. En estos casos, la existencia de un voto particular pone de manifiesto que los miembros de un tribunal pueden discrepar en la apreciación de los hechos a pesar de que han recibido exactamente las mismas informaciones. Lo que en todo caso sí es exigible es que se expongan las razones por las que se considera que un determinado hecho ha sido probado, es decir, que los jueces deben desplegar un proceso argumentativo dirigido a convencer a todos los que intervienen en el proceso. Cuando sostienen que un determinado enunciado fáctico es verdadero o probable tienen que

²⁴ La mayoría de la doctrina coincide a la hora de afirmar hay muchos hechos que, en el marco de la actividad judicial, no tienen una naturaleza objetiva y que, por tanto, los hechos no se imponen al juez sino que éste los reconstruye y moldea siguiendo ciertas pautas normativas. De ahí que pueda afirmarse que “el juez no es, como se nos pretende hacer creer, un mero receptor de información, es algo más que un espectador en la apreciación de los hechos. El hecho real tiene poco que ver con el hecho jurídicamente relevante, y el mayor artífice de este desfase es el propio juez, junto con las partes y los métodos procesales referentes a la prueba”: Ezquiaga Ganuzas, Francisco J., “Los juicios de valor en la decisión judicial”, *ob. cit.*, p. 35.

exponer las razones que justifican su afirmación, de modo que tales razones puedan ser también cuestionadas por las partes.

Si dirigimos la atención a la praxis judicial ordinaria y leemos el contenido de cualquier sentencia, puede observarse que, con carácter general, la narración fáctica no sólo da cuenta de ciertos sucesos, sino que compara las distintas versiones presentadas, mostrando las *razones* por las que se considera que una determinada versión es preferible a las demás. Desde un punto de vista formal no se plantean problemas especiales, pero desde la perspectiva material volvemos a encontrar-nos nuevamente con la indeterminación del Derecho, ya que las reglas procesales relativas a la prueba conceden amplios márgenes de actuación a los jueces. Acabo de decir que es usual que la justificación de los enunciados fácticos aparezca en la sentencia. Sin embargo, como los jueces tienen libertad respecto de la apreciación de la prueba, a ellos les corresponde en última instancia la determinación de los hechos. Es cierto que a lo largo del proceso todas las partes realizan argumentaciones y se produce una auténtica discusión acerca de los hechos; pero, en cualquier caso, la última palabra la tiene el juez. Esto significa que lo que suele consagrarse en todos los sistemas jurídicos es el principio de autoridad frente al principio de las mejores razones. En el sistema español, el criterio definitivo en la valoración de la prueba depende exclusivamente de la *íntima convicción* del juez²⁵, lo cual introduce factores subjetivos que hacen difícil conocer las verdaderas razones del fallo. En este sentido se ha dicho que “la valoración libre de la prueba suele entenderse como una decisión personal, íntima y singular de cada juez que, además y por ello mismo, resulta incomunicable. El juez tiene aquí que rendir cuentas a su conciencia... Circunstancias que dificultan —cuando no imposibilitan— el control y, en definitiva, abren puertas a la arbitrariedad”²⁶.

²⁵ Nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone en su artículo 741 que “el Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley”.

²⁶ Nieto, Alejandro, *El arbitrio judicial*, *ob. cit.*, p. 238. En parecidos términos se expresa Marina Gascón Abellán, cuando dice que la inmediación de la prueba expone al juez “a una serie de factores emocionales o irracionales sobre los que

En conclusión, puede decirse que la justificación de los enunciados fácticos facilita información a las partes y, formalmente, es el resultado de un proceso argumentativo. Sin embargo, si nos fijamos en la posición de aquéllas, no parece que una decisión que desestime sus pretensiones pueda resultar realmente convincente, por más que contenga razones justificatorias. Aarnio consideraba que “la decisión puede ser totalmente comprensible sólo sobre la base de razones justificatorias y —lo que es más importante— también la parte perdedora aceptará el resultado si la decisión está basada en razones adecuadas”²⁷, pero no creo que esas razones adecuadas generen tranquilidad al que pierde el pleito.

5. LA EXIGENCIA DE JUSTIFICACIÓN

El proceso de aplicación del Derecho en los Estados democráticos modernos se caracteriza por la necesidad de que las decisiones que toman los jueces estén motivadas. La exigencia de motivación constituye en este sentido un triunfo sobre el principio de autoridad. Se dice que la autoridad (institucional) del órgano que toma la decisión no es suficiente y, por eso, se exige que se expliciten las razones de hecho y de Derecho sobre las que se fundamenta el fallo. En sentido contrario, la ausencia de motivación implica la existencia de una decisión ilegal, como en reiteradas ocasiones ha declarado nuestro Tribunal Constitucional: “una sentencia que en nada explique la solución que proporciona a las cuestiones planteadas, sin que puedan inferirse tampoco cuáles sean las razones próximas o remotas que justifican aquélla, es una resolución judicial que no sólo viola la ley, sino que vulnera también el derecho a la tutela

va a poder fundar su *íntima convicción*, que no es por ello mismo susceptible de ser expresada y mucho menos controlada”: Gascón Abellán, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 197-198.

²⁷ Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable*, ob. cit., p. 29.

judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 de la Constitución”²⁸. Por tanto, puede decirse que la obligación de motivación cumple funciones relevantes. Al principio del trabajo se decía que los Derechos actuales se caracterizan por su indeterminación y que esa indeterminación había provocado el aumento del poder discrecional de los jueces. Pues bien, para que esa discrecionalidad judicial no se convierta en arbitrariedad, se impone a los jueces la obligación de justificar sus decisiones.

Por lo que se refiere a las funciones de la exigencia de motivación, podríamos destacar las siguientes: en primer lugar, constituye una garantía para los destinatarios de la administración de justicia en el sentido de que posibilita el conocimiento de las razones que determinan el contenido del fallo. En segundo lugar, representa un instrumento eficaz de defensa, pues la existencia de motivación permite la discusión y la eventual impugnación de los argumentos empleados. Y, por último, constituye un elemento de control de la actividad judicial en el sentido de que permite fiscalizar —al menos formalmente— todos y cada uno de los actos del juez²⁹. En general

²⁸ STC 116/1986 de 8 de octubre. Por otro lado, no basta cualquier tipo de motivación; en este sentido, el Tribunal Constitucional ha dicho que la exigencia constitucional de motivación “no puede entenderse cumplida como una fundamentación cualquiera del pronunciamiento judicial. Muy al contrario es precisa la fundamentación de Derecho; es decir, que en la propia resolución se evidencie de modo incuestionable que su razón de ser es una aplicación razonada de las normas que se consideran adecuadas al caso” (STC 22/1994 de 27 de enero). En la doctrina española, el asunto de la motivación ha sido objeto de un examen especial. Una información completa puede encontrarse en Rodríguez Boente, Sonia Esperanza, *La justificación de las decisiones judiciales. El artículo 120.3 de la Constitución española*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago, 2003; Igartua Salaverría, Juan, *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003; *id.*, *Discrecionalidad técnica, motivación y control de la actividad jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 1998; y Asís Roig, Rafael de, *El juez y la motivación en el derecho*, Dykinson-Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas, Madrid, 2005.

²⁹ Nuestro Tribunal Constitucional dice que la motivación cumple una doble función: “por una parte, da a conocer las reflexiones que conducen al fallo, como

puede decirse que la mayoría de las decisiones judiciales contiene una justificación suficiente que incluye la fundamentación normativa y fáctica. Hay que presumir que la competencia profesional de la judicatura le permite construir decisiones que respetan el marco legal establecido. Esto significa que la conducta judicial suele ser irreprochable desde un punto de vista formal, es decir, que los jueces saben perfectamente cómo se construyen técnicamente las sentencias³⁰.

A partir de aquí se plantean algunos problemas que afectan al propio sentido de la justificación, es decir, lo que habría que preguntarse es para qué sirve realmente. Y tal pregunta se formula en relación con el contenido de los fallos. Si partimos de la idea de que no hay una única respuesta jurídica correcta —al menos en determinados casos— y que, por tanto, es posible justificar jurídicamente decisiones con contenido diferente, parece que la idea misma de justificación se debilita. Aarnio lo expresaba acertadamente: “¿Qué sentido tiene la justificación en general si, en el mejor de los casos, sólo puede producir una serie de propuestas interpretativas, todas igualmente válidas? Estamos, pues, bordeando la idea de que la justificación da lugar a la arbitrariedad”³¹. Hay que tener en cuenta que

factor de racionalidad en el ejercicio del poder y a la vez facilita su control mediante los recursos que proceden. Actúa, en suma, para favorecer un más completo derecho de la defensa en juicio y como un elemento preventivo de la arbitrariedad” (STC 54/1997 de 17 de marzo).

³⁰ El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en numerosas ocasiones en relación con las condiciones que deben cumplir las sentencias para que una motivación se considere suficiente y ajustada a Derecho. Así, por ejemplo, ha dicho que la exigencia constitucional de motivación “se reduce a la expresión de las razones que permiten conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundadores de la decisión” (STC 43/1997 de 10 de marzo) y, en otra sentencia, afirmaba que “basta, a los efectos de su control constitucional, con que dicha motivación ponga de manifiesto que la decisión judicial adoptada responde a una concreta interpretación y aplicación del Derecho ajena a toda arbitrariedad y permita la eventual revisión jurisdiccional mediante los recursos legalmente establecidos” (STC 441/1990 de 26 de noviembre).

³¹ Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable*, ob. cit., p. 209.

la cuestión preocupa de una manera muy especial a los destinatarios de las resoluciones judiciales cuya pretensión fundamental es que sus demandas sean atendidas. Podría decirse que a los justiciables les importa poco que la decisión sea técnicamente impecable si no favorece sus pretensiones. Es cierto que todas las sentencias se fundamentan en las normas del sistema, y también lo es que se justifican adecuadamente, pero frente a dos decisiones divergentes, ¿cuál de ellas es preferible?, ¿cuál de ellas contiene las mejores razones? Creo que estas preguntas no pueden contestarse de una manera definitiva. Obviamente, la decisión que finalmente se impondrá en caso de discrepancia es la del órgano jerárquicamente superior, lo cual no significa que necesariamente sea la mejor o la más razonable³². Aquí entraríamos en el ámbito de las puras opiniones y no en el de la argumentación racional.

Naturalmente esta conclusión no quiere decir que la argumentación no cumpla un papel importante, pero, en última instancia, parece que las decisiones se imponen vía autoridad. Poco importa que una decisión se construya y se justifique a través de un proceso argumentativo consistente si la misma puede ser revisada y modificada por un tribunal superior. Los comentarios doctrinales sobre la jurisprudencia de los tribunales de última instancia son, en ocasiones, especialmente críticos, lo cual pone de manifiesto que, aunque estas sentencias desplieguen todos sus efectos, pueden no reflejar la mejor argumentación.

³² Rafael Hernández Marín dice con razón que “los jueces, aunque sean magistrados de un Tribunal Supremo o de un Tribunal Constitucional, pueden equivocarse al realizar su trabajo, al igual que cualquier otra persona. La docilidad y sumisión con que frecuentemente se comentan o acogen los pronunciamientos de los más altos tribunales, por el mero hecho de su procedencia no tiene ninguna razón de ser. Es indudable que una opinión del Tribunal Supremo o del Tribunal Constitucional tiene una gran importancia (jurídica, política o social), mientras que la opinión de un comentarista desconocido no tiene normalmente ninguna trascendencia; pero eso no significa que la primera sea más verdadera que la segunda”: Hernández Marín, Rafael, *Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 251-252.

Bibliografía

- AARNIO, Aulis, *Lo racional como razonable*, trad. de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- ASÍS ROIG, Rafael de, *El juez y la motivación en el derecho*, Dykinson-Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas, Madrid, 2005.
- ATIENZA, Manuel, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
 – *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006.
- BERGHOLTZ, Gunnar, “Ratio et auctoritas: Algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas”, *Doxa*, 8 (1990), pp. 75-85.
- CALVO GARCÍA, Manuel, *Fundamentos del método jurídico. Una revisión crítica*, Tecnos, Madrid, 1994.
- DÍEZ PICAZO, Luis, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, 3ª ed., Ariel, Barcelona, 1993.
- ENDICOTT, Timothy, *Palabras y reglas. Ensayos en filosofía del derecho*, trad. de P. Navarro, Fontamara, México, 2001.
- ENGISCH, Karl, *Introducción al pensamiento jurídico* trad. de E. Garzón Valdés y presentación de L. García San Miguel, Guadarrama, Madrid, 1967.
- EZQUIAGA GANUZAS, Francisco J., “Los juicios de valor en la decisión judicial”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1984, pp. 33-59.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés y otros, 5ª ed., Trotta, Madrid, 2001.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Del método jurídico a las teorías de la argumentación”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1986, pp. 151-186.
 – “La teoría de la argumentación jurídica: logros y carencias”, *Revista de Ciencias Sociales*, 45 (2000), pp. 103-129.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid, 1993.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *La argumentación en el derecho*, 2ª ed., Palestra, Lima, 2005.
- GUASTINI, Riccardo, *Distinguendo: estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. de J. Ferrer, Gedisa, Barcelona, 1999.
- HART, H.L.A., *El concepto de derecho*, 2ª ed. trad. de G.R. Carrió, Editora Nacional, México, 1980.
- HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, *Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- IGLESIAS VILA, Marisa, *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.
- IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Discrecionalidad técnica, motivación y control de la actividad jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 1998.

- *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.
- ITURRALDE, Victoria, *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- KANTOROWICZ, Hermann, “Der Kampf um die Rechtswissenschaft”, en *Rechtswissenschaft und Soziologie*, pról. de Th. Würtenberger, C. F. Müller, Karlsruhe, 1962.
- NEUMANN, Ulfid, *Juristische Argumentationslehre. Wissenschaftliche Buchgesellschaft*, Darmstadt, 1986.
- NIETO, Alejandro, *El arbitrio judicial*, Ariel, Barcelona, 2000.
- OROZCO MUÑOZ, Martín, *La creación judicial del derecho y el precedente vinculante*, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2011.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ley, principios, derechos*, Cuadernos Bartolomé de las Casas-Dykinson, Madrid, 1998.
- RÓDENAS, Ángeles, “En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y explicación judicial de normas”, *DOXA*, 24 (2001), pp. 63-83.
- RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza, *La justificación de las decisiones judiciales. El artículo 120.3 de la Constitución española*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2003.
- ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, 4ª ed., trad. de G.R. Carrió, Eudeba, Buenos Aires, 1977.
- TARELLO, Giovanni, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980.
- TARUFFO, Michele, “Jueces y política: de la subordinación a la dialéctica”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 22 (2005), pp. 9-18.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, trad. de M. Gascón Abellán, Trotta, Madrid, 1995.

Prueba directa y prueba indiciaria: debate acerca de su distinción*

Sonia Esperanza Rodríguez Boente

INTRODUCCIÓN

Parece que ya no se considera tan defendible entre la doctrina, sea penalista, procesalista o filosófico-jurídica, la distinción entre la prueba directa y la indirecta o indiciaria en el proceso penal. Con todo, se trata de un tema “circunstancialmente” tratado, nunca como objeto principal de la investigación, por lo que me parece oportuno adentrarme en él. Esa falta de tratamiento pormenorizado permite un mayor atrevimiento de la autora, indudable ventaja, lo cual propicia, en palabras de Igartua Salaverría, que “cualquiera (hasta yo mismo) se sienta confiado para entrar en este berenjena!”¹. Por otro lado, debo dejar constancia de que mi interés por este tema tiene su origen en una observación que a un trabajo mío, que se ha publicado recientemente en el Anuario de Filosofía del Derecho, hizo un evaluador anónimo. Vaya por delante, pues, mi agradecimiento público a quienquiera que fuese, por descubrirme mi error y sembrar la semilla del presente trabajo.

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación DER2010-19897-C02-02, financiado por el MICINN y FEDER, titulado “Razonamiento abductivo y argumentación judicial” dirigido por Pablo Raúl Bonorino Ramírez, que se integra en el Proyecto coordinado “Modelos de razonamiento, tipos de razonamiento y estructuras argumentativas en la decisión judicial”, coordinado por Juan Antonio García Amado.

¹ Igartua Salaverría, J., *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 185.

1. OBJETIVO DEL PROCESO Y DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA

Frente a ciertos sectores, por cierto minoritarios, que entienden que el proceso penal y la prueba que en el mismo se desarrollan tienen por objetivo la superación del conflicto entre las partes², parto de que ambos instrumentos deben orientarse a la averiguación de la verdad y a la emisión, merced a lo anterior, de una resolución judicial justa. Esto es, se trata de que el juez, a través de la actividad probatoria, se haga una idea sólida de lo que “en verdad” ha ocurrido en el pasado en relación con el hecho que tiene que enjuiciar. Pero, ¿qué tipo de verdad se utiliza en la fijación judicial de los hechos? En este sentido, es sabido que a lo largo de la historia han existido distintas teorías de la verdad como las pragmáticas, las pro-oracionales, las fenomenológicas, las hermenéuticas, las coherentistas, las intersubjetivas y las teorías de la verdad como correspondencia³.

² Llevada al extremo, esta idea conduce incluso a la defensa, proveniente de ciertos sectores doctrinales y políticos, de la sustitución del proceso por otros mecanismos de “resolución de conflictos”, como pueden ser la mediación o la conciliación. Si la resolución del conflicto es, efectivamente, el objetivo principal que persiguen dichos mecanismos, el proceso tiende a la tutela de derechos y bienes, considerados por el Estado dignos de protección; objetivo superior independiente de cualquier otro fin de oportunidad. Por ello, esa defensa desmedida de los medios alternativos “al proceso” y “en lugar del proceso”, supone un auténtico peligro para la tutela de los derechos de las personas y, en última instancia, para el Estado de Derecho. Ese peligro es denunciado por Taruffo, entre otros, en “Una alternativa a las alternativas: patrones para la solución de conflictos”, trad. de Carmen Casado Navarro, en Taruffo, M., Andrés Ibáñez, P. y Candau Pérez, A., *Consideraciones sobre la prueba judicial*, 2ª ed., Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010, pp. 97-128.

³ Vid. Nicolás, J. A., y Frápolli, Mª J. (eds.), *Teorías de la verdad en el siglo XX*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 11 y ss. Como representantes clásicos de las teorías pragmáticas de la verdad deben mencionarse a W. James y Ch. S. Peirce y actualmente nos encontraríamos con R. Rorty y S. Haack. Defensores de las teorías pro-oracionales son D. Grover y C. J. W. Williams. El representante más destacado de las teorías fenomenológicas de la verdad es E. Husserl y le siguen J. Ortega y X. Zubiri. Defienden teorías hermenéuticas de la verdad Heidegger, a quien siguieron H. G. Gadamer, K. Jaspers, M. Foucault, J. Si-

Las más seguidas y con mayor vigencia histórica son éstas últimas, entre las que se pueden distinguir por un lado las teorías semánticas de la verdad y las no semánticas, entre las que debemos incluir la teoría de J. L. Austin.

Por lo que respecta a las teorías semánticas, la teoría de Tarski se ha convertido ya en un clásico⁴. Tarski aplica el término “verdadero” a las oraciones, por lo que es imprescindible que nos movamos en el contexto de un lenguaje específico. Y por lo que respecta al significado del término, el autor nos ofrece una aparentemente sencilla definición de verdad de acuerdo con la cual “decir de lo que es que no es, o de lo que no es que es, es falso, mientras que decir de lo que es que es, o de lo que no es que no es, es verdadero”⁵. Pues bien, esta concepción semántica es la que actualmente se considera apropiada para la fijación judicial de los hechos en el proceso. Es cierto que éste se desarrolla constreñido por límites de diversa naturaleza, ya sean institucionales, normativos o temporales, pero tales límites no justifican de ninguna manera una rebaja de las condiciones que se deben exigir a efectos del conocimiento de lo sucedido, configurando una “verdad procesal” distinta, un sucedáneo, epistémicamente distinto, de la verdad perseguida en otros sectores de la realidad.

Se trata de uno de los requerimientos básicos impuestos por la necesaria racionalidad en el proceso, de acuerdo con una deseable “ideología de la decisión legal y racional”, tal como ha sido definida

mon, G. Vattimo y J. Derrida. Por su parte, teorías coherentistas de la verdad han sido desarrolladas por G. W. F. Hegel, Neurath, C. Hempel, N. Rescher y L. B. Puntel. Entre las teorías intersubjetivas de la verdad cabe distinguir por un lado, la teoría consensual de la verdad, con K. O. Apel y J. Habermas a la cabeza y por otro, la teoría dialógica mantenida por K. Lorenz, P. Lorenzen y W. Kamlah.

⁴ Deben mencionarse también como seguidores de la teoría tarskiana E. Tugendhat, P. Inst., H. Putnam, S. Kripke y W. v. O. Quine.

⁵ Tarski, A., “La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica”, trad. de Mario Bunge, Emilio O. Colombo, Estela Arias y Lilia Fornasari, en Bunge, Mario (comp.), *Antología semántica*, Nueva Visión, Buenos Aires, 1960, pp. 111-157, p. 114.

y defendida por Wròblewski⁶. Frente a teorías de la aplicación del Derecho rivales, como son la “ideología de la decisión vinculada”⁷ y la “ideología de la libre decisión”⁸, la ideología de la decisión legal y racional mantenida por Wròblewski parte del respeto a la legalidad y a la racionalidad, y de la separación de las actividades de creación y aplicación del Derecho, correspondiendo, respectivamente, al legislador y al aplicador. Pero, frente a la ideología de la decisión vinculada, la ideología de la decisión legal y racional admite que en la labor de aplicación del Derecho, las valoraciones del juez ocupan

⁶ Wròblewski, J., *Sentido y hecho en el derecho*, trad. de Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas y Juan Igartua Salaverría, Editorial de la Universidad del País Vasco, publicado en colaboración con el laboratorio de Sociología Jurídica de San Sebastián, San Sebastián, 1989, pp. 55-63.

⁷ Ideología que se asocia al positivismo legalista y que parte de una estricta separación de poderes en la que el poder legislativo es el único legitimado para la creación del Derecho. Se anula el poder de los jueces y tribunales puesto que su labor de aplicación del Derecho debe ser automática o mecánica, a través de la realización de inferencias lógicas a partir de premisas estables, seguras (las normas jurídicas emanadas del estado). Esta ideología no se ha librado de las críticas doctrinales y pragmáticas, me atrevería a decir (en el sentido de que no ofrece una imagen real de lo que sucede en la realidad de la práctica judicial). El juez realiza continuamente valoraciones en el proceso de interpretación y aplicación del Derecho y el sistema no es ni mucho menos cerrado, completo y coherente, de manera que esta ideología “pide lo imposible”: Wròblewski, J., *Sentido y hecho en el derecho*, *ob. cit.*, p. 58.

⁸ En su seno caben teorías de distinto signo, cuya unidad está dada por su antiformalismo y su antipositivismo. Esta ideología parte de la constatación de lo erróneo de los planteamientos de la ideología de la decisión vinculada, esto es, que las leyes son defectuosas, el sistema no es completo y el juez debe realizar continuamente valoraciones. Por tanto, su función es esencialmente creativa. La justificación que ofrece el juez no es más que la racionalización que se efectúa para dar una apariencia de la decisión como una decisión lógica. Además, la labor creativa del Derecho que realiza el juez se valora positivamente puesto que permite adaptar el Derecho a las nuevas necesidades de la vida, mucho más rápidamente que lo hace el legislador. Por otro lado, es preciso distinguir dos tendencias en la ideología de la libre decisión. La primera, radical, desprecia totalmente las leyes y concede el poder supremo al juez. La segunda, moderada, no rechaza el papel de las leyes y la necesidad de una cierta estabilidad en el Derecho de modo que el juez puede corregir o suplir la ley, pero nunca actuar *contra legem*.

un lugar muy destacado; aplicación del Derecho que Wròblewski describe como “una actividad que no crea ni normas generales ni abstractas, sino solamente normas individuales que están enlazadas con las normas legales y con las directivas admitidas por la ideología de la aplicación del Derecho”, de manera que “se ve claramente que el concepto de aplicación del derecho es relativo a las directivas de la interpretación, de la prueba y de la elección de consecuencias y, por tanto, de la ideología de la aplicación del derecho”⁹.

Lo deseable, por tanto, para Wròblewski, y para quien escribe, es que rija esta última ideología, que se opte por ella, opción que puede realizarse en distintos niveles pero que sólo, si se proyecta sobre todos ellos, “se podrá decir que el sistema de administración de justicia se inspira en una ideología racional de la decisión”, como bien señala Taruffo¹⁰. El primer plano o nivel vendría determinado por la cultura y el sistema político de una sociedad determinada, que no opta por la ideología de la decisión legal y racional cuando se niega sentido al problema de la verdad en general y en sus manifestaciones procesales, o cuando el sistema político se despreocupa de los criterios de la administración de justicia. En concreto, cuando el sistema político se muestra indiferente hacia la comprobación racional de los hechos en el proceso, se abre la puerta a ideologías no racionales de la labor de aplicación del Derecho.

En un segundo nivel, la opción correspondería al legislador, sobre todo por lo que se refiere al modo de regular la valoración de las pruebas y la exigencia de motivación al juez. En este sentido, el legislador no opta por la ideología de la decisión legal y racional cuando mantiene el sistema de prueba legal orientado a la obtención de una certeza puramente formal, no la verdad; o cuando pone muchas restricciones a la admisión de los medios de prueba; o cuando se interpreta el principio de “libre convicción” en su sentido subjetivista,

⁹ Wròblewski, J., *Sentido y hecho en el derecho*, ob. cit., p. 62.

¹⁰ Taruffo, M., “Consideraciones sobre prueba y motivación”, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, en Taruffo, M., Andrés Ibáñez, P. y Candau Pérez, A., *Consideraciones sobre la prueba judicial*, ob. cit., pp. 17-46, p. 18.

libre de cualquier tipo de control. Además, y por lo que respecta a la obligación de motivación, el legislador opta por la misma cuando impone tal obligación y no cuando no lo hace o, en casos extremos, cuando expresamente prohíbe la motivación.

