

A U L I S A A R N I O

21

LO·RACIONAL
COMO·RAZONABLE

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

LO RACIONAL COMO RAZONABLE

Un tratado sobre la
justificación jurídica

AULIS AARNIO

Departamento de Derecho Civil, Universidad de Helsinki

LO RACIONAL COMO RAZONABLE

Un tratado sobre la
justificación jurídica

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
MADRID, 1991

Colección: «El Derecho y la justicia»
Dirigida por Elías Díaz

Título original en inglés:
The Rational as Reasonable.
A Treatise on Legal Justification.
D. Reidel Publishing Company, 1987.

Versión castellana de Ernesto Garzón Valdés
Revisión de Ernesto Garzón Valdés y Ruth Zimmerling

Reservados todos los derechos
© Centro de Estudios Constitucionales
© Aulis Aarnio
NIPO: 005-91-016-4
ISBN: 84-259-0876-0
Depósito Legal: M-24679-1991
Imprime: Gráficas Barcenilla. 28029 Madrid.

A mi querida Aira

ÍNDICE

	<i>Pag.</i>
PRÓLOGO A LA EDICIÓN INGLESA	13
PRÓLOGO A LA EDICIÓN CASTELLANA	19
 CAPÍTULO PRIMERO: INTRODUCCIÓN	 21
1. <i>El punto de partida</i>	23
1.1. Los casos rutinarios y los casos difíciles	23
1.2. El dilema del decisor	25
1.3. Acerca de la responsabilidad de justificar las decisiones ..	28
1.4. Derecho y sociedad	30
1.4.1. Rigidez y flexibilidad	31
1.4.2. ¿Crisis del derecho?	35
2. <i>Un enfoque científico de los contenidos de las normas jurídicas</i>	43
2.1. El científico y el juez	43
2.2. La dogmática jurídica y las ciencias sociales	45
2.3. La dogmática jurídica y la práctica jurídica	48
2.3.1. La práctica jurídica normal	48
2.3.2. La práctica judicial	50
3. <i>El concepto de la dogmática jurídica - Una formulación más precisa</i>	51
4. <i>El ángulo de enfoque y los problemas básicos</i>	54

CAPÍTULO SEGUNDO: LA ONTOLOGÍA DEL DERECHO	61
1. <i>Observaciones generales</i>	63
2. <i>La ontología de la interpretación en la dogmática jurídica</i>	65
3. <i>La validez de una norma jurídica</i>	71
3.1. Los tres enfoques de Wróblewski	71
3.2. La validez sistémica	71
3.3. La eficacia de las normas jurídicas	77
3.4. La aceptabilidad de una norma jurídica	83
 CAPÍTULO TERCERO: LA METODOLOGÍA DE LA INTERPRETACIÓN EN LA DOGMÁTICA JURÍDICA	 89
1. <i>Conceptos básicos</i>	91
1.1. Dos estrategias de investigación	91
1.2. Un enunciado normativo y un enunciado interpretativo....	93
1.2.1. El concepto de enunciado normativo	93
1.2.2. Conclusión.....	99
1.2.3. Un enunciado de significado y un enunciado de interpretación	100
1.2.4. Un punto de vista normativo y un punto de vista interpretativo	104
1.2.5. Resumen	105
1.3. El concepto de norma	105
2. <i>Una caracterización general de la interpretación y de la teoría de la interpretación</i>	112
2.1. La interpretación como proceso hermenéutico	112
2.2. La naturaleza especial de la interpretación en la dogmática jurídica.....	117
3. <i>Las fuentes del derecho y las directrices de la interpretación jurídica</i>	122
3.1. Acerca del concepto de las fuentes del derecho	122
3.1.1. La fuente de información	122
3.1.2. La fuente de razonamiento	122
3.2. La lista de las fuentes del derecho	123
3.2.1. El catálogo finlandés de las fuentes	123
3.2.2. Observaciones generales	133
3.3. La categorización de las fuentes del derecho	134
3.3.1. La obligatoriedad de las fuentes del derecho	134
3.3.2. Razones dotadas de autoridad y razones materiales	138
3.4. Directrices de la interpretación jurídica.....	141

3.4.1. El orden de preferencia de las fuentes del derecho	143
3.4.2. Las pautas del procedimiento de razonamiento	146
4. <i>La justificación del punto de vista interpretativo: un análisis estructural</i>	154
4.1. El punto de partida: desacuerdo acerca del resultado de la interpretación	154
4.2. El ámbito de la interpretación: lagunas y conflictos en el ordenamiento jurídico	157
4.3. El procedimiento del discurso	163
4.4. Justificación interna y justificación externa	166
4.5. La estructura del procedimiento de la justificación-E	168
4.6. Un ejemplo del procedimiento de justificación	170
4.6.1. <i>Travaux préparatoires</i>	171
4.6.2. Interpretación sistémica	174
4.6.3. Las decisiones de los tribunales como razones	176
4.6.4. Sobre la opinión doctrinaria	178
4.6.5. Razones prácticas	180
4.6.6. Resumen	182
4.7. La relación entre la sistematización y la interpretación de las normas jurídicas	184
4.7.1. El concepto de sistematización	184
4.7.2. Un ejemplo de sistematización: un análisis de la posición del heredero	198

CAPÍTULO CUARTO: LA ACEPTABILIDAD DE UN ENUNCIADO INTERPRETATIVO	207
1. <i>El principio de la respuesta correcta</i>	209
1.1. Una aclaración terminológica	209
1.2. Ejemplos de la doctrina de la respuesta correcta	212
1.2.1. La teoría de Ronald Dworkin	212
1.2.2. Enunciados normativos como proposiciones normativas	217
1.2.2.1. Enunciados normativos como predicciones	217
1.2.2.1.1. La naturaleza específica de las predicciones jurídicas	217
1.2.2.1.2. Acerca de la teoría predictiva de Alf Ross	221
1.2.2.2. El enfoque de Ilkka Niiniluoto	225
1.2.2.3. Las proposiciones normativas como normas técnicas	232
1.2.2.3.1. Observaciones generales	232

1.2.2.3.2. Normas técnicas secundarias	233
1.2.2.3.3. Normas técnicas primarias.....	234
2. <i>Aceptabilidad y racionalidad</i>	236
2.1. Las precondiciones generales de la justificación de un punto de vista interpretativo	236
2.2. El concepto de aceptabilidad racional	239
2.3. ¿Por qué ser racional?	250
2.4. Las condiciones generales del discurso racional	253
2.4.1. El punto de partida	253
2.4.2. Los principios y las reglas básicas de la racionalidad-D	254
2.4.2.1. Reglas de consistencia	254
2.4.2.2. Reglas de eficiencia	254
2.4.2.3. Reglas de sinceridad.....	255
2.4.2.4. Reglas de generalización.....	256
2.4.2.5. Reglas de apoyo	257
2.4.3. Las reglas de la carga de la prueba	260
2.4.3.1. Reglas procedimentales de la carga de la prueba	260
2.4.3.2. Reglas materiales de la carga de la prueba .	261
2.4.4. Resumen	262
2.5. Interpretaciones y valoraciones	263
2.6. Conocimiento, certeza y forma de vida.....	272
2.7. La audiencia y la forma de vida.....	279
2.7.1. La teoría de la audiencia de Perelman	279
2.7.2. Algunas aclaraciones.....	280
2.7.2.1. La audiencia concreta.....	281
2.7.2.2. La audiencia ideal	283
2.7.3. La aceptabilidad racional como principio regulativo de la dogmática jurídica	284
EPÍLOGO	289
ABREVIATURAS	296
BIBLIOGRAFÍA	297
ÍNDICE DE NOMBRES Y MATERIAS.....	309

PRÓLOGO A LA EDICIÓN INGLESA

Para convencer a alguien de la verdad
no es conveniente establecer la verdad.
Uno tiene que encontrar la *vía* desde el
error a la verdad.

LUDWIG WITTTGENSTEIN

Durante largo tiempo me preocupó la cuestión de saber si las interpretaciones de las normas jurídicas pueden ser correctas en algún sentido esencial de la palabra y si podemos hablar de conocimiento en conexión con la interpretación jurídica. No deja de tener importancia la certeza con la cual los investigadores pueden formular sus opiniones acerca del ordenamiento jurídico. ¿Son estas opiniones meras conjeturas o son, en alguna medida, creencias más fuertes? ¿Pueden ser consideradas en algún sentido como probables o hasta sería posible asignarles la propiedad de verdad? Un asunto aún más importante es la consideración acerca de en qué sentido quienes aplican el derecho, el juez y el funcionario administrativo, pueden “conocer el derecho”. Como ciudadanos no admitiríamos fácilmente la idea de que nuestros asuntos sean decididos en los tribunales sin que el decisor tenga una imagen clara de qué es lo que ordena, prohíbe o permite el ordenamiento jurídico. Exigimos que nuestro caso sea decidido conforme a derecho.

Es igualmente claro que las normas jurídicas no son proposiciones teóricas que describen la realidad. Por lo tanto, la persona que interpreta el derecho no busca en él una verdad teórica. El derecho no es simplemente un

conocimiento. Desde el punto de vista social, la actividad judicial es ejercicio del poder. El papel del derecho consiste en respaldar las decisiones tomadas en este procedimiento de ejercicio del poder. Es justamente aquí donde reside el problema. El derecho no es sólo un buen consejo que el intérprete (por ejemplo, el juez) puede seguir o ignorar sobre la base de su propio juicio. Es la base dotada de autoridad para la decisión.

Sin embargo, en muchos casos, la base es ambigua, está llena de lagunas o es vaga en algún otro sentido. Por consiguiente, el intérprete parece moverse en un "círculo": el derecho vincula al intérprete – no toda interpretación está de acuerdo con el derecho – la clarificación de los contenidos del derecho requiere una elección entre las diferentes alternativas de interpretación", la elección puede referirse sólo al derecho válido, etcétera.

Presentado de esta manera especial, el círculo contiene una verdadera maraña de cuestiones. ¿Qué es la validez, cómo se diferencia el derecho de una norma jurídica, qué significa que algo es "conforme a derecho" y, sobre todo, cómo deberíamos caracterizar la interpretación del derecho? En la teoría jurídica han habido numerosos intentos de quebrar este círculo dando una respuesta normativa a estas preguntas: al interpretar el derecho, debería procederse de tal y cual manera. Por ejemplo, se debería seguir la letra de la ley, o su objetivo, etcétera. Las respuestas normativas tienen muchos puntos débiles. Uno de ellos parece ser muy relevante. La vida real no ha seguido una única doctrina normativa de la interpretación en tanto tal. Estas doctrinas no han sido adecuadas para guiar el pensamiento jurídico. Otro enfoque – que no es una consecuencia conceptual de una actitud normativa pero que, a menudo, ha sido vinculada con ella – se concentra en aspectos técnicos. La teoría de la interpretación jurídica es considerada como una colección de instrucciones técnicas ("cánones", pautas). A veces, el problema de la filosofía jurídica ha sido simplemente reducido a cuestiones lógicas (analíticas). La idea es explicitar la estructura formal del procedimiento de interpretación. En su versión más radical, esta forma de pensar tiende a sostener que un problema jurídico-filosófico tiene sentido si y sólo si puede ser formulado con fórmulas lógicas.

En todas estas respuestas y en las respuestas vinculadas a ellas, nos vemos confrontados con una serie de preguntas "¿cómo?". Las respuestas proporcionan primariamente la estructura metodológica. Aquí las preguntas "¿por qué?" son fácilmente dejadas de lado; estas cuestiones, a su vez, a menudo son vinculadas con la cuestión del objetivo institucional de la interpretación del derecho, con la idea de la interpretación.

Cuanto más he considerado esta cuestión, tanto más evidente me ha parecido que en la teoría de la interpretación del derecho hay que combinar el "¿cómo?" con el "¿por qué?". A su vez, esto parecería estar conectado con una cuestión que rara vez ha sido mencionada en la teoría de la interpreta-

ción del derecho. A esta cuestión se le han dado numerosas denominaciones. En este contexto me referiré a ella como a la responsabilidad social del intérprete del derecho.

Sería elegir una salida fácil decir que la consideración de la responsabilidad es meramente una tendencia que está de moda en la discusión de la filosofía jurídica y social. Además, el asunto no puede ser considerado únicamente desde el punto de vista de la perspectiva moral, aun cuando la responsabilidad moral del juez o del científico tenga influencia en la interpretación del derecho. Es una cuestión de algo más. El problema de la responsabilidad está conectado con tendencias globales que en este momento conmueven a toda la humanidad. En estas tendencias, una cuestión central es la re-evaluación de la posición de la persona. La persona se encuentra en una crisis, tanto en relación con los otros seres humanos como con la naturaleza. Como las relaciones entre las personas son reguladas en una forma importante por las normas jurídicas, ni la ciencia que estudia las normas jurídicas ni la administración de justicia pueden ser consideradas como cuestiones marginales. Esto es así porque, especialmente en las culturas jurídicas occidentales, la fe en las autoridades ha experimentado una fuerte merma en comparación con las décadas anteriores. Este fenómeno vale tanto con respecto a las autoridades seculares como religiosas. Hay numerosas y diferentes razones de este cambio de actitud. Como ejemplo podríamos indicar el explosivo aumento del conocimiento científico, el aumento del nivel de educación y la secularización general que resulta del desarrollo social. La gente simplemente no cree ya en nada. Desde el punto de vista de nuestro tema, los detalles y las razones de este desarrollo tienen una importancia secundaria. Lo esencial es que recordemos qué es lo que ha reemplazado la fe en las autoridades: la exigencia de que las opiniones sean justificadas. La exigencia de la justificación fáctica ha desplazado a la fe en el poder mismo.

Sin embargo, el derecho en tanto tal no es siempre una razón suficiente, a pesar de que, especialmente en el sistema del derecho legislado, juegue un papel especial como base de justificación de la interpretación jurídica. Muy a menudo, la justificación se refiere – y tiene que referirse – a diferentes tipos de razones materiales, o bien a razones teleológicas o a razones de corrección. En la práctica, esto significa, entre otras cosas, que el derecho tiene que estar conectado con valores y valoraciones. Dicho brevemente: existe una combinación entre derecho y moral. Este mismo rasgo impone precondiciones especiales a la teoría moderna de la interpretación jurídica.

Sin embargo, el problema de la responsabilidad social está también indirectamente vinculado con el mismo concepto de democracia. En las sociedades modernas, la mayoría de la gente no tiene influencia real en el ejercicio del poder. Vive en una democracia, pero carece de medios efectivos para participar en la toma de decisiones. Esto puede ser llamado una alienación.

Un fenómeno paralelo es el reforzamiento de la maquinaria burocrática. Una gran parte de la administración se encuentra en manos de especialistas. La red de reglas administrativas es tan complicada y presupone un conocimiento tan especializado que el lego no tiene ninguna posibilidad de controlar las actividades administrativas. Lo mismo vale para la administración de justicia. Si el sistema de la administración y la justicia es cerrado de forma tal que los decisores tienen – desde un punto de vista formal – una posición dotada de gran autoridad, todo el sistema se vuelve autosuficiente. Es “reflexivo”, es decir, el único que controla el sistema es el sistema mismo. En esta situación, una posibilidad de abrir el control y hacerlo público es pedir una justificación adecuada de las decisiones. El razonamiento detrás de la conclusión de la decisión tiene que estar abierto a la inspección pública. Se puede hablar de lo opuesto a un sistema cerrado y no democrático como de “una sociedad abierta”.

A fin de hacer frente a este tipo de desafíos, la interpretación científica y judicial ha de tener una comprensión teórica de sí misma. También aquí reside uno de los núcleos de este trabajo. El objetivo primario no era proporcionar instrucciones metodológicas para la interpretación jurídica práctica. Más importante era tratar de aumentar la conciencia de los juristas, jueces y abogados en general. “¡Conócete a tí mismo!” ha sido mi lema, especialmente en aquellas partes en donde se analizan las suposiciones básicas del pensamiento jurídico.

Por estas razones, se ha intentado en muchos aspectos que este estudio sea más filosófico que lo que suele ser el caso en la teoría de la interpretación jurídica. El énfasis de este rasgo tiene gran importancia debido al hecho bien conocido de que también recientemente ha habido una tendencia a sostener que el valor de la filosofía para el pensamiento jurídico es reducido o, en el mejor de los casos, problemático. Quienes sustentan esta concepción afirman que la interpretación es un asunto técnico que requiere habilidad profesional, mientras que la filosofía sólo sirve para proporcionar un trasfondo educativo general. Tales concepciones no sólo son erróneas sino muy peligrosas. Son peligrosas específicamente debido a los aspectos sociales a los que se ha hecho referencia más arriba. Quienes no tienen conciencia de su responsabilidad, quienes ciegamente practican su profesión de intérpretes del derecho, constituyen una amenaza para el desarrollo sensato de la sociedad. Esta amenaza no puede ser exagerada. Ha sido el vicio dominante de esas personas el buscar refugio en el texto estricto de la ley cuando el problema que tenían ante sí hubiera requerido un enfoque valiente y, en sentido positivo, creador. G. H. von Wright, en su recientemente publicada colección de ensayos titulada *Humanismi elämänsänteenä* (traducción: El Humanismo como una actitud ante la vida, 1981) describe de la siguiente manera las características de quienes menosprecian la teoría: “entre los inte-

lectuales se difunde cada vez más un nuevo tipo humano; un investigador en un campo especial que puede ser muy inteligente pero que tiene un desdén filisteo por la filosofía, el arte y todo aquello que caiga fuera de su estrecha perspectiva”. Agregaría que tal persona carece totalmente de capacidad de desarrollo, ya que uno de sus prerequisites es la comprensión de uno mismo.

Todo aquel que verdadera y seriamente se interese por el destino de un campo tan especializado como el de la ciencia jurídica tiene que oponerse decididamente a tal actitud antifilosófica. Por esta razón, este estudio está expresamente dirigido en contra de la persona descrita más arriba, no tanto para influenciarla cuanto para reducir el peligro que representa para la cultura.

Lo mejor sería caracterizar este estudio como una síntesis de ideas que he ido gradualmente formulando en los últimos diez años. La idea originaria de la síntesis fue pensada sólo para mí mismo tras haber completado el manuscrito de *Denkweisen der Rechtswissenschaft* (1979). Diversos comentarios formulados por colegas finlandeses exigían – según me pareció – agudizar la respuesta y volver a algunas cuestiones que anteriormente – a comienzos de los años 70 – había desplazado a segundo plano. Otro argumento para una reorientación de la atención fue el hecho de que, por ejemplo, en la teoría jurídica europea, la teoría de la interpretación (justificación) y también el ya mencionado problema de la responsabilidad social había sido objeto de una creciente atención. Este tratado es mi propia contribución a esa discusión.

En el presente trabajo, he intentado combinar especialmente tres puntos de vista, es decir, la llamada Nueva retórica, la filosofía lingüística del último Wittgenstein y el enfoque racionalista representado por Jürgen Habermas. En diferentes estadios de mi labor científica, a partir de aproximadamente 1969, estos puntos de vista han recibido un peso en cierto modo diferente. Sin embargo, en términos generales, puede decirse que mi interés en la filosofía del último Wittgenstein ha dominado claramente sobre los otros puntos de vista, a pesar de que el aspecto racionalista ha obtenido una creciente importancia especialmente por lo que respecta a la teoría del discurso jurídico. Por otra parte, no es mi propósito entrar a discutir qué es lo que “realmente quieren decir” Wittgenstein o Habermas. Dejo este tipo de consideraciones para los filósofos profesionales. Mi propio objetivo es mucho más modesto. He tratado de encontrar puntos de contacto fecundos, tanto en la filosofía lingüística de Wittgenstein como en la forma habermasiana de pensar, para la teoría de la interpretación jurídica. Una cierta “filosofía” o una teoría no puede ser aplicada en tanto tal al contexto jurídico. En este respecto, por ejemplo, la filosofía lingüística wittgensteniana ofrece tan sólo ciertos esquemas generales o “puntos de contacto” en la búsqueda de una teoría adecuada del pensamiento jurídico.

Sobre este fundamento, se erigió la construcción de ideas que contienen la comprensión de la interpretación como la suma de juegos del lenguaje, el énfasis de la conexión entre lenguaje y forma de vida, la interpretación del concepto de audiencia con la ayuda del concepto de forma de vida, el examen de las teorías de la coherencia y del consenso como varas de medición de las proposiciones interpretativas, un moderado relativismo axiológico y un intento de localizar los rasgos racionalistas de la interpretación. En realidad, en este último elemento puede encontrarse una línea básica del presente estudio.

Es bien conocido que, en diferentes contextos, Chaim Perelman ha examinado la relación entre los términos “racional” y “razonable”. Perelman ha subrayado su diferencia, como así también el hecho de que la interpretación jurídica se encuentra más cerca del dominio de la razón. Sin embargo, el asunto no deja de ser problemático y nada simple. Por el contrario, creo que la interpretación jurídica requiere una intelección exactamente analizada de la conexión entre estos dos conceptos. Esta conexión es también útil para la comprensión de que, además de los rasgos racionales, en la interpretación jurídica se confiere una posición central a la teoría de los valores, especialmente a la teoría de la justicia. No es posible hablar de interpretaciones correctas (“sensatas”) sin tomar posición con respecto a la teoría de los valores.

Por lo que a mí respecta, mis ideas han podido germinar y desarrollarse bajo auspicios muy felices. Esto vale tanto para las condiciones espirituales como materiales de trabajo. En los años pasados, he tenido oportunidad de mantener discusiones en varios respectos con investigadores que han dejado una marca permanente en el desarrollo de estos campos. Sin dejar de lado a nadie, en conexión con este estudio, quisiera señalar especialmente a mi gran amigo y colaborador durante muchos años Aleksander Peczenik, como así también a Robert Alexy, Neil MacCormick, Hannu Tapani Klami, Werner Krawietz, Ilkka Niiniluoto, Enrico Pattaro, Robert S. Summers, Juha Tolonen, Ota Weinberger, Jerzy Wróblewski y Enrique Zuleta Puceiro. El impacto de sus ideas, especialmente de su justificada crítica, puede ser percibido en muchos lugares del siguiente texto. Sin embargo, soy el único responsable, tanto por lo que respecta a la correcta comprensión de las críticas como por el hecho de que, a pesar del consejo bien intencionado, en muchos casos he permanecido fiel a mis ideas originarias aun cuando ellas puedan, a veces, haber sido reformuladas y haya podido presentar una nueva justificación de las mismas.

Dos veces (en 1978 y en 1982) tuve el extraordinario privilegio de haber sido invitado a dar una conferencia en el seminario organizado mensualmente por el académico profesor G. H. von Wright en la Universidad de Helsinki. Estas oportunidades y varias discusiones privadas sobre mis tópicos han tenido especial importancia para el presente trabajo. Ellas proporciona-

ron intelección y profundidad filosóficas, me atrevo a pensarlo, a los problemas aquí tratados y – al mismo tiempo – me estimularon a publicar esta versión especial del trabajo.

En agosto de 1984, dicté una serie de seminarios en la Universidad de Buenos Aires y pronuncié conferencias en las universidades de Córdoba y Rosario, en la Argentina. Tengo una deuda especial de gratitud con los profesores Carlos Alchourrón, Eugenio Bulygin y Roberto J. Vernengo, no sólo por la oportunidad que me brindaron de dictar estos seminarios y conferencias, sino también por las valiosas críticas que recibí en las discusiones después de mis exposiciones.

Kangasala, enero de 1986

AULIS AARNIO

PRÓLOGO A LA EDICIÓN CASTELLANA

La versión castellana de *The Rational as Reasonable* (1987) es casi idéntica a la versión inglesa. Sin embargo, las discusiones que he mantenido sobre la base de mi trabajo me han obligado a realizar algunas especificaciones. Ellas están incluidas también en mi libro *Laintulkinnan Teoria (La teoría de la interpretación jurídica)* publicado en finlandés en 1989. Estos nuevos textos se refieren a la relación entre derecho y sociedad como así también a la base de la llamada racionalidad discursiva. La idea es señalar *por qué y de qué manera* la racionalidad comunicativa y sus contrapartidas jurídicas tienen importancia para nuestra cultura occidental postindustrial. La idea central de este libro – el principio regulativo de la interpretación jurídica – es tratada más detalladamente en mi trabajo publicado en *Doxa* 8 (1990), razón por la cual no la he incluido aquí.

Ernesto Garzón Valdés merece mi especial gratitud por esta traducción. El es un viejo y gran amigo de la filosofía jurídica finlandesa. Es para mí un placer y un honor mencionar aquí que ya en los años 60 tradujo un importante libro de mi maestro, el profesor Otto Brusiin. La presente traducción es, pues, un segundo servicio prestado por Garzón Valdés en favor de mi país y de la cultura jurídica finlandesa. Esto es algo que no olvidaremos nunca.

Kangasala, mayo de 1990

AULIS AARNIO

CAPÍTULO PRIMERO

INTRODUCCIÓN

1. EL PUNTO DE PARTIDA

1.1. *Los casos rutinarios y los casos difíciles*

Una patrulla policial detiene a un conductor que ha violado el límite de velocidad y le impone una multa. Este caso es parte de la rutina normal del control de tráfico. En toda su simplicidad es, al mismo tiempo, un ejemplo de la aplicación de una norma jurídica a un caso individual. Es una decisión rutinaria, al igual que tantos otros casos de aplicación del derecho en la vida práctica, casos tales como la retención de impuestos en el pago de salarios, la determinación del monto de una pensión, el otorgamiento de un pasaporte, etc.

Hay dos razones para calificar a tales decisiones de rutinarias. Primero, estos casos se producen reiteradamente. Se podría hasta hablar de decisiones en masa. Sin embargo, desde el punto de vista de nuestro tema, la estructura de estos casos es más importante que el número de veces que ellos se producen. El hecho que hay que determinar – por ejemplo, si el automóvil iba a una cierta velocidad – depende, sin duda, de la norma jurídica que es aplicada. Con otras palabras, quien toma la decisión conoce tanto los detalles de la norma jurídica que hay que aplicar como el hecho ocurrido. La decisión es literalmente la aplicación de la ley. Para referirse a tales casos, Kaarle Makkonen ha usado el término “decisiones isomórficas”(1). La relación entre la norma y el hecho es similar a la de un objeto y su reflejo.

(1) Makkonen, Kaarle, *Zur Problematik der juristischen Entscheidung*, págs. 175 ss. En este contexto, H. L. A. Hart utiliza el término “el caso claro”. Cfr. *The Concept of Law*, pág. 123. Ver también Benditt, Theodore M., *Law as Rule and Principle*, pág. 36.

No quiero subestimar las decisiones rutinarias. Por el contrario: forman parte de la vida cotidiana. Sin ellas, la vida en sociedad sería simplemente imposible. Sin embargo, desde el punto de vista de la interpretación del derecho, las decisiones rutinarias tienen poco interés. En realidad, no presentan en absoluto aquellos rasgos que generalmente son considerados como característicos de la decisión jurídica. Las decisiones rutinarias son mecánicas. No permiten discrecionalidad entre las alternativas(2).

Por esta razón, desde el punto de vista teórico, las decisiones rutinarias presentan sus propios peligros. Dada su preponderancia cuantitativa, podría pensarse que todos los casos de aplicación de la ley son casos de observancia de la letra de la ley. Esto es falso, tal como puede demostrarse con dos ejemplos opuestos.

Los partidarios de un determinado movimiento ecológico se atan ellos mismos con esposas a unas excavadoras a fin de impedir que sean utilizadas en el drenaje de un lago que tiene importancia internacional para la preservación de un cierto tipo de pájaros.

Legalmente, este hecho puede ser interpretado de diferentes maneras. Algunos lo calificarían de un motín que, de acuerdo con el derecho finlandés, acarrea una pena muy severa. Otros dirían que se trata aquí de un caso de resistencia violenta en contra de un agente oficial en cumplimiento de sus deberes, ya que los manifestantes se niegan a abrir sus esposas voluntariamente. Un tercer observador podría decir que es un caso de obstrucción de los deberes de un agente oficial. Una interpretación más liberal podría sostener que los manifestantes realizaban un “daño malicioso”. Los propios manifestantes interpretan su comportamiento o bien como autodefensa o bien como una acción en estado de necesidad; en ambos casos, sus acciones no serían punibles. Cualquiera que sea el punto de vista realmente adoptado por el derecho penal vigente, la posibilidad de diferentes interpretaciones revela un rasgo esencial. No se trata de la aplicación de una norma inequívoca a un hecho claro. A un mismo comportamiento es posible aplicar más de una disposición legal. La tipificación misma del hecho es ya un problema(3).

El segundo ejemplo es tomado del derecho civil. El capítulo 17, sección 3 de la Ley de herencia finlandesa establece que la transferencia de la parte que corresponde al heredero en el patrimonio del difunto debe hacerse por escrito. El texto de la ley no proporciona mayores detalles acerca de qué quiere decir “por escrito”. Existen varias posibilidades: puede ser un documento, un documento firmado, un documento firmado al mismo tiempo por las partes de la transacción, un documento firmado ante testigos, etcétera.

(2) Cfr. Benditt, op. cit. pág. 36. Ver también Saarenpää, Ahti E., *Rutiinijuttu*. Informes del Proyecto para el estudio de la investigación jurídica, págs. 2 y 5.

(3) Esto está conectado con la distinción entre problema jurídico y descripción fáctica. Ver también Aarnio, Aulis, *On Legal Reasoning*, págs. 63 ss.

Sería muy fácil continuar esta lista con una docena de alternativas. En este contexto no tiene importancia cuál de ellas es considerada correcta(4). Nos basta señalar aquí que el texto puede ser interpretado de diferentes maneras. Se refiere a más de una combinación específica.

A fin de distinguirlo de las decisiones rutinarias, este tipo de decisión puede ser llamado decisión discrecional(5). Un rasgo típico es que más de una norma jurídica puede ser aplicada al mismo conjunto de hechos o la misma norma jurídica permite más de una interpretación. Si usamos la letra *L* para denotar el texto de la ley y la letra *H* para denotar los hechos (o sus elementos esenciales), podemos dibujar la representación de las dos decisiones discrecionales como se muestra en el Diagrama 1.

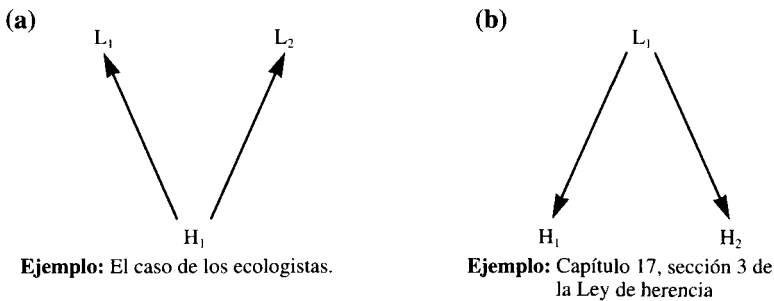


Diagrama 1

1.2. El dilema del decisor

Se supone que el decisor, cualquiera que sea su posición formal, actúa de acuerdo con el ordenamiento jurídico. Literalmente se trata de un caso de aplicación del *derecho*. Ello impone diversos tipos de presión sobre el decisor. Supongamos, por ejemplo, un juez que se ve enfrentado con un caso en el que *X* demanda indemnización de *Y*. Es parte del deber del juez decidir toda cuestión que le sea sometida. Se ha dicho que un juez tiene la obliga-

(4) Ver Aarnio, Aulis, *Perillisen oikeusasemasta*, págs. 313 ss.

(5) La naturaleza de las decisiones discrecionales se manifiesta de una manera excepcionalmente clara en la decisión de la Corte de Apelaciones de Finlandia Oriental (R 1974/99/496) en donde se observa

...Como... la disposición relacionada con el derecho de una parte con licencia de servicio de tráfico a practicar tráfico comercial es tan abierta a la interpretación que no puede considerarse que *X* haya sido culpable del delito...

La Corte de Apelaciones absolvió al demandado entre otras razones porque no podía suponerse que estaba familiarizado con los detalles de una disposición que ofrece un amplio campo a la discrecionalidad.

Con respecto a esto cfr. el concepto de "caso difícil" en Hart, op. cit., págs. 123-125, Bidditt, op. cit., págs. 36 y 38 y McCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, págs. 195 ss.

ción de decidir(6). Por otra parte la posición del juez le confiere el poder de tomar decisiones(7). De acuerdo con la ideología del derecho basada en la democracia occidental y generalmente aceptada, no todo uso del poder legal es aceptable. Suponemos que el decisor no toma sus decisiones impulsivamente, por casualidad o de manera tal que el modelo de decisiones oscile en forma imprevisible. Se espera que el decisor adhiera lo más posible a la certeza jurídica.

El concepto de certeza jurídica ocupa una posición clave en la siguiente exposición. Por esta razón, debemos tentativamente dar una explicación más detallada de este concepto. La expectativa de certeza jurídica *sensu stricto* significa que todo ciudadano tiene el derecho de esperar protección jurídica; con otras palabras: el tribunal u otro órgano adjudicativo tiene la obligación jurídica de dar una respuesta cuando el ciudadano pide protección jurídica (8). Este es el derecho (jurídico) básico de todo ciudadano en la sociedad. Sin embargo, la expectativa de certeza jurídica puede también ser entendida en un *sentido más amplio (sensu largo)*. Cubre entonces dos elementos sustanciales, es decir, las exigencias de que (a) se evite la arbitrariedad y (b) que la decisión sea "correcta". Ninguno de estos elementos satisface por sí solo la expectativa. Las decisiones pueden ser arbitrarias y, sin embargo, ser deliberada y sistemáticamente (sustancialmente) incorrectas. En este caso, las decisiones no satisfacen los criterios de una toma justa de decisiones. Uno podría también imaginar fácilmente que una decisión es justa, a pesar de que ha sido tomada por casualidad. Ambos elementos de la certeza jurídica han sido examinados en profundidad por Otto Brusiin en sus estudios acerca de la discrecionalidad de los jueces(9).

Brusiin observa que tradicionalmente en el concepto finlandés-sueco del derecho, el evitar la arbitrariedad ha sido considerado como una norma básica para el juez. Ya en el siglo XVI se encuentra una norma de este tipo en las llamadas "Reglas del juez". Olaus Petri, el autor de estas reglas, se refiere a un viejo dicho según el cual la arbitrariedad o la violencia no es la ley del país. Aquí, arbitrariedad es lo mismo que el azar y la resultante imprevisibilidad.

Con otras palabras: los tribunales tienen que comportarse de manera tal que los ciudadanos puedan planificar su propia actividad sobre bases racionales. En muchos casos, las decisiones jurídicas son la única razón propiamente dicha de una planificación de futuro. A su vez, la planificación racional es una condición necesaria para la preservación de la sociedad. Es un

(6) Cfr. al respecto Makkonen, op. cit., págs. 25 ss. y Strömholm, Stig, *Rätt, rättskällor och rättsställämnning*, pág. 135. Ver también Brusiin, Otto, *Tuomarin harkinta normin puuttessa*, págs. 127 ss.

(7) Por ejemplo, las observaciones de Kauko Wikström sobre este poder, *Oikeuskäytännön tulkinnaista*, págs. 90 ss.

(8) Cfr. Brusiin, op. cit., págs. 92 ss.

(9) Brusiin, op. cit., págs. 95-98.

requisito de la cohesión social. Cuando impera la imprevisibilidad, la sociedad se disuelve en la anarquía que, a su vez, está reñida con toda fundamentación justa y jurídica.

A menudo, la eliminación de la arbitrariedad ha sido entendida, *per definitionem*, como el contenido genuino de la certeza jurídica. Sin embargo, ésta es sólo una cara de la moneda. Recordemos qué es lo que la gente espera cuando pide certeza jurídica (*sensu largo*). La gente presupone que las decisiones no sólo no son arbitrarias sino también sustancialmente correctas. No es suficiente que las decisiones sean (muy) previsibles. Así, por ejemplo, en una dictadura, la práctica de los tribunales puede no ser arbitraria, es decir, el grado de previsibilidad puede realmente ser alto y, al mismo tiempo, cada decisión particular puede violar gravemente las más elementales exigencias de la justicia.

El aspecto sustancial de la certeza jurídica consta de dos elementos. Primero, toda decisión genuinamente jurídica tiene que estar en concordancia con el derecho válido. Esta es una precondition mínima de una decisión *jurídica*. Pero aun así, las normas jurídicas no son completamente autónomas con respecto a las otras normas de la sociedad. Ellas reciben, al menos en parte, su propio contenido de las normas morales y de otras normas sociales. En cierto modo, las normas jurídicas y las otras normas actúan interconectadamente. Tomemos un ejemplo: en un cierto sector, la ley exige que todos los individuos sean tratados sobre una base de igualdad. En tanto tal, el texto de la ley no ofrece ninguna respuesta a la pregunta acerca de qué es la igualdad. Por lo tanto, el contenido de la ley depende de la interpretación y ésta, a su vez, requiere que se tomen en cuenta normas no jurídicas referidas a la igualdad. En este caso, la certeza jurídica contiene, a más de la eliminación de la arbitrariedad, dos aspectos: la decisión tiene que ser conforme a derecho y estar en concordancia con otras normas sociales no jurídicas.

Teniendo esto en cuenta, puede clarificar las cosas el señalar que la expectativa de certeza jurídica a la que se ha hecho referencia más arriba no es un concepto empírico en el sentido de que tal expectativa es o no contingente en la sociedad. La expectativa de certeza jurídica es un fenómeno *cultural*. Está, por ejemplo, profundamente enraizada en la forma de vida escandinava. Por lo tanto, el análisis de este concepto, presentado más arriba, puede ser entendido como una reconstrucción de los elementos que están “ocultos” en las formas normales del pensamiento occidental. Esta reconstrucción explicita algo que está sólo implícito en nuestra práctica lingüística. En este sentido, la expectativa no es tampoco una mera sugerencia conceptual, semántica o estipulativa de una definición. Es un asunto que está vinculado con nuestros juegos del lenguaje y, por ello, con nuestras formas de pensar y, en última instancia, con nuestra existencia social. En este sentido, la justificación profunda de la certeza jurídica es del mismo tipo que la justificación de los conceptos “racionalidad” y “discurso racional”. Ver págs. 253 ss.

Sin embargo, también existen presiones que operan desde una dirección totalmente distinta. Un juez que se ve confrontado con la obligación de tomar decisiones jurídicamente correctas y que tiene que satisfacer lo más posible la exigencia de certeza jurídica se encuentra, en un sentido importante, en una situación extraña. A menudo el juez puede estar *inseguro* acerca de cómo debe decidir el caso. Por definición, éste es siempre el caso de las decisiones discrecionales. El texto de la ley no proporciona una respuesta inequívoca. La situación puede ser representada como se muestra en el Diagrama 2.

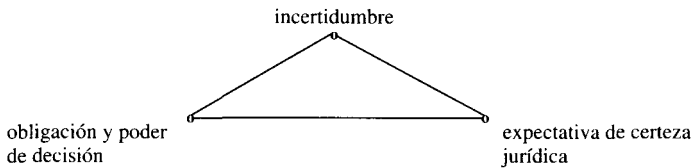


Diagrama 2

1.3. Acerca de la responsabilidad de justificar las decisiones

En una situación tal, el juez tiene la responsabilidad de procurar que la expectativa de certeza jurídica se realice o, al menos, quede suficientemente satisfecha. Esta responsabilidad puede ser asumida de diferentes maneras. Una forma de asumir la responsabilidad es apoyarse en la propia posición de autoridad. El uso sofisticado de la autoridad reduce el contenido de la decisión a una posición de menor importancia⁽¹⁰⁾. El decisor justifica su decisión haciendo referencia a su autoridad. Esta idea puede ser formulada de la siguiente manera: la decisión es la correcta ya que es la interpretación de una ley válida por parte del tribunal.

La ideología de la autoridad no ha sido llevada tan lejos, por ejemplo, en Finlandia. Pero, aun así, pueden percibirse síntomas de un desarrollo en esta dirección en la forma como en la actualidad son justificadas las decisiones de los tribunales de justicia. Es posible que los hechos del caso sean expuestos con todo detalle, pero la posición del tribunal con respecto a la cuestión jurídica puede ser formulada de una manera más bien lacónica⁽¹¹⁾. Por ejemplo: “como obviamente ha quedado demostrado que (...), X es condenado de acuerdo con el artículo (...) del Código Penal (...)”. No se ofrece una justificación de la elección de los contenidos alternativos de la norma legal, tampoco

(10) Cfr. al respecto, por ejemplo, Aarnio, *Denkweisen der Rechtswissenschaft*, págs. 121 ss.

(11) Un excelente análisis de este asunto puede encontrarse en el artículo de Kaarle Makkoen “Ajatuksia juridisen kielen loogisesta analyysistä” en *LM*, págs. 49 ss.

en el caso en que sea evidente que el texto de la ley puede ser interpretado de diversas maneras.

Como se ha mencionado, el decisor ya 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(12). 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. La base para el uso del poder por parte del juez reside en la aceptabilidad de sus decisiones y no en la posición formal de poder que pueda tener. En este sentido, la responsabilidad de ofrecer justificación es, específicamente, una responsabilidad de maximizar el control público de la decisión. Así pues, la presentación de la justificación es siempre también un medio para asegurar, sobre una base racional, la existencia de la certeza jurídica en la sociedad.

La justificación de las decisiones tiene especial importancia en, por lo menos, dos dimensiones. Como en el caso de las decisiones discrecionales es posible más de una interpretación, la justificación es importante desde el punto de vista de la apelación.

Ante todo, el apelante puede esperar recibir información suficiente acerca de los argumentos jurídicos que fueron considerados como relevantes para la cuestión. Sólo si tal es el caso, tendrá la posibilidad de presentar elementos que hubieran influido en la dirección opuesta. A su vez, la autoridad ante la cual se presenta la apelación puede cumplir con su papel de supervisión sólo si, por así decirlo, se trata de un diálogo entre decisores. Este factor tiene especial relevancia en Finlandia ya que las actuales restricciones a la posibilidad de apelar ante la Corte Suprema implican que sólo aquellas decisiones con valor de precedente pueden ser llevadas ante este tribunal.

Por otra parte, es específicamente a través de la justificación como el decisor – sin que importe que se trate de un juez o de una autoridad administrativa – crea la credibilidad en la que descansa la confianza que los ciudadanos tienen en él. Difícilmente sería equivocado afirmar que, por ejemplo, el pueblo finlandés no ha puesto en duda a las leyes mismas. Pero, por otra parte, la confianza que los ciudadanos tienen en quienes aplican la ley ha disminuido(13). Esto se debe, en parte, al hecho de que no siempre ha sido posible conocer por qué el asunto fue decidido en la forma como lo fue. Parece correcto afirmar 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. Teniendo

(12) Cfr. Aarnio, Aulis, Robert Alexy y Aleksander Peczenik, "The Foundation of Legal Reasoning" en *Rechtstheorie* 2 (1981) (Introducción), págs. 134-135.

(13) Cfr. acerca de la situación en Finlandia durante los años 60, Blom, Raimo, "Tuomioistuimen toiminnan puoluettomuus rikosasioissa, Tampereen yliopiston tutkimuslaitos" en *D tiedotteita* 40, 1970.

en cuenta este trasfondo, no es sorprendente que uno de los tópicos centrales de la teoría del pensamiento jurídico sea la teoría de la justificación de la decisión jurídica interpretativa. La cuestión no puede ser examinada únicamente desde el punto de vista de la exigencia individual de certeza jurídica. En un sentido más amplio, la actitud frente a la justificación de la decisión refleja, en general, creencias acerca del derecho y de la administración de justicia.

1.4. *Derecho y sociedad*

A menudo, el derecho es definido como un sistema coactivo, determinado por la historia y la sociedad. Durante diferentes épocas y en diferentes culturas, el derecho ha sido objeto de muchos tipos de interpretaciones. A veces, el razonamiento occidental ha considerado al derecho como un *sistema de poder*. La atención se ha centrado entonces o bien en el concepto mismo de poder o en el derecho como medio del poder. En primer lugar, el derecho ha sido considerado así por las teorías de la sociedad y del Estado.

En todo caso, es también usual interpretar al derecho como un sistema de normas. Este razonamiento es típico de los juristas. Lo más importante para nosotros son las reglas y su cumplimiento. Para los ciudadanos y las autoridades, las reglas funcionan como un modelo de comportamiento. Se puede seguir o violar el modelo; ello no importa: lo esencial es que el comportamiento esté expresamente clasificado, cualificado como derecho, por medio de reglas.

Ambas opiniones del derecho son unilaterales. El derecho no es únicamente un sistema de poder ni tampoco exclusivamente un sistema de normas. El derecho y la realidad social interactúan de muchas formas diferentes. Sin duda, el sistema jurídico es *un producto* de las relaciones de poder. Es como si las exigencias formuladas por los intereses particulares de quienes detentan la posición dominante en la sociedad hubieran cristalizado en el sistema jurídico. En este respecto, diversas ramas de la jurisdicción no tienen mucha importancia. Por ejemplo, la relación del derecho procesal con los sistemas de poder es más distante que la que existe entre ellos y el derecho laboral o el derecho de protección del medio ambiente. Pero sigue siendo correcto decir que los sistemas de poder se reflejan en cada rama de la jurisdicción y en el derecho legislado en su totalidad.

Sin embargo, los sistemas de poder están sumamente condicionados por las bases económicas de la sociedad. Las relaciones de producción, en primer lugar, la relación entre trabajo y capital, juegan un papel importante en este respecto. En nuestra sociedad moderna, ha cambiado el valor relativo de los medios de producción, por ejemplo, de la tierra. Ha pasado ya la época de los terratenientes. Cada vez es más importante el papel de valores económicos,

vinculados con acciones, opciones y otras seguridades. El llamado trabajo informativo – que significa producir, ordenar y transmitir información – conectado con técnicas de información ocupa – o, al menos, está por ocupar – una posición rectora. Cada vez es mayor el poder involucrado con el flujo de información. Hasta han habido discusiones acerca de una nueva división del poder vinculada con la sociedad de información. Esto significa que la posición de las élites de poder que dominan las técnicas de información es cada vez mayor. Cualquiera que sea la actitud que se asuma frente a esta situación, es correcto sostener que la base económica que determina el efecto del sistema jurídico ha experimentado y sigue experimentando cambios constantes. Pero no es posible mostrar conexiones directas entre un tipo especial de poder económico y el derecho.

Además, las bases económicas de la sociedad o de sus relaciones de poder no tienen, por lo general, un efecto directo en el derecho. El estrato ideológico de la sociedad funciona como un *medium*. Su efecto se manifiesta en la moral, la religión u otras formas de la cultura o de códigos éticos. Se puede hablar de la conciencia colectiva de la sociedad. Esta conciencia, el estrato ideológico, es apoyada por los diferentes movimientos nacionales, el sistema político, la administración, organizaciones y la comunicación, entre otras cosas. Ellas dan forma y realización verbal a la ideología. Ninguna de las instituciones que apoyan la ideología es independiente de las demás, pero conservan todavía una relativa independencia.

El efecto entre las estructuras básicas del derecho y la sociedad no es paralelo. El sistema jurídico reinfluye en la sociedad, ya que el derecho *forma* también relaciones sociales.

Por lo tanto, hablar acerca del derecho como sistema de poder o como un genuino sistema de reglas es sumamente erróneo. Lo mismo cabe decir con respecto a los intentos de *explicación* de los fenómenos jurídicos a través de algún determinado factor social, por ejemplo, el sistema de producción o alguna orientación ideológica. Los factores explicativos mantienen una interdependencia extremadamente compleja con el derecho y entre sí. No es posible colocar a uno o a algunos de ellos por encima de los demás como si fueran el trasfondo primario o central de los fenómenos jurídicos. Así, el intento de explicar la conformación del derecho solamente con los cambios en la estructura de la economía es tan unilateral como querer invocar, por ejemplo, la ética protestante del trabajo como el único factor que habría regulado las relaciones sociales.

1.4.1. Rigidez y flexibilidad

El papel de las reglas en la conducción del comportamiento social ha sido a menudo ilustrado comparándolas con rieles. O bien uno obedece o bien

viola las reglas. No es posible obedecerlas “más o menos”, de la misma manera que un tren no puede desplazarse parcialmente sobre los rieles. Esta comparación con los rieles es muy feliz también en otro respecto. Efectivamente, en la mayoría de los casos, la obediencia de las reglas es el resultado del proceso de socialización. Internalizamos los modelos presentados por las reglas y las obedecemos sin preguntar por sus razones o su sensatez o si es mejor violar la regla que obedecerla. Simplemente actuamos tal como nos lo indican las reglas.

Naturalmente, la formulación de reglas está justificada. Con las regulaciones de tráfico, se trata de evitar el caos en la circulación. Este objetivo se pierde de vista en el comportamiento ciudadano. Lo único que queda es la mera acción guiada por la regla. Sin embargo, no siempre se puede estar seguro acerca de cuál regla hay que seguir. Las reglas les son expresadas a los ciudadanos por medio del lenguaje. Sus diversas expresiones dejan lugar para la discrecionalidad.

La persona en cuestión se encuentra como en una bifurcación ferroviaria. No sabe qué alternativa elegir, pero tiene que elegir un par de rieles.

No es posible lograr que el sistema jurídico sea tan perfecto que permita de inmediato obtener una respuesta para cualquier problema con el que uno se ve confrontado. La vida es demasiado rica y los seres humanos demasiado veleidosos como para que sea posible captar con las palabras de la ley todos los conflictos de nuestra vida humana. Sin embargo, la historia del derecho conoce teorías que soñaban con leyes perfectas. Este tipo de fantasías se dio en la Francia napoleónica. Cuando Napoleón se enteró de la primera interpretación de su *Code*, exclamó: “¡Mi Código está perdido!”. Estos sueños se esfumaron muy pronto y hasta los juristas más idealistas se vieron obligados a admitir las deficiencias de las reglas y regulaciones escritas. Hoy en día nadie niega este hecho.

Un juez, un funcionario administrativo, un abogado o un jurista se ve confrontado permanentemente con el problema de la *incertidumbre* de los contenidos del sistema jurídico. A fin de que la vida social no caiga en el caos, es necesario disipar la incertidumbre, las regulaciones tienen que tener algún tipo de contenido. Cuando especifican los contenidos del sistema jurídico, tanto los funcionarios como los científicos tienen que lograr un equilibrio entre dos objetivos que apuntan en direcciones opuestas. Por una parte, tienen que respetar la *estabilidad* y, por otra, tienen que procurar la *flexibilidad* requerida por las circunstancias.

El primero de estos objetivos sirve a la continuidad, a la igualdad formal de los ciudadanos ante la ley, y permite que las relaciones sociales puedan ser anticipadas. Por otra parte, en la actualidad, la sociedad cambia aceleradamente. Si el derecho no se ajusta a su ritmo, actúa como un freno del desarrollo. Cuanto más rápido es el cambio, tanta mayor es la flexibilidad que se re-

quiere del sistema jurídico. Esta responsabilidad pesa sobre quienes tienen a su cargo la adaptación de la ley a las nuevas circunstancias y sobre la ciencia del derecho, que aclara los contenidos del sistema jurídico. La maquinaria legislativa es demasiado pesada y lenta como para poder responder con la suficiente celeridad a cada pedido de reforma. Por ello surge la tensión entre las normas y la realidad social existente.

Sólo si se deja de lado la letra de la ley es posible reducir esta tensión. Es decir: *interpretando* las regulaciones jurídicas. En ello reside la tarea de adaptar —e investigar— el derecho, creándolo y desarrollándolo. Los artículos de una ley son como una banda de goma. El intérprete los estira o ajusta según las circunstancias. Sólo cuando permiten una única interpretación, es decir, cuando han sido estirados hasta su límite extremo, ha llegado la hora de solucionar el problema creando nuevas regulaciones. Si se razona así, la creación del derecho es, dicho con otras palabras, un trabajo en equipo del cuerpo que formula reglas (el parlamento o alguna otra instancia reconocida) y el que administra justicia (los tribunales y la maquinaria administrativa). En el lenguaje jurídico, la tensión entre estabilidad y flexibilidad ha adoptado muchas formas. Algunos hablan de la colisión entre el derecho *adjetivo* y el *sustantivo* e insisten en recordar que el derecho adjetivo no puede desplazar nunca al sustantivo. Esta es la razón por la cual disposiciones esquemáticamente procedimentales y formales impiden a los ciudadanos alcanzar sus derechos. La discusión acerca de la actitud formal o no formal de la interpretación se refiere al mismo hecho. A menudo cuando se lo discute, el *legalismo* actúa como contrabalanceando la libre consideración jurídica. Conviene recordar la vieja distinción entre derecho y razonabilidad. Aleksander Peczenik la ha presentado como una tensión entre previsibilidad y justicia. La intención de poner en práctica la equidad es un elemento que está incluido en todo sistema jurídico como algo evidente. Lo que no está justificado no es correcto, dice la vieja regla del juez.

La estabilidad y las normas estrictas requeridas por la estabilidad se encuentran en estrecho contacto con la llamada ideología del Estado de derecho. Característico del Estado de derecho es, entre otras cosas, el hecho de que las reglas jurídicas protegen a los individuos tanto frente a otros individuos como frente al Estado. El razonamiento del Estado de derecho enfatiza especialmente la naturaleza de la previsibilidad y de las reglas jurídicas en tanto instrumentos generales de conducción. La amplitud de la certeza jurídica, de la que han de gozar los individuos, depende del grado de previsibilidad. Cuando se enfatiza la flexibilidad, el razonamiento apunta en otra dirección. No destruye directamente la idea del Estado de derecho, pero privilegia la solución equitativa de cada caso individual. A menudo, el resultado es presentado entonces como el adecuado y correcto en las circunstancias dadas (como especialmente vinculado con los rasgos especiales del caso). Las soluciones son,

por así decirlo, modeladas de acuerdo con un propósito especial. Si se lleva demasiado lejos el énfasis de la equidad, desaparece la visión general y, consiguientemente, disminuye la previsibilidad. La práctica de la solución de los casos y las interpretaciones de la jurisprudencia se descomponen en consideraciones de detalles.