En fin, el último nivel sobre el que debería proyectarse la ideología de la decisión legal y racional sería el relativo al comportamiento concreto de los jueces quienes pueden optar, o no, por acoger tal ideología. Y la opción que elijan determinará su modo de actuar, no sólo cuando deba valorar las pruebas, sino también cuando deba exponer al exterior, justificar, su decisión¹¹.

Por tanto, el marco teórico deseable a nivel político, legislativo y judicial es el de la decisión legal y racional, y el objetivo del proceso y de la actividad probatoria es hallar la verdad que, dadas las concretas circunstancias en las que se desarrolla el proceso que se cifran en límites institucionales, legales, en la limitación a los medios de prueba aportados al proceso, en los límites temporales, etc., será relativa¹². Pero, en todo caso, será una verdad correspondentista que excluye la concepción narrativista de la verdad procesal, mantenida por cierto sector de la doctrina y “practicada” por cierta jurisprudencia, de acuerdo con la cual la verdad de un enunciado sobre los hechos depende de que sea coherente con otros enunciados en el contexto de una narración sobre los mismos que se ha tomado como hipótesis más probable, como la película que narra cómo ocurrieron los hechos, porque, aun admitiendo que las narraciones fácticas son muy importantes en el procedimiento, “esto no convierte el proceso en una suerte de concurso en el que se

¹¹ *Ibidem*, pp. 18-26.

¹² Relatividad que se puede predicar también de las verdades a las que se llega en las ciencias empíricas (hasta donde se ha podido probar...la hipótesis confirmada —no verdadera—, es...), ya que “desde hace tiempo, las verdades absolutas son patrimonio exclusivo de alguna metafísica o religión integrista”: *ibidem*, p. 28.

galardona la mejor narración desde el punto de vista literario por ser narrativamente más coherente”¹³.

Tenemos, por tanto, que el tipo de “verdad” reclamado en la fijación judicial de los hechos es el semántico de la correspondencia que utiliza como método principal el de la contrastación empírica. El juez debe estar convencido de que los hechos del caso, que estima probados, precisamente por ello son “verdaderos”. Y sería contraintuitivo que expusiese unos antecedentes de hecho, dándolos por probados, y luego afirmase que cree que tales hechos no son verdaderos, es decir, no se “corresponden” con lo que ha sucedido en realidad¹⁴.

El modelo ideológico de aplicación del derecho basado en la decisión legal y racional tiene su reflejo en la concepción de la prueba, fundada en la necesaria racionalidad de la misma y que exige su consideración como instrumento epistémico o cognoscitivo¹⁵. El juez

¹³ *Ibidem*, p. 30.

¹⁴ Como señala Marina Gascón, decir que los hechos del caso son verdaderos “no es una cuestión trivial. Primero, porque el juez no ha tenido acceso directo a los hechos, de modo que lo que inmediatamente conoce son enunciados sobre los hechos, cuya verdad hay que acreditar. Segundo, porque la verdad de tales enunciados ha de ser obtenida siempre mediante un razonamiento inductivo a partir de otros enunciados fácticos. Tercero, porque la averiguación de la verdad ha de hacerse a través de unos cauces institucionales que muchas veces estorban (y otras claramente impiden) la consecución de ese objetivo”: Gascón Abellán, M., *Los hechos en el Derecho: bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 52-53.

¹⁵ Esquemáticamente, Taruffo relaciona el concepto “racionalidad” con “prueba como instrumento epistémico- decisión como fruto de inferencias lógicas-verdad/falsedad de los enunciados de hecho- motivación como justificación racional- posibilidad de control- concepción democrática del poder”, e “irracionalidad” con “prueba como instrumento retórico- decisión como fruto de intuición subjetiva incognoscible- verdad como coherencia narrativa (irrelevancia de la verdad/falsedad de los enunciados de hecho)- motivación como discurso retórico o justificación ficticia- imposibilidad de control sobre el fundamento de la decisión- concepción autoritaria del poder”: Taruffo, M., “Consideraciones sobre prueba y motivación”, *ob. cit.*, pp. 44-45. Para Igartua Salaverría, una concepción abierta de la prueba postula que ésta es “un fenómeno perteneciente, en principio, a la esfera de la racionalidad (o al menos de lo razonable), si bien algunos aspectos de tal fenómeno están contempla-

debe situar el hallazgo de la verdad de los hechos como meta y debe utilizar la metodología probatoria, así como las inferencias inductivas que le permitan alcanzarla. Y para demostrar que “ha considerado probados” los hechos de acuerdo con estos criterios, está obligado a exponer al exterior, a través de la motivación de la sentencia, la metodología de valoración de la prueba que ha seguido¹⁶. De acuerdo con ello, el deber de motivar las resoluciones judiciales que en el ordenamiento jurídico español se recoge en el artículo 120.3¹⁷ del texto constitucional de 1978, cumple tanto una función de garantía cuanto una función epistémica. La primera opera hacia el exterior, sobre todo y fundamentalmente hacia los afectados por la resolución judicial, ya que les permite conocer las razones de la misma y, con ello, les permite disponer de motivos para un eventual recurso; la función epistémica, por su parte, funciona internamente, hacia el propio juez, y le obliga a adoptar una actitud “que es de método” y que consiste “en dar un tratamiento racional a las aportaciones probatorias, de modo que todo el curso del proceso decisional transcurre en el ámbito de lo susceptible de motivación”¹⁸.

dos y regulados por normas jurídicas; de ahí que sea lícito emplear nociones, conceptos y modelos de análisis importados de otros sectores (de la ciencia, del sentido común o de la racionalidad en general); y, por ende, el fenómeno probatorio se sitúa preferentemente en una perspectiva epistemológica más que en una dimensión jurídica”: Igartua Salaverriá, J., *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, ob. cit., p. 187.

¹⁶ Vid. Andrés Ibáñez, P., “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, *Doxa*, 12 (1992), pp. 257-299.

¹⁷ “Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública”.

¹⁸ Andrés Ibáñez, P., “Sobre prueba y motivación”, en Taruffo, M., Andrés Ibáñez, P. y Candau Pérez, A., *Consideraciones sobre la prueba judicial*, ob. cit., pp. 47-96, p. 86. Y continúa en la misma página: “Es decir, dejando reflexiva y efectivamente fuera del discurso probatorio aquellas pulsiones valorativas que, por no ser verbalizables, no podrían resultar acogidas de forma expresa y dar contenido a una opción justificable e intersubjetivamente evaluable en sus presupuestos”.

Pero los límites a la verdad epistémica del proceso no son sólo los relativos a los engranajes institucionales o normativos, sino que vienen dados también por las propias limitaciones epistémicas o cognoscitivas, en el sentido de que la conclusión a la que se llega sobre los hechos probados sólo puede mantenerse en términos de probabilidad, de tal manera que la misma será tanto más justificada cuanto más aumente el grado de probabilidad¹⁹. Los resultados de la prueba deben poder tratarse como verdaderos aunque, “en sentido estricto lo más que puede decirse es que la prueba concluye con una *hipótesis*, un enunciado que aceptamos como verdadero aunque no sabemos si lo es o no, y que *el grado de probabilidad suministrará un buen criterio para su justificación*”²⁰.

2. VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS

Uno de los ámbitos que ha pretendido escapar tanto a la utilización de métodos racionales como al control racional ha sido el de la valoración de la prueba, lo cual ha sido propiciado, tanto por ciertos planteamientos legales y jurisprudenciales, como por lo defendido por la doctrina. Por lo que respecta a la legislación española, el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que “El Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, la razones expuestas por la acusación y la defensa, y lo

¹⁹ “...provare un fatto non significa dare al giudice una (irraggiungibile nelle cose umane) certezza della sua esistenza, ma, ben più modestamente, convincerlo che l'esistenza di quel fatto è probabile. Trattando, poi, del principio del libero convincimento siamo giunti a concludere che il nostro legislatore non predetermina (...) il quantum di probabilità necessario e sufficiente al giudice per ritenere nella sua sentenza l'effettivo accadimento del *factum probandum*”: Sanguineti, L., *La valutazione della prova penale*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 71.

²⁰ Gascón Abellán, M., “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”, en Ortega, Santiago (ed.), *Proceso, prueba y estándar*, Ara Editores, Lima, 2009, pp. 17-30, pp. 17-18.

manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta ley”²¹.

Para saber a qué se refiere el legislador de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando insta al juez a “apreciar según su conciencia” las pruebas practicadas en juicio, entiende la doctrina que es preciso realizar una interpretación sistemática, poniendo en relación este artículo con el 717 del mismo cuerpo legal, que dispone que “Las declaraciones de las Autoridades y funcionarios de la policía judicial tendrán el valor de declaraciones testificales, apreciables como éstas según las reglas del *criterio racional*” (cursiva mía). Como vemos, hace su aparición la “racionalidad” y es que, en la valoración de las pruebas, es preciso que el juez utilice reglas del criterio racional.

Rige en esta actividad el principio de libre valoración de las pruebas, también conocido como libre convencimiento, pero tal libertad debe entenderse como tutela de la valoración que lleva a cabo el juez frente a la instauración de la prueba legal; pero, dado que el objetivo es el descubrimiento de la verdad, tal libertad no puede entenderse como arbitrariedad, puesto que el juez no es libre frente a la racionalidad y a los métodos cognoscitivos que ésta exige. De ahí que deba defenderse también, frente a versiones rivales, la versión racional de la “libre valoración” ya que, como afirma Igartua Salaverría, presenta ventajas incuestionables como que tiende a que el juicio sobre los hechos esté orientado a la realidad empírica, garantiza el derecho a la prueba de las partes en el proceso, determina que la libertad del juez en el empleo de las pruebas no equivale a discrecionalidad absoluta o a arbitrio subjetivo, sino que le conmina a usar criterios racionales que, además, puedan someterse al control externo²².

²¹ El artículo 973 repite la misma fórmula respecto al juicio de faltas: “El juez, en el acto de finalizar el juicio, y a no ser posible dentro de los tres días siguientes, dictará sentencia apreciando, según su conciencia, las pruebas practicadas, las razones expuestas por el Fiscal y por las demás partes o sus defensores y lo manifestado por los propios acusados...”.

²² Igartua Salaverría, J., *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, ob. cit., pp. 89-91.

La actividad probatoria tiene como finalidad que el juez conozca ciertos hechos (la declaración del testigo, la de las partes, la de los peritos, etc.), que le llevan a emitir enunciados en el sentido de considerar probados otros hechos (el testigo vio o escuchó, estaba; la parte dijo, hizo, estaba; el perito ha realizado una serie de pruebas que le llevan a concluir que...); enunciados de los que, a su vez, infiere que considera probado, o no, el hecho objeto del proceso. Desde un punto de vista estrictamente metodológico, el esquema lógico que utiliza el juzgador en la valoración de las pruebas es el de un sistema de inferencias probabilistas de naturaleza inductiva, susceptible de exteriorización y, por tanto, de control. Como resultado de inferencias lógicamente válidas se llega a conclusiones justificadas racionalmente, de tal manera que “la verdad de los hechos no es el resultado de una actividad inescrutable que se desarrolla en el interior del juez (...) sino que es el producto de una labor de conocimiento que se estructura en pasos cognoscibles y controlables, como el acopio de información, la comprobación de su fiabilidad, el análisis de su relevancia y la formulación de inferencias lógicamente válidas”²³.

Por tanto, los pasos inferenciales desde lo que conoce hasta lo que no conoce deben ser susceptibles de evaluación a partir de criterios empíricos, inductivos, probabilísticos; en definitiva, racionales²⁴, de modo que se excluyan en el proceso de valoración de las pruebas términos como la intuición, la subjetividad y la íntima

²³ Vid. Taruffo, M., “Consideraciones sobre prueba y motivación”, *ob. cit.*, pp. 32-33.

²⁴ “...resulta necesario reconducir la libre apreciación de la prueba a sus justos términos y, en este sentido, tanto el artículo 24.1 (derecho a una tutela judicial efectiva, que supone, a su vez, el derecho a obtener una resolución de fondo fundada en Derecho) como el artículo 120.3 CE (según el cual las resoluciones deben ser motivadas), otorgan un sólido apoyo constitucional a lo que deba ser la «íntima convicción» en el marco de nuestro sistema jurídico. Desde luego, el punto de partida parece claro: la necesaria presencia de la idea de racionalidad en el procedimiento de valoración y en el resultado probatorio”: Fernández López, M., *Prueba y presunción de inocencia*, Iustel, Madrid, 2005, p. 236.

convicción irracional que han estado presentes en nuestra tradición teórica y jurisprudencial hasta fechas relativamente recientes²⁵. La sociedad actual reclama el objetivismo o, cuando menos, la intersubjetividad en la valoración de las pruebas, únicos instrumentos que garantizan el control de dicha actividad.

Es necesario aclarar que las inferencias inductivas probabilísticas, tanto si utilizamos la teoría cuantitativa de Bayes²⁶, como la probabilidad lógica²⁷, tampoco conducen a resultados totalmente seguros, pero aun así nos libran de la subjetividad y consiguiente falta de control de una concepción irracionalista de la libre valoración. En este sentido, es oportuna la referencia a la distinción entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación, ya que si la concepción irracionalista parece que deja la valoración de la prueba al albur del primero de los contextos y simplemente borra del mapa el contexto de justificación, la concepción racional de la libre valoración no sólo sitúa ambos contextos en el mapa, sino que incluso los acerca, relacionándolos en ciertos aspectos. En este

²⁵ Para Perfecto Andrés Ibáñez, “la manera de entender la práctica de la inmediatez en el tratamiento de las pruebas personales ha sido peligrosamente contaminada por el modo irracionalista de concebir el principio de libre convicción. (...) entendido éste como forma de captación emocional o intuitiva de lo expresado por la prueba, como una suerte de contacto con lo inefable, la audición y valoración de las manifestaciones del imputado y de los testigos, sólo podrían producirse en ese ámbito de apreciación y de forma que hace imposible cualquier pretensión de racionalizar u objetivar tal proceso de obtención de conocimiento, y la justificación de los resultados”: Andrés Ibáñez, P., “Sobre el valor de la inmediatez. (Una aproximación crítica)”, *Jueces para la democracia*, 46 (2003), pp. 57-74, p. 58.

²⁶ Thomas Bayes (1702-1761) enunció su teorema sobre la determinación de la probabilidad de las causas a partir de los efectos que se han producido en los casos observados, esto es, mide la relación entre la probabilidad de una de las ramas que cumplen un suceso y la probabilidad total de ese suceso. Sabiendo que me afirman que se ha producido el suceso B, queremos conocer la probabilidad de que haya sido por una rama en concreto.

²⁷ La probabilidad lógica mide en qué medida un enunciado o conjunto de enunciados confirma la verdad de otro u otros. Entre sus propulsores encontramos a Keynes y Karnap.

sentido, es innegable que la obligación que tiene el juzgador de motivar sus valoraciones guiará su razonamiento en la medida en que, como he dicho más arriba, tal obligación es una garantía hacia el exterior y hacia el interior del razonamiento judicial²⁸. El juez debe adoptar, en palabras de Andrés Ibáñez, una posición de “metódica neutralidad”²⁹ ante la hipótesis de la acusación, debe situarse en un punto de vista externo, de sujeto imparcial.

3. PRUEBA DIRECTA Y PRUEBA INDIRECTA O INDICIARIA

Lo que ahora nos preguntamos es si a efectos epistémicos existe, como ha sido declarado por parte de la doctrina, y por no tan lejana jurisprudencia, una diferencia real entre la prueba directa y la prueba indiciaria o indirecta. Tal distinción fue enunciada por Bentham en su *Tratado de las pruebas judiciales*, en el que alude a la distinción entre prueba directa y prueba indirecta o circunstancial. Así, “el testimonio puede aplicarse al hecho principal inmediatamente: Pablo

²⁸ Taruffo distingue claramente el razonamiento que conduce a la decisión y el razonamiento con el que se justifica la misma. El primero “tiene carácter *heurístico*, procede por hipótesis comprobadas y falseadas, incluye inferencias abductivas y se estructura en una secuencia de opciones hasta la opción final acerca de la verdad o falsedad de los hechos. La motivación de la decisión consiste en un razonamiento *justificativo* que —por decirlo de alguna forma— presupone la decisión y va dirigido a mostrar que hay buenas razones y argumentos lógicamente correctos para considerarla válida y aceptable”. A pesar de la distinción, reconoce que puede haber contactos entre ambas fases del razonamiento, ya que “el juez que sabe que debe motivar será inducido a razonar correctamente también cuando esté valorando las pruebas y formulando la decisión; el mismo juez, a la hora de redactar la motivación, podrá utilizar los argumentos e inferencias que formuló al valorar las pruebas y configurar la decisión final. Sin embargo, esto no demuestra que las dos fases del razonamiento del juez tengan la misma estructura y la misma función ni menos aún que la una pueda considerarse como una especie de reproducción de la otra”: Taruffo, M., “Consideraciones sobre prueba y motivación”, *ob. cit.*, pp. 42-43.

²⁹ Andrés Ibáñez, P., “Sobre prueba y motivación”, *ob. cit.*, p. 62.

ha visto a Juan cometer un delito en cuestión: la prueba es directa. El testimonio puede aplicarse a algún hecho que no es del delito mismo, pero que está de tal modo enlazado con él, que la existencia del segundo, una vez sentada, resulta de ella una presunción más o menos fuerte de la existencia del primero”³⁰.

De acuerdo con ello, el criterio que permite distinguir la prueba directa de la indirecta sería la mayor o menor distancia inferencial del medio probatorio (declaración testifical, pericial, de parte, documento, etc.) con el hecho “principal” del que habla Bentham, esto es, el que se trata de probar en juicio y que dará lugar, en caso de ser confirmado, a la imposición de una pena. Con todo, aunque estemos ante una prueba directa en el sentido benthamiano, en esa “aplicación inmediata” de la que nos habla el autor, existen dos inferencias. Por un lado, en el ejemplo de Bentham, de la declaración testifical de Pablo “he visto a Juan cometer el delito” inferimos (primera inferencia), en función de la fiabilidad que concedamos a esta declaración, el enunciado “se considera probado que Pablo ha visto a Juan cometer un delito”, y a partir de este enunciado inferimos (segunda inferencia), tomando en consideración diversos factores (otros medios de prueba que confirman la hipótesis acusatoria, por ejemplo), el enunciado “se considera probado que Juan ha cometido el delito”.

Teóricamente sería posible la existencia de una prueba directa con una sola inferencia que conduzca directamente al enunciado “se considera probado el hecho delictivo”, en el caso de que el órgano juzgador hubiese observado directamente la comisión del delito o,

³⁰ Y sigue con ejemplos: “Se comete un robo en casa de Antonio; su criado se ha fugado la noche del robo. Esta huida es una prueba circunstancial en contra suya. Todas las pruebas reales son circunstanciales. Antonio es acusado de haber distribuido moneda falsa; se han encontrado en su casa diferentes herramientas o instrumentos que sirven para fabricar moneda, o bien raspaduras de metal. Estas son pruebas reales o circunstanciales contra él”: Bentham, J., *Tratado de las pruebas judiciales*, compilado por Esteban Dumont y traducido al castellano con comentarios por Baltasar Anduaga Espinosa, Tomo I, Madrid, 1843, pp. 27-28.

incluso, cabe pensar en la posibilidad de que lo hubiese cometido él (y lo confesase en juicio). Ocurre que en ambos casos existen limitaciones procesales y jurídicas, al menos en el ordenamiento jurídico español, a que el juez actúe como tal en esos procesos, por razones que me atrevería a calificar de obvias. Creo que éste es el sentido en el que hay que entender lo escrito por Ferrajoli, para quien, en realidad, “si se excluyen los delitos cometidos durante la audiencia, donde el hecho probatorio se identifica con el hecho que se ha de probar, las *pruebas directas* no existen”³¹.

Y es que un delito cometido durante una audiencia no se juzga y prueba en el mismo proceso en el que se ha cometido, sino en otro distinto, en el que el juez, los abogados, el fiscal o las partes del primero, intervendrán, en su caso, como prueba testifical, o con declaraciones de parte, en el segundo proceso. Si, como entiende Ferrajoli, las pruebas directas son aquellas en las que hay una sola inferencia, tendríamos que concluir, como lo hace él, que no existen, puesto que procesal y jurídicamente estarían vedadas y, por lo tanto, la distinción entre prueba directa e indirecta o indiciaria carecería de sentido. Frente a ello, entiendo que es preferible mantener la distinción, puesto que forma parte ya del lenguaje doctrinal y, sobre todo, jurisprudencial. Y, de acuerdo con lo expuesto más arriba, entiendo que la prueba directa exige del juez realizar dos inferencias inductivas, máximo, mientras que la prueba indirecta le exige al menos tres.

Precisamente, la teoría de Ferrajoli sobre pruebas e indicios resulta sumamente útil a efectos explicativos para conocer ese complejo proceso inferencial que realiza el juez cuando valora la prueba y, por lo que luego diré, no resulta contradictoria con mi forma de entender la distinción entre prueba directa e indirecta. Ferrajoli, apartándose del lenguaje corriente, como él mismo escribe, propone “llamar *prueba* al hecho probatorio experimentado en el

³¹ Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez et al., Trotta, Madrid, 1995, p. 182, nota 25.

presente del que se infiere el delito u otro hecho del pasado, e *indicio* al hecho probado del pasado del que se infiere el delito u otro hecho del pasado que a su vez tenga el valor de un indicio”³². Imaginemos que Ticio testifica que ha visto salir a Cayo blandiendo un cuchillo ensangrentado de la casa de Sempronio, poco antes de que éste fuese encontrado muerto con una cuchillada en el corazón. Este *hecho* (esta declaración) es *prueba* de otro *hecho*, en función de la credibilidad que concedamos a Ticio, que es el de que Ticio ha visto a Cayo salir de la casa de Sempronio blandiendo el cuchillo, poco antes de que éste fuera encontrado muerto con una herida en el corazón. Este segundo hecho, a su vez, es un *indicio*, si consideramos la vista de Ticio fiable, del *hecho* de que Cayo salió realmente de la casa de Sempronio en las circunstancias relatadas por Ticio. Y este tercer hecho, por su parte, será también un indicio, más o menos probable, del hecho de que Cayo ha asesinado a Sempronio. Como vemos, en este proceso se han realizado tres inferencias inductivas (de “lo declarado” a “dar por cierto lo declarado”; de “dar por cierto lo declarado” a “el hecho declarado ha sucedido”; de “el hecho declarado ha sucedido” a “el hecho enjuiciado se considera probado”).

Ninguna de las conclusiones de estas inferencias inductivas se puede considerar verdadera, sino todo lo más “razonable, plausible o probablemente verdadera”³³. Desde mi punto de vista, esta última condición de “probablemente verdadera” debería ser la utilizada para enjuiciar y justificar la conclusión, pero, en todo caso, no tengo nada que objetar a la descripción del proceso inferencial que ofrece Ferrajoli. Por otro lado, creo que es perfectamente compatible con mi concepción sobre la distinción entre prueba directa e indirecta, de modo que existiría prueba directa en los casos en que hay una prueba de un hecho que es, a su vez, indicio del hecho principal (en la terminología de Bentham), es decir, cuando en el razonamiento valorativo del juzgador se realizan dos inferencias, mientras que nos encontraríamos con un supuesto de prueba indirecta en aquellos ca-

³² *Ibidem*, p. 130.

³³ *Ibidem*, p. 131.

sos en los que hay una prueba de un hecho, el cual es a su vez indicio de otro que, por su parte, es indicio del hecho principal (una prueba y dos indicios, esto es, tres inferencias).

Pero la cuestión principal que nos planteamos es si, a efectos estrictamente cognoscitivos, epistémicos, en la fijación judicial de los hechos, es más fiable la prueba directa que la indirecta, como entiende, o al menos ha entendido, parte de la doctrina y la jurisprudencia. Por lo que respecta a esta última, la Sentencia 174/1985 del Tribunal Constitucional español, parece que asume el concepto de prueba directa e indirecta que yo mantengo, puesto que se refiere a prueba directa como aquella en que “la prueba recae inmediatamente sobre los hechos relevantes para la condena del acusado”, mientras que “la llamada indiciaria o circunstancial (sería) aquella que se dirige a mostrar la certeza de unos hechos (indicios) que no son los constitutivos de delito, pero de los que se puede inferir éstos y la participación del acusado por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se trata de probar”³⁴. A efectos de fiabilidad cognoscitiva de los hechos objeto del juicio, esta sentencia se pronuncia rotundamente en el sentido de considerar de mayor fuerza probatoria las pruebas directas que las indiciarias, a las que sólo se debe acudir cuando no haya más remedio³⁵.

³⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) 174/1985, de 17 de diciembre. El Tribunal Constitucional entiende que puede enjuiciar la presunta vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando el tribunal de instancia ha utilizado prueba directa, pero muestra sus dudas a poder hacerlo cuando se trata de prueba indiciaria.