Esta es una de las paradojas del derecho moderno. Más tarde aparecieron en gran escala, las llamadas *cláusulas generales* y las diversas *disposiciones modificatorias*, que en años recientes han aumentado en los diferentes campos del derecho. Con ellas se trata de evitar la regulación técnica detallada. Cuando las cláusulas y las disposiciones son extensivas, cubren un gran número de casos que, mediante ampliación, son ubicados dentro del marco de la regulación jurisprudencial. No hay nada que objetar a este fin en sí mismo. Los problemas se presentan en la práctica.

Tomemos como ejemplo el principio *pacta sunt servanda*. No hay duda que la estabilidad de los acuerdos es un valor en una sociedad que respeta lo metódico. Una desviación demasiado grande del principio *pacta sunt servanda* destruye las bases de la previsibilidad. Por otra parte, aferrarse a la estabilidad de los acuerdos en los casos en los que el derecho del más fuerte amenaza el derecho del más débil, puede conducir a un resultado no razonable. Se abusa del derecho formal para maximizar los propios intereses. Así, la flexibilidad juega un papel esencial.

La dificultad reside en establecer un equilibrio entre estabilidad y flexibilidad. Si la *actitud de interpretación* de una cláusula general conduce a aplicaciones cada vez más amplias, la cláusula general se vuelve en contra de ella misma y de las ideas que sustentan el sistema jurídico en su totalidad. El derecho no es sólo equidad; es –algo que hay que recordar siempre– también literalmente derecho.

Por otra parte, una tendencia legalista rígida enfatiza el poder y la autoridad del decisor. La ley misma sería una explicación lo suficientemente buena. Una actitud más cautelosa frente a la omnipotencia de la letra de la ley exige argumentos fácticos. Si el derecho no puede solucionar todo, hay que buscar apoyo en alguna otra parte. Pero, también aquí existe el peligro de la exageración. Si el significado de las leyes como base de solución es diluido o totalmente negado, se abren las puertas a la arbitrariedad. Cuando la conducta es guiada en un nivel *general*, la legislación es –no obstante sus defectos– el único medio que ha demostrado ser útil. Otros argumentos jurídicos no tienen la misma formalidad y carecen de aplicabilidad universal.

Por ejemplo, la evaluación y el razonamiento objetivo – que, en tanto tales, son muy importantes para la decisión jurídica – carecen de la autoridad que caracteriza a la ley. No hay medios universalmente aplicables que permitan *controlar* un argumento tal como el de la razonabilidad de la solución. Sin poner en peligro la estabilidad, no es posible tomar una decisión jurídica o ex-

plicarla totalmente dejando de lado la ley y aduciendo sólo la razonabilidad, la equidad u otros fines considerados muy valiosos. La decisión jurídica crea siempre un equilibrio entre la letra de la ley y otros factores que influyen en el asunto. Se trata de la cuestión de saber cómo aplicar la ley de forma tal que cuente con la aceptación general. Se puede hasta decir que se trata de reconciliar la actitud legalista y la antilegalista a fin de que las expectativas con respecto al sistema jurídico, procedentes de diferentes direcciones, puedan ser satisfechas lo más posible.

Desde el punto de vista constitucional, lo dicho más arriba es por cierto muy relevante. La idea de un Estado constitucional está basada, en gran medida, en la concepción de que quien formula las normas abstractas es el órgano supremo del gobierno. Por lo que respecta a Finlandia, esto significa que el poder de dictar normas tiene que estar en manos del Parlamento. Cuando en una sociedad es cada vez más frecuente la promulgación de disposiciones amplias, la consecuencia inevitable es el desplazamiento del acento del poder hacia los cuerpos que aplican la ley. El poder de decisión de los tribunales y de otros órganos de la administración del derecho resulta entonces reforzado frente al poder de formular normas de acuerdo con la democracia representativa.

1.4.2. *¿Crisis del derecho?*

La relación entre Estado, derecho y sociedad se ha vuelto deficitaria en toda sociedad postindustrial. En este contexto, el Estado es lo mismo que las construcciones de ejercicio del poder basadas en la Constitución. La sociedad es una red de relaciones formadas por ciudadanos (sociedad de ciudadanos). Se puede hablar o bien de la socialización del Estado o de la creciente actividad rectora del Estado en una sociedad de ciudadanos.

Como un ejemplo de un nivel en el que puede decirse que el Estado y la sociedad estaban separados, cabe mencionar el caso de Alemania en el siglo XIX. Kaarlo Tuori observa, basándose en Carl Schmitt, que en aquellos tiempos la sociedad era identificada con un sistema de representación parlamentaria y, sin embargo, el Estado estaba representado por un Poder Ejecutivo monárquico. El Estado era neutral o liberal en relación con la sociedad; no interfería en las actividades de la sociedad, basada en la libre competencia. Solamente reparaba o eliminaba los factores perturbadores y los obstáculos a la libre competencia.

Puede decirse que el Estado se socializó cuando se volvió más fuerte la posición del sistema de la representación parlamentaria, que ejercía el Poder Legislativo. Esto condujo a un Estado legislativo. Muchos sistemas constitucionales europeos modernos expresan este ideal. El modelo de Constitución

de las democracias occidentales está basado en un ideal de acuerdo con el cual leyes generales y abstractas guían la sociedad, en contraste, por ejemplo, con las órdenes de un monarca autocrático. Este ideal está basado en el hecho de que el contenido de las leyes se forma en un proceso especial de argumentación. Esto se lleva a cabo parcialmente en el sistema de la representación parlamentaria entre los diversos grupos de poder y, parcialmente, en la vida pública fuera del Parlamento. El objeto de este proceso es un *consenso* sensato, un resultado basado en argumentos fácticos sensatos y que garantiza la justicia social en cualquier momento dado. En el Parlamento, el curso del proceso de discusión está garantizado por disposiciones relacionadas con la publicidad del procedimiento parlamentario, la inmunidad y la libertad de palabra de los representantes, al igual que la prohibición del mandato imperativo. Sin embargo, las discusiones en el ámbito público fuera del Parlamento están estabilizadas por disposiciones acerca de la libertad de expresión, el derecho de reunión, la libertad de asociación, etcétera. Todas estas garantías pueden ser llamadas las circunstancias externas de una discusión sensata.

Este tipo de razonamiento requiere que sea posible formar en la sociedad partidos y grupos políticos competitivos. Pero, tanto en las elecciones parlamentarias como en las discusiones internas del Parlamento, los grupos tienen que competir con argumentos y dentro del marco de sensatas reglas de juego. El ideal de un Estado legislativo no incluye la persecución de aspectos e intereses de grupos basados en una mera posición de poder.

En general, este modelo puede funcionar sólo si es posible *distinguir* entre Estado y sociedad. La funcionalidad de este modelo se debilita cuando el Estado interfiere en las funciones de la sociedad. Con otras palabras, el ideal de un Estado legislativo corre peligro si la sociedad es conducida en creciente medida por el Estado. Sólo a comienzos de este siglo, las sociedades estuvieron signadas por un agudo conflicto de clases. Posteriormente, para reducir las diferencias de clases, el Estado intervino de muy diversa manera en las funciones de la sociedad. Especialmente el llamado Estado social keynesiano intentó una nacionalización total de la sociedad. No sólo fue una cuestión acerca de la planificación y conducción de la economía sino también acerca de la propia participación del Estado en el empresariado. El mayor papel del Estado no se limitó a la mera economía. Por el contrario, el Estado se impuso en la sociedad en todas sus áreas de actividad. La educación es un buen ejemplo al respecto. Las formas y, básicamente, también los contenidos de la educación están determinados por el Estado. Carl Schmitt hablaba correctamente de un Estado *total*. Según él, el Estado legislativo había destruido sus propias facultades originales.

En la práctica, la nacionalización de la sociedad se ha llevado a cabo bajo la forma del crecimiento del poder administrativo, de la burocracia. Esto ha significado que el acento del poder se ha desplazado cada vez más del Parla-

mento a la administración. En parte, el problema reside en el hecho de que la formulación de normas basadas en la organización de la maquinaria administrativa ha adquirido una posición más fuerte. Está plenamente justificado decir que actualmente en Finlandia la administración es un legislador importante. Hasta el propio Parlamento ha otorgado algún poder al gobierno y sus ministerios. Este es un poder que, en principio, pertenece al Parlamento. El Consejo de Estado o su ministerio puede aprobar diversos planes nacionales que tienen, también, efectos a nivel de las autoridades gubernamentales locales. Cuando se trata de explicaciones del presupuesto, se formulan, por ejemplo, manifestaciones que confieren poder al Consejo de Estado para especificar las bases de la división de los subsidios estatales discrecionales. El procedimiento subsiguiente equivale también a una delegación de poder, es decir, cuando a la administración central se le conceden asignaciones para un propósito especial, las bases de cuya división son especificadas por la propia administración central.

El carácter de la administración ha cambiado y también esto ha reforzado la posición del Ejecutivo. En Finlandia, hasta los últimos años de la Segunda Guerra Mundial, la administración se limitaba a ejercer el Poder Ejecutivo. Las cuestiones de la seguridad jurídica de la administración tenían una posición clave. Después, la administración cambió dando mayor énfasis a la planificación, que ha aumentado su poder de elaboración. Esto está vinculado con el poder de los especialistas y con el hecho de que los llamados rasgos *incrementalísticos* son cada vez más notorios en las actividades administrativas.

El incrementalismo en la administración puede ser caracterizado de la siguiente manera: (1) Los medios determinan los fines, o la selección de los medios utilizados es explicada después (*ex post facto*) refiriéndola a fines especiales. Por lo tanto, sólo aquellos fines que son “realizables” son aceptados como base para la acción. (2) Lo que es considerado como realizable depende cada vez más de la pericia técnica de la administración. Por ello, los medios a los que confieren prioridad los expertos son fácilmente considerados como necesidades fácticas. (3) Por otra parte, no siempre se aspira a la mejor solución sino tan sólo a un resultado que satisfaga a todas las partes que intervienen en la decisión. La administración no es ya el medio para la realización de los fines. Con creciente frecuencia, su función consiste en arbitrar entre los diferentes intereses. (4) La administración es cada vez más complicada; ello ha conducido a una falta de coordinación y, en algunos casos, a soluciones contradictorias.

Esto ha tenido dos consecuencias diferentes. Primero, los ciudadanos se han distanciado relativamente de la administración. A pesar de que el nivel general de conocimiento ha aumentado esencialmente, el nivel de pericia técnica requerido por la administración ha aumentado más rápidamente aún. Ni siquiera una persona culta puede siempre evaluar las producciones de la ad-

ministración o los resultados de la producción. Esto conduce fácilmente al hecho de que en la sociedad las actividades administrativas tienen que ser aceptadas sólo porque están de acuerdo con las reglas jurídicas que formalmente guían las actividades administrativas.

Este sistema no permite a los ciudadanos evaluar con argumentos fácticos los contenidos de las decisiones, aun cuando hayan aumentado las facilidades generales para que la gente pueda tomar parte en las decisiones que afectan sus propios intereses. Al mismo tiempo, hasta los cuerpos políticos, como el gobierno – y parcialmente hasta el Parlamento – han perdido una parte de su poder en manos de la administración oficial. Esto vale no sólo para las relaciones entre legislación y burocracia mencionadas más arriba. Hasta, por ejemplo, ministros políticamente responsables tienen que actuar dentro de los límites que les fijan los expertos, a pesar de que las decisiones de los expertos pueden ser controladas sólo por otros expertos.

El mayor papel de los grupos de intereses corre paralelamente con lo aquí dicho. La sociedad se ha ido convirtiendo cada vez más en una sociedad *corporativista*. Los grupos acuerdan con el gobierno compromisos basados en sus propios intereses. En Finlandia, esto se lleva a cabo de dos maneras diferentes. Los grupos de intereses formulan normas en nombre de acuerdos colectivos, que son legalmente obligatorias, también para aquellas partes que no integran estos grupos. Este tipo de regulación es frecuente, sobre todo en los campos del derecho laboral y del derecho de asistencia social. Por otra parte, un desarrollo que claramente ha reforzado el corporativismo es el hecho de que el gobierno y los grupos de intereses confirman los contenidos de una ley, por ejemplo, una ley de política social, con acuerdos sobre una política de distribución común de ingresos. El Parlamento, por lo tanto, puede ser llevado a una posición de aceptación, quiéralo o no; el acuerdo tiene que ser aceptado para que todo el sistema no se rompa en pedazos. Este tipo de poder legislativo real utilizado por el gobierno y por los grupos de intereses es muy frecuente desde la década de los 70. Especialmente al comienzo de ese decenio, se llevaron a cabo amplias reformas sociales y el Parlamento tuvo que aceptarlas sin introducir casi ninguna modificación en ellas.

Esto significa, en primer lugar, que el ideal originario de un Estado legislativo europeo, el Parlamento, con una argumentación sensata y publicidad fuera del Parlamento, se ha convertido en una fachada hueca. En realidad, los partidos no son grupos que sigan las sanas reglas del juego, sino coaliciones de poder, que persiguen intereses económico-sociales. A su vez, la publicidad fuera del Parlamento es manipulada por el Estado y los medios de información. En esta publicidad, ya no se realiza el ideal de una sana interacción de opiniones.

Kaarlo Tuori ha señalado que la toma de decisiones no está basada en un consenso al que se llega con el razonamiento racional sino en compromisos

basados en intereses y en compromisos que descansan en cálculos de poder. El foro de la actual toma de decisiones no son las sesiones plenarias oficiales sino las negociaciones secretas entre los partidos. La satisfacción de intereses particulares se ha vuelto más importante que los fines generales y esenciales del desarrollo social. Las discusiones en las sesiones plenarias oficiales son meras fachadas que ocultan la toma real de decisiones.

Sin embargo, Tuori, basándose en Niklas Luhmann, señala que este drama, que sigue los procedimientos establecidos (orden de sanción), conduce a un tipo de confianza general en el sistema. Los ciudadanos aceptan pasivamente las soluciones legislativas. Ya no sopesan racionalmente las diferentes soluciones, tal como lo exigía el ideal originario. Su aceptación podría ser descrita como una lealtad general frente al sistema. La aceptabilidad del derecho y la credibilidad de los sistemas están basadas únicamente en el cumplimiento de las *formas* legales por parte de la legislación. Así, toda disposición formalmente correcta está respaldada por la confianza general en el sistema.

De esta manera, una gran parte de la legislación recibe una aceptación pasiva. Ya la mera gran cantidad de normas hace que a los ciudadanos les sea imposible seguir activamente la labor legislativa. Como consecuencia de ello, la mayor parte de la legitimidad (autorización, aceptabilidad) de las leyes se basa únicamente en la confianza general en el sistema. Sin embargo, este tipo de legitimidad basada en la aceptación pasiva y manipulada, trae aparejados no pocos problemas.

El asunto puede ser ilustrado con la bien conocida distinción entre sistema y *Lebenswelt* de Jürgen Habermas. La *Lebenswelt* representa la vida real de un ser humano. Además, es posible establecer una distinción entre vida privada y vida pública. La vida privada abarca todo aquello que concierne a la persona en cuestión como individuo. Por otra parte, la vida pública puede significar publicidad cultural, es decir, una renovación de la cultura, o publicidad política, o sea interacción social, integración y socialización de la persona.

El aspecto más esencial de la *Lebenswelt* es que la gente interactúa por medio del lenguaje. Sus operaciones están basadas en algún tipo de suposición de racionalidad. Habermas llama a esto *racionalidad comunicativa*. Ella posibilita a los seres humanos no sólo el intercambio lingüístico sino también el consenso, racionalmente obtenible.

El punto central es la *relación* entre *Lebenswelt* y sistema. Habermas sostiene que el sistema ha destruido o está destruyendo las estructuras de la *Lebenswelt*. El sistema ha penetrado en la *Lebenswelt*, la ha colonizado y, de esta manera, ha puesto en peligro la interacción natural entre las personas. En el nivel de la vida cotidiana, el fenómeno puede ser ilustrado con conceptos tales como “superregulación” y “superpolitización”. En realidad, el sistema ha penetrado en la *Lebenswelt* a través de dos vías:

(a) Ya ha sido mencionada la publicidad manipulativa. Funciona paralelamente al sistema. Los argumentos persuasivos, incluidos en esta publicidad, hacen que la gente piense en términos del sistema. Esta es parcialmente la manera cómo ha nacido la confianza general en el sistema y cómo se ha vuelto posible.

Muchos productos del sistema coinciden con los objetivos inmediatos de la gente. El concepto “competitividad” es un muy buen ejemplo. Es la palabra clave por lo que respecta a la economía actual y a la legislación vinculada con la economía. La mayor parte de la gente parece no estar preparada para intercambiar valores relacionados con el bienestar con valores tales como los que, por ejemplo, son necesarios para la supervivencia de la especie. En general, la gente desea más bien cambiar todas sus actividades según los principios de la competencia. Gradualmente, la realidad cotidiana es cada vez más conducida desde arriba, desde la economía, en primer lugar.

Pero Habermas sostiene que las estructuras de comunicación de la *Lebenswelt* son muy resistentes y éste es justamente el punto que fija límites a la supremacía del sistema. Las normas de integración social y la natural conciencia moral de las personas dificulta la colonización total de la *Lebenswelt*. Esto está conectado con el hecho de que la confianza general en el sistema se tambalea de vez en cuando. El sistema y sus productos se vuelven sospechosos. En algunos países ha disminuido la confianza de los ciudadanos en la política; ello es un claro síntoma de lo dicho más arriba.

Siempre se puede tratar de eliminar los problemas – para decirlo a la manera de Habermas – rehabilitando aquellos procedimientos y disposiciones que garantizan la legitimidad de las leyes de acuerdo con el ideal de la legislación. Con otras palabras: el fortalecimiento de la discusión abierta y racional en el Parlamento conduce automáticamente a un aumento de confianza. Cuánto más exactamente la legislación coincida con la moral natural y con las expectativas espirituales de la vida cotidiana, tanto más fácilmente el producto, el derecho mismo, es aceptado por los medios de la vida cotidiana.

(b) Sin embargo, la publicidad política y cultural de la *Lebenswelt* se ha quebrado tendencialmente también a través de otra vía. La vida cotidiana se ha *burocratizado*. Así pues, desde el punto de vista de la vida cotidiana, esto se refiere a la misma cuestión discutida más arriba. El acento del poder se desplaza de la legislación a la administración. El mayor papel del Estado como cuerpo conductor significa que la burocracia penetra en la propia publicidad de la vida cotidiana. La sociedad no sólo regula los procedimientos y cualificaciones de las autoridades. También guía, orientada hacia un objetivo, los procesos sociales y culturales. Las relaciones entre los seres humanos dejan de estar signadas por la reciprocidad para transformarse en relaciones administrativas y los ciudadanos se convierten en súbditos. La total burocratización de la sociedad no respeta la autonomía de los sistemas parciales de la vi-

da cotidiana. Así surge el problema de la aceptación del derecho, de su legitimidad, desde el punto de vista del ciudadano común. Este problema exige solución, especialmente ahora, cuando nos encontramos en el umbral de la llamada “sociedad de información”. Se puede hasta hablar de tendencias de crisis del derecho. Kaarlo Tuori distingue claramente tres tendencias de este tipo. Las llama la crisis de la racionalidad interna del derecho, la crisis de la racionalidad objetiva del derecho y la crisis de la legitimación. Brevemente, ellas cubren el siguiente campo de problemas.

(1) Las disposiciones jurídicas forman una totalidad sistemática. Esto se manifiesta ya en la expresión *sistema jurídico*. Una de las tareas de la jurisprudencia es seguir analizando los sistemas jurídicos. Los principios, conceptos y teorías jurídicos generales, cuyo conjunto es llamado doctrinas generales, resultan beneficiados cuando se analizan los sistemas jurídicos. Cada campo del derecho: derecho civil, derecho penal, derecho administrativo, etcétera, posee su propia colección de doctrinas generales.

Cuando aumenta el número de las normas y crece la complejidad de las disposiciones jurídicas, existe el peligro de que se derrumbe la sistemática interna de las disposiciones jurídicas. La regulación se descompone en una casuística referida a casos individuales y grupos de casos. Se pierde la visión general del derecho. Los sistemas jurídicos flexibles y abiertos, al igual que diversos sistemas de reforma, tienen efectos paralelos. Nace así una especie de paradoja: una regulación, por una parte, desmesurada y, por otra, demasiado abierta, quiebra la racionalidad interna del derecho. Se pone en peligro la coherencia interna del derecho, es decir, su conexión sistémica interna.

(2) Las disposiciones jurídicas constituyen la respuesta a la situación problemática prevaleciente en la sociedad. El sentido de la regulación depende de hasta qué punto los medios de la regulación son adecuados para el área respectiva. Cuando son equilibrados, se dice que la regulación satisface la racionalidad objetiva; la conducción a través de reglas posee entonces una relación razonable con la necesidad de conducción.

En las sociedades modernas de bienestar, la racionalidad objetiva se ha debilitado en dos direcciones. Por una parte, el número de normas ha rebasado los límites y existen ya demasiadas. Tal es el caso, por ejemplo, en el campo de la seguridad social. En la sociedad finlandesa, la seguridad social, propia de un Estado de bienestar, ha sido construida regulando especialmente las reglas procedimentales de la administración. En esta situación, no siempre se toman en cuenta las desventajas de una regulación excesiva. Si el decisor carece de discrecionalidad y se trata de solucionar cada problema formulando nuevas normas, se debilita la capacidad de decisión.

Sin embargo, algunas funciones están demasiado estrechamente sujetas a disposiciones jurídicas. Tal es la situación en el caso del empresariado en Escandinavia, por ejemplo. Su actividad está tan regulada que ha sido necesario

crear una organización especial para controlar el cumplimiento de la regulación. Además, a menudo, ha sido necesario crear diversas organizaciones de información, ya que la jungla de disposiciones impide al ciudadano particular asumir sus negocios por propia iniciativa. También estas organizaciones necesitan normas. Esto es ideal para aumentar los nuevos niveles de las disposiciones, y así sucesivamente. Todo esto está vinculado con la discusión tópica acerca de la sociedad-guardián e – inversamente – con los esfuerzos para eliminar las normas innecesarias.

(3) En una sociedad sana y que funciona bien, las normas jurídicas tienen un alto nivel de *legitimidad*. Esto puede ser interpretado de varias maneras. El significado básico de la palabra “legitimidad” es autorización. Las normas están autorizadas en la sociedad si los destinatarios de la regulación pueden aceptarlas. Desde este especial punto de vista, legitimidad es lo mismo que aceptabilidad.

Las formas modernas del derecho y las nuevas vías de legitimación del derecho, la confianza en el sistema, por ejemplo, no han eliminado el valor de la cuestión originaria acerca de la aceptabilidad de las disposiciones jurídicas. Entre otras cosas, este problema es muy notable desde el punto de vista de la *jurisdicción*. En una comunidad democrática, quienes ejercen la jurisdicción y la administración tienen que gozar de la confianza de los ciudadanos. Si la confianza se tambalea o desaparece, ello se refleja muy pronto, por ejemplo, en el derrumbe de la obediencia a la ley. Esto, a su vez, debilita la base de un desarrollo social equilibrado. Además, tal como se dijera más arriba, a los administradores del derecho les incumbe la importante tarea de desarrollar el orden jurídico. Aun desde este punto de vista, no es indiferente qué tipo de respuesta reciban en la sociedad las soluciones de la administración del derecho.

La decisión podría ser comparada con una sonda lanzada a los ciudadanos por la persona que toma las decisiones. Si la sonda es recogida, la decisión era aceptable. Responde entonces a las expectativas de los ciudadanos con respecto a lo que es correcto y a lo que no lo es. Si la decisión o la línea de decisiones no recibe ninguna respuesta, tienen que ser reparadas a la corta o a la larga si se desea mantener un desarrollo equilibrado del orden jurídico y conservar la credibilidad de la instancia de decisión.

La aceptabilidad de las decisiones puede sólo alcanzarse si es posible *controlarlas públicamente*. La toma de decisiones herméticas y secretas es sólo aceptable en una sociedad en la que la única pauta de legitimidad es la confianza general en el sistema. Consecuentemente, los ciudadanos no están interesados en los contenidos del sistema, en su producto, sino en la mera funcionalidad de la sociedad. Si el objetivo es tal que el producto del sistema tiene que responder a las ideas de los ciudadanos acerca de lo correcto y lo falso, las decisiones jurídicas tienen que admitir el control público de legiti-

midad. Sólo bajo tales circunstancias puede garantizarse la aplicación del derecho que caracteriza al sistema social democrático. Cuando se vuelve imposible el control interno, la crisis de legitimidad hace peligrar el derecho.

2. UN ENFOQUE CIENTÍFICO DE LOS CONTENIDOS DE LAS NORMAS JURÍDICAS

2.1. *El científico y el juez*

La autoridad que aplica el derecho tiene el poder judicial de dar soluciones y la obligación de decidir todo caso que sea sometido a derecho. El status oficial de la autoridad la obliga a seguir las normas jurídicas o a correr el riesgo de ser sancionada. Por otra parte, la adjudicación trata siempre casos concretos. Así, por ejemplo, el juez no interpreta la ley por el mero fin de interpretarla.

El científico no tiene ni el poder ni la obligación de tomar una decisión ni tampoco la responsabilidad que pesa sobre el juez en virtud de su cargo. El científico puede olvidarse del problema por un tiempo si no logra una solución satisfactoria con los argumentos disponibles. En este respecto, el científico se encuentra en la posición de un “observador”. Esto significa que, desde el punto de vista *organizativo*, el juez trabaja dentro del sistema oficial y el científico examina las normas jurídicas desde afuera. El juez, pero no el científico, forma parte de la maquinaria que ejerce el poder. Por lo tanto, sólo el juez posee el punto de vista interno sistémico.

Sin embargo, todas estas diferencias son sólo diferencias en la función social de, por una parte, el juez y, por otra, el científico. Por lo que respecta a la *interpretación* jurídica, las similitudes son mayores que las diferencias. Comencemos con un ejemplo.

Siempre hay dos lados en una decisión jurídica; el establecimiento de los hechos del caso⁽¹⁴⁾ y la aclaración de los contenidos de la norma jurídica. La decisión consiste en considerar a los hechos como pertenecientes a la categoría de eventos cubiertos por la norma. La forma tradicional del pensamiento jurídico en los países con derecho escrito subraya las diferencias entre las cuestiones de hecho y las cuestiones de derecho. Por ello, muchos autores han tendido a pensar que la toma de una decisión jurídica es un fenómeno que se realiza a través de una serie de *pasos*.

(14) Con respecto a la conexión entre cuestiones fácticas y normativas, cfr. Aarnio, *On Legal Reasoning*, págs. 63 y ss. y Wróblewski, Jerzy, “Facts in Law”, en *Meaning and Truth in Judicial Decision*, págs. 104 ss.

La posición del dogmático jurídico está descrita en, por ejemplo, Strömholm, *Allmän rättslära*, Sección 7.7.2. Ver también Peczenik, *Juridikens metodproblem*, pág. 54.

Quien toma la decisión tiene, primero, que establecer los hechos del caso. En este sentido, la tarea central es la prueba de la evidencia. Después de haber establecido los hechos, hay que aclarar los contenidos de la norma que se refiere a este tipo de hechos. El último paso es la subsunción: los hechos y la norma son “combinados”. La solución final es la conclusión del procedimiento de subsunción. El modelo tradicional es erróneo por lo menos en dos sentidos.

(1) Como procedimiento justificatorio, la toma de decisión no es un simple fenómeno de pasos sucesivos sino una sucesión de diversas operaciones mentales interconectadas entre sí. El modelo de la subsunción puede describir sólo el estadio final, la llamada racionalización *ex post* de la decisión. Más tarde, esto fue llamado la justificación interna. La parte más problemática de la justificación, es decir, la justificación externa, no puede ser dilucidada con este modelo elemental.

(2) Por lo que respecta a nuestro tópico, el núcleo de la decisión judicial es la interconexión de las cuestiones de hecho con las cuestiones normativas. Es imposible establecer los hechos del caso sin tomar en cuenta la información de la norma. Esta información crea el marco de todo aquello que consideramos como el hecho jurídico del caso. La información normativa, en tanto “preconocimiento” del juez, es como una lente a través de la cual quien toma la decisión tiene necesariamente que deliberar acerca de la prueba de la evidencia.

El científico no trabaja con casos concretos. El contenido de la interpretación científica es el examen de los casos típicos. Sin embargo, la dogmática jurídica y la aplicación del derecho se encuentran, en un cierto sentido, del mismo lado del cerco. También el juez tiene que interpretar el derecho. Aclara el contenido de las normas jurídicas a fin de lograr la información normativa mencionada más arriba. Por otra parte, el interés especial del juez se concentra en la cuestión de saber qué normas lo vinculan en tanto parte dotada de autoridad en la maquinaria jurídica. Desde esta perspectiva, el científico es un “observador”. Está interesado en el contenido del derecho válido *en general*. Sin embargo, en un cierto sentido, tanto el juez como el científico tienen una perspectiva interna similar⁽¹⁵⁾. Llamémosla el punto de vista epistemológicamente interno. Esto puede ser aclarado comparando, por una parte, la posición del científico del derecho con la posición de (otros) científicos sociales y, por otra, con la del juez y otros juristas prácticos.

(15) Con respecto a esto en general, ver Hart, op. cit., pág. 86 y Aarnio, *On Legal Reasoning*, págs. 3 y ss. Hay razón para enfatizar que en ambos estudios la distinción entre la perspectiva interna y la perspectiva externa está conectada con la *aceptación* de las normas, es decir, con la autovinculación a las mismas. Así Hart señala que la perspectiva interna está representada en una persona que actúa “como miembro de un grupo que las acepta y las usa (a las reglas) como guías de conducta”. Esto puede ser llamada una perspectiva *organizacionalmente* interna (o externa).

2.2. La dogmática jurídica y las ciencias sociales

La perspectiva de la dogmática jurídica se diferencia esencialmente de la que es típica de la ciencia social. En este último campo es frecuente plantear la cuestión “¿qué sucede?” o “¿qué regularidades podemos encontrar aquí?”. Los científicos sociales aceptan las normas jurídicas como dadas y examinan, por ejemplo, el problema de cómo una norma jurídica es obedecida. Con otras palabras, uno de sus objetivos primarios es la dilucidación de las regularidades (constantes) en el comportamiento. A su vez, sobre la base de estas regularidades, es posible deducir algo con respecto al contenido de algunas normas: “La gente, en general, obedece tal y cual norma”.

Así, normalmente, el científico social adopta un punto de vista típicamente externo con respecto al asunto que investiga. Esto ha sido comparado con el estudio del ajedrez observando cómo otros lo juegan. Un observador puede descubrir muchas regularidades, tal como el hecho de que la pieza llamada peón es movida un recuadro cada vez, excepto al comienzo del juego. Sin embargo, es problemático que el observador puede aprender a jugar al ajedrez de esta manera si el ajedrez es el *primer* juego que ha observado en su vida. De la misma manera, podemos preguntarnos si el observador, tan sólo a través de su interés en las regularidades, puede comprender los movimientos del juego, por ejemplo, por qué en la situación X el peón es movido de la manera Y.

Estas cuestiones revelan que una perspectiva manifiestamente externa con respecto a la sociedad y a las normas jurídicas no deja de ser problemática. Peter Winch ha analizado esta cuestión de una manera muy esclarecedora (16). Su punto de partida es que el objetivo de toda ciencia es la dilucidación de las regularidades del asunto que investiga. Lo que es problemático es cómo determinar los criterios de similitud. Winch observa que, en última instancia, todo depende de las reglas y principios acordados por la comunidad científica. Ellos dicen qué es y qué no es requerido para la investigación de los fenómenos. Según Winch, la diferencia entre las ciencias (naturales) y las ciencias sociales (humanas y morales) reside en el diferente origen de las reglas. En las ciencias (naturales), la materia es externa al investigador (en el sentido propiamente dicho de la palabra) y, así, la base para la evaluación de la similitud puede ser encontrada en la propia comunidad científica. No hay tales reglas en la naturaleza. Las reglas son reglas para aproximarse a la verdad y se han cristalizado, sobre diferentes bases, en la comunidad de investigadores.

En el caso de la investigación de la sociedad, la situación es diferente. En las ciencias sociales, las reglas que definen la similitud deben ser busca-

(16) Winch, Peter. *The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy*, sexta edición, págs. 83 ss.

das, al menos en parte, en la materia misma que se analiza, es decir, en la sociedad. Si, por ejemplo, tenemos que determinar si dos formas de actividad, orar y saludar, son las mismas o no, la actividad por sí misma (los movimientos, los gestos) no revela diferencias o similitudes. La base para la deliberación tiene que ser buscada en la sociedad donde se realizan estas formas de comportamiento. Son usos sociales definidos por ciertas reglas y, lo que es más importante aún, estas reglas *constituyen* el comportamiento para que sea lo que es, por ejemplo, saludar. Por esta razón, tenemos que conocer, al menos, algunas reglas (constitutivas) antes de poder clasificar formas de comportamiento.

No importa aquí cuál sea la opinión que tengamos acerca de los detalles del pensamiento de Winch, lo relevante es que llama nuestra atención sobre una idea esencial desde el punto de vista de nuestro tema(17). Ni siquiera un científico social puede ser un representante *puro* del punto de vista externo. Volviendo a nuestro ejemplo del observador del juego de ajedrez, y usando palabras de Ludwig Wittgenstein, podemos decir que, para aprender el juego, el observador ha de saber ya jugar *otro juego*(18). El observador tiene, al menos, que entender qué significa, en general, jugar un juego. Lo mismo vale con respecto a la comprensión de actividades sociales. Uno tiene que estar, por así decirlo, “dentro” de ellas para participar en estas actividades en general y no es posible ni siquiera entender estas actividades a menos que alguna vez uno haya participado en ellas.

La posición del científico social con respecto a las normas jurídicas *difiere* radicalmente de la posición del juez o de los funcionarios administrativos. Aun si requiriésemos comprensión por parte del científico social en la forma como lo hace Winch, sigue siendo verdad que el científico estudia cómo *otros* sujetos están sometidos a las normas jurídicas. El grupo de sujetos pueden ser los abogados, los jueces o los funcionarios administrativos, los ciudadanos finlandeses o un grupo de ciudadanos que presentan características especiales. Por otra parte, los científicos sociales no tienen que formular sus preguntas en la forma como lo hace el juez: “¿Qué normas jurídicas *me* obligan, como decisor autorizado, en este caso concreto?”. La aproximación al contenido del orden jurídico desde este punto de vista es algo ajeno al científico social.

Aquí también reside la diferencia decisiva entre una típica ciencia social, por ejemplo la sociología, y la dogmática jurídica. La actitud de esta última actividad está básicamente centrada en las *normas* (reglas) jurídicas y no en las regularidades de comportamiento de los ciudadanos, los jueces, etc. La diferencia de punto de vista puede también ser expresada diciendo que el interés de investigación de la dogmática jurídica es normativo en un sentido totalmente distinto al de la sociología. Por lo general, la dogmática jurídica es

(17) Interesante al respecto es el estudio de Kauko Wikström, op. cit., págs. 86 ss.

(18) Wittgenstein, Ludwig, *Philosophical Investigations* § 30. Cfr. también § 31-32.

definida, al menos en la tradición nórdica, como el estudio del contenido de las reglas (normas) jurídicas y del orden sistémico de aquéllas. Los términos usuales que se refieren a estas actividades son “interpretación” y “sistematización”.

Evidentemente, el típico interés de investigación de la ciencia social no se extiende a la comprensión de las conexiones sistemáticas. La consideración de estas conexiones pertenece al *punto de vista epistemológicamente interno*. Este es un punto de vista en donde predomina el conocimiento de la estructura interna del sistema. A menudo, es este tipo de conocimiento el que confiere al jurista la posibilidad de decidir la cuestión jurídica de que se trata. En un sentido, constituye el núcleo del pensamiento jurídico, es el esquema a través del cual puede buscarse la decisión, al menos aproximadamente. La comprensión de las conexiones del sistema distingue a quienes poseen entrenamiento jurídico de aquéllos que examinan las cuestiones desde fuera del sistema. En este sentido, el enfoque del científico social es *epistemológicamente externo*. Aun en los casos muy poco frecuentes en los que la sociología se interesa por las conexiones sistémicas, este interés es puramente descriptivo. Por ejemplo, la sociología jurídica típica no sistematiza las normas en el sentido en que lo hace la dogmática jurídica.

En mi opinión, el olvido de este hecho ha distorsionado seriamente la discusión acerca de la posibilidad de “transformar” la dogmática jurídica en una ciencia que debería utilizar los métodos de las ciencias sociales.

La segunda función principal de la dogmática jurídica, la dilucidación de los contenidos de las normas jurídicas, es una expresión del *interés interpretativo*. Como se mostrará más adelante, la sistematización influye a su vez en la interpretación. En este estadio, puede dejarse de lado esta conexión. La interpretación en la dogmática jurídica tiene siempre dos facetas. Se dice algo acerca del *contenido de significado* de una cierta expresión (o, correspondientemente, de una norma) y, además, se argumenta que una norma con ese contenido de significado es *válida* de acuerdo con el derecho (por ejemplo, finlandés). Con otras palabras, el investigador enuncia precisamente el contenido de significado válido. A pesar de que, en el sentido winchiano, el científico social se encuentra “dentro” del sistema (social), no tiene este tipo de interés en la interpretación. Por consiguiente, comparado con el científico social, el dogmático jurídico ve el problema desde un punto de vista *genuinamente interno*.

Esto significa que la manera cómo el dogmático jurídico examina el orden jurídico es similar a la del juez, por ejemplo. Ambos están específicamente interesados en el contenido de la ley válida. Pero, aun así, no tratan este contenido de una manera exactamente igual. Los dogmáticos jurídicos no dan respuesta a la pregunta “¿a qué contenido de significado estoy sujeto?”. Ellos tratan de aclarar qué normas *debería* observar el decisor que aplica el derecho

o –desde el punto de vista del comportamiento del ciudadano– qué normas deberían obligar a todo ciudadano (finlandés). Sin embargo, epistemológicamente, el dogmático jurídico y el juez se encuentran en una posición similar.

2.3. *La dogmática jurídica y la práctica jurídica*

Esta afirmación plantea una serie de problemas. Stig Strömholm observa que un investigador tiene que argumentar en apoyo de su posición *como* si estuviera sujeto a las mismas fuentes y a los mismos principios de interpretación que el juez (19). Si así no fuera, el investigador no tendría ninguna posibilidad de éxito. Strömholm presenta aquí un punto de vista realmente importante. Sin embargo, deja su observación parcialmente en el aire. ¿Qué significa en realidad decir “como si”? Mi respuesta es la siguiente.

A menudo se ha dicho que la dogmática jurídica es un campo práctico o un estudio que se encuentra cerca de la práctica. En un sentido, ella misma es también práctica; la práctica social desde la cual nuestra creencia acerca de qué está de acuerdo con el orden jurídico recibe su contenido. Sin embargo, si la dogmática jurídica y la práctica jurídica son equiparadas recíprocamente y decimos que no hay diferencia entre la dogmática jurídica y otra actividad que investiga los contenidos del orden jurídico, surgen entonces problemas. Estos pueden ser expresados brevemente de la siguiente manera: ¿tiene la dogmática jurídica una posición independiente de la práctica jurídica? En última instancia, se trata de la cuestión de saber si hay o no alguna diferencia entre la actividad puramente práctica y la dogmática jurídica.

2.3.1. *La práctica jurídica normal.* Comenzaré examinando la relación entre la dogmática jurídica y la práctica jurídica normal. Aquí consideraré como práctica normal la actividad de los abogados, la información jurídica que de otra manera se da en la sociedad, la actividad de los asesores jurídicos en la industria y el comercio, etcétera. Los actos administrativos de los no juristas también pertenecen a este grupo; ejemplos al respecto pueden encontrarse en la administración del bienestar social.

Una vía para encontrar una respuesta podría ser analizar si los *resultados*, los puntos de vista interpretativos de la dogmática jurídica, pueden – en algún sentido relevante – ser “mejores” que las creencias y los puntos de vista de la práctica normal descrita más arriba. Si no se da una tal posición de “preferencia”, la posición de la dogmática jurídica como materia de estudio universitario se vuelve sospechosa. En ese caso, la dogmática jurídica sería verdaderamente *mera* práctica. Si lo contrario es verdad, tenemos entonces que investigar qué significa la “mejor” naturaleza del resultado de la dogmática

(19) Strömholm, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, pág. 68.

jurídica y cómo puede obtenerse. Es manifiesto que realmente existe tal relación de preferencia.

La dogmática jurídica, en tanto ciencia, difiere significativamente de la actividad judicial práctica, por ejemplo, de la práctica normal del abogado. A un nivel general, la diferencia puede ser caracterizada diciendo que el estudio de la dogmática jurídica está signado por una *actitud científica*: ésto es lo que G.H. von Wright considera como el núcleo de una actitud racional frente a toda realidad(20). Una actitud científica es algo diferente de la habilidad profesional para llevar a cabo en la práctica algunas tareas técnicas. Desde el punto de vista de la dogmática jurídica se trata aquí de dos cosas.

Ante todo, hay una razón para distinguir entre dogmática jurídica *práctica* y *teórica*(21). En otro contexto he caracterizado esta diferencia subrayando la tarea de sistematización de la dogmática jurídica teórica. Esta forma de la dogmática jurídica formula teorías que pueden muy bien ser comparadas con las de otras ciencias. A su vez, la formulación de la teoría es ajena a la actividad judicial de la vida práctica cotidiana. Así, con sus opiniones, el abogado no *crea* teoría. En el mejor de los casos *aplica* teoría al caso individual en cuestión a fin de describir exactamente los derechos (y obligaciones) de su cliente.

Sin embargo, también en la dogmática jurídica (normal) *práctica*, se refleja una actitud científica. El contenido y la significación de la actitud pueden ser ilustrados repitiendo lo que Ilkka Patoluoto ha escrito con respecto a algunos estudios de Max Weber y Paul Lazarsfeld(22). Patoluoto observa:

“La razón por la cual los resultados pueden ser considerados mejores o más confiables que la visión cotidiana del mundo se basa en el hecho de que los resultados no son meras hipótesis, sino hipótesis que han sido verificadas a través del uso de métodos científicos [...] El método científico puede ser usado para 'extirpar' prejuicios y así, en principio, podemos decir que los resultados del estudio son mejores o más seguros que nuestras creencias cotidianas. El resultado del estudio tiene que ser entendido aquí como el resultado de la aplicación correcta del método científico [...] Las proposiciones que se apoyan en un estudio científico son más confiables que las que no lo están, ya que el objetivo del método científico es la sistematización, la coherencia, la controlabilidad, la intersubjetividad, la objetividad y la consideración de factores de incertidumbre, exactitud y pertinencia.”

(20) Cfr. von Wright, G.H., *Humanismi elämänsenteena*, págs. 96 ss.

(21) Aarnio, Aulis, “The Significance of the Theoretical Element in Legal Research” en *Philosophical Perspectives in Jurisprudence*, págs. 119 ss. La tarea de la dogmática jurídica práctica es interpretar determinados textos (o solucionar determinados problemas formulados abstractamente). Está orientada pragmáticamente. Por otra parte, la dogmática jurídica teórica está interesada principalmente en los marcos sistemáticos del orden jurídico. Sin embargo, en la práctica de la investigación hay continuas conexiones internas entre estos dos modelos de orientación.

(22) Patoluoto, Ilkka, Post scriptum en Runciman, *Social Science and Political Theory* (traducción finlandesa).

En su observación, Patoluoto presenta muchas cosas que merecen atención, también en conexión con la interpretación en la dogmática jurídica. También en la dogmática jurídica existen *garantías metodológicas* para el cumplimiento de los objetivos descritos más arriba. Si se la compara con la práctica normal, la dogmática jurídica interpretativa cumple, al menos en una cierta medida, todas las exigencias de la lista de criterios de Ilkka Patoluoto. Es aquí donde encontramos la *actitud científica* de la dogmática jurídica. Así, por lo general, las interpretaciones de la dogmática jurídica son *más controlables* que los puntos de vista de la práctica normal con respecto al contenido del orden jurídico. Por esta razón, la dogmática jurídica produce “mejores” resultados que las creencias prácticas cotidianas acerca de lo que es correcto o falso de acuerdo con el orden jurídico. Lo mismo vale para la práctica judicial. El juez obtiene información acerca del orden jurídico de la misma manera que el dogmático jurídico y – algo que es importante – la interpretación adoptada por el juez es, en principio, confiable en el mismo grado y en el mismo sentido que la expuesta por el científico.

2.3.2. *La práctica judicial.* Para resumir nuestro análisis, recordemos la comparación entre la posición del juez y la del dogmático jurídico. Desde un punto de vista funcionalmente interno, sólo el juez tiene competencia, sólo él tiene la obligación de solucionar los casos que se le presenten y el juez, pero no el científico, se ocupa de casos concretos. En la maquinaria jurídica funcionante, todo esto confiere al juez una posición diferente a la del científico. Como ya se ha dicho, estas diferencias son solo *organizativas*.

La perspectiva organizativa es irrelevante por lo que respecta a la estructura de la justificación jurídica. Sin embargo, también es verdad que el juez no sistematiza intencionalmente el material de las normas jurídicas. No corresponde a su función el obtener un sistema de conceptos que sea más útil que el que poseía antes.

En este sentido, se encuentra en la misma posición que la praxis normal mencionada más arriba. El juez *utiliza* la sistematización que el dogmático jurídico ha realizado ya antes, pero no la lleva a cabo específicamente cuando interpreta las normas jurídicas.

Por otra parte, el dogmático jurídico está necesariamente sujeto a las mismas precondiciones epistemológicas que el juez. Siguiendo la terminología de Strömholm, puede decirse que el dogmático jurídico tiene que argumentar en favor de sus puntos de vista *como si* fuera un juez. Esto significa que el contenido de la justificación tiene que ser del mismo tipo en los dos casos. El dogmático jurídico tiene que usar las mismas fuentes del derecho que el juez y ambos deben referirse a las mismas reglas metodológicas. Sólo bajo estas condiciones, la dogmática jurídica puede proporcionar a la comunidad jurídica información relevante con respecto al orden jurídico. Si el inves-

tigador utilizara reglas de interpretación totalmente desconocidas en la comunidad, o si sus argumentos fueran incompatibles con los que son aceptados como válidos en aquella comunidad, sus resultados o bien serían considerados como no jurídicos o serían rechazados como resultados jurídicos.

Resumiendo, el hecho de que el dogmático jurídico no decida casos concretos, el hecho de que la autoridad que aplica el derecho no sistematice normas jurídicas o el hecho de que – a diferencia de la posición del científico – sólo el juez (y los funcionarios administrativos) detenta el poder en el sistema es irrelevante desde el punto de vista *epistemológico*. La estructura de la justificación (razonamiento) es análoga en ambos casos, es decir que, cuando aclaran el contenido del orden jurídico, el dogmático jurídico y el juez *piensan* de manera similar.

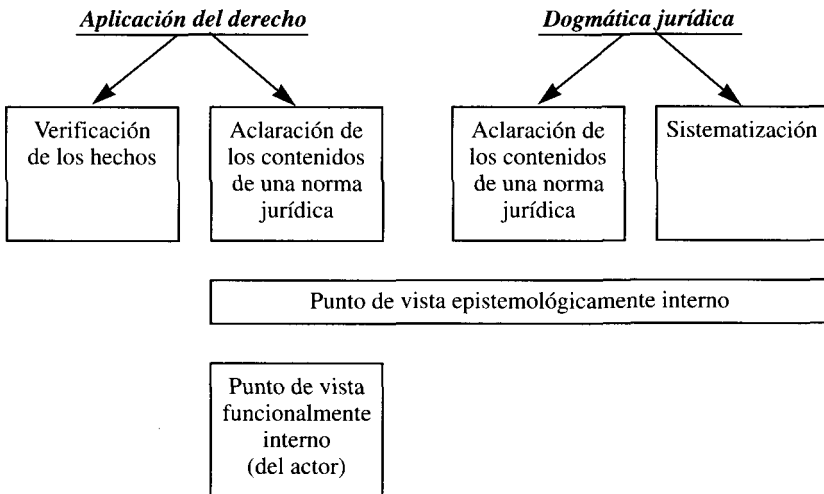


Diagrama 3

3. EL CONCEPTO DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA - UNA FORMULACIÓN MÁS PRECISA

Para el concepto de la dogmática jurídica son interesantes algunas ideas de Thomas Kuhn sobre el paradigma científico(23). En su forma originaria, el

(23) Cfr. Kuhn, Thomas S., *The Structure of Scientific Revolutions*, 1ª edición, 1962, comparada con la 2ª ed. págs. 66 ss. Cfr. también Brante, Thomas, *Vetenskapens struktur och förändring*, págs. 14 ss.

concepto de paradigma de Kuhn era susceptible de un gran número de interpretaciones. No distinguía suficientemente, por ejemplo, entre el modelo de un estudio y los ejemplares de un estudio. Más tarde, Kuhn presentó una formulación más precisa de su conjunto de conceptos al adoptar el concepto de matriz disciplinaria en un campo de la ciencia. Esta matriz puede ser entendida como una estructura que vincula a los científicos; una estructura que explica el hecho de que la comunicación científica entre los científicos es relativamente poco problemática y de que existe una relativamente grande unanimidad en la comunidad científica acerca de las “opiniones profesionales” sobre la investigación. Con otras palabras: la matriz permite entender por qué se puede lograr algún nivel de consenso acerca de qué es la ciencia en general, acerca de qué es la ciencia en el sentido de algún campo especial (por ejemplo, acerca de qué es la ciencia del derecho) y aun acerca de qué es buena ciencia⁽²⁴⁾. Así pues, es la matriz la que hace que la dogmática jurídica sea dogmática jurídica, a diferencia, por ejemplo, de las ciencias sociales o de la historia. Con otras palabras, en la dogmática jurídica, la matriz nos ayuda a ser más exactos que antes con respecto a qué significa el más arriba mencionado punto de vista epistemológicamente interno de la dogmática jurídica.

Las matrices están compuestas, por ejemplo, por los siguientes elementos:

- (a) una generalización simbólica,
- (b) el compromiso con respecto a ciertos modelos que conforman la materia,
- (c) un acuerdo acerca de valores y normas comunes, y
- (d) un compromiso con respecto a modelos científicos comunes, es decir, acerca de las soluciones paradigmáticas del problema.

Las matrices – aún más que el concepto originario de los paradigmas de Kuhn – están caracterizadas por una laxitud conceptual, por un cierto tipo de elasticidad. Sin embargo, hay formas generales que se encuentran en todo campo especial de la ciencia y sin las cuales éste no sería posible. Se podría, pues, decir que la matriz es la base de la ciencia en cuestión.

Es obvio que cuando más cristalizada esté la matriz en un cierto campo, tanto más sensible es a la crítica. Es como si la matriz se hubiera agotado después de que han sido presentadas todas las aplicaciones interesantes. Consecuentemente, una matriz más laxa puede resistir mucha más crítica, se adapta a las nuevas circunstancias y, si se la reinterpreta adecuadamente, puede fácilmente sobrevivir a la crítica que de otra manera la socavaría.

También parece que el concepto de matriz ilustra algunos rasgos de la dogmática jurídica, aun cuando no existe una base para una aplicación directa de la terminología de Kuhn a la dogmática jurídica. Uno podría imaginar que

(24) Cfr. al respecto Aarnio, Aulis, Jääskinen, Niilo, Pöyhönen, Juha y Uusitalo, Jyrki, *Paradigms, Change and Progress in Legal Dogmatics*, capítulo 3 (en prensa).

la matriz de la dogmática jurídica está compuesta, por lo menos, por cuatro tipos de factores(25):

(i) Ante todo, la matriz incluye una suposición acerca del *objetivo* de la interpretación en la dogmática jurídica, es decir, acerca de lo que está siendo interpretado. Además, esto significa que existe un compromiso con respecto a ciertas suposiciones de la filosofía del derecho acerca de qué es una norma jurídica, acerca de lo que uno debería pensar con respecto al origen y la validez de la ley, etcétera.

En general, en este estadio puede observarse que la concepción dominante está teñida por un cierto tipo de positivismo jurídico(26). Las normas jurídicas son dictadas por el soberano que tiene poder en la sociedad y la validez de estas normas jurídicas no requiere entidades situadas fuera del derecho positivo. En este sentido, la suposición básica general de la dogmática jurídica nórdica es opuesta al derecho natural.

(ii) Segundo, la matriz contiene una serie de acuerdos acerca de las *fuentes del derecho*. Quienes cultivan la dogmática jurídica tienen (casi) la misma concepción acerca de a cuáles fuentes uno tiene que referirse y acerca de a cuáles fuentes uno debería o podría referirse. Son estos acuerdos acerca de las fuentes del derecho lo que más claramente muestra el tipo de concepto de derecho y de administración de justicia que existe en una cultura. Una lista restrictiva de fuentes del derecho es señal de tendencias legalistas, mientras que una actitud muy liberal con respecto a las fuentes del derecho revela diversos matices de antilegalismo.

(iii) La matriz básica de la dogmática jurídica implica también *ciertas reglas y principios metodológicos*. Ellos muestran aproximadamente cómo las fuentes jurídicas deberían y pueden ser usadas en la interpretación. Como ya se señalara, las reglas y principios metodológicos adoptados por el dogmático jurídico difieren de los que se encuentran, por ejemplo, en las ciencias sociales. Un cambio radical de los principios metodológicos significa, pues, una reforma considerable de todo el concepto de la dogmática jurídica.