³⁵ Fundamento jurídico cuarto: “La presunción de inocencia es una presunción *iuris tantum*, que se desvirtúa por prueba en contrario. Sin duda la prueba directa es más segura y deja menos márgenes a la duda que la indiciaria. Pero es un hecho que en los juicios criminales no siempre es posible esa prueba directa por muchos esfuerzos que se hagan para obtenerla. Prescindir de la prueba indiciaria conduciría, en ocasiones, a la impunidad de ciertos delitos y, especialmente, de los perpetrados con particular astucia, lo que provocaría una grave indefensión social (...)”. Fundamento jurídico quinto: “Cuando la única prueba practicada es la indiciaria puede surgir el problema de si nos en-

En la actualidad, la construcción jurisprudencial sobre la consideración de la prueba indiciaria podría resumirse en tres aspectos clave. En primer lugar, todavía hay sentencias que mantienen el carácter subsidiario de la prueba indiciaria, a la que se puede acudir para probar el hecho a falta de prueba directa³⁶. En segundo lugar, la jurisprudencia se afana más en determinar los requisitos exigibles para desvirtuar la presunción de inocencia en los supuestos de prueba indiciaria que en los supuestos de prueba directa, lo cual demuestra que la primera se considera menos eficaz para desvirtuar esa regla de juicio³⁷. En tercer lugar, entre estos requisitos hay

contramos ante una verdadera prueba de ese tipo, es decir, ante una actividad que conduce razonablemente a dar por ciertos unos hechos determinados que incriminan al acusado, o si las conclusiones a que se puede llegar por esta vía no pasan de ser sospechas o datos de los que se desprenden visos o apariencias más o menos acusadoras de que una persona ha podido cometer un delito, pero que no constituyen una base suficientemente firme para que de ellas pueda inferirse razonablemente la culpabilidad del acusado, y no suponen, por tanto, una prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia consagrada por la Constitución”.

³⁶ La Sentencia del Tribunal Supremo 22/2011, de 26 de enero, fundamento jurídico segundo, dispone, citando otra sentencia del mismo órgano del año 2010, que “a falta de prueba directa” (carácter subsidiario) “la prueba de cargo puede ser indiciaria, siempre que se parta de hechos plenamente probados y que los hechos constitutivos de delito se deduzcan de esos indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano puesto de manifiesto en la Sentencia, y que el control de la solidez de la inferencia puede llevarse a cabo tanto desde el canon de su lógica o coherencia, siendo irrazonable cuando los indicios constatados excluyan el hecho que de ellos se hacen derivar o no conduzcan naturalmente a él como desde el de su suficiencia o carácter concluyente, excluyéndose la razonabilidad por el carácter excesivamente abierto, débil o indeterminado de la inferencia”.

³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 551/2011, de 15 de junio, (Sala de lo Penal): Fundamento de derecho segundo: “En relación con la prueba indiciaria, conforme a extensa jurisprudencia de esta Sala (...), la prueba indiciaria posee suficiente valor probatorio, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: 1. De carácter formal: a) que en la sentencia se expresen cuáles son los hechos base o indicios que se estimen plenamente acreditados y que van a servir de fundamento a la deducción o inferencia, y b) que la sentencia haya explicitado el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios se ha llegado a la

convicción del acaecimiento del hecho punible y la participación en el mismo del acusado, explicitación, que aun cuando pueda ser sucinta o escueta se hace imprescindible en el caso de la prueba indiciaria, precisamente para posibilitar el control casacional de la racionalidad de la inferencia. 2. Desde el punto de vista material: a) Que los indicios estén plenamente acreditados, que sean de naturaleza inequívocamente acusatoria, plurales o siendo único que posea una singular potencia acreditativa, interrelacionados, cuando sean varios, y que sean concomitantes al hecho que se trate de probar, y b) En cuanto a la deducción (sic) o inferencia es preciso: Que sea razonable, respondiendo plenamente a las reglas de la lógica y la experiencia. Que de los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural, el dato precisado de acreditar, existiendo entre ambos un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano". Sobre los requisitos exigibles se pronuncia también la Sentencia del Tribunal Supremo 1312/2011, de 11 de diciembre (Sala de lo Penal). Fundamento de derecho primero: "a falta de prueba directa (carácter subsidiario: comentario mío), también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento de condena sin menoscabo del derecho de presunción de inocencia, siempre que: 1) El hecho o los hechos base (o indicios) han de estar plenamente probados. 2) Los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos bases completamente probados. 3) se pueda controlar la razonabilidad de la inferencia, para lo que es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuentes; y finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y aplicada conforme a los criterios colectivos vigentes (...) Asimismo la falta de competencia de esta jurisdicción privada para la valoración de la actividad probatoria practicada en un proceso penal y para la evaluación de dicha valoración conforme a criterios de calidad o de oportunidad (...), sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada (...). En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 111/2011, de 4 de julio, afirma que el control de la constitucionalidad de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta esta prueba puede efectuarse desde el canon de la lógica o cohesión (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él) como desde su suficiencia o calidad concluyente (no siendo pues, razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa), si bien en este último caso si debe ser especialmente presidente (sic) puesto que son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un

dos especialmente destacables a nuestros efectos. Por un lado, tenemos que, hasta fechas relativamente recientes, dado el menor valor probatorio que se concedía a la prueba indiciaria, la jurisprudencia exigía que existiese una pluralidad de indicios para hacer que decañera la presunción de inocencia, frente a lo cual, actualmente, ya se permite que pueda existir uno sólo. Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo 551/2011, de 15 de junio, se menciona la posibilidad de que un solo indicio, *con una singular potencia acreditativa* permita considerar el hecho principal como probado³⁸; y, por otro lado, la jurisprudencia también se muestra muy cautelosa para admitir un resultado incriminatorio a partir de una sola prueba directa, que se admite en aquellos supuestos, como pueden ser las agresiones sexuales, que suelen cometerse en la intimidad, de tal manera que si no se admite como única prueba de cargo la declaración de la víctima, la mayoría resultaría impune³⁹, doctrina jurisprudencial

conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acerbo probatorio”.

³⁸ En un voto particular de una sentencia reciente del Tribunal Supremo, la 22/2011, de 26 de enero, (Sala de lo Penal) todavía se alude a esta exigencia de pluralidad de indicios.

³⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, 508/2011, de 9 de mayo: Fundamento de Derecho primero: “Los hechos declarados probados se acreditan por la declaración de la víctima realizada en el acto del juicio oral. En efecto, la declaración de la víctima no es prueba indiciaria sino prueba directa y ha sido admitida como prueba de cargo tanto por la doctrina del Tribunal Supremo (SSTS 706/2000 y 313/2002) como del Tribunal Constitucional (SSTC 201/1988, 173/1990 y 229/1991). Esto no quiere decir que la existencia de esa declaración se convierta por sí misma y automáticamente en prueba de cargo suficiente, pues, como todas, está sometida a la valoración del Tribunal sentenciador. Así, el Tribunal Supremo parte de que las declaraciones de la víctima no son asimilables totalmente a las de un tercero. Por ello, cuando el Tribunal Constitucional respetando, con buen criterio, el ámbito de exclusividad de la potestad jurisdiccional penal constitucionalmente atribuida a los jueces y tribunales ordinarios, señala que la declaración de la víctima o denunciante puede ser prueba hábil para desvirtuar la presunción de inocencia, incumbiendo su valoración al tribunal sentenciador, ello no significa, desde luego, que con dicha declaración quede automáticamente desvirtuada la presunción de inocencia, en el sentido de que se invierta la carga de la prueba,

ésta que, por lo demás, ha recibido la crítica de buena parte de la doctrina española⁴⁰. Por otro lado, y en este mismo contexto de los requisitos por la jurisprudencia para la valoración de la prueba, parece que la necesidad de exponer el razonamiento inferencial se exige con mayor rigor en el caso de la prueba indiciaria, en el que resulta “imprescindible”⁴¹, que en la prueba directa. Alumbra este mayor rigorismo la incorrecta concepción de que en esta última el juez observa personalmente la deposición de la prueba (una testifical, la declaración de parte...) y le sería muy difícil explicar por

dándose ya por probada la acusación e incumbiendo al acusado desvirtuar la presunta presunción de certeza de la acusación formulada, sino únicamente que dicha prueba no es inhábil a los efectos de su valoración como una prueba más, por el tribunal sentenciador, el cual debe aplicar obviamente, en esa valoración, criterios de razonabilidad que tengan en cuenta la especial naturaleza de la referida prueba. Así, la STS de 30-1-1999 destaca que las declaraciones de la víctima o perjudicado tienen el valor de prueba testifical, siempre que se practiquen con las debidas garantías, y que son hábiles por sí solas para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, de manera específica en los delitos en que por las circunstancias en que se cometen no suele concurrir la presencia de otros testigos (...) bien entendido que cuando es la única prueba de cargo exige (...) una cuidada y prudente valoración por el tribunal sentenciador, ponderando su credibilidad en relación con todos los factores subjetivos y objetivos que concurren en la causa, precisando la STS 29-4-1999 que no basta la mera afirmación de confianza con respecto a la declaración testimonial cuando aparece como prueba única, ya que dicha afirmación ha de ir acompañada de una argumentación y ésta ha de ser razonable por encontrarse apoyada en determinados datos o circunstancias”.

⁴⁰ Andrés Ibáñez, P., “Sobre prueba y motivación”, *ob. cit.*, pp. 80-82.

⁴¹ Sentencia del Tribunal Supremo 551/2011, de 15 de junio, (Sala de lo Penal): Fundamento de derecho segundo: “En relación con la prueba indiciaria, conforme a extensa jurisprudencia de esta Sala (...), la prueba indiciaria posee suficiente valor probatorio, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: 1. De carácter formal: a) que en la sentencia se expresen cuáles son los hechos base o indicios que se estimen plenamente acreditados y que van a servir de fundamento a la deducción o inferencia, y b) que la sentencia haya explicitado el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios se ha llegado a la convicción del acaecimiento del hecho punible y la participación en el mismo del acusado, explicitación, que aún cuando pueda ser sucinta o escueta se hace imprescindible en el caso de la prueba indiciaria, precisamente para posibilitar el control casacional de la racionalidad de la inferencia”.

qué concede credibilidad, o no, a estos testimonios. Es más, es un “tópico muy consolidado”, en palabras de Perfecto Andrés Ibáñez, que donde no hay aprehensión sensorial directa (prueba directa) no puede hablarse, en rigor, de prueba, sino sólo de inferencia “cual si se tratase de otra vía de acceso a otra clase de conocimiento”⁴². Frente a esto, la teoría moderna de la “plenitud de la motivación” no discrimina entre prueba directa e indiciaria a la hora de exigir del juez que exponga el razonamiento que le ha llevado a valorar las pruebas; por lo que “el juez tiene que explicar por qué motivo consideró aquel testigo creíble o no creíble. Asimismo, el juez tiene que explicar según qué inferencias entendió que cierto indicio llevaba a una determinada conclusión relativa a un hecho de la causa” y debe referirse también a las pruebas que consideró no fiables, “sobre todo si las mismas eran contrarias a la reconstrucción de los hechos que llevó a cabo”⁴³.

Pero a pesar de todas estas cautelas, lo cierto es que se ha ido admitiendo por la jurisprudencia la idea de que ambos tipos de prueba tienen el mismo valor probatorio. Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo 1175/2011, de 10 de noviembre, se declara que “la prueba indiciaria no es prueba subsidiaria ni más insegura que la prueba directa (...) la diferencia entre una y otra no radica en la mayor o menor consistencia o credibilidad que *per se* tengan, sino en la forma en que los hechos objeto de investigación ingresan en el proceso”⁴⁴, aunque párrafos más abajo se sume a las cautelas descritas con anterioridad, exigiendo en los casos de prueba indiciaria “un plus de motivación porque en la medida que en la prueba indiciaria (...) hay

⁴² Andrés Ibáñez, P., “Sobre prueba y motivación”, *ob. cit.*, p. 74.

⁴³ Taruffo, M., “Consideraciones sobre prueba y motivación”, *ob. cit.*, pp. 40-41.

⁴⁴ Fundamento de derecho tercero. Y continúa: “en la prueba directa, tales hechos llegan a conocimiento del Juez porque directamente la víctima o el testigo presencial lo cuentan. En la prueba indirecta ingresan de forma indirecta unos datos objetivos indubitados —hechos base— que en una valoración enlazada y no desvirtuada por elementos de descargo, permiten arribar al hecho-consecuencia al que se quiere llegar mediante un juicio lógico-inductivo explícitamente consignado en la sentencia”.

un mayor subjetivismo, el juez debe realizar el engarce lógico entre los hechos-base y el hecho consecuencia al que se llega en términos tales que pueda verificarse el mismo”. Es discutible que exista mayor subjetivismo en la valoración de las pruebas indiciarias que en las directas.

A pesar de las cautelas, lo que sí deja claro esta sentencia es que el tipo de conocimiento sobre los hechos al que se llega a través de la prueba indiciaria no lo considera de peor calidad que el obtenido a través de la prueba directa, con lo cual, al menos en este caso, el Tribunal Supremo no incurre en la “ausencia de cultura sobre la dimensión epistémica de la prueba” que Andrés Ibáñez achaca a los pronunciamientos jurisprudenciales contrarios⁴⁵. Y es que, es preciso afirmar alto y claro que el procedimiento para conocer los hechos en el proceso penal no es sustancialmente distinto del seguido para conocer empíricamente datos o actos de la experiencia humana. El conocimiento que obtiene el juez tanto a través de la prueba directa como indirecta es mediato; no conoce “inmediatamente” los hechos, sino discursos, proposiciones, sobre los hechos.

Lo único que diferencia a ambos tipos de prueba, como he dicho con anterioridad, es el número de inferencias que hay que realizar en una y otra (dos, como máximo, en la prueba directa; tres, mínimo, en la indirecta o indiciaria), pero ello no conduce a una menor fiabilidad de esta última respecto de la primera. De hecho, no es posible establecer una regla general en virtud de la cual se elija una u otra, sino que la valoración dependerá del tipo de prueba en concreto y de las características del caso objeto del proceso. Lo que no es admisible es persistir en el error epistémico de considerar, como regla general, de mayor eficacia probatoria la prueba directa que la indiciaria. Porque, puestos a comparar, podríamos presumir una mayor objetividad de una prueba pericial de ADN que de la valoración del testimonio de un testigo o de la parte. Es cierto que la prueba de ADN no conduce a una fiabilidad del 100%, sino a un

⁴⁵ Andrés Ibáñez, P., “Sobre prueba y motivación”, *ob. cit.*, p. 79.

grado de probabilidad concreto⁴⁶, pero, con todo, parece que el conocimiento que aporta es más sólido que el que pueda aportar la observación por parte del juez de, por ejemplo, el sonrojo de un testigo, o de la víctima del presunto delito⁴⁷. En definitiva, no se puede establecer apriorísticamente el mayor valor probatorio de un tipo de prueba sobre otro. Como decimos los gallegos, depende.

⁴⁶ “Cuando la huella dactilar llega a un porcentaje de certidumbre tal que para encontrar 17 coincidencias morfológico-topográficas en la palma de la mano habría que analizar 17.179.869.184 personas y el ADN en la prueba de la paternidad alcanza hoy día una probabilidad del 99.9%, que en nuestra escala virtual de Bentham podríamos calificar con el número 9, se hace difícil exigir otro elemento corroborante para estimar la prueba. De todos modos esta preocupación es más bien teórica ya que raras veces en estos casos la presunción monobásica se encuentra desconectada de cualquier otro tipo de *principio o elemento de prueba*”: Muñoz Sabaté, L., *Curso de probática judicial*, La Ley, Madrid, 2009, pp. 145-146. Sobre las cautelas que deben tenerse ante las pruebas científicas, vid. Gascón Abellán, M. y Lucena Molina, J.J., “Pruebas científicas: la necesidad de un cambio de paradigma”, *Jueces para la democracia*, 69 (2010), pp. 95-106.

⁴⁷ “...la expresión de embarazo o de zozobra ante una determinada pregunta será, sin duda, para el que la formula, un aviso claro de que podría resultar comprometedor para el interrogado y, por consiguiente, un estímulo para persistir en la misma línea de indagación. Pero tales datos de observación, esencialmente ambiguos, carecen de aptitud en sí mismos para prestar base a una convicción racional justificable, de quien, como el juez, ni es especialista en su examen ni dispone de los antecedentes, clínicos o de otra índole, que pudieran dar alguna solidez a tales elementos. Y es más que probable que, ni siquiera contando con ese plus de información sobre los mismos y con la adecuada habilitación técnica, pudiese hacerlos rendir en el marco formalizado y el tiempo breve de una única declaración en la vista”: Andrés Ibáñez, P., “Sobre prueba y motivación”, *ob. cit.*, pp. 87-88. Vid. también Gorphe, F., *La crítica del testimonio*, trad. de Mariano Ruiz Funes, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1980.

Bibliografía

- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, *Doxa*, 12 (1992), pp. 257-299.
- “Sobre el valor de la intermediación. (Una aproximación crítica)”, *Jueces para la democracia*, 46 (2003), pp. 57-74.
 - “Sobre prueba y motivación”, en Taruffo, M., Andrés Ibáñez, P. y Candau Pérez, A., *Consideraciones sobre la prueba judicial*, 2ª ed., Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010, pp. 47-96.
- BENTHAM, J., *Tratado de las pruebas judiciales*, compilado por Esteban Dumont y traducido al castellano con comentarios por Baltasar Anduaga Espinosa, Tomo I, Madrid, 1843.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *Prueba y presunción de inocencia*, Iustel, Madrid, 2005.
- FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez et al., Trotta, Madrid, 1995.
- GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el Derecho: bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”, en Ortega, Santiago (ed.), *Proceso, prueba y estándar*, Ara Editores, Lima, 2009, pp. 17-30.
- GASCÓN ABELLÁN, M. y LUCENA MOLINA, J.J., “Pruebas científicas: la necesidad de un cambio de paradigma”, *Jueces para la democracia*, 69 (2010), pp. 95-106.
- GORPHE, F., *La crítica del testimonio*, trad. de Mariano Ruiz Funes, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1980.
- IGARTUA SALAVERRÍA, J., *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- MUÑOZ SABATÉ, L., *Curso de probática judicial*, La Ley, Madrid, 2009.
- NICOLÁS, J.A., y FRÁPOLLI, M^a J. (eds.), *Teorías de la verdad en el siglo XX*, Tecnos, Madrid, 1997.
- SANGUINETI, L., *La valutazione della prova penale*, Giuffrè, Milano, 1979.
- TARSKI, A., “La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica”, trad. de Mario Bunge, Emilio O. Colombo, Estela Arias y Lilia Fornasari, en Bunge, Mario (comp.), *Antología semántica*, Nueva Visión, Buenos Aires, 1960, pp. 111-157.
- TARUFFO, M., “Consideraciones sobre prueba y motivación”, en Taruffo, M., Andrés Ibáñez, P. y Candau Pérez, A., *Consideraciones sobre la prueba judicial*, ob. cit., pp. 17-46.
- “Una alternativa a las alternativas: patrones para la solución de conflictos”, en Taruffo, M., Andrés Ibáñez, P. y Candau Pérez, A., *Consideraciones sobre la prueba judicial*, ob. cit., pp. 97-128.

WRÓBLEWSKI, J., *Sentido y hecho en el derecho*, trad. de Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas y Juan Igartua Salaverría, Editorial de la Universidad del País Vasco, publicado en colaboración con el laboratorio de Sociología Jurídica de San Sebastián, San Sebastián, 1989.

Razonamiento abductivo y prueba judicial*

Pablo R. Bonorino

INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo es reconstruir los argumentos probatorios utilizados en la justificación de las decisiones judiciales como razonamientos abductivos, con la finalidad de dotar de contenido a las llamadas “reglas de la sana crítica” a las que alude la dogmática procesal. En este trabajo tomaré como punto de partida los trabajos pioneros de Peirce sobre la naturaleza de la abducción y propondré una reconstrucción racional de los argumentos probatorios que facilite la evaluación de su solidez. Sostendré que entender los argumentos probatorios como abducciones permite dotar de contenido a las llamadas “reglas de la sana crítica” (uno de los elementos fundamentales —según la mayoría de los procesalistas— para aumentar el control racional en un procedimiento judicial).

1. ABDUCCIÓN Y LÓGICA

El primer filósofo que defendió la existencia de un tipo de argumento válido diferenciable de la deducción y de la inducción, llamado “abducción o hipótesis”, fue Charles Sanders Peirce¹. Peirce utiliza la expresión con alcances distintos a lo largo de su producción. En este trabajo sólo tomaré en cuenta el uso que hace en el

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto DER2010-19897-C02-02, financiado por el MICINN y FEDER y titulado “Razonamiento abductivo y argumentación judicial”.

¹ Peirce, Charles S., *Collected Papers*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 1960.

contexto de sus investigaciones lógicas, con lo que la “abducción” será considerada un tipo de argumento.

Dado que el interés inicial de Peirce es ampliar la lista de categorías kantianas en la construcción de la estructura que crea las posibilidades de todo conocimiento, y dado que en Kant la lógica ocupa un lugar importantísimo en dicha tarea, la estrategia de Peirce asume sus principales presupuestos. Para Kant, el tipo de inferencia deductiva irreductible era *Barbara*; por ello, Peirce —a los efectos de ampliar esa lista— agrega la inducción y la abducción a partir de combinaciones de los enunciados que componen dicha estructura silogística, a los que denomina “Regla”, “Caso” y “Resultado” según su ubicación. La distinción entre deducción, inducción y abducción se puede mostrar de la siguiente manera:

<i>Deducción (Barbara)</i>	<i>Inducción</i>	<i>Abducción</i>
<i>Regla</i>	<i>Caso</i>	<i>Regla</i>
<i>Caso</i>	<i>Resultado</i>	<i>Resultado</i>
<i>Resultado</i>	<i>Regla</i>	<i>Caso</i>

La manera informal en la que presenta sus ideas es la que se suele encontrar en la mayoría de los textos que tratan el tema: me refiero al famoso ejemplo de las judías y el saco tomado de sus *Collected Papers* (2.623):

<i>Deducción</i>	<i>Inducción</i>	<i>Abducción</i>
Premisa 1: [Regla] Todas las judías que proceden de este saco son blancas. Premisa 2: [Caso] Estas judías proceden de este saco. Conclusión: [Resultado] Estas judías son blancas.	Premisa 1: [Caso] Estas judías proceden de este saco. Premisa 2: [Resultado] Estas judías son blancas. Conclusión: [Regla] Todas las judías que proceden de este saco son blancas.	Premisa 1: [Regla] Todas las judías que proceden de este saco son blancas. Premisa 2: [Resultado] Estas judías son blancas. Conclusión: [Caso] Estas judías proceden de este saco.

Pero a pesar de ser un ejemplo muy famoso, y aparentemente muy claro, debemos examinar con detalle cuál es el fundamento lógico de esta caracterización. En un artículo publicado en 1867 y denominado “Sobre la clasificación natural de los argumentos”², Peirce justifica la existencia de tres razonamientos irreductibles: deducción, inducción y abducción (o hipótesis). Dicha justificación se lleva a cabo en términos exclusivamente lógicos, pero tomando como única referencia la silogística de tradición aristotélica.

En cuanto al tipo de investigación que llevará a cabo dice: “Desde este punto de vista, aquella forma de investigación lógica que opera sobre formas silogísticas es preferible a otra, con la que suele confundírsela a menudo, cuyo objetivo es enunciar principios lógicos”³. La fórmula general de todo argumento para Peirce es silogística, pues “toda proposición puede expresarse, al menos de un modo, mediante la forma S es P ”⁴. Llamará, por lo tanto, argumento silogístico, a todo argumento simple, completo y válido de la siguiente estructura: M es P ; S es M ; por lo tanto, S es P . Esto significa “que los términos de todo argumento silogístico cumplen las funciones de sujeto y predicado que aquí se indican, y no... que el argumento puede expresarse gramaticalmente de este modo”⁵. El argumento deductivo por excelencia al que podrán reducirse los otros esquemas silogísticos válidos es el modo *Barbara* en la primera figura, que puede representarse de la siguiente manera:

Todo M es P

Todo S es M

Todo S es P

² *Id.*, “Sobre la clasificación natural de los argumentos”, en *Escritos lógicos*, trad. de Pilar del Castillo, Alianza, Madrid, 1968, pp. 35-65.

³ *Ibidem*, p. 36.

⁴ *Ibidem*, p. 37.

⁵ *Ibidem*, pp. 38-39.

Según Peirce, “a las tres proposiciones que se relacionan entre sí como la premisa mayor, la menor y la conclusión del silogismo de la primera figura se les puede llamar respectivamente, Regla, Caso y Resultado”⁶. Esta terminología es deudora, en parte, de la forma en la que Kant aludía a los modos válidos de la primera figura (*Barbara*, *Celarent*, *Darii*, *Ferio* y subalternos). En todos ellos consideraba presente el mecanismo de la subsunción: se establece una regla o ley general (positiva o negativa) en la premisa mayor, en la premisa menor se afirma que algo cumple cierta condición, y se concluye que —por ello— queda incluido o excluido de la regla inicial.

A partir de considerar las formas válidas que denomina inducción formal e hipótesis formal (o razonamiento a partir de una definición⁷), Peirce describe las variantes de inferencia probable de las mismas. “Esta forma de razonar no da ninguna probabilidad determinada a esos tipos de inferencia, pero es preciso considerar que, por débil que pudiera haber sido en un principio la inferencia sintética, si tuviera la menor tendencia positiva a producir verdad, la iría fortaleciendo progresivamente, gracias al establecimiento de premisas cada vez más seguras”⁸.

Las reglas que rigen la inducción e hipótesis válidas son las siguientes:

“1. El silogismo explicativo, es decir, el silogismo deductivo, una de cuyas premisas se infiere inductiva o hipotéticamente de la otra y de su conclusión, ha de ser válido.

2. La conclusión no ha de considerarse como absolutamente verdadera, sino sólo en la medida en que pueda mostrarse, en el caso de la inducción, que S' se ha tomado de alguna clase más restringida que M o, en el caso de la hipótesis, que P' se ha tomado de alguna clase más alta que M . [Inducción e hipótesis formal respectivamente].

3. De la última regla se sigue como corolario que, en el caso de la inducción, el sujeto de las premisas ha de ser una suma de sujetos, y que en el caso de la hipótesis, el predicado de las premisas ha de ser una conjunción de predicados.

⁶ *Ibidem*, p. 41.

⁷ *Ibidem*, p. 58.

⁸ *Ibidem*, p. 59.

4. También se sigue que este agregado debe ser de diferentes objetos o cualidades, y no de meros nombres.

5. También se sigue que el único principio según el cual se pueden seleccionar los sujetos o predicados instanciados, es el de pertenencia a M^9 .