(iv) Finalmente, se puede también incluir en la matriz de la dogmática jurídica la concepción de que *valores y evaluaciones* pueden estar presentes en la interpretación de la dogmática jurídica. Aquí es relativamente claro el límite, por ejemplo, con las ciencias sociales. Jaakko Hintikka ha observado que

(25) Cfr. Aarnio, "On the Paradigm Articulation in Legal Research" en *Rechtstheorie*, Beiheft 3, págs. 51 ss. Ver también Zuleta Puceiro, Enrique, *Paradigma Dogmático y Ciencia del Derecho*, págs. 11 ss y 139 ss. y Zuleta Puceiro, "Scientific Paradigms and Legal Change", págs. 331 ss. Cfr. Wróblewski, Jerzy, "Paradigms of Justifying Legal Decisions", págs. 253 ss. en donde Wróblewski trata el problema de la adjudicación.

(26) Con respecto al concepto de positivismo jurídico, cfr. Aarnio, "The Form and Content of Law: Aspects of Legal Positivism", en *Archivum Juridicum Cracoviense* XII (1980), págs. 17 ss. Ver también Hart, H. L. A., "Positivism and the Separation of Law and Morals" en *Philosophy of Law*, págs. 49 ss.

la proposición según la cual las ciencias sociales dependen de valores puede, por ejemplo, significar lo siguiente:

- (1) los juicios de valor y los puntos de vista evaluativos pueden ser objeto de las ciencias sociales y
- (2) los juicios de valor y los puntos de vista evaluativos son una parte necesaria del objeto de las ciencias sociales(27).

Una consecuencia de esta última concepción es que los conceptos de valor son una parte esencial del arsenal metodológico de las ciencias sociales, ya que el objeto incluye fenómenos que no pueden ser definidos, descritos o explicados sin recurrir a conceptos de valor. Pero, como subraya Hintikka, lo que se acaba de decir no significa que los científicos sociales usen conceptos de valor para presentar sus propias evaluaciones. Desde esta perspectiva, las ciencias sociales investigan valores pero no son un estudio que presente puntos de vista evaluativos.

Por otra parte, la aplicación del derecho y de la dogmática jurídica (en el sentido aquí usado) utiliza conceptos de valor como *base* de interpretación o se refiere indirectamente a evaluaciones en la justificación. Con otras palabras: la dogmática jurídica es esencialmente evaluativa en un sentido más radical que el ya expresado.

Con la ayuda de estos cuatro elementos, podemos dar una formulación más precisa de los contenidos del punto de vista epistemológicamente interno cuando se lo compara con el punto de vista externo representado por las ciencias sociales. La dogmática jurídica está ligada siempre – al menos en un cierto grado – a suposiciones básicas jurídico-positivistas, toma como punto de partida una cierta lista de fuentes del derecho, depende de ciertas reglas y principios metodológicos y, en ciertas situaciones, toma decisiones basadas en valores.

Los cuatro elementos descritos más arriba, organizan, además, la temática de este estudio. El objetivo es demostrar, sobre la base de estos puntos fijos, la estructura justificatoria de los puntos de vista interpretativos de la dogmática jurídica. Visto desde otro punto de vista, lo que aquí importa es una formulación explícita de lo que está oculto en el punto de vista epistemológicamente interno.

4. EL ÁNGULO DE ENFOQUE Y LOS PROBLEMAS BÁSICOS

Como se ha señalado, la dogmática jurídica y la toma de decisión jurídica son *formas de la praxis social*. La materia de ambas son las normas jurídi-

(27) Hintikka, Jaakko, "Arvokäsitteistä sosiaalitieteiden metodiopissa" en *Ajatus* XX (1957), págs. 27 ss., especialmente pág. 39. Con respecto a los valores en la ciencia jurídica, cfr. Makkonen, op. cit., pág. 220.

cas que organizan la realidad social. Estas normas jurídicas pueden ser –según la clasificación que se utilice– de muchos tipos. Una tercera práctica que merece ser mencionada en este contexto es la legislación, es decir, la práctica que crea las normas jurídicas (el esquema para la aplicación). En un sentido amplio, podemos hablar de política jurídica, es decir, de la planificación social que se ocupa de normas jurídicas.

Cada una de estas tres praxis puede ser examinada a nivel teórico. De esta manera, podemos obtener la teoría de la investigación, la teoría de la aplicación del derecho y la teoría de la legislación (política jurídica). La teoría de la investigación puede ser, por ejemplo, o bien la teoría de la dogmática jurídica, la teoría de las ciencias sociales (la sociología del derecho) o la teoría de la historia (jurídica) o el derecho comparado. La aplicación del derecho, a su vez, puede ser examinada como la teoría de la actividad del juez o de la autoridad administrativa. Todos estos enfoques teóricos son vías para ocuparse de la teoría jurídica(28), la cual, a su vez, es parte de la filosofía del derecho y, a nivel supremo, de la filosofía general. Nada semejante puede decirse, por ejemplo, de la teoría de la aplicación del derecho, ya que en su forma general no tiene ninguna conexión con la filosofía. No existe una “filosofía del pensamiento jurídico” independiente. La creencia en una tal filosofía especial puede basarse sólo en un híbrido desarrollado por los propios juristas.

El foco de este estudio se centra en la teoría de la dogmática jurídica, tal como se muestra en el Diagrama 4. Como se observara más arriba, la investigación en la dogmática jurídica tiene algunas conexiones con la aplicación del derecho, especialmente con la actividad del juez. En esta medida, cae también dentro del alcance del presente estudio.

Con respecto a la finalidad de la teoría de la dogmática jurídica, pueden distinguirse, por lo menos, tres tipos. La teoría jurídica puede intentar describir heurísticamente la actividad interpretativa, puede formular conjuntos de conceptos a fin de explicar la actividad interpretativa o puede examinar la justificación de la interpretación. En otro contexto, he tratado con mayor detalle la descripción, la explicación y la justificación; por ello, es razonable limitar aquí la descripción a unas breves observaciones(29).

(28) El término “teoría jurídica” puede referirse también a la teoría jurídica, por ejemplo, de la propiedad o –como es más común– a un *enfoque teórico*, tal como el de la Jurisprudencia de los conceptos (*Begriffsjurisprudenz*). Con respecto al uso en este último sentido, cfr. Wimmer, Franz, “By What Criteria Can Progress in Legal Theory Be Determined?”, en *Rechtstheorie*, Beiheft 3 (1981), págs. 35 ss.

(29) Aarnio, *On Legal Reasoning*, págs. 47 ss. Ver también Klami, “Legal Heuristics: A Theoretical Skeleton”, en *Oikeustiede* 1982, págs. 7 ss.

Con respecto a la justificación en general, cfr. McCormick, op. cit. págs. 13 ss. Un excelente análisis del propio concepto de justificación puede encontrarse en Wróblewski, Jerzy, “Verification and Justification in the Legal Sciences” en *Rechtstheorie*, Beiheft 1 (1979), págs. 195 ss.

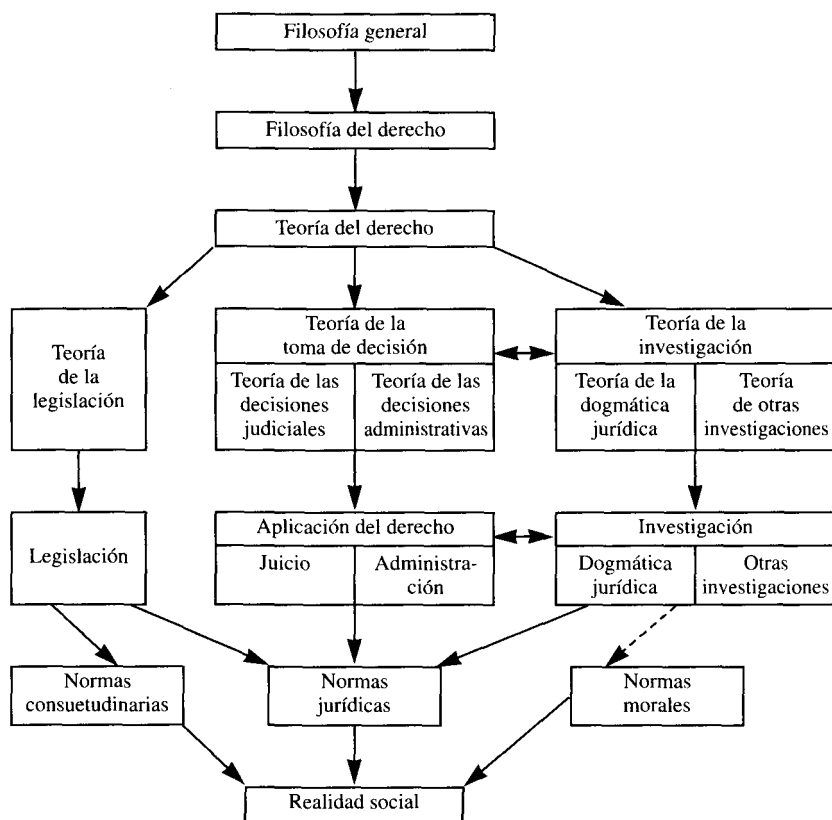


Diagrama 4. La jerarquía de los objetos de investigación

Si intentamos *describir* (heurísticamente) la interpretación de la dogmática jurídica, el objeto es, a menudo, la toma de decisión misma. La cuestión es: “¿cómo se ha encontrado el resultado de la interpretación?, ¿cómo se lleva todo esto a cabo?”. Desde este punto de vista, se subraya la diferencia entre la toma de decisión y su justificación. Desde el punto de vista de la descripción, el razonamiento puede o bien ser un verdadero medio de la interpretación – un medio auxiliar para la obtención de la decisión – o una fachada de justificación construida *a posteriori*(30).

(30) Con respecto al concepto de una fachada de justificación, cfr. Benditt, op. cit., págs. 4 ss. y Ross, Alf, *Law and Justice*, págs. 67 ss. Ross habla de una *fachada de legitimación*, que difiere más o menos de la formulación de una decisión verdadera. Ver también Aarnio, Aulis y Aleksander Peczenik, *Más allá del realismo*, págs. 131 ss.

Es difícil dar una descripción heurística de la interpretación. A menudo, es una cuestión de factores que no pueden ser observados, factores que pertenecen al proceso psicológico de pensamiento de la persona que aplica el derecho. Por ejemplo, la proposición que afirma que una decisión está (siempre) basada en la intuición y que sólo después la decisión es racionalizada con la justificación es, como descripción, una proposición referida a la psicología del individuo con respecto a la cual hay que proporcionar suficiente fundamento empírico antes de que pueda ser aceptada(31). Debido a la falta de una fundamentación empírica, la naturaleza heurística del razonamiento jurídico, en el sentido aquí intencionado, es a menudo especulativa. Es una teoría en donde la confiabilidad depende – si es que depende de algo – más de la coherencia interna de la teoría que de la evidencia encontrada fuera de ella.

Una explicación intenta hacer comprensible un estado de cosas, un evento o un proceso. La explicación puede o bien ser causal o bien intencional. La primera se basa en el establecimiento de una relación entre causa y efecto, mientras que la base de la explicación en el segundo caso son los motivos y las creencias del actor con respecto a la realidad. En ambos casos, la explicación sigue siendo la respuesta a la cuestión de saber por qué algo sucedió o por qué alguien actuó como lo hizo. Un ejemplo podría ser la explicación de la conducta de un juez(32). En ella se describe no sólo la actividad (por ejemplo, los movimientos musculares) sino que se proporciona un esquema para la comprensión de la acción. En lo que sigue, este aspecto explicativo será dejado de lado.

En la dogmática jurídica, la teoría de la *justificación* puede ser descriptiva, analítica o normativa. La teoría descriptiva de la justificación intenta describir la actividad de justificación real. Muestra qué justificación o tipo de justificación fue utilizado y describe las reglas de inferencia aplicadas. En este sentido, la teoría descriptiva de la justificación es siempre empírica. Como la teoría es empírica, su validez depende de los datos empíricos presentados en apoyo de las proposiciones. Los datos pueden ser, por ejemplo, decisiones de los tribunales cuidadosamente analizadas. Si el examen no está basado en este tipo de datos, toda la teoría se mantiene en el nivel de la especulación.

Una descripción de la justificación es realmente valiosa, por ejemplo, para obtener datos comparativos de hasta qué punto la praxis realiza con éxito

(31) El enfoque con base en la intuición ha sido sostenido, por ejemplo, por Jerome Frank. Cfr. *Law and the Modern Mind*, pág. 125. Frank utiliza el término “sospecha” en este contexto. Cfr. Hutcheson, Joseph C. Jr., *The Judgement Intuitive*, pág. 279.

El punto de vista “heurístico” de Hannu Tapani Klami es problemático precisamente en el sentido de que no es claro qué es lo que la teoría somete a prueba. Cfr. *Legal Heuristics*, págs. 36 ss. que enfatiza los rasgos racionales de la heurística. Sin embargo, aquí la teoría pierde su contenido heurístico en la medida en que se aproxima a la reconstrucción racional.

(32) Cfr. al respecto Aarnio, *On Legal Reasoning*, págs. 134 ss. y Wikström, op. cit. págs. 124 ss.

ciertos ideales de justificación. Así, el examen puede ser importante para la corrección de la praxis. En este sentido, hasta ahora no se han llevado a cabo en Escandinavia estudios adecuados en esta dirección.

La teoría analítica de la justificación está primariamente interesada en los conceptos utilizados en la justificación. Una pregunta típica sería: “¿qué significa analogía o qué significa un precedente?”.

El examen que sigue puede ser considerado primariamente como una parte de lo que ha sido llamado teoría normativa de la justificación(33). Sin embargo, de lo que se trata no es de la normatividad en el sentido fuerte de la palabra. La intención no es proporcionar normas o recomendaciones acerca de cómo debe o cómo no debe ser utilizada la justificación en la interpretación. Por lo tanto, este estudio no intentará definir el concepto de interpretación correcta. Sería mejor hablar de un enfoque *débilmente normativo*. Este concepto exige una mayor aclaración.

El punto de partida de este estudio es la exigencia de certeza a la que se ha hecho ya referencia. La ideología jurídica nórdica dominante está construida sobre la expectativa de que los problemas jurídicos no son decididos arbitraria o casualmente, sino a través de la consideración racional que conduce a una conclusión aceptable. De esta manera, la racionalidad y la aceptabilidad son las piedras angulares de la ideología actual de la certeza jurídica. Son, como ya se indicara, partes esenciales de la actual cultura jurídica en sociedades como, por ejemplo, las nórdicas.

Sobre esta base, las funciones de un estudio teórico incluyen la dilucidación de *qué se requiere de la justificación en la dogmática jurídica para que pueda satisfacer las condiciones de racionalidad y aceptabilidad*. Esta no puede ser sólo una cuestión de una proposición empírica acerca de cómo se realiza la justificación en la práctica. En vez de ello, deberíamos hablar de una “norma técnica”: si intentas satisfacer la expectativa de certeza jurídica, entonces deberías actuar de una determinada manera. La exigencia más importante que se plantea a tal norma técnica es la adecuación(34). La norma tiene que ser relevante desde el punto de vista de la práctica de la dogmática jurídica ya que, si así no fuera, habría una laguna entre la teoría y la práctica. Desde el punto de vista de la práctica, una teoría inadecuada es una “teoría por mor de la teoría”.

(33) Cfr. Alexy, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation*, págs. 225 ss. Cfr. la observación de Klami sobre la normatividad del enfoque mencionado en el texto. Comentario de Aarnio, *Denkweisen der Rechtswissenschaft* en *LM* 1980, págs. 180 ss. Ver también Klami, *Finalistinen oikeusteoria*, págs. 17 ss. y 52 ss.

(34) En este contexto es interesante lo que G.H. von Wright escribe acerca de la concepción wittgensteniana sobre la adecuación de ciertas formas de entender la historia: “No se puede hablar de verdadero y falso como atributos de una forma de ver las cosas, de una *Betrachtungsweise*. Pero adquiere su importancia, por supuesto de los fenómenos que ilumina y su justificación de la medida en que contribuye a nuestra comprensión de la historia”, von Wright, “Wittgenstein in Relation to his Times”, págs. 117 ss.

Por otra parte, este estudio no es sólo normativo ni siquiera en sentido débil. Está combinado con elementos analíticos, es decir, específicamente con cuestiones que fueron mencionadas más arriba como ejemplos. En resumen, por lo tanto, este estudio puede ser clasificado como analítico-normativo en la medida en que se tenga en cuenta la relativamente débil importancia del concepto de normatividad(35).

Aun cuando esté limitada de esta manera, la teoría de la justificación incluye problemáticas que son típicas de la teoría del derecho. Una categoría básica está constituida por los problemas ontológicos. Tenemos que tomar posición con respecto a qué es lo que uno supone que existe, para que pueda ser posible una interpretación en la dogmática jurídica. Según la ontología adoptada – o, al menos parcialmente, en conexión con ella –, llegamos a una posición en la cuestión acerca de la naturaleza y la posibilidad del conocimiento en la dogmática jurídica. Es habitual llamar a esta cuestión la cuestión epistemológica. Además, es importante saber cómo puede obtenerse información en la dogmática jurídica. Los métodos para obtener información “naturalmente” pasan a primer plano. Por lo tanto, las cuestiones ontológicas, epistemológicas y metodológicas presentan necesariamente conexiones internas recíprocas. Estas conexiones tienen que ser tomadas en serio, también por lo que respecta a la dogmática jurídica(36).

Como ya se ha señalado, la filosofía del derecho se ocupa también de la cuestión de la verdad. No hay nada sorprendente en este interés si se recuerda cuán importante es el papel que juega en nuestra sociedad la exigencia de certeza jurídica. Exigimos que nuestros conflictos jurídicos sean resueltos correctamente o, visto de una manera ligeramente distinta, que las interpretaciones sean conforme a derecho. Pero, si se considera el asunto de esta manera, es muy natural formular el problema con la pregunta: “¿exigimos que la interpretación sea verdadera?” Si no se plantea una exigencia tan fuerte a la interpretación, nos queda entonces la cuestión de saber qué significa en realidad una interpretación “correcta”.

La ontología del derecho, la naturaleza del conocimiento de la dogmática jurídica, la metodología de la dogmática jurídica y el concepto y los criterios de verdad explicitan así las áreas de interés de la teoría de la justificación. Al mismo tiempo, muestran aproximadamente la estructura interna de este estudio. El objetivo es encontrar una respuesta a las siguientes preguntas básicas:

(35) La importancia de la justificación reside en el hecho de que sin trasfondo justificatorio es imposible resolver si el resultado es “correcto” o no. El resultado mismo puede ser bueno o malo, pero la *calidad* del resultado puede ser sólo evaluada por medio de la justificación.

(36) Es importante observar que la ontología, la epistemología y la metodología presentan conexiones internas recíprocas. Así, por ejemplo, la ontología está conectada con la epistemología. Cfr. Niiniluoto, Ilkka, *Johdatus tieteen filosofiaan*, pág. 139.

(1) ¿Puede atribuirse la propiedad *verdadero/falso* a una interpretación en la dogmática jurídica?

Si esto es posible, ¿cuáles son los criterios de verdad/falsedad?

(2) Si es problemático o (hasta) imposible usar los conceptos de verdad/falsedad, ¿existe algún concepto *análogo* de verdad/falsedad en la dogmática jurídica?

(3) ¿Es posible *conocer* algo acerca del contenido del orden jurídico en casos de discrecionalidad?

(4) Si es problemático o (hasta) *imposible hablar de conocimiento* en conexión con la dogmática jurídica, ¿es posible usar un concepto *análogo*?

(5) ¿Se puede argumentar que la base para la interpretación en la dogmática jurídica es (internamente) correcta?

(1') ¿Qué *métodos* tiene la dogmática jurídica para establecer la verdad/falsedad?

(2') ¿A través de cuáles *métodos* es posible establecer tal “verdad”?

(3') ¿Qué *método* ha de ser utilizado para obtener conocimiento?

(4') ¿Existe algún *método* de deducción para formular tal “conocimiento”?

(5') Si es correcta, ¿cuáles son los *criterios* de una justificación internamente correcta?

Más adelante veremos que en conexión con las preguntas (1) y (2), se elige la última alternativa. En lugar de verdad, tenemos que hablar de la aceptabilidad racional de las interpretaciones. Difícilmente se puede dar una respuesta afirmativa a la pregunta (3) si sostenemos que podemos hablar de conocimiento sólo en conexión con una creencia verdadera. Con otras palabras, tenemos que reemplazar la pregunta (3) por la pregunta (4). Esto implica una concesión, la admisión de que en la dogmática jurídica, por lo que respecta al contenido de las normas jurídicas, podemos tan sólo presentar posiciones (creencias) más o menos justificadas. Quizás podemos hablar de diferentes niveles de certeza de una creencia. La última pregunta está vinculada, de alguna manera, con todas las anteriores. Su importancia reside en que resume la temática. En realidad, podría ser formulada de la siguiente manera: “¿es una cierta decisión la (única) correcta desde el punto de vista de su contenido?”. Como es bien sabido, la doctrina de la única respuesta correcta ha jugado un papel central en el pensamiento jurídico de diferentes épocas. El presente estudio es, en gran medida, una crítica a tal doctrina⁽³⁷⁾.

(37) El problema de este estudio es cómo construir una teoría justificatoria de la dogmática jurídica que sea adecuada desde el punto de vista *social*.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA ONTOLOGÍA DEL DERECHO

1. OBSERVACIONES GENERALES

El sector de la filosofía denominado ontología examina los elementos básicos y la estructura del mundo. En la ontología existe una disputa fundamental entre el Nominalismo y el Realismo (conceptual). Teniendo en cuenta la navaja de Occam (la prohibición de suponer la existencia de entidades innecesarias), el nominalista acepta en su ontología sólo entidades individuales. D.M. Armstrong describe el punto de vista nominalista de la siguiente manera: “La aseveración fundamental del Nominalismo es que todas las cosas que existen son sólo particulares”(1). Sólo estos particulares existen realmente. Los realistas conceptuales concederían también una existencia independiente (aunque no necesariamente sólo) a conceptos de un nivel superior, por ejemplo, a la redondez de una cosa. Ellos existen independientemente del sujeto consciente. El Conceptualismo ha constituido una posición medidora entre las dos: los conceptos generales existen en la mente del sujeto consciente. El punto de partida del convencionalista es que los compromisos ontológicos dependen del lenguaje que se utilice. Esto, a su vez, puede ser acordado; es decir, que la ontología es un asunto de convención(2).

Una interesante piedra de toque para las diferentes posiciones en la ontología es el concepto de *norma*. Si adoptamos una posición estrictamente nominalista, entonces una norma, en tanto entidad ideal, no existe. Existen sólo individuos que se comportan de una cierta manera. De acuerdo con otra

(1) Armstrong, D.M., *Nominalism & Realism: Universals & Scientific Realism*, Volumen I, pág. 12. Cfr. también Niiniluoto, op. cit., págs. 123 ss.

(2) Cfr. por ejemplo, Tolonen, Juha, *Der Allgemeine Erklärungshintergrund der wirtschaftlichen Ordnung und seine Anwendung auf das Aktiengesellschaftsrecht*, págs. 17 ss.

forma de pensar, las normas poseen una existencia ideal, de la misma manera que los conceptos generales existen en la ontología de los realistas conceptuales.

Por lo pronto, es conveniente tener en cuenta las siguientes observaciones fundamentales. Una de las ideas básicas de Ludwig Wittgenstein, si lo entiendo correctamente, parece haber sido la afirmación de que no tiene sentido hablar de la existencia en *sí misma*. Una forma tal de hablar no forma parte de ningún juego del lenguaje que funcione. Como observa Henry Le Roy Finch, Wittgenstein no quería argumentar que lo que no podemos decir tampoco puede existir. Quería expresar algo que es más interesante aún: “la existencia no puede ser expresada con palabras, y por consiguiente, ‘lo que meramente existe no puede ser expresado con palabras’. El mundo con el que nos vemos confrontados, en la medida en que meramente existe, es inefable”(3). Hablar de existencia tiene sentido sólo dentro del esquema de un juego del lenguaje y los juegos del lenguaje, tal como lo indicaremos más adelante, están conectados con formas de vida. Con otras palabras; el significado que atribuimos a una expresión se obtiene, por así decirlo, *a través* de la forma de vida. Por esta razón, no es necesario atarse a algo que es una mera “pura existencia”. Una forma tal de usar el lenguaje simplemente no puede ser encontrada en ninguna situación práctica del lenguaje cotidiano.

Así pues, si intentamos construir una ontología de la interpretación en la dogmática jurídica, tenemos que hacerlo dentro del esquema de un lenguaje jurídico real. Sólo tiene sentido dentro de tal esquema. “Cuando hablamos, hablamos necesariamente del mundo común, en el lenguaje común”, observa Henry Le Roy Finch(4). Es simplemente imposible construir un lenguaje que no tenga fundamento en nuestro mundo común. Así, para tomar un ejemplo, el hablar de la existencia de una norma jurídica obtiene su contenido de significado en los juegos de lenguaje que jugamos en los contextos jurídicos. Además, si pensamos de esta manera, nos desembarazamos fácilmente de la dificultad de entender la existencia de una norma y también de toda metafísica gratuita.

Llevemos este asunto a un nivel concreto con un ejemplo. Un conductor A no se detiene ante la luz roja. Diríamos entonces que ha violado la norma N. ¿Qué significa esto? La respuesta sería obviamente que A ha actuado en contra de lo establecido por una ley válida (por ejemplo, en Finlandia). Con otras palabras, la norma N que A viola pertenece al orden jurídico de Finlandia. ¿Qué significa que una norma pertenece a un orden jurídico? Significa, por ejemplo, que los miembros del Parlamento y el Presidente han actuado de determinada manera y, como resultado de esta actividad, ha sido sancionado un texto legal que expresa la norma N o que la comunidad jurídica ha

(3) Finch, Henry Le Roy, *Wittgenstein - the Later Philosophy*, págs. 243-244.

(4) Ibidem, pág. 243.

aceptado la norma como directiva de comportamiento. Podríamos también ir mucho más lejos con nuestro ejemplo. Sin embargo, esto no es esencial. En este estadio, es importante notar tan sólo que entendemos la discusión acerca de la violación de la norma *sin* una pregunta adicional tal como “¿existe la norma *N* como entidad especial?”. Este tipo de pregunta simplemente no calza en este juego del lenguaje. No tiene sentido *esta* pregunta dentro de *este* juego.

Pero, aun así, algunos asuntos tienen que ser esbozados como fundamento de nuestros juegos del lenguaje jurídico. ¿Cuáles serían, pues, los compromisos ontológicos mínimos requeridos, por ejemplo, por la interpretación en la dogmática jurídica?

2. LA ONTOLOGÍA DE LA INTERPRETACIÓN EN LA DOGMÁTICA JURÍDICA

Parecería que el nominalista tiene razón en el sentido de que la categoría básica de existencia está compuesta por entidades individuales⁽⁵⁾. En esta categoría podemos incluir a las entidades naturales inanimadas (objetos físicos) y también a los individuos humanos. En el campo del derecho, son los individuos humanos quienes constituyen una categoría ontológica importante. Forman la categoría de los sujetos jurídicos; los individuos humanos crean, aplican y obedecen el derecho.

A una tal ontología de entidades podríamos agregar las propiedades de las entidades, por ejemplo, la propiedad de la dureza o las propiedades físicas de los individuos humanos. La estructura de nuestro lenguaje y la forma de vida detrás de ella son tales que podemos libremente hablar de asuntos que pertenecen a una u otra categoría. Podemos hablar de una manera natural de, por ejemplo, objetos duros. Ilkka Niiniluoto llama a este tipo de actitud ontológica “Realismo moderado”⁽⁶⁾.

Las entidades pueden encontrarse en una cierta relación recíproca. Así, el individuo *A* puede haber hecho un trabajo para *B* a pedido de *B*; se crea así una relación laboral. *A* posee la propiedad de empleado y *B* la de empleador. La relación entre ellos es, al mismo tiempo, un ejemplo de una relación social. Algunas relaciones sociales son relaciones jurídicas, de la misma forma que algunas propiedades pueden ser propiedades jurídicas. Pero, ¿qué es lo que convierte a una relación social en una relación jurídica? La respuesta es

(5) En la teoría del derecho, este tipo de ontología ha sido sostenido por Osvi Lahtinen. Cfr. su artículo “Kuolinpesä-konstruktioista” en *LM* 1955, págs. 112 ss. y el comentario a este artículo de Aarnio, “On Finnish Legal Theory in the 20th Century” en *Legal Point of View*, págs. 25 ss.

(6) Niiniluoto, op. cit., pág. 129.

simple. Son las normas jurídicas las que infunden esta calidad a una relación social. Naturalmente, esto plantea la cuestión de saber si las normas jurídicas deberían también ser aceptadas como parte de la ontología de la dogmática jurídica. Además, ¿qué significa aquí la existencia de una norma? La cuestión es importante porque las normas no parecen tener existencia alguna en el sentido nominalista del concepto. Sin embargo, si una norma es aceptada como una categoría en la ontología entonces, naturalmente, posee "existencia" en algún sentido relevante del concepto. Antes de esbozar mi propia propuesta de respuesta, describiré brevemente cómo se aproxima Hannu Tapani Klami a este problema.

Según Klami, una norma jurídica puede ser entendida sólo como una conexión ontológica entre una regla y el comportamiento. "Por lo tanto, mi opinión acerca de la esencia del derecho es dualista. No podemos concebir un derecho que no se refiera al comportamiento; el comportamiento humano tiene que ser examinado relevantemente a la luz de las normas jurídicas; el comportamiento mismo es manifiestamente algo diferente de las normas jurídicas", afirma Klami(7). Así, las normas se refieren al comportamiento y éste obtiene su contenido de las normas. La concepción de Klami es problemática. Sin embargo, sostener que tiene que existir una relación necesaria entre normas y comportamientos parece ser una interpretación adecuada. El concepto de contenido de significado actúa como una especie de elemento mediador. La norma, en tanto regla, recibe su expresión en un enunciado normativo (una formulación de norma). Vice versa: una norma es el contenido de significado de una formulación de norma. Por otra parte, el comportamiento tiene siempre que ser interpretado. El comportamiento social no es sólo un hecho empírico en "bruto", sino que está guiado por normas y, por consiguiente, el comportamiento obtiene su sentido por medio de las normas. El significado atribuido al comportamiento es el mismo que la norma que "explica" el comportamiento. En este sentido, pues, el contenido de significado conecta la norma con el comportamiento.

Por lo tanto, en la ontología de Klami, una norma jurídica es expresada por dos vías, en el lenguaje y en el comportamiento. Esto significó que Klami tuvo que expandir la colección de entidades ontológicas para incluir también significados. Por otra parte, no manifiesta expresamente qué contiene el concepto de comportamiento y cuál es el status ontológico preciso del comportamiento. ¿Pertenece, por ejemplo, a la "categoría entidad-propiedad"? Tal no puede ser el caso porque el comportamiento, en tanto entidad física, son meros movimientos musculares. Sin embargo éstos no son lo mismo que comportamiento. Desde el punto de vista ontológico, el comportamiento es "más" que una entidad física. Es una cuestión conceptual que está vinculada

(7) Klami, *Finalistinen oikeusteoria*, págs. 3 ss. Ver también Klami, "Dualism of Law" en *Objektivierung des Rechtsdenkens*, págs. 475 ss.

con varios tipos de “preconocimientos” que –a su vez– están basados, por ejemplo, en las reglas válidas en esa área. Por lo tanto, el comportamiento no puede tener un status ontológico básico.

Dejemos de lado estos problemas, a pesar de que no deben ser descuidados desde el punto de vista ontológico. Nos podemos limitar, en cambio, a examinar el status de los significados como categoría ontológica. Como he señalado, Klami no se ocupa de esta cuestión. Mi propio enfoque es, en general, el siguiente.

Karl Popper ha distinguido entre tres categorías ontológicas, los mundos 1-3. El primero incluye objetos físicos; el segundo, hechos conscientes e ideas, y el tercero, diferentes productos de la mente humana. Con otras palabras, el Mundo 3 está constituido, por ejemplo, por proposiciones, números, teorías, instituciones, etc. Según Popper, el Mundo 3 es relativamente independiente. No puede existir sin las otras categorías ontológicas(8).

A través de la propia actividad, uno crea las entidades del Mundo 3. Ellas son “productos de la mente humana”. Por otra parte, son independientes de los individuos, así como el lenguaje, por ejemplo, es independiente de quienes lo hablan como lengua materna. Estos productos han sido simplemente “separados” de sus productores. Para usar la frase de Ilkka Niiniluoto, se han convertido en propiedad común de la humanidad. Es también esencial que, en tanto abstracciones, puedan –a menos en principio– ser reproducidas. En este sentido, no existen meramente como materias mentales en las mentes humanas(9).

En varios aspectos, las bien conocidas ideas de Popper son atractivas y parecen resolver muchos de los problemas ontológicos candentes. Sobre todo el Mundo 3 tiene gran interés con respecto al razonamiento jurídico. Pero trae aparejados problemas, al menos en dos direcciones.

En primer lugar, ¿qué significa conceptualmente la existencia de las entidades del Mundo 3? Si consideramos, por ejemplo, los números reales, en la solución de Popper ellos no son la misma cosa que las ideas en la mente humana ni pueden ser asimilados a signos matemáticos. Un número no es la misma cosa que un conjunto de figuras en una hoja de papel. Pero,

(8) Popper, Karl R., *Objective Knowledge: An Evolutionary Approach*, págs. 74 y 154 ss.

(9) Niiniluoto, op. cit., pág. 129. Cfr. también Popper, op. cit., págs. 156-160, en la que se trata la objetividad del Mundo 3 y su naturaleza como producto hecho por el hombre. Con respecto a la contingencia y existencia necesaria de las normas, ver von Wright, *Norm and Action*, págs. 107 ss. En este contexto habría que señalar que si la ontología acepta –además de las entidades y propiedades– los llamados *hechos institucionales*, encontrarían solución muchos de los problemas tradicionales vinculados con la existencia. Sin embargo, no es autoevidente dónde (en el sentido ontológico) obtienen los hechos su naturaleza institucional. Por ejemplo, Searle los conecta con las llamadas reglas constitutivas; volvemos así al problema de la existencia de las reglas. Con respecto a las reglas constitutivas y al concepto de hecho institucional, ver Searle, J.R., *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language* y también del mismo autor, “What is a Speech Act?”, págs. 39 ss.

si sugerimos que, hablando ontológicamente, los números son construcciones humanas y que, en tanto abstracciones, tienen una relativa independencia, no hemos dicho nada acerca de qué significa existencia cuando es comparada con la existencia de las entidades contenidas en los mundos 1 y 2. Así, pues, la semántica de la palabra “existencia” es totalmente distinta según el mundo de que se trate. Naturalmente, en el lenguaje filosófico, podemos aceptar una convención según la cual los elementos del Mundo 3 también “existen”. Pero ésta es sólo una convención y, por lo tanto, sólo una solución definicional de los problemas ontológicos básicos. Por consiguiente, la solución de Popper parece ser no sólo simple sino ligeramente demasiado simple como para poder ofrecer una respuesta satisfactoria a los fines jurídicos.

No obstante estas dudas, las ideas de Popper ofrecen un importante punto de apoyo para análisis ulteriores. De acuerdo con un bien conocido punto de vista de la lógica deóntica, una proposición normativa es verdadera si y sólo si existe la norma correspondiente. Este es también, por cierto, el núcleo de la teoría de las normas de Kaarle Makkonen(10). A fin de entender este tipo de concepción y –al mismo tiempo– interpretar el punto de vista de Popper, tomemos como punto de partida el Mundo 3.

Como será demostrado más adelante, una norma puede ser entendida como un *contenido de pensamiento* (*es decir, significado*) *expresado a través del lenguaje*. Este contenido de pensamiento no es idéntico a los pensamientos en la mente humana. No podemos decir que un cierto estado mental es una norma. Es un asunto diferente el hecho de que mecanismos mentales humanos – contenidos de pensamientos – que se presentan como normas, dirijan la acción humana. En este respecto, las normas juegan un papel análogo a los motivos o a las creencias causales. Una norma tampoco es la misma cosa que el texto de una ley o un precedente o la decisión de un ministro, etcétera. Un texto es una categoría a nivel lingüístico, que tiene existencia física sólo en el sentido de una serie de figuras. Pero esta línea de figuras no es una norma, de la misma manera que una línea matemática de figuras tampoco es un número.

El contenido de significado de las expresiones lingüísticas, al que se ha hecho referencia más arriba, nos ofrece un fundamento para un mayor desa-

(10) Ver Makkonen, op. cit. págs. 119 ss. A menudo, Kelsen equipara específicamente existencia con validez. Escribe: “Con la palabra ‘validez’, designamos la existencia específica de una norma”, *Reine Rechtslehre*, 2ª edición, pág. 9. Como se observará en las secciones siguientes (secciones 3.2. y 3.4.), el enunciado (1) no es transformado en el enunciado (2) en el sentido intencionado por Kelsen.

Con respecto a la existencia de una norma, ver también von Wright, *Norm and Action*, págs. 107 ss. y Sintonen, Matti, “Problems of Interpretation and Truth in Legal Dogmatics” en *Rechtstheorie*, Beiheft 2, pág. 83. Desde un punto de vista jurídico, ver también Peczenik, Aleksander, “Legal Data: An Essay About the Ontology of Law”, págs. 99 ss.

rollo de esta temática. Si los significados y el lenguaje en general son entidades del Mundo 3, la cuestión es saber *en qué sentido* los significados existen. Tratemos de acercarnos a la cuestión sobre la base de la filosofía del lenguaje de Wittgenstein. Entonces se vuelve comprensible qué significa decir “x existe en el Mundo 3”.

Una expresión no tiene significado en sí misma. Si súbitamente digo “gato”, las personas que me acompañan me mirarán, por lo menos, con extrañeza. La situación sería diferente si, conduciendo un automóvil, dijera a mi acompañante: “gato”. En este contexto, la expresión podría tener el significado de “casi atropellé un animal”. Siguiendo a Wittgenstein, el asunto podría ser formulado de la siguiente manera: una palabra adquiere contenido sólo en conexión con un juego del lenguaje. Un juego del lenguaje, a su vez, es una dimensión de la llamada forma de vida. Por esta razón, el juego del lenguaje obtiene su contenido de la forma de vida. Además, la forma de vida es una suma de actos. Así encontramos una construcción en donde el lenguaje en sí mismo es actividad y esta actividad obtiene su contenido sobre la base de una actividad que es aún más primitiva. Cuando actos primitivos que pertenecen a una forma de vida tienen suficientes puntos en común, se ha desarrollado un fundamento común para la comprensión. Quienes comparten una forma de vida pueden comunicarse entre sí.

Teniendo en cuenta estas opiniones, podemos argumentar que es erróneo hablar de la existencia independiente del lenguaje y los significados. Esto provoca fácilmente la impresión de que las palabras tienen un significado que, por así decirlo, “sigue” a las palabras, sin que importe cómo son realmente usadas. Por el contrario, en el sentido wittgensteniano, el significado es el uso de la palabra en el lenguaje.

Volvamos a la existencia de la norma y tomemos un ejemplo simple derivado de otro mucho más famoso utilizado por Wittgenstein. *A* y *B* están jugando algún tipo de juego de construcción. Cuando *A* señala un determinado tipo de elemento, *B* se lo trae. Aquí hay una cuestión de un uso muy simple del lenguaje. Está compuesto de órdenes y respuestas a las órdenes. El lenguaje no contiene palabras en el sentido en que conocemos las palabras pero, aun así podemos decir que *A* da órdenes a *B*. Sin embargo, difícilmente diríamos que las órdenes de *A* existen en algún sentido ideal. La orden es el hecho de que hay un cierto tipo de relación de comprensión con respecto a la acción entre *A* y *B*. Estas personas conocen su juego de órdenes cuando se entienden recíprocamente. La orden “existe” en el uso real de ese lenguaje simple. Otro asunto totalmente distinto es el de cómo *A* puede tener la posición de poder que tiene en este juego. Esto puede ser formulado de una manera ligeramente diferente: ¿bajo qué condiciones *B* está sujeto a las órdenes de *A*? Pero ésta no es una cuestión de la existencia de las normas sino de su validez.

La situación no es básicamente distinta si hacemos que el juego sea más complejo. Supongamos que *A* le dice a *B*: “De acuerdo con el derecho finlandés, un automóvil no puede cruzar una intersección si hay luz roja”. *B* entiende lo que dice *A* y es capaz de actuar en consonancia. *A* expresa una idea con la que intenta que otra persona (*B*) se oriente a sí misma de una determinada manera. El hecho de que *B* realmente actúe como la norma se lo requiere es simplemente parte de la naturaleza de este juego. Al decir esto, el propósito no es formular una proposición empírica acerca del mecanismo psicológico que rige la forma cómo actúa *B*. Es sólo una cuestión de la descripción de la estructura del juego del lenguaje. En este juego, la existencia de una norma *significa* lo mismo que la existencia del lenguaje en general.

Es claro que lo que se acaba de decir acerca de las normas es verdad también con respecto a materias similares, por ejemplo, los conceptos jurídicos generales implicados en las normas o las instituciones jurídicas constituidas por las normas jurídicas. Su existencia no es del mismo tipo que la del lenguaje. Sin embargo, aun si aceptásemos el Mundo 3 de Popper y aun si interpretásemos la existencia de las entidades de este mundo en la forma mencionada más arriba, no es obvio en qué sentido una norma existe *jurídicamente*. Parecería natural responder que una norma “existe jurídicamente” cuando pertenece al orden jurídico. Pero, al decir esto, no se ha agregado nada nuevo a la ontología. La proposición de que una norma *N* es parte del orden jurídico *O* puede ser escrita simplemente de la siguiente manera: “la norma *N* es *válida* en el orden jurídico *O*”. Por lo tanto, la existencia de una norma se convierte en una cuestión de validez. Esto conduce al problema de cómo deberíamos reaccionar ante la cuestión de la validez. ¿Qué significa decir que la norma *N* es válida (por ejemplo) en el orden jurídico finlandés? ¿Qué tipo de compromisos ontológicos tienen que ser aceptados como necesarios para responder esta pregunta?

Lo mismo vale por lo que respecta (por ejemplo) a la “existencia” del derecho romano. El problema reside en nuestro uso lingüístico, que incluye expresiones tales como “el derecho romano existe como hecho histórico”. Desde el punto de vista de nuestra época, el derecho romano ha dejado de ser válido, a pesar de que algunas normas de origen romano están incluidas en sistemas jurídicos modernos, entre ellos el finlandés. El derecho romano fue válido sólo durante un cierto período de tiempo y en cierto ámbito geográfico. Si se ven las cosas desde un punto de vista jurídico, esta validez es un fenómeno que puede ser controlado de varias maneras. El problema de la existencia jurídica de las normas romanas es así exactamente el mismo que la cuestión acerca de la existencia de una norma jurídica finlandesa en el momento actual. Por lo tanto, el concepto de validez juega un papel clave en la ontología, independientemente del orden jurídico que se considere.

3. LA VALIDEZ DE UNA NORMA JURÍDICA

Al hablar del derecho vigente (derecho válido), el lenguaje ordinario es tautológico en una forma más bien interesante. Así, por ejemplo, el diccionario de Webster define “válido” como “teniendo vigencia (jurídica)”. “Esta regla es válida” es lo mismo que “Esta regla es vigente”. Esta definición no nos lleva muy lejos. Cuando usamos el lenguaje de esta manera, el problema es el propio concepto de validez. Tomando esto en cuenta, parecería que hay buenas razones para distinguir entre tres diferentes significados del concepto de validez. La distinción es importante porque refleja también tres concepciones en la teoría jurídica.

3.1. *Los tres enfoques de Wróblewski*

Jerzy Wróblewski ha denotado estas tres concepciones con los términos *validez sistémica*, *validez fáctica* y *validez axiológica*(11). En lo que sigue, esta misma distinción será denotada con los términos validez sistémica, eficacia y aceptabilidad de las normas jurídicas. “Tener vigencia” puede, pues, tener cada uno de estos tres significados. Con ciertas reservas, que serán tratadas más adelante, los diferentes enfoques pueden también ser combinados.

Presentados esquemáticamente, los diferentes significados del concepto pueden ser mostrados como en el Diagrama 5.

El derecho vigente (derecho válido)		
Validez sistémica (Validez)	Validez fáctica (Eficacia)	Validez axiológica (Aceptabilidad)

Diagrama 5

3.2. *La validez sistémica*

A menudo, la validez sistémica de una norma jurídica es formal. Según Wróblewski, una norma es válida en el sentido sistémico si satisface las siguientes cuatro condiciones: (a) ha sido aceptada y promulgada según el pro-

(11) Wróblewski, Jerzy, “Verification and Justification in the Legal Sciences”, en *Rechtstheorie*, Beiheft 1 (1979), págs. 207 ss. Ver también Wróblewski, “Dilemmas of the Normativistic Concept of Legal System” en *Rechtstheorie*, Beiheft 5 (1984), págs. 320 ss. en donde Wróblewski presenta un análisis más detallado del problema. Cfr. Ross, Alf, “Validity and the Conflict Between Legal Positivism and Natural Law”, págs. 76 ss.

cedimiento debido, (b) no ha sido derogada, (c) no contradice otra norma vigente del mismo sistema y (d) si hay una contradicción, existe una regla aceptada para solucionar el conflicto(12). Sin embargo, hay una serie de problemas vinculados con el concepto de validez sistémica.

Ante todo, hay que mantener claramente separados dos diferentes contenidos de significado del concepto "validez formal". Llamémoslos la validez *interna* y la validez *externa* del orden jurídico. El primero de estos conceptos se refiere a la validez "dentro" del sistema, mientras que la validez externa dice algo acerca de la validez del propio sistema.

En la práctica cotidiana del abogado, normalmente sólo se plantea la cuestión de la validez interna, si la validez sistémica es lo que generalmente interesa en tal contexto. La cuestión puede ser formulada de la siguiente manera:

"¿Pertenece la norma N_i al orden jurídico (finlandés)?" Para responder esta cuestión, uno puede referirse a una unidad de normas jurídicas, N_i pertenece a esta unidad si ha sido dictada correctamente, es decir, sobre la base de una norma superior. La norma suprema es la Constitución. Esta es la validez interna *sensu stricto*. Por ejemplo, para un abogado es suficiente saber si la norma es válida en este sentido estricto del término.

La concepción de Hans Kelsen acerca de la obligatoriedad del derecho refleja, en una forma importante, la validez interna. Según Kelsen, el derecho es la totalidad de las normas dictadas por los órganos jurídicos. Por otra parte, las normas son siempre parte del mundo del "deber ser" ("*Sollen*"). Nada que pertenece al mundo del "ser" ("*Sein*"), es decir, al mundo real, puede constituir la base de la validez de una norma jurídica. Una norma jurídica obtiene siempre su validez de otra norma jurídica(13).

En este sentido, el orden jurídico es siempre una unidad delegada. Una cierta norma es (formalmente) válida si ha sido dictada sobre la base de la autoridad creada por una norma superior. Es esto lo que se quiere decir cuando se hace referencia a la llamada jerarquía de las normas, jerarquía que termina en la Constitución.

Sin embargo, queda el problema de saber por qué se debe obedecer la Constitución. ¿Cómo es posible "cerrar" la unidad delegada de normas jurídicamente válidas? En la teoría de Kelsen, la última base de la validez interna es la norma fundamental (*Grundnorm*), en la cúspide de la pirámide nor-

(12) Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, págs. 209 ss. Seppo Laakso ofrece un análisis excepcionalmente lúcido del asunto en *Oikeuden systeemiyyteys*, págs. 51 ss. Con respecto a la teoría de Kelsen, ver, por ejemplo, Raz, Joseph, *The Concept of a Legal System*, págs. 93 ss. Ver también Laakso, "Puhtaan oikeusopin problematiikkaa" en *Oikeustiede* 1980, págs. 150 ss.

(13) Ver, por ejemplo, Kelsen, *Reine Rechtslehre*, págs. 206-208. Según Kelsen, la norma fundamental es una necesidad lógica ("*logisch unerlässlich*"). Sin embargo, tal concepción fue desarrollada más bien tardíamente en la teoría de Kelsen. Cfr. al respecto Laakso, "Puhtaan oikeusopin problematiikkaa", págs. 152-153.

mativa(14). En su forma más simple, el texto de la norma fundamental reza: "Hay que obedecer la Constitución". Siguiendo a Aleksander Peczenik, denotemos este tipo de norma fundamental con el signo G_1 (15). Esta norma confiere a la jerarquía normativa la validez interna *sensu largo*.

De acuerdo con la tradición kelseniana, se ha subrayado que la norma fundamental no tiene contenido en el sentido de que las disposiciones de la Constitución puedan basarse sustancialmente en la norma fundamental. Tampoco es una norma dada. La norma fundamental no ha sido seleccionada, por un determinado soberano, entre varias normas alternativas. Sin embargo, Kelsen no ha ofrecido una dilucidación inequívoca de este concepto. Ha llamado a la norma fundamental una norma supuesta y también la precondition trascendental de la validez de la Constitución. La norma fundamental ha sido también definida (por Kelsen) como una hipótesis o simplemente como una ficción(16). En la literatura sobre la teoría kelseniana, Alchourrón y Bulygin ha sugerido que la norma fundamental puede ser entendida como una regla conceptual que define el uso del concepto de derecho válido(17).

Todas estas respuestas son, a su manera, satisfactorias si buscamos una respuesta a la pregunta: "¿qué significa hablar de validez formal interna?". Por ejemplo, la noción de regla conceptual, al igual que el discurso acerca de una norma básica supuesta, es perfectamente comprensible si tratamos la validez sólo desde el punto de vista sistémico (interno). Con otras palabras, está bien fundado "cerrar" el sistema de normas mediante una norma supuesta.

En ciertas situaciones (empíricamente raras), también puede cuestionarse la *validez sistémica externa* del sistema jurídico. El problema se presenta entonces bajo la siguiente forma: "¿por qué es el sistema normativo S jurídicamente válido?".

Tomemos un ejemplo. Más de un sistema de normas (S_1 y S_2) pueden estar basados en una norma fundamental adecuada (S_1/G_1 y S_2/G_2). Este es el caso, por ejemplo, cuando hay que comparar el sistema de normas establecido por la mafia con el sistema jurídico de un Estado. ¿Por qué es sólo este último sistema y no el de la mafia jurídicamente válido? Aquí la cuestión no es la de la validez de una cierta norma individual dentro del sistema sino la de la validez del sistema en tanto tal.

(14) Kelsen, op. cit., págs. 208 ss.

(15) Peczenik, *Grundlagen der juristischen Argumentation*, págs. 42 ss.

(16) Ver aquí especialmente la crítica presentada por Hermann Klenner acerca de la "vacuidad" del sistema kelseniano. Klenner, *Vom Recht der Natur zur Natur des Rechts*, págs. 139 ss. y Klenner, *Rechtsleere*, passim. Ver también Peshka, Vilmos, *Die Theorie der Rechtsnormen*, págs. 224 ss.

(17) Alchourrón, Carlos; Bulygin, Eugenio, *Normative Systems*, págs. 94 ss. Para un análisis más detallado, ver Peczenik, "On the Nature and Function of the Grundnorm", págs. 282 ss. Ver también Raz, op. cit., págs. 95 ss. y Vernengo, Roberto J., "La Función Sistemática de la Norma Fundamental", págs. 3 ss., especialmente págs. 17 ss.

Hans Kelsen trató de solucionar este dilema especial sosteniendo que una norma fundamental confiere fuerza jurídica sólo a aquel sistema de normas que, por lo menos, en general ("*im Grossen und Ganzen*") es eficaz (18). De los muchos sistemas posibles de normas, la norma fundamental otorga vigencia sólo al más eficaz. Así, un asunto que pertenece al mundo del "*Sein*" – la eficacia – se convierte en condición necesaria de la obligatoriedad de un sistema de normas jurídicas. Desde este punto de vista, validez sistémica significa que la norma jurídica es parte de una jerarquía de normas jurídicas eficaz, que culmina en la norma fundamental. Es interesante observar que Kelsen exige la eficacia también con respecto a cada norma *individual* (19). De este forma, los casos de desuetudo son dejados fuera de su concepto de validez. Con otras palabras, la norma *N* es válida si es parte de un sistema eficaz (en general) de normas y si ella misma es eficaz (20).

La Constitución no obtiene su validez formal de ninguna norma superior dada por determinadas autoridades, como era el caso en los ejemplos anteriores. Kelsen también denuncia enfáticamente la posibilidad de que la validez de una norma pueda ser determinada axiológicamente. El derecho obligatorio no necesita de la moralidad para su validez. Por esta razón, el derecho natural no puede ser derecho en el sentido propiamente dicho de la palabra. Pertenece a la categoría de la moralidad.

A fin de dilucidar esta cuestión, aceptemos la siguiente distinción: validez sistémica externa en el sentido *formal* y validez sistémica externa en el sentido *material*. Desde el punto de vista puramente formal, lo esencial es cómo justificar la norma fundamental misma por medio de criterios "exteriores". Cuando se trata este tipo de validez formal, se llega al problema de la legitimidad del sistema normativo mismo como orden *jurídico*. El interés en justificar (legitimar) la norma fundamental es claramente de naturaleza social. La Constitución y la norma fundamental en la que se basa (sistema normativo como jerarquía normativa) tienen también que ser legitimadas desde el punto de vista social y, lo que es importante, legitimadas como orden jurídico. Por ejemplo, una norma fundamental meramente supuesta no basta para este propósito. Nos movemos en círculo: la Constitución tiene que ser obedecida porque se supone que la Constitución tiene que ser obedecida.

(18) Kelsen, op. cit., pág. 219. La sanción de la norma y su eficacia son *condiciones* de la validez de la norma (*Bedingung der Geltung*) pero el fundamento (*Grund*) de una norma es siempre otra norma superior y, en última instancia, la norma fundamental. Con respecto a la eficacia, ver también Raz, op. cit., págs. 203 ss. Ver también Petev, Valentin, "Rechtsquellenlehre und Reine Rechtslehre", en *Rechtstheorie*, Beiheft 5, págs. 274-277.