Finalmente, Peirce muestra cómo la inducción y la hipótesis pueden reducirse al tipo general del silogismo, dando lugar a los siguientes esquemas:

Inducción

S, S', S'' son P

Casi todo M tiene los caracteres comunes de S, S', S''

Por lo tanto, casi todo M es P.

Hipótesis

Todo lo que es a la vez P', P'', P''' es como M

S es P', P'', P''';

Por lo tanto, S es como M.

“Por consiguiente, la inducción puede definirse como un argumento que supone que una colección completa, de la que se han tomado al azar algunos casos, tiene todos los caracteres comunes de tales casos, y la hipótesis como un argumento que supone que un término que entraña necesariamente cierto número de caracteres, que han ido reuniéndose a medida que se presentaban sin ninguna selección, se puede predicar de todo objeto que tenga todos esos caracteres”¹⁰.

Si reconstruimos los respectivos “silogismos explicativos”, como los denomina Peirce (ver *supra* regla 1), de cada una de estas inferencias, encontraremos el motivo que lleva a representarlas en la mayoría de las obras que analizan el tema en términos de Regla, Caso y Resultado. Tengamos en cuenta que, para Peirce, “la explicación consiste en subsumir las cosas bajo leyes generales, o bajo clases generales”¹¹.

⁹ *Ibidem*, pp. 59-60.

¹⁰ *Ibidem*, p. 64.

¹¹ *Id.*, *El hombre, un signo*, Crítica, Barcelona, 1988, pp. 104.

<i>Silogismo explicativo de la Inducción</i>	<i>Silogismo explicativo de la Hipótesis</i>
Casi todo M es P. [Conclusión obtenida por inducción]	Todo lo que es a la vez P', P'', P''' es como M
S, S', S'' son P	S es como M [Conclusión obtenida por hipótesis]
Casi todo M tiene los caracteres comunes de S, S', S''	S es P', P'', P''';

Los silogismos explicativos pertenecen todos al modo *Barbara*. Si recordamos cómo denomina Peirce a cada una de sus premisas y su conclusión, obtenemos los siguientes gráficos, comunes en todos los trabajos que intentan explicar las ideas de Peirce:

<i>Deducción (Barbara)</i>	<i>Inducción</i>	<i>Hipótesis</i>
<i>Regla</i>	<i>Caso</i>	<i>Regla</i>
<i>Caso</i>	<i>Resultado</i>	<i>Resultado</i>
<i>Resultado</i>	<i>Regla</i>	<i>Caso</i>

Antes de continuar, es menester realizar dos comentarios: (1) los silogismos explicativos del modo *Barbara* que surgen no son deductivamente válidos, pues pertenecen a la segunda figura en la que el mencionado modo no da lugar a esquemas deductivos válidos; esto sólo puede salvarse acudiendo al concepto amplio de validez que maneja el autor; (2) si nos atenemos estrictamente a la terminología tal como la introduce el propio Peirce, “Regla”, “Caso” y “Resultado” corresponden a las premisas y a la conclusión de *Barbara* en la primera figura, por lo que no estaría justificada la utilización de estos términos para caracterizar la inducción y la hipótesis (que dan lugar a un silogismo de la segunda figura), sin alterar el alcance con los que Peirce los introdujo. Esto está avalado por el propio Peirce, cuando reconoce que: “Es evidente que el silogismo explicativo de una inducción o de una hipótesis puede ser de cualquier modo o

figura”¹², lo que parece hacer en tales casos inapropiada tal vía de caracterización. A pesar de esto, es común encontrarse con autores que proceden de esta manera para hacer fácilmente comprensible la distinción que postula Peirce. Seguiremos esta opción. Pero antes, debemos reflexionar sobre el otro concepto central para este trabajo: “las reglas de la sana crítica”.

2. TRAS LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA

En nuestros sistemas jurídicos, los jueces poseen la obligación de decidir las controversias que se someten a su conocimiento (dentro de los límites de su competencia) y de fundar sus decisiones en derecho (es decir en las normas que regulan las conductas de manera general). La sentencia es la pieza procesal mediante la cual se expresan y justifican las decisiones judiciales. En una versión muy simplificada, se podría reconstruir la sentencia judicial como un argumento en el que las premisas se encuentran en los considerandos (o fundamentos) y la conclusión coincide con el contenido del acto decisorio (parte resolutive). Una sentencia judicial debidamente fundada sería aquella capaz de presentar la resolución (norma individual) como derivada lógicamente de los enunciados pertenecientes al sistema jurídico (premisa normativa), de las definiciones utilizadas en su interpretación y de los enunciados que describen las circunstancias del caso (premisa fáctica). En palabras de Eugenio Bulygin, uno de los defensores más importantes de este tipo de reconstrucción, “justificar o fundar una decisión consiste en construir una inferencia o razonamiento lógicamente válido, entre cuyas premisas figura una norma general y cuya conclusión es la decisión”¹³. Esto no implica que el juez tome la decisión mediante un proceso deductivo, como bien aclaran Alchourrón y Bulygin: “lo que está

¹² *Id.*, “Sobre la clasificación natural de los argumentos”, *ob. cit.*, p. 61.

¹³ Bulygin, Eugenio, “Sentencia judicial y creación de derecho”, en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 355-369, p. 356.

lógicamente implicado por las premisas de un argumento correcto es el contenido de un (posible) acto de decisión y de esta manera se dirá que ese acto de decidir, una vez realizado, está justificado por las premisas del argumento”¹⁴.

Aunque comparto en líneas generales las ideas del profesor Bulygin, considero que la reconstrucción propuesta no capta 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. El modelo propuesto no da cuenta de la justificación de las premisas utilizadas en el argumento. Las normas procesales exigen que el juez dé 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 nos hemos propuesto analizar, una de esas exigencias a la hora de fundamentar el fallo es que la verdad de la premisa fáctica utilizada en la sentencia se justifique racionalmente a partir de los hechos probados durante el proceso, y ésta 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. Esto muestra que la reconstrucción del significado de la expresión propuesta por Bulygin presenta un modelo excesivamente simplificado, pues no parece dar cuenta de esa exigencia. Es necesario ampliar este esquema para dar cabida a los procesos de justificación de las premisas utilizadas en la fundamentación de la decisión, y especialmente aquellos relacionados

¹⁴ Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, “Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico”, *ibidem*, pp. 303-328, p. 304.

con la prueba de la verdad de la premisa que describe los hechos relevantes del caso¹⁵.

El mismo Bulygin ha analizado circunstancialmente algunos aspectos de la cuestión en el artículo redactado en colaboración con el profesor Alchourrón, citado anteriormente. Sin embargo, 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 el campo del Derecho Penal 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 líneas generales, se puede afirmar que en las teorías tradicionales de la prueba en el proceso penal existe coincidencia en las siguientes cuatro tesis:

1. Uno de los objetivos del proceso penal es determinar la verdad o falsedad de la hipótesis delictiva que le dio origen;
2. La verdad consiste en la concordancia entre el pensamiento y los objetos, o entre las ideas y las cosas;
3. La conciencia del juez se encuentra al inicio del proceso en una especie de *tabula rasa*, y es impactada por las pruebas introducidas al proceso, lo que genera en el mismo diversos estados subjetivos como son la duda, la probabilidad y la certeza, siendo sólo este último el que permite dictar una sentencia condenatoria;
4. El control racional tendiente a eliminar la discrecionalidad judicial en esta tarea, está 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

¹⁵ Esta necesidad parece ser reconocida por el mismo profesor Bulygin cuando en una nota al pie de página sostiene que, al referirse a la creación de normas por los jueces, “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, Eugenio, “Sentencia judicial y creación de derecho”, *ob. cit.*, p. 362.

sana crítica”, a los efectos de determinar el grado de acercamiento a la verdad que de las mismas cabe inferir.

Este sistema de valoración de la prueba llevó a suprimir las reglas que regían en el anterior sistema de valoración denominado “sistema de prueba tasada”. 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 qué consisten las mismas. La gran mayoría de los doctrinarios que se han ocupado de las cuestiones probatorias, se limitan a definir las 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. Muchos dan por cerrado el tema, remitiendo como última explicación posible a “las reglas del recto entendimiento humano”¹⁶.

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 semántico 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

¹⁶ Maier, por dar sólo un ejemplo, sostiene que “...se reconoce que una sentencia está fundada, al menos en lo que hace a la reconstrucción histórica de los hechos, cuando menciona los elementos de prueba a través de los cuales arriba racionalmente a una determinada conclusión fáctica, esos elementos han sido válidamente incorporados al proceso y son aptos para ser valorados (legitimidad de la valoración), y exterioriza la valoración probatoria, esto es, contiene la explicación del por qué de la conclusión, siguiendo las leyes del pensamiento humano (principios lógicos de igualdad, contradicción, tercero excluido y razón suficiente), de la experiencia y de la psicología común”. En la nota 217, agrega: “...Estas son reglas propias del sistema de libre convicción o sana crítica en la valoración de la prueba...”: Maier, Julio B.J., *Derecho procesal penal argentino. Tomo 1. Fundamentos*, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, pp. 243-244.

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. Como señalara oportunamente el profesor Carlos Alchourrón: “es realmente asombroso que una caracterización, en cierto modo, tan errada como la que ofrece la definición psicologista de la lógica tuviera un consenso tan amplio y duradero, que fuera necesario para descartarla la enorme tarea y dedicación que a fines del siglo pasado y principios del actual pusieron Frege y Husserl en la lucha anti-psicologista en cuanto a la definición de la lógica... 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...”¹⁷.

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. En este trabajo intentaremos dar un primer paso para dotar de contenido a estas exigencias de racionalidad; partiremos de algunas situaciones paradigmáticas tomadas

¹⁷ Alchourrón, Carlos E., “Concepciones de la lógica”, en Alchourrón, C.E., Méndez, J.M. y Orayen, R. (eds.), *Lógica*, Trotta-C.S.I.C., Madrid, 1995, pp. 13-14.

del derecho penal, pero consideramos que los resultados obtenidos serán generalizables a otro tipo de causas.

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)¹⁸.

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 tener relación con la intención o disposición anímica que permiten inferir¹⁹.

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

¹⁸ Así ocurre, por ejemplo, en la Ley 23.737 que regula el tráfico de estupefacientes en Argentina.

¹⁹ Hassemer, Winfried, *Fundamentos del derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1984, pp. 227 y ss.

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 anterior 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 aquéllos 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 referencia 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 judicial²⁰. Las premisas tácitas son las *reglas* a las que se alude con la denominación genérica de “reglas de la sana crítica”.

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 dilucidación.

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

²⁰ Un tratamiento más detallado de todas estas cuestiones puede verse en Bonorino, Pablo Raúl, “Lógica y prueba judicial”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 16 (1999), Madrid, pp. 15-24.

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 acreditada la “intención de comerciar” de la 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 encontró 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.
4. K. no hacía uso constante del departamento, sino que entraba y salía esporádicamente, preferentemente durante el día, permaneciendo poco tiempo en el lugar.
5. Al salir del departamento el día de la detención se le encontraron 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 ciertos enunciados tácitos o

reglas. Con ellos se pueden reconstruir los siguientes argumentos utilizables para la fundamentación de la premisa fáctica en el caso²¹:

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 encontró 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.

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.

²¹ Tomaré como ejemplo sólo algunos de los argumentos que se pueden construir con los enunciados fácticos enumerados anteriormente, pues no nos importa analizar el caso hipotético que hemos planteado, sino las reflexiones con validez general que de su estudio se pueden extraer.

(Regla) Las sustancias 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 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 ex-

plicativa 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 planteamiento 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 personas 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 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 éstos 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 dé 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 decidiría por aquella que constituyera 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 pudiera considerarse verdadera.

3. ABDUCCIÓN Y SANA CRÍTICA

¿Qué podemos afirmar en relación con la naturaleza de las reglas de la sana crítica a partir del análisis precedente? Para poder contestar esta pregunta, conviene que digamos algo más sobre los razonamientos involucrados en la justificación de los hechos en el proceso judicial. Tanto los argumentos contruidos con los llamados enunciados-indicadores, más las reglas tácitas como premisas [Argumentos 1-3], como la inferencia que se construye con sus respectivas conclusiones para apoyar la verdad de la hipótesis delictiva [Argumento 4], pueden ser considerados *abducciones*²².

Como vimos en la primera sección de este trabajo, Peirce justifica la existencia de tres razonamientos irreductibles: deducción, inducción y abducción. Dicha justificación se lleva a cabo en términos exclusivamente lógicos, pero tomando como única referencia la silogística de tradición aristotélica. Recordémosla brevemente antes de continuar la exposición.

La deducción tiene la siguiente estructura:

(Premisa 1) Regla

(Premisa 2) Caso

(Conclusión) Resultado

Por ejemplo, “Todas las bolas de este saco son rojas” (P1). “Esta bola estaba en este saco” (P2). Por ende, “Esta bola es roja” (C).

La inducción responde a la siguiente forma:

(Premisa 1) Caso

(Premisa 2) Resultado

(Conclusión) Regla

²² Un análisis detallado sobre la naturaleza de la abducción puede verse en Bonorino, Pablo Raúl, “Sobre la abducción”, *Doxa*, 14 (1993), Alicante, pp. 207-241.

Siguiendo con el ejemplo anterior: “Esta bola estaba en este saco” (P1). “Esta bola es roja” (P2), de lo que se puede inferir que “Todas las bolas de este saco son rojas” (C).

La abducción, para Peirce, constituye un tipo de argumento válido distinto a los dos anteriores, pues su estructura lógica es la siguiente:

(Premisa 1) Regla

(Premisa 2) Resultado

(Conclusión) Caso

En nuestro ejemplo: “Todas las bolas de este saco son rojas” (P1). “Esta bola es roja” (P2), de lo que se deriva “Esta bola estaba en este saco” (C).

En los trabajos dedicados a explicar las inferencias abductivas se suele explorar el procedimiento utilizado paradigmáticamente en las novelas policiales, pues pareciera ser el mismo que se emplea en cualquier investigación tendiente a resolver un problema. Quienes han sostenido que la tarea probatoria puede reconstruirse como una operación a la que denominan “abducción” o “retroducción”, toman como base dichos trabajos en los que se postula el paralelismo entre la tarea del detective y la del investigador científico con el objetivo de lograr un aporte a la metodología de la investigación científica²³. El punto de partida de todas estas propuestas suele hallarse en los trabajos realizados por Peirce, pero incorporando como complemento los trabajos posteriores de autores como Norwood Hanson²⁴.

²³ Vid. Eco, Umberto, “Cuernos, cascos, zapatos: algunas hipótesis sobre tres tipos de abducción”, en Eco, Umberto y Sebeok, Thomas (eds.), *El signo de los tres*, trad. de E. Busquets, Lumen, Barcelona, 1989, pp. 265-294; Ginzburg, Carlo, “Morelli, Freud y Sherlock Holmes: indicios y método científico”, *ibidem*, pp. 116-163; y Hintikka, Jaakko, “Sherlock Holmes formalizado”, *ibidem*, pp. 230-240.

²⁴ Hanson, Norwood Russell, *Patrones de descubrimiento. Observación y explicación*, trad. de Enrique García Camarero y Antonio Montesinos, Alianza, Madrid,

Peirce sostiene que, al encontrarnos con un fenómeno que nos resulta problemático o sorprendente, intentamos comúnmente explicarlo utilizando enunciados que relacionan conceptos que nos son familiares o conocidos. Para Peirce, una persona en esta situación procede de la siguiente manera: examina las características del fenómeno sorprendente y “advierte algún carácter o relación especial entre ellas, que de inmediato reconoce como característico de un concepto que ya está almacenado en su mente, de manera que avanza una teoría que *explique* (es decir, que haga necesario) lo que resulta sorprendente en el fenómeno. (2:776)”²⁵. Peirce sostiene que en la abducción “un número de caracteres pertenecientes a un tipo determinado se encuentra en un objeto, de lo que se infiere que todos los caracteres de ese tipo pertenecen al objeto en cuestión”, pero al mismo tiempo reconoce que “los caracteres no son susceptibles de una simple enumeración como los objetos” y que los mismos “se agrupan en categorías”, por lo que “cuando formulamos una hipótesis (...) examinamos sólo una sola serie de caracteres, o tal vez dos o tres, y no tomamos ningún espécimen de las otras series. (2.632)”²⁶.

Hanson, por su parte, precisa esta descripción y resalta el acento conceptual de la abducción, a la que denomina “retroducción” como también solía hacerlo Peirce. Desde que se detectan ciertas anomalías a partir del marco de referencia, se procede a buscar la premisa que permita hacer inteligibles dichos datos. Esto se logra operando desde el marco de referencia, es decir, subsumiendo los fenómenos en conceptos conocidos, que a su vez permitan ligarlos mediante inferencias con fenómenos normales; o bien, operando sobre el marco de referencia, postulando nuevos conceptos (tam-

1985.

²⁵ Harrowitz, Nancy, “El modelo policíaco: Charles S. Pierce y Edgar Allan Poe”, en Eco, Umberto y Sebeok, Thomas, (eds.), *El signo de los tres, ob. cit.*, pp. 241-264.

²⁶ Sebeok, Thomas y Umiker-Sebeok, Jean, “Ya conoce usted mi método: una confrontación entre Charles S. Peirce y Sherlock Holmes”, *ibidem*, pp. 31-81, p. 48.

bién se pueden redefinir los conceptos conocidos) que sistematicen las observaciones, integrándolas al modelo. El marco de referencia delimita un ámbito de conjeturas plausibles, el que puede ir acotándose mediante la formulación de “protohipótesis”, dentro del cual probablemente estará la solución que buscamos.

Tanto Hanson como Peirce aceptan que, tanto para poner a prueba una hipótesis formulada, como para escoger entre hipótesis alternativas, lo que se debe hacer es confrontar dichas hipótesis con la realidad, a través de las consecuencias lógicas que de ellas se derivan. Sintetizando, podemos decir que el procedimiento puede ser descrito de la siguiente manera:

1. Se toma una serie (o series) de caracteres presentes en el fenómeno sorprendente o problemático, tratando de incluir la mayor cantidad posible de información sobre el mismo;
2. Se lo subsume en algún concepto conocido que reúna esos caracteres entre sus propiedades definitorias, o bien se opera sobre el marco de referencia postulando nuevos conceptos, o redefiniendo los existentes para que incluyan en su esfera de significado al fenómeno problemático;
3. Se utilizan los enunciados que relacionan los conceptos escogidos con otros para explicar el fenómeno sorprendente, haciéndolo de esta manera inteligible desde nuestro marco teórico;
4. La selección, cuando tenemos más de una alternativa disponible, se lleva a cabo rechazando aquellas explicaciones poco plausibles y entre hipótesis equiprobables, acudiendo a la contrastación empírica a los efectos de determinar cuál de todas es verdadera²⁷.

²⁷ Esta caracterización del procedimiento nos pone ante el problema de determinar en qué medida la abducción se puede diferenciar de los denominados razonamientos inductivos o por analogía. Sin embargo, no podemos entrar a considerar la cuestión en el marco de este trabajo. Vid. Bonorino, Pablo Raúl, “Sobre la abducción”, *ob. cit.*

Un aporte interesante en la cuestión que nos ocupa es el realizado por Umberto Eco. Sostiene que en el planteo que hace Peirce de las abducciones, "...el problema no reside en encontrar primero el Caso o la Regla, sino en cómo obtener la Regla y el Caso *al mismo tiempo*, puesto que están inversamente relacionados, ligados entre sí por una especie de quiasmo, donde el término medio es la piedra angular de todo el movimiento inferencial"²⁸.

Puede parecer extraña la terminología empleada, que proviene de los trabajos de Peirce en los que intenta probar el carácter de inferencia lógicamente válida de la abducción (ver *supra*). Pero la misma puede ser traducida a la forma en que venimos exponiendo la cuestión, si entendemos de la siguiente manera las expresiones de Eco: "Resultado" es el enunciado que expresa las características del fenómeno problemático que se consideran relevantes para su explicación; la "Regla" es el enunciado que permite realizar la explicación, pues presenta al concepto en el que se ha subsumido el fenómeno problemático, relacionado con otros conceptos de nuestro marco teórico, y el "Caso" es el enunciado que contiene la explicación.

En la reconstrucción de los argumentos para probar la intención de K. se puede observar lo señalado por Hanson cuando resaltaba la importancia del marco de referencia para la delimitación del ámbito de conjeturas plausibles, ya que en la misma queda en evidencia que la Regla no sólo se utiliza para abducir el Caso, sino que cumple un papel crucial en la elección de los caracteres que se considerarán relevantes en el fenómeno problemático²⁹.

El grado de plausibilidad de las reglas utilizadas también varía, ya que algunas son más problemáticas que otras. Sin embargo, el carácter conjetural de la Regla que se propone para realizar la inferencia

²⁸ Eco, Umberto, "Cuernos, cascos, zapatos: algunas hipótesis sobre tres tipos de abducción", *ob. cit.*, p. 272.

²⁹ Cf. Harrowitz, Nancy, "El modelo policiaco: Charles S. Pierce y Edgar Allan Poe", *ob. cit.*, p. 255.

abductiva lleva a que incluso en los casos en los que la Regla parece de aplicación evidente, la inferencia basada en dicha hipótesis no permita arribar jamás a una certeza.

En otro aporte importante para el análisis del tema, Eco distingue las abducciones por el grado de codificación de la Regla utilizada en la inferencia de la siguiente manera:

(1) *Hipótesis o abducción hipercodificada*: en este tipo de abducción, la regla viene dada de manera automática o semiautomática, y se la denomina regla o ley codificada. En general, establecen una correlación entre una clase de eventos y la clase de sus causas posibles; por ejemplo, la marca de un casco sobre la tierra que se enlaza con el paso de un caballo o la caída de una rama que significa que alguna fuerza exterior ha actuado sobre ella. En el caso de K., la regla que permite inferir el fraccionamiento de estupefacientes con los objetos hallados en el departamento a partir de la constatación de restos de cocaína en ellos, puede ser considerada una *regla hipercodificada*.

Sin embargo, una vez realizadas todas las abducciones hipercodificadas a nuestro alcance, sólo conocemos algo que ya sabíamos, esto es, que ciertos fenómenos remiten a cierta clase de causas. Poseemos una serie de hechos sorprendentes sin conexión entre sí, y todo intento de explicar dichos fenómenos requerirá de un segundo tipo de abducciones.

(2) *Abducción hipocodificada*: en las abducciones hipocodificadas, la regla debe seleccionarse de entre una serie de reglas equiprobables puestas a nuestra disposición por el conocimiento corriente del mundo. En el caso de K., los argumentos [1] y [2] presuponen *reglas hipocodificadas*.

Para presentar un cuadro coherente general que dé cuenta de todos los fenómenos recogidos, es necesario construir una historia a partir de aceptar ciertos enunciados plausibles que los relacionen. Del carácter de estos últimos dependerá la economía y la verosimilitud de la historia. Pero esta verosimilitud será solamente textual. Esto significa que se decide interpretar los datos que se poseen como si estuvieran relacionados armoniosamente, construyendo un

mundo posible en el plano conceptual. Pero esto no implica que la hipótesis textual sea cierta. Para determinar el valor de verdad de la misma se necesita realizar una *meta-abducción*, esto es, hipotetizar que los agentes del mundo textual corresponden a agentes determinados del mundo real, transformando de esta manera la historia construida en un conjunto de enunciados empíricos susceptibles de ser verdaderos o falsos.

(3) *Meta-abducción*: La meta-abducción “consiste en decidir si el universo posible delineado por nuestras abducciones de primer nivel es el mismo que el universo de nuestra experiencia”. (Eco 1983:277). Esto es lo que se realiza en [4], cuando se acepta la verdad del relato de los hechos reconstruido a partir de los argumentos abductivos [1-3], y se lo utiliza como fundamento de la premisa fáctica en una decisión judicial.

Los detectives de ficción suelen apostar al resultado de sus abducciones creativas sin esperar la verificación de las mismas. Los científicos, en cambio, deben acceder a este nivel examinando las consecuencias de la hipótesis adoptada en relación con los hechos verificables con los que cuentan. Esta particularidad, que ya ha sido enfatizada por Peirce y Hanson, implica deducir de las hipótesis adoptadas la mayor cantidad posible de enunciados contrastables empíricamente, a los efectos de determinar su concordancia con el mundo real que se intenta explicar.

Massimo Bonfantini y Giampaolo Proni, luego de realizar una reconstrucción de las operaciones realizadas por Sherlock Holmes en la novela “Un Estudio en Escarlata”, sostienen que las abducciones de Holmes se caracterizan porque: (i) intentan determinar la causa particular de un hecho particular; (ii) el papel institucional del detective lo obliga a trabajar con hipótesis poco riesgosas, a diferencia de lo que Peirce sugiere para el científico; (iii) las hipótesis utilizadas pueden clasificarse de acuerdo al código referencial en que se sostengan, en: (a) ciencias experimentales; (b) técnicas elaboradas por Holmes; (c) conocimiento de la vida cotidiana; (d) conocimiento de sentido común sobre la lógica del comportamien-

to; y (iv) todas sus hipótesis responden a los principios de solidez y simplicidad, aún a costa de la originalidad que permite el avance científico³⁰.

Estas características asimilan los procedimientos del detective a las tareas del juez tendientes a determinar la hipótesis fáctica sobre la que apoyar el razonamiento justificatorio de la decisión judicial, dado que el papel institucional que cumplen es muy similar.

Este papel institucional es lo que veda por lo general a los jueces la posibilidad de formular hipótesis audaces que impliquen recomponer semánticamente el marco de referencia o utilizar reglas poco plausibles para explicar el fenómeno problemático, y que, como señalara Hanson, son las operaciones que han llevado a la mayoría de los descubrimientos científicos revolucionarios. Los jueces, al decidir sobre la culpabilidad de un hombre, deben inclinarse por las historias más verosímiles, menos imaginativas, y que den cuenta de todos los hechos probados en el proceso.