(19) Kelsen, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und Rechtspositivismus*, págs. 8-9 y 18. Ver también *Reine Rechtslehre*, págs. 1-3.

(20) Wróblewski, "Verification and Justification in the Legal Sciences" en *Rechtstheorie* Beiheft 1, págs. 212 ss. Ver también Weinberger, Ota, "Wirklichkeit und Positivität in der Reinen Rechtslehre" en *Rechtstheorie*, Beiheft 5 (1984), págs. 425 ss., especialmente págs. 436 ss. en donde Weinberger analiza la existencia del derecho desde el punto de vista kelseniano.

Comencemos –siguiendo a Aleksander Peczenik(21)– con dos normas especiales:

G_1 La Constitución tiene que ser (jurídicamente) obedecida.

G'_1 Si ciertas razones de apuntalamiento (A), ciertos hechos sociales (H) y ciertos criterios morales mínimos (M) prevalecen, entonces la norma G_1 tiene que ser obedecida.

Tal como lo señaláramos antes, la norma G_1 es la formulación más elemental de la norma fundamental kelseniana. Por otra parte, la norma G'_1 es un ejemplo de una norma justificante (legitimante) general. Es una norma condicional que hace posible una transformación del “es” (social) en “deber ser” (jurídico). Interpretada de esta manera, la norma justificante G'_1 es una expresión de la validez externa en el sentido formal. En tanto norma justificante “cierra” la cadena de normas y confiere legitimidad a la Constitución.

Escrita en esta forma general, la norma justificante G'_1 no dice nada acerca de los criterios materiales mediante los cuales un cierto sistema normativo particular, por ejemplo el orden jurídico finlandés, puede ser legitimado en tanto orden jurídico. Sólo en el caso en el que las variables A , H y M son reemplazadas por ciertos criterios materiales, la legitimidad de un sistema normativo puede ser evaluada. Sobre la base de este tipo de sustitución, podemos formular la validez externa del sistema normativo en el sentido material.

Las razones de apuntalamiento se refieren a asuntos tales como el conocimiento de las condiciones necesarias del orden social. Por ejemplo, si en general deseamos evitar el caos en nuestras relaciones sociales, tenemos que aceptar algún sistema de normas como generalmente válido(22). Esta razón muy general hace posible hablar de un orden social (y jurídico).

Por otra parte, los hechos sociales supuestos por la norma justificante G'_1 , pueden ser de diversos tipos, por ejemplo:

- (a) La Constitución ha sido dictada por un *soberano*, es decir, por un órgano que detenta el poder político en la sociedad.
- (b) En principio, es posible que existan simultáneamente dos o más centros de poder. Por consiguiente, no basta la condición (a). Lo que importa es que la Constitución tenga validez *territorial*.
- (c) Además, el conjunto de las normas de la Constitución tiene que ser *general* en el sentido de que afecte a todos los ciudadanos en el territorio mencionado en (b).

(21) Peczenik, “On the Nature and Function of the Grundnorm” en *Rechtstheorie*, Beiheft 2, págs. 279 ss. y Peczenik, “The Basis of Legal Justification”, págs. 2 ss. y del mismo autor, *Grundlagen der juristischen Argumentation*, págs. 5 ss. Con respecto al concepto de transformación, ver Aarnio, Alexy y Peczenik en *Rechtstheorie 2* (1981), págs. 136 ss.

(22) Con respecto al concepto de “razones de apuntalamiento”, ver McCormick, *Legal Theory and Legal Reasoning*, págs. 64 ss. y 138-140.

- (d) Otra condición necesaria del derecho es que las normas tengan *durabilidad temporal*, es decir, que el contenido de las normas jurídicas no debe cambiar continuamente y al azar.
- (e) La validez puramente formal de la Constitución, por ejemplo, como una relación interna de delegación en el sistema de normas, no garantiza la validez jurídica. Como ya se observó con respecto a las ideas de Kelsen, existe una exigencia de *eficacia* de la totalidad de las normas. En general, las normas de la Constitución tienen que ser obedecidas.
- (f) Además, hay que exigir de la Constitución un cierto grado de *precisión*. Un conjunto completamente abierto de normas no crea las condiciones para un uso sensato del poder social y jurídico.

La lista no es exhaustiva. Proporciona sólo directrices para entender qué *tipos* de hechos sociales (*H*) son precondiciones para la aceptación de *G_I*.

Según Peczenick, la norma básica justificante (*G_I*) contiene también, al menos, algunas exigencias morales (mínimas). El orden jurídico es sólo tal si están satisfechos estos criterios morales. Recordemos, por ejemplo, los órdenes jurídicos durante los regímenes de Hitler o de Pol Pot. En estas situaciones uno se ve enfrentado con serios problemas de aceptabilidad del orden jurídico. En el caso extremo, todo el sistema de normas tiene que ser rechazado como orden jurídico⁽²³⁾. Sin embargo, la validez externa en el sentido material pertenece a la problemática de la aceptabilidad. Por ello, la consideraremos más adelante.

Para resumir, el concepto de validez formal utilizado en este trabajo puede ser definido de la siguiente manera:

(1) La norma *N_i* es válida en el *sentido sistémico interno*

- (a) *sensu stricto*: si la norma *N_i* puede ser derivada, a través de una transformación (interna), de una norma formalmente válida, es decir, de una norma dictada de acuerdo con la Constitución y
- (b) *sensu largo*: si la validez jurídica de la Constitución puede ser justificada con una norma fundamental *G_I*.

(2) El sistema normativo basado en la norma fundamental *G_I* es jurídicamente válido en el *sentido sistémico externo*

- (a) formalmente: si la legitimidad de la norma fundamental *G_I* puede ser justificada por la norma *G_I* ("si las razones de apuntalamiento (*A*), los hechos sociales (*H*) y los criterios morales (*M*) prevalecen, entonces la norma fundamental *G_I* puede ser aceptada como base de un orden jurídico"),

(23) Con respecto a las "exigencias mínimas", cfr., por ejemplo, Hart, op. cit., págs. 189 ss.

(b) materialmente: si un sistema normativo especial (por ejemplo, el orden jurídico finlandés) puede ser legitimado por medio de ciertas razones de apuntalamiento identificadas, por hechos sociales y criterios morales.

De acuerdo con estas especificaciones, el orden jurídico establecido por el régimen de Hitler era válido tanto en el sentido sistémico interno como desde el punto de vista formal externo. Por otra parte, no puede ser llamado materialmente (jurídicamente) válido en el sentido sistémico externo del concepto.

3.3. *La eficacia de las normas jurídicas*

Hay que distinguir entre la validez fáctica y la validez sistémica de la norma. En la filosofía jurídica, el término “validez” es a menudo usado de forma tal que se refiere a *ambos* fenómenos. La validez de una norma en el sentido fáctico significa su *eficacia* real, a diferencia de una norma dictada (formalmente). No obstante esta forma algo confusa de usar el lenguaje, este uso del término “validez fáctica” ha sido aceptado. Es también un uso totalmente normal, por ejemplo, en el lenguaje jurídico finlandés⁽²⁴⁾. Sin embargo, el concepto de validez fáctica en sí mismo puede ser entendido de muchas maneras. Se podría pensar que la norma *N* es fácticamente válida en una sociedad si y sólo si los *ciudadanos* la siguen regularmente en su comportamiento, es decir, si la norma es en este sentido eficaz en la sociedad. En términos más precisos, regularidad significa que cualquiera que tenga que elegir cómo comportarse, probablemente elegirá el comportamiento que está de acuerdo con la norma *N*. El término “cualquiera” se refiere aquí a la categoría de individuos afectados por la norma jurídica.

No siempre la eficacia es definida de esta manera. A menudo, el punto de partida ha sido la aplicación de las normas jurídicas por las *autoridades*. El derecho se realiza en la sociedad cuando es aplicado por el organismo competente. Esta idea está vinculada con la concepción según la cual la posibilidad de una reacción por el órgano social es usualmente considerada como esencial y es aquí donde la posición del orden jurídico como orden coactivo

(24) En su trabajo “Validity and the Conflict Between Legal Positivism and Natural Law”, págs. 77-78, Alf Ross se refiere a la ambigüedad del término “validez”. Ross parece tender a reservar el término “validez” sólo para la validez sistémica y no aplicarlo a la eficacia. Cfr., sin embargo, Aarnio y Peczenik, “Más allá del realismo”, págs. 132 ss., *passim*, en donde los autores intentan señalar la ambigüedad de la propia terminología de Ross.

Con respecto a esta cuestión, ver, por ejemplo, Illum, Knud, “Some Reflection on the Method of Legal Science and on Legal Reasoning” en *SSL* 1968, págs. 49 ss. y Illum, *Lov og ret*, págs. 53 ss.

encuentra su expresión. Tal reacción está estrechamente vinculada con el concepto de coacción(25).

Una típica concepción de la eficacia es la representada por el Realismo jurídico, llamado también Instrumentalismo pragmático. Su concepción básica ha sido descrita muy bien por las famosas palabras de Oliver Wendell Holmes: "Lo que yo entiendo por derecho son las profecías de lo que harán realmente los jueces, y no otra cosa más pretenciosa"(26). De acuerdo con esta posición, lo que se propone investigar la ciencia del derecho es la práctica de las autoridades y, especialmente, predecir lo que las autoridades que aplican el derecho harán en el futuro. Este punto de vista ha sido a veces descrito hablando del llamado problema del "hombre malo"(27). Siempre es posible descubrir el contenido de una ley colocándose en la posición de quien la viola (el "hombre malo") y preguntándose no por el contenido de reglas abstractas sino acerca de las sanciones que las autoridades impondrían en el caso del violador de la ley.

G.H. von Wright ha ofrecido una mayor precisión, aunque no una auténtica interpretación, del Realismo jurídico(28). Observa que no siempre es natural decir que una norma "existe". Podría hablarse en su lugar, por ejemplo, de la existencia de obligaciones. ¿Qué significa entonces decir que el individuo *i* tiene la obligación de hacer, por ejemplo, *O*? Según von Wright, esto significa que *i* pertenece a una categoría de actores *C* en donde es muy probable que si algún *C* no realiza *O*, algún *A* hará a continuación *R*.

Aquí se supone que *A* es una autoridad y que *R* es algo desagradable para *C*, un "mal". Según von Wright, esto significa que para la mayoría de los *C*'s, el perjuicio que resulta de la realización de *R* es mayor que el beneficio derivado de no hacer *O*.

Si *i* tiene entonces la obligación de hacer *O*, podemos ver, de acuerdo con von Wright, que es válida la norma según la cual todo *C* debería hacer *O*. Normalmente esta norma es llamada norma primaria. El orden jurídico puede incluir también una norma que obligue a la autoridad (*A*) a realizar

(25) Con respecto a las reacciones orgánicas, ver Kelsen, *Reine Rechtslehre*, págs. 182 ss. y Ross, op. cit., págs. 66 ss.

(26) Holmes, Oliver Wendell, "The Path of the Law" en *Collective Legal Papers*, 1921, pág. 173.

Ver también Summers, Robert S., *Instrumentalism and American Legal Theory*, especialmente págs. 239 ss. y Summers, "Pragmatic Instrumentalism in Twentieth Century American Legal Thought – A Synthesis and Critique of Our Dominant General Theory about Law and Its Use" en *Cornell Law Review* 66 (1981), págs. 861 ss., especialmente 904 ss. Las observaciones de Summers ofrecen un cuadro claro de los fines y contenidos de la corriente conocida como Realismo americano.

Ver también Krawietz, Werner, *Juristische Entscheidung und wissenschaftliche Erkenntnis*, págs. 97 ss.

(27) Cfr. Benditt, op. cit., págs. 12 ss.

(28) Von Wright, G.H., "Normien eksistenssi", conferencia (mimeografiada), passim.

R si algún *C* no realiza *O*. En la teoría de las normas, ha sido reservado el nombre de norma secundaria para este tipo de norma. Parecería que no es una consecuencia necesaria de la validez de una norma primaria que exista una norma secundaria válida. Por otra parte, la validez de una norma secundaria implica (lógicamente) la validez de la correspondiente norma primaria(29).

Los realistas jurídicos no han expuesto su concepción de una manera tan precisa. Pero aun así, el núcleo de la teoría de la predicción está bien presentado en el análisis de von Wright. Por otra parte, debemos recordar que el Realismo jurídico contiene una serie de diferentes matices. Algunas de sus formas americanas extremas niegan, en general, la “existencia” de las normas jurídicas. Existen únicamente regularidades de comportamiento. Este es el enfoque, por ejemplo, de Jerome Frank, quien subraya que las leyes escritas fueron primariamente herramientas, instrumentos a partir de los cuales el juez podía obtener indicaciones para la solución – buena o mala – si pensaba que necesitaba tales indicaciones(30). Lo esencial es que el juez, cuando se ve enfrentado con un caso difícil sujeto a su discrecionalidad, toma su decisión sobre la base de una intuición y sólo después justifica su decisión haciendo referencia, por ejemplo, a la ley. En tal mundo conceptual no podemos hablar ni de la existencia ni de la validez de una norma.

Alf Ross, un representante del llamado Realismo escandinavo, analiza el concepto de validez desde el punto de vista de la ciencia jurídica. Su punto de partida es que si el conocimiento con respecto al derecho ha de intentar ser científico, entonces tiene que estar basado en la experiencia. Los enunciados normativos jurídicos dicen algo acerca de la realidad.

El propio Ross ha escrito:

“el contenido real de la aserción ‘*P* (el Bill of Exchanges Act, Sección 28) es actualmente derecho válido en Dinamarca’ es una predicción al efecto de que si un caso en el cual se piensa que existen las condiciones indicadas en la sección es llevado ante la justicia y mientras tanto no ha habido ninguna alteración en las circunstancias que justifican *P*, la directiva al juez contenida en la sección formará una *parte integral de la justificación del fallo*”(31).

(29) Con respecto a esta distinción, ver Hart, op. cit., págs. 77 ss. Ross (op. cit., pág. 46) observa que una norma *primaria* es siempre una directiva para el juez.

(30) Frank, Jerome, *Law and the Modern Mind*, págs. 134 ss. Ver también Benditt, op. cit., págs. 10-11 y Summers, “Pragmatic Instrumentalism in Twentieth Century American Legal Thought”, págs. 896 ss.

(31) Ross, *Om ret og retfærdighed*, pág. 55. Esta es una traducción literal con algunos ajustes estilísticos menores. Así, se ha utilizado el término “condiciones” en lugar de “hechos condicionantes”. Cfr. Ross, *On Law and Justice*, págs. 42 ss. en donde el traductor omite las palabras “justificar” y “justificación” e inserta en su lugar las palabras “crear la base” y “razonamiento”. Cfr. también lo que el propio Ross dice en su artículo “Validity and the Conflict Between Legal Positivism and the Natural Law”, págs. 74 ss.

Esta frase tiene que ser leída con otra parte de la teoría de Ross, especialmente con la siguiente formulación:

“La hipótesis de trabajo implica que el *derecho*, al igual que las reglas del ajedrez, es un fenómeno *supraindividual*, social, en el sentido siguiente: Los modelos jurídicos de acción constituyen una ideología común, operativa en muchas personas. Consecuentemente, se crea un complejo interpersonal de significado y motivación. *El derecho es norma jurídica y fenómeno jurídico (derecho en acción) simultáneamente*. Las normas jurídicas constituyen el contenido abstracto, normativo, que, usado como esquema de interpretación, permite entender los fenómenos jurídicos (el derecho en acción) como un complejo significativo de actos jurídicos y, dentro de ciertos límites, predecir el derecho en acción”(32).

Así, la línea de razonamiento es la siguiente. Cuando el Parlamento sanciona una norma, no proporciona información sobre ningún estado de cosas especial, sólo dirige el comportamiento social. Una norma es siempre una *directiva*, no una proposición. A través de la norma, la gente adquiere ciertas imágenes (*handleforestillinger*) que definen la actividad. En tanto actividad social, se encuentran por encima del nivel de lo individual y a través de ellas se crea un significado y una conexión de motivación que vincula a la gente. Ha nacido así la ideología normativa y esta ideología es experimentada como vinculante. Las decisiones son tomadas de acuerdo con esta ideología. Como se señalara más arriba, las autoridades se encuentran en una posición decisiva desde el punto de vista de la validez del derecho. Por esta razón, la *ideología normativa* que ellas adoptan determina lo que es derecho válido en la sociedad(33).

La validez de una norma jurídica (en un cierto orden jurídico) significa que esta norma tiene que encontrarse en la ideología normativa que es experimentada como vinculante(34). Manifiestamente, en el propio conjunto de conceptos de Ross, el asunto debería ser presentado de la siguiente manera.

(32) Ross, *Om ret og retfaerdighed*, pág. 41. Una traducción literal con ajustes estilísticos menores. En *On Law and Justice*, Ross escribe lo siguiente:

“La hipótesis de trabajo implica que las normas jurídicas, al igual que las reglas del ajedrez, sirven como un esquema de interpretación del conjunto correspondiente de actos sociales, el derecho en acción, de manera tal que entonces es posible comprender aquellos actos como un todo coherente de significado y motivación y predecirlas dentro de ciertos límites.”

Ross deja así de lado referencias a lo “supraindividual” y a la “ideología común”. A través de todo el libro reitera sistemáticamente estas omisiones. Cfr. Ross, *On Law and Justice*, por ejemplo, págs. 35, 36 y 71. Sobre la sola base de este libro, el lector no puede entender plenamente la teoría rossiana.

Ver también Aarnio y Peczenik, “Más allá del realismo”, Sección 2.

(33) Ross, op. cit. págs. 48 ss. Ver también Bjarup, Jes, *Skandinavischer Realismus*, págs. 68 ss., Strömholm, op. cit., pág. 100 y Lauridsen, Preben Stuer, *Studier i retspolitik argumentation*, págs. 125 ss. y 234 ss. Ver también, en general, Buligin, Eugenio, “El Concepto de Vigencia en Alf Ross”, págs. 3 ss.

(34) Ross, op. cit. págs. 38 ss.

Una norma es un contenido de pensamiento abstracto, normativo, que expresa imágenes de acción experimentadas como vinculantes. En la ciencia jurídica, una norma funciona como un *modelo de interpretación* (*tolkningsschema*), a través del cual es posible comprender el significado y la conexión de motivación que prevalece en la sociedad. Al decir que una norma es eficaz, podemos adecuadamente presentar la ideología que el decisor experimenta como vinculante. Así, pues, sólo el derecho que realmente guía la actividad de las autoridades es eficaz.

La teoría de la validez como eficacia contiene así tanto un elemento ideológico como uno conductista. La validez de una norma jurídica depende del comportamiento de las autoridades (según Ross, especialmente del comportamiento de los tribunales de justicia). Una norma es válida si la autoridad se comporta de la manera que exige la norma y la autoridad así lo hará si considera que la norma es vinculante; la norma motiva la acción de la autoridad en una determinada manera. Este es el lado ideológico de la teoría. Por otra parte, podemos obtener información acerca de la validez de la norma examinando, por ejemplo, el comportamiento real de las autoridades. Consecuentemente, un enunciado tal como “la norma *N* es válida en el orden jurídico *O*” es correcto o no según que las autoridades actúen o no en la forma prescrita por la norma.

La idea de la eficacia como criterio de validez es muy natural. Puede también ser teóricamente justificada. La vinculación de la validez con la eficacia es pues, sin duda, una forma posible de hablar de la validez. Sin embargo, detrás de esta forma de pensar se ocultan ciertas dificultades. Ellas surgen también claramente en las ideas de Alf Ross acerca de la validez. En este contexto se prestará atención sólo al concepto mismo de validez y a su relevancia para el presente estudio. El problema de las predicciones será tratado más adelante.

Como se señalara más arriba, Ross examina el problema desde el punto de vista de la *ciencia jurídica*. Su pregunta básica es: “¿cómo es posible entender científicamente el derecho válido?”. El mismo enfoque puede ser vinculado también con otras teorías predictivas. Esto significa que, sobre la base de estas teorías, no es posible ofrecerle al juez una respuesta a la pregunta acerca de si una determinada norma lo obliga o no(35). Aun así, nuestra expectativa de certeza jurídica parte de la suposición de que el juez, de alguna manera, se aclara a sí mismo el contenido correcto del orden jurídico. Desde el punto de vista del juez, no es importante – como observa Stig Jørgensen – obtener información acerca de cómo un juez (es decir, también él mismo) actuará(36). El decisor tiene que conocer ya antes de la decisión qué lo obliga

(35) Aarnio y Peczenik, “Más allá del realismo”, Sección 7.

(36) Jørgensen, Stig, *Law and Society*, págs. 86 ss. y del mismo autor, “Argumentation and Decision”, págs. 381 ss.

y qué no. Theodore M. Benditt escribe acertadamente: “Un observador puede predecir lo que un juez hará, pero un juez no puede, al decidir un caso, meramente predecir lo que hará; justamente lo está haciendo”(37). Kaarle Makkonen ve el asunto de la misma manera(38).

El punto de vista del juez parecería así apoyar fuertemente la concepción de que la validez del derecho no puede ser definida como eficacia. Al hacerlo, la definición pierde su lógica interna y cubre sólo ciertas situaciones. De acuerdo con tal definición, el juez se convierte en el instrumento de medida de lo que él mismo tiene que considerar como vinculante.

Pudiera suceder que un realista jurídico me interrumpiera aquí y dijera que, en todo caso, es siempre la Corte Suprema la que decide qué es y qué no es “derecho” en una sociedad. Desde este punto de vista, la Corte Suprema no puede equivocarse. Así, pues, todo derecho tiene que ser, en última instancia, derecho realizado. No hay otro órgano fuera de la Corte Suprema que pueda decretar cuáles son las normas “dadas” en la sociedad. H.L.A. Hart ha respondido a esta línea de argumentación diciendo que también la Corte Suprema puede criticar sus decisiones anteriores en conexión con un caso análogo(39). En realidad esto puede ser en verdad lo que hace cuando posteriormente crea un precedente con un contenido diferente, a pesar de que el caso, en sí, sigue siendo básicamente el mismo. Como el juez puede así “aprender de sus errores”, tiene que haber alguna razón que demuestre *que* se ha cometido un error y que también muestre *por qué* la decisión ha de ser considerada equivocada.

Uno podría agregar a esto que, en realidad, una de las tareas tradicionales de la ciencia jurídica ha sido observar y criticar la práctica jurídica. La práctica de investigación de la dogmática jurídica no es la descripción (y aceptación) de decisiones ya dadas, de la misma manera que no es –al menos en una gran medida– meramente predicción. Sería imposible pensar que tal crítica podría ser correcta, al menos a veces, si al mismo tiempo no hubiera-

(37) Benditt, op. cit., págs. 13 ss.

(38) Makkonen, *Zur Problematik der juristischen Entscheidung*, pág. 59. Ver también Hart, op. cit., pág. 143.

(39) Hart, op. cit. págs. 132 ss., especialmente 141-142.

Hart critica la concepción de Ross también en otro respecto, es decir, señalando el hecho de que Ross no considera la validez formal. Hart, op. cit., págs. 28 ss y 100 ss.

Ross ha respondido a esta crítica indicando que la principal razón de la confusión es el significado ambiguo de la palabra “validez”. Ross habla de la validez (fáctica); Hart analiza la existencia de una norma. En mi opinión, Ross tiene aquí razón. El propio Hart escribe, por ejemplo, que cuando se afirma que un sistema jurídico existe “en realidad nos referimos de manera resumida, comprimida, a una serie de hechos sociales heterogéneos”. La verdad de esta afirmación puede ser confirmada con “la referencia a la práctica real: a la forma cómo los tribunales identifican lo que debe ser considerado como derecho”, Hart, op. cit. págs. 245-246.

Por otra parte, la crítica hartiana es correcta por lo que respecta a la propia terminología de Ross en sus libros (*On the Right and the Wrong of Law* y *On Law and Justice*). Ver las notas 31 y 32 de este Capítulo.

mos reconocido que la crítica tiene una justificación que es *independiente* de las propias decisiones de la Corte misma, “fuera” de la práctica jurídica. Así llegamos al concepto de validez axiológica.

3.4. La aceptabilidad de una norma jurídica

A menudo, la validez axiológica es vinculada con el llamado derecho natural. Al hacerlo, valores tales como la justicia no son meramente la pauta de un orden jurídico (positivo), sino que constituyen la base que confiere al sistema de normas su validez jurídica última. De esta manera, el derecho natural se encontraría por encima del derecho positivo y constituiría la base de su vigencia.

Las teorías del derecho natural no constituyen la base de la presente investigación. No obstante el criterio material externo de la validez, no hay criterios jurídicamente relevantes fuera del derecho positivo que otorguen legitimidad al orden jurídico en tanto tal o a las normas individuales que pertenecen a este orden. Sin embargo, diferentes tipos de criterios axiológicos juegan un papel importante, a veces decisivo, en la dogmática jurídica y en la jurisprudencia. Esto puede ser entendido claramente si reformulamos la pregunta de la siguiente manera: “¿por qué la norma jurídica *N*, que era formalmente válida en la sociedad *X*, sigue siendo sistemáticamente no aplicable?”. Una explicación podría encontrarse en la idea de que esta norma, a pesar de que nunca ha sido formalmente derogada, ya no responde al sistema de valores generalmente aceptado(40). No todas las normas jurídicas que son formalmente válidas poseen, por lo tanto, una garantía de aceptabilidad axiológica. Aquí podemos encontrar el núcleo de la validez axiológica.

Se podría también pensar que una norma que es regularmente aplicada por una autoridad se encuentra en conflicto con un sistema de valores conside-

(40) En este sentido, hay buenas razones para hacer referencia a la concepción según la cual una norma jurídica es válida si está de acuerdo con la opinión *general* del derecho y la justicia dominante en la sociedad. Ver, por ejemplo, Illum, Knud, *Lov og Ret*, passim. Esta concepción es pasible de la crítica presentada, por ejemplo, por Alf Ross quien observa que “la opinión general sobre el derecho y la justicia” conduce a “una base psicológica individual del derecho válido”.

Aquí es también muy importante señalar que el concepto fascista del derecho estaba basado en la “opinión general del derecho y la justicia”. Aquello que coincidía con la conciencia del pueblo era la expresión real del derecho alemán (fascista). Ver, por ejemplo, Dietze, H.H., *Naturrecht in der Gegenwart*, pág. 184 y, en general, Kaufmann, Arthur, “Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus”, pág. 19 ss.

Este tipo de concepción no tiene nada que ver con la sostenida en este trabajo, a pesar de que existe un paralelismo por lo que respecta a la *idea básica* de la conexión entre derecho válido y valor social. Cfr. lo que se dice más adelante acerca de la concepción de Otto Brunsin (nota 43). Ver también Aarnio, “Eternal and Changing Law” en *Philosophical Perspectives in Jurisprudence*, págs. 94 ss.

rado relevante. Con otras palabras, la norma es formalmente válida y eficaz, pero no es aceptable desde el punto de vista de un cierto sistema de valores.

Este resultado está profundamente vinculado con el concepto mismo de certeza jurídica, que consiste en dos elementos diferentes.

Las exigencias (o expectativas) de certeza jurídica están cumplidas si: (a) puede evitarse la arbitrariedad y (b) el resultado coincide con el código valorativo, es decir, es “correcto” en el sentido sustancial de la palabra. Evitar la arbitrariedad significa aproximadamente lo mismo que previsibilidad. Más aún, la previsibilidad puede ser definida por medio de la racionalidad. Todo procedimiento que satisface los criterios del discurso racional da como resultado decisiones previsibles (ver págs. 236 ss.).

Otro asunto diferente es que la realidad no responde siempre – y ni siquiera habitualmente – a nuestro ideal. La vida social está llena de elementos ilógicos, de una persuasión muy indefinida, de secreto y del intento de influenciar a los demás. Todo esto es parte de la naturaleza de la vida. Sin embargo, la ideología jurídica (o el derecho en nuestra utopía) no puede ser construida sobre tales elementos, sin que importe cuán reales ellos puedan ser. Buscamos algo mejor, algo más. Por esta razón, estamos justificados en considerar específicamente la aceptabilidad racional como una manera relevante de hablar de la validez del derecho.

En todo caso, los científicos, por ejemplo, recurren a tales puntos de vista cuando critican una interpretación cuya validez se basa o bien en razones puramente formales –las reglas como tales– y/o en normas que han probado ser o que se argumenta que son eficaces en la sociedad(41).

Siguiendo el modelo esbozado por Ilkka Niiniluoto(42), pero reformulándolo, se obtiene la siguiente formulación de validez axiológica. La norma N_i es válida en la comunidad C si

- (1) N_i pertenece al sistema normativo dictado de acuerdo con la autorización de la Constitución de C .
- (2) La Constitución tiene que ser obedecida en virtud de la norma básica G_1 .
- (3) La norma G_1 tiene que ser obedecida sobre la base de una norma justificante (condicional) G^*_1 .
- (4) N_i es aceptable en C en el sentido de que la mayoría de los miembros, después de haber considerado racionalmente el asunto, se obligarían a aceptar N_i como una norma jurídica que debe ser obedecida.

Los elementos (1) y (2) de esta formulación se refieren a la validez formal interna del orden jurídico. Por otra parte, la precondition (3) se refiere a los criterios de la validez externa, tanto en el sentido formal como material.

(41) Niiniluoto, Ilkka, “On the Truth of Norm Propositions”, en *Rechtstheorie*, Beiheft 3 (1981), págs. 171 ss. Ver también Niiniluoto, “On Truth and Argumentation in Legal Dogmatics” en *Rechtstheorie*, Beiheft 2 (1981), pág. 53 ss.

(42) Niiniluoto, Beiheft 3, págs. 176

El elemento axiológico – aceptabilidad – se refiere específicamente al último elemento (4) de la formulación. Por consiguiente, puede verse fácilmente que la definición de validez externa de Peczenik es – en última instancia – casi la misma que la formulación presentada más arriba. Contiene también, como punto (4), ciertos criterios morales (evaluativos) que caracterizan al orden jurídico válido.

La diferencia reside, me parece, en el hecho de que, según Peczenik, la justificación moral externa es una justificación del orden jurídico en tanto tal. Aquí, por el contrario, todo el problema está conectado con normas individuales. La cuestión es la siguiente: ¿es la norma N_i aceptable (válida en este sentido) en la comunidad C ?

La validez como aceptabilidad es un tipo de un estado de cosas contrafáctico. La norma N_i con el contenido I_i sería válida en la sociedad X si la gente fuera racional en su argumentación y si prevaleciera una cierta base valorativa. Este no es siempre el caso y, por consiguiente, la aceptabilidad es sólo un ideal. La aceptabilidad es nuestra interpretación de lo que es derecho en una “buena” sociedad (occidental). Los contenidos de la aceptabilidad serán tratados más adelante en el Capítulo IV.

Lo que es esencial es la intelección de que podemos hablar de validez en *todos* los tres sentidos: como validez formal, como eficacia y como aceptabilidad. Los problemas teóricos surgen cuando tratamos de usar uno de los costados alternativos de este concepto como si fuera el tipo *genuino* de validez. La misma dificultad surge cuando la definición es construida sobre una combinación de los tres sentidos mencionados. La “Teoría pura del derecho” es un buen ejemplo de un intento de definir la obligatoriedad de una norma jurídica a través del uso de uno o varios significados de validez. La definición de Kelsen cubre la validez formal y, en cierta medida, la eficacia. Algún otro podría definir la validez únicamente sobre la base de la validez formal. Es igualmente posible considerar una norma como jurídicamente obligatoria si, además de los criterios formales, satisface requisitos valorativos(43).

(43) Al respecto, cabe hacer referencia al concepto de validez presentado por Otto Brusiin. La base de su punto de partida es que las normas jurídicas son parte del conjunto de normas de la sociedad. Estas “normas sociales” son, a su vez, el resultado del desarrollo histórico. Reflejan la *conciencia valorativa* de los ciudadanos. Esto es algo más que la opinión general. La conciencia valorativa es el resultado de un desarrollo a lo largo de varios siglos; es como si creciera a partir de la realidad social. Brusiin observa que la conciencia valorativa (convicciones jurídicas) no necesita ser general; basta que esté construida sobre una relación de poder fáctica.

Esta concepción muestra claramente el núcleo de la validez basada en los valores (validez axiológica), la conexión entre la validez y los hechos históricos fácticos y, al mismo tiempo, la conciencia valorativa de los ciudadanos. Por otra parte, ni siquiera Brusiin puede defenderse totalmente frente a la crítica dirigida en el texto en contra del carácter aleatorio de la aceptación. La conciencia valorativa basada en relaciones fácticas de poder puede establecer las bases de un orden totalmente manipulativo. Si se interpreta la observación de Brusiin sobre la naturaleza histórica de la conciencia valorativa en el sentido de que aquella que verdadera y justificada-

Aparentemente, una debilidad en toda definición de este tipo es que confunde *la lógica del lenguaje ordinario que utilizamos*. En la práctica, no hablamos en la forma concreta como los filósofos del derecho quisieran. Diferencias de opinión surgen de nuestra tendencia profundamente enraizada a buscar definiciones claras de las palabras, es decir, cuando comenzamos a filosofar. En el lenguaje jurídico ordinario, hay varios juegos del lenguaje interconectados que se refieren a la validez. Depende del contexto cuál sea la forma más adecuada de presentar la problemática de la validez. Tomemos un ejemplo.

Si el punto de partida es la eficacia, la validez formal tiene normalmente que ser incluida. A pesar del derecho consuetudinario, sólo normas que han sido dictadas correctamente pueden ser eficaces. Las autoridades tienen la obligación de obedecer el derecho sistémicamente válido. En este juego del lenguaje no hay lugar para la validez axiológica. Lo mismo vale si la atención se centra únicamente en la validez sistémica, en el sentido interno o externo. En este caso, el juego ha cambiado. Los conceptos de eficacia y aceptabilidad ya no juegan ningún papel en este uso del lenguaje. Por esta razón, en lo que sigue no se intenta definir la noción misma de validez.

Sin embargo, la validez axiológica resulta ser la más significativa por lo que respecta a la *justificación*. A menudo, la base justificatoria de una interpretación consiste en argumentos “extrajurídicos”, entre ellos, referencias a un cierto código de valores. Por lo tanto, sólo a la luz de la validez axiológica es posible comprender, por ejemplo, la relatividad de las interpretaciones. La validez sistémica, tanto en el sentido interno como externo, es sólo una de las precondiciones de la aceptabilidad. La eficacia, a su vez, es uno, pero no el único criterio de aceptabilidad. Pero aún así, la teoría de la argumentación intenta mostrar, tomando en cuenta todo, cuáles normas deberían ser aceptadas en una comunidad jurídica si los asuntos son considerados racionalmente. En este sentido, es siempre una *teoría crítica del derecho*.

Cualquiera que sea la forma como se use el lenguaje de la validez, no hay razón para complementar la *ontología* de la dogmática jurídica con respecto a lo que ya ha sido hecho. Los juegos del lenguaje que se ocupan de la validez funcionan sin necesidad de adoptar nuevas entidades. Y vice versa: cuando todos los juegos de validez han sido explicados, se dispone de una descripción exhaustiva de la noción de validez. No necesitamos ninguna suposición de la existencia ideal de las normas jurídicas para entender nuestros juegos del lenguaje. En este sentido, el problema ontológico de la existencia

mente llega al nivel de la percepción puede ser la base del orden jurídico, nos aproximamos a la concepción presentada en el texto. La conciencia valorativa es una cuestión que se alcanza sólo cuando no está afectada por factores fortuitos.

independiente de las normas jurídicas desaparece cuando se lo invierte en el problema de la validez, es decir, todos los diferentes juegos de validez que en la práctica pueden jugarse con esta noción.

CAPÍTULO TERCERO

LA METODOLOGÍA DE LA INTERPRETACIÓN EN LA DOGMÁTICA JURÍDICA

1. CONCEPTOS BÁSICOS

1.1. *Dos estrategias de investigación*

La problemática de la interpretación puede presentarse en dos tipos de situaciones de la práctica de la investigación jurídica. Los llamaré *una estrategia de investigación centrada en el texto legal* y *una estrategia de investigación centrada en el problema*(1).

El punto de partida de la investigación centrada en el texto es una cierta expresión; en un sistema de derecho escrito es, por lo general, el texto de una ley. La tarea consiste en justificar una interpretación alternativa de este texto. El objeto de la interpretación puede ser la ambigüedad del texto o el hecho de que puede ser interpretado de maneras diferentes. La cuestión puede presentarse de la forma siguiente: “¿Qué significa la expresión 'por escrito' en el contexto del capítulo 17, sección 3 de la Ley de herencia finlandesa?” Si denotamos el texto legal con la letra *L* y las interpretaciones alternativas con la letra *I*, el resultado puede ser mostrado en el Diagrama 6.

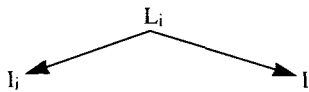


Diagrama 6

(1) Aarnio, *Denkweisen der Rechtswissenschaft*, págs. 49 ss. Aleksander Peczenik me ha señalado que la distinción entre puntos de vista orientados hacia el texto y orientados hacia el problema se refiere únicamente al llamado *contexto de descubrimiento*. Con la reserva hecha en el texto, esto es verdad. Sin embargo, merece mencionarse que la *estrategia* de investigación puede ser diferente según cuál sea el “costado” que se tome como punto de partida.

En la práctica, pueden haber más de dos interpretaciones alternativas. Ello no tiene importancia. Desde el punto de vista de nuestro tema, lo relevante es que aquí una interpretación es siempre una *decisión que implica una elección*. Es una cuestión de elección entre dos o más alternativas semántica y jurídicamente posibles. Con respecto a la ideología jurídica aceptada, el problema es la justificación de la elección hecha. Sólo una interpretación que ha sido justificada de manera correcta tiene relevancia desde el punto de vista de la certeza jurídica. Así, la teoría de la interpretación en la dogmática jurídica es, parcialmente, la teoría de la justificación de la elección de una interpretación alternativa.

En la investigación centrada en el problema, el punto de partida es concreto o, como es más común en la interpretación científica, es un problema jurídico imaginario, pero posible en la realidad. Denotémoslo con la letra Q . El intérprete procura aclarar cuál interpretación (I_1 , I_2) de un texto legal conocido (L_i) trata el problema en cuestión (Q_i). La situación puede ser presentada como en el Diagrama 7.

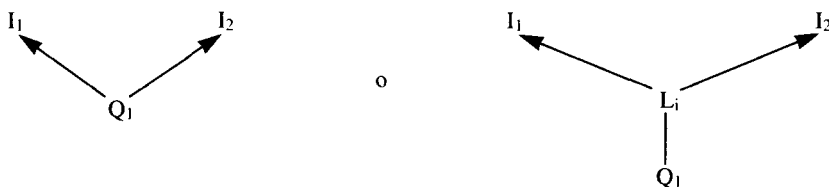


Diagrama 7

El problema puede ser también que, desde el comienzo, la misma cuestión está regulada por dos o más textos legales. Puede tratarse de un conflicto entre el contenido de los textos. La situación es la misma también cuando hay incertidumbre acerca de cuál texto debe ser aplicado (Diagrama 8).

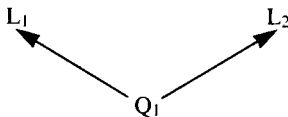


Diagrama 8

Aun cuando los puntos de partida de las dos estrategias de investigación son diferentes —el uno es un texto, el otro un problema jurídico— no existe diferencia esencial entre ambos por lo que respecta a la *estructura* de la interpretación. En última instancia, la investigación centrada en el problema conduce a la misma o al mismo tipo de cuestión básica que la investigación

centrada en el texto. En ambas, el investigador se ocupa de la aclaración de un contenido de significado no claro de la ley o, para ser más preciso, de la aclaración de los textos legales formalmente válidos. La similitud puede ser dibujada gráficamente como en el Diagrama 9.

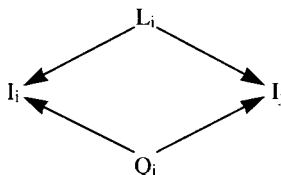


Diagrama 9

En esta línea de pensamiento, la diferencia entre las estrategias de investigación reside en el hecho de que ellas parten, por así decirlo, de diferentes puntos finales del mismo problema, una de un texto legal con un contenido ambiguo y la otra, de una categoría de problemas que ha demostrado ser difícil. Tomando esto en cuenta, en lo que sigue, la investigación centrada en el texto de la ley y la centrada en el problema no serán objeto de análisis separado. A menos que se diga otra cosa, la atención será dirigida únicamente a la situación en donde es posible dar al mismo texto legal dos interpretaciones alternativas, I_1 y I_2 . Todo lo que puede decirse de esta estrategia de investigación puede decirse también, *mutatis mutandis*, de situaciones más complicadas y de la investigación centrada en el problema, en general.

1.2. Un enunciado normativo y un enunciado interpretativo

1.2.1. *El concepto de enunciado normativo.* El orden jurídico puede ser definido como una entidad que ha sido formada de una cierta manera a partir de normas jurídicas. Si el orden jurídico es denotado con las letras OJ y las normas jurídicas con la letra N , entonces, siguiendo a Ilkka Niiniluoto, podemos dibujar el Diagrama 10.

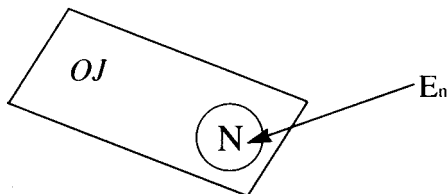


Diagrama 10

En el diagrama, E_n es un enunciado que dice algo acerca del contenido de la norma jurídica N que es parte del orden jurídico (válido). Llamaré a tal enunciado un enunciado normativo. A fin de aclarar el contenido de este concepto ('enunciado normativo'), puede ser útil el siguiente análisis general, referido a la semántica de los diferentes tipos de enunciados.

La forma común de clasificar los enunciados es dividirlos en dos grupos: enunciados *teóricos* y *prácticos*. Los enunciados teóricos pueden ser empíricos o lógicos. Normalmente estos enunciados han sido llamados proposiciones. Semánticamente, una proposición es usualmente definida como la intención de la oración. En este contexto, tiene importancia otro rasgo del concepto 'proposición'. Puede y tiene que ser posible asignar la propiedad *verdadero/falso* a la proposición. Esta propiedad puede, por otra parte, ser empírica o lógica. En este sentido, las proposiciones empíricas se refieren a la realidad. La proposición corresponde o no a la realidad. Por consiguiente, el propio concepto de verdad ha sido a menudo definido precisamente sobre la base de la teoría de la correspondencia (la llamada verdad tarskiana). Es simplemente una cuestión de la correspondencia entre la proposición y el mundo externo a la misma. Por otra parte, las proposiciones lógicas no se refieren en absoluto a la realidad. Son válidas en todos los mundos posibles.

Los enunciados prácticos son de diferente tipo. El concepto de correspondencia no puede ser aplicado en conexión con los enunciados prácticos. En este contexto, basta dividir los enunciados (oraciones) prácticos en dos grupos: (a) oraciones con las que se intenciona producir un *efecto* ("oraciones de efecto") y (b) *oraciones expresivas*. En el primer grupo pueden incluirse tanto oraciones prescriptivas (normas y mandatos) como oraciones persuasivas (p.e., recomendaciones, expresiones manipulativas, etc.). La otra clase principal está constituida o bien por oraciones expresivas "puras" (p.e., expresiones de actitudes, disposiciones, etc.) o puntos de vista (aseveraciones). Por lo que respecta al contenido, los puntos de vista pueden ser, por ejemplo, puntos de vista valorativos o puntos de vista normativos.

La división entre expresiones "puras" y puntos de vista está basada en un criterio totalmente independiente de los criterios de clasificación utilizados más arriba. Por ejemplo, la diferencia entre oraciones de efecto y oraciones expresivas se refiere a la diferente *función* que estas oraciones cumplen en el lenguaje y en la comunicación humana en general. Por medio de oraciones prescriptivas y persuasivas, uno trata de influenciar a la otra parte. A su vez, las oraciones expresivas transmiten información desde el emisor del mensaje a los destinatarios. La diferencia entre expresiones puras y puntos de vista (en el sentido mencionado más arriba) reside en el hecho de que estos últimos están apoyados por razones, es decir, sólo los puntos de vista están justificados. Como veremos más adelante, pueden haber también ciertas "mezclas" entre diferentes tipos de oraciones. Sin embargo, esto no es im-

portante por lo que respecta al concepto de enunciado normativo. Antes de entrar a considerar con más detalle los enunciados normativos, en el Diagrama 11 se presenta esquemáticamente la forma de clasificación mencionada más arriba.

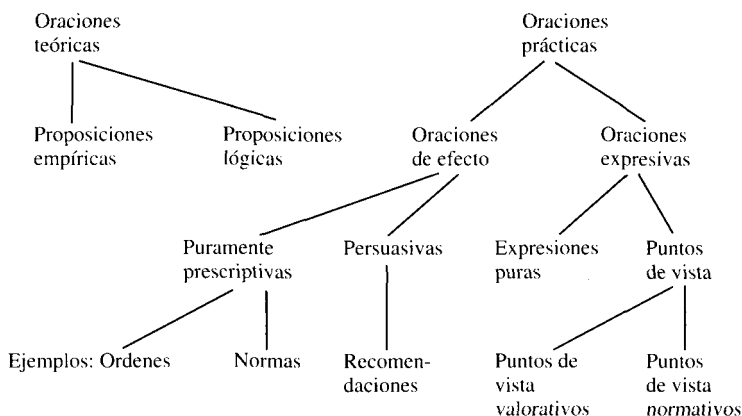


Diagrama 11

Recordemos ahora los enunciados normativos. Pueden, por lo menos, ser de los siguientes tipos:

(i) Primero, el intérprete puede presentar una proposición normativa(2). La proposición podría ser entonces la siguiente:

P_n: “La norma *N* con el contenido *I* es parte del derecho (válido) de Finlandia”.

En este caso, la proposición es comparada –de acuerdo con la definición– con un cierto estado de cosas social. Esto significa que la validez de la norma tiene que ser definida de una forma empíricamente verificable. La proposición enuncia algo acerca del mundo real. Con referencia a la discusión anterior acerca del concepto de validez, podemos notar que las teorías realistas, que definen la validez sobre la base de la eficacia, satisfacen las condiciones establecidas en la definición de la proposición. Los enunciados normativos realistas son proposiciones. Esto es verdad no sólo con respecto

(2) Con respecto al concepto de proposición normativa, ver Niiniluoto, *Beiheft* 3, pág. 172, Wróblewski, “Verification and Justification in the Legal Sciences”, págs. 196 ss., especialmente págs. 201 ss. y Sintonen, Matti, “Problems of Interpretation and Truth in Legal Science” en *Rechtstheorie*, *Beiheft* 2, págs. 77 ss. Ver también Klami, *Finalistinen oikeusteoria*, págs. 19 ss. e igualmente Aarnio, Alexy y Peczenik en *Rechtstheorie*, 1982, págs. 427 ss.

al enfoque de los realistas americanos, sino también con relación a la teoría predictiva sostenida por Alf Ross. El enfoque realista de Ilkka Niiniluoto, al que nos referimos más adelante, puede también ser incluido en este grupo.

La validez sistémica (en un sentido interno) puede también satisfacer las condiciones de verdad de las proposiciones normativas (tipo P_n). Tal es el caso, sin que importe que adoptemos el punto de vista de Hans Kelsen acerca de la jerarquía de las normas o que lleguemos a la conclusión formulada más arriba sobre la base de las ideas de Aleksander Peczenik (en la medida en que uno se mantenga dentro de los límites de la transformación en el derecho y la identificación de las fuentes del derecho).

El concepto de aceptabilidad como criterio de la validez es considerablemente más problemático. La aceptabilidad comprende no sólo aspectos jurídicos sino también extra jurídicos. Desde esta perspectiva, la aceptabilidad (racional) no es un estado de cosas empírico en el mismo sentido en que lo es, por ejemplo, la aceptación de una norma jurídica o la eficacia en general. Así, el enunciado que expresa algo acerca de la aceptabilidad racional no puede ser una proposición (normativa). En realidad, es justamente aquí donde se encuentra el núcleo de la problemática de la interpretación.

(ii) Un enunciado normativo con respecto a la aceptabilidad racional ha sido llamado en este trabajo *punto de vista normativo* (aseveración normativa). El enunciado dice algo acerca de una norma válida (derecho válido), pero es un punto de vista, ya que contiene no sólo proposiciones con respecto a la realidad sino también juicios de valor. El intérprete no sólo presenta un enunciado con respecto a un estado de cosas empírico, sino que *presenta* un punto de vista valorativo. Por esta razón, un punto de vista normativo puede (por ejemplo) ser escrito de la siguiente forma:

(1) P_N : “Es racional y correcto aceptar la norma N con el contenido I como parte del derecho válido”.

Bajo esta forma, un punto de vista normativo puede ser llamado un enunciado axiológico. Como los juicios de valor que están entretreídos con los puntos de vista normativos no son objetivamente correctos o falsos de la misma manera que lo son las creencias acerca de estados de cosas relacionados con la realidad experimentable, un punto de vista normativo no puede ser verdadero o falso como puede serlo una proposición. La “corrección” de un punto de vista normativo —si es que hay alguna justificación del punto de vista normativo— es relativa, como se verá más adelante. Por lo tanto, es posible presentar dos o más puntos de vista normativos bien justificados para el mismo problema de interpretación.

Supongamos dos de estos puntos de vista, P_{N1} y P_{N2} . El primero sostiene que es racional y razonable aceptar el contenido I_1 de la norma N_1 . El segun-

do dice lo mismo acerca del contenido I_2 de la norma N_2 . La diferencia entre estos dos puntos de vista reside en el hecho de que, aun si seguimos exactamente los mismos principios (y reglas) de racionalidad, puede estar perfectamente justificado disentir acerca de lo que es correcto en este caso. Así pues, no hay una base universal para sostener con respecto a P_{s1} o a P_{s2} que ellos son verdaderos comparándolos con la "realidad jurídica".

En ciertos casos puede ser extraño decir que un enunciado normativo (P_s) nos proporciona información acerca del orden jurídico válido. Como señala Ilkka Niiniluoto, pueden haber "áreas subdesarrolladas" de la legislación (por ejemplo, el derecho ambiental) de forma tal que la mayoría de las personas racionales *aceptaría* nuevas leyes o interpretaciones (por ejemplo, proteger la naturaleza) si alguien inventara y formulara tales leyes e interpretaciones. "Pueden haber normas que son racionalmente aceptables pero en las cuales nadie jamás ha pensado", escribe Niiniluoto. Esto es correcto. Por consiguiente, un punto de vista normativo puede también ser formulado en situaciones de lagunas, en donde el punto de vista realmente produce "nueva información" acerca del contenido propuesto del derecho.

Con respecto a la definición (1) de un punto de vista normativo, Niiniluoto afirma también que este punto de vista no es nada más que el consecuente de ciertas *normas técnicas*(3). Como es bien sabido, una norma técnica (N_i) tiene la siguiente forma:

(2) N_i : "Si quieres A , debes hacer B ".

Según Niiniluoto, un punto de vista normativo es justamente la conclusión de una inferencia deductiva:

(a) Si las fuentes G y los valores V son aceptados, la norma N debería ser aceptada como válida en este orden jurídico.

(b) G y V .

Por lo tanto: Es racional aceptar la norma N .

Como indica la primera premisa, los puntos de vista normativos están justificados sólo en relación con un cierto grupo de personas (con respecto a un auditorio). Así pues, la conclusión "es racional aceptar la norma N " es un deber técnico para aquellas personas que comparten los valores comunes V . Podría decirse también que el punto de vista normativo, en tanto deber técnico, es *verdadero* para este grupo de personas. Sin embargo, su verdad no es la verdad en el sentido de la teoría de la correspondencia. En cambio, un enunciado descriptivo "es racional para la persona A aceptar la norma N como válida" es verdadero, también de acuerdo con la teoría de la correspondencia.

Con sus observaciones, Niiniluoto presenta una serie de ideas interesantes. Es verdad que el jurista puede formular normas técnicas al igual que

(3) Niiniluoto, "Truth and Legal Norms" in *Conditions of Validity and Cognition in Modern Legal Thought ARSP*, Beiheft 25 (1985), págs. 168 ss., especialmente 182 ss.

puntos de vista normativos. Sin embargo, los puntos de vista normativos no pueden ser reducidos a oraciones del tipo de un deber técnico. Un punto de vista normativo no sólo afirma que *si* razones racionalmente y si has aceptado ciertos valores, entonces debes también aceptar una cierta norma o una cierta interpretación de una norma. Un punto de vista genuino no consiste únicamente en elementos teóricos. Están también incluidos en él compromisos valorativos. Los puntos de vista normativos son simplemente aseveraciones: *es* racional y razonable aceptar la norma *N* como válida. Por consiguiente, los puntos de vista normativos no son conclusiones del silogismo al que se ha hecho referencia más arriba: los puntos de vista normativos expresan aseveraciones acerca del orden jurídico válido.

En este respecto, las interpretaciones jurídico-dogmáticas dicen algo acerca del mundo *ideal* regulado por el derecho. Es el mundo que es racionalmente aceptable para aquellas personas que se someten ellas mismas a las reglas del discurso racional. Esta es la razón por la cual el mundo puede ser llamado *ideal*. G.H. von Wright señala que la tarea del dogmático jurídico es justamente “explicar y aclarar la naturaleza exacta del estado de cosas *ideal* que tiene en mira. Esto aclara el contenido del derecho”. El contenido propuesto es enunciado, dice von Wright, en proposiciones verdaderas o falsas, pero el propósito mismo no puede ser evaluado como verdadero o falso. “Sin embargo, puede ser justificado por diversos medios de la argumentación jurídica y puede ser sostenido como razonable o no de acuerdo con una variedad de pautas que no necesitan, incidentalmente, concordar recíprocamente”(4). Por lo tanto, aun si el objetivo de un punto de vista normativo es proporcionar información acerca del mundo *ideal*, es tan sólo una propuesta. Cuanto más amplia es la aceptabilidad del punto de vista, tanto mayor valor social tiene como interpretación del derecho válido. Así pues, la aceptabilidad racional es una “pauta” que nos permite reflexionar acerca del “éxito” del punto de vista.