Pero, al mismo tiempo, los jueces comparten una característica del trabajo de los científicos: están sujetos a la exigencia de verificar empíricamente sus hipótesis, pues las mismas deben ser verdaderas, y no sólo plausibles, para que puedan ser utilizadas como premisas fácticas de un razonamiento normativo que dé lugar a lo que denominamos una “sentencia fundada o justificada” en el inicio de este trabajo.

4. CONCLUSIONES

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.

³⁰ Bonfantini, Massimo y Proni, Giampaolo, “To guess or not to guess?”, en Eco, Umberto y Sebeok, Thomas (eds.), *El signo de los tres*, ob. cit., pp. 164-184.

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 utilización³¹.

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 causa³². Una explicación que no puede dar cuenta de todos los

³¹ Vid. Bonorino, Pablo Raúl, "Lógica y prueba judicial", *ob. cit.*

³² Binder, Alberto, "El relato del hecho y la regularidad del proceso: la función constructiva y destructiva de la prueba penal", *Doctrina Penal*, 13 (1990), pp. 76-103.

hechos relevantes que se consideran probados en la causa no puede ser utilizada para justificar la premisa fáctica de un razonamiento judicial³³.

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. Del grado de codificación que posean, dependerá el tipo de convicción que sean capaces 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 trabajo 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. Se debería continuar esta línea de investigación tratando de aislar y sistematizar esas re-

³³ La relevancia de un hecho respecto de una hipótesis delictiva también depende de la relación lógica que guarda con las propiedades definitorias del caso.

glas, clasificándolas según las situaciones fácticas en las que se empleen con mayor frecuencia y tratando de determinar el grado de probabilidad que son capaces de transmitir en el seno de la decisión judicial.

Bibliografía

- ALCHOURRÓN, Carlos E., “Concepciones de la lógica”, en Alchourrón C.E., Méndez, J.M. y Orayen, R. (eds.), *Lógica*, Madrid, Trotta-C.S.I.C., 1995.
- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, “Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico”, en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 303-328.
- BONFANTINI, Massimo y PRONI, Giampaolo, “To guess or not to guess?”, en Eco, Umberto y Sebeok, Thomas (eds.), *El signo de los tres*, trad. de E. Busquets, Lumen, Barcelona, 1989, pp. 164-184.
- BONORINO, Pablo Raúl, “Sobre la abducción”, *Doxa*, 14 (1993), Alicante, pp. 207-241.
- “Lógica y prueba judicial”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 16 (1999), Madrid, pp. 15-24.
- BULYGIN, Eugenio, “Sentencia judicial y creación de derecho”, en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, ob. cit., pp. 355-369.
- ECO, Umberto, “Cuernos, cascos, zapatos: algunas hipótesis sobre tres tipos de abducción”, en Eco, Umberto y Sebeok, Thomas (eds.), *El signo de los tres*, ob. cit., pp. 265-294.
- GINZBURG, Carlo, “Morelli, Freud y Sherlock Holmes: indicios y método científico”, en Eco, Umberto y Sebeok, Thomas, (eds.), *El signo de los tres*, ob. cit., pp. 116-163.
- HANSON, Norwood Russell, *Patrones de descubrimiento. Observación y explicación*, trad. de Enrique García Camarero y Antonio Montesinos, Alianza, Madrid, 1985.
- HARROWITZ, Nancy, “El modelo policíaco: Charles S. Pierce y Edgar Allan Poe”, en Eco, Umberto y Sebeok, Thomas, (eds.), *El signo de los tres*, ob. cit., pp. 241-264.
- HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1984.
- HINTIKKA, Jaakko, “Sherlock Holmes formalizado”, en Eco, Umberto y Sebeok, Thomas (eds.), *El signo de los tres*, ob. cit., pp. 230-240.
- MAIER, Julio B.J., *Derecho procesal penal argentino. Tomo 1. Fundamentos*, Hammurabi, Buenos Aires, 1989.
- PEIRCE, Charles S., *Collected Papers*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 1960.
- “Sobre la clasificación natural de los argumentos”, en *Escritos lógicos*, trad. de Pilar del Castillo, Alianza, Madrid, 1968, pp. 35-65 (edición original: “On the Natural Classification of Arguments”, *Proceedings of the American Academy of Arts and Sciences*, vol. 7, 1867, pp. 284-312. También incluido en *Collected Papers*, Vol. 2, pp. 284-312).

- *El hombre, un signo. El pragmatismo de Peirce*, trad. de José Vericat, Crítica, Barcelona, 1988.
- SEBEOK, Thomas y UMIKER-SEBEOK, Jean, “Ya conoce usted mi método: una confrontación entre Charles S. Peirce y Sherlock Holmes”, en Eco, Umberto y Sebeok, Thomas (eds.), *El signo de los tres*, *ob. cit.*, pp. 31-81.

Razonamiento judicial a partir de precedentes*

Victoria Iturralde

1. PLANTEAMIENTO

Los análisis del razonamiento judicial asumen que el *objeto* de interpretación es la ley, es decir, enunciados jurídicos (disposiciones) que provienen del legislador (Parlamento y Gobierno) y que son publicadas en un boletín oficial, texto que constituye el objeto de interpretación y aplicación. Las decisiones judiciales (precedentes) son analizadas únicamente en cuanto *resultado* aplicativo, y no como constitutivas de la premisa normativa de dicho razonamiento. Esto responde más a una concepción ideológica acerca de la función que *deben* desempeñar los jueces y a la falta de legitimación de éstos para crear derecho, que a una visión realista del papel que los precedentes tienen como fuente del derecho.

Para precisar cuál es la relevancia de los precedentes, distinguiré las tres funciones que pueden desempeñar. De un lado, la de *fuentes formal* del derecho, en un sentido similar a la ley. En este sentido se habla de “relevancia formal”, es decir, del papel que los precedentes *deben* tener respecto de futuras decisiones judiciales. La relevancia formal del precedente depende de lo que establezcan las normas jurídicas; en otras palabras, del sistema de fuentes del derecho de cada ordenamiento jurídico.

De otro lado, los precedentes tienen la función de *fuentes material* del derecho; se trata de la relevancia *empírica* de los precedentes: la

* El presente trabajo se encuadra dentro del Proyecto de Investigación financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación titulado “Modelos de razonamiento, tipos y estructuras argumentativas en la decisión judicial” (DER-2010-CO2-01 JURI).

influencia que ejercen *de hecho* sobre las decisiones judiciales y/o sobre la legislación¹. Hay autores —como Troper— que señalan que esta situación no se puede presentar como el resultado de la oposición entre hecho y derecho, porque si las disposiciones que tienden a evitar que haya un sistema de precedente judicial son “derecho”, lo que se produce “en los hechos” no es menos “jurídico”². Ello depende de la concepción del derecho que se adopte.

Por último, los precedentes son relevantes en tanto que *argumento* utilizado por los jueces en la *justificación* de las decisiones. Así, el recurso al precedente suele encontrar su justificación en la autoridad del tribunal, en el principio de igualdad, en la certeza del derecho, etc.

Nadie niega la relevancia de los precedentes en los dos últimos aspectos, cosa que no ocurre con el primero. Esto choca sin embargo con la función que en muchos ordenamientos se atribuye a las sentencias de los tribunales. Así, en el derecho español, ello tiene lugar a través de: a) las sentencias del Tribunal Constitucional, cuya vinculatoriedad viene establecida por la ley (art. 38 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y 164.1 de la Constitución); b) las sentencias estimatorias de un recurso en interés de la ley (arts. 490 y 493 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y arts. 100.7 y 101.4 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa —LJCA—); c) las sentencias estimatorias de un recurso contra disposiciones de carácter general (Reglamentos) (arts. 71 y 72 de la LJCA) (estos tres son casos de *legislación negativa*); d) las resoluciones del Tribunal

¹ Cf. Chiassoni, Pierluigi, “Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto”, *Analisi e diritto*, 2004, pp. 75-101, p. 96.

² Troper, Michel, “La forza dei precedenti e gli effetti perversi del diritto”, *Ragion pratica*, 6 (1996), p. 65. Refiriéndose a esto, dice Troper que más que fuente del derecho, los precedentes son fuente de perplejidad, en el sentido de que en el derecho francés, de un lado hay normas que prohíben a los tribunales crear normas generales; no hay ninguna norma que prescriba a los jueces conformarse a los precedentes; y de otro lado, la doctrina enseña que la jurisprudencia es una de las fuentes del derecho, que los tribunales crean normas generales, y que los jueces siguen los precedentes.

Constitucional en todo tipo de procesos (art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial); e) el principio de igualdad en la aplicación de la ley (por muy restrictivamente que éste haya sido interpretado por nuestro Alto Tribunal); y f) las sentencias que se dicten en los recursos en interés de la ley cuando éstas fueran estimatorias (art. 493 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en el mismo sentido, arts. 100.7 y 101.4 de la LJCA) (supuestos éstos de *legislación positiva*).

Por tanto, la teoría del razonamiento judicial debe contemplar el análisis de las decisiones judiciales no sólo como resultado del proceso de aplicación, sino como *objeto de interpretación*: determinadas decisiones judiciales constituyen, junto a los enunciados jurídicos creados por el legislador, la premisa normativa de la decisión judicial. En las páginas que siguen pondré de relieve las dificultades que plantean los precedentes en tanto objeto de interpretación y, por ende, el margen de discrecionalidad que tienen los tribunales al aplicar los mismos.

2. EL PRECEDENTE COMO *OBJETO DE INTERPRETACIÓN*

Distinguiré dos modelos de razonamiento a partir de precedentes³:

- 2.1. *El modelo de reglas*, en el que la *ratio decidendi* de la sentencia tiene el valor de precedente con la obligación de ser aplicada a casos futuros.
- 2.2. *El modelo de la analogía*, en el que un caso es considerado como un ejemplo significativo y correcto para guiar decisiones futuras en casos similares.

³ Vid. Bankowski, Zenon; MacCormick, Neil; Morawski, Lech y Ruiz Miguel, Alfonso, "Rationales for Precedent", en *Interpreting Precedents*, Ashgate, Dartmouth, 1997, p. 497.

Estos dos modos de razonamiento a partir del precedente plantean problemas en parte iguales y en parte diferentes. En el modelo de la analogía, la cuestión fundamental consiste en la “descripción” de los casos y la decisión acerca de si hay o no la suficiente similitud entre los mismos de cara a aplicar al caso posterior la decisión tomada en el caso anterior. El problema fundamental del precedente en el modelo de reglas es la formulación de la *ratio decidendi*, puesto que las decisiones que constituyen precedentes no se formulan como normas generales, y lo que vincula al juez no es el fallo en sí, sino la *ratio decidendi*; *ratio* que sólo puede obtenerse a partir del dispositivo de la sentencia en relación con la estructura jurídica de los hechos y la decisión⁴. Teniendo esto en cuenta, consideraré los principales problemas que presenta la determinación del precedente en cada uno de los modelos.

2.1. *El modelo de las reglas*

En este modelo, el principal problema radica en la determinación de la *ratio decidendi* del caso anterior y en la aplicación de la misma al posterior.

a) **Ratio decidenci**

Los problemas que plantea la *ratio decidendi* son los siguientes: a) el propio concepto; b) la dificultad de separar la *ratio* de los *obiter dicta*; c) el método para determinar la *ratio*; y d) la posibilidad de que partiendo de una misma decisión, diferentes intérpretes pueden obtener diferentes *ratios*.

Si tenemos en cuenta las múltiples definiciones que se han dado de la *ratio decidendi*, hay que concluir que no hay uniformidad a la hora de establecer dicho concepto. Como se ha dicho, las diferentes

⁴ Vid. Vacca, Letizia, “I Precedenti e i responsi dei giuristi”, en Vacca, Letizia, (ed.), *Lo stile delle sentenze e l'utilizzazione dei precedent*, Giappichelli, Turín, 2000, p. 43.

definiciones del concepto de *ratio decidendi* son, en algunos casos, irreconciliables y presentan un gran margen de vaguedad⁵.

Según Twining y Miers⁶, los principales significados que el término «*ratio decidendi*» ha tenido en la literatura jurídica son los siguientes:

- a) La regla jurídica explícitamente establecida por el juez como fundamento de su decisión, es decir, la respuesta explícita a la cuestión de derecho planteada en el caso;
- b) La razón explícitamente dada por el juez para la decisión, esto es, la justificación dada a la pregunta hecha en el caso;
- c) La regla jurídica implícita en el razonamiento del juez al justificar la decisión, es decir, la respuesta implícita a la cuestión jurídica del caso.
- d) La razón implícita dada por el juez en la decisión, esto es, la justificación implícita para la pregunta planteada en el caso;
- e) La regla jurídica en la cual se fundamenta el caso o que se cita como autoridad por un posterior intérprete.

Por su parte, Chiassoni reconduce las diferentes definiciones a las tres acepciones siguientes⁷:

- (rd1) En un primer sentido, se entiende por *ratio decidendi*, la regla (criterio, principio, premisa) en base a la cual ha sido decidido un caso. Esta regla puede ser la premisa necesaria y suficiente; la premisa suficiente pero no necesaria;

⁵ Vid. Chiassoni, Perluigi, “Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto”, *ob. cit.* Pueden verse más definiciones en Twining, William y Miers, David, *How to Do Things with Rules*, Weidenfeld and Nicolson, Londres, 1991, pp. 311-312.

⁶ Twining, William y Miers, David, *How to Do Things with Rules*, *ob. cit.*, pp. 311-312.

⁷ Cf. Chiassoni, Pierluigi, “Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto”, *ob. cit.*; “Il fascino discreto della common law. Appunti sulla rilevanza dei precedenti giudiziali”, en Bessone, M.; Silvestre, E. y Taruffo, M. (eds.), *I metodi della giustizia civile*, CEDAM, Milán, 2000, p. 7. Vid. también Chiassoni, Pierluigi, *La giurisprudenza civile*, Giuffrè, Milán, 1999, p. 149.

o la premisa necesaria pero no suficiente de un razonamiento cuya conclusión es la decisión judicial.

- (rd2) En un segundo sentido, por *ratio decidendi* se entiende la regla empleada por el juez para justificar la decisión de un caso considerada conjuntamente, sea con las razones o argumentos que la sostienen, sea con la descripción de los hechos a la que ha sido aplicada.
- (rd3) En un tercer sentido, por *ratio decidendi* se entiende cualquier elemento esencial de la argumentación que sea necesario para llegar a motivar la decisión de un caso.

Una de las dificultades para establecer la *ratio decidendi* de una decisión proviene del hecho de que no es fácil trazar la línea divisoria entre la *ratio decidendi* y los *obiter dicta*, sobre todo porque los tribunales no suelen indicarlo expresamente⁸. La distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dicta* es, en teoría, clara: la *ratio decidendi* es una regla necesaria para la decisión, de forma que aquellas consideraciones hechas en la sentencia que no son necesarias, son meras *obiter dicta*. Ahora bien, la cuestión está en determinar, de entre todas las consideraciones hechas por el juez, cuáles son “necesarias” para la decisión⁹.

En cuanto a los *obiter*, se pueden distinguir dos clases de *obiter*¹⁰. De un lado, los *obiter* en sentido estricto, es decir, aquellas consideraciones que no tienen ninguna relación de implicación lógica con el supuesto de hecho objeto del caso. En este supuesto, los *obiter dicta* son totalmente irrelevantes. De otro, hay manifestaciones que, aun entrando dentro de los *obiter*, son el antecedente o la consecuencia imprescindible de la elección interpretativa operada por el

⁸ Cf. Paton, G.W. y Sawyer, G., “*Ratio decidendi* and *Obiter Dictum*”, *The Law Quarterly Review*, 63 (1947), p. 472.

⁹ Vid. Hardisty, J., “Reflections on *Stare Decisis*”, *Indiana Law Review*, 55 (1979), p. 58.

¹⁰ Cf. Galgano, Francesco, “L’interpretazione del precedente giudiziale”, en *Contratto e impresa*, 1985, p. 701.

juez en el caso concreto, de manera que están ligadas por un nexo de prejudicialidad o de subordinación con la *ratio decidendi*. En este caso, la vinculación entre *ratio* y *obiter* es tan estrecha que se puede atribuir a éstos el carácter de precedente¹¹.

A las anteriores cuestiones, se añade una tercera: la de determinar el método para descifrar la *ratio decidendi* de un caso. Uno de los dos criterios clásicos en esta materia es la tesis de Goodhart, según la cual el método para encontrar la *ratio decidendi* consiste en encontrar los hechos materiales y la conclusión basada en ellos tal como han sido considerados por el juez. Frente a ella, otras opiniones relevantes (Wanbaugh, Allen, Gray, Montrose), dicen que la *ratio decidendi* hay que buscarla en “las razones dadas por los jueces para tomar la decisión o, en las reglas jurídicas establecidas por el tribunal”.

Por último, puede haber diferentes opiniones acerca de cuál es la *ratio decidendi* de un determinado caso; es decir, diferentes intérpretes pueden deducir diferentes *ratios* de una misma decisión. El ejemplo paradigmático de esto lo tenemos en el caso *Donoghue v. Stevenson* en el que, en base a una misma sentencia, se pueden obtener diferentes *ratios*¹². Esto sucede, de un lado, porque suele haber discrepancias en torno a la solución de los tres problemas antes señalados, y de otro, los tribunales raramente establecen expresamente cuál es la *ratio* en base a la cual han decidido el caso. Como señala Stone, la cuestión de qué principio establece un caso particular es “*strictly nonsensical, that is, inherent incapable of being answered*”¹³.

¹¹ Vid. Chiarloni, Sergio, “Eficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza”, en Visintini, Giovanna (ed.), *La giurisprudenza per maxime e il valore del precedente*, CEDAM, Padua, 1988, p. 71.

¹² Vid. Twining, William y Miers, David, *How to Do Things With Rules*, *ob. cit.*, p. 316; Stone, Julius, *Precedent and Law*, Butterwoths, Sidney, 1985, pp. 86-87 y 231-232.

¹³ Stone, Julius, “The *Ratio* of the *Ratio Decidendi*”, *The Modern Law Review*, 22 (1959), p. 618.

b) Pluralidad de razones en una decisión

Los jueces pueden dar dos o más razones como fundamento de su decisión. La cuestión es si todas ellas conjuntamente constituyen la *ratio decidendi* o si sólo lo es alguna (o algunas). Esto puede suceder tanto si la decisión ha sido tomada por un órgano unipersonal como si lo ha sido por uno colegiado y de apelación, pero es en este segundo caso donde la cuestión adquiere más importancia, puesto que los precedentes normalmente son creación de este segundo tipo de órganos.

Entre las especiales dificultades que tiene la doctrina del *stare decisis* en el caso de un tribunal de apelación de múltiples miembros, destacan cuatro¹⁴:

1. La que surge cuando el tribunal está compuesto por un número par de miembros y hay un empate;
2. La que se plantea cuando el tribunal (o una mayoría) llega a la misma conclusión, pero por razones diferentes e inconsistentes;
3. La que tiene lugar cuando el tribunal (o una mayoría) basa su conclusión en dos o más razones que son consistentes y acumulativas: se plantea la cuestión de saber cuál (o cuáles) de todas las razones constituyen la *ratio decidendi*, o cuáles son *obiter dicta*;
4. La que surge de un tribunal obligado por sus decisiones previas y encuentra que éstas son irreconciliables entre sí o con la decisión de un tribunal superior¹⁵.

¹⁴ Vid. Lord Asquith, "Some Aspects of the Work of the Court of Appeal", *Society of Public Teachers of Law*, 1 (1959), pp. 357-358; Cross, Rupert y Harris, J.W., *Precedent in English Law*, Clarendon Press, Oxford, 1991, pp. 91-96.

¹⁵ Cf. Iturralde, Victoria, *El precedente en el Common Law*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 94-100.

c) Pluralidad de precedentes

El carácter dinámico del derecho hace que, en determinados casos, para que un precedente se considere como tal no sea suficiente una decisión sobre un caso, sino que sea además necesaria cierta estabilidad de la misma, lo que sólo se consigue por la aplicación de dicha *ratio* por los tribunales durante un período, más o menos amplio.

Cuando hay decisiones sucesivas sobre una misma cuestión pueden producirse las siguientes hipótesis. En primer lugar, que las diferentes decisiones den la misma solución; es el caso de la “jurisprudencia constante” que, en principio, no plantea mayores problemas. Ahora bien, hay que tener en cuenta que una “jurisprudencia constante” elaborada en un breve período puede ser el inicio de una jurisprudencia constante y consolidada, pero también puede representar una tendencia efímera destinada a ser abandonada. Y, por el contrario, una dilatada “jurisprudencia constante” puede expresar una orientación perfectamente consolidada, pero también puede indicar una orientación destinada a ser modificada.

En segundo lugar, puede haber varios precedentes en conflicto. Puede tratarse de dos decisiones, o de dos líneas jurisprudenciales en conflicto, y pueden haber sido pronunciadas por el mismo órgano o por órganos diversos. En estos casos puede suceder que exista la previsión normativa de que un órgano intervenga para asegurar la uniformidad de la jurisprudencia o que no haya ninguna previsión al respecto, con lo que no está claro cuál es la orientación jurisprudencial prevalente. En cualquier caso, es una elección que debe realizar el juez, quien deberá justificarla exponiendo las razones por las cuales sigue un precedente y descarta otro.

En tercer lugar, puede darse la situación de “caos jurisprudencial”, es decir, existir mucha dispersión y tendencias diversas e incoherentes por parte de un mismo órgano judicial. La situación de caos jurisprudencial propicia que las decisiones sucesivas hagan referencia a estas decisiones precedentes que, paradójicamente, deviene más cómoda, puesto que es teóricamente posible encontrar un precedente para cualquier decisión (haciendo caso omiso de los

precedentes divergentes o en conflicto). Se trata de un uso incorrecto del precedente¹⁶.

d) Aplicación del precedente o distinción

Establecida la *ratio decidendi*, otro problema consiste en la aplicación de la misma a un caso posterior. Problema porque, al igual que ocurre con la interpretación de las *legal rules*, hay que determinar si el caso nuevo forma parte (entra dentro de la intensión) de dicha *ratio*, o si, por el contrario, queda fuera (y, por tanto, debe ser *distinguido* de aquélla, *prima facie* aplicable).

La técnica de las distinciones es una técnica que puede ser empleada correctamente para determinar que un precedente *X* no es aplicable al caso objeto de decisión, puesto que, al igual que ocurre con la aplicación de una regla, el supuesto de hecho no cae bajo el ámbito de aplicación de *X*. En este caso no se está haciendo otra cosa que interpretar la *ratio decidendi* en relación con los hechos del caso. Pero la técnica de las distinciones también puede ser utilizada para evitar la aplicación de un precedente aplicable al caso, por considerar que la solución es injusta, incorrecta, etc. Como señala Zander¹⁷: “*sometimes the court distinguished the indistinguishable as the way to escape from the clutches of an unwelcome precedent which would otherwise be binding*”. Estrictamente hablando, hay que decir que si la técnica de las distinciones es empleada correctamente, sirve para no aplicar una *ratio* a un caso al que no le es aplicable (de la misma manera que en muchas ocasiones a un caso individual no se le aplica una regla por no caer bajo su ámbito de aplicación)¹⁸.

¹⁶ Vid. Taruffo, Michele, “Dimensioni del precedente giudiziario”, *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1994, pp. 415-416.

¹⁷ Zander, Michael, *The Law-Making Process*, Weidenfeld and Nicolson, Londres, 1989, p. 257. Cf. Llewellyn, Karl, *The Common Law Tradition*, Little & Brown, Boston, 1960. Este autor hizo una lista de 64 técnicas para seguir y evitar los precedentes.

¹⁸ Además de la técnica de las distinciones, hay otras dos maneras de inaplicar el precedente: el rechazo a seguir el precedente y la derogación del precedente.

e) Decisiones sin razones

Resulta patente que la motivación de las sentencias es la clave para determinar la *ratio decidendi*. La motivación de las decisiones judiciales es, además de obligación legal en muchos ordenamientos, una exigencia inherente a la idea de función jurisdiccional y a su ejercicio en los Estados democráticos. Ahora bien, más allá de mencionar la obligación genérica de motivar las sentencias, hay que concretar cuándo una sentencia está motivada.

Si no nos conformamos con un criterio puramente formal, podemos decir que una decisión judicial no está motivada en los siguientes casos: a) cuando hay omisión total de motivación; b) cuando la motivación es insuficiente; y c) cuando la motivación es contradictoria¹⁹. Pues bien, la admisión por el Tribunal Constitu-

¹⁹ Sigo en esta clasificación a Igartúa, Juan, *La motivación de las sentencias: imperativo constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pp. 202-207. La omisión de la motivación incluye dos géneros de omisión: la omisión formal y la omisión sustancial. La omisión formal se produce cuando la sentencia consta sólo del fallo, sin que haya rastro alguno de motivación. Este supuesto, a la vez que constituye el vicio más patente, es el más infrecuente. La omisión sustancial incluye aquellos casos en los que hay una motivación, pero esta sólo es aparente. Se incluyen estos tres supuestos: i) la motivación parcial; ii) la motivación implícita; y iii) la motivación *per relationem*. La motivación es parcial cuando no se justifican algunas decisiones sectoriales que preparan o condicionan la resolución final. Así, mientras es habitual motivar la cuestión “de derecho”, no lo es tanto hacer lo mismo con la cuestión de hecho ni con la determinación de las consecuencias jurídicas. La motivación es implícita cuando no se enuncian las razones que fundamentan una decisión; sino que se supone que éstas se infieren de alguna otra decisión tomada por el juez. La motivación por remisión se da cuando el juez, al tomar una decisión respecto de algún punto controvertido, no elabora una justificación autónoma *ad hoc*, sino que remite a las razones contenidas en otra sentencia. Los supuestos de motivación por remisión son varios. Hay casos llamados “motivación matrooska”, en los que una sentencia remite a la motivación de otra sentencia, la cual reenvía al razonamiento de una tercera sentencia, y así sucesivamente. Hay otros en los que el objeto de la sentencia a la que se remite no es la verdadera *ratio decidendi* de la sentencia invocada, sino una afirmación que se deja caer por si acaso, y no es estrictamente pertinente al objeto del juicio (claramente

cional de técnicas como “la motivación por remisión”, la “motivación implícita” o de las sentencias interpretativas sin reflejo en el fallo, hacen que sea más difícil la determinación de la *ratio* y más amplia la discrecionalidad de los sucesivos tribunales al aplicar el precedente²⁰.