(iii) Por lo que respecta a su naturaleza, las *recomendaciones* normativas pueden ser fuertes o débiles, según que estén o no justificadas.

Si, en adición a un punto de vista normativo, una persona recomienda que otra gente acepte este punto de vista, presenta una recomendación normativa en el sentido débil de la palabra. El hecho de que cierta expresión sea por su naturaleza una recomendación no elimina la posibilidad de justificar el punto de vista. Prescindiendo del aspecto de recomendación, la concepción es aceptable o no, sobre la base de los argumentos justificatorios. El elemento de recomendación no aumenta o disminuye la aceptabilidad de la concepción.

Así, una recomendación normativa en el sentido débil tiene dos costados: una concepción justificada del contenido (y validez) de la norma y un

(4) Ver von Wright, G.H., “Is and Ought” en *Man, Law and Modern Forms of Life*, 1985, págs. 263 ss., especialmente 172.

elemento que recomienda la aceptación (persuasión). Se puede también decir que hay un operador recomendante en la expresión(5).

Si, por otra parte, la persona en cuestión presenta su opinión acerca del contenido de la norma sin tener ninguna justificación para ella, recomienda –por ejemplo, sobre la base de su posición formal– que este punto de vista sea aceptado. El punto de vista es una recomendación normativa en el sentido fuerte del término. Puede ser llamada también una recomendación *genuina*. El autor trata de persuadir a otra gente, pero la relevancia del punto de vista reside únicamente en la autoridad de la persona que formula este enunciado. Desde el punto de vista de la certeza jurídica, su valor se encuentra en el mismo nivel que cualquier “juicio basado en gustos personales”. Una recomendación genuina no puede ser cuestionada racionalmente ya que, a falta de justificación, no puede haber discusión racional de su contenido y alcance.

1.2.2. *Conclusión.* Los puntos de vista normativos no tienen un status privilegiado entre los enunciados de la dogmática jurídica. Como lo revela fácilmente la práctica de la investigación, la dogmática jurídica está compuesta por un abundante grupo de enunciados normativos, por ejemplo:

- (a) Enunciados empíricos (“La norma *N* es aceptada por la comunidad jurídica”);
- (b) normas técnicas (“Si quieres *V*, debes aceptar la norma *N*);
- (c) puntos de vista normativos (“Es racional aceptar la norma *N* como válida”);
- (d) recomendaciones normativas (“La norma *N* debería ser aceptada como válida”).

Para el análisis ulterior de la interpretación jurídica, es irrelevante cuál(es) –si alguna– de las oraciones es (son) la(s) más *común(es)* en la práctica científica. Más importante es recordar que todos estos juegos del lenguaje pueden ser jugados perfectamente en la dogmática jurídica. Sin embargo, aquí se prestará especial atención a los puntos de vista normativos (grupo (c)). Hay dos razones para ello. Primero, con respecto a la aplicación del derecho, no es natural decir que el juez presenta enunciados normativos del tipo (a), (b) o (d). A fin de aplicar el derecho a los hechos del caso, el juez tiene que interpretar las normas jurídicas relevantes. La interpretación es una precondition necesaria de la subsunción. Pero, a tal fin, el juez no está interesado en, por ejemplo, deberes técnicos o en meras recomendaciones. Sim-

(5) En conexión con la relación conceptual entre punto de vista normativo y recomendación normativa, tiene interés la distinción de R.M. Hare entre partes frásticas y neústicas de una oración. Según Hare, el componente neústico muestra si se trata de una cuestión del uso indicativo o imperativo del lenguaje. Correspondientemente, el componente persuasivo tiene un papel que jugar en las recomendaciones normativas. Ver Hare, *Language of Morals*, págs. 15 ss., especialmente pág. 18.

plemente tiene que hacer una *elección* entre las alternativas de interpretación y esta elección expresa su opinión acerca de la respuesta “correcta”.

Como hemos visto, desde el punto de vista epistemológico, el científico se encuentra en una situación similar. Hay una gran cantidad de casos en los que el científico tiene que asumir un punto de vista. El funcionamiento correcto de la sociedad presupone que los científicos “guían”, por ejemplo, a los jueces proporcionando información acerca de los estados de cosas racionalmente aceptables. Por otra parte, los puntos de vista normativos serán usados en esta obra sólo como ejemplos mediante los cuales podemos aclarar el contenido y el papel de la aceptabilidad racional en la justificación jurídica. La misma problemática podría ser también dilucidada usando normas técnicas o recomendaciones. Por ejemplo, la aceptabilidad racional tiene un papel clave en la norma técnica “si quieres *V*, deberías aceptar la norma *N*” como así también en la recomendación “debería ser racional aceptar la norma *N* como válida”.

1.2.3. *Un enunciado de significado y un enunciado de interpretación.* Todo enunciado referido a los contenidos de significado de una expresión lingüística puede ser definido como un *enunciado de significado*. Un enunciado de significado es una expresión que dice algo acerca de otra expresión. Con otras palabras, se centra en el lenguaje mismo. Un enunciado de significado puede (al menos) ser de tres tipos:

(i) Puede referirse al contenido *inequívoco* de otra expresión, norma u oración. Por ejemplo, en el derecho sucesorio, “viuda” = “cónyuge femenino supérstite”. El concepto de cónyuge, a su vez, es precisado en las secciones correspondientes de la Ley de matrimonio.

(ii) Un enunciado semántico puede contentarse con presentar *contenidos alternativos* de una expresión, que pueden ser considerados o que vienen al caso en la situación de interpretación relevante. Por ejemplo, la expresión, a menudo mencionada, ‘por escrito’ en el capítulo 17, sección 3 de la Ley de herencia puede referirse a un documento no firmado, a un documento firmado, a un documento firmado ante testigos, etcétera. Al hacer la lista de las alternativas lógicamente posibles del concepto de “documento”, podemos analizar los contenidos alternativos de la ley en cuestión. En un enunciado que analiza los contenidos de esta manera, no se toma especial posición con respecto a cuáles contenidos son “correctos”, “legales” o “más justificados”.

(iii) Puede considerarse que el enunciado de significado es usado para hacer *más exacto* el alcance de significado, delimitando las posibles alternativas o las alternativas que interesan. Una vez que el alcance ha sido hecho más exacto, la expresión en cuestión tendrá uno o más significados posibles.

En lo que sigue, el enunciado de significado al que se ha hecho referencia en (iii) será llamado *enunciado de interpretación*. Por lo tanto, de acuer-

do con nuestra definición, un enunciado de interpretación es un enunciado de significado que aclara el significado de la expresión en la que se centra la atención. A su vez, los enunciados de interpretación pueden ser de diversos tipos.

(a) En algunos casos, un enunciado de interpretación puede expresar una *definición estipulativa*(6). En ésta, el significado de una expresión lingüística depende de una “convención”. Una definición estipulativa tiene alguna semejanza con el bautismo de un niño; se confiere un nuevo nombre a alguien o a algo.

Una definición estipulativa no puede nunca ser verdadera o falsa; su tarea es complementar, simplificar o aclarar el “uso acordado” del lenguaje. Desde esta perspectiva, la definición estipulativa corresponde a una recomendación normativa. Para ser más exacto, es una cuestión de definir estipulativamente un término en un texto legal de manera tal que pueda darse una recomendación normativa con el correspondiente contenido. Así, si “esposa supérstite” es definido como “viuda”, podemos llegar a recomendaciones normativas en donde todas las disposiciones jurídicas referidas a esposas supérstites expresan normas que tratan de las viudas.

Con respecto a la interpretación en la dogmática jurídica, la debilidad de una definición estipulativa reside específicamente en el hecho de que está “abierta a un acuerdo”. Un enunciado de interpretación construido sobre una base tal deja abierta la cuestión de saber si el enunciado está o no de acuerdo con el orden jurídico. Para que el enunciado de interpretación pueda servir a la ideología de la certeza jurídica a la que se ha hecho ya mención, tiene, por consiguiente, que ser en algún sentido “algo más” que sólo una recomendación estipulativa o una propuesta de una convención. Si así no fuera, una estipulación completamente arbitraria satisfaría las condiciones apropiadas de un enunciado de interpretación.

(b) Un enunciado de interpretación puede también expresar una *definición analítica* en algún sentido especial. Tal definición está basada en el sistema conceptual del contexto jurídico. El significado de una cierta expresión jurídica es analizado a través del uso de otras expresiones jurídicas de manera tal que las intenciones de las expresiones son iguales. Por ejemplo, en la Ley de herencia, la “impugnación de un testamento” significa lo mismo que un “pleito basado en el capítulo 13, sección 1 de la Ley de herencia”. El término “impugnación” recibe así una definición esencialmente más restringida que la del lenguaje ordinario.

(6) Con respecto a las definiciones en general, ver Niiniluoto, *Johdatus tieteenfilosofiaan*, pág. 160. Ver también Koch, Hans Joachim y Russmann, Helmut, *Juristische Begründungslehre*, págs. 147 ss. y 280 ss., y Klug, Ulrich, *Juristische Logik*, 3ª edición, págs. 87 ss. Especialmente con respecto a la naturaleza analítica de los enunciados interpretativos, ver Niiniluoto, “Language, Norms and Truth”, págs. 177 ss.

Una definición jurídica analítica – cuando es entendida de esta manera – es, en principio, siempre verdadera o falsa. Es verdadera si y sólo si la expresión es usada en el lenguaje en cuestión (en el sistema conceptual en cuestión) en la forma indicada en la definición. Por lo tanto, la verdad de una definición analítica puede ser llamada “empírica”.

No hay duda que en la dogmática jurídica es posible reconocer muchas situaciones en las que la manera como es usado el lenguaje puede ser definida analíticamente de forma tal que la definición sea verdadera en el sentido indicado más arriba. No obstante su posible naturaleza amplia, los enunciados de interpretación que expresan una definición analítica son muy importantes desde el punto de vista del tema de este trabajo. Como se señalara al comienzo, las decisiones discrecionales plantean un desafío mayor a la teoría de la interpretación en la dogmática jurídica. En estas decisiones, a su vez, la cuestión es que el intérprete tiene que asumir un punto de vista con respecto al contenido de significado de la expresión. No describe simplemente las formas predominantes del uso de lenguaje.

(c) En una forma más interesante que en el caso de las definiciones analíticas “puras”, la problemática de la interpretación es planteada por las definiciones *no analíticas* y, al mismo tiempo *no estipulativas*. Tal definición es descriptiva. Enuncia que la *extensión* de cierta expresión es la misma que la extensión de otra expresión. La definición enuncia así, en el verdadero sentido de la palabra, algo acerca de la realidad. Por lo tanto, tal definición descriptiva dice algo esencial acerca de lo que se quiere decir con las llamadas *definiciones reales*. Su verdad es sintética.

Un ejemplo de una definición descriptiva no analítica en el derecho es la siguiente:

(1) “La transferencia de una parte hereditaria es un acto jurídico a través del cual un heredero transfiere a otro heredero, a un miembro del patrimonio del difunto o a un tercero, su parte en el patrimonio”.

La definición puede ser escrita también de otra forma que, más claramente que la primera, revela la naturaleza de “definición real” de la definición:

(2) “La expresión ‘transferencia de una parte hereditaria’ se refiere al mismo fenómeno en el sistema de la Ley de la herencia que la expresión ‘un acto jurídico a través del cual un heredero transfiere... su parte en el patrimonio’.”

En la definición (2) se enuncia que la esfera de los actos jurídicos cubierta por la primer expresión es la misma que la esfera cubierta por la se-

gunda. Sin embargo, una definición *jurídica* real es problemática en dos formas diferentes.

Primero, no es clara la línea de demarcación entre ésta y las definiciones analíticas. Las dificultades para trazar esta línea se perciben muy claramente si reformulamos la definición (2) de la siguiente manera:

(3) “En la terminología de la Ley de herencia, la expresión ‘transferencia de una parte hereditaria’ *significa* lo mismo que la expresión ‘un acto jurídico a través del cual un heredero transfiere... su parte en el patrimonio’.”

La última definición no dice directamente nada acerca de la extensión, es decir, acerca del estado de cosas que pertenece a la “realidad jurídica”. Es un enunciado acerca de la terminología de la Ley de herencia, es decir, acerca del lenguaje jurídico.

Como se ha señalado, tal enunciado, en tanto descripción, no es muy interesante desde el punto de vista de las decisiones discrecionales. Veremos que la terminología de la Ley de herencia, lo mismo que la terminología jurídica en general, puede ser semánticamente tan abierta que no sea posible enunciar nada, ni siquiera en principio, con respecto a su verdad o falsedad. Es una cuestión de *puntos de vista* interpretativos y no de proposiciones interpretativas.

Una dificultad relevante se encuentra también en la definición (2), prescindiendo del hecho de que parece tener la forma de una definición *real*. La transferencia de una parte hereditaria no es, en tanto acto jurídico, un fenómeno de la realidad que pudiera caer bajo la categoría de la observación “pura”. Es una institución que está fuertemente signada por conceptos jurídicos. Para conocer de qué institución se trata, tenemos que conocer ya el sistema de la Ley de herencia. A su vez, el contenido de este sistema depende de la interpretación. Así, el concepto de “transferencia de una parte hereditaria” es algo ya *interpretado*. Lo mismo vale con respecto al costado derecho de la definición. En la definición se encuentra, pues, una cuestión de interpretación jurídica. En el caso de la discrecionalidad judicial, la interpretación realiza una elección entre posibles alternativas de significado. Por esta razón, una definición “real” del tipo (2) no proporciona un fundamento teórico sólido para el análisis ulterior en este trabajo.

(d) Queda un cuarto enunciado de interpretación, que es el más importante desde el punto de vista de nuestro tema. Esta categoría está estrechísimamente vinculada con puntos de vista interpretativos. En lo que sigue, me referiré a esta categoría cuando hable de *definiciones analíticas no descriptivas*. Como este término puede inducir a malos entendidos, hay razón para tratarlo con mayor detalle, al menos en dos aspectos.

Primero, el término “no descriptivo” no significa lo mismo que “normativo”. No es una cuestión de imposición de una norma, al menos en el sentido fuerte de la palabra. Tampoco podemos hablar de una definición estipulativa en el sentido al que se ha hecho referencia anteriormente. Un punto de comparación lo ofrece el punto de vista normativo analizado más arriba. La *justificabilidad* es típica de los puntos de vista normativos. No es meramente una recomendación o una propuesta de convención, sino un punto de vista justificado o, al menos, justificable, sobre los contenidos del sistema. Por otra parte, no solamente describe el sistema. Es una cuestión de un punto de vista que cae fuera de la categoría verdadero/falso.

1.2.4. *Un punto de vista normativo y un punto de vista interpretativo*

A fin de aclarar la relación que existe entre un punto de vista normativo y un punto de vista interpretativo, conviene recordar lo que se ha dicho acerca de las estrategias de investigación centradas en el texto. De acuerdo con el sistema de derecho legislado, la interpretación en la dogmática jurídica es, por lo general, la interpretación de actos jurídicos. La intención del investigador es dar un contenido de significado exacto a un texto legal.

Desde esta perspectiva, el texto legal es el foco de la interpretación. Cuando en una situación de incertidumbre se elige como “correcto” un significado alternativo de un texto legal, se formula un enunciado de interpretación. Si a esto se agregan juicios de valor, se trata de un punto de vista interpretativo. Es presentado de la siguiente manera:

- (1) La expresión “ E_1 ” en el texto legal L_i significa lo mismo que la expresión “ E_2 ”.

Sobre la base de tal punto de vista, podemos formular *un punto de vista normativo con un correspondiente contenido*, es decir, un punto de vista acerca de cuál contenido de una norma es parte del sistema jurídico. Así pues, un punto de vista normativo es del tipo siguiente:

- (2) De acuerdo con el derecho (finlandés) válido, la norma N_i , expresada en el texto L_i , tiene el contenido E_2 .

Si es racional y correcto interpretar un texto legal en la forma aquí presentada, es racional y correcto, en este sistema lingüístico y en este sistema jurídico, aceptar una norma con el correspondiente contenido como parte del orden jurídico (finlandés). En este sentido, el punto de vista interpretativo y el punto de vista normativo son dos maneras diferentes de hablar del contenido del orden jurídico.

1.2.5. Resumen

En el sentido señalado más arriba, la definición interpretativa es siempre no descriptiva. No describe simplemente la forma predominante del uso del lenguaje, su uso ordinario. Una segunda especificación tiene que ver con el elemento analítico. La interpretación es siempre un asunto lingüístico. Es una cuestión de aclaración de un significado. Esto, a su vez, se realiza a través de otras expresiones. Como un punto de vista interpretativo siempre se refiere a la relación entre expresiones (jurídicas), puede ser llamado analítico. La intensión del término del texto legal es la misma que la intensión de la expresión alternativa presentada por el punto de vista. Con otras palabras: el texto legal *tiene* el contenido presentado. Como la relación entre las intensiones es la que se acaba de describir, podemos hablar también de una definición cuya justificación consiste en proposiciones fácticas y evaluaciones. La definición es analítica, pero no descriptiva. Resumiendo, los tipos de los enunciados de interpretación pueden ser reunidos como en el Diagrama 12.

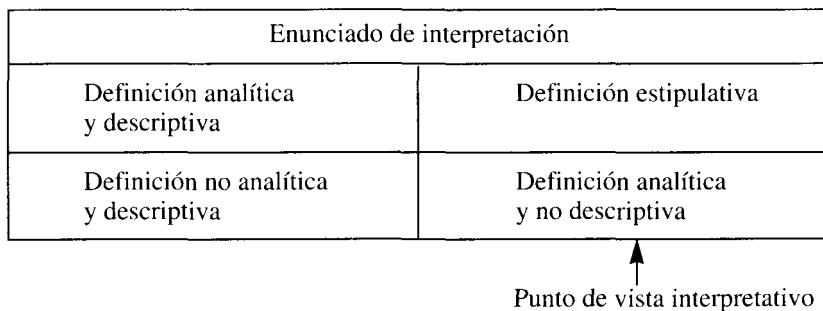


Diagrama 12

1.3. El concepto de norma

De acuerdo con la terminología adoptada más arriba, el foco de una posición interpretativa es un texto legal y el foco de un punto de vista normativo es una norma (válida). Los textos legales constituyen una parte importante de la información sobre la base de la cual llegamos a una conclusión con respecto al orden jurídico válido, es decir, acerca del contenido de las normas jurídicas. Desde esta perspectiva, los textos legales son también un importante material oficial. De acuerdo con el Capítulo 1, Sección 11 del Código finlandés de procedimiento judicial, toda decisión con respecto al orden jurídico válido tiene (en última instancia) que estar basada en un texto legal

válido. Con otras palabras, los textos legales y otros datos lingüísticos comparables son el material que nos ayuda a *asir* las normas jurídicas. Se ha señalado ya que la discusión acerca de la existencia de una norma se convierte en una discusión sobre la validez de una norma. De la misma manera, el problema *metodológico* de la validez se presenta como una cuestión de la interpretación de expresiones lingüísticas. Aun cuando, desde esta perspectiva, la metodología de la dogmática jurídica es la metodología de la interpretación y ésta está conectada con la problemática del lenguaje, sigue siendo natural considerar a las normas como el foco principal de la dogmática jurídica. Después de todo, el orden jurídico es definido específicamente como la totalidad formada por las normas jurídicas. De acuerdo con esto, la tarea de la *dogmática jurídica* es la clarificación del contenido de las normas y la sistematización de las normas.

A su vez, la norma está formada por ciertas expresiones lingüísticas (formulaciones de normas) y, además, por contenidos de pensamiento(7). Por ejemplo, cuando escribimos la norma “no debes hurtar”, ella tiene dos costados:

- (1) La expresión “no debes hurtar” y
- (2) el contenido de pensamiento que dice *que* uno no debe hurtar.

Juntos, estos dos costados forman una materia que en lo que sigue será llamada brevemente “una norma”(8).

Una norma de la forma “no debes hurtar” puede fácilmente ser entendida como una prohibición dirigida a un ciudadano individual. Este tipo de normas ha sido a veces llamado *norma primaria*(9). Lo mismo vale con respecto a otros tipos de normas de los cuales nos ocuparemos de inmediato. También podemos considerar a sus destinatarios como ciudadanos individuales.

Si, por otra parte, deseamos precisamente aclarar la estructura de este mecanismo de regulación de la sociedad, la norma jurídica tiene que estar dada de otra forma, es decir, como una *norma secundaria* que corresponde a la norma primaria(10). Ella se dirige a las autoridades. Este tipo de norma tiene siempre dos elementos:

- (a) La descripción de la conducta exigida y
- (b) la descripción de las consecuencias con que se enfrentará una persona que se comporte de manera diferente.

(7) Aarnio, *On Legal Reasoning*, págs. 59 ss.

(8) Cfr. también Klami, *Finalistinen oikeusteoria*, pág. 62 y Peschka, Vilmos, *Die Theorie der Rechtsnormen*, págs. 44 ss.

(9) Hart, op. cit., págs. 77 ss., MacCormick, Neil, op. cit., pág. 229 y Ross, *Directives and Norms*, pág. 91.

(10) Ross, op. cit. págs. 84 ss.: “se requiere un conjunto de reglas secundarias para especificar qué sanciones pueden ser impuestas a quienes violan el derecho sustantivo... Tales reglas están dirigidas al juez...”.

En la terminología de la teoría jurídica, el primero ha sido llamado la descripción de los hechos jurídicos y el segundo, la descripción de las consecuencias jurídicas. En una forma simplificada, nuestro ejemplo puede ser escrito de la siguiente manera: “cualquiera que hurte será condenado”.

La *relación* entre los hechos jurídicos y las consecuencias jurídicas no es la misma que la relación (causal) en la naturaleza entre hechos y consecuencias. El factor conectante “debe” distingue a esta relación jurídica de la de causa y efecto. En este sentido, hay una clara línea de demarcación entre el “ser” y el “deber ser”(11).

Aplicando el esquema del ejemplo anterior del hurto, podemos describir la norma secundaria de la siguiente manera: “si alguien toma la propiedad de otro sin su permiso, será condenado a X unidades de tiempo de prisión”. Si se la presenta en esta forma, prevalecen las siguientes relaciones de correspondencia:

(1) “Si alguien toma la propiedad de otro sin su permiso”	=	descripción de los hechos (hechos jurídicos)
(2) “será condenado”	=	elemento de “deber ser” (operador deóntico)
(3) “a X unidades de prisión”	=	descripción de la consecuencia (consecuencia jurídica)

Así pues, presentada esquemáticamente, la estructura de una norma jurídica es la siguiente:

hecho jurídico (H) elemento de deber ser (O) consecuencia jurídica (G).

El mismo asunto puede ser presentado de una forma aún más concisa con símbolos:

$N_i(x) (Hx \rightarrow OGx)$

Esta fórmula puede ser leída como “es verdad para todo (x) que si alguien (x) actúa de la manera (H) será condenado con la consecuencia jurídica G ”. El símbolo “ $\rightarrow$ ” expresa la relación de deber ser en “si... entonces...”. De acuerdo con Alchourrón y Bulygin, podríamos también decir que una norma “consiste” en dos elementos:

- el elemento proposicional (proposiciones que describen los hechos y las consecuencias) y
- el operador deóntico (elemento de deber ser, por ejemplo, de deber hacer algo)(12).

Por otro lado, el contenido de *significado* del elemento proposicional está conectado con la parte deóntica de la norma. Una proposición P (por

(11) En este contexto, Kelsen utiliza el término “*Zurechnung*” (imputación). Ver *Reine Rechtslehre*, pág. 22. Con respecto a la relación entre “ser” y “deber ser”: von Wright, G.H., “Is and Ought”, en *Man, Law and Modern Forms of Life*, págs. 263 ss. y Weinberger, Ota, “Is’ and ‘Ought’ Reconsidered”, en *ARSP*, 1984, págs. 454 ss.

(12) Alchourrón, Carlos y E. Bulygin, *Normative Systems*, págs. 41 ss.

ejemplo, una descripción de hechos) no tiene el mismo significado cuando simplemente describe una parte de la realidad o constituye un elemento en tal descripción y cuando es usada con propósitos prescriptivos. El operador deóntico *califica* la realidad.

En su forma más simple, un texto legal expresa inequívocamente una norma. Este es el caso cuando el texto de la ley contiene una definición explícita de un término. Normalmente la ley no es escrita de esta manera. Expresa dos o más normas, cada una de las cuales *puede* ser parte del orden jurídico. La tarea del intérprete consiste en seleccionar de estas alternativas normativas aquella que está “de acuerdo con el orden jurídico”. El alcance de la interpretación puede estar conectado o bien con la descripción de los hechos jurídicos o bien con la descripción de las consecuencias jurídicas o con ambas cosas.

(i) El alcance de la interpretación afecta los hechos jurídicos. Aquí la norma recibe la siguiente forma:

$$N_i(x) (H_{1x}V \dots H_{mx} \rightarrow OGx)$$

En donde el símbolo “V” puede ser leído o bien como “y” o como “o”. Los elementos característicos individuales pueden así ser o bien alternativas (en la cual la una excluye la otra) o puede ser posible combinarlos a ambas.

Un tal alcance de la interpretación prevalece, por ejemplo, en muchos casos del derecho civil. Hay una clara descripción de la consecuencia jurídica –la consecuencia jurídica es *G*– pero no hay certeza acerca de con cuál estado de cosas o con cuál configuración de estados de cosas está conectada la consecuencia. Por ejemplo, el Capítulo 21, Sección 11 de la Ley de herencia regula la responsabilidad por las deudas del difunto. La disposición establece que si “las partes del patrimonio han... vendido, empeñado o usado de *otra manera* o destruido la propiedad del patrimonio... serán consideradas responsables... por las deudas del difunto”. En este sistema de la Ley de herencia no hay incertidumbre acerca del contenido de la consecuencia de responsabilidad. Por otro lado, el conjunto de los hechos jurídicos ha sido expresado en parte con los elementos “o... de otra manera...”.

(ii) Sin embargo, a menudo, la situación es diferente. El alcance de la interpretación está vinculado con la manera como son definidas las consecuencias jurídicas. Presentada esquemáticamente, la situación es la siguiente:

$$N_i(x) (Hx \rightarrow OG_{1x} V \dots G_{mx})$$

Un ejemplo que a menudo es utilizado en las discusiones de la teoría jurídica, es decir, el de la medida del castigo en el derecho penal, parece adecuado para ilustrar este tipo de alcance de la interpretación. La escala del castigo es expresada sólo como un máximo y un mínimo y, por lo tanto, toda decisión que se adecúa a estos límites es legal. Aun así, no se puede decir que la consecuencia jurídica haya sido descrita de una manera precisa.

Un ejemplo todavía mejor es el caso en donde más de un tipo de consecuencia, por ejemplo, nulidad y responsabilidad de restitución, se siguen de los mismos hechos. Y otro caso: la norma establece, por ejemplo, que del conjunto de hechos en cuestión se sigue o multa o prisión.

(iii) El caso más problemático puede surgir cuando tanto la descripción de los hechos jurídicos como las consecuencias jurídicas ofrecen espacio para la interpretación. Podemos escribir esto de la siguiente manera:

$$N_i(x) (H_1xV \dots H_mx \rightarrow OG_1xV \dots G_mx)$$

Muchos casos de interpretación en el núcleo del derecho civil son de este tipo. Por ejemplo, de acuerdo con el Capítulo 7, Sección 8 de la Ley de herencia, una persona que ha recibido alguna propiedad del difunto de determinada manera está obligada a restituir al heredero el monto que al heredero le falta de su "porción legal obligatoria". En esta situación, el problema de la interpretación es agravado por el hecho de que no sólo hay que determinar a qué se refiere la frase "recepción de propiedad que obliga a la persona en cuestión a restituir la propiedad" sino que debemos determinar también qué es "restituir la propiedad". ¿Se trata de restituir la propiedad "en tanto tal" o puede, por ejemplo, entregar la persona una suma de dinero correspondiente a la propiedad en cuestión?

Si atribuimos contenido sobre esta base a la elección de la alternativa interpretativa –la elección entre los contenidos I_1 y I_2 – podemos imaginar, por ejemplo, las siguientes situaciones:

- (i) $N_i(x) (H_1x \rightarrow OG_1x)$
 $N_i(x) (H_2x \rightarrow OG_1x)$
- (ii) $N_i(x) (H_1x \rightarrow OG_1x)$
 $N_i(x) (H_1x \rightarrow OG_2x)$
- (iii) $N_i(x) (H_1x \rightarrow OG_1x)$
 $N_i(x) (H_2x \rightarrow OG_2x)$

La problemática básica de la interpretación es la misma en todos los casos de estos ejemplos. Es una cuestión de elección entre dos alternativas. Los casos (i) y (ii) difieren el uno del otro por lo que respecta al foco de la interpretación. En el primer caso, el problema reside en el tipo de consecuencias; en el segundo, en la descripción de los hechos. Por otra parte, el caso (iii) representa (aun cuando en una forma más bien esquemática) una situación muy complicada. A fin de simplificar la situación, trataremos sólo la metodología de la interpretación en el caso (i). Aquí, la descripción del conjunto de hechos jurídicos permite dos diferentes alternativas de contenido, las interpretaciones I_1 y I_2 .

De acuerdo con sus contenidos y funciones, las normas jurídicas pueden ser categorizadas en una serie de formas. En lo anterior, hemos ya analizado las normas primarias y las secundarias. Una clasificación que es más amplia

que ésta, divide a las normas en *reglas y principios*(13). En este trabajo, las normas serán examinadas específicamente como reglas. Las reglas, a su vez, pueden ser o bien *constitutivas* o bien *regulativas*(14). La diferencia puede ser ilustrada tomando un ejemplo de las reglas de un juego. Las reglas constitutivas definen, por ejemplo, cuál pieza (del ajedrez) es el rey. Las normas regulativas definen cómo debe comportarse el jugador. En el campo del derecho, las reglas constitutivas son usadas para definir, por ejemplo, las instituciones jurídicas. Así, la institución de un matrimonio (válido) es específicamente constituida como matrimonio a través de ciertas reglas.

Un tipo de las reglas constitutivas es el de las *normas de competencia*. Ellas definen, por ejemplo, quién tiene derecho para realizar una transacción válida. En el derecho administrativo, las normas de competencia han sido llamadas también normas organizativas: ellas cierran el sistema de los órganos competentes, por ejemplo, los órganos del Estado.

Las normas regulativas pueden ser llamadas *normas de conducta*(15). Ellas definen cómo uno debe, no debe o puede comportarse. Con otras palabras, ellas son mandatos, prohibiciones o permisiones. Un problema bien conocido es la cuestión de las relaciones entre mandatos, prohibiciones y permisiones. ¿Es una de estas categorías primaria, en el sentido de que las otras pueden ser reducidas a ella? No trataré aquí este problema. También será dejado de lado el problema del "status imperativo" de las normas de comportamiento, por ejemplo, la cuestión de si las normas de comportamiento son o no la expresión de la voluntad de alguna autoridad y, si lo son, en qué sentido.

En la teoría jurídica se ha prestado mucha atención a la relación entre normas de conducta y normas de competencia. A veces ha sido cuestionada la posición independiente de las normas de competencia y se ha señalado que ellas sólo definen las condiciones bajo las cuales pueden ser aplicadas las normas de conducta(16). Así, una norma que autoriza a *A* a transferir su propiedad inmueble a *B* sólo indica una condición de la aplicación de aquellas normas de conducta que definen la posición del comprador, *B*, en relación con terceros. Dejaré también de lado un examen más detallado de esta cuestión de la teoría de las normas.

Lo mismo vale con respecto a la clasificación de las normas en normas de conducta, normas de reacción y normas de las formas de reacción (nor-

(13) Cfr. Dworkin, Ronald, "The Model of Rules" en *Taking Rights Seriously*, secciones 1-4.

(14) Searle, J.R., op. cit., págs. 56 ss. y Ross, *Directives and Norms*, pág. 53. Un buen análisis es presentado por Riccardo Guastini en "Six Concepts of 'Constitutive Rule'", págs. 488 ss. y también por Tuori, K., "Oikeusnormien asettamismenettelyt ja oidkeuden, Kriisitendenssit" en *Politiikka* 3 (1985), págs. 189 ss.

(15) Con respecto a las reglas de competencia, ver Ross, op. cit., págs. 130 ss. y Zitting, Simo, "Omistajan oikeuksista ja velvollisuuksista I" en *LM* 1952, págs. 394 ss.

(16) Cfr. al respecto, Aarnio, *Perillisen oikeusasemasta*, págs. 71 ss.

mas procesales). Esta clasificación ha sido desarrollada por Kaarle Makkonen de una manera bien interesante(17). La distinción entre estas diferentes categorías es relevante para el análisis de la estructura de una situación de toma de decisión jurídica pero, desde el punto de vista de la interpretación, la clasificación es irrelevante. No importa el hecho de que el alcance de interpretación comprenda normas de conducta, normas de reacción o normas de formas de reacción. En cualquier caso, el método de justificación es similar para los tres tipos de normas.

En todas las sociedades modernas occidentales, podemos identificar un desarrollo según el cual diferentes tipos de *normas de discrecionalidad* adquieren cada vez más importancia. Las normas de discrecionalidad no pueden ser clasificadas ni como constitutivas ni como regulativas porque simplemente definen un esquema de decisión para un órgano administrativo. Por ejemplo, la ley puede sólo proporcionar a una cierta autoridad ciertos recursos financieros pero la misma ley deja abiertos los criterios de asignación de estos recursos. El legislador ha delegado la decisión final en una autoridad inferior. Este tipo de legislación trae consigo un gran número de problemas. Desde el punto de vista de la Constitución, la delegación “abierta” del poder legislativo no deja de ser problemática. Por otra parte, en esta discrecionalidad, toda la estructura de la justificación es de un tipo totalmente distinto al de los casos tradicionales de interpretación. Primero, la justificación no nace de las fuentes del derecho y, segundo, no existen pautas para la interpretación jurídica correcta que proporcionen directrices para la aplicación del derecho. La decisión se basa meramente en la discrecionalidad prudencial.

No obstante la creciente importancia general de las normas de discrecionalidad, en este trabajo todo el análisis de la justificación jurídica está centrado únicamente en las normas constitutivas y regulativas. Esto se debe, parcialmente, al hecho de que el propio concepto de jurisdicción no cubre la mera discrecionalidad prudencial. De acuerdo con su función, el tribunal tiene que aplicar el derecho y la discrecionalidad prudencial pertenece a los órganos administrativos. Además, para elucidar el núcleo de la justificación *jurídica*, las normas constitutivas y regulativas tienen especial importancia porque sólo aquí encontramos el problema de las interpretaciones alternativas y de la elección entre ellas. Por consiguiente, el ámbito de este trabajo no será afectado negativamente por la restricción de su objetivo, a pesar de que, por razones de claridad, sólo las normas constitutivas y regulativas hayan sido elegidas como ejemplos de los casos de justificación.

(17) Makkonen, *Zur Problematik der juristischen Entscheidung*, págs. 71 ss.

2. UNA CARACTERIZACIÓN GENERAL DE LA INTERPRETACIÓN Y DE LA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN

2.1. *La interpretación como proceso hermenéutico*

Se ha visto ya que una tarea central de la dogmática jurídica es la justificación de puntos de vista normativos, es decir, la justificación de por qué es racional y razonable aceptar la norma *N* como una parte del derecho válido (en Finlandia). A su vez, la interpretación ha sido entendida como un asunto lingüístico. Es primariamente la aclaración de textos legales a través de la presentación de enunciados de interpretación. De los enunciados de interpretación, los *puntos de vista* de interpretación establecen qué contenido de significado sería racional y correcto aceptar. Los puntos de vista interpretativos que así se producen pueden siempre convertirse en puntos de vista normativos. Pero, como la interpretación es un asunto lingüístico, es más natural hablar de la interpretación de textos (legales) que de la interpretación de normas jurídicas.

Sin embargo, desde un punto de vista *procesal*, la naturaleza del proceso de interpretación no deja de ser problemática. Es una cuestión de saber cómo se produce una interpretación justificada de un contenido de significado racionalmente aceptable. ¿Cómo podemos conferir credibilidad a la interpretación que sostiene que un cierto contenido de significado está racionalmente justificado y es correcto? Un apoyo al respecto lo ofrece el llamado *enfoque hermenéutico*(18).

La interpretación de una expresión lingüística es típicamente hermenéutica o, para ser más preciso, un fenómeno que pertenece a la esfera de la hermenéutica de textos, es decir, a la teoría general que atribuye significado al lenguaje, y a la teoría de las condiciones filosóficas de la asignación de significado. Sin entrar en el desarrollo de la filosofía hermenéutica o en sus diferentes tendencias, formularé algunas observaciones generales sobre la her-

(18) Para comentarios generales al respecto, cfr. Weinberger, Christiane y Ota, *Logik, Semantik und Hermeneutik*, págs. 64 ss. y 96 ss. Ver también Esser, Josef, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, passim y Jonsson, Inge, "Riktningar inom 1800-talets hermeneutik", págs. 150 ss., Aarnio, *Denkweisen der Rechtswissenschaft*, págs. 150 ss. y Aarnio, "Outline of a Hermeneutic Approach in Legal Theory" en *Philosophical Perspectives*, págs. 47 ss. Cfr. Villa, Vittorio, "Legal Science and Hermeneutic Point of View", págs. 509 ss. y, en general, Villa, *Teorie della Scienza Giuridica e Teorie delle Scienze Naturali*, passim. Stig Strömholm subraya las diferencias generales entre la interpretación lingüística y la interpretación jurídica de textos. Señala particularmente cuatro aspectos: (a) la interpretación jurídica tiene una conexión más amplia y más relevante con el contexto social que otras formas de interpretación, (b) existe una división jerárquica de papeles entre los intérpretes, (c) la interpretación jurídica tiene que satisfacer ciertos fines axiológicos tales como la justicia y (d) el foco de la interpretación, las normas jurídicas, forman un sistema. Cfr. Strömholm, "Juridisk tolkningsmetodik före 1800-talets 'moderna genombrott'", págs. 47 ss.

menéutica en tanto teoría de la interpretación de textos, a fin de guiar al lector en la temática de esta investigación.

Los representantes de la hermenéutica consideran que toda comprensión está basada en una *pre-comprensión* (“*Vorwissen*”). Desde el punto de vista de la hermenéutica general, la precomprensión puede ser caracterizada como una entidad o unidad de significado entendida previamente. A fin de ilustrar esto, se ha hecho referencia, por ejemplo, a la comprensión de una obra de arte. Para poder identificar una obra de arte, tenemos que poseer previamente el concepto de arte, alguna idea de qué es arte. Esta idea puede ser basta, simplista e imprecisa. Puede contener muchos prejuicios y suposiciones injustificadas. Pero, aun así, *necesitamos* alguna idea del arte y de las obras de arte a fin de, en general, estar en condiciones de discutir sobre estos asuntos.

Lo mismo vale para la comprensión de diferentes textos. También a ellos hay que aproximarse desde “algún lugar”. La comprensión de textos no puede estar libre de presuposiciones; no puede, por así decirlo, llevarse a cabo en el vacío. A su vez, el acto de comprensión puede ser descrito de múltiple manera. Una de ellas es la siguiente. Un cierto texto (por ejemplo, la poco clara/ambigua expresión *Li* en un texto legal) se vuelve comprensible vinculándola con otras expresiones. Estas otras expresiones son usadas como base de la interpretación; ellas son, por ejemplo, expresiones utilizadas en la historia legislativa de la ley, en el texto de los precedentes, en los puntos de vista sostenidos en la literatura jurídica, etcétera. Cuando es puesto en conexión con las oraciones a las que hace referencia, *Li* se nos vuelve comprensible. *Entendemos* el significado de *Li*.

En este caso, la comprensión está basada en dos factores: la relación entre la parte y el todo y la intelección de nuevas conexiones de significado. A menudo se ha subrayado en la hermenéutica que una expresión individual obtiene significado sólo *como parte de un todo* y que, consecuentemente, el todo se vuelve comprensible cuando la parte está en su lugar. La última posición, que parece algo enigmática, es comprensible si consideramos que la conexión de diferentes expresiones con cada una de las demás abre nuevas conexiones de significado. Ambas, tanto la expresión que tenemos que interpretar, como las expresiones que constituyen el fundamento de la interpretación, “ocupan su lugar correcto” de una nueva manera. Esto es lo que agrega la interpretación. Cuando la expresión que estamos interpretando ocupa su lugar correcto en el todo, creemos entender el significado de esa expresión, al menos en *esa* conexión. Más tarde, en conexión con algunas otras expresiones y a través de la comprensión de una nueva entidad de significado, estamos dispuestos a revisar nuestra posición. Las expresiones han recibido un nuevo matiz, sin ninguna subtracción del contenido del caso anterior de interpretación. Así, la interpretación, según las conexiones de significado (del

todo), recibe algo que equivale a estratos de significado. Cada estrato está conectado con el todo al cual se refiere.

Es esencial tener en cuenta que el descubrimiento de la relación entre la parte y el todo y la intelección en las nuevas conexiones de significado no están basados en la aplicación de un conjunto cerrado de reglas de procedimiento. El significado de la expresión que tenemos que interpretar no resulta de la aplicación de reglas unívocas a un conjunto de proposiciones usadas como base de la interpretación. Las oraciones utilizadas como base y el resultado (la interpretación) están conectados entre sí de una manera no deductiva y, sin embargo, plausible. La hermenéutica no es, pues, una deducción en el sentido exacto de la palabra. Es aquí donde la hermenéutica ofrece su apoyo más interesante para la interpretación en la dogmática jurídica. Como habremos de ver más adelante, esta concepción necesita un elemento más preciso a fin de ser adecuada para la teoría de la interpretación en la dogmática jurídica.

A menudo, la conexión no deductiva y, sin embargo, plausible, de las expresiones ha sido presentada de la siguiente manera. Las expresiones *tienen sentido* sólo cuando se encuentran en relación con otras: la manera cómo expresiones parciales son leídas depende de la manera cómo otras expresiones son leídas y, en última instancia, de cómo es leído el todo. Se crea así un *círculo hermenéutico*, fenómeno que ha sido comparado con la lectura de la poesía. Cuando hemos llegado al final de un poema y estamos en condiciones de formarnos una impresión del todo, puede suceder que se perciba mejor un detalle que al comienzo; este detalle afecta la forma como entendemos el todo y así sucesivamente.

Continuamos de esta manera hasta que nos cansamos de leer el poema. Pero, en general, tras haber hecho todo esto, podemos decir que entendemos el poema o que, al menos, lo entendemos mejor que antes.

Se ha dicho que un rasgo típico del círculo hermenéutico es que el intérprete no puede salir de él. Por así decirlo, está aherrojado por el lenguaje. Si deseamos presentar una justificación de una interpretación o la interpretación de una interpretación, tenemos que recurrir al lenguaje, o a una expresión, o a la interpretación de una expresión. Simplemente no podemos prescindir de palabras u oraciones: las palabras son interpretadas *a través de otras palabras*. Ninguna observación empírica o algo similar (por ejemplo, un argumento jurídico "real" cuya validez ha sido demostrada) puede, sin más, solucionar nuestro problema; nuestro único refugio es el lenguaje.

Podemos decir que la expresión *L* ha sido interpretada exitosamente sólo si la persona con quien estamos hablando entiende la interpretación *de la misma manera* como nosotros la entendemos. Con otras palabras: una interpretación correcta es una interpretación que hace que la interpretación sea comprensible para su receptor, para la persona a la cual el intérprete se dirige.

El círculo hermenéutico puede también ser descrito de acuerdo con la teoría de los sistemas. La interpretación es un fenómeno de “*feed-back*”. En ciertos estadios de la interpretación, se produce el “*feed-back*” y el resultado es “probado” a la luz de la información previa. Cuando el “*feed-back*” no proporciona ya nada nuevo a la información disponible, hemos llegado al punto en el círculo hermenéutico que podemos alcanzar en tales circunstancias.

A veces, algunos autores han querido establecer una distinción tajante entre el modelo hipotético-deductivo utilizado en las ciencias (naturales) y las interpretaciones hermenéuticas (y el círculo de interpretación)(19). Al hacerlo, generalmente han tratado de ilustrar el modelo hipotético-deductivo con una espiral. Sobre la base de una cierta intelección preliminar y de condiciones establecidas a través de ciertos conceptos teóricos, se forma una hipótesis que uno intenta apoyar o rechazar sobre bases empíricas. Una hipótesis apoyada crea, a su vez, la base para nuevas hipótesis y una nueva prueba, es decir, para la formación de una teoría empíricamente controlable. Recurriendo a un diagrama, la situación puede ser ilustrada como en el Diagrama 13.

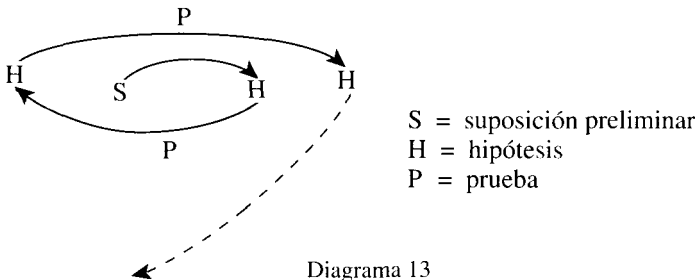


Diagrama 13

Difícilmente se puede considerar como un rasgo esencial de la “espiral hipotético-deductiva” el que el apoyo/rechazo de la hipótesis se lleve a cabo con la ayuda de cierta prueba o hechos empíricos dados desde *afuera*. Tomando en cuenta el contenido teórico de las observaciones empíricas, ellas no pueden ser consideradas como bases de prueba definitiva, en el mismo sentido como, por ejemplo, los empiristas lógicos se imaginan los datos observacionales. Habría más bien que decir que uno sale de la espiral en el método hipotético-deductivo haciendo referencia a concepciones *teóricas*. Estas concepciones –que cuentan con una aceptación más bien amplia en la comunidad científica– establecen qué tipos de datos nos permiten considerar que

(19) Este es especialmente el caso en la hermenéutica clásica de textos, cfr. Aarnio, “Philosophical Perspectives in Jurisprudence”, págs. 56 ss. Hans Georg Hinderling ofrece un buen análisis del problema en *Rechtsnorm und Verstehen*, passim. Ver también Larenz, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, págs. 85 ss.

la hipótesis ha sido confirmada, es decir, cuál de las hipótesis sometidas a prueba es un resultado científico.

En el círculo hermenéutico, la propiedad “concepción teórica” se encuentra en una posición en cierto modo diferente. En las ciencias interpretativas, no poseemos las mismas “teorías” muy *uniformes* acerca de la base de prueba que en las ciencias naturales. Sin embargo, de aquí no se infiere que el intérprete tenga que peregrinar sin fin alrededor del círculo interpretativo. En el estadio en el que la interpretación se vuelve aceptable en la comunidad interpretativa, llegamos a una posición muy parecida a cuando una hipótesis de las ciencias naturales ha sido confirmada. Aquí la aceptabilidad está basada en concepciones (a menudo más bien ambiguas) acerca de cómo las expresiones han de ser entendidas en el contexto en cuestión.

Si se toman en cuenta estos puntos de vista, parecería justificado trazar paralelismos entre la estructura de la espiral hipotético-deductiva y el círculo hermenéutico. En la primera, existe un intercambio dialéctico entre hipótesis y prueba, mientras que en el último, el intérprete construye la situación sobre la base de una conexión interpretativa entre la parte y el todo. La posición interpretativa que se toma como punto de partida es la hipótesis que, durante el proceso de interpretación, en parte cambia y en parte es confirmada o rechazada.

Con referencia a la concepción de Peter Winch, podemos afirmar que los dos métodos están unidos por una “base de prueba” común. Esto está, en última instancia, vinculado con ciertas convenciones adoptadas en una comunidad humana (en la comunidad científica o en otra comunidad social). Desde este punto de vista, la diferencia más significativa entre la investigación en las ciencias y la doctrina de la interpretación parecería que consiste en el hecho de que en la primera las “convenciones” detrás de la prueba (1) han sido acordadas por la comunidad científica y (2) ellas son relativamente estables, mientras que las “convenciones” en la doctrina de la interpretación están (1) basadas en las posiciones de toda la comunidad social y, además, (2) su contenido es, a menudo, considerablemente ambiguo(20). En la doctrina de la interpretación pueden existir, al mismo tiempo, muchas “convenciones” recíprocamente excluyentes sin que, por otra parte, ninguna de ellas carezca de justificación.

Si, sin embargo, también en la doctrina de la interpretación, se pueden crear convenciones acerca de algunos criterios de interpretación, hay que dar alguna explicación natural de este hecho. Tiene que ser posible justificar filosóficamente la posibilidad de las propias convenciones. Y en conexión con esto, si en la doctrina de la interpretación es posible que existan varias con-

(20) Cfr. Aarnio, *Denkweisen der Rechtswissenschaft*, págs. 154-155. La problemática filosófica de las “convenciones” es tratada de una forma bien interesante en el trabajo de Lars Hertzberg, “Science and Certainty”, págs. 60 ss., especialmente 72 ss.

venciones válidas al mismo tiempo, adquiere gran importancia la cuestión de saber si es posible o no cruzar los límites de las convenciones y encontrar un mayor consenso. Mi opinión es que éste es uno de los problemas filosóficos más decisivos en la teoría hermenéutica de la interpretación en la dogmática jurídica.

2.2. La naturaleza especial de la interpretación en la dogmática jurídica

Sin duda, hay dos asuntos que deben serle concedidos a la teoría hermenéutica. La teoría justifica la conexión entre la interpretación y el lenguaje de una manera que merece atención y, al mismo tiempo, ha mostrado que la interpretación es no deductiva y, al menos parcialmente, no empírica. Con respecto a la dogmática jurídica, estas observaciones tienen la importante significación de que es posible incluir la interpretación en la dogmática jurídica en la clasificación básica de las diversas ciencias. Hablando en términos generales, podemos decir que la dogmática jurídica se encuentra entre las llamadas ciencias interpretativas y, en este sentido, en la tradición de las humanidades más que en la vecindad de las ciencias sociales empíricas.

Tales caracterizaciones generales pueden fácilmente conducir a malos entendidos. Uno de los malentendidos más fatales es la impresión de que la interpretación en la dogmática jurídica es algo que puede ser claramente clasificado, es decir, que existe un núcleo que es típico de la interpretación correcta. De acuerdo con esta concepción, la interpretación jurídica no es, por ejemplo, lo mismo que la presentación de enunciados empíricos (predicciones, normas técnicas, etc.). Como hemos señalado, la dogmática jurídica está compuesta por un grupo de juegos del lenguaje. Estos juegos del lenguaje tienen entre ellos parecidos de familia: los juegos *A* y *B* pueden parecerse mucho, al igual que *B* y *C*, y *C* y *D*. Esto no significa necesariamente que *A* y *D* tengan rasgos importantes en común, fuera del hecho de que ambos son juegos de interpretación. Los enunciados descriptivos, las normas técnicas, las recomendaciones y los puntos de vista normativos pertenecen todos ellos a estos diversos juegos. Sin embargo, el juego de interpretación que está constituido por *puntos de vista* normativos (interpretativos) no es tampoco un juego internamente homogéneo. En la práctica real de la investigación, pueden haber diversas formas para llegar a la solución. A veces, es suficiente la referencia al texto de la ley. En otros casos, el resultado de la interpretación puede ser deducido de los conceptos mencionados en la ley. Sin embargo, normalmente, se necesitan diferentes tipos de fuentes del derecho y evaluaciones para obtener una respuesta. En este sentido, la interpretación puede ser ilustrada como en el Diagrama 14.

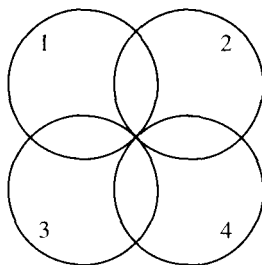


Diagrama 14

Los números en el diagrama tienen los siguientes significados:

- 1 = la referencia al texto de la ley (interpretación literal)
- 2 = análisis conceptual
- 3 = la presentación de los datos empíricos o de las fuentes del derecho
- 4 = la presentación de las evaluaciones(21).

El diagrama intenta ilustrar dos cuestiones. Por una parte, la interpretación en la dogmática jurídica puede ser conectada con partes de cada sector numerado. En cierto modo, es una combinación de cada uno de los cuatro juegos del lenguaje aquí ilustrados. El peso de un determinado juego del lenguaje, por ejemplo, del análisis conceptual, puede variar con la situación. En un caso, el análisis de los conceptos puede ser totalmente innecesario. Aun así, el análisis conceptual puede tener una parte en algún otro caso de interpretación. Además, el diagrama muestra que, en situaciones complejas, los juegos del lenguaje implicados tienen un área común en donde cada factor parcial ejerce su influencia de acuerdo con su peso relativo. Sin embargo, no se puede decir que éste sea el verdadero contenido de la interpretación en la dogmática jurídica. En igual medida, la interpretación es algo que está solamente afectado por los sectores 1 y 2, 2 y/o 3 y/o 4, para tan sólo tomar algunos ejemplos. Así, una interpretación que consista en puntos de vista interpretativos no puede ser definida sobre la base de ninguna parte individual o de alguna combinación especial de estas partes. La interpretación es simplemente la *entidad de parecido de familia* formada por diversos juegos del lenguaje(22).

Pero, aun así, debe haber alguna manera de analizar la interpretación. Una posibilidad ofrecida por la aplicación de la filosofía lingüística wittgensteniana es la de obtener alguna intelección en la construcción de los juegos del lenguaje.

Comencemos, una vez más, con la idea de la certeza jurídica. Cada uno de nosotros espera de las decisiones que sean racionales y sus resultados aceptables. Por ello, un punto de vista natural en el pensamiento jurídico es

(21) Ver acerca de este tipo de oraciones, Cap. IV, 2.5.

(22) Cfr. Aarnio, *Denkweisen der Rechtswissenschaft*, págs. 75 ss.

ofrecido por el intento de construir un juego de interpretación en donde, en una situación lo más problemática posible, se intenta maximizar la expectativa de racionalidad y producir un resultado de interpretación que cuente con la aceptación más amplia posible. Esto impone ciertas exigencias preliminares al juego que tenemos que construir.

Primero, tenemos que suponer que se han eliminado los factores casuales en la situación de justificación. Tenemos que construir un juego del lenguaje en donde

- (i) *se disponga* de toda la justificación relevante y realizable y
- (ii) *no obstante factores casuales*, los participantes sean capaces de evaluar su justificación y llevarla a una conclusión.

Un juego de interpretación así construido es, como lo hemos señalado, ideal. Pero, ¿por qué construir un juego ideal? ¿No sería más natural examinar la interpretación en la dogmática jurídica tal como es en la práctica? En principio, realmente deberíamos proceder de tal manera. Sin embargo, ello no es posible por muchas razones. Ante todo, a menudo, la investigación es imprecisa. Diferentes intérpretes disienten o están de acuerdo con un problema simplemente porque los conceptos que usan no son lo suficientemente precisos como para distinguir el objeto real de acuerdo o desacuerdo. Tampoco es poco frecuente que la interpretación no esté justificada o lo esté sólo muy sumariamente.

A veces, la interpretación es realmente utilizada para alcanzar un cierto objetivo o revela las actitudes pre-fijadas del intérprete con respecto al asunto que está siendo interpretado. Pero, la dificultad más importante es la que presenta el propio lenguaje que es interpretado. Si tratamos de formar un cuadro total de los juegos de interpretación, deberíamos tratar de describir todo el grupo de juegos. Ello sería imposible. Ante todo, los juegos de justificación como totalidad forman un todo cambiante, dinámico. Juegos individuales del lenguaje son eliminados, otros ocupan su lugar y, sin embargo, el cambio total es tan gradual que en la vida cotidiana es imposible percibir límites claros. Hay también otra razón. El grupo de juegos del lenguaje es tan complicado que toda descripción fracasa, por así decirlo, por sí misma, si no se realiza algún intento para concentrarla y simplificarla artificialmente. El juego de interpretación en la dogmática jurídica está oculto en sus numerosos matices por una niebla que impide entender la naturaleza de la interpretación(23). Para dispersarla, podemos *construir* conscientemente o bien un juego que sea más primitivo que el lenguaje ordinario o bien juegos que arrojen luz en algunos rasgos de este lenguaje ordinario; juegos que parecen ser juegos de interpretación posibles y, al mismo tiempo, adecuados.

Con esto no se está argumentando que un juego del lenguaje construido pudiera representar tal y cual situación real de justificación. No se intenta, en

(23) Cfr. Aarnio, op. cit., pág. 90.

absoluto, dar un ejemplo empírico; sólo se describe un posible método de análisis. Por otra parte, el propósito no es producir una “estructura profunda” de la interpretación en el derecho, que pudiera equivaler a una “naturaleza” de la interpretación, a un núcleo que estaría latente en toda justificación de enunciados de interpretación(24). Esto significaría más o menos lo mismo que la concepción según la cual, en última instancia, cada juego de justificación debe tener algo en común con cada otro juego. En este sentido, la construcción de un juego del lenguaje no es la sistematización del trasfondo que une los diferentes métodos de interpretación.

Por otra parte, el objetivo no es, como ya se ha observado, formular una recomendación (*sensu stricto*): esto debería ser la interpretación en el derecho. Tampoco es una cuestión de un deber técnico metodológico; así es como deberías razonar si deseas razonar correctamente. Un ejemplo idealizado no intenta, al mismo tiempo, dar una definición de lo que es una argumentación correcta. El concepto de un juego de argumentación ideal expresa una norma técnica “más débil”: *si* quieres satisfacer la expectativa social de una certeza jurídica máxima, debes seguir la pauta de la justificación racional. Por otra parte, es posible defender razonablemente la posición según la cual la racionalidad es el núcleo de la certeza jurídica(25). Los juegos jugados en la realidad tienen un parecido de familia más o menos grande con el juego ideal. La importancia de este modelo (juego ideal) se basa en su propiedad de ofrecer un hilo único de interpretación que permita ingresar en la textura de los juegos formados por el lenguaje de investigación en la praxis cotidiana. El propósito de un juego idealizado de interpretación es darnos un *asidero* en el lenguaje que usamos, para que podamos entender –y también criticar– mejor que antes nuestro propio lenguaje y, a través de ello, nuestra actividad en la comunidad jurídica; en última instancia, para que podamos entendernos mejor como miembros de la sociedad. Desde este punto de vista, la famosa frase de Wittgenstein: “¡No pienses, mira!” se parece a la vieja exhortación de los tiempos clásicos: “¡Conócete a tí mismo!”(26).

La comparación con los juegos es muy instructiva también en otro sentido. El equipo mínimo de todo juego incluye tanto las piezas, fichas o cosas por el estilo, y las reglas del juego. Como ya se ha señalado, las reglas del juego son o bien constitutivas o bien regulativas. Las “piezas” en los juegos

(24) Cfr. Aarnio, op. cit., pág. 122.

(25) Ver también lo dicho en la nota 32 de la parte IV con respecto a la contribución de Robert Alexy sobre este problema.

(26) En este contexto es interesante lo que pensaba Wittgenstein acerca de la naturaleza de la filosofía. Anthony Kenny señala que Wittgenstein consideraba que la filosofía era una herramienta en contra del filósofo que hay en nosotros. Cada uno de nosotros es víctima de errores filosóficos. Por consiguiente, el análisis filosófico tiene un papel terapéutico. Nos da fuerzas para resistir ciertas tentaciones cuyo origen se encuentra en nuestro propio lenguaje. Por lo tanto: “¡Conócete a tí mismo!”. Ver al respecto, Kenny, “Wittgenstein on the Nature of Philosophy”, págs. 13 ss.

de interpretación son las bases sobre las cuales el intérprete ofrece el resultado de la interpretación, su conclusión. Son las partes del todo con el cual la expresión que es interpretada es puesta en contacto; así, el asunto puede ser expresado en lenguaje hermenéutico. A su vez, las reglas del juego están constituidas por las reglas de la interpretación jurídica.

En la teoría del derecho, es habitual llamar a las bases de la interpretación fuentes del derecho. Las reglas (directrices) de la interpretación jurídica son las reglas que definen cómo usar las fuentes del derecho en conexión con la interpretación. El resultado de la interpretación “se sigue” de las fuentes del derecho cuando ellas son usadas de la manera requerida por las reglas de la interpretación. Así, el punto de partida del juego de la interpretación es el siguiente:

TR

$F \longrightarrow I_i$

En esta fórmula, la letra F se refiere a las fuentes del derecho; I_i , a la alternativa de interpretación elegida y TR a la transformación en el sentido usado por Aleksander Peczenik. De acuerdo con Peczenik, de lo que se trata es de una transformación de p en q si y sólo si se cumplen las siguientes condiciones:

- (1) p es la justificación de q
- (2) q no se sigue deductivamente de p y
- (3) la transformación de p en q no puede convertirse en deductiva mediante la adición de una proposición analítica.

Peczenik distingue muchos tipos de transformaciones. La más importante es la distinción entre “transformación *en* derecho” y “transformación *en el* derecho”. El primer tipo ya ha sido tratado en la discusión acerca de la validez sistémica. La norma N es válida en el sentido sistémico si y sólo si pertenece a una jerarquía normativa y esta jerarquía es jurídicamente válida si y sólo si está basada en una norma fundamental y, además, en una norma fundamental justificante.

Un ejemplo básico del último tipo de transformación es un “salto” desde las fuentes jurídicas a la interpretación jurídica (justificación), es decir, la fórmula a la que se ha hecho referencia más arriba. El resultado no es totalmente una consecuencia deductiva de la justificación material sino que el intérprete “se mueve” desde el material básico a la conclusión de manera tal que la conclusión es

1. racionalmente reflexionada y, al mismo tiempo,
2. generalmente aceptable (razonable).

Por consiguiente, la justificación jurídica es lo mismo que la transformación desde las fuentes del derecho (y evaluaciones) hasta la interpretación alternativa final. En dos áreas pueden surgir problemas en la teoría de la justificación: (1) ¿cuál es la estructura de la justificación? y (2) ¿qué garantías pueden darse de la justificación y de la aceptabilidad del resultado? Antes de tratar estas cuestiones, presentaré brevemente las bases de la interpretación, es decir, las fuentes del derecho y las reglas de interpretación, y las formas cómo son usadas las fuentes del derecho.

3. LAS FUENTES DEL DERECHO Y LAS DIRECTRICES DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

3.1. *Acerca del concepto de las fuentes del derecho*

3.1.1. *La fuente de información.* Desde el punto de vista práctico, el intérprete necesita diferentes tipos de medios de información. Por ejemplo, una colección de las leyes, compilaciones de textos, colecciones de precedentes, etc. Sobre la base de este material, el intérprete trata de identificar los *textos* relevantes para encontrar la solución o para justificarla. En este sentido, la fuente de información puede ser llamada también fuente del derecho. Sin embargo, esta terminología no funciona si se intenta analizar la estructura del razonamiento jurídico. Para el intérprete, la fuente de información es sólo una herramienta técnica, no una fuente material⁽²⁷⁾.

3.1.2. *La fuente de razonamiento.* En el contexto de descubrimiento, el foco se encuentra en los criterios mediante los cuales se descubre la respuesta a un problema jurídico. Esto significa que hay una relación causal entre los criterios y la elección final de la alternativa de interpretación. Es decir, la fuente del derecho es una causa que resulta en la solución. Como ya se señalara más arriba, el contexto de descubrimiento ha sido dejado al margen de esta investigación. Por lo tanto, en lo que sigue, el concepto “fuente del derecho” no se refiere a las causas de la actividad interpretativa sino a las razones que son utilizadas para justificar una interpretación jurídica (contexto de justificación).

Por otra parte, las razones de la justificación jurídica pueden ser entendidas o bien en el sentido estricto o bien en el sentido amplio del concepto (*sensu stricto* versus *sensu largo*). Tradicionalmente, en los sistemas de derecho escrito, la primera categoría cubre tan sólo aquellas razones dotadas de autoridad tales como los textos legales y, como es el caso, por ejemplo, en Finlandia, las costumbres del país. Estas son, como se verá más adelante, la

(27) Con respecto a las fuentes del derecho, ver Peczenik, *Juridikens metodproblem*, págs. 109 ss., Strömholm, op. cit. págs. 287 ss. y Ross, *On Law and Justice*, págs. 82 ss. Ver también Makkonen, Kaarle (ed.), *Oikeudellinen lähdemateriaali*, 1979, págs. 16 ss.

base obligatoria para la justificación de las decisiones judiciales. Es, por así decirlo, el *mínimum* de justificación. Una fuente dotada de autoridad de un tipo equivalente en el sistema del “*Common Law*” es el precedente. Por lo que respecta a la tradición de los tribunales finlandeses, las leyes y, en algunos casos muy poco frecuentes, las costumbres del país, han sido normalmente también la única justificación manifiesta de las decisiones judiciales.

Sin embargo, la justificación jurídica real, en los tribunales al igual que en las obras científicas, utiliza otras fuentes a más de las leyes y las costumbres del país. En la práctica jurídica, el concepto “fuente del derecho” es generalmente usado en el sentido amplio (*sensu largo*). Las nociones “razón de la interpretación jurídica” y “fuente del derecho” son equivalentes. Referida a esta práctica, la noción de fuente del derecho es en este trabajo definida de la siguiente manera: *toda razón que –de acuerdo con las reglas generalmente aceptadas en la comunidad jurídica– puede ser usada como base justificatoria de la interpretación es una fuente del derecho*. Como paso preliminar, puede presentarse la siguiente lista de las fuentes del derecho finlandés.

3.2. La lista de las fuentes del derecho

3.2.1. *El catálogo finlandés de las fuentes.* (a) *Textos legales.* En este contexto, “texto legal” se refiere a toda ley o disposición dictada sobre la base de la autoridad de la Constitución. La categoría de los textos legales en el orden jurídico finlandés incluye no sólo las leyes del Parlamento sino también los decretos del Consejo de Estado, las decisiones ministeriales, etc.

A menudo, el uso de un texto legal como fuente del derecho significa una referencia a la *relación sistemática* entre dos o más textos. Se considera que los textos legales y las normas que ellos expresan forman un sistema. Cada disposición tiene su lugar en conexión con el sistema. Por esta razón, no sólo los textos legales individuales sino también los puntos de vista sistemáticos pueden ser presentados como justificación de la interpretación.

(b) *Travaux préparatoires*, es decir, la historia legislativa del texto legal. La idea de que el objetivo de la interpretación es alcanzar la voluntad del legislador – más generalmente: *ratio legis* – fue ya expresada por C.H. Eckhardus en 1750. Él escribe, por ejemplo, que la interpretación jurídica no significa nada más que aclarar la voluntad del legislador sobre la base de sus palabras e ideas. Durante el siglo XIX, Thibaut y von Savigny, lo mismo que Windscheid y Bierling (al comienzo del siglo XX) subrayaban la misma idea como una de las estrategias básicas de la interpretación jurídica(28).

(28) Ver, por ejemplo, Björne, Lars, *Deutsche Rechtssysteme im 18. und 19. Jahrhundert*, especialmente págs. 131 ss., donde se puede encontrar un análisis verdaderamente notable del desarrollo histórico del llamado pensamiento sistemático de la ciencia jurídica.

De acuerdo con la doctrina tradicional inglesa, la voluntad del legislador no cabe entre las fuentes del derecho. Sin embargo, en todos los países del “*Common Law*” aumenta gradualmente la importancia de los *travaux préparatoires*. La razón de este reciente fenómeno es totalmente natural: cada vez es mayor el volumen del derecho escrito, cubre más sectores de la sociedad y, con ello, la importancia del derecho escrito como mecanismo de conducción de la sociedad aumenta continuamente. Por otra parte, la dinámica de la sociedad es tal que es simplemente imposible formular los textos de las leyes de forma tal que ellos expresen directamente el área de aplicación. A menudo, el procedimiento legislativo es la única fuente desde la cual el intérprete puede obtener información adicional.

El concepto de *travaux préparatoires* cubre, por ejemplo, los siguientes documentos como fuente de información:

- diversos estudios básicos publicados como informes de comisiones, informes del Consejo legislativo, informes de los diferentes grupos de trabajo de los ministerios, informes de los funcionarios, etc.
- proyectos de leyes del gobierno presentados al Parlamento,
- las minutas de las comisiones del Parlamento y, en algunos casos, los informes de estas comisiones, y
- los protocolos de las discusiones en las sesiones plenarias del Parlamento y los resultados de las votaciones en el Parlamento sobre diversas cuestiones, tal como son publicados en los documentos del Parlamento.

Además, se podrían mencionar las notas inéditas, las minutas de las reuniones de comisiones (no parlamentarias), las manifestaciones de los individuos que participan en la redacción de los proyectos de leyes, etcétera. Mucho del material aquí mencionado incluye también material subsidiario, tales como informes estadísticos, sobre la base de los cuales pueden haber sido formuladas algunas de las tendencias en las propuestas.

(c) A menudo el derecho consuetudinario es mencionado como fuente del derecho. Una subcategoría del derecho consuetudinario es la práctica comercial. Como observa Aatos Alanen, la aceptación del derecho consuetudinario como fuente del derecho está basada en el hecho de que “lo que es continuamente repetido se convierte ante la opinión general en una regla obligatoria de conducta, especialmente cuando se la considera apropiada y razonable”(29).

En el Capítulo 1, Sección 11 del Código finlandés de Procedimiento Judicial, “la costumbre del país” es aceptada como fuente del derecho, pero está sujeta al derecho escrito: “La costumbre del país, si no es irrazonable, servirá también de guía para él (el juez), cuando no hay ley escrita”.

(29) Alanen, Aatos, *Yleinen oikeustiede ja kansainvälinen yksityisoikeus*, 1965, pág. 56 y Peczenik, *Juridikens metodproblem*, págs. 136-137. Con respecto al derecho consuetudinario en general: Klami, Hannu Tapani, *Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle*, págs. 4 ss. y 44 ss.

En la filosofía del derecho ha sido reiteradamente discutida la cuestión acerca del nacimiento y la obligatoriedad del derecho consuetudinario en el sistema de derecho escrito. Con mucho apoyo ha contado la concepción según la cual la naturaleza obligatoria del derecho consuetudinario se basa en la aceptación tácita del legislador. En la doctrina de la Escuela histórica esto no es aceptado sin más; la naturaleza obligatoria del derecho consuetudinario se basaría en la convicción jurídica de los ciudadanos(30). En el pensamiento posterior, se ha señalado muchas veces que su naturaleza obligatoria resulta simplemente del hecho de que una cierta costumbre ha sido aplicada en la práctica durante un periodo prolongado. Al hacerlo así, el interés en la certeza jurídica exige que la costumbre sea “legalizada” o, al menos, que sea aceptada como regla obligatoria del derecho(31). La cuestión de saber cuánto tiempo la costumbre tiene que mantenerse a fin de convertirse en fuente obligatoria del derecho ha sido a menudo dejada librada a la discrecionalidad del caso individual.

A veces, la costumbre del país puede desplazar al derecho escrito. Tal es el caso cuando las circunstancias cambian y el texto de la ley queda sin campo de aplicación. Este es un ejemplo, aunque no el único, de la llamada *desuetudo*. La norma expresada en el texto legal y la norma producida a través del derecho consuetudinario entran en conflicto y el primero cede ante la segunda. Este tipo de desuetudo tiene un significado algo diferente en la dogmática jurídica y en la práctica de los tribunales. Como señala Makkonen, toda norma formalmente válida ofrece al juez, de hecho, la posibilidad de aplicarla(32). La posibilidad de actuar de acuerdo con la vigencia de una “regla en desuetudo” no queda eliminada. Por otra parte, en la investigación, la desuetudo constituye, de hecho, una justificación que tiene que ser tomada en cuenta cuando se argumenta en favor o en contra de una interpretación. Esto es especialmente evidente cuando el investigador intenta predecir el comportamiento de los tribunales. La desuetudo es un argumento fuerte a favor de la opinión de que la norma no será aplicada. Y, sin embargo, el juez puede – aun cuando ello sea sumamente raro – aplicar aquella norma.

Finalmente, conviene recordar la reserva del Capítulo 1, Sección 11 del Código finlandés de Procedimiento Judicial; la costumbre del país tiene que ser razonable. Alanen observa que ésta es una reserva bien fundada ya que las normas del derecho consuetudinario no están basadas en decisiones de la misma forma como lo están las del derecho escrito. El principio de razonabilidad es como si controlara la costumbre del país(33).

(30) Brusiin, op. cit., págs. 7 ss. y Alanen, op. cit., pág. 57. Ver también Strömholm, op. cit., págs. 187 ss.

(31) Alanen, op. cit., págs. 58 ss.

(32) Makkonen, *Zur Problematik der juristischen Entscheidung*, pág. 65.

(33) Alanen, op. cit., pág. 60.

(d) *Decisiones de los tribunales*. Al respecto ya se ha dicho mucho con relación a los precedentes(34).

Cuando una decisión es considerada como precedente, se la juzga como tal desde el punto de vista de alguna decisión posterior. La decisión anterior “precede” siempre a la posterior. Tomo aquí un ejemplo del sistema del *Common Law*. Dentro de este sistema, se considera que no es posible que el cuerpo judicial tenga autoridad para decidir si su propia decisión habrá de tener el status de precedente. Esto lo decidirá la jurisprudencia posterior.

En el más amplio sentido de la palabra, un precedente puede referirse a cualquier decisión judicial que tenga algún tipo de *relevancia* para la jurisdicción posterior. Puede, por ejemplo, servir como un argumento, entre varias razones, para obtener un cierto resultado en el caso en cuestión. Hablando en sentido amplio, cualquier decisión puede tener tal relevancia para una jurisdicción posterior. Sin embargo, en el sentido estricto (y más correcto) de la palabra, sólo las decisiones de las cortes *supremas* del país —en Finlandia, la Corte Suprema y la Corte Administrativa Suprema— pueden en verdad ser llamadas precedentes. Ver, sin embargo, pág. 130.

La fuerza obligatoria de un precedente puede ser de dos tipos: o bien *legal* (*de jure*) o *fáctica* (*de facto*)(35). La primera significa que un juez puede ser acusado de mal desempeño de sus funciones si no toma en cuenta un precedente al decidir un caso de tipo similar. Con otras palabras, la observancia del precedente está legalmente sancionada. Por otra parte, la fuerza obligatoria fáctica de un precedente tiene sólo el carácter de una directriz. Así, un fuerte peso vinculante de un precedente puede significar que si el precedente no es seguido por el tribunal inferior, es sumamente probable que el caso sea decidido de manera diferente — y de acuerdo con el precedente — en un tribunal superior, por ejemplo, la Corte de Apelaciones o la Corte Suprema.

Puede decirse que un precedente es *horizontalmente* vinculante si vincula (*de jure o de facto*) la jurisprudencia posterior del mismo cuerpo jurisdiccional, por ejemplo, la de la Corte Suprema.

Así, por ejemplo, de acuerdo con el Reglamento de trabajo interno de la Corte Suprema de Justicia (§ 22), una desviación de un precedente anterior de la Corte Suprema requiere que el caso sea decidido o bien por el plenario de la Corte o por la llamada composición reforzada de una Sección de la Corte. La fuerza vinculante *vertical* de un precedente se refiere al efecto que las decisiones dadas por un tribunal superior tienen en la jurisdicción de los tribunales inferiores. Por ejemplo: un precedente formulado por la Corte Su-

(34) Aarnio, *Denkweisen der Rechtswissenschaft*, págs. 135 ss. Con respecto al precedente en general, ver Brusiin, *op. cit.*, págs. 167 ss., Peczenik, *op. cit.*, págs. 104 ss., Strömholm, *op. cit.*, págs. 333 ss. Con respecto a la posición de los precedentes en el derecho americano, ver Radin, Max, “Case Law and Stare Decisis”, págs. 3 ss. Un excelente análisis es el de Saarenpää, Ahti E., “Court Decisions as the Focus of Study” en *SSL* 1984, págs. 123 ss.

(35) Sobre esta distinción, ver Aarnio, A., *Oikeussäätönnösten tulleinnasta*, págs. 89 ss.

prema vincula (*de jure* o *de facto*) la práctica judicial de las cortes de apelación y de los tribunales de primera instancia(36).

En la cultura jurídica finlandesa (y sueca), existe un viejo principio según el cual ni siquiera las decisiones dictadas por la Corte Suprema de Justicia tienen efecto *jurídico* vinculante – horizontal o vertical – en la práctica judicial de los tribunales inferiores. La desviación de un precedente no ha sido considerada punible en tanto conducta reprochable en el ejercicio de las funciones. Y este viejo principio jurídico sigue siendo derecho válido en la actualidad. Por consiguiente, la desviación de un precedente está siempre permitida cuando hay razones materiales para hacerlo y la práctica judicial se ha mantenido consecuentemente viva y flexible. En efecto, este importante principio se remonta al siglo XVII y establece que un juez no puede decidir un caso sobre la única base de un precedente anterior. Se considera que todo conflicto judicial posee tantas características individuales que todo el material jurídico relevante tiene que ser tomado en cuenta en la discrecionalidad judicial(37).

Por otro lado, el efecto fáctico vinculante de los precedentes ha sido, en general, reconocido, con diferente fuerza vinculante de caso en caso. La fuerza vinculante de un precedente depende del *peso de los argumentos* presentados para la decisión. El asunto ha sido formulado muy claramente en Suecia de forma tal que sólo el peso de los argumentos de un precedente tendrá influencia decisiva en la práctica judicial de los tribunales inferiores. Se ha pensado que el efecto vinculante fáctico de los precedentes refuerza la unidad de la jurisprudencia nacional y aumenta así la seguridad jurídica que gozan los ciudadanos. El Código de Procedimiento Judicial se refiere también a esta cuestión. Durante largo tiempo, una parte en un juicio tenía el derecho a solicitar autorización para apelar ante la Corte Suprema si su caso era relevante para otros litigios judiciales de carácter similar. Es decir que la naturaleza de precedente del caso era la razón para apelar ante la Corte Suprema. Sin embargo, en la actualidad, el sistema es ligeramente distinto. La reforma legal que entrara en vigencia en 1980 (ver Código de Procedimiento Judicial 30:3), ha restringido apreciablemente el derecho del litigante a que la Corte Suprema decida su caso. Una autorización de apelación ante la Corte Suprema puede ser otorgada o bien por el carácter de precedente del caso o porque así lo justifica la unidad de la práctica judicial nacional. Como sólo un número muy limitado de casos ingresa ahora en la Corte Suprema, el peso como precedente de las decisiones tomadas en esos casos ha aumentado consecuentemente.

(36) Ver, sin embargo, la decisión de la Corte Suprema KKO 2649/19.10.1966 y Miettinen, M. en *Minutes of the XXI Annual Meeting of the Lawyers' Union in Finland*, 1970, págs. 80 ss.

(37) The Royal Letter to the Court of Appeal in Göta 1682 y Nehrman, D., *Inledning til hen swenska jurisprudentiam civilem*, 1729, pág. 72.

El asunto tiene algunas consecuencias muy relevantes por lo que respecta tanto a la seguridad jurídica de los ciudadanos como al concepto mismo de precedente. En la dogmática jurídica se ha dicho que cuanto más *interesante* es el problema de interpretación jurídica que el peticionante presenta con su caso, tanto mayores son sus posibilidades de obtener autorización para apelar ante la Corte Suprema debido a la naturaleza de precedente de su caso. La cuestión clave no son los intereses del peticionante sino el carácter “interesante” del problema de interpretación de la norma. Así, la protección de los derechos de un ciudadano individual puede ser ignorada a fin de solucionar un problema de interpretación jurídica de una naturaleza más general. Por consiguiente, la Corte Suprema de Justicia adquiere cada vez más el status de un cuerpo general de interpretación y creación de normas.

Se ha mencionado también en este sentido que la Corte Suprema de Justicia a menudo parece otorgar autorización de apelación en aquellos casos en los que se piensa que así lo requiere la unidad de jurisprudencia. Sin embargo, esto encierra un peligro. Se piensa que la unidad de la práctica jurídica nacional está en peligro siempre que un tribunal inferior se aparta de un precedente formulado por la Corte Suprema. Ella controlaría exactamente la observancia de su *propia* praxis judicial. Esto puede tener un efecto lateral de “clausura” en todo el orden jurídico: la Corte Suprema dictaría automáticamente qué es lo que ha de ser considerado como *correcto* en la sociedad. Pero volvamos al concepto de precedente.

En la discusión acerca del efecto vinculante de la decisión, la rubricación del caso ha recibido un status central. Representantes de la Corte Suprema han subrayado en diversos contextos que justamente cuando se rubrica el fallo se dicta una norma con carácter de precedente. Este es una descripción “resumida” de lo que se considera *jurídicamente relevante* en el caso. Sin embargo, el fallo del caso puede ser interpretado (al menos) en dos formas diferentes.

Primero, es perfectamente concebible que el fallo del caso no establezca más que la solución dada a un problema jurídico individual: como la existencia de los hechos T_i ha sido puesta en evidencia, la disputa jurídica entre las personas A y B ha sido decidida en la forma R_i . Lo que aquí interesa es la descripción de un caso jurídico individual y la decisión a él vinculada y no una norma que tenga carácter general. Con otras palabras, el fallo del caso informa acerca de la decisión tomada. El verdadero significado del fallo del caso es revelado sólo después de haber tomado conocimiento de todo el material documental del caso, comenzando con el escrito y terminando con las notas de apelación y sus anexos. Tal interpretación parecería coincidir bien con las ideas que subrayan el carácter único de cada caso judicial. El caso bajo consideración ha sido resuelto en la forma R_i *justamente porque* la descripción de caso es T_i .

Si el fallo de un caso es entendido de esta forma, es decir, como una descripción de un caso singular, difícilmente se puede hablar aquí de un precedente. La descripción tiene más bien una gran similitud con una “explicación” de un evento histórico con la ayuda de una “ley” singular, conocida generalmente como la paradoja de Dray. Se ha solido mencionar como ejemplo el estallido de la Primera Guerra Mundial. Una “ley” histórica sobre esta cuestión podría ser la siguiente: una guerra es siempre el resultado de una cadena de eventos tal que un archiduque es baleado en su automóvil en tales y cuales circunstancias. La descripción y la “ley” histórica están vinculadas a este caso particular. Así, por lo tanto, no existe una regla que pudiera ser aplicada para la explicación de algún otro evento.

En realidad, el concepto mismo de precedente requiere otro tipo de interpretación del fallo; la propia Corte Suprema de Justicia de Finlandia parece haber defendido esta posición. De acuerdo con esta alternativa, el fallo del caso indica la *norma* (regla jurídica) que ha sido seguida en el caso. Con otras palabras, el fallo equivale a una formulación de norma cuyo contenido es la norma jurídica que ha sido debidamente aplicada. Como formulación de norma, el fallo representa un grado más alto de generalidad que la descripción de los hechos o los argumentos esgrimidos en el caso. El fallo define una cierta *clase* de casos a los cuales se vincula cierto tipo de consecuencias jurídicas. El fallo queda “desprendido” de la decisión original y – por así decirlo – adquiere vida propia.

En el lenguaje jurídico, el término precedente tiene, a menudo, el significado de un *caso* precedente y no de una decisión jurídica precedente. Sin embargo, la elección del término no altera la cuestión de una manera significativa. Hablando con propiedad, la noción de un caso precedente no se adecúa muy bien a la idea del fallo del caso como una formulación de norma. El caso mismo, es decir, su descripción fáctica, no tiene ningún peso como precedente; sólo la regla jurídica vinculada al caso lo tiene. Más aún, el fallo del caso no revela nada de los hechos del caso individual *si* se lo piensa como desvinculado del caso originario y que ha recibido el status de una formulación independiente de norma. Para captar la problemática vinculada con el fallo en tanto formulación de norma, me referiré expresamente a la *decisión* jurídica en cuestión cuando utilice el concepto de precedente.

De acuerdo con esta forma de pensar, el carácter de precedente de una decisión judicial reside en que los cuerpos jurisdiccionales están sujetos a la norma formulada en el fallo de un caso cuando toman una decisión en un caso posterior *similar*. Así, pues, la fuerza de tal efecto fáctico vinculante depende de la probabilidad de que los tribunales, en su propia discrecionalidad judicial, adhieran de hecho a la decisión. En algunos campos del derecho, por ejemplo, en el derecho fiscal, el carácter reiterativo de los casos que deben ser solucionados puede enfatizar el peso vinculante de los precedentes.

En algunos otros campos del derecho, por ejemplo, en el derecho civil, las descripciones del hecho son, por lo general, muy especiales y, por ello, únicas y así el efecto vinculante de los precedentes se vuelve más problemático.

La norma dictada en el fallo de un caso puede ser de dos tipos. El fallo puede definir una regla explícita que ha de ser aplicada a un cierto *tipo* de casos jurídicos. Sin embargo, es un lugar común que el fallo no la ofrece explícitamente. Muy a menudo está abierta a diferentes interpretaciones alternativas. Por ejemplo, los tribunales finlandeses tienen autoridad para imponer una desviación de un contrato válido desde el punto de vista del derecho civil si se considera que la estipulación del caso viola el principio de equidad. ¿Cuál es, pues, el significado de la expresión “en contra del principio de equidad”? La amplitud de la expresión adquiere una importancia clave.

Resumiendo, se pueden considerar los siguientes tipos de decisiones como fuentes del derecho:

- *las decisiones de los tribunales supremos* (la Corte Suprema, la Corte Administrativa Suprema). En conexión con la Corte Suprema, habría que señalar que existe alguna legislación que limita la posibilidad de apelar ante ella. Por esta razón, son principalmente los casos que tienen relevancia general para la aplicación del derecho los que son canalizados hacia este nivel judicial. Así, esta legislación excluye un gran número de decisiones donde la decisión del tribunal inferior se vuelve final. Esto significa que, especialmente a la larga, el valor real de precedente de las decisiones de la Corte Suprema aumentará.

- *Decisiones a nivel judicial intermedio*, por ejemplo, decisiones de las cortes de apelación, especialmente si no puede apelarse desde estas cortes al nivel supremo. Este sería el caso o bien debido a las limitaciones legislativas a las que se ha hecho referencia más arriba o porque la ley expresamente prohíbe apelar en ciertos asuntos. Recientemente, el valor de precedente, especialmente de las decisiones de las cortes de apelación, ha ido en aumento.

- En algunos casos también la *praxis de un tribunal inferior* puede tener relevancia como precedente o, al menos, relevancia como justificación de una decisión. Tal es el caso cada vez que el asunto es tratado únicamente a nivel de un tribunal inferior. Un ejemplo típico en la Ley de herencia serían las decisiones sobre la designación del administrador o del ejecutor del patrimonio⁽³⁷⁾. En realidad, estas decisiones han creado, ellas mismas, la práctica que ahora constituye toda la institución.

(e) *Principios generales del derecho y principios morales* (valores). En la filosofía del derecho, la naturaleza, contenido y posición de los principios generales del derecho han sido a menudo cuestionados. En conexión con esto me referiré únicamente a las opiniones expresadas sobre este asunto por

(37) The Royal Letter to the Court of Appeal in Göta 1682 y Nehrman. D., *Inledning til hen swenska jurisprudentiam civilem*, 1729, pág. 72.

Otto Brusiin y Kaarle Makkonen(38). Por otra parte, es innegable que en el razonamiento jurídico se hace referencia a principios tales como *pacta sunt servanda*, *buena fe* y *nulla poena sine lege*. Se considera que éstos y otros principios similares “derivan” de la legislación existente. Expresan reglas jurídicas no escritas y, sin embargo, válidas. Chaim Perelman escribe: “Se puede pues decir que este principio general está fundamentado en la ley”(39). Los principios generales son parte de la tradición jurídica que, a través de las decisiones y su justificación, son transmitidos de una generación a otra, aun cuando no estén escritos en la ley.

Los principios morales generales se encuentran parcialmente en una posición diferente. Sin embargo, en algunos casos, tienen valor como base de justificación y pueden también ser mencionados. Como ejemplo, podemos recordar la discusión sobre el aborto, en donde el principio del respeto a la vida juega un papel importante. En igual medida, se puede pensar que, en ciertos contextos, la referencia a la justicia podría ser un argumento en una decisión discrecional.

En un contexto moral, los principios mencionados tienen sólo valor moral. Cuando se usa el mismo principio como justificación de una decisión jurídica, éste obtiene relevancia jurídica. Esto muestra que no hay nada vinculado con estos principios en tanto tales que nos justifique categorizarlos como jurídicos o morales(40). Su status como fuentes del derecho depende únicamente del contexto en el cual son utilizados. Este asunto tiene importancia, inclusive más allá de la interpretación académica. Nuestro ejemplo de la medida en la cual los principios morales están ligados al contexto muestra cuán ambigua es la línea entre el derecho y la moral, cuando se la examina desde el punto de vista de la decisión jurídica. Ya el hecho de que los principios morales puedan – en algún sentido relevante – ser una fuente del derecho muestra que es imposible trazar categóricamente una línea de demarcación. Volveré sobre este asunto en conexión con el análisis de la teoría de los valores.

(f) *Opiniones doctrinarias*. Por lo general, en la interpretación finlandesa del derecho, se encuentran referencias a la dogmática jurídica sólo en las obras académicas. No forma parte de la tradición de los tribunales hacer referencia a científicos del derecho y ni siquiera a la llamada opinión dominante. Esto no significa que en las deliberaciones que se realizan dentro del

(38) Brusiin, op. cit., págs. 157 ss. y Makkonen, *Zur Problematik der juristischen Entscheidung*, págs. 153 ss. Ver también Jørgensen, Stig, *Law and Society*, págs. 110 ss. Para comentarios sobre la relación entre principios generales del derecho e inducción jurídica, ver Aarnio, *Denkweisen der Rechtswissenschaft*, págs. 201 ss.

(39) Perelman, Chaim, *Juristische Logik als Argumentationslehre*, pág. 109.

(40) Aarnio, “Eternal and Changing Law” en *Philosophical Perspectives in Jurisprudence*, págs. 100 ss. En este contexto son interesantes las críticas que Dworkin dirige a la concepción hartiana de los principios jurídicos. Lo importante es saber qué es lo que convierte a los principios en principios jurídicos. Cfr. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, págs. 36 ss.

tribunal, a puertas cerradas, por así decirlo, no puedan jugar un papel importante las opiniones expresadas en la dogmática jurídica. A esta categoría pertenecen no sólo las opiniones del derecho válido sino también las referencias al derecho comparado, a la historia del derecho (por ejemplo, la información acerca del desarrollo del texto jurídico en cuestión) y a otro material objeto de un estudio doctrinal (por ejemplo, acuerdos de organizaciones internacionales como la CE).

(g) Razones prácticas o los llamados *argumentos reales*. Especialmente desde 1950, ha sido habitual en el pensamiento jurídico finlandés tomar en cuenta diversos tipos de razones prácticas. Desde el punto de vista finlandés, la presencia de este tipo de justificación está vinculada con el derrumbe de la llamada forma constructivista de pensamiento (dogmática jurídica conceptual, *Begriffsjurisprudenz*) después de la Segunda Guerra Mundial. Este enfoque fue fuertemente controvertido por la llamada jurisprudencia analítica(41). Cuando, a fines del siglo pasado, existía una estrecha vinculación entre la tendencia constructivista y la ciencia jurídica alemana, la jurisprudencia analítica y la dogmática jurídica basada en esta forma de pensamiento era, a su vez, apoyada por parte de la filosofía analítica anglosajona y la tradición jurídica escandinava(42). Una consecuencia indirecta de esto fue que la justificación en la dogmática jurídica y en el derecho en general se abrió a las razones prácticas.

A este grupo de razones pertenecen, por ejemplo, varios tipos de comparación entre diferentes intereses: el interés del vendedor/comprador, del empleado/empleador, etc. En ciertos casos, la comparación se centra en los intereses del Estado (o de la sociedad) *versus* el miembro individual de la comunidad.

El uso de este tipo de argumento sigue normalmente la forma del llamado razonamiento consecuencialista(43). El intérprete se refiere a una consecuencia (por ejemplo, el interés del vendedor), evalúa esta consecuencia en una forma positiva y, sobre esta base, argumenta en favor de una cierta solución. Por ejemplo: si la solución I_1 , fuera aceptada, la consecuencia sería C_1 ;

(41) Con respecto a esta crítica, ver Aarnio, "The Development of Legal Theory and Philosophy of Law in Finland", págs. 9 ss. Ver también Aarnio, "150 anni di filosofia del diritto in Finlandia", págs. 809 ss.

(42) Aarnio, "The Development of Legal Theory and Philosophy of Law in Finland", págs. 20 ss.

(43) Por lo que respecta al razonamiento teleológico de acuerdo con el instrumentalismo pragmático, se puede encontrar un excelente análisis en Summers, Robert S., *Instrumentalism and American Legal Theory*, págs. 60 ss. Con respecto a la consideración de las consecuencias en general, ver McCormick, op. cit. págs. 100 ss. Ver también Aarnio, *Denkweisen der Rechtswissenschaft*, págs. 84 ss., en donde se trata la interpretación presentada bajo la forma de las llamadas normas técnicas, Klami, *Finalistinen oikeusteoria*, págs. 42 ss y Peczenik, *Juridikens metodproblem*, págs. 150 ss. Peczenik presenta el método de la llamada interpretación teleológica en general.

si I_2 , entonces, C_2 . La elección final está basada en el orden de prioridad entre C_1 y C_2 . Este tipo de razonamiento será analizado más adelante en el párrafo 4.6.5.

3.2.2. *Observaciones generales.* La historia del pensamiento jurídico nos enseña que la doctrina de las fuentes del derecho ocupa una posición importante tanto en la actividad de la toma de decisiones en los tribunales como en la comprensión de la investigación en la dogmática jurídica. La concepción de cuál actividad de decisión – y, consecuentemente, qué dogmática jurídica – existe en cada período depende decididamente del contenido de la doctrina de las fuentes del derecho que se adopte. Unos pocos ejemplos pueden ilustrar este punto.

La Escuela exegetica, que floreció, por ejemplo, durante el período siguiente a los Códigos napoleónicos (a comienzos del siglo XIX), aceptaba una doctrina muy limitada de las fuentes del derecho. En su forma más radical, esta doctrina admitía como fuentes del derecho sólo los textos legales aceptados. Una consecuencia natural de esto era que la forma pura de la Escuela exegetica desconocía la interpretación del derecho. El propósito de las decisiones era observar los contenidos del derecho y aplicar la disposición a los hechos que habían demostrado ser verdaderos. Con respecto a los teóricos de la Escuela exegetica, Perelman ha escrito que ellos trataban de concentrarse en el establecimiento de los hechos del caso y en una simple subsumción(44).

Una doctrina ligeramente más liberal de las fuentes del derecho acepta la posibilidad de que cuando el texto de la ley es poco claro, el decisor puede considerar los propósitos del legislador.

Tal debilitamiento de la doctrina existía ya embrionariamente en las concepciones de la Escuela exegetica y está claramente expresado, por ejemplo, en la Sección 6 del Código Civil austríaco, el ABGB. La doctrina de la voluntad hipotética del legislador fue desarrollada más tarde como complemento de esta interpretación histórica: el objetivo de la interpretación es dilucidar cuál *habría sido* la voluntad del legislador *si* este tipo de problema hubiera sido discutido durante el procedimiento legislativo. En el sentido propio del término, la voluntad hipotética no se refiere a la historia legislativa (la voluntad genuina del legislador). Sin embargo, es una manifestación de una doctrina que explica las normas jurídicas como resultados de una voluntad (actos de voluntad, *Willensakte*)(45).

(44) Perelman, op. cit., págs. 79 y 109.

(45) Perelman, op. cit., pág. 43 y Germann, O. A., *Methodische Grundfragen*, págs. 4 ss. Ver también Rahlf, Joachim, "Die Rolle der historischen Auslegungsmethode in der Rechtsprechung des BGH", págs. 27 ss. En el Realismo escandinavo, sobre todo Karl Olivecrona ha presentado la crítica a la voluntad del legislador. Cfr. por ejemplo, *Law as Fact*, págs. 65 ss.

En gran medida, todas estas doctrinas de las fuentes del derecho tendían metodológicamente hacia el pensamiento silogístico. Una decisión jurídica es entendida como la vinculación de normas superiores inequívocas con enunciados que describen los hechos.

La conclusión es así el resultado de una operación lógica. No es necesario entrar en la crítica de este pensamiento silogístico. La discusión llevada a cabo sobre este asunto ha demostrado claramente los límites de la doctrina(46). Basta subrayar que la extensión de la doctrina de las fuentes del derecho está vinculada con la forma como el razonamiento jurídico es entendido y, a través de ello, con la forma como, por ejemplo, se determina qué es y qué no es la dogmática jurídica(47).

Como puede verse fácilmente en la lista de las fuentes del derecho presentada más arriba, la doctrina finlandesa (y escandinava) actual de las fuentes del derecho es muy liberal(48). Esto tiene una importancia decisiva desde el punto de vista de nuestro tema. Una doctrina liberal de las fuentes del derecho es una condición necesaria del tipo de teoría justificatoria presentada en este estudio. Por ejemplo, la idea de la audiencia y la crítica a las doctrinas de una única interpretación correcta no son posibles dentro del ámbito del tipo de doctrina limitada de las fuentes del derecho representada por la Escuela exegética y otras similares.

3.3. *La categorización de las fuentes del derecho*

Aleksander Peczenik ha agrupado las fuentes del derecho en tres categorías según la estrictez de las reglas con las cuales estas fuentes están vinculadas(49). Con otras palabras, la base de la categorización es la medida en la cual las fuentes del derecho son obligatorias. Sin tomar una posición prejuiciada con respecto a la importancia general de tales reglas en la justificación, la clasificación sugerida por Peczenik puede ser utilizada como categorización básica de las fuentes del derecho.

3.3.1. *La obligatoriedad de las fuentes del derecho.* (a) En las diferentes comunidades jurídicas, existe un principio, escrito o no, de acuerdo con el cual, en determinada situación, hay que referirse a una determinada fuente

(46) Ver nota 21 del Capítulo III.

(47) Aarnio, *Rechtstheorie*, Beiheft 3, págs. 51-53.

(48) También sobre la base de esta doctrina, cuatro fuentes del derecho destacan sobre todas las demás: derecho escrito, *travaux préparatoires*, decisiones judiciales y derecho consuetudinario. Ver también Aarnio, *Denkweisen der Rechtswissenschaft*, págs. 133 ss.

(49) Peczenik, op. cit., págs. 48 ss., Peczenik "The Structure of a Legal System" en *Rechtstheorie* 6 (1975), págs. 7 ss. y Peczenik en *Rechtstheorie* 2 (1980), págs. 150 ss., Cfr. los conceptos "permisivo" y "obligatorio" de H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, págs. 246 ss.

del derecho. Esta fuente del derecho es obligatoria en sentido fuerte, es decir que si el decisor, por ejemplo, el juez, no la toma en cuenta, es pasible de sanción como funcionario. Por otra parte, con respecto a los investigadores, y sobre este trasfondo, existe una obligación *epistémica* de obedecer una fuente obligatoria del derecho. Como ya se ha mencionado, tal fuente del derecho, en virtud del Capítulo 1, Sección 11 del Código de Procedimiento Judicial finlandés, es una ley o, desde el punto de vista lingüístico, un texto legal. En conexión con esta regla, en Finlandia uno se siente muy ligado, por ejemplo, al principio "*nullum crimen sine lege*". Este principio básico del derecho penal es notorio en la praxis finlandesa en el sentido de que ciertas autoridades (los fiscales de las cortes de apelaciones) controlan muy de cerca el uso de la discrecionalidad en la imposición de la pena.

En el derecho civil, no ha sido reconocido un principio similar en una forma estricta. Sin embargo, si existe un texto legal inequívoco y no hay dudas acerca de su aplicabilidad al caso, el juez que omite aplicar esta disposición es pasible de sanción por incumplimiento de sus deberes(50). Por otra parte, la referencia a una disposición equivocada no significa una falla en la realización de los deberes de juez si la conducta es involuntaria. Así, en la práctica, el decisor está muy raras veces expuesto a la acusación de prevaricato.

Si no existe una ley, la decisión tiene que ser tomada invocando las costumbres del país, de acuerdo con el Capítulo 1, Sección 11 del Código de Procedimiento Judicial. El tribunal tiene que tomar siempre en cuenta no sólo la costumbre del país que ha sido establecida a través de la práctica judicial, sino también aquella costumbre que se ha vuelto generalmente vinculante en la práctica social. Ejemplos de esta última podrían ser, como ya se ha mencionado, diversas formas de la práctica comercial.

La obligatoriedad de la costumbre del país como fuente del derecho no tiene el mismo grado que la de los textos legales. Ante todo, es más problemático afirmar cuándo una costumbre es válida que cuándo lo es un texto legal. La costumbre del país no está escrita en ninguna parte, con la excepción quizás de algunos principios formulados en el ámbito de los negocios. Segundo, es difícil estudiar la medida en que la costumbre es seguida, su naturaleza en tanto costumbre del país. Un tercer problema está vinculado con el requisito de "razonabilidad" establecido en el Capítulo 1, Sección 11 del Có-

(50) En este sentido, se puede hablar de una obligación de justificar la decisión. Esta no es sólo una obligación epistémica sino también jurídica. Primero, el asunto puede ser devuelto al tribunal inferior si no hay justificación suficiente en la decisión (ver Finnish Supreme Court 1980, II 79). Segundo, el juez será condenado si ha dictado una decisión sin justificación (Brusiin, *Tuomarin harkinta normin puuttuessa*, págs. 59 ss.) De acuerdo con una propuesta de reforma, (Committee Report 1966: B 27), el Capítulo 24, Sección 5 del Código de Procedimiento Judicial debería ser reformulado de manera tal que el juez tuviera una obligación jurídica de referirse al derecho y, en caso de ambigüedad, a las razones de interpretación. Hasta ahora, esta propuesta no es derecho válido en Finlandia.

digo. Aun cuando sea posible observar que existe una costumbre general válida con respecto a un cierto asunto, puede ser que si se toman en cuenta todas las circunstancias, la costumbre no sea razonable en una situación particular. En este caso, no puede ser utilizada como fuente vinculante del derecho. Por consiguiente, nuestro principio de la obligatoriedad del derecho consuetudinario tiene que ser formulado cautelosamente de la siguiente manera: *si* existe una costumbre general válida con respecto a esa área y *si* la costumbre es razonable y *si* no hay un texto legal que se refiera al asunto, el juez *tiene* que tomar en cuenta judicialmente esta costumbre y aplicarla al problema en cuestión.

(b) Un segundo grupo de fuentes del derecho está constituido por aquellas que deberían ser seguidas en la interpretación, es decir, aquellas con respecto a las cuales el juez tiene sólo un “deber débil” de obediencia. El no tener en cuenta estas fuentes del derecho en la justificación de la decisión no puede implicar nunca responsabilidad del juez por incumplimiento de sus tareas. Sin embargo, el término “deber débil” requiere una mayor especificación.

Es una cuestión de la obligación de *ofrecer pruebas* con respecto a la justificación. Si no se hace referencia a la fuente que pertenece a este segundo grupo, entonces la racionalidad de la discrecionalidad requiere que el intérprete dé razones acerca de por qué no la tuvo en cuenta. De esta manera, el “deber débil” es vinculado con el concepto de discrecionalidad racional. A fin de ser racional en su discrecionalidad, el intérprete tiene que seguir reglas relacionadas con este tipo de la carga de la prueba. Así formulado, el deber débil de referirse a esta categoría de fuentes tiene sus raíces en la ideología jurídica aceptada por la comunidad jurídica (por ejemplo, la finlandesa). Se espera que la interpretación sea justificada; está justificada sólo si las fuentes disponibles del derecho han sido utilizadas en la forma apropiada.

El material que surge en la historia legislativa de los textos legales y de las decisiones judiciales pertenece a esta segunda categoría (b). Con respecto a las decisiones de los tribunales, ya se ha señalado que en Finlandia ellas no tienen el carácter de precedentes. Por otra parte, el Capítulo 1, Sección 11 del Código de Procedimiento Judicial no menciona como vinculante al material elaborado en la historia legislativa de los textos legales. Así, cuando el texto legal no proporciona la decisión final en el asunto, el intérprete tiene que referirse a los *travaux préparatoires* si la cuestión ha sido tratada allí. El no tomar en cuenta los *travaux préparatoires* no equivale a un incumplimiento de funciones, razón por la cual, dicho sea de paso, los *travaux préparatoires* son usados raras veces en la práctica de los tribunales. Sin embargo, quien los descuida actúa en contra de la regla de la carga de la prueba establecida por la discrecionalidad racional.

En este sentido, el sistema finlandés difiere muy claramente del austriaco. En el ABGB § 6 figura la norma: “En su aplicación, no debe darse a una ley ningún otro sentido que el que... surge de la clara intención del legislador”. El objetivo es pues la dilucidación de la voluntad histórica del legislador. El texto del ABGB § 6 es estrictamente normativo: “... no debe... ningún otro...” Es una norma obligatoria.

Por lo que concierne a la apelación, el incumplimiento del deber débil significa que la decisión probablemente será revocada por el tribunal superior. Por ejemplo, si existe una decisión reciente de la Corte Suprema y el decisor no resuelve el problema de acuerdo con ella, a pesar de existir una clara analogía entre el caso en cuestión y el caso resuelto por la decisión, la probabilidad de que la decisión sea revocada en la apelación es muy grande. Lo mismo vale con respecto a las otras fuentes mencionadas en la segunda categoría. Sin embargo, la probabilidad de que las decisiones sean revocadas varía según el caso. Si, por ejemplo, la fuente es ambigua y/o la aplicabilidad de la fuente es problemática, el grado de probabilidad de que ello suceda no puede ser muy alto.

La razón del probable cambio en la apelación reside en la naturaleza del deber débil como manifestación de la carga de la prueba. Para argumentar racionalmente, es decir, para satisfacer las expectativas de certeza jurídica, hay que referirse a este tipo de fuentes. Por otra parte, la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema son instituciones sociales establecidas especialmente para maximizar las expectativas de racionalidad en el procedimiento de decisión. Por lo tanto, la probabilidad de que el deber débil sea satisfecho en la apelación es muy alto. Naturalmente, como siempre en el comportamiento humano, el grado de probabilidad depende de que estas instituciones realmente actúen en una forma racional o no.

(c) Un tercer tipo de fuentes del derecho está formado por aquellas a las cuales es posible referirse de acuerdo con la práctica establecida. Se trata aquí de las fuentes permisibles del derecho. El intérprete no tiene ni un deber fuerte ni un deber débil de referirse a ellas. Sin embargo, las fuentes permisibles del derecho tienen un peso fáctico en el razonamiento jurídico; por ello, a menudo, juegan un papel importante en la interpretación de los científicos del derecho.

Todas las fuentes del derecho, excepto aquellas especialmente mencionadas más arriba, pertenecen a esta categoría. Con otras palabras, cabe incluir aquí los principios generales del derecho, los principios morales, las opiniones de los profesores de derecho y los argumentos prácticos. También merece ser mencionada aquella justificación que invoca puntos de vista en la historia del derecho, aspectos del derecho comparado y la justificación basada en la sociología del derecho o en la “naturaleza de la cosa” (*Natur der Sache*), sin que importe lo que esto signifique.