Por otro lado, hay que poner de relieve la dificultad de determinar la *ratio decidendi* a través de lo que la doctrina denomina “sentencias interpretativas sin reflejo en el fallo”²¹, es decir, aquellas sentencias que no dejan constancia en el *decisum* de la operación interpretativa que se acaba de realizar en los fundamentos. Esto no tendría mayor problema si por ejemplo, en el caso de sentencias relativas a la constitucionalidad, en el fallo se indicara claramente cuál es la interpretación declarada constitucional y cuál la inconstitucional. En el voto particular a la SCT 59/2008, de 14 de mayo, en cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 153.1 del Código Penal, el magistrado Javier Delgado Barrio, señala: “Mi discrepancia va referida fundamentalmente al fallo, pues cuestionada en esos autos la constitucionalidad del art. 153.1, y dado que la sentencia no declara expresamente su carácter interpretativo, la

un *obiter dicta*). Y, por último, está el caso en que se remite escuetamente al razonamiento de la sentencia cuya impugnación constituye precisamente el objeto del recurso.

La motivación es insuficiente cuando no se aportan las razones necesarias para ofrecer una justificación apropiada: por ejemplo, que no se justifique suficientemente por qué ante dos significados de un término, se prefiere uno de ellos. La motivación es contradictoria cuando se da alguna de estas situaciones: c1) hay una contradicción entre el fallo y la motivación; c2) hay falta de conexión entre el fallo y los argumentos contenidos en la motivación; y c3) la motivación contiene argumentos contradictorios entre sí.

²⁰ Cf. Zoco Zabala, Cristina, *Igualdad en la aplicación de las normas y motivación de las sentencias (artículos 14 y 24.1 CE)*, Bosch, Barcelona, 2003, pp. 106-107; Gómez Montoro, Ángel José, “El derecho a una resolución motivada y congruente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *La Constitución y la práctica del derecho*, t.I, Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 509-516.

²¹ Vid. Garrarena Morales, Antonio, “Opacidad y desestimación de la inconstitucionalidad en el fallo de las sentencias interpretativas”, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, 12 (2000-2001), p. 151.

simple lectura del pronunciamiento desestimatorio puede llevar a la conclusión de que el citado precepto, con el solo contenido que expresamente recoge, resulta ser conforme a la Constitución”. Y en la misma sentencia, el voto particular del magistrado Rodríguez Zapata señala que: “...la sentencia no cumple en gran medida, la función propia de una sentencia interpretativa puesto que no delimita con claridad y precisión cuál sea la interpretación compatible con la Constitución, ni expone las razones por las que se llega a tal conclusión, ni lo refleja en el fallo, ni siquiera se concreta si son todos o algunos de los preceptos constitucionales invocados los que vedan la interpretación que tan apodícticamente se estigmatiza. Estas características, unidas al uso de la dubitativa expresión ‘conduciría, en efecto, a su inconstitucionalidad’ generan una ambigüedad inaceptable, puesto que el objeto de una sentencia interpretativa debe ser, precisamente, despejar las dudas de inconstitucionalidad, vedando en lo sucesivo a los órganos judiciales la aplicación del precepto que resulte incompatible con la Constitución”.

f) Interpretación de los conceptos empleados en la *ratio decidendi*

Establecida la *ratio decidendi*, hay que determinar el significado de los conceptos a través de los cuales se expresa la misma, puesto que éstos suelen estar no constituyen nociones exactas, sino dotadas de un grado de indeterminación. Se trata del problema de la interpretación de los términos, es decir, de determinar su intensión y extensión, y respecto del que, a pesar del escepticismo de algunos autores²², no hay diferencias significativas con la aplicación de las normas jurídicas.

²² Vid. Sinclair, M.B.N., “The Semantics of the Common Law Predicates”, *Indiana Law Journal* (1986), pp. 373-399.

2.2. *El modelo de la analogía*

Se puede decir que el principal problema en la determinación del precedente es la construcción de los hechos del caso. El razonamiento basado en el precedente se distingue del razonamiento basado en reglas, en la necesidad —en el caso del precedente— de construir la generalización del predicado fáctico (que ya existe en el caso de las reglas). Cuando la descripción de los hechos se vuelve parte de lo que constituye el precedente, el argumento a partir del precedente se torna bastante similar al argumento a partir de reglas²³.

El problema que plantea determinar cuáles son los hechos es que no hay una única manera de describir los hechos de un caso. El mundo no se divide en categorías intrínsecas, inmutables, sino que está delimitado por categorías —etiquetas— artificiales creadas por las personas, y variables en función del tiempo y el espacio. En expresión de Schauer, son como los glaciares, están en constante movimiento a pesar de su aparente inmovilidad²⁴.

Una de las cuestiones fundamentales a este respecto es la de determinar, entre todos los hechos, cuáles son los fundamentales y cuáles no lo son. A este respecto, Goodhart establece como criterio atenerse a lo que haya establecido el tribunal, y en el caso de que éste no distinga, indica que todos deben considerarse fundamentales²⁵.

Otro problema es el de la similitud suficiente de los casos, el cual se plantea puesto que no hay hechos o sucesos exactamente iguales. Dado que el primer precedente no contiene una generalización (una regla general), el juez del segundo caso la crea al momento de

²³ Schauer, Frederick, *Playing by the Rules*, Clarendon Press, Oxford, 1991, pp. 245-248.

²⁴ *Id.*, "Precedent", *Stanford Law Review*, 1987, p. 585.

²⁵ Goodhart, Arthur L., *Essays in Jurisprudence and the Common Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1937, pp. 25-26.

tomar su decisión, y lo hace tanto a la luz de las circunstancias de ese caso como de las del caso anterior.

La regla de relevancia no es un juicio de hecho, sino un juicio de valor acerca de la semejanza o no de los casos, y la relevancia o irrelevancia de la semejanza. Parece obvio que lo que está implícito en el juicio de relevancia es la opinión del juez acerca de la justificación de tratar los dos casos de la misma manera.

Finalmente, y ya para concluir, se da el problema de la pluralidad de casos previos, en donde podemos repetir lo dicho en el apartado 2.1 c), en el sentido de que el juez se puede encontrar con diversos casos anteriores que dan soluciones diferentes y que son similares al caso que tiene que decidir, en cuyo caso tendrá que elegir uno de ellos.

Bibliografía

- ASQUITH, Lord, "Some aspectos of the Work of the Court of Appeal", *Society of Public Teachers of Law*, 1, (1950), pp. 350-362.
- BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Leon; y RUÍZ MIGUEL, Alfonso, "Rationales for precedent", en *Interpreting Precedents*, Ashgate, Dartmouth, 1997, pp. 481-503.
- CHIARLONI, Sergio, "Eficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza", en Visitini, Giovanna (ed.), *La giurisprudenza per máxime e il valore del precedente*, CEDAM, Padua, 1988, pp. 59-80.
- CHIASSONI, Pierluigi, "Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto", *Analisi e diritto*, 2004, pp. 75-101.
- "Il fascino discreto della common law. Appunti sulla 'rilevanza dei precedenti giudiziali'", en Bessone, Mario; Silvestri, E. y Taruffo, Michele (eds.), *I metodi della giustizia civile*, CEDAM, Milán, 2000, pp. 3-45.
 - *La giurisprudenza civile*, Giuffrè, Milano, 1999.
- CROSS, Rupert y HARRIS, J.W., *Precedent in English Law*, Clarendon Press, Oxford 1991.
- GALGANO, Francesco, "L'interpretazione del precedente giudiziale", *Contratto e impresa*, 1985.
- GARRORENA MORALES, Antonio, "Opacidad y desestimación de la inconstitucionalidad en el fallo de las sentencias interpretativas", *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, 12 (2000-2001), pp. 1843-1848.
- GÓMEZ MONTORO, Ángel José, "El derecho a una resolución motivada y congruente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *La Constitución y la práctica del derecho*, t.I, Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 487-524.
- GOODHART, Arthur L., *Essays in Jurisprudence and the Common Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1937.
- HARDISTY, James, "Reflections on *Stare Decisis*", *Indiana Law Review*, 55, pp. 41-69.
- IGARTUA, Juan, *La motivación de las sentencias: imperativo constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2003.
- ITURRALDE, Victoria, *El precedente en el Common Law*, Civitas, Madrid, 1995.
- LLEWELLYN, Karl, *The Common Law Tradition*, Little & Brown, Boston, 1960.
- PATON, G.W. y SAWER, G., "Ratio decidendi and Obiter Dictum", *The Law Quarterly Review*, 63 (1947), pp. 461-485.
- SCHAUER, Frederick, "Precedent", *Stanford Law Review*, 1987, pp. 571-605.
- *Playing by the Rules*, Clarendon Press, Oxford, 1991.

- SINCLAIR, M.B.N., "The Semantics of the Common Law Predicates", *Indiana Law Journal* (1986), pp. 373-399.
- STONE, Julius, "The Ratio of the *Ratio Decidendi*", *The Modern Law Review*, 22 (1959), pp. 597-620.
- *Precedent and Law*, Butterworths, Sidney, 1985.
- TARUFFO, Michele, "Dimensioni del precedente giudiziario", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1994, pp. 411-430.
- TROPER, Michel, "La forza dei precedenti e gli effetti perversi del diritto", *Ragion pratica*, 6 (1996), pp. 65-75.
- TWINING, William, y MIERS, David, *How to Do Things with Rules*, Weidenfeld and Nicolson, Londres, 1991.
- VACCA, Letizia, "I precedenti e i responsi dei giuristi", en Vaca, Letizia (ed.), *Lo stile delle sentenze e l'utilizzazione dei precedenti*, Giappichelli, Turin, 2000.
- ZANDER, Michael, *The Law-Making Process*, Weidenfeld and Nicolson, Londres, 1989.
- ZOCO ZABALA, Cristina, *Igualdad en la aplicación de las normas y motivación de las sentencias (artículos 14 y 24.1 CE)*, Bosch, Barcelona, 2003.

Ponderación y subsunción: ¿Son intercambiables y se eligen a conveniencia?*

Juan Antonio García Amado

Comencemos con una precisión. Es común en la doctrina contraponer los métodos¹ ponderativo y subsuntivo, los de ponderación y subsunción. Los defensores de la ponderación siempre señalan que ese proceder tiene dos pasos. En el primero se pondera propiamente, para establecer, a la luz de las circunstancias del caso que se enjuicia, si pesa más o prevalece uno u otro de los derechos o principios² que se enfrentan. De esa ponderación resulta una re-

* Este trabajo se encuadra en el proyecto de investigación DER2010-19897-C02-01, financiado en España por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

¹ Hablaré de “métodos” sin entrar en detalles sobre si propiamente merecen ese nombre o, si sólo por aproximación o en sentido débil, se puede llamar así a esos dos procedimientos de razonamiento judicial y/o de justificación de las decisiones judiciales.

² Si leemos a los autores emblemáticos en esta materia, empezando por Robert Alexy, vemos que ni todos los derechos son aptos para la ponderación ni sólo se ponderan principios contra principios. Lo primero, porque existirían derechos (iusfundamentales, al menos) respaldados por normas (iusfundamentales) que no son principios, es decir, mandatos de optimización, sino “reglas de validez estricta”, en la terminología de Alexy. Las reglas de validez estricta vencen frente a otras normas que sean reglas ordinarias o que sean principios, resultan inderrotables. Por consiguiente, los derechos que esas reglas de validez estricta respalden son derechos absolutos, derechos que nunca pueden ceder ante otros derechos o intereses amparados en principios o reglas ordinarias. Lo que Alexy ciertamente no cuenta es qué pasaría cuando compitieran dos reglas de validez estricta; es decir, dos derechos o intereses protegidos, respectivamente, por dos reglas de validez estricta. En otras palabras, quién gana cuando pelean dos normas inderrotables o dos derechos absolutos. Pero, al fin y al cabo, tampoco nos explica Alexy cómo saber cuándo estamos ante

gla, cuyo supuesto de hecho está formado por las circunstancias de ese caso concreto y cuya consecuencia jurídica es la contenida en o derivada del principio vencedor. En un segundo paso, el caso se resuelve *subsumiendo* los hechos que se juzgan, los de tal caso, bajo la regla así resultante en el paso anterior. Por consiguiente, en el proceso de la ponderación hay una primera etapa de pesaje de principios y una segunda de subsunción bajo la regla así surgida.

Muchas veces la literatura al uso presenta el método o proceder razonador contrapuesto, el llamado subsuntivo, como consistente nada más que en esa simple mecánica de subsumir o encajar los hechos bajo el supuesto de la norma general y abstracta preexistente, de manera que la solución del caso aparecería con un tan simple proceder, meramente “mecánico” o únicamente guiado por las más elementales reglas de la lógica deductiva.

Si ese sencillo esquema de la aplicación del Derecho como elemental subsunción pudo alguna vez ser defendido, fue, si acaso, nada más que en el siglo XIX y en algunos autores extremos de la Escuela de la Exégesis o de la Jurisprudencia de Conceptos, pero ahí se quedó y nunca más se ha propugnado así, y menos por iuspositivistas de todo el siglo XX y hasta nuestros días, todos los cuales resaltan el componente de discrecionalidad judicial en las operaciones conducentes a la decisión.

una regla de validez estricta, con lo que hay que suponer que el resultado queda siempre al albur de cómo quiera el juez calificar la norma en cuestión: si como regla de validez estricta, para que gane de todas, todas, o como principio o regla ordinaria, para que pueda perder cuando se tercie. Por otro lado, también en los mismos autores comprobamos que no solamente cabe ponderar principios contra principios, sino también principios contra reglas, si bien en esa tesitura la ponderación se hace comparando el peso de un principio en el caso con el peso que para ese caso cobra el principio subyacente a la regla más el principio de deferencia hacia el legislador o de prioridad del legislador. Por último, no se debe perder de vista que no todas las normas constitucionales que serían principios (mandatos de optimización) acogen derechos, sino que hay también principios constitucionales que defienden cosas tales como intereses colectivos y las correspondientes facultades del Estado.

Para seguir una convención habitual y sin entrar ahora en pormenores ni en la justeza de la calificación, llamemos iuspositivistas a los autores que critican el uso del método ponderativo o lo ven con considerable escepticismo³. Ninguno dirá en estos tiempos que, al menos en un caso mínimamente difícil, como los que suelen llegar a los tribunales, quepa sin más resolver con sólo subsumir los hechos bajo la norma general y abstracta. También aquí habría dos fases. En la primera, dicha norma debe ser interpretada para resolver lo que de su indeterminación significativa (vaguedad, ambigüedad...) pueda afectar a la solución del caso. Esa interpretación operativa o práctica de la norma se hace en aquel "ir y venir de la mirada", de que hablaba Engisch, entre los hechos del caso y los enunciados normativos pertinentes. Sólo una vez que se ha precisado el significado del enunciado normativo que viene al caso (determinando también con ello si finalmente viene al caso o no), sólo una vez que se ha pasado de lo que los autores de la escuela genovesa de Tarello llaman la proposición normativa a la norma, tendremos un enunciado suficientemente preciso como para que bajo su supuesto puedan subsumirse los hechos del asunto que se juzga. Por tanto, hay una primera fase de interpretación y una última de subsunción.

En resumidas cuentas, tanto para positivistas como para ponderativos, la subsunción es fase segunda o terminal del razonamiento decisorio. La diferencia importante se halla en que, para los primeros, en la primera etapa la operación esencial consiste en una interpretación de la o las normas generales y abstractas que puedan venir al caso, mientras que, para los segundos, en ese paso primero lo más importante que se hace es sopesar o ponderar las circunstancias del caso a fin establecer cuál de las normas que se enfrentan merece ganar en esa ocasión. Las razones dirimentes para los primeros son razones interpretativas, razones que miran al enunciado general y abstracto de las normas preestablecidas y que justifican la creación de una norma igualmente general y abstracta, concreción de la an-

³ Sin con esto indicar que sean positivistas los únicos que plantean críticas a la ponderación.

terior en lo que ésta tuviera de indeterminada, con la que resolver este caso y los futuros que tengan sus notas esenciales. Por su parte, para los ponderativos, en la etapa esencial se atiende antes que nada a las circunstancias precisas del caso y sobre su importancia se razona para ver si dicho caso, con esas circunstancias definitivas, merece ser resuelto con prioridad del contenido valorativo de una u otra de las normas que para su resolución en principio concurren con consecuencias jurídicas contrapuestas. Mientras los positivistas quieren precisar la norma, a los ponderativos les importa más precisar los hechos, pesándolos para que de ese pesaje nazca una norma nueva, una norma del caso, que desarrolla el principio que vence en el pesaje, pero que no se identifica con él ni puede verse como desarrollo del mismo por vía interpretativa.

Esa diferencia crucial lleva a que sea diferente también, y en correspondencia, el énfasis en uno u otro tipo de argumentos justificadores de la decisión. Mientras que el positivista da prioridad a los argumentos interpretativos, esto es, a las razones para dar a la norma o las normas una u otra de las interpretaciones posibles, el ponderativo otorga prevalencia a los argumentos sobre los hechos y sobre el trato que merecen; es decir, a los argumentos sobre la justa solución para un caso con esas circunstancias concretas, en la idea de que las normas en juego son principios y de que el sustrato de los principios es valorativo antes que lingüístico, de que son mandatos que en última instancia protegen valores entre los que en cada oportunidad hay que encontrar el debido equilibrio, y no formulaciones lingüísticas, enunciados, cuyo concreto significado, siempre más o menos indeterminado, haya que precisar para que de ellos pueda extraerse una solución.

Era pertinente la aclaración anterior como punto de partida para la tesis que aquí voy a (volver a) sostener: que método interpretativo-subsuntivo y método ponderativo-subsuntivo son intercambiables y que lo que acontece cuando se usa uno u otro es una elección de método, pues cada juez (o profesor) escogerá entre ellos según más le convenga, según le parezca en esa oportunidad más fácil jus-

tificar el fallo argumentando sobre interpretaciones de las normas al hilo del caso o sobre “pesos” de los hechos del caso.

Lo primero que, por tanto, pongo en solfa es que según el tipo de normas que para un caso concurren se deba emplear este o aquel de esos métodos. Es decir, que cuando aparecen en liza un principio, por un lado, y otro principio o una regla (ordinaria), por otro, el método correcto y debido sea siempre el de la ponderación, el ponderativo-subsuntivo; y que si el conflicto para el caso se da entre dos reglas, haya de usarse el método de la subsunción, el interpretativo-subsuntivo.

Creo que lo anterior es la explicación de un llamativo desajuste en la jurisprudencia constitucional de muchos países, empezando por España. Muy a menudo anula el Tribunal Constitucional decisiones del Tribunal Supremo porque éste no ponderó o no acertó al ponderar, cuando el caso presentaba un conflicto entre derechos fundamentales; pero en otras ocasiones, el propio Tribunal Constitucional resuelve casos con idéntica estructura y prescindiendo alegremente de todo esquema ponderativo.

Sostendré la tesis mencionada de la mano del análisis de un caso, el resuelto por el Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, en Sentencia de 10 de diciembre de 2010 (ponente Juan Antonio Xiol Ríos).

Los hechos, resumidos, son los siguientes. Un pequeño camino o callejón, que constituye una serventía, separa dos casas. El propietario de una de ellas, John⁴, ha colocado un sistema de seguridad que incluye una pequeña cámara que graba esa vía de acceso, y, con ello, una pared de la otra casa, una verja de acceso al huerto y las dos puertas de entrada a dicha vivienda, perteneciente a Ernesto.

Ernesto presentó demanda por vulneración del derecho a la intimidad. La situación normativa es la siguiente. El artículo 18.1 de

⁴ En realidad, Leonora y John, la pareja propietaria de la casa. Pero aquí simplificamos la exposición y nos referiremos nada más que a John.

la Constitución Española dice que “*Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*”. La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen dispone en su artículo 2.1 que “*La Protección Civil del Honor, de la Intimidación y de la Propia Imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia*”. El artículo 7 de dicha Ley Orgánica establece lo que sigue:

“Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo segundo de esta Ley:

Uno. El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas.

(...)

Cinco. La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo octavo, dos”.

Puede también tenerse en cuenta que la finalidad de esa Ley Orgánica es la de desarrollar los derechos contenidos en el art. 18.1 de la Constitución, tal como se afirma en su propia Exposición de Motivos.

Una vía para enfocar la resolución del litigio sería la que denominamos interpretativo-subsuntiva. Puesto que el demandante alega que con las grabaciones por las cámaras de seguridad instaladas por John se vulnera su derecho a la intimidad, habrá que interpretar primeramente cuáles son los alcances de tal derecho y ver si en el concreto caso resulta ilegítimamente interferido. En consecuencia, necesitaremos examinar qué contenidos forman parte de esa “intimidad” a la que, según la Constitución, todo el mundo tiene derecho, o a qué se refiere la ley señalada cuando, al concretar la norma constitucional, dice que es intromisión ilegítima la grabación de la “vida íntima de las personas” o la captación de “la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada”. Nos preguntamos qué cae dentro de “intimidad”, “vida íntima” o “vida

privada”. Igual que cuando, por ejemplo, el Código Penal habla de “ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido” como circunstancia determinante de que el homicidio se convierta en asesinato (art. 140.3ª), nos planteamos qué comportamientos homicidas son así clasificables y cuáles no.

Esos problemas pueden resolverse por vía de una definición que precise lo que significa el término o expresión “x” (“intimidación”, “vida íntima”, “ensañamiento”, etc.) o por vía de directamente clasificar los hechos del caso como referidos o no por la correspondiente expresión normativa “x”. En ocasiones se hace una sola de esas dos operaciones y otras veces se realiza una combinación de ambas.

Denominemos esas operaciones, respectivamente, “interpretación-definición” e “interpretación-clasificación”.

La interpretación-definición es reconducible a la siguiente estructura:

“X” se refiere a las acciones/objetos/estados de cosas que tienen las propiedades a, b... n.

La interpretación-clasificación se atiene al siguiente esquema:

Dado que los hechos del caso tienen las propiedades a, b... n, encajan (son clasificables, son subsumibles) bajo “X”.

Cuando se hace una sola de esas operaciones suele haber una deficiencia argumentativa. Si se recurre solamente a la interpretación-definición, pueden faltar las razones por las que los hechos del caso sí se subsumen bajo la expresión “X”, que es la que contiene la norma interpretada.

Cuando se pasa directamente a la interpretación-clasificación puede fundadamente echarse en falta la interpretación-definición de “X” que da pie a esa subsunción de los hechos bajo “X”. Por tanto, el esquema argumentativo más completo exige, por lo común, que se expliciten los dos pasos.

En el caso que nos ocupa, el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Icod de los Vinos, en su sentencia de 27 de abril de 2007, siguió

clarísimamente un esquema interpretativo-subsuntivo. Las fases de su razonamiento fueron las siguientes⁵:

- i. La parte actora ejercita su acción en base al artículo 18 CE y artículo 7 LPDH, cuyos apartados 1 y 5 son los únicos que pudieran encajar en el supuesto.
- ii. Las cámaras que graban, sin sonido, lo que sucede en el camino y en la propiedad de Ernesto sólo captan parte de una pared, las dos puertas verdes que acceden a su casa y una reja al final por la que se accede a un huerto.
- iii. El único acto de la vida del actor y de su familia que queda reflejado en las cámaras son las entradas y salidas de su domicilio por las tres puertas referidas.
- iv. Una interpretación conjunta de los artículos 2, 7.1 y 5 LPDH implica que los actos del artículo 7 deben referirse a los que mantenga cada persona reservados para sí o su familia (Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 28 de mayo de 1998).
- v. Las grabaciones no afectan al ámbito de la vida privada del actor, que no desarrolla en el callejón ninguna actividad que pueda considerarse integrada en la esfera de su vida personal y familiar. Lo único que se graba son las entradas y salidas de su vivienda y el paso por la serventía.
- vi. La imagen que ofrecen las cámaras no es nítida hasta el punto de que en la reproducción realizada en el juicio, el actor se identifica, pero aun teniéndolo enfrente la juzgadora fue incapaz de identificarlo en las imágenes.

⁵ Los reproducimos por el orden en que son expuestos en la sentencia posterior del Tribunal Supremo. En aras de menor complejidad del análisis, dejamos de lado el asunto referido a las posibles molestias para Ernesto por causa de que cuando las cámaras detectan movimiento nocturno, se encienden unos focos que permiten la grabación.

- vii. No se ha presentado ninguna prueba ni indicio que evidencie que la intención de los demandados con la instalación de las cámaras es grabar aspectos de la vida de su vecino y de su familia.
- viii. Haya o no habido robos como se discute, no es ilógico, por el aumento de la delincuencia, que los demandados adopten medios para la vigilancia de su patrimonio.

Vemos, pues, que el juzgador ha combinado la interpretación-definición y la interpretación-clasificación. En (iv) ha dado su interpretación de “intimidad”, “vida íntima” o “vida privada”, en estos términos: forman parte de la referencia de esas expresiones aquellos “actos que mantenga cada persona reservados para sí misma o su familia”. Esta interpretación se respalda con cita de una sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia. Por supuesto, cabría cuestionar si la opción por esa interpretación-definición aparece o no suficientemente justificada en esta sentencia de primera instancia, pero ese asunto, en sí muy relevante en términos de racionalidad argumentativa, afecta poco a lo que aquí estamos tratando, sobre todo debido a que lo que, en las dos instancias posteriores, harán la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife y el Tribunal Supremo, no es tanto discutir la interpretación y la correspondiente subsunción, como optar por un método distinto, el de la ponderación.