3.3.2. *Razones dotadas de autoridad y razones materiales.* Algunas fuentes del derecho están dotadas de autoridad(51). Con esto no se quiere hacer referencia a la obligatoriedad fuerte o débil de la fuente. La idea es que algunas fuentes del derecho poseen en la sociedad una posición que puede ser calificada de institucional. Adquieren entonces la función de fuente del derecho en virtud de su autoridad. Un ejemplo típico al respecto es un texto legal. Ha sido “hecho oficial” por ser específicamente mencionado en el Capítulo 1, Sección 11 del Código de Procedimiento Judicial finlandés. Esto significa que el texto legal posee la mayor autoridad como justificación. Tal como se indicara más arriba, las fuentes del derecho dotadas de autoridad pueden ser divididas en categorías de acuerdo con su obligatoriedad. La ley es la fuente dotada de mayor autoridad (fuertemente vinculante), los *travaux préparatoires* y las decisiones de los tribunales son débilmente vinculantes y (por ejemplo) la dogmática jurídica es sólo una fuente permitida del derecho. No hay duda que la dogmática jurídica es también, específicamente, una fuente del derecho dotada de autoridad. Esto es fácil de observar si tratamos de imaginar si alguna otra opinión expresada en la sociedad podría obtener la misma importancia en la interpretación del orden jurídico. Ciertamente no. En este respecto, la dogmática jurídica, cuando se la compara con las otras fuentes de información en la sociedad, tiene, sin duda, status de autoridad, aun cuando su status con respecto a la ley, a los *travaux préparatoires* y a las decisiones de los tribunales, posea menos autoridad porque las opiniones doctrinales no son oficiales en el mismo sentido que lo son, por ejemplo, los *travaux préparatoires*.

Ciertas fuentes del derecho integran el trasfondo de justificación en virtud de su importancia material (sustancial). Por ello, pueden ser llamadas razones materiales o, para utilizar la terminología de las fuentes del derecho, fuentes materiales del derecho(52). Si un texto legal es ambiguo, sigue teniendo una fuerza vinculante básica, sin que importe el que su contenido sea considerado satisfactorio o no en algún respecto. En este sentido, la autoridad de un texto legal no depende de su contenido.

Por otra parte, una razón material no puede tener otro poder justificatorio como no sea sobre la base de su contenido. Es también importante notar que un texto legal en tanto fuente del derecho dotada de autoridad, es suficiente como justificación en la medida en que estén satisfechas las exigencias mínimas del Capítulo 1, Sección 11 del Código de Procedimiento Judicial. *Una fuente material del derecho por sí sólo no es nunca suficiente para*

(51) Para un análisis más detallado de esto, ver Summers, Robert S., “The Types of Substantive Reasons: The Core of a Theory of Common Law Justification”, págs. 724 ss. (también en ARSP, Beiheft 11). Ver igualmente Summers, Robert S. y Leigh B. Kelly, “‘Economist Reasons’ for Common Law Decisions - A Preliminary Inquiry”, págs. 213 ss. Cfr. Golding, Martin P., *Legal Reasoning*, págs. 39 ss.

(52) Summers, op. cit., págs. 726 ss.

satisfacer las exigencias mínimas de la justificación jurídica. Una razón material tiene que, por lo menos, estar vinculada con un texto legal, tiene que apoyar la elección del contenido de significado dado a este texto legal o una elección en la que un texto legal es preferido a otro.

Podemos ver la naturaleza de las fuentes del derecho en el Diagrama 15, en donde el grado de obligatoriedad es mostrado en la dimensión vertical y la distribución entre razones dotadas de autoridad y razones materiales está indicada en la dimensión horizontal.

Robert S. Summers ha distinguido no sólo entre fuentes del derecho (razones) dotadas de autoridad y materiales, sino también entre razones fácticas, razones interpretativas y razones críticas(53). Sin embargo, estas categorías adicionales de justificación no parecen ser necesarias desde el punto de vista de la estructura de la interpretación jurídica.

En primer lugar, la categoría de razones fácticas utilizada por Summers está conectada con la aplicación del derecho a casos individuales. Se trata de razones que son usadas para sustanciar enunciados que se refieren a hechos que han ocurrido. La interpretación científica no se ocupa del aspecto fáctico de los asuntos y por ello, desde el punto de vista de la dogmática jurídica, las razones fácticas no tienen relevancia en el asunto. Por lo tanto, pueden ser dejadas de lado en este estudio.

	fuertemente vinculantes	débilmente vinculantes	fuentes del derecho permitidas
Justificación dotada de autoridad (fuentes del derecho dotadas de autoridad)	Textos legales Costumbre	<i>Travaux préparatoires</i> Decisiones judiciales (precedentes)	Dogmática jurídica Derecho extranjero etc.
Justificación material (fuentes materiales del derecho)	Costumbre		Principios generales del derecho, principios morales, argumentos prácticos

Diagrama 15

Por lo que respecta a las razones interpretativas mencionadas por Summers, ellas pueden ser reducidas o bien a razones dotadas de autoridad o bien a razones materiales. A su vez, las razones críticas interesan cuando evaluamos la legislación válida, una cierta decisión de un tribunal o una interpretación científica del derecho vigente. Así, en la dilucidación de la estructura de la interpretación en la dogmática jurídica, las razones críticas carecen de re-

(53) Summers, op. cit., págs. 728 ss.

levancia. Por lo tanto, nos quedan dos de las cinco categorías sugeridas por Summers: las fuentes del derecho dotadas de autoridad y las fuentes materiales.

Un punto, también sugerido por Summers, debería ser especificado. Las razones materiales pueden ser o bien *razones de corrección* o bien *razones teleológicas*. Las razones de corrección incluyen (a) principios generales del derecho, (b) principios morales cuando ellos aparecen en un contexto jurídico y (c) la costumbre del país. Así pues, es una cuestión de un contenido y de razones normativas. Un ejemplo podría ser la referencia a la justicia. Esta categoría incluye también juicios de valor sobre la base de los cuales un asunto – por ejemplo, una fuente del derecho – es preferido a otros. En la categoría de las razones teleológicas, nos quedamos con una sola fuente del derecho, los argumentos reales. Ellos son parte de esta categoría en la medida en que la argumentación real se convierte, en última instancia, en la consideración de las consecuencias, y algunas de ellas son preferidas a otras. Estas son las consecuencias buscadas. Sin embargo, cabría observar que ellas se convierten en fines porque son preferidas; no sólo son valiosas sino que deben ser preferidas a otras consecuencias que entran en cuestión. Así, existe un nexo interno entre las razones teleológicas y las razones de corrección. Es un nexo del mismo tipo que el que existe entre valores y fines en general. En total, podemos dar a las categorías originariamente sugeridas por Summers la siguiente interpretación ilustrativa:

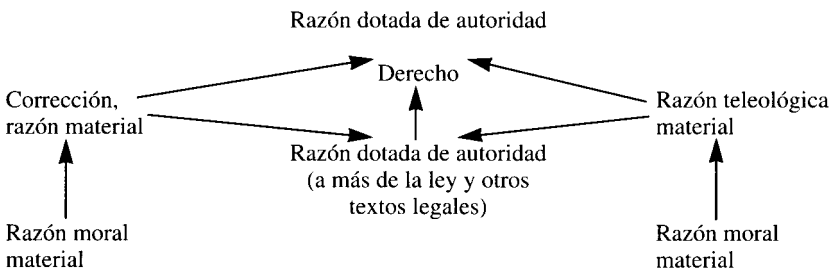


Diagrama 16

El Diagrama 16 es un intento de resumir y sintetizar “la estrategia” de la interpretación. La tarea *es* interpretación. Las razones pueden o bien estar dotadas de autoridad o bien ser materiales. Según la situación, las últimas pueden ser incluidas entre las razones de corrección o entre las razones teleológicas.

Las razones morales materiales “se vuelven legítimas” cuando entran en un contexto jurídico, es decir, cuando son usadas como razones de correc-

ción o definen las consecuencias buscadas. Separados de un contexto jurídico, los principios morales son sólo principios morales.

3.4. *Directrices de la interpretación jurídica*

Las directrices de la interpretación jurídica consisten en dos categorías de reglas: las reglas que *constituyen las fuentes del derecho* y las reglas que definen el *procedimiento del discurso*. Las de la primera categoría pueden ser llamadas reglas constitutivas de la interpretación jurídica; las de la segunda, reglas regulativas de la interpretación jurídica.

Todas estas reglas tienen un parecido de familia entre sí. Típico de este parecido es que ninguna de estas reglas *en tanto tal* es una condición necesaria para que una interpretación sea justamente una interpretación *jurídica*. En este respecto, es imposible dar una definición general de una interpretación adecuada utilizando como criterio una regla de interpretación.

Sin embargo, según la cultura jurídica, un cierto haz de tales reglas es siempre una base mínima de la interpretación jurídica.

Este haz pertenece al carácter paradigmático del razonamiento jurídico, tal como se señalara cuando se trató el paradigma de la dogmática jurídica. El razonamiento jurídico, en tanto tal, puede ser identificado por medio de este haz de reglas. Desde este punto de vista, parece adecuado decir que las reglas constitutivas de las fuentes del derecho son siempre un elemento necesario del haz mencionado. Si faltan todas las reglas constitutivas, la interpretación no es fundamentalmente jurídica. Qué tipos de reglas procesales pertenecen al conjunto depende del paradigma de la época. Sin embargo, si todas las reglas procedimentales (reglas de inferencia) son reemplazadas, por ejemplo, por las reglas metodológicas de la sociología empírica, la actividad de investigación deja de ser una interpretación jurídica. En este sentido, al menos algunas reglas procesales de la interpretación son necesarias para el razonamiento jurídico auténtico.

A menudo, las directrices que se refieren al uso de las fuentes del derecho son llamadas principios de la interpretación. Esta expresión plantea la cuestión de su status normativo. ¿Son estas directrices reglas o principios? Como es bien sabido, esta distinción – que ha recibido mucha atención en la filosofía del derecho – se ha convertido nuevamente en tema de debate gracias a Ronald Dworkin, quien define el concepto de regla sobre la base de una situación de o esto/o aquello: o bien una regla es obedecida o no lo es. A su vez, un principio pertenece lógicamente a otra categoría. Un determinado principio puede ser obedecido o no sin que ninguna de las alternativas sea considerada como violación del principio. Torstein Eckhoff y Nils Kristian Sundby han enfocado el problema parcialmente de la misma manera. Su pro-

puesta terminológica incluye “reglas” (“*regler*”) y “pautas rectoras” (“*riktlinjer*”).

Ambas distinciones han sido criticadas. Un argumento importante ha sido el que sostiene que la supuesta diferencia categorial entre reglas y principios es ilusoria. Una forma más moderada de crítica ha partido de la concepción de que se trata de una diferencia de grado, mientras que las críticas más radicales han sostenido que la naturaleza de las reglas y de los principios es exactamente la misma(54).

Es verdad que las reglas tienen un carácter de o esto/o aquello. En el sentido wittgensteniano, son como vías ferroviarias(55).

Tomemos como ejemplo la regla “Si *H*, entonces debe ser *G*”. Si se da el estado de cosas *H*, entonces *G* se “sigue” de la regla, excepto cuando ella es violada. Además, la regla, es la razón, por ejemplo, para que el juez dicte la sentencia *G*. El juez se comporta de esta manera porque la regla tiene tal contenido.

Por lo que respecta a su naturaleza, los principios son diferentes. Siguiendo la terminología de Robert Alexy, se puede caracterizar a los principios como máximas: ¡procura alcanzar una aplicación óptima del principio! Por ejemplo, el principio de la libertad de opinión puede ser entendido como una máxima de acuerdo con la cual esta libertad debe ser protegida *tan eficazmente como sea posible*. Si este principio entra en conflicto con otro, por ejemplo, con el principio que protege la intimidad, entonces es necesario un compromiso. Ambos principios no pueden ser seguidos simultánea y óptimamente. Por lo tanto, aun si cierto principio, por ejemplo el de la libertad de opinión, es aceptado como válido, está permitido apartarse del mismo sin ninguna amenaza de una sanción. Tal no es el caso cuando la regla es obedecida. Si la regla “Si *H*, entonces debe ser *G*” es una regla jurídica válida, el juez está obligado a seguirla. En caso contrario, es culpable de violación de

(54) Ver Dworkin, *Taking Rights Seriously*, págs. 25 y 44. Con respecto a estos comentarios, ver Alexy, Robert, “Zum Begriff des Rechtsprinzips” en *Rechtstheorie*, Beiheft 1 (1979), págs. 59 ss., especialmente 63 ss. Ver también Eckhoff y Sundby, *Rettssystemer: Systemteoretisk innføring i rettsfilosofin*, 1976, págs. 128 ss. Al respecto, ver Jareborg, Nils, “Regler och riktlinjer” en *TJR* 1979, págs. 385 ss. Con las reservas formuladas, el texto corresponde a la opinión de Jareborg sobre el asunto. Cfr., sin embargo, Eckhoff en *TJR* 1980, pág. 145. Con respecto al término “pauta rectora”, ver Eckhoff, “Guiding Standards in Legal Reasoning”, págs. 205 ss.

(55) Con respecto al concepto wittgensteniano de regla, ver *Philosophical Investigations* § 218-219. Aquí Wittgenstein subraya que seguir una regla es similar a “seguir ciegamente”. No hay elección en este asunto. Las reglas son como vías de ferrocarril “y rieles infinitamente largos corresponden a la aplicación ilimitada de una regla” (§ 218). Henry Le Roy Finch observa, por otra parte, que no tenemos *obligación* de seguir una regla (op. cit., pág. 197). Una regla nos compele sólo si comenzamos a seguirla. En este sentido, es una cuestión de una situación “o esto/o aquello”. Ver también Brand, Gerd, *The Central Texts of Wittgenstein*, págs. 125 ss. Un excelente análisis del concepto wittgensteniano de regla se encuentra en Kripke, Saul A., *Wittgenstein on Rules and Private Language*, especialmente págs. 7 ss.

sus deberes. Según Alexy, una regla o bien pertenece al orden jurídico o está fuera de él (problema adentro-afuera). Esto no se aplica a los principios. También un principio que no puede ser seguido en toda su extensión está dentro del sistema. Como dice Dworkin, los principios tienen sólo “una dimensión de peso” y ella varía de caso en caso.

Por lo que respecta a su status, las llamadas reglas de la interpretación jurídica –como se las denomina en la filosofía del derecho– son claramente principios. Tan sólo indican los factores que deberían ser tomados en cuenta en la interpretación jurídica. No hay obligación jurídica de seguirlas. Sin embargo, son *necesarias* en el sentido de que deben ser seguidas en una justificación jurídica óptima. Con otras palabras, si se desea ser racional en el propio discurso jurídico, hay que seguir los principios de la interpretación jurídica tanto como sea posible. En este respecto, estos principios son máximas típicas en el sentido mencionado más arriba. Algo que también es importante: la decisión jurídica o la interpretación científica no son justificadas invocando los principios de interpretación. En la justificación, sólo es necesaria (y normal) la referencia a las fuentes del derecho.

Desde el punto de vista lingüístico, no hay diferencia entre reglas y principios. Las reglas, al igual que los principios, pueden ser *formuladas* ambigua o inequívocamente. Muy a menudo, la formulación de los principios es más general que la de las reglas. Sin embargo, también las reglas son a veces vagas o de otra manera difíciles de dilucidar. Basta tan sólo recordar las normas flexibles o la llamada problemática de la textura abierta. En este respecto, las reglas pueden ser tan difíciles de interpretar como los principios. Cuando más, puede haber una diferencia de grado entre estas dos categorías.

En lo que sigue, el término “*pauta de interpretación*” será usado como caracterización de los principios de la interpretación jurídica. Se parece a la expresión “*pauta rectora*” propuesta por Torstein Eckhoff y presenta, en mi opinión, adecuadamente la naturaleza misma de estos principios.

3.4.1. *El orden de preferencia de las fuentes del derecho*

La comunidad interpretativa finlandesa ha aceptado ciertas *pautas de preferencia* con respecto a las fuentes del derecho. Dos de ellas –(i) y (ii), mencionadas más abajo– están indicadas en el Capítulo 1, Sección 11 del Código de Procedimiento Judicial, disposición que ha sido mencionada más arriba en diversos contextos. Las restantes, (iii) y (iv), han sido formuladas por la práctica.

(i) Un *texto legal* (ley) tiene prioridad sobre otras fuentes del derecho, sin que importe que éstas estén dotadas de autoridad o sean materiales.

Por lo que respecta al orden *interno* de preferencia, por ejemplo, las siguientes pautas han sido aceptadas por la práctica:

- *Lex superior derogat legi inferiori*: una disposición jerárquicamente superior desplaza a la inferior. Por ejemplo, una ley del Parlamento priva sobre un decreto.
- *Lex posterior derogat legi priori*: una disposición posterior deja sin efecto una anterior, a menos que las disposiciones dictadas para la puesta en vigencia de esta última establezcan otra cosa.
- *Lex specialis derogat legi generali*: una disposición menos general es considerada como una excepción de una más general, es decir, una disposición especial priva sobre una general.
- *Lex posterior generalis no derogat legi priori speciali*: a menos que se establezca otra cosa, una disposición general posterior no priva sobre una disposición especial anterior.

(ii) Si no existe una disposición legal sobre el asunto, la costumbre del país tiene precedencia sobre las otras fuentes del derecho. Por lo tanto, es preferida a los *travaux préparatoires* y a las decisiones judiciales. Sin embargo, la costumbre del país tiene esta posición privilegiada sólo en casos de lagunas del derecho. Si, por otra parte, una ley formalmente válida es aplicable al caso pero no hay certeza acerca de su contenido, el derecho consuetudinario no tiene una posición privilegiada como base para la interpretación. Por el contrario, la costumbre del país se encuentra en la misma posición que las llamadas fuentes del derecho no privilegiadas. Su importancia como justificación en la interpretación se percibe en conexión con cada combinación particular de razones.

(iii) Los *travaux préparatoires* preceden a otras fuentes del derecho que no sean leyes o derecho consuetudinario.

Sin embargo, su prioridad no es del mismo grado que la de la ley y la costumbre, tal como se expresa en el Capítulo 1, Sección 11 del Código de Procedimiento Judicial. Peczenik ha observado que la doctrina sueca de las fuentes del derecho no contiene una pauta establecida de acuerdo con la cual, por ejemplo, un juez estaría incondicionalmente sujeto a los *travaux préparatoires*(56).

Sin embargo, en los países nórdicos, los *travaux préparatoires* parecen jugar un papel más importante que en muchas otras culturas jurídicas. Este es especialmente el caso en Suecia, donde los *travaux préparatoires* obtuvieron un lugar especial en el razonamiento jurídico en los años 70. En la discusión acerca de este tipo de razonamiento se adujeron los siguientes argumentos en favor del uso de los *travaux préparatoires*:

(1) Es democrático tomar en cuenta las ideas presentadas por las personas que participaron en el procedimiento legislativo. En el sistema de dere-

(56) Peczenik, *Juridikens metodproblem*, pág. 86 y, con respecto a las pautas de preferencias, págs. 118-120.

cho legislado, el papel del soberano es decisivo desde el punto de vista democrático.

(2) El conocimiento técnico del equipo legislativo posee un alto nivel. Por consiguiente, los puntos de vista acerca del contenido de significado de las leyes expresado por estos expertos tienen especial importancia.

(3) No hay razón para sostener que los *travaux préparatoires* no pueden aclarar los contenidos de significado de las leyes. Todo material que sea útil para este propósito debe ser utilizado.

Esto tiene especial importancia porque, normalmente, el texto de las leyes es formulado muy sucintamente. Es natural pensar que los autores del texto son la fuente genuina de información por lo que respecta al contenido de significado. La situación es la misma que la de toda interpretación literal.

Así pues, la tradición sueca está basada en los principios de lealtad y democracia. En Finlandia, el papel de los materiales preparatorios es claramente más débil. En el Código de Procedimiento Judicial Sección 1, artículo 11 se dice que el juez tiene la obligación de examinar el propósito correcto de la ley y dictar su decisión teniendo en cuenta este propósito. Esto no se refiere a los materiales preparatorios (propósito histórico). De acuerdo con la opinión dominante, el propósito de la ley mencionado en la Sección 1, artículo 11, significa el propósito objetivo de la ley (*ratio*). Por consiguiente, los tribunales no se refieren explícita y ni siquiera implícitamente a los documentos producidos por las comisiones legislativas, etc. Sin embargo, en el caso de la Corte Suprema, el proyecto de la decisión final puede incluir también referencias a la historia legislativa, pero este argumento es sólo una razón entre otras. No tiene primacía en relación, por ejemplo, con los precedentes o con la opinión doctrinaria. El énfasis en la independencia de los tribunales debe ser visto sobre el trasfondo de esta reserva. Los tribunales son independientes de los otros poderes del Estado. Por consiguiente, no aceptan una situación en la cual un informe escrito de algún agente oficial (un funcionario público, un secretario de una comisión legislativa o alguna otra persona) alcance el status de una razón dotada de autoridad. El equilibrio de poderes entre los empleados gubernamentales y los jueces resultaría perturbado, ya que el poder legal real estaría en manos de un pequeño número de agentes oficiales.

Como recordaremos, los *travaux préparatoires* pertenecen a las llamadas fuentes del derecho débilmente obligatorias. Esto significa que *si* el intérprete no se refiere a los *travaux préparatoires*, tiene entonces la carga de la prueba para justificar por qué ha procedido de esta manera. Esta carga de la prueba formula una serie de pautas interpretativas no establecidas, tales como las siguientes:

- (a) Los *travaux préparatoires* que son internamente inconsistentes o ambiguos no pueden ser utilizados como argumentos.

- (b) De varias interpretaciones de una ley, todas las cuales coinciden con el lenguaje ordinario, ha de ser preferida aquella que claramente indican los *travaux préparatoires*. Tienen que haber razones especiales para apartarse de esta preferencia.
- (c) Si los *travaux préparatoires* que son claros por lo que respecta a la interpretación de una cierta ley entran en conflicto con una decisión judicial previa, ésta no puede ser utilizada como argumento.
- (d) Si los *travaux préparatoires*, que son claros por lo que respecta al contenido de una cierta ley o una interpretación, se encuentran en conflicto con una decisión judicial posterior, el intérprete tiene que justificar su apartamiento de los *travaux préparatoires*.
- (e) Si los *travaux préparatoires* que son claros por lo que respecta al contenido de una cierta ley o una interpretación, se encuentran en conflicto con una razón material, el apartamiento de los *travaux préparatoires* tiene que ser justificado.
- (f) Si la posición de los *travaux préparatoires* sobre la materia es clara, puede ser usada como base para apartarse del contenido de significado de una ley de acuerdo con el lenguaje ordinario, si no existen razones especiales para atenerse al significado cotidiano del texto.

También es posible presentar una serie de otras pautas. Sin embargo, esta lista pone de manifiesto dos cuestiones. La prioridad de los *travaux préparatoires* es decidida sobre la base de una colección de pautas esencialmente más complicada que en el caso de la prioridad de los textos legales y del derecho consuetudinario. Por otra parte, las pautas de prioridad de los *travaux préparatoires* son típicas reglas de la carga de la prueba.

(iv) Por lo que respecta a la preferencia de las decisiones judiciales, podemos referirnos a las pautas que pertenecen a los *travaux préparatoires*. Es posible formular las correspondientes directrices sobre la carga de la prueba para las decisiones judiciales en la medida en que ésta es una cuestión de la relación entre las decisiones judiciales y otras fuentes del derecho. La idea principal de las pautas es asignar la carga de la prueba a cualquier apartamiento de la interpretación dada por los tribunales sobre la base de fuentes del derecho distintas de los *travaux préparatoires*.

(v) Las otras fuentes del derecho tienen un igual orden de preferencia. Lo que es decisivo es el poder de razonamiento de la fuente, sea por sí misma o sea en vinculación de otras fuentes de este grupo.

3.4.2. Las pautas del procedimiento de razonamiento

A. *Las pautas de la interpretación gramatical.* En este contexto se habla también de interpretación literal. Cualquiera que sea el término que se

utilice, se trata aquí de una cuestión específica de los principios de interpretación.

Ejemplos de pautas de interpretación gramatical son los siguientes:

(i) Un texto legal no debe ser interpretado de manera tal que parte del mismo quede sin uso o sin significado. Así, la interpretación gramatical parte de algo que equivale a la economía de la regulación: ningún elemento en el texto legal carece de significado.

(ii) A una expresión en un cierto texto legal no debe dársele un significado diferente en diferentes contextos, a menos que exista una justificación suficiente para actuar de esta manera. Detrás de este principio uno puede imaginar que se encuentra la idea de la coherencia de la regulación: cuando ello es posible, la misma expresión es usada de la misma manera en diferentes contextos.

(iii) A la expresión que ha de ser interpretada no debe asignársele un significado que se aparte del uso general del lenguaje, a menos que haya justificación suficiente para proceder de esta manera. El lenguaje jurídico es, él mismo, lenguaje ordinario y por esta razón, en cierta manera, existe una “carga de la prueba” en el sentido de que todo apartamiento del uso del lenguaje ordinario –algo que en realidad sucede con mucha frecuencia– tiene que ser justificado. Llamemos a esto el privilegio del lenguaje ordinario.

(iv) Si la terminología de una ley se aparta del uso ordinario del lenguaje, la terminología especial prima sobre el lenguaje ordinario. Este principio, el privilegio de la terminología técnica, deriva del principio (iii) que es más general por lo que respecta a su naturaleza.

B. *La interpretación extensiva* se refiere a la aplicación de una ley más allá de los límites de su texto. La situación es, pues, similar así a la de la analogía, que será tratada más adelante. Por ello, en la reciente teoría jurídica ha sido cuestionada la diferencia entre la interpretación extensiva y la analogía(57). Sin embargo, en principio, es posible trazar una línea entre estas dos formas de razonamiento. En el caso de la analogía o bien hay una laguna en el derecho o bien una genuina incertidumbre acerca de si el caso en cuestión cae o no bajo el texto legal. Según Peczenik, la interpretación extensiva no cruza los límites del “verdadero significado judicial” y así sólo se aplica a aquellas situaciones que no están excluidas por razones gramaticales(58). Sin embargo, en la práctica, el límite no es trazado tan simplemente. La dificultad en la diferenciación se debe al hecho de que, por ejemplo, en el caso

(57) Con respecto a la analogía en general, ver Frändberg, Ake, *Om analog användning av rättsnormer*, págs. 16 ss., Koch y Rüßmann, op. cit., págs. 259 ss. y especialmente Peczenik, op. cit., págs. 74 ss. Ver también Aarnio, *On Legal Reasoning*, págs. 70 ss. y Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, págs. 343 ss. Acerca de la analogía de casos, ver Golding, Martin P., *Legal Reasoning*, págs. 44 ss. y 97 ss.

(58) Peczenik, op. cit., pág. 76.

de muchas expresiones, la incertidumbre semántica es tan amplia que no es posible gramaticalmente trazar una línea entre la interpretación del texto y el uso de la analogía. En todo caso, teniendo en cuenta la argumentación, hay toda razón para subrayar la muy estrecha conexión que existe entre la interpretación extensiva y la analogía.

C. *La interpretación restrictiva* está en juego cuando al texto legal se le da un significado más limitado que el que podría asumirse sobre la base del texto “interpretado normalmente”. Un ejemplo podría ser “productos de lana de alta calidad” como una definición de calidad. Si suponemos que, de acuerdo con el lenguaje ordinario (en el campo en cuestión), un producto que contiene de un 80 a un 90% de lana es considerado como de “lana de alta calidad”, entonces una interpretación restrictiva sería la que sostuviera que productos de lana de alta calidad son sólo aquéllos que poseen un 100% de lana.

La forma externa de la interpretación restrictiva se da cuando se usan ciertas calidades adicionales para reducir el significado más allá de lo que exigiría la interpretación restrictiva normal. Peczenik llama a este tipo de interpretación interpretación reductora(59). En nuestro ejemplo, estas cualidades adicionales podrían ser (a más de la pureza de la lana), el largo de las fibras, la uniformidad de la calidad, etcétera.

Si la interpretación extensiva y la analogía están caracterizadas por una “extensión” del campo de aplicación del texto legal, en conexión con la interpretación restrictiva y reductora sería adecuado hablar de un recorte del campo de aplicación. En realidad, estas dos últimas formas son modos de razonamiento que complementan el llamado razonamiento *e contrario*; el campo de contenidos de significado es reducido y, al mismo tiempo, los casos que quedan fuera del campo de interpretación son dejados de lado.

D. También hay dos formas del *argumentum a fortiori*(60). Una es el *argumentum a maiore ad minus*, es decir, razonar de lo mayor a lo menor: si el texto legal *L*_i se aplica al caso A, entonces con tanta más razón *L*_i se aplica al caso B, si B es un “mal menor” que A. La otra forma es el *argumentum a minore ad maius*, es decir, el razonamiento de lo menor a lo mayor: si el acto A está prohibido, entonces el acto B está también prohibido si A es un “mal menor” que B.

Desde el punto de vista de su estructura, estas formas de razonamiento son decididamente similares al razonamiento por analogía. Por ello, no es necesario considerar sus detalles más extensamente.

(59) Ibidem, pág. 74.

(60) Koch y Rüssmann, op. cit., págs. 257 ss. y Klug, op. cit., págs. 132 ss.

E. *El principio de analogía.* En la analogía, lo esencial es la comparación de semejanzas. Esto puede producirse en dos situaciones. Llamaré a estas situaciones analogía de casos y analogía de normas. La primera se refiere a las semejanzas entre diferentes casos, es decir, entre dos o más decisiones judiciales, y a las conclusiones sobre la base de estas semejanzas. El propósito de la analogía de normas es demostrar que las categorías de casos cubiertos por dos o más normas legales son análogos. En esta situación, las leyes (o disposiciones) proporcionan apoyo interpretativo recíproco.

En ambas situaciones la referencia a la analogía requiere el uso de dos principios diferentes. Ante todo, el intérprete tiene que conocer el propio principio del razonamiento por analogía, es decir, tiene que saber qué es la analogía. Por otra parte, se requiere un conocimiento acerca de cómo puede ser utilizada la analogía. En lo que sigue, el propio principio de analogía será analizado con más detalle, mientras que se considerará sólo de paso el uso de la analogía.

(i) Como se ha dicho, la analogía de casos es la comparación de las semejanzas de dos o más decisiones judiciales(61). No importa cuáles sean los casos utilizados como foco de la comparación. Para que la comparación sea posible, cada caso tiene que ser analizado en sus elementos básicos. Con otras palabras: hay que buscar los elementos de las descripciones del hecho en cada caso, sobre la base de los cuales es posible la reconstrucción del caso. Esto significa la disección de los elementos básicos de la descripción del hecho en elementos significativos e insignificantes. Hay que ser capaz de extraer los elementos esenciales. Al comparar las decisiones referentes a declaraciones de última voluntad y testamentos, el sexo del testador o la localidad no son esenciales, pero el tipo de testamento puede serlo(62).

Si los elementos de dos casos que son lógicamente del mismo tipo se corresponden recíprocamente, entonces los casos pueden ser llamados análogos bajo la condición de que la semejanza sea significativa teniendo en cuenta la totalidad de los elementos básicos de los casos(63). Sin embargo, tal comparabilidad requiere una base sobre la cual pueda llevarse a cabo la comparación. Dicho con otras palabras: sólo puede haber comparabilidad en relación con una clave de analogía(64). Esta clave nos dice cuáles elementos del caso A corresponden, en un grado significativo, a los elementos del caso B y cuál comparabilidad es significativa entre estos elementos desde el punto de vista de la relación analógica.

(61) Aarnio, *Denkweisen der Rechtswissenschaft*, pág. 130.

(62) Aarnio, *On Legal Reasoning*, pág. 72.

(63) Alanen, op. cit., pág. 159.

(64) Ver, por ejemplo, Larenz, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, págs. 255 ss., Engisch, Karl, *Einführung in das juristische Denken*, pág. 256 y Zippelius, Reinhold, *Rechtsphilosophie*, págs. 221 ss.

Este asunto puede ser ilustrado con un ejemplo. El tribunal X ha dictado tres decisiones, las decisiones A, B y C. A y C representan la interpretación I_1 del texto legal L_i , mientras que en la decisión B, la interpretación de mismo texto legal es I_2 . Los elementos de los casos son los siguientes:(65)

$$\begin{array}{lcl} A: & C_1, C_2, C_3 & = I_1 \\ B: & C_1, C_2, & C_4 = I_2 \\ C: & C_1, & C_3, C_4 = I_1 \end{array}$$

De esta sistematización puede verse que las decisiones no son contradictorias si elegimos C_1 y C_3 como claves de analogía. Sólo a través de C_1 y C_2 , los casos A y B poseen un conjunto similar de hechos. De la misma manera, los casos B y C pueden ser recíprocamente comparados en relación con las claves C_1 y C_4 . Sin embargo, en los dos últimos casos habría que decir, o bien que el tribunal ha sido incoherente o que ha modificado la tendencia de sus decisiones. Por otra parte, las claves C_1 y C_3 vuelven análogas las decisiones A y C; ellas ponen de manifiesto la misma visión del contenido del orden jurídico. La falta de C_3 en el caso B explica la solución I_2 .

Pero aun así no se trata de una relación isomórfica(66). Por lo pronto, los elementos de los casos A y C no son idénticos, a pesar de que se haya supuesto que son del mismo tipo lógico. En el caso C podemos identificar también el elemento C_4 , que no aparece en el conjunto de hechos en la primera decisión. Por otra parte, los elementos tomados de la descripción de los hechos no representan totalmente estos casos. Como ya se ha señalado, ellos son tan sólo los elementos esenciales de los casos.

Hemos dicho que dos casos pueden ser análogos sólo a través de una cierta clave. A su vez, la clave no es objetiva en el sentido de que no es algo que puede ser verificado a través de la observación. Por esta razón, no es posible verificar enunciados con respecto a la existencia de una relación de analogía simplemente a través de proposiciones fácticas. Una relación de analogía es (en parte) un asunto de valores(67). Los términos “significación” y “esencial” a los que se ha hecho referencia más arriba, demuestran gráfica-

(65) Cfr. Aarnio, *On Legal Reasoning*, pág. 76. De acuerdo con el modelo presentado por Robert Alexy, la fórmula del razonamiento por analogía puede ser escrita de la siguiente manera:

(1) $(x) (Fx \vee Fsim\ x \rightarrow OGx)$

(2) $(x) (Hx \rightarrow Fsim\ x)$

(3) $(x) (Hx \rightarrow OGx)$

o, en una forma simplificada, (1) si toda x es o bien F o similar a F , x debe ser G ; (2) si x es H , es similar a F ; (3) toda x que es H debe ser G . Cfr. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, pág. 343. Ver también Klug, op. cit., pág. 120.

(66) Con respecto a las situaciones isomórficas, ver Stenius, Erik, “Wittgensteinin ‘puhtan kielen kritiikki’”, págs. 45 ss.

(67) Ver, en general, Alexy, op. cit., pág. 342, Klug, op. cit., pág. 128 y Koch y Rüssmann, op. cit., pág. 258. Cfr. Golding, M.P. “Principled Decision-Making and the Supreme Court”, págs. 208 ss.

mente este grado de valores. Una persona puede considerar que la clave *X* es la adecuada, mientras que otra puede preferir la clave *Y*. Ninguna de las dos posee una medida objetivamente verificable del orden de preferencia de las claves. Por esta razón, al menos hasta un cierto punto, la analogía “depende del sujeto”.

En la analogía de casos, la cadena de razonamiento moral es, en cierto modo, diferente de la que se ha presentado más arriba. El punto de partida es una decisión en la que conocemos el conjunto de hechos y la interpretación jurídica. Refirámonos a un caso como *A*. La interpretación *I₁* ha sido vinculada con el conjunto de hechos formados por *C₁* & *C₂* & *C₃*. Tenemos que interpretar ahora el caso *B*; en la dogmática jurídica, este caso es, a menudo, imaginado o reconstruido sobre la base de un caso real. El problema de interpretación obtiene la siguiente forma: ¿son las consecuencias jurídicas en el caso *B* también *I₁* o no? La decisión depende de la clave de analogía. Si, sobre la base de la clave, hay suficiente semejanza entre los elementos esenciales, puede darse la interpretación *I₁* al caso *B*, aun cuando el conjunto de hechos del caso *B* no sea idéntico al del caso *A*.

(ii) En la analogía de normas, la cuestión es la falta de certeza con respecto al contenido de una ley dada *L_i*. Sin embargo, el área de aplicación de *L_i* es análogo al área de aplicación de otra ley a la que denotaremos con *L_j*. Conocemos los detalles de contenido de esta última ley. Así, el apoyo interpretativo ofrecido por *L_j* puede ser utilizado para afirmar el contenido de *L_i*.

Un ejemplo será tomado una vez más del derecho sucesorio. El concepto “por escrito” en el Capítulo 17, Sección 3 de la Ley de herencia finlandesa, mencionado más arriba, es poco claro. El acto jurídico al que se hace referencia en la disposición, la transferencia de una parte de una herencia, se parece en aspectos importantes a una distribución parcial de herencia. En cualquier caso, existe una considerable semejanza entre la transferencia de una parte de una herencia y la renuncia a una parte en la distribución de una herencia. Sabemos que el documento usado en la distribución de una herencia, al que se hace referencia en el Capítulo 23, Sección 9 de la Ley de herencia, tiene que ser firmado ante testigos; por ello, tenemos razones para pensar que la misma forma debe ser usada en la transferencia de una parte de la herencia. Así, el Capítulo 17, Sección 3 de la Ley es interpretado por analogía con el Capítulo 23, Sección 9 de la misma ley.

F. Conclusiones e contrario. Aquí, el intérprete excluye del área de aplicación del texto legal todos los casos que el texto no trata explícitamente. Esto significa, en efecto, que las conclusiones *e contrario* son una forma de la interpretación gramatical(68).

En la comunidad jurídica no se han desarrollado reglas claras acerca de cuándo debe usarse la analogía y cuándo los argumentos *e contrario*. Alanen

observa que la justicia material (según él: el principio de tratamiento equitativo) apoya el uso de la analogía, mientras que la predecibilidad, a su vez, habla a favor del argumento *e contrario*(68). Por otra parte, por ejemplo, en el Derecho penal finlandés, el uso de la analogía está prohibido en general y, por lo tanto, el problema de la relación entre la analogía y la conclusión *e contrario* puede especialmente darse en situaciones del Derecho civil, del Derecho administrativo y otras situaciones comparables(69). Los siguientes principios básicos, relativamente bastos, han sido definidos a fin de simplificar el trazado de una línea de demarcación:

– En conexión con una legislación relativamente vieja, el uso de la analogía está más justificado que con relación a leyes que acaban de ser sancionadas. Esto se debe ya al simple hecho de que el desarrollo de la sociedad crea constantemente nuevas situaciones que no pudieron ser consideradas cuando se formuló la legislación más antigua(70).

– En la interpretación de disposiciones procedimentales, prima el aseguramiento de la certeza jurídica. Este es el caso de las disposiciones procedimentales propiamente dichas, como así también de todas las reglas vinculadas con formas legales. En estos casos, la analogía debe ser utilizada con sumo cuidado(71).

– Cuando se trata de la interpretación de disposiciones excepcionales, hay que ser muy cauteloso en el uso de la analogía(72).

En aquellos casos en los que no se recurre a la analogía, una conclusión *e contrario* se da casi automáticamente; si el caso no pertenece al ámbito de aplicación específicamente señalado en el texto legal, no es posible extender el texto para cubrir este caso.

Peczenik ha descrito con círculos la relación (aproximada) entre los diferentes principios de la interpretación(73). Esta descripción puede servir aquí de resumen. La ilustración no revela las condiciones del uso de los principios ni muestra las dificultades para distinguir entre los principios.

(68) Alanen, op. cit., pág. 159.

(69) La permisón de la extensión de la analogía al Derecho penal provocaría un conflicto con el principio *nulla poena sine lege*. Por otra parte, una prohibición completa de la analogía conduciría a una desigualdad en la aplicación ya que los casos similares no podrían ser tratados de manera similar. Por esta razón, en la literatura finlandesa se advierte, por lo general, sólo en contra de la analogía *in malam partem*. Cfr. Honkasalo, Brynolf, "Suomen rikosoikeus", en *Yleiset opit I*, pág. 50. Ver también Peczenik, op. cit., págs. 89-90.

(70) Peczenik, op. cit., pág. 85.

(71) Alanen, op. cit., pág. 161.

(72) Ibidem.

(73) Peczenik, op. cit., pág. 76. Acerca de los métodos de la interpretación jurídica en general, ver Bydlinksi, F., *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, págs. 437 ss., Larenz, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, págs. 188 ss. Ver también Vernengo, Roberto J., *Curso de Teoría General del Derecho*, págs. 411 ss.

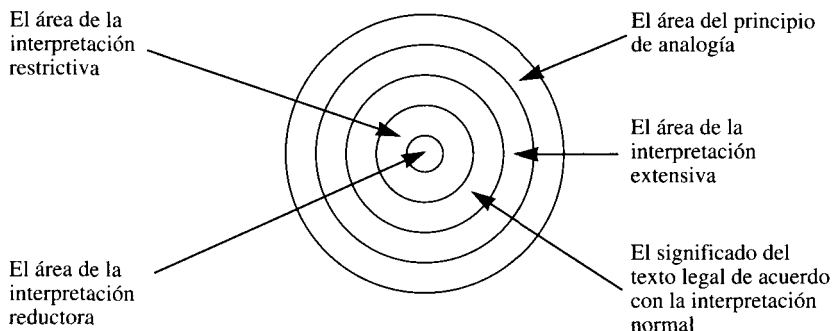


Diagrama 17

Los principios metodológicos brevemente aquí caracterizados no forman – al igual que tampoco otras guías similares de razonamiento – un sistema cerrado que pueda garantizar siempre la aceptabilidad del punto de vista interpretativo. Simplemente no existen pautas de razonamiento más exactas que pudieran haber recibido una formulación precisa en la dogmática jurídica. Con respecto a cada una de ellas es fácil estar de acuerdo con lo expresado por Alanen acerca de la analogía y del razonamiento *e contrario*: son más bien vías del pensamiento jurídico que argumentos para las decisiones que, a través de su imperativo lógico, determinarían incondicionalmente la interpretación⁽⁷⁴⁾. Al mismo asunto se refiere Alexy cuando subraya que estas pautas no garantizan la seguridad de una conclusión pero proporcionan un número de condiciones, criterios y principios que pueden ser utilizados como guía. Y aun así, continúa Alexy, pueden proporcionar un esquema para aquello que puede ser considerado en la comunidad jurídica como una interpretación adecuada⁽⁷⁵⁾.

Por ejemplo, la dogmática jurídica no reconoce ningún principio que pueda establecer inequívocamente cómo debería ser interpretado un texto semánticamente ambiguo, qué razonamiento específico debería ser utilizado, cómo se *debería proceder* si hay razones que indican diferentes direcciones y cómo deberían ser combinados los diferentes elementos de justificación cuando se formula una proposición interpretativa. Desde este punto de vista, la estructura de la interpretación en la dogmática jurídica es abierta.

(74) Alanen, op. cit., pág. 159.

(75) Alexy, op. cit., pág. 319.

4. LA JUSTIFICACIÓN DEL PUNTO DE VISTA INTERPRETATIVO: UN ANÁLISIS ESTRUCTURAL

4.1. *El punto de partida: desacuerdo acerca del resultado de la interpretación*

Volvamos al punto de partida de esta investigación. Las normas jurídicas pueden ser formalmente válidas y eficaces, es decir, válidas en estos sentidos de la palabra y, sin embargo, puede suceder que algunas expectativas últimas vinculadas con la certeza jurídica no queden satisfechas. Desde este punto de vista, un conjunto de normas formalmente válido y eficaz no siempre es legítimo. No es plenamente aceptable en la sociedad. Además, para evaluar la aceptabilidad jurídica sobre una base justificada, la argumentación debe ser racional y tiene que existir una base material para la misma. Sólo un orden jurídico que, racionalmente considerado, puede ser aceptado como razonable es legítimo.

Un segundo punto de partida de esta investigación está vinculado con el interés en el conocimiento jurídico. Este es un asunto social cuyo contenido es la obtención de información acerca del orden jurídico. En una importante medida, la dogmática jurídica satisface este interés cognoscitivo presentando puntos de vista acerca de los contenidos del derecho válido. Como consecuencia de ello, un tal punto de vista está dirigido (también) a la legitimidad. Una tarea normal de la dogmática jurídica es dar respuesta a la pregunta acerca de cuáles reglas en la sociedad son racionales y razonables cuando son aceptadas como normas jurídicas válidas.

Así pues, desde el punto de vista de la metodología de la dogmática jurídica, un problema central es cómo justificar (jurídicamente) el resultado de la interpretación. “La noción esencial es la de dar (lo que es entendido y presentado como) buenas razones justificantes para las demandas, defensas o decisiones”, escribe Neil MacCormick(76). En lo que sigue, este problema

(76) Ver MacCormick, op. cit., pág. 15. Hannu Tapani Klami ha descrito la función general del razonamiento en las decisiones judiciales distinguiendo las siguientes funciones:

- la función *informativa*: cómo y por qué es dado el resultado final;
- la función de *control*: el razonamiento permite chequear la validez y la solidez de la conclusión, característica que Klami considera especialmente importante desde el punto de vista de la apelación;
- la función *persuasiva*: el decisor trata de justificar su decisión de forma tal que pueda ser aprobada por una audiencia; y
- la función *pedagógica*: la decisión es justificada de una forma tal que es fácilmente comprensible.

De las funciones mencionadas, la de control es la más importante desde la perspectiva del presente estudio. Cuando hablamos del razonamiento de una decisión desde el punto de vista de la justificación, realmente se trata de una cuestión de la *posibilidad de controlar la decisión* y garantizar el control a fin de satisfacer las exigencias de la seguridad jurídica. Ver Klami, *Finlistinen oikeusteoria*, Capítulo 3, 2.

será tratado partiendo de la idea de que la justificación jurídica es un procedimiento discursivo que sigue los principios del discurso racional. Lo más simple aquí parecería ser entender el proceso discursivo como un *diálogo* entre la persona que presenta la justificación (*A*) y la persona que juzga la validez de la justificación (*B*). Como supondremos en nuestro ejemplo simplificado, *B* puede ser un individuo. Sin embargo, en la práctica, la justificación está dirigida siempre a un grupo. En lo que sigue, este grupo será llamado la audiencia.

Como resultado del diálogo, el punto de vista interpretativo de *A* adquiere una combinación de justificaciones. *A* intenta usar esta combinación para – sobre una base racional – convencer al receptor, *B*, acerca de la justificación del punto de vista interpretativo. Si *A* tiene éxito, es decir, si *A* y *B*, después de la presentación, llegan a un acuerdo sobre una base racional, la justificación ha tenido éxito.

Presentada de esta manera, la cuestión parece ser clara. Sin embargo, existe una serie de problemas vinculados con la teoría de la justificación que son difíciles de solucionar. En lo que sigue, se intentará sistematizar estos problemas comenzando con el procedimiento mismo de justificación. Por esta razón, esbozaremos primeramente el punto de partida, es decir, la situación en la que se encuentran inicialmente *A* y *B*. Tras considerar la estructura de la justificación, se tratará la cuestión de saber qué significa el éxito de una justificación. En esta dirección, una cuestión preliminar es la de saber cuáles son las precondiciones del éxito de la justificación y también la cuestión de cómo una justificación puede tener éxito, aun cuando ésta sea una cuestión de la justificación de un punto de vista interpretativo que, en parte, está basado en valores.

En sus términos más simples, el punto de partida del diálogo es un *desacuerdo* entre *A* y *B* sobre el asunto objeto de la interpretación. El desacuerdo puede ser lingüístico o fáctico (o ambas cosas)(77). Se trata de una cuestión de desacuerdo lingüístico cuando las personas usan la misma expresión lingüística para referirse a cuestiones diferentes o cuando usan diferentes expresiones para referirse al mismo asunto. Existe un desacuerdo material cuando las personas, sin que importen los términos usados, han adoptado diferentes puntos de vista sobre el objeto (asunto) denotado por el lenguaje. El Diagrama 18 presenta esquemáticamente esta situación.

	Acuerdo material	Desacuerdo material
Acuerdo lingüístico	Acuerdo verdadero	Acuerdo aparente
Desacuerdo lingüístico	Desacuerdo aparente	Desacuerdo verdadero

Diagrama 18

(77) Con respecto a estos conceptos, ver Víctor, Dag, *Rättssystem och vetenskap*, 1977, pág. 21 ss.

Por lo que respecta a nuestro punto de partida, es irrelevante quién sea la persona que observa el acuerdo o el desacuerdo. El problema del desacuerdo puede ser presentado a las partes por un tercero, o ellas mismas pueden darse cuenta del problema. Lo que importa es que el acuerdo o desacuerdo aparentes sean observados. Si detrás del desacuerdo aparente se descubre un acuerdo verdadero, como ya hemos dicho, ya no se requiere ninguna justificación. Basta señalar el acuerdo “técnico”, es decir, el mero desacuerdo lingüístico. En este último caso, las partes pueden mantener sus diferentes formas de uso del lenguaje, pero esto ya no es esencial desde el punto de vista de nuestro tema en la medida en que otro acuerdo es aparente. Cuanto existe un desacuerdo verdadero, o se descubre un desacuerdo verdadero detrás de un acuerdo aparente, se requiere una nueva justificación. Así, se puede notar que la columna de la extrema derecha (“desacuerdo material”) nos proporciona un esbozo preliminar del área que será discutida en lo que sigue.

Hay muchos tipos de desacuerdo material. En primer lugar, puede ser teórico o no teórico. En términos generales, se trata de una cuestión de desacuerdo teórico cuando existen diferencias entre los sistemas cognoscitivos adoptados por *A* y *B*. A su vez, el desacuerdo no teórico está basado en el hecho de que las personas tienen diferentes valores o fines.

Existen, a su vez, dos tipos de desacuerdo teórico. *A* y *B* pueden tener una diferente opinión acerca de cuál es el estado de cosas en la realidad, es decir, de cuál es la realidad. Esto puede ser llamado una diferencia con respecto a los hechos. Esta diferencia existe, por ejemplo, cuando *A* y *B* tienen una diferente opinión acerca de la prevalencia empírica de un fenómeno en la sociedad.

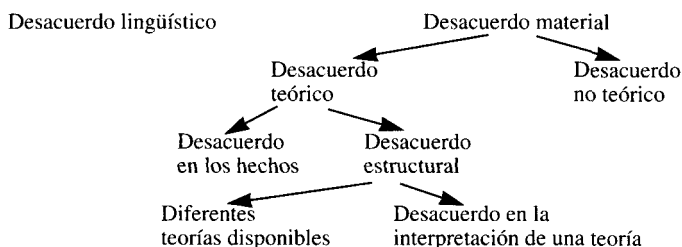


Diagrama 19

Otro tipo de desacuerdo teórico puede ser llamado, utilizando la terminología de Dag Victor, “desacuerdo estructural”(78). Este se da cuando *A* y *B* han adoptado una diferente concepción teórica del mundo. Sustentan diferentes teorías acerca de la estructura de la naturaleza y/o de la sociedad o dan

interpretaciones diferentes a la misma teoría. Además, siguiendo las ideas de Victor, podemos dar como ejemplo de un desacuerdo material el desacuerdo acerca de si en una determinada sociedad existe o no democracia. Si A y B conocen los mismos hechos acerca de la sociedad en cuestión, toda diferencia en sus concepciones puede reducirse a diferentes teorías acerca de qué es lo que constituye una democracia.

Como es bien sabido, la relación entre desacuerdo fáctico y desacuerdo teórico-estructural es muy problemática. En última instancia se convierte en una cuestión de la posición y naturaleza de los llamados términos teóricos (79) en el conocimiento humano, es decir, en una cuestión acerca de bajo cuáles condiciones podemos decir que algo es un hecho. En las ciencias sociales el problema es realmente mucho mayor que en las ciencias naturales. Tenemos que preguntar si nuestras concepciones teóricas sobre la sociedad son puramente teóricas o si nuestras teorías no están acaso entrelazadas con evaluaciones y, en un nivel más amplio, con elementos ideológicos(80). En este contexto tenemos que dejar de lado estos problemas y conformarnos con formular una lista de las diferentes situaciones de desacuerdo bajo la forma del árbol presentado en el Diagrama 19.

4.2. *El ámbito de la interpretación: lagunas y conflictos en el ordenamiento jurídico*

Un verdadero desacuerdo material entre el intérprete y el destinatario puede referirse a una situación en la que A interpreta la expresión L_i en la forma I_1 y B da una interpretación I_2 a la misma expresión L_i . Ellos no cometen ningún error por lo que respecta al uso lingüístico. Por consiguiente, su desacuerdo no es aparente sino sustancial. Este desacuerdo material – material en la medida en que se refiere al contenido del ordenamiento jurídico – puede deberse a diversos factores, todos ellos conectados con la naturaleza profunda de nuestro lenguaje.

4.2.1. Si la ley es lingüísticamente exacta e inequívoca, no hay necesidad de justificación con respecto al contenido del texto mismo. No es un caso de discrecionalidad. Una decisión jurídica tomada, por ejemplo, por el juez, puede, sin embargo, resultar problemática, también en una tal situación. El decisor tiene que decidir siempre si el texto legal inequívoco en cuestión se *aplica* o no al caso en cuestión. No se trata de un asunto de interpretación

(78) Ibidem, págs. 25 ss.

(79) Ibidem, págs. 27-28.