Una vez que se ha interpretado así “vida íntima” o “vida privada”, a los efectos de aplicar el art. 7 de la Ley Orgánica 1/1982 (y, por extensión, el art. 18.1 de la Constitución que esa Ley desarrolla), se desgranar los hechos para mostrar que en el caso no se ha visto afectada la “vida privada” o “íntima” de Ernesto y su familia, pues lo grabado por las cámaras de seguridad instaladas por John no sería parte de los actos que Ernesto y su familia mantienen reservados para sí mismos.

Resumidamente, y en síntesis de lo que ya hemos visto: sólo quedan grabadas las entradas y salidas de la propiedad de Ernesto, no puede considerarse parte de la vida privada (definida como antes se ha dicho) el paso por el callejón común a las dos propiedades, las

grabaciones no son nítidas y no se ha probado una intención vulneradora de la intimidad de Ernesto y su familia, sino que es razonable el propósito de seguridad que mueve a John a colocar las cámaras para defender su vivienda. La conclusión es que los hechos *no resultan subsumibles bajo la norma protectora del derecho a la intimidad, tal como ha sido interpretada*.

Si quisiéramos cuestionar esa resolución sin salirnos del planteamiento interpretativo-subsuntivo, tendríamos que hacerlo atacando alguno de sus dos pasos, o los dos. O bien discutiendo la interpretación-definición que el juez ha dado y proponiendo una interpretación alternativa de “vida íntima”, o bien argumentando que los hechos probados sí pueden subsumirse bajo esa noción resultante de “vida íntima”. O ambas cosas.

Mas a partir de la segunda instancia las consideraciones irán principalmente por otros derroteros, como pasamos a ver. Ernesto recurrió aquella sentencia del Juzgado de Primera Instancia, y la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife⁶ declaró “la existencia de violación del derecho fundamental a la intimidad del actor por cámaras de grabación instaladas por los demandados”. ¿Con qué fundamentos?

El recurrente, Ernesto, alega que la sentencia recurrida va “en contra del principio de proporcionalidad que debe regir en la confrontación entre los derechos a la seguridad personal, familiar y patrimonial, por una parte, y el derecho a la intimidad, por otra, ya que no se ha acreditado que exista una situación de inseguridad que justifique la colocación de las cámaras pudiendo establecerse otros medios menos invasivos para garantizar esa seguridad”.

Aquí vemos cómo el asunto ya se sitúa en términos de apertura a la ponderación entre derechos contrapuestos. Este dato es de suma importancia en clave de estrategia resolutoria y argumentativa. Expliquemos por qué. Con el enfoque interpretativo-subsuntivo de la

⁶ Sentencia de 12 de diciembre de 2007, Sección Tercera.

sentencia de primera instancia, tenemos que existe una norma legal (o varias, la constitucional y la legal) que confiere un derecho a la intimidad. Dicho derecho podrá resultar vulnerado o no. Si, a la luz de las interpretaciones correspondientes de la norma y de las calificaciones de los hechos probados, resulta que hay vulneración de ese derecho, intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad, no hace falta tomar en consideración si a la otra parte, a la vulneradora del derecho, la amparaba a su vez algún derecho, en este caso el derecho a la seguridad. Si resulta que no hay vulneración, tampoco se presenta el caso como de victoria del derecho a la seguridad frente al derecho a la intimidad, sino que basta con mencionar que no ha habido intromisión ilegítima en este último, es decir, violación del mismo. En otros términos, con este planteamiento da igual que a John, para poner sus cámaras, lo respalde el derecho a la seguridad o que simplemente se parta de la idea de que lo no prohibido está permitido. Si John no ha violentado ningún derecho de Ernesto, no necesita ninguna especial justificación para su acción, más allá de esa cláusula de cierre de libertad para hacer lo no prohibido. Ahí, no entra en juego el principio de proporcionalidad. O hay intromisión ilegítima en el derecho que se discute o no la hay, y esa ilegitimidad de la intromisión en tal derecho no depende de ponderaciones entre derechos.

La Audiencia Provincial va a combinar dos estrategias para dar la vuelta a la decisión de primera instancia. Por un lado, después de dar por buena la interpretación-definición del Juzgado de Primera Instancia, rebate la subsunción subsiguiente. Así:

“[L]as entradas y salidas del hogar familiar afectan, aún [sic] cuando sólo fuera tangencialmente, a la esfera íntima donde se desarrolla la vida del actor, pues la grabación de esas imágenes suponen [sic] un control o vigilancia sobre una faceta que toda persona reserva para sí misma o su círculo íntimo no siendo óbice para ello que esa captación (y grabación) de imágenes no esté específicamente dirigida a una finalidad intrusiva ni que las imágenes obtenidas no sean enteramente nítidas”.

Se acepta que de la vida íntima forma parte nada más que lo que cada persona “reserva para sí misma o su círculo íntimo”, pero se discrepa en cuanto a que en esa zona reservada no se integren el

paso por el camino que lleva a la casa y la entrada y salida por sus puertas.

Puestas así las cosas, el debate parece sobre si son galgos o son podencos. Que no porque no o que sí porque sí. Es nada más que una diferencia de juicio u opinión. Pero la Audiencia Provincial va a reforzar su opción mediante un elemental uso del esquema ponderativo:

“La intromisión no se revela como necesaria para lograr un fin constitucionalmente legítimo, proporcionada para alcanzarlo y que se lleve a cabo utilizando sólo los medios necesarios para lograr una mínima afectación del ámbito garantizado por el derecho conculcado, pues no se han acreditado datos objetivos más allá de sus propios temores sobre las razones de seguridad que aduce el demandado para justificar la colocación de las cámaras y su legítima aspiración a una mejor protección de su persona y su patrimonio puede alcanzarse a través de otros medios acordes con las circunstancias en que se produce la confrontación de los derechos en conflicto”.

Primero han tenido que afirmar que hay intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad, aunque sea leve. *Porque si no hay tal intromisión ilegítima, no ha lugar a la ponderación.* Esto es fundamental; aquí encontramos una clave del razonamiento ponderativo. No se pondera para ver si existe la intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad, sino que se pondera una vez que se afirma que sí hay, en principio, esa intromisión, por lo que, en el paso siguiente, hay que sopesar contra otro derecho para ver si dicha intromisión, ilegítima *en principio*, acaba siendo legítima porque el derecho que el invasor tiene de su parte es en el caso más fuerte que este otro que ha sido afectado.

Encontramos, así, un elemento decisivo en la estrategia metodológica de la ponderación y una explicación de por qué unas veces los tribunales (incluidos los constitucionales) ponderan y otras no. Si se quiere evitar la ponderación, se resuelve el caso en términos de que ningún derecho ha sido negativamente afectado, y eso se hace con un razonamiento de tipo interpretativo-subsuntivo. Es decir, el derecho del que se está tratando no se pone a competir con ningún otro, ya que se estima que ningún otro sufre daño. Porque para que

quepa ponderar hay que *construir el caso como de conflicto entre derechos* (o, más ampliamente, entre principios). Por tanto, *cuando no hay conflicto* (o se procura que no lo haya) *entre normas que son principios, esas normas no funcionan como principios, sino como reglas*. De lo que se desprende que *tales normas no son en sí una cosa o la otra, reglas o principios, sino que son configuradas de una u otra manera por el aplicador según el tipo de juego que quiera darles*.

¿Y si se quiere ponderar? Entonces hay que partir de que en principio están en juego dos derechos contrapuestos y llamados recíprocamente a limitarse. Por eso, en el asunto que examinamos, la Audiencia Provincial tiene que hacer dos cosas: primero, dictaminar que sí se da intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad, lo cual hace enfrentándose con la subsunción del Juzgado de Primera Instancia. Y, luego, en lugar de atacar la interpretación de base con una interpretación alternativa de “vida íntima” o “vida privada”, llevar la justificación de su fallo al terreno de la ponderación, para que el derecho a la intimidad gane porque pesa más que el derecho a la seguridad que se ha sacado a colación, a fin de poner la argumentación en el terreno de la valoración de los hechos probados, de las circunstancias del caso. Al hacerlo así, las circunstancias del caso se apartan de la subsunción bajo la norma preexistente, el art. 7.1 de la Ley Orgánica 1/1982, y se subsumirán, más adelante, bajo la regla resultante de la ponderación: la regla del caso.

En el párrafo de la sentencia de la Audiencia Provincial últimamente citado se comprueba cómo ocurre el desplazamiento de la perspectiva que da pie a la justificación de ponderar. En la instancia previa, el demandante, Ernesto, había alegado vulneración de su derecho a la intimidad, y tanto la interpretación de la norma como la apreciación de los hechos estaban al servicio nada más de ver si había existido o no dicha vulneración. Ahora se invierte el punto de vista y se trata de examinar si en el derecho a la seguridad de John hay base para justificar la limitación del derecho a la intimidad que se da por sentada en el punto de partida del razonamiento. Y se afirma que la intromisión en la intimidad de Ernesto “no se revela como necesaria para lograr un fin constitucionalmente legítimo”,

como es el de la protección de la seguridad personal, familiar y patrimonial, pues habría medios alternativos para conseguir la misma seguridad pretendida de modo menos limitativo de la intimidad y, en consecuencia, es desproporcionada la intromisión en la intimidad. ¿Y por qué todo ello? ¿Con base en qué razones? En estas: “no se han acreditado datos objetivos más allá de sus propios temores sobre las razones de seguridad que aduce el demandado para justificar la colocación de las cámaras y su legítima aspiración a una mejor protección de su persona y su patrimonio puede alcanzarse a través de otros medios acordes con las circunstancias en que se produce la confrontación de los derechos en conflicto”.

No olvidemos que la demanda la presentó Ernesto. Lo que ahora se dice es que, sin embargo, John debió haber acreditado “datos objetivos más allá de sus propios temores sobre las razones de seguridad que aduce el demandado para justificar la colocación de las cámaras”. ¿Se invierte, acaso, la carga de la prueba o, al menos, de la argumentación, cuando la demanda puede dar lugar a una resolución basada en la ponderación de derechos? ¿Ya no es el demandante el que debe acreditar que la intromisión es ilegítima, sino que debe el demandado aportar los hechos y argumentos que la hagan legítima? ¿Debe el demandado probar o acreditar que no existen otros medios menos dañosos para la intimidad que le brinden a él el mismo grado de seguridad? Y, sea como sea, ¿qué medios alternativos serían esos que el Tribunal sostiene que habría, pero que no menciona en modo alguno? ¿Realiza bien la ponderación el Tribunal que se limita a afirmaciones de ese tipo, sin más, sin ulterior concreción ni ejemplificación? ¿Basta que sostenga, como aquí sucede, que el demandado no ha probado lo que, ley procesal en mano, no le correspondía probar en realidad⁷?

⁷ Surge un interesante problema sobre la carga de la prueba en este tipo de procesos que se abocan a la ponderación. El art. 217, apartado 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil sienta que “Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensio-

Cuenta la doctrina más autorizada que los pasos de la ponderación son tres juicios o comprobaciones: de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Las tres palabras se mencionan en el reseñado párrafo de la sentencia de la Audiencia. Pero, ¿acaso basta y ha de darse por bien ponderado cuando, como aquí, el Tribunal se limita a decir que la medida juzgada no es ni idónea ni necesaria ni proporcionada, sin explicitar con un mínimo detalle el por qué de cada uno de tales asertos? ¿Se puede motivar peor una decisión judicial?

Como interesante problema teórico cabría plantear si el principio de proporcionalidad debe respetarse también en las sentencias. Esto es, si los propios tribunales han de inclinarse por la solución que reporte el mayor bien al derecho que protegen, pero al coste más leve de los posibles para el derecho que restringen. Veámoslo en el caso y a propósito del fallo de la Audiencia Provincial.

El conflicto proviene, recordemos, de que John ha instalado unas cámaras de seguridad que, además de la entrada de su casa, graban el callejón que es acceso común para su propiedad y la de Ernesto, y graban también las puertas de acceso a la casa de éste y una pared de la misma. Sentado por la Audiencia, como hemos visto, que hay así intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de Ernesto, nos podemos preguntar: ¿cuál sería la solución que dejaría incólume tal derecho a la intimidad de Ernesto dañando, al tiempo, lo menos

nes de la demanda y de la reconvencción". Aquí el demandante era Ernesto, quien, por tanto, debía probar los hechos de los que se desprenda o en los que se manifieste que se dio intromisión ilegítima en su derecho. Pero, por su parte, ¿qué debe probar John? ¿Qué no se dieron tales hechos o con ese efecto? Si es eso, para nada necesitará probar qué causas empíricas concurren para su preocupación por su seguridad personal, familiar y patrimonial. ¿O debe probar sobre esto último? En tal caso, se le asigna una carga probatoria que tal vez no está en la ley, pues en vez de probar que no hay base fáctica para la demanda (y téngase en cuenta que si el demandante no prueba, el reconviniente no necesitaría probar), pasa a tener que probar que hay base fáctica para el derecho suyo que él opone al del demandante. ¿No se está alterando la distribución de las cargas probatorias por esta vía?

posible el derecho de John a la seguridad? En su fallo, la Audiencia Provincial condena a los demandados a que cesen en la vulneración del derecho del otro, “para lo cual deberán retirar las cámaras de filmación y dismantelar todos sus dispositivos e instalaciones”. ¿No habría bastado, en nombre de la ponderación y la proporcionalidad, ya puestos, con que se les hubiera condenado a orientar de otra forma las cámaras o a alterar de alguna forma su modo de colocación⁸?

Pasemos ahora a la decisión del Tribunal Supremo, ante el cual John recurre la decisión de la Audiencia Provincial que le manda retirar las cámaras de seguridad⁹.

Para comenzar, es interesante observar las estrategias argumentativas o “metodológicas” de las partes. Cada una va a hacer razonamientos de tipo interpretativo-subsuntivo o de tipo ponderativo-subsuntivo según más le convenga, y el Tribunal dispondrá de la consiguiente posibilidad de elegir también el método que le sea más práctico para la justificación del fallo.

La defensa del demandante, de John, usa una triple estrategia. Por una parte, redefine los hechos, poniendo, naturalmente, el acento en las dimensiones de los mismos que más favorezcan su postura. Un proceso judicial es también una competición de narraciones alternativas de unos mismos hechos, al igual que también el juez, en su motivación, va a hacer aquella exposición sintética de los hechos del caso que mejor se avenga con el cariz de su fallo. Contemplemos algunos fragmentos de lo que sobre el particular expone ante el Tribunal Supremo el recurrente, tal como se sintetiza en la propia sentencia:

⁸ Así lo señala el demandante (John) ante el Tribunal Supremo: “La sentencia al fijar la esfera protegible del derecho a la intimidad del apelante (Ernesto) no obliga al recurrente (John) a modificar la orientación de las cámaras para evitar la visión parcial sino a retirar las cámaras de seguridad, vulnerando los artículos 15, 17.1, 18.1 y 33.1 CE que protegen los derechos asimismo fundamentales del recurrente a la seguridad de su persona y bienes”.

⁹ Y a indemnizar a Ernesto, aunque de ese aspecto no nos estamos ocupando aquí.

- a) Se trata de la colocación de las cámaras de seguridad que recogen el “tránsito de una persona por un paso de acceso público, no vallado, por el que acceden una pluralidad de personas”.
- b) “Es un hecho acreditado que las cámaras colocadas son para vigilar el acceso principal y único directo a la vivienda del recurrente”.
- c) “[S]ólo de modo tangencial pueden apreciarse los accesos de un lateral de la edificación vecina que no es además su entrada principal”.
- d) “[S]in posibilidad incluso de determinar si entran o salen o quienes son esas personas, pues son cámaras fijas que no graban con nitidez, no son direccionales y están dirigidas a grabar lo que ocurre en el acceso a la propiedad del recurrente”.
- e) “Además, se graba sobre una cinta de cuatro horas que graba y borra continuamente”.
- f) “Las cámaras fueron colocadas por una empresa dedicada profesionalmente a su instalación para controlar los accesos a la fachada principal de la edificación del recurrente”.
- g) “Además, la zona carece de iluminación pública”.
- h) “[L]a propiedad es una edificación lujosa en una zona relativamente aislada, contiene mobiliario valioso y es lógico que se quieran asegurar sus bienes mediante la colocación de cámaras y focos que se encienden en horario nocturno cuando se accede al camino”.
- i) “Con la retirada de las cámaras la propiedad queda desprotegida por motivos de enemistad vecinal”.

En segundo lugar, el recurrente despliega una estrategia interpretativo-subsuntiva, consistente en resaltar que el alcance de las normas protectoras del derecho a la intimidad no puede ser tan extenso como para que el derecho se entienda vulnerado en un su-

puesto de estas características. Repasemos algunos fragmentos significativos a este propósito:

“La cuestión que se plantea es si la percepción ocasional por unas cámaras de seguridad del tránsito [sic] de una persona por un paso de acceso público [sic], no vallado, por el que acceden una pluralidad de personas, entre ellas el recurrente y su familia, puede afectar a la esfera íntima (sic) o a la vida privada del vecino demandante”.

“La sentencia recurrida infringe las normas aplicables, al realizar una ampliación injustificada del ámbito protegible del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen constitucionalmente reconocida en el artículo 18 CE y en lo dispuesto en el artículo 7.1 y 5 en relación con el artículo 8.2 LPDH”.

Con el enfoque interpretativo-subsuntivo el esquema es “o...o”; o esto o lo otro. O los hechos son subsumibles bajo la norma que otorga a una parte un derecho, en cuyo caso no existe violación del derecho de la otra parte porque no encajan bajo la norma que lo ampara, o a la inversa¹⁰. Es decir, o hay intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad, en cuyo caso no cuenta la afectación negativa del derecho a la seguridad, o hay afectación negativa de este último, y entonces no se podrá plantear que exista aquella impropia intromisión en la intimidad. Cuando el recurrente aduce que la sentencia de la Audiencia Provincial ha concedido una extensión desmedida al derecho a la intimidad está descartando que las normas que lo resguardan sean aplicables al caso, que los hechos del caso sean positivamente subsumibles bajo ellas. Pero va a usar igualmente una estrategia complementaria o de subsunción positiva de los hechos bajo una norma que los justifica: las normas constitucionales que respaldan el derecho a la seguridad personal, familiar y patrimonial:

¹⁰ Igual que los hechos de un caso penal de homicidio o asesinato, o bien son calificados como homicidio simple y subsumibles bajo el art. 138 del Código Penal, o bien son calificados de asesinato y subsumibles bajo el art. 139 del Código Penal, sin que a nadie se le ocurra sostener que tienen un poco de cada cosa y que se debe ponderar para ver qué norma de esas dos pesa más en el caso.

“A la vista de lo alegado en el fundamento anterior, la estimación del recurso de apelación interpuesto por el actor supone la vulneración del derecho a la integridad física y moral del recurrente, a su libertad y seguridad y al derecho a la propiedad, derechos constitucionalmente reconocidos en los artículos 15, 17.1 y 33.1 CE, derechos vulnerados por la aplicación desmedida que se hace del derecho a la intimidad al ampliarse su esfera protegible contrariando la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional al respecto de que [sic] debe entenderse como esfera privada protegible al amparo del artículo 18.1 CE”.

Y todavía se precave el recurrente ante la posibilidad de ponderación. Si, pese a todo, el Tribunal prefiere ponderar, y una vez que ya han sido traídos a escena los dos derechos contrapuestos que habría que poner en la balanza, tendríamos que: “En la presunta confrontación de los derechos en conflicto, dados los antecedentes del caso debe primar el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la seguridad y a la propiedad frente al hipotético ataque a la intimidad del recurrido”.

A la defensa de la otra parte, de Ernesto, parece que claramente le conviene más que el caso se resuelva ponderando, y así lo propone: “En orden a la seguridad según la doctrina será necesario ponderar los bienes jurídicos protegidos, así, toda instalación de sistemas de cámaras o videocámaras ha de respetar el principio de proporcionalidad (STC 207/1996), es decir, que siempre que sea posible se deben adoptar medios menos invasivos para la intimidad de las personas”.

“Para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental es o no proporcional se deben cumplir 3 requisitos: 1. Si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad). 2. Si es necesaria, en el sentido de que no exista otra más moderada para obtener el fin perseguido con la misma eficacia (juicio de necesidad). 3. Si tal medida es ponderada o equilibrada, esto es, si se derivan de ella más ventajas o beneficios que perjuicios sobre otros derechos o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad, en sentido estricto)”.

Vayamos al fin con el fallo del Tribunal Supremo y con los argumentos de su motivación. La sentencia ratifica la de la Audiencia Provincial y da la razón a Ernesto, quien alegaba intromisión ilegí-

tima en su derecho a la intimidad. Analicemos la motivación en sus mismos pasos.

1. Para empezar, se cita la doctrina del Tribunal Constitucional en el sentido de que el derecho a la intimidad “en cuanto derivación de la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 CE, implica «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana»”.

Acéptese sin el más mínimo cuestionamiento esa doctrina del TC. ¿Nos resuelve, por sí, algo para el caso presente? No, pues todo dependerá de qué entendamos incluido dentro de la referencia de la expresión “espacio propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás”. ¿El camino o callejón por el que se accede a la casa lo es? ¿Lo es la vista exterior de puertas de entrada y salida de una casa? Nada sustancial se aporta al recordar que la intimidad es “espacio reservado”, si no se explica por qué el espacio X forma parte de esa reserva de espacios.

2. Se recuerda que el derecho a la intimidad no es un derecho absoluto y que está limitado por otros derechos o intereses, ante los que puede ceder: “Igualmente es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que «el derecho a la intimidad no es absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho»”.

¿Qué quiere decir que un derecho no es absoluto y que, por consiguiente, topa con limitaciones provenientes de otros derechos? Esa limitación puede contemplarse de dos maneras. Una, entendiendo que cada derecho tiene un ámbito propio, delimitado por la norma que lo acoge, de modo que donde acaba el espacio de un derecho comienza el de otro, razón por la que extender un derecho significa penetrar o invadir el ámbito propio de otro. El espacio X,

o pertenece al campo o ámbito del derecho D¹ o al del derecho D². Otra forma de verlo es entendiendo que los D¹ y D² poseen un espacio que en principio es común y que en cada caso hay que asignar la concreta “propiedad” o uso de ese espacio común a uno u otro de ellos, lo cual se hace ponderando las circunstancias concretas del caso. Si se sigue el primer punto de vista, se requieren antes que nada argumentos interpretativos generales que justifiquen las respectivas asignaciones de sus espacios a D¹ y D². Si se opta por el otro camino, no importan tanto los argumentos sobre las normas generales y sus interpretaciones, como los que versen sobre el “peso” de los hechos del caso.

Pero repárese en que, si en lugar de decidir mediante la consideración nada más que del derecho a la intimidad y su alcance, para ver si los hechos se subsumen bajo su norma con un efecto u otro, determinando si hay o no intromisión ilegítima, se trae al campo de juego un segundo derecho, aquí el derecho a la seguridad de la otra parte en el proceso, podemos preguntarnos por qué no hacer un razonamiento simétrico para los dos. O sea, por qué no afirmar igualmente que el derecho a la seguridad personal, familiar y patrimonial “no es absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho”.

Se responderá, con mucha razón, que el caso estaba planteado a partir de la demanda de Ernesto en defensa de su derecho a la intimidad y no de la de John en pro de su derecho a la seguridad¹¹. Pero la cuestión nos sirve, al menos en vía de hipótesis, para pedir que las propias sentencias judiciales apliquen a sus mismos fallos los parámetros de proporcionalidad, si son los que importan. ¿Tenía el

¹¹ Pero el recurso de casación de John ante el Tribunal Supremo sí puede verse como basado en la defensa de su derecho a la seguridad.

Tribunal Supremo la posibilidad de limitar el derecho a la seguridad de John de manera que su recorte sea solamente el “necesario” para lograr el “fin legítimo” de proteger la intimidad de Ernesto?

3. Igual que al principio, se cita doctrina jurisprudencial que por sí misma no resuelve el asunto que tratamos en el caso; ahora se hace lo mismo con las normas vigentes sobre el particular: “Sobre los límites impuestos por la dignidad humana al empleo de medidas de vigilancia y control, debe tenerse en cuenta, en cuanto a la cuestión que aquí interesa, que el artículo 7.1 y 5 LPDH, en relación con el artículo 2 de la misma Ley, considera intromisiones ilegítimas en el derecho a la intimidad, entre otras (sin perjuicio de los supuestos de consentimiento expreso del titular del derecho y de actuaciones autorizadas por una ley) «el emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas» y «la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2»”.

Esas son las normas que vienen al caso, en efecto, pero sabemos ya que nada nos solucionan mientras no interpretemos, mientras no concretemos el significado de “vida íntima” y “vida privada”.

4. No será el significado o alcance de “vida íntima” o “vida privada” lo que ocupe al Tribunal, pues a partir de ese momento, de la mera cita de la normativa vigente con la que parecía que había que resolver, su argumentación da un giro y va por otros cauces: ponderar para ver si en el caso merece ganar este o aquel derecho.

Primero, la exposición general del principio de proporcionalidad y de los pasos de la ponderación:

“De conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional [STC 186/2000, de 10 de julio (RTC 2000, 186)], la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. A los efectos que aquí importan, basta con recordar que (como sintetizan las SSTC 66/1995, de 8 de mayo (RTC 1995, 66), FJ 5; 55/1996, de 28 de marzo, FFJJ 6, 7, 8 y 9; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4 e),

y 37/1998, de 17 de febrero (RTC 1998, 37), FJ 8) para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)".

Aceptemos esa vía y tratemos nosotros mismos de ejecutar lo mejor posible los tres pasos.

- a) Juicio de *idoneidad*. Hay que ver "si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto". ¿Cuál era la medida de marras? La colocación por John de cámaras de seguridad del modo que ya sabemos y para el fin de aumentar su seguridad, a la que tiene un derecho que en sí no se discute. ¿Son idóneas en general las cámaras de seguridad para ese propósito? Parece difícil negarlo. ¿Son idóneas en el caso concreto? Para restarles esa aptitud o idoneidad en el caso habría que argumentar algún defecto en la disposición de las mismas que las convierta en inútiles para dar seguridad a la vivienda de John. Si no disponemos de tales argumentos basados en hechos, difícil parece que la idoneidad pueda ponerse en tela de juicio. No olvidemos que en este paso del examen de idoneidad todavía no entra en consideración nada que se refiera a la afectación o no del derecho a la intimidad de Ernesto.
- b) Juicio de *necesidad*. Ahora corresponde mirar si la medida de instalar las cámaras "es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia". ¿Habría otras medidas, alternativas a las cámaras o a su modo de disponerlas, igual de eficaces para la seguridad y menos negativas para la intimidad de Ernesto? En términos de exigencia argumentativa, no puede bastar decir que sí o que no. Si mantenemos que sí habría tales medidas alternativas, debemos explicitar cuáles lo serían en este asunto concreto. Si sostenemos que no las hay, habre-

mos de repasar las que, en teoría, razonablemente cupieran y acreditar por qué en el caso no encajan. Por poner un ejemplo, seguramente forzado: ¿cabe que valoremos si en lugar de las cámaras sobre la finca y el camino de acceso, podría, con el mismo efecto asegurador, tener John uno o varios perros guardianes en su propiedad? Ahí está la dificultad mayor del juicio de necesidad, en la elaboración y consideración expresa de toda la lista de alternativas razonablemente posibles. Lo que se suele hacer, sin embargo, es acortar artificiosamente esa lista para considerar únicamente las alternativas que avalen el juicio negativo o positivo que se pretende.

- c) Juicio de *proporcionalidad en sentido estricto*. Para empezar, el fundamento de este juicio es presentado en la sentencia de un modo peculiar, un tanto extraño: se debe examinar “si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto”. ¿Cuál interés general? En casos como el presente, planteados como conflicto entre intereses individuales, ¿por qué meter en liza el interés general?

Reconduzcamos a sus términos habituales el juicio de proporcionalidad cuando, como aquí, se dirimen conflictos de derechos. Hay que ver el grado de afectación positiva de uno de ellos, en esta ocasión el de seguridad, y el grado de afectación negativa del otro, el de intimidad. Si es más lo que pierde o se daña del derecho a la intimidad de Ernesto que lo que gana o se beneficia el derecho a la seguridad de John, entonces la medida de instalar las cámaras del modo que se ha hecho es desproporcionada y decae o es derrotado el derecho de John. Si es más lo que gana el derecho a la seguridad de John que lo que merma el suyo a la intimidad de Ernesto, la medida es proporcionada e impera el derecho del primero.

Ahora, con los presupuestos claros, veamos cuál es el grado de afectación de cada derecho. Es decir, establezcamos el peso negativo de la afectación (negativa) del derecho a la intimidad del uno y el

peso positivo de la afectación (positiva) del derecho a la seguridad del otro. Las circunstancias del caso las conocemos de sobra ya y, por tanto, se supone que estamos en condiciones de ponderar, de otorgar esos “pesos” respectivos, aunque sea, como Alexy propone, en términos de “mucho” (afectación grande), “poco” (afectación leve) o “regular” (afectación de grado medio). Pues bien, haga el amable lector el ejercicio, pondere, y piense cada cual si la medida que aquí se analiza, la de poner las cámaras como se ha dicho, pasa o no la prueba del juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Es prácticamente seguro que los ponderadores no coincidan en sus pesajes y resulta probable que se dividan al cincuenta por ciento.

La ponderación de derechos no es un método que aporte objetividad y, además, sus defensores suelen responder que tampoco lo pretende. Por tanto, el “peso” que en la ponderación se establece no es propiamente un peso, sino un valor que el juzgador atribuye discrecionalmente, en uso de una discrecionalidad tan legítima como inevitable. Si así es en efecto, y así se admite, tendríamos que la presencia de discrecionalidad no sería muy diferente de la que comparece en el método interpretativo-subsuntivo al optar entre interpretaciones posibles de las normas y valoraciones posibles de las pruebas. La única diferencia a considerar podría estar, en suma, en cuál de los dos métodos resulta más apto como esquema de justificación del uso que los jueces hacen de esos ineliminables márgenes de discrecionalidad. O, expuesto de otra forma, la clave del debate se reconduciría a cuál de los dos esquemas argumentativos es más “honesto” porque no disimula el elemento valorativo dirimente, y cuál se ciñe mejor a la justificación de los pasos valorativos que conducen a la decisión final, al fallo.

5. Nos falta examinar la ponderación del Tribunal Supremo, ya que al ponderar condujo la base de su decisión.

El Tribunal Supremo, como ya vimos, se propone revisar si es correcta la ponderación que la Audiencia Provincial ha ejecutado en la sentencia que ante él se recurre en casación: “Esta Sala debe enjuiciar sí [sic], como exige la doctrina reiterada del Tribunal Cons-

titucional expuesta en el fundamento jurídico anterior, la sentencia de la Audiencia Provincial ha ponderado adecuadamente sí [sic] la instalación y empleo de medios de grabación de imágenes por el recurrente ha respetado en el presente caso el derecho a la intimidad personal del recurrido y de su familia de conformidad con las exigencias del principio de proporcionalidad”.

Se debería sobreentender que, colocado el asunto en clave ponderativa, la determinación de que existe o no intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad dependerá del resultado de la ponderación, con sus tres juicios o pasos. Sin embargo, no queda nada claro, en la presentación que se hace en el fundamento de derecho quinto de esta sentencia, si esa constatación de la existencia de intromisión ilegítima antecede a la ponderación, al juicio de proporcionalidad, o si, como debemos esperar, es la consecuencia de aplicar dicho juicio. Si es lo primero, nada hay que ponderar una vez sentada la intromisión ilegítima, el fallo ya está predeterminado por esa afirmación. Pero, ¿cómo se ha razonado realmente?

Ya al inicio de este decisivo fundamento quinto se dice que: “La aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta al caso examinado conduce a la conclusión de que la fundamentación de ambos motivos de casación es insuficiente para desvirtuar las apreciaciones de la sentencia recurrida, al existir intromisión ilegítima en el derecho fundamental a la intimidad del recurrido y de su familia (artículo 18 CE)”. Concedamos que no se quiere sentar así una premisa del razonamiento, sino que se adelanta la exposición de su conclusión. Pero poco después se repite que la instalación de las cámaras “no supera el juicio de proporcionalidad, pues se ha producido una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad personal y familiar del recurrido en aras de la seguridad de su vecino”. Volvemos a la duda: *¿no supera el juicio de proporcionalidad porque es ilegítima la intromisión o es ilegítima la intromisión porque no supera el juicio de proporcionalidad?*

Sea como sea, podemos fiar a la calidad de la ponderación y de sus pasos y argumentos el fundamento de ese juicio negativo. Así que apreciemos en detalle cómo ha ponderado el Tribunal Supre-

mo, o cómo se revisa la ponderación de la instancia previa. Conviene que leamos enteros y juntos estos dos párrafos cruciales de la sentencia:

“Según la sentencia de la Audiencia Provincial la grabación de las entradas y salidas del domicilio afectan, aun cuando solo fuera tangencialmente, a la esfera íntima donde se desarrolla la vida del actor y suponen un control o vigilancia sobre una faceta que toda persona reserva para sí misma o su círculo íntimo. Por tanto, si bien en un principio se puede considerar que la instalación de las cámaras respondía a motivos de seguridad al situarse la vivienda en una zona aislada y sin iluminación, sin embargo, no supera el juicio de proporcionalidad, pues se ha producido una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad personal y familiar del recurrido en aras de la seguridad de su vecino. El sistema de grabación instalado en la propiedad privada del recurrente por motivos de seguridad no ha resultado idóneo, pues quedan grabadas las entradas y salidas del domicilio del recurrido o de cualquier otro miembro de su familia por cualquiera de las tres puertas que tiene su vivienda y como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal al impugnar el recurso las cámaras se podrían haber instalado de otra forma sin grabar las puertas del domicilio del recurrido.

En suma, esta Sala considera que la intromisión que supone la grabación de las entradas y salidas del domicilio del recurrido no se revela como necesaria para lograr un fin constitucionalmente legítimo, proporcionada para alcanzarlo y que se lleve a cabo utilizando sólo los medios necesarios para lograr una mínima afectación del ámbito garantizado por el derecho a la intimidad. Además, la instalación adicional de los focos de luz que permiten la grabación de imágenes nocturnas con sucesivos episodios de encender y apagar es una molestia adicional para el recurrido”.

Ahora analicemos.

(i) Lo primero que confirmamos es que, *pese a la vestimenta ponderativa, la clave decisoria es antes que nada interpretativa*. Y ello es así porque se da por bueno sin discusión que de la “intimidad”, o “vida privada” o “vida íntima” de una persona o de su familia forman parte las entradas y salidas de su domicilio y que, por tanto, la grabación, aunque sea por otras razones o con otra intención, como efecto colateral de otra medida, de tales entradas y salidas, “supone un control o vigilancia sobre una faceta que toda persona reserva para sí misma o su círculo íntimo”. Se están dando los tres pasos del razonamiento interpretativo-subsuntivo: a) se ha asumido esa interpretación de que la intimidad está compuesta por las facetas que toda

persona reserva para sí misma o su círculo íntimo; b) así delimitado el “territorio” de la intimidad, se mantiene que la entrada y salida del domicilio pertenece a dicho “territorio reservado”: se han subsumido los hechos bajo la norma previa de esa manera interpretada; c) sale la conclusión: existe intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad.

(ii) ¿Para qué se ha de ponderar, entonces? Parece que para comprobar si esa intromisión ilegítima puede ser contrapesada por el beneficio para el derecho a la seguridad. Nos vemos así conducidos a un curioso dilema teórico: si resulta que la intromisión ilegítima supera la prueba de la ponderación, el examen de proporcionalidad, ¿se convierte en legítima tal intromisión ilegítima? ¿Puede sanarse la ilegalidad o inconstitucionalidad, sentadas en el punto de arranque, de un atentado contra un derecho fundamental mediante la ponderación? ¿Cómo lo explicaríamos? ¿Diríamos que la intromisión en un derecho es ilegítima —inconstitucional e ilegal—, pero que se compensa por lo muy legítima que resulta la protección del derecho contrapuesto? ¿Mantendríamos que hay intromisión ilegítima, pero proporcionada, y, por tanto, no antijurídica? Se explique como se explique la situación en clave teórica, lo que resulta bastante evidente, en definitiva, es que la ilegitimidad del atentado contra la intimidad no resulta de la ponderación favorable a ese derecho, sino que antecede a la ponderación misma.

(iii) Como quiera que se vea lo anterior, el Tribunal pondera. El resultado es favorable al derecho a la intimidad de Ernesto y contrario al derecho a la seguridad de John. ¿Podría haber sido de otro modo, con ese punto de partida? Dejemos esa duda, a la que no se nos da respuesta, y examinemos cómo se aplican los tres juicios en que se descompone operativamente el principio de proporcionalidad.

a) *Juicio de idoneidad*. No estará de más que repitamos que se aplica observando si la medida en disputa rinde algún beneficio para el derecho a la seguridad de John y su familia. La sentencia dice que no hay tal idoneidad. ¿Acaso no contribu-

yen a la seguridad las cámaras de seguridad? Respuesta de la sentencia: “El sistema de grabación instalado en la propiedad privada del recurrente [de John] por motivos de seguridad no ha resultado idóneo, pues quedan grabadas las entradas y salidas de su domicilio del recurrido o de cualquier otro miembro de su familia por cualquiera de las tres puertas que tiene su vivienda y como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal al impugnar el recurso las cámaras se podrían haber instalado de otra forma sin grabar las puertas del domicilio del recurrido”. *Ese, sencillamente, no es el juicio de idoneidad*. Del juicio de idoneidad en la sentencia no hay ni rastro, aunque se emplee el término “idóneo”. Pero asumamos, quizá, que se da por tácitamente admitido que ese juicio sí se supera por la obviedad de que las cámaras de seguridad benefician la seguridad. Así que vayamos al de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

- b) *Juicio de necesidad*. Teoría general del mismo: para que la medida sea constitucionalmente legítima, no debería haber existido una medida alternativa que, favoreciendo igual el derecho a la seguridad de John, dañara menos el derecho a la intimidad de Ernesto. También aquí parece negativa la opinión que vierte el Tribunal en la sentencia, pues se concluye que la medida analizada “no se revela como necesaria para lograr un fin constitucionalmente legítimo” y no se ha llevado a cabo “utilizando sólo los medios necesarios para lograr una mínima afectación del ámbito garantizado por el derecho a la intimidad”.

¿Cuáles podrían haber sido esas medidas alternativas más respetuosas con el derecho a la intimidad? Sólo una pista se nos da a este propósito: “como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal al impugnar el recurso las cámaras se podrían haber instalado de otra forma sin grabar las puertas del domicilio del recurrido”. Parece un buen argumento. Pero, en ese caso, ¿no se incurre en incongruencia en el fallo que condena a “retirar las cámaras de filmación y dismantelar todos sus dispositi-

vos e instalaciones”? ¿No bastaría, precisamente en aras de la maximización correlativa de los derechos, haber condenado a modificar la colocación u orientación de las cámaras?

- c) Si el test de necesidad no da positivo, ya no haría falta practicar el de *proporcionalidad en sentido estricto*, salvo que se quiera hacer a mayor abundamiento. ¿Lo aplica el Tribunal aquí? Diríase que no, pero no queda del todo claro, pues dice también que “la intromisión (...) no se revela como (...) proporcionada” para alcanzar “un fin constitucionalmente legítimo”. ¿Por qué no? No lo sabemos, pues no nos lo cuentan: su balanza es privada.

Llega el momento del *balance* y la *síntesis final*:

(i) La mala aplicación de un método o esquema de razonamiento o argumentación no es argumento contra ese método en sí, sino contra quienes lo malentienden o incorrectamente lo utilizan. Pero es extraordinariamente frecuente que nuestros tribunales digan que ponderan o que aplican el principio de proporcionalidad cuando en verdad no lo hacen o no proceden para ello con una mínima solvencia. A los teóricos de la ponderación y defensores más estrictos del método ponderativo-subsuntivo debería corresponder la crítica de tan común mal uso, pues, si no se depuran esas tergiversaciones, acabará convirtiéndose la ponderación en el más lamentable pretexto para un casuismo vacuo y totalmente ajeno a las más mínimas exigencias de racionalidad argumentativa en la decisión judicial.

(ii) Insisto en la tesis de la esencial intercambiabilidad práctica o estratégica de los métodos interpretativo-subsuntivo y ponderativo-subsuntivo. Unas veces se elige sin más el que parece dar mejor resultado para motivar el fallo que se busca. Otras veces, como acabamos de comprobar, se entremezclan en una misma sentencia sin una mínima claridad sobre la utilidad posible de cada uno y, sobre todo, sin que el empleo de cada uno quede argumentado con una mínima racionalidad argumentativa. Se hacen interpretaciones decisivas sin asumir que se está poniendo la base de la decisión en la interpretación de una norma y, por consiguiente, sin dar razón de

por qué la interpretación elegida es preferible a cualquier otra de las interpretaciones posibles, de las interpretaciones que podrían brindarse como alternativas en tal oportunidad. Y se pondera simplemente diciendo que se ponderó, pero sin enseñar la imaginaria balanza (el “ponderómetro”) ni explicitar con claridad por qué en ella se ponen unos hechos u otros y con qué concretos resultados. Se afirma que la medida es o no idónea sin entrar en ningún pormenor sobre por qué hay o no beneficio para el derecho fundamental de referencia en ese juicio de idoneidad. Se proclama que cabían o no medidas alternativas menos perjudiciales para el otro derecho que se considera en este juicio, pero no se explicitan cuáles serían o no se agota la lista de las que razonablemente se deberían tomar en cuenta, limitándose los tribunales a seleccionar, de esa lista posible, la que mejor soporte la conclusión positiva o negativa que se busca.

Y se mantiene que la ponderación en sentido más propio, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, el “pesaje” propiamente dicho, se ha realizado con tal o cual resultado. Pero como lo que se pesa son los hechos del caso (en combinación a veces con el peso abstracto de los derechos o principios en juego) y como en puridad los hechos no tienen más peso que el que el “pesador” les asigne¹², ponderar contrapuestamente dos derechos no es más que *valorar* en conciencia cuál debe tener preferencia. Ahora bien, cuando se justifican argumentalmente valoraciones, el sujeto correspondiente debe entenderse como respondiendo a la siguiente pregunta: ¿por qué yo preferí aquí el bien (derecho, interés...) X al bien Y?, ¿qué razones me lo hacen preferible y cómo puedo tratar de convencer a un observador imparcial para que comparta mi preferencia o, al menos, la acepte como no irrazonable? En este punto es donde el lenguaje del “peso” puede invitar a o ser disculpa para omitir ese tipo de argumentaciones exigibles. Si peso no valoro, sino que constato, me muevo en el marco de algún tipo de cuasievidencia, sea empírica o de razón práctica. Si peso, yo compruebo lo que pesa el

¹² Y los principios, igualmente.

objeto en cuestión, mientras que, si valoro, yo atribuyo ese peso. Si yo afirmo que el aceite pesa menos que el agua, no tengo muchas cuentas que dar del fundamento de mi afirmación; si yo mantengo que, en nuestro caso, el derecho a la intimidad de Ernesto es más importante que el derecho a la seguridad de John y, en consecuencia, debe prevalecer, es grande el esfuerzo argumentativo que se me tiene que exigir para alejar la posible sospecha de arbitrariedad o exceso de subjetivismo en mi juicio.

(iii) Si a la “filosofía” del principio de proporcionalidad y la ponderación subyacen tesis de ética y filosofía práctica de corte objetivista y cognitivista, es decir, algo parecido a un verdadero sistema objetivo de pesos y medidas, deben explicitarse esos presupuestos para mostrar que no se trata meramente de un método más o menos útil para la simple argumentación de valoraciones discrecionales del juez, pero sin pretensiones fuertes de corrección objetiva de los resultados. Hay que fundamentar el objetivismo y el cognitivismo de base, lo primero, y después hacer una correspondiente teoría “material” de la Constitución, para que se entienda qué se quiere decir cuando se habla de que las constituciones tienen su esencia en una trama de valores y principios en los que el contenido axiológico se impone a cualquier indeterminación semántica o a cualquier apertura a los consensos políticos y a las preferencias mayoritarias que en las leyes se expresan, dentro de ese marco y en lo que semánticamente tenga de abierto.

Si quienes defienden el método ponderativo no comulgan con tan fuertes presupuestos ontológicos y epistemológicos, acaban asumiendo que no se propone más que un esquema posible de justificación de las personales valoraciones que acompañan a la inevitable y en sí no reprochable práctica de la discrecionalidad judicial, al menos en ciertos casos difíciles por razón de la indeterminación de las normas o de la duda sobre la prueba o relevancia de los hechos. El juicio, entonces, ya es de pura conveniencia y versará sobre cuál esquema argumentativo es más útil para forzar al juez a explicitar más y mejor sus propias valoraciones y las razones en que las apoya, si el esquema ponderativo-substantivo o el esquema interpretativo-

subsuntivo o una combinación de los dos que no permita presentar como evidencias objetivas lo que son preferencias discrecionales. Y, desde luego, si estamos en esto último, debería rechazarse con toda rotundidad que los tribunales constitucionales anulen sentencias de las instancias judiciales porque en éstas no se ponderó. Pues haber ponderado o no pasaría a ser asunto muy secundario y lo relevante será nada más que comprobar si las valoraciones que condujeron al fallo aparecían o no suficientemente argumentadas, sea con unos términos o con otros y sea siguiendo unos pasos del razonar u otros distintos, pero igualmente eficaces para lo que importa: el descarte de la arbitrariedad o el capricho, en lo posible.

Sobre los Autores

BONORINO, PABLO RAÚL

Profesor titular de Filosofía del Derecho en la Universidad de Vigo. Autor y editor de varias obras jurídicas. Especialista en perspectiva de género y argumentación jurídica. Ha dictado conferencias sobre violencia contra la mujer en distintas universidades e instituciones de España, Colombia y Argentina. También ha impartido cursos de formación de formadores en perspectiva de género para magistrados y jueces en la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” de Bogotá, Colombia.

GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO

Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de León. Licenciado en Derecho y Doctor por la Universidad de Oviedo. Ha realizado estancias de investigación en Múnich, Berlín, Mainz, Aix-en-Provence y Florencia. Ha impartido cursos, ponencias y conferencias en Alemania, Bélgica, Italia, Argentina, Colombia, Brasil, Costa Rica, El Salvador y México, así como en varias universidades e instituciones españolas. Es autor de numerosos artículos y libros colectivos, y ha publicado diversas obras jurídicas.

ITURRALDE SESMA, VICTORIA

Profesora titular de Filosofía del Derecho en la Universidad del País Vasco. Es Licenciada en Derecho y Doctora por la misma universidad. Autora de cuatro libros, así como de numerosas publicaciones, entre capítulos de libro, artículos, reseñas y traducciones. Ha participado en distintos proyectos de investigación. Ha sido profesora invitada en República Dominicana, Puerto Rico, Brasil y México.

MORESO MATEOS, JOSÉ JUAN

Licenciado en Derecho y Doctor por la Universidad Autónoma de Barcelona. Autor de numerosas publicaciones, entre libros, capítulos de libro y artículos de derecho. Ha sido docente en la Univer-

sidad Autónoma de Barcelona, en la Universidad de Gerona y en la Universidad Pompeu Fabra, donde es Catedrático de Filosofía del Derecho y actualmente Rector. Ha realizado estancias de investigación en la Universidad de Buenos Aires, la Universidad de Oxford y la Universidad de Génova. En 2010 fue investido con el grado académico de *Doctor Honoris Causa*, por la Universidad de Valparaíso (Chile).

ORTEGA GARCÍA, RAMÓN

Licenciado en Derecho por el Instituto Tecnológico Autónomo de México. Doctor por la Universidad de Santiago de Compostela. Director del Centro de Investigaciones Judiciales de la Escuela Judicial del Estado de México. Profesor titular de Teoría del Derecho en el ITAM. Candidato a Investigador Nacional por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT). Autor del libro «COMPROMISO MUTUO Y DERECHO: UN ENFOQUE CONVENCIONALISTA» (Jurídica de las Américas, México, 2010) y de varios artículos especializados en temas de derecho.

RODRÍGUEZ BOENTE, SONIA ESPERANZA

Licenciada en Derecho y Doctora por la Universidad de Santiago de Compostela. Profesora contratada como doctora en la Facultad de Derecho de la misma universidad. Autora de dos libros y más de veinte publicaciones entre capítulos de libro y artículos. Su interés se centra en la argumentación jurídica y el razonamiento judicial. Ha participado en varios proyectos de investigación sobre argumentación jurídica.

RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, JOAQUÍN

Licenciado en Derecho y Doctor por la Universidad de Santiago de Compostela. Profesor titular de Filosofía del Derecho en la Universidad de Santiago. Es autor de dos libros sobre derechos fundamentales y de numerosos artículos y capítulos de libro. Ha participado en proyectos de investigación sobre argumentación jurídica y razonamiento judicial. También se ha interesado por la deontología de las profesiones jurídicas.

SEGURA ORTEGA, MANUEL

Licenciado en Derecho y Doctor por la Universidad Complutense de Madrid. Es autor de cinco libros y más de treinta trabajos entre capítulos de libro y artículos. Profesor titular de Filosofía del Derecho en la Universidad de Santiago de Compostela. Ha dirigido un proyecto de investigación dedicado a la interpretación jurídica y también ha participado como investigador en otros. Su interés se centra en la argumentación jurídica y el razonamiento judicial.

SUCAR, GERMÁN

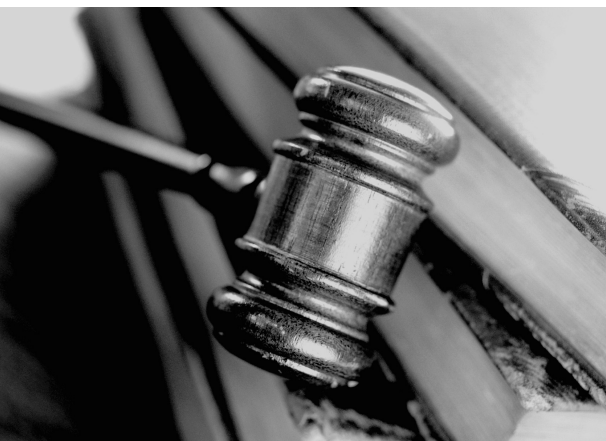
Abogado y Doctor por la Universidad de Buenos Aires. Máster en Derecho penal e investigador de la Universidad Paris I Panthéon-Sorbonne. Profesor invitado del Departamento de Derecho del ITAM. Es autor del libro «CONCEPCIONES DEL DERECHO Y LA VERDAD JURÍDICA» (Madrid, Marcial Pons, 2010).

VIGO, RODOLFO LUIS

Catedrático de Filosofía del Derecho, Interpretación Jurídica y Ética Judicial en la Universidad Austral de Argentina. Autor de veinte libros y numerosas publicaciones sobre temas de derecho. Presidente de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho de 2006 a 2010. Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe. Primer Presidente de la Junta Federal de la Corte Suprema de Argentina. Primer Secretario de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial de 2006 a 2010. Co-redactor del Código Iberoamericano de Ética Judicial con Manuel Atienza. Obtuvo el Premio Konex a los mejores jueces.

www.tirantonline.com

Información jurídica en internet



Doctrina

Formularios

Jurisprudencia

Legislación

Bibliografía

¡Solicite hoy mismo su alta!

Para solicitar su alta, dispone de:

teléfono de atención al cliente: 96 369 17 28

un número de fax: 96 369 41 51

una dirección de correo electrónico:

atencionalcliente@tirantonline.com

o directamente en www.tirantonline.com