(80) Con respecto a la llamada “tesis del entrelazamiento”, ver Aarnio, “The Significance of the Theoretical Element in Legal Research” en *Philosophical Perspectives in Jurisprudence*, págs. 120 ss.

sino de aplicabilidad del texto(81). En lo que sigue, esta cuestión no será tratada.

4.2.2. Normalmente, los lenguajes ordinarios y el lenguaje jurídico, en tanto parte de ellos, tienen algún grado de *supergeneralidad*, es decir, de vaguedad e inexactitud. Los términos no tienen aquellos significados genuinos que permiten decidir en cada caso a cuáles objetos se refieren. Las expresiones del lenguaje natural están *contextualmente ligadas*. Obtienen su significado en el uso del lenguaje. En este sentido, el carácter semántico de los términos lingüísticos no es el origen adecuado o más profundo de las cuestiones de interpretación. En algunos casos, expresiones extremadamente generales pueden tener un contenido de significado inequívoco en virtud de las circunstancias contextuales.

Por otra parte, un término muy técnico puede provocar dudas de interpretación en la zona de penumbra.

El contexto de las normas jurídicas es siempre *sistémico y político*, es decir, extralegal. Toda ley surge de la actividad política y funciona en la sociedad. A través del procedimiento de aplicación, el “*output*” de la ley es necesariamente de naturaleza social, cultural o política. Por consiguiente, la interpretación está conectada, por una parte, con el contexto normativo (con el sistema jurídico en tanto sistema de normas) y, por otra, con los valores sociales y culturales.

Sin embargo, los términos lingüísticos pueden ser clasificados, por lo menos, en los siguientes subgrupos, según el tipo de duda que provoquen en el intérprete:

(a) Un término puede ser – y, a menudo, lo es – *vago*; tiene un significado impreciso. Las expresiones lingüísticas tienen, a menudo, una zona especial de penumbra, es decir, hay duda acerca de si el término cubre o no un cierto caso. En situaciones de penumbra, se puede hablar de vaguedad.

Una típica situación de vaguedad se da cuando una expresión *no es clara*. Este es el caso, ante todo, cuando el contenido de significado del término está especificado con imprecisión(82). Es inexacta. El intérprete no puede identificar las posibles alternativas de significado y, por consiguiente, es imposible conocer a cuáles casos se refiere la expresión. Otro subgrupo de vaguedad es la *apertura*; simplemente no se dispone de criterios sufi-

(81) Es una cuestión de subsunción. Ver, por ejemplo, Koch y Rüssmann, págs. 64 ss. Cfr. Larenz, op. cit., pág. 256 y Alexy, op. cit., págs. 274 ss.

(82) Ver, en general, Ahmavaara, Yrjö, *Informaatio*, pág. 112. La expresión “alguien”, usada como ejemplo, es un término singular inespecífico. Ver Jareborg, Nils, *Begrepp och brottsbeskrivning*, pág. 94. Para complementar el texto, ver el Capítulo 4 del libro de Jareborg, págs. 93 ss. Ver también Hart, op. cit., págs. 4, 15 ss., 122 s., Vernengo, Roberto J., *Curso de Teoría General del Derecho*, págs. 311 ss. y Wróblewski, Jerzy, “Fuzziness of Legal System”, págs. 311 ss.

cientes para especificar el contenido de significado. Ejemplo: “circunstancias especiales”(83).

En Finlandia, al igual que en muchos otros países, las llamadas cláusulas generales (normas flexibles) son más frecuentes que hace algunos años. Hasta se han sancionado diferentes tipos de leyes de delegación. Ellas delegan el poder de interpretación en ciertos funcionarios, sin indicar ningún criterio de interpretación. En algunos casos, la ley define sólo los objetivos del procedimiento. La definición de los detalles queda en manos del intérprete.

(b) Si una expresión tiene diferentes significados es *ambigua*(84). Se conocen (todas) las posibles alternativas que caen en la denotación de la expresión, pero es imposible identificar cuál de las alternativas es la *adecuada*. Esto puede ser ilustrado con el ejemplo del término “firmado”(85). La Ley de herencia finlandesa, Sección 23, artículo 9, incluye una disposición acerca de la forma de distribución de la herencia. Se puede hacer una lista de más de 15 alternativas del concepto “documento firmado”: la firma completa y reconocible del propio nombre, una firma ilegible, una “marca”, etcétera. Por otra parte, el documento puede ser un documento firmado sin testigos, un documento firmado ante testigos, estos testigos pueden ser personas determinadas, etcétera. La propia disposición no ofrece ningún criterio para la elección entre estas alternativas(86). Por consiguiente, este tipo de ambigüedad es una fuente genuina de cuestiones de interpretación(87).

Existe *ambigüedad sintáctica* cuando la ubicación de una expresión en una oración o en una cláusula determina la forma cómo debe ser interpretada. Por ejemplo: “Vive en una casa en Finlandia que es bella” o “Vive en Finlandia en una casa que es bella”(88).

(83) En este contexto, conviene recordar la caracterización wittgensteniana del concepto “parecido de familia”. Justamente, en conexión con los términos abiertos, podemos decir que los contenidos individuales de significado están “relacionados” recíprocamente sólo en el sentido de las fibras que forman una cuerda. Ver *Philosophical Investigations* § 66-75. El problema de los términos abiertos ha sido tratado de manera notable por Furberg, Mats en *Saying and Meaning*, págs. 72 ss. Ver también Hart, op. cit., págs. 121 ss. donde trata el problema de la llamada “textura abierta”.

(84) Con respecto a este concepto ver, por ejemplo, Regnell, Hans, *Semantik*, pág. 89 y Ross, op. cit., págs. 135 ss. Ver también Ekelöf, Per Olof, “Semantik och juridik” en *Svensk Juristtidning*, 1966, págs. 497 ss. y Jareborg, op. cit., págs. 98 ss.

(85) Aarmio, “Formal Incorrectness and the Invalidity of Legal Acts” en *SSL*, págs. 19 ss.

(86) Ahmavaara, op. cit., pág. 112 y Jareborg, op. cit., pág. 108. Ver también Regnell, op. cit., págs. 75 ss.

(87) Jareborg, op. cit., págs. 121 ss.

(88) *Ibidem*, pág. 108. Cuando el mismo término se refiere a diferentes asuntos, se suele usar el concepto “polisemia”.

(c) Si el término es *valorativamente abierto*, la identificación del contenido semántico presupone una valoración como base extrajurídica de interpretación. Así, el criterio de interpretación se encuentra parcialmente en el código axiológico de la sociedad. En Finlandia, varias reglas de equidad se han convertido en algo sumamente general, sobre todo en el derecho de familia pero también, por ejemplo, en el derecho de contratos. Ejemplo: de acuerdo con la Ley de contratos, Sección 36, el juez tiene la posibilidad de considerar la equidad del contrato *ex post* tomando en cuenta las circunstancias del caso. La Ley no incluye ningún criterio de conciliación.

También las llamadas normas flexibles incluyen, a menudo, términos valorativamente abiertos. Por ejemplo, una ley puede referirse a “consecuencias razonables”. Qué sea lo razonable es algo que no puede ser definido independientemente de los valores sociales o culturales.

4.2.3. Un inconveniente lógico del sistema que puede ser mencionado es el *conflicto*: el texto legal L_i vincula la consecuencia C_i con el conjunto de hechos jurídicos H , mientras que el texto legal L_j conecta la consecuencia C_j con el mismo conjunto de hechos. De esta manera, pueden surgir dos enunciados normativos contradictorios.

Se ha señalado que en la lógica deóntica manifiestamente no puede estar justificado hablar de un conflicto dentro del mismo sistema de normas (89). Una misma autoridad no puede tener una voluntad contradictoria. Es más natural suponer que, en caso de conflicto, están en vigencia dos conjuntos conflictivos de normas.

Sin embargo, en la práctica, no queda excluida la posibilidad de conflicto, sin que importe cómo sea interpretado el concepto de conflicto desde el punto de vista de la lógica deóntica. Un conflicto puede presentarse en la legislación, por ejemplo, en los casos en que el esquema básico de la regulación es viejo y el sistema normativo ha sido modificado varias veces. Un conflicto que puede ser mencionado en este sentido es el que existe entre la Sección 103 de la Ley finlandesa de matrimonio y el Capítulo 23 de la Ley de herencia. De acuerdo con el sistema finlandés, el valor neto de los bienes de los cónyuges tiene que ser calculado conjuntamente. La suma total tiene luego que ser dividida por mitades para determinar la porción legal que corresponde a ambas partes. La Sección 103 de la Ley de matrimonio otorga a la persona que posee más el derecho de decidir, cuando se divide la propiedad de los cónyuges, qué debe concederse a la otra parte para igualar la distribución. En el Capítulo 23 de la Ley de herencia este poder le es conferido al albacea del patrimonio cuando éste ha sido designado. Como es posible contar con un albacea para arreglar la división de la propiedad de los cónyuges, nos enfrenta-

(89) Ver von Wright, G.H., “Normit ja logiikka” en *Ajatus*, 1963, págs. 255 ss.

mos con la cuestión de saber cuál disposición ha de ser obedecida y bajo cuáles circunstancias. En tanto tales, ambas disposiciones no pueden ser simultáneamente aplicadas. Una de ellas tiene que ceder, al menos parcialmente.

La idea de la ausencia de conflicto en la regulación, que a veces ha sido presentada en la teoría del derecho, se basa, en mi opinión, en un cierto tipo de generalización. Hablamos sin mayor precisión del legislador racional y de su actividad no conflictiva casi como si fuera posible definirlo inequívocamente como un agente que trabaja en un determinado tiempo(90). Tal no es el caso en la práctica. Por el contrario, la ficción del legislador (si es que puede utilizarse tal terminología) cubre muchos tipos de actividades que no difieren sólo en su localización sino también en el tiempo. Por esta razón, habría que reconocer también la posibilidad de conflicto en la legislación como una posibilidad real.

Por lo que respecta a la justificación, el conflicto hace surgir el problema al que ya se ha hecho referencia de pasada, es decir, cuál de los textos legales en conflicto debería ser aplicado o - desde un punto de vista ligeramente diferente - cómo deberían ser interpretadas las disposiciones de forma tal que pueda eliminarse el conflicto.

(d) Tradicionalmente, en la literatura de la Filosofía del Derecho, se ha hecho una distinción entre laguna en la ley y laguna en el ordenamiento jurídico(91). Se ha dicho que puede haber una laguna en la ley pero no una laguna en el ordenamiento jurídico. En la búsqueda de un punto de partida para la argumentación, hay que otorgar especial atención a las lagunas en la ley(92). Alchourrón y Bulygin las han llamado, desde un cierto punto de vista, lagunas normativas(93). Estos autores comienzan preguntando en cuáles situaciones una falta de conocimiento impide la formulación de una decisión individual. Tal es el caso en la subsunción: o bien hay aquí una falta de información sobre los hechos del caso (una laguna de conocimiento) o bien hay incertidumbre semántica acerca del texto que ha de ser aplicado (una laguna de reconocimiento). Esta última ya ha sido tratada más arriba. A su vez, las lagunas de conocimiento no se dan en la dogmática jurídica ya que ella no se ocupa de casos individuales concretos.

(90) Con respecto al concepto de legislador, ver Peczenik, *Juridikens metodproblem*, págs. 112-113.

(91) Ver Brusiin, op. cit., págs. 24 ss., Coing, Helmut, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, págs. 328 ss. Makkonen, *Zur Problematik der juristischen Entscheidung*, págs. 122 ss. y Peczenik, op. cit., págs. 76 ss.

Una definición más bien completa del concepto de laguna es la que ofrecen Alchourrón y Bulygin. Ver *Normative Systems*, págs. 145 ss. y los comentarios al respecto en Aarnio, *On Legal Reasoning*, págs. 60 ss.

(92) Ver también Wróblewski, Jerzy, "System of Norms and Legal System" en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* 2 (1972).

(93) Alchourrón y Bulygin, op. cit., pág. 146.

Por otra parte, Alchourrón y Bulygin creen que esta falta de conocimiento puede deberse también a defectos del propio sistema. Como se acaba de señalar, puede haber un conflicto en el sistema o simplemente puede no haber decisión sobre el asunto. Esto es lo que ellos llaman laguna normativa. Teniendo en cuenta la distinción entre laguna en la ley y laguna en el ordenamiento jurídico, una laguna normativa puede ser entendida como la ausencia de una disposición (norma) para el caso en cuestión. Se sabe (con certeza) que no es posible encontrar ninguna disposición que regule el caso(94), ni siquiera después de una cuidadosa interpretación.

En tal situación, la tarea de la argumentación consiste en llenar esta laguna. Por cierto, se puede pensar que, en caso de laguna, la dogmática jurídica tiene que conformarse con señalar que ella existe. Se observa, dando razones, que el derecho no da respuesta a tal cuestión. Ya Hans Kelsen vio la tarea de la dogmática jurídica desde esta perspectiva(95). Aparentemente también Alchourrón y Bulygin tienden a pensar de esta manera(96). Sin embargo, si consideramos la cuestión desde el punto de vista del juez y le preguntamos qué es lo que él espera de la dogmática jurídica, la respuesta será sin duda diferente. El interés del juez en obtener conocimiento presupone que la dogmática jurídica ofrece una respuesta justificada a la cuestión de una laguna normativa. En mi opinión, este interés en el conocimiento corresponde también, en general, a aquellas expectativas que depositamos en el estudio del contenido del ordenamiento jurídico por parte de la sociedad. Siguiendo a Wittgenstein, podemos decir que el juego de la argumentación en casos de laguna pertenece a aquellos juegos del lenguaje que se juegan en el lenguaje jurídico. Así es natural y, desde el punto de vista de la sociedad, está justificado interpretar el llenado de una laguna como una de las tareas normales de la dogmática jurídica cotidiana.

Esto se aplica también a la llamada laguna axiológica y a la laguna lógica. Alchourrón y Bulygin definen una laguna axiológica de la siguiente manera: el modelo de comportamiento definido por las normas es insatisfactorio desde el punto de vista axiológico(97). En la literatura de la teoría del derecho, la laguna lógica es tratada más raramente. No hay duda que tales lagunas afectan también al ordenamiento jurídico. Dos situaciones pueden ser consideradas como lagunas lógicas. Una de ellas puede darse cuando la legislación requiere ciertos actos procesales que dependen el uno del otro. Si la parte *A* del procedimiento depende de la parte *B*, pero no hay disposiciones sobre la parte *B*, existe una laguna *técnica*(98). En el caso de que una

(94) *Ibidem*, pág. 147.

(95) Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, págs. 348 ss.

(96) Alchourrón y Bulygin, op. cit., págs. 51 ss.

(97) *Ibidem*, pág. 146; cfr. págs. 31 ss y 106 ss.

(98) Peczenik, op. cit., pág. 77.

disposición requiera que se dicten otras disposiciones pero, por alguna razón, esto no se ha hecho, podemos hablar entonces de una laguna *legislativa* en el sentido estricto de la palabra.

(e) Se trata de una cuestión de *regulación excesiva* (redundancia) cuando más de un texto legal se refiere al mismo asunto. La regulación excesiva no puede ser considerada como típica de un “buen” ordenamiento jurídico. Sin embargo, desde el punto de vista de la justificación, no tiene la misma importancia que los otros casos mencionados y, por ello, no será considerada en detalle en este estudio.

4.3. *El procedimiento del discurso*

Los problemas de la interpretación jurídica resultan del carácter del procedimiento jurídico. Por ejemplo, en los casos civiles, el demandante formula una exigencia y el demandado trata de resistirse dando razones en contra de la misma. Las razones pueden referirse a los hechos del caso o a otra interpretación de la ley. La diferencia de las opiniones puede así ser o bien clasificatoria o bien legal.

Este enfoque procedimental puede ser transformado en un enfoque de la dogmática jurídica. En el procedimiento de justificación, el interprete intenta reforzar la interpretación alternativa que ha elegido, I_1 y, por otra parte, intenta eliminar los contraargumentos(99). A su vez, estos contraargumentos pueden ser tratados como argumentos a favor de la interpretación alternativa I_2 . Así pues, en esta forma de pensar existe una constante “competencia” en el discurso entre dos alternativas y, al mismo tiempo, entre dos grupos de argumentos, pro y contra. Como en lo que sigue el asunto será analizado desde el punto de vista de la interpretación alternativa I_1 , los proargumentos serán considerados como argumentos que justifican esta interpretación y los contraargumentos como argumentos que se oponen a ella. Por lo que respecta a la alternativa I_2 , el papel de los argumentos es el inverso. La eliminación de los contraargumentos a una cierta interpretación (en este caso a I_1) es, por lo tanto, una parte de la presentación de la justificación en apoyo de esta interpretación.

Los argumentos mismos pueden ser ordenados en una jerarquía. Los argumentos de primer nivel pueden requerir mayor justificación. Tal es el caso cuando dudamos de la fuerza de los proargumentos. Los argumentos ulteriores que entonces son presentados pueden ser llamados argumentos de segundo nivel. En este estadio no hay razón para analizar la estructura y el papel

(99) Desde el punto de vista general, se trata de delinear con mayor precisión el contenido de significado de la expresión en cuestión. Con respecto a este concepto, ver Naess, Arne, *Empirisk semantik*, págs. 6-13 y 26 ss. y Naess, Arne, *Interpretation and Preciseness*, págs. 350 ss.

de estos argumentos con mayor detalle. A su vez, los argumentos de segundo nivel pueden requerir un apoyo ulterior; llegamos así a un tercer nivel y así sucesivamente.

Un argumento puede resultar semántica (o terminológicamente) ambiguo. Puede suceder que en la forma presentada, el argumento sea demasiado general y, en tanto tal, indefinido y ambiguo. Sobre la base de repreguntas, el intérprete puede establecer qué es lo que significa el argumento.

Sobre esta base, podemos ilustrar la estructura general de la argumentación de la siguiente manera. Para comenzar, denotaremos los argumentos pro con la letra p y los contraargumentos con la letra c . Un enunciado que aclare el significado de tal argumento (un enunciado analítico) puede ser expresado agregando una comilla a la letra básica, de la siguiente manera: p' y c' . Por lo tanto, un enunciado que analice un argumento pro puede ser escrito de la siguiente manera: $p'p$. El nivel del argumento puede ser expresado con un número. La jerarquía de los proargumentos sería así $p_1, p_2, \dots, p_n$ (un proargumento de primer nivel, un proargumento de segundo nivel, etcétera). Además, podemos suponer que un argumento que se enfrenta a un cierto proargumento (por ejemplo, p_1) será escrito en la misma línea. Un contraargumento que tan sólo intenta buscar una aclaración de un argumento analítico puede ser denotado simplemente con "?". En algunos casos, la presentación de un contraargumento obliga al intérprete a presentar un argumento en apoyo de otro presentado previamente. Según el nivel de la argumentación, el argumento adicional recibe su propio índice. Por ejemplo, p_1, p_2 puede ser entendido como denotando "el argumento p_1 , que es apoyado por el argumento p_2 ".

Si denotamos, como antes, la interpretación alternativa del texto legal L_i apoyada por el intérprete como I_1 y la interpretación opuesta con I_2 , podemos obtener dos esquemas de argumentos, tales como los presentados en el Diagrama 20(100).

En el diagrama, la alternativa I_2 ha sido puesta entre paréntesis porque, de acuerdo con nuestro punto de partida, el receptor de la interpretación no necesita, por su parte, presentar una interpretación alternativa particular. Basta que haya desacuerdo acerca de la interpretación I_1 que es defendida. Aun así, los contraargumentos presentados por el receptor de la interpretación pueden ser proargumentos para la interpretación I_2 . Si es así, como se ha señalado, el esquema de interpretación es el inverso; todo lo que apoye la alternativa I_2 se opone a la interpretación I_1 .

(100) Ver Aarnio, *Denkweisen der Rechtswissenschaft*, págs. 120-121. La base del diagrama es la presentación de Naess de los pro y los contraargumentos. Ver *Empirisk semantik*, págs. 67 ss. Ilmar Tammelo ha llamado a este tipo de razonamiento "un proceso zetético". Ver Tammelo, "Zetetische Verfahren für juristisches Aufweisen" en *Rechtstheorie*, 1978, págs. 421 ss. Para comentarios al respecto, ver Wimmer, Franz, "Überlegungen zu Tammelos Unterscheidung von Euduktion, Produktion und Seduktion" en *Rechtstheorie*, 1979, págs. 338 ss.

Los guiones después del último proargumento describen la situación en la cual se corta la cadena de razonamiento.

I_1	L_i	(I_2)
p_1		?
$p'p_1$		c_1
p_2		c_2
p_2p_3		c_3
p_4		

Diagrama 20

Se puede percibir indirectamente en el esquema que, dentro de los proargumentos, existen diversas relaciones entre los argumentos con respecto a la interpretación I_1 . Algunos de los argumentos apoyan directamente I_1 . Por lo tanto, pueden ser llamados simplemente argumentos directos. Otros argumentos, por ejemplo, p'_2 y el argumento adicional p'_1 en la cuarta línea, sólo ofrecen un apoyo indirecto al resultado de la interpretación. Su importancia reside en su apoyo a una cierta parte de la cadena de razonamiento. Los argumentos que hablan en favor de la interpretación alternativa pueden ser colocados muy esquemáticamente en el siguiente diagrama que demuestra de una manera algo mejor la relación interna de los proargumentos.

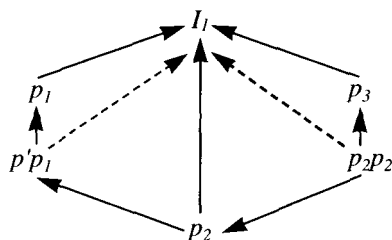


Diagrama 21

Naturalmente, la cadena de argumentación puede ser continuada en uno y otro lado, más allá de lo que se ha supuesto en este ejemplo, y sus formas pueden variar según el caso. Nuevamente: no existe una estructura común para todo aquello que podemos llamar argumentación, aun cuando las suposiciones presentadas más arriba han sido limitadas a ciertos tipos de juegos del lenguaje. Podemos observar que, aun dentro de este esquema, un lengua-

je de argumentación que funcione es una enorme suma de juegos individuales con semejanzas de familia.

Pero, cualquiera que sea la combinación de los movimientos y cualquiera que sea la forma como describamos las combinaciones, queda abierta una cuestión que es crítica para toda argumentación en la dogmática jurídica: ¿cuándo puede interrumpirse una cadena de argumentación? ¿En qué estadio hay suficientes proargumentos para que la justificación sea suficiente? Y a un nivel más general: ¿existe tal límite o puede suceder que tal límite no pueda ser identificado, ni siquiera en principio? Hemos llegado así a las cuestiones ontológicas, epistemológicas y metodológicas esbozadas al comienzo.

La respuesta a estas cuestiones sostenida en esta investigación es clara a pesar de que, al mismo tiempo, pueda parecer radical y problemática. A esta altura del trabajo, la posición puede ser formulada de la siguiente manera: ni siquiera en principio es posible señalar en términos generales un límite exacto en el cual la justificación puede siempre interrumpirse. La interrupción de la cadena de argumentación depende del estadio en el que puedan crearse las condiciones para lograr la aceptabilidad del enunciado I_1/I_2 . Esto, a su vez, está vinculado con el receptor de la interpretación. En términos más generales, la interpretación está dirigida a una cierta comunidad de interpretación o, con otras palabras, a una audiencia. Por lo tanto, el “punto final” de justificación está fijado en la audiencia, es decir, de acuerdo con la terminología de Peczenik, está contextualmente ligado(101).

La justificación de esta concepción teórica requiere una aclaración no sólo de algunos rasgos generales del procedimiento de justificación, sino también algunos ejemplos de la dogmática jurídica actual. Comencemos señalando algunos puntos de vista generales. Luego habrá llegado el momento de invitar al lector a seguir un ejemplo relacionado con la interpretación práctica en la dogmática jurídica.

4.4. *Justificación interna y justificación externa*

Jerzy Wróblewski y, siguiéndolo, Robert Alexy han distinguido entre justificación interna y justificación externa de una proposición interpretativa (o, en general, de una decisión legal)(102). Una justificación interna (justificación-IN) significa, según Wróblewski, la derivación de la interpretación a

(101) Peczenik, *The Basis of Legal Justification*, págs. 33 ss. Con buenas razones, Peczenik distingue entre justificación contextualmente suficiente y justificación profunda. Ver también op. cit., págs. 1, 28 ss. y 110 ss.

(102) Ver Alexy, op. cit., págs. 272 ss. y Wróblewski, “Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision” en *Rechtstheorie* 5 (1974), págs. 39 ss., Wróblewski, “Legal Decision and Its Justification” en *Proceedings of the World Congress for Legal and Social Philosophy*, 1971,

partir de las premisas de acuerdo con las reglas de inferencia aceptadas. “La condición de la justificación-IN es la existencia de la regla con la cual se puede someter a prueba la racionalidad interna de una decisión. La validez de las premisas se acepta como dada”, afirma. Así, por ejemplo, según Wróblewski, la proposición interpretativa “La norma N_i tiene el significado I_i en el lenguaje L_i ” es verdadera bajo ciertas premisas $MP_1 \dots MP_n$ si hay reglas de inferencia $DI_1 \dots DI_n$ y si la interpretación está basada en los valores $V_1 \dots V_n$ y las reglas $DI_1 \dots DI_n$ son usadas de manera adecuada. En una presentación esquemática, la siguiente fórmula simple y, desde el punto de vista silogístico, incompleta, muestra la estructura de la justificación interna:

$$\begin{array}{l} MP_1 \dots MP_n \\ DI_1 \dots DI_n \\ V_1 \dots V_n \\ \hline I_i \end{array}$$

A su vez, según Wróblewski, una justificación externa (justificación-EX) puede ser caracterizada de la siguiente manera: “Una decisión esta justificada-EX si sus premisas son calificadas como buenas de acuerdo con las pautas utilizadas por la persona que realiza la cualificación. Es evidente que la decisión legal puede estar justificada-IN pero no tener una justificación-EX”. Es decir, la justificación externa es una cuestión de la validez de las premisas y de las reglas de inferencia. Según Wróblewski, ellas dependen de los criterios de evaluación de la validez. Se puede también decir que una justificación externa depende, en última instancia, de las normas y valores a los cuales uno se atiene en la justificación.

En lo que sigue, se intentará demostrar que los problemas centrales de la justificación jurídica están vinculados con la justificación externa. La

págs. 412 ss. y Wróblewski, “Justification of Legal Decisions” en *Revue Internationale de Philosophie, La Nouvelle Rhétorique. Essais en hommage à Chaim Perelman*, 127-128 (1979), págs. 277 ss.

Según Alexy, una forma silogística simple es la siguiente:

$$\begin{array}{l} (x) (Tx \rightarrow ORx) \\ Ta \\ ORa \end{array}$$

en donde x es una variable individual, O un operador deóntico, a un nombre individual, T y R predicados más o menos complicados. El silogismo puede ser presentado con el siguiente ejemplo:

Un testigo debe decir la verdad ante el tribunal
 a es un testigo
 a debe decir la verdad ante el tribunal

Un análisis más detallado de la deducción silogística puede encontrarse en Tammelo, Ilmar y Helmut Schreiner, *Grundzüge und Grundverfahren der Rechtslogik*, I, págs. 110 ss. Ver también Aarnio, *On Legal Reasoning*, págs. 59-60, Koch y Rüßmann, op. cit., págs. 14 ss. y 59 ss. y Makkonen, op. cit., págs. 47 ss. Con respecto al razonamiento deductivo, una crítica muy clara puede encontrarse en MacCormick, op. cit., págs. 19 ss.

cuestión de si el resultado 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.

4.5. La estructura del procedimiento de la justificación-EX

El procedimiento de la justificación externa - discurso jurídico como una forma del discurso práctico en general - puede ser descrito en términos de la justificación interna y externa de la siguiente manera⁽¹⁰³⁾. Tomemos un ejemplo. La ley L_i expresa la norma: "Si H_i , entonces debe ser G_i ". Un jurista A ha expresado su opinión (punto de vista) con respecto a la ley L_i de la siguiente manera: en el caso h , debe ser G_i . Llamemos a este punto de vista interpretación I_i (cfr. Diagrama 20). Una pregunta natural en esta situación es: ¿por qué la consecuencia G_i debe ser vinculada justamente con el hecho h ? El jurista A puede responder que el término " H_i " en el texto legal significa " h " y solo esto. Por consiguiente, A ha dado el argumento de primer nivel en su justificación. Esta parte de razonamiento puede *ex post* ser escrita en la forma de un silogismo:

SILOGISMO I

PR_1 : El texto legal L_i dice: si H_i , entonces debe ser G_i .

PR_2 : $h \in H_i$

C : En el caso de h , deber ser G_i

La premisa PR_2 conecta el texto L_i con su interpretación I_i . Por consiguiente, la segunda premisa (PR_2) juega en el silogismo el papel de argumento de primer nivel (p_1 en el Diagrama 20). Sin embargo, el destinatario B puede plantear la pregunta: ¿por qué justamente $h \in H_i$ y no, por ejemplo, $h' \in H_i$? A fin de responder esta pregunta, A tiene que aumentar sus argumentos dando una razón de apoyo al enunciado " $h \in H_i$ ". Una vez más, es posible poner este estadio del razonamiento en una forma silogística:

(103) Ver McCormick, op. cit., págs. 19-52 y especialmente 100 ss., en donde se distingue entre "justificación de segundo orden" y razonamiento deductivo en una decisión. Esta última justificación corresponde al término "justificación externa".

La descripción de la justificación-Ex presentada en esta sección está basada en discusiones y trabajos que el autor realizara con Aleksander Peczenik en 1984-85. Ver también Peczenik, "Creativity and Transformations in Legal Reasoning", págs. 280 ss.

SILOGISMO II

PR₁: Si los *travaux préparatoires* dicen " $h \in H_1$ " en el caso de L_i , entonces la interpretación correcta de L_i es I_1 , es decir, "si h , entonces debe ser G_1 ".

PR₂: Los *travaux préparatoires* dicen " $h \in H_1$ "

C: De acuerdo con los *travaux préparatoires*, la interpretación de L_i es: si h , entonces debe ser G_1 .

En la práctica cotidiana de la dogmática jurídica, la conclusión *C* juega, a menudo, el papel de un argumento independiente. Un jurista se refiere simplemente a la historia legislativa de la ley. Sin embargo, la base de este argumento es el silogismo al que se ha hecho referencia más arriba. Con otras palabras, siempre hay una justificación interna para cada paso en la cadena de argumentos. Para ser preciso, hay, por lo tanto, que describir al silogismo II como un argumento de segundo nivel (p_2 en el Diagrama 22).

De la misma manera, argumentos que apoyan un cierto argumento (por ejemplo, p_1/p_2) pueden ser escritos en la forma de un silogismo. En este sentido, la justificación interna y la externa están recíprocamente interrelacionadas. Así pues, el Diagrama 21 puede ser presentado de la siguiente forma:

L_i	
I_1	I_2
Silogismo I	?
Análisis de los términos	c_1
Silogismo II	c_2
Silogismo III	c_3
Apoyo de un argumento (Silogismo IV)	-
Silogismo V	-
-	-

Diagrama 22

Los criterios de racionalidad (en general) y las pautas tradicionales de la interpretación jurídica indican cómo puede ser formulado un determinado silogismo individual. Las reglas de la lógica silogística definen la forma de la inferencia; las pautas de la interpretación jurídica dicen, por ejemplo, que el derecho consuetudinario debe ser usado bajo ciertas condiciones. Por lo tanto, cada transformación particular, es decir, cada formulación de proargumentos (o un argumento en favor de un argumento) está guiada por este tipo de pautas.

Por otra parte, la compleja totalidad de argumentos (p_1, p_2, p_1p_2 etc.) no resulta deductivamente en la interpretación I_1 . La interpretación jurídica no es de naturaleza exclusivamente silogística. No es posible identificar reglas aceptadas por la comunidad jurídica de forma tal que la conclusión final (I_1) pudiera ser deducida de la totalidad de *determinados* silogismos (cfr. Diagrama 22). En este sentido, no existen conexiones silogísticas internas entre los diferentes silogismos en la cadena de argumentos. Aquí reside el núcleo de toda la interpretación jurídica. La justificación externa no es silogística en modo alguno. Es una cuestión de convencer a la otra parte, al destinatario de la interpretación (B). Esto se hace simplemente de manera tal que el intérprete agrega nuevos silogismos que apoyan su interpretación o sus argumentos, pero cada paso está guiado sólo de una manera "laxa" por los criterios de racionalidad o por las pautas de la interpretación jurídica. No hay criterios exactos sobre la base de los cuales se pueda decir que justamente este argumento (silogismo) es el adecuado. El intérprete tendrá éxito si la totalidad de argumentos (la cadena de silogismos) es lo suficientemente convincente para la otra parte.

En este sentido, parece correcto decir que la justificación interna y la externa están recíprocamente interrelacionadas. La justificación externa equivale a la adición de nuevos silogismos a la cadena de argumentos a fin de apoyar la premisa anterior, tal como es el caso en el Diagrama 22.

4.6. *Un ejemplo del procedimiento de justificación*

Pueden formularse opiniones muy diferentes acerca de la forma de la transferencia de la parte que a uno le corresponde en una herencia. Supongamos que el intérprete A defiende la posición de acuerdo con la cual la transferencia tiene que llevarse a cabo a través de un documento firmado ante dos testigos (104). Llamaré a esta interpretación I_1 . No basta referirse en este caso sólo al texto legal (L_i), ya que el problema reside precisamente en el hecho de que no conocemos el contenido del texto legal (105).

Si fuera una cuestión de un texto legal con un contenido de significado preciso e inequívoco, no haría falta ninguna otra justificación. Bastaría una interpretación gramatical. En tal caso, desde el punto de vista de la aplicación del derecho, podría hablarse de decisiones rutinarias. El texto de la ley es claro, el caso ha sido probado y la aplicación de la ley no crea dificultad alguna. Pero, como se ha dicho, nuestro caso no es tal. Tenemos que continuar la cadena de argumentos.

(104) Aarnio, *Perillisen oikeusasemasta*, págs. 133 ss.

(105) Aarnio, *Denkweisen der Rechtswissenschaft*, págs. 133 ss.

4.6.1. *Travaux préparatoires*. En la práctica, la primera razón que surge es casi siempre una referencia a los *travaux préparatoires*(106). Por consiguiente, detrás de esto se encuentra el principio de la llamada interpretación subjetiva(107). Con otras palabras, la suposición (apoyo) es que cuando el significado gramatical de la ley no es claro, debe ser interpretado de acuerdo con su propósito.

Sin embargo, más arriba se ha señalado que en el sistema jurídico finlandés, los *travaux préparatoires* no son fuentes del derecho estrictamente vinculantes. El no tomarlos en cuenta conduce sólo a una obligación argumentativa de justificar por qué este material no ha sido utilizado. Así, en Finlandia, el principio de la interpretación subjetiva no es jurídicamente obligatorio(108).

Lo más importante es que los criterios de aplicación de este principio son abiertos. ¿Qué significa decir que la intención (la voluntad) del legislador es clara? ¿Cuándo una intención es clara? Las dificultades son fáciles de entender si nos detenemos a analizar brevemente la noción de “intención clara”(109). En muchos casos, los *travaux préparatoires* están llenos de lagunas. Ciertamente se ha hecho mención a la necesidad de regulación en un cierto sector de la vida, así como al esquema y a la estructura básica de la regulación, pero nada se ha dicho de los problemas individuales de interpretación de los textos legales individuales. Esto se debe, en parte, a economía de trabajo y, en parte, al hecho de que ni siquiera es posible anticipar todos los problemas de la interpretación. Es muy frecuente que el desarrollo (por ejemplo, el desarrollo técnico) de la sociedad vaya más allá del alcance de los *travaux préparatoires*. Simplemente no es posible considerar todo lo que en el momento de la interpretación es importante.

Y esto no es todo. Los *travaux préparatoires* consisten en lenguaje. Así, las expresiones en los *travaux préparatoires* padecen la misma apertura a la interpretación que los propios textos legales(110). A veces, la interpretación exige la interpretación de los argumentos mismos. Por lo tanto, no basta referirse a los *travaux préparatoires* para aclarar el texto legal problemático. Necesitamos, por lo menos, razones adicionales. Unas veces estas razones adicionales han sido cuestiones tales como las carreras personales de los legisladores, otras, el “espíritu del momento” o la discusión jurídica sobre el

(106) Alexy, op. cit., págs. 221 ss.

(107) Larenz, op. cit., págs. 198 ss.

(108) Con respecto a estos principios, ver Ross, op. cit., págs. 164 ss., Peczenik, op. cit., págs. 110 ss. y Strömholm, op. cit., págs. 428 ss.

(109) Ver *Kommentar zum Allgemeinen Gesetzbuch* (editado por Heinrich Klang y Franz Gschnitzer), págs. 103 y 107. Con respecto a la relevancia de los *travaux préparatoires* en general, ver Strömholm, “Legislative Material and Constitution of Statutes” en *SSL* 1966, págs. 175 ss. y Rahlf, op. cit., págs. 28 ss.

(110) Aarnio, *Denkweisen der Rechtswissenschaft*, págs. 134 ss. y Aarnio, *On Legal Reasoning*, págs. 109 ss.

asunto en el momento de la legislación. Sin embargo, en la práctica, tales razones adicionales no introducen una interpretación de los *travaux préparatoires* en la interpretación genuina. Por el contrario, a pesar de las razones adicionales, la aclaración de la ley exige una justificación adicional a los *travaux préparatoires*.

No podemos dejar de mencionar el hecho de que en la interpretación práctica, la identificación de los *travaux préparatoires* es también un problema difícil(111). ¿Qué *material* expresa adecuadamente la voluntad del “legislador”? No existen directrices claras para decidir esta cuestión(112). Unas veces se utilizan informes de comisión; otras, proyectos de leyes gubernamentales o los protocolos de las sesiones de las comisiones parlamentarias. El siguiente orden de prioridad parece ser adecuado por lo que respecta a la práctica en Finlandia.

Si hay una expresión clara acerca del problema en las minutas de las reuniones de las comisiones parlamentarias, ellas expresan la intención subjetiva que puede ser tomada como base de la interpretación. Si tal no es el caso, puede utilizarse el razonamiento en el proyecto de ley gubernamental. Hay que partir de la suposición de que el proyecto gubernamental con su razonamiento ha encontrado la aprobación del parlamento, a menos que se haya introducido alguna reforma específica. Cuando otros tipos de materiales callan sobre el asunto, se puede recurrir a los informes de comisiones (no parlamentarias) o a datos similares. Sin embargo, ésta es una cuestión sólo de principios presuntivos del discurso racional. Así, el dejar de lado el material parlamentario no trae aparejada ninguna sanción. Sin embargo, el intérprete tiene la obligación de justificar por qué ha dejado de lado una mención explícita en las minutas de una comisión parlamentaria y ha justificado, digamos, su interpretación con una manifestación tomada de un informe de una comisión (no parlamentaria).

En la mayoría de los casos, no hay un solo tipo particular de material en los *travaux préparatoires* que proporcione una respuesta al problema de la interpretación. Por el contrario, suele suceder que el intérprete intente construir un todo interpretativo a partir de los *travaux préparatoires*. El resultado es una *reconstrucción* en la que los enunciados contenidos en diferentes materiales son reunidos en un todo. Según la coherencia y la extensión de la reconstrucción, su poder justificatorio varía enormemente. En el mejor de los casos, tal reconstrucción es una fuente que apoya sólo débilmente la interpretación. No justifica concluyentemente el enunciado interpretativo.

(111) Aarnio, *On Legal Reasoning*, págs. 216 ss.

(112) Cfr. Peczenik, op. cit., pág. 113, en donde afirma que los juristas saben la intención de quién debe ser tomada en cuenta. La concepción de Peczenik parecía simplificar demasiado la situación ya que la práctica de la investigación presenta innumerables ejemplos en los que decisiones diferentes sobre el mismo asunto han recurrido a diferentes opiniones y diferentes instancias.

En nuestro ejemplo, los *travaux préparatoires* tienen una importancia relativamente limitada. Es verdad que la Ley de herencia fue preparada a lo largo de casi 30 años y que, como resultado de este largo proceso, se produjo un gran número de informes de comisiones y otros *travaux préparatoires*. Sin embargo, en ellos no es posible encontrar una posición definida acerca de la interpretación del Capítulo 17, Sección 3 de la Ley. Por esta razón, los *travaux préparatoires* dejan sin respuesta el problema en la medida en que no pueda ser respondido sobre la base de la ley misma. En ese caso, simplemente no existe una intención histórica del legislador.

En una situación tal, suele hacerse referencia a la *ratio legis*, es decir, a la intención objetiva que justifica el contenido de una disposición legal. Aquí pueden tomarse en cuenta dos direcciones(113).

La intención objetiva puede tener importancia en tanto intención hipotética del legislador: si el asunto en cuestión se hubiera planteado durante la fase legislativa, hubiera sido decidido de tal y cual manera. Con otras palabras, la intención hipotética es también una intención reconstruida(114). En ningún estadio, ninguna instancia ha sostenido esta intención, para no hablar de su manifestación pública. Perelman afirma: “Si en un caso tal se quiere recurrir a la voluntad del legislador, entonces se recurre a una voluntad presupuesta arbitrariamente, a menudo totalmente ficticia, que uno quisiera atribuirle al legislador honesto”(115).

Como ésta es una cuestión de reconstrucción *ex post*, la intención hipotética en tanto tal no servirá como justificación para la interpretación de la ley. Así, si la intención hipotética ha de tener algún valor justificatorio en general, él depende de otras cosas que no son los *travaux préparatoires*. No es la intención histórica. Cuando más, los *travaux préparatoires* pueden ser una indicación sobre la base de la cual otro material justificatorio recibe su significado adecuado en la reconstrucción de la intención hipotética.

La naturaleza de la justificación se vuelve aún más clara si analizamos la intención objetiva en otro sentido. Por intención objetiva uno puede también querer decir la *ratio legis* aquí y ahora. Es la totalidad de significados que se forma con la debida consideración de todos los factores.

En este sentido, es una cuestión del contenido de significado de una ley en el momento de su interpretación(116). No es ni subjetiva ni histórica. No

(113) Larenz, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, pág. 322. Larenz utiliza un concepto de un argumento “objetivo-teleológico”. El concepto se refiere al fin objetivo implicado en el ordenamiento jurídico.

(114) Ver, por ejemplo, Strömholm, *Rätt, rättskällor och rättsstillämpning*, pág. 405.

(115) Perelman, op. cit., pág. 79.

(116) Peczenik expresa esta cuestión adecuadamente cuando afirma que podemos hablar del “significado verdadero de la ley” en dos sentidos:

(a) el significado en un sentido lingüístico, es decir, el significado literal, lexicográfico o contextual;

es subjetiva porque la *ratio* o la intención de la ley es reconstruida sobre la base de muchos factores y no sólo sobre la base de los *travaux préparatoires*. Esta última fuente no tiene una posición privilegiada en la justificación. Por otra parte, la *ratio* está conectada específicamente con el momento de la interpretación. Por esta razón, no es correcto hablar de la intención histórica, es decir, de la verdadera intención que existió en alguna época anterior.

Sin embargo, en la teoría de la interpretación, el concepto de interpretación objetiva es un añadido superfluo. Utilizarlo es una forma de decir indirectamente las mismas cosas que son dichas directamente sobre la base de las fuentes del derecho, usando una regla de interpretación generalmente aceptada. Si, una vez más, denotamos las fuentes del derecho con la letra *F*, el resultado de la interpretación con la letra *I* y usamos las letras *IO* para referirnos a la intención objetiva, entonces la teoría de la intención objetiva parece que estaría diciendo algo como lo siguiente:

$$F_1 \dots\dots F_n \xrightarrow{D_i} IO \xrightarrow{D_j} I$$

En esta fórmula, las fuentes del derecho y la intención objetiva están conectadas entre sí con la regla de interpretación *D_i* que define cómo han de ser usadas las fuentes del derecho. A su vez, el resultado de la interpretación está conectado con la intención objetiva a través de la regla *D_j*. Esta dice, por ejemplo, “la ley debe ser siempre interpretada de acuerdo con la intención objetiva”.

Sin embargo, en realidad, el razonamiento es más directo. Nuestro punto de partida es que, debido a ciertas reglas, las fuentes del derecho apoyan la interpretación *I*. La interpretación es una “consecuencia” del uso adecuado de las fuentes del derecho. Presentada esquemáticamente, la cadena de razonamiento es, por lo tanto, la siguiente:

$$F_1 \dots\dots F_n \xrightarrow{D_j} I$$

4.6.2 Interpretación sistémica. En la dogmática jurídica suele argumentarse de la siguiente manera: “El texto de la ley *L_i* tiene que ser interpretado de la manera *I_i* porque el sistema jurídico es tal que una interpretación no-*I_i*, volvería inconsistente el sistema”. Más adelante, este tipo de argumentos será llamado razones sistémicas y la forma de utilizarlo, interpretación sistémica.

(b) la interpretación de la ley de acuerdo con los principios interpretativos y metodológicos (“*Lagbudets verkliga mening i juridisk bemärkelse*”) aceptados (“*gällande*”).

Cfr. Pezzenik, op. cit., pág. 191. Esta parte es llamada en el texto significado (interpretación) “objetivo”.

Al hacer referencia a las razones sistémicas, se ha hecho un intento de adecuar la ley en cuestión a su contexto sistémico “natural”. Como es bien sabido, este tipo de razonamiento fue adoptado, por ejemplo, por la llamada jurisprudencia de conceptos (*Begriffsjurisprudenz*). Un ejemplo al respecto es el contenido explícito del artículo 6 del ABGB. Al comentar esta disposición, Heinrich Klang y Franz Gschnitzler observan que una palabra en una ley no debe ser interpretada sólo sobre el trasfondo de la ley (sobre la base de los *travaux préparatoires* etc.). Su significado debería ser buscado por medio de todas las otras leyes que están vinculadas con la disposición que ha de ser interpretada(117).

La ideología de la interpretación sistémica presupone que el sector del ordenamiento jurídico que es considerado, por ejemplo, el de la Ley de herencia, es internamente consistente(118). Dentro del esquema de esta totalidad, cada disposición tiene su “propio lugar”. Esto significa, por ejemplo, que se presupone que se siguen las siguientes reglas de interpretación:

(i) La norma N_2 puede ser complementaria de la norma N_1 u otorgar mayor precisión a la norma N_1 . Un buen ejemplo de este efecto de complementación es la llamada *lex imperfecta*. Esta es una ley que sólo expresa principios generales, sin indicar sanción alguna para el caso de violación de los principios. Por ejemplo, en la Ley finlandesa de matrimonio civil, existe una disposición (artículo 37) que obliga al cónyuge a cuidar su patrimonio de forma tal que no se produzca una disminución injustificable. En otra parte de la misma ley se encuentran disposiciones que confieren un significado preciso a este principio, por ejemplo en el artículo 94, de acuerdo con el cual el cónyuge tiene derecho a obtener una compensación en la división del patrimonio si la otra parte ha violado el principio expresado en el artículo 37.

Diferentes disposiciones, por ejemplo, los artículos de una cierta ley, pueden también formar una jerarquía en donde las disposiciones “inferiores” confieren mayor precisión a las “superiores”. Por ejemplo, una norma de conducta N_1 usa el término “contrato” y otra norma N_2 proporciona los criterios para saber qué significa la noción “contrato” en este contexto.

(117) Klang y Gschnitzler, op. cit., pág. 104. Ver también Zippelius, Reinhold, *Rechtsphilosophie*, 1982, págs. 199 ss.

(118) Al respecto, ver Alexy, op. cit., págs. 322 ss. quien distingue entre interpretación sistémica en sentido estricto y en sentido amplio. La primera (“*systematische Überprüfung im engeren Sinne*”) está conectada con la coherencia lógica entre el enunciado que es interpretado y los enunciados utilizados en su apoyo. La segunda (“*systematische Überprüfung im weiteren Sinne*”) puede ser caracterizada como la coherencia práctica entre los enunciados. Alexy llama a la primera “control lógico de la coherencia” y a la segunda “control práctico de la coherencia” (“*Konsistenz-Kontrolle*”). Con respecto a los puntos de vista sistémicos en la interpretación en general, ver Peczenik, op. cit., págs. 99 ss. y Strömholm, op. cit., págs. 401 ss. En la ciencia jurídica finlandesa, Saarenpää ha sido el más coherente en subrayar los puntos de vista sistémicos. Ver *Tasajaon periaate*, págs. 18 ss. y Aarnio, *Denkweisen der Rechtswissenschaft*, págs. 121 ss.

(ii) La analogía de normas mencionada más arriba se basa también en la presuposición de que el ordenamiento jurídico constituye una unidad sistémica. En casos análogos, una cierta norma proporciona un apoyo para una interpretación de otra norma. Lo mismo vale para la inferencia *argumentum a fortiori*.

(iii) Se supone que el ordenamiento jurídico es lógicamente consistente. Si una norma N_1 ordena una conducta y una norma N_2 prohíbe la misma conducta, las normas son recíprocamente contrarias. Por otra parte, si la norma N_1 prohíbe una conducta y la norma N_2 permite la misma conducta, existe una relación de contradicción entre ambas normas.

A más de la inconsistencia lógica, pueden haber también inconsistencias *fácticas* en el ordenamiento jurídico. Si la norma N_1 obliga al empleado a trabajar desde las 13 hasta las 20 horas y la norma N_2 establece que la obligación de trabajar se extiende desde las 20 horas hasta la 1, es fácticamente imposible obedecer ambas normas, a pesar de que no hay inconsistencia lógica entre ambas disposiciones.

En todos estos casos es posible identificar la misma idea básica: la compleja totalidad de las normas jurídicas constituyen una unidad sistémica. El propósito de la interpretación es descubrir las conexiones sistémicas entre las normas y “colocar” cada norma de manera adecuada como parte de este todo. De acuerdo con esta idea, el ordenamiento jurídico es como una red en donde cada norma “encuentra su lugar” dentro de su malla.

Sin embargo, los criterios de la formación del todo sistémico ocupan una posición clave en este tipo de interpretación⁽¹¹⁹⁾. Sólo si sabemos verdaderamente que el sistema es como decimos que es y que la norma que es interpretada calza adecuadamente en el todo sistémico, nuestra justificación tiene fuerza desde el punto de vista de la conclusión. A menudo, la fuerza disminuye por el hecho de que la misma norma que es interpretada contribuye a la unidad sistémica. En parte, específicamente a causa de ella, el sistema es como se dice que es. Con otras palabras, el resultado de la interpretación depende del todo sistémico y éste, a su vez, depende del contenido que recibe la norma que es interpretada. El sistema no es dado de antemano (de una vez para siempre), sino que es parcialmente formulado sobre la base de la interpretación. Esta reciprocidad será analizada más detalladamente, desde un punto de vista, en la sección 4.7.

4.6.3. *Las decisiones de los tribunales como razones.* En nuestro ejemplo, el todo sistémico no decide concluyentemente la interpretación en favor de la alternativa I_1 . Se necesita una justificación adicional. Aquí, de acuerdo con la práctica normal de justificación, se suele recurrir a las decisiones de

(119) Con respecto a este problema, ver Aarnio, *Denkweisen der Rechtswissenschaft*, pág. 137.

los tribunales. En el presente ejemplo, especialmente las decisiones de la Corte Suprema tienen un gran valor como argumentos, ya que en los casos de herencia está abierta la vía de apelación ante ella.

Tomemos un ejemplo en el que hay tres decisiones de la Corte Suprema, *A*, *B* y *C*. Las dos primeras apoyan la interpretación I_1 mientras que la decisión *C* apoya otra interpretación, por ejemplo, I_2 . Supongamos también que las decisiones han sido dictadas en el orden aquí presentado, es decir, que la decisión *A* fue dictada primero. En el razonamiento jurídico práctico, es concebible utilizar las decisiones de nuestro ejemplo, por lo menos, de las dos formas siguientes:

(a) Puede decirse que las decisiones *A* y *B* representan una cierta *política* (tendencia), de la cual *C* constituye una excepción. Así la “práctica jurídica” apoyaría la interpretación I_1 .

(b) Por el contrario, la decisión *C* representa un cambio de política, ya que es la más reciente y como resultado de ella se produce un apartamiento de las decisiones previas. Así, la interpretación I_1 *ya no es* apoyada por la práctica jurídica.

Ambos enfoques presuponen una cierta posición con respecto a la analogía entre las decisiones. El enfoque (a) contiene la suposición de que las decisiones *A* y *B* son análogas - lo que explica la interpretación I_1 - mientras que los hechos de la decisión *C* difieren en algún modo relevante de aquéllos de los casos anteriores. Por esta razón, la interpretación es diferente. La excepcionalidad de la decisión *C* se debe así a los rasgos distintivos de los hechos del caso y no al hecho de que la Corte Suprema haya actuado de una manera incoherente.

El segundo enfoque de la práctica jurídica presupone que los hechos de cada caso son considerados como análogos. Sólo bajo este presupuesto la decisión *C* puede significar un apartamiento de la política de la Corte.

Así pues, nuestro ejemplo muestra que la práctica jurídica, por lo que respecta a la justificación de la interpretación, exige un cuidadoso análisis de los hechos de los casos. Estos tienen que ser descompuestos en sus elementos básicos y hay que encontrar una clave de analogía utilizable a fin de verificar la similitud de los casos. Una mera referencia a la “política” de la práctica o a un “apartamiento de la política” pende en el aire, a menos que se ofrezca una justificación de las relaciones análogas en las que se basa esta forma de hablar. En última instancia, esto significa que tenemos que poder justificar por qué ciertos elementos fácticos son considerados como relevantes y por qué se les asigna importancia de acuerdo con la clave de analogía elegida. Las diferencias entre los enfoques (a) y (b) tienen, pues, que ser explicadas como diferencias entre los criterios de relevancia y entre las claves de analogía utilizadas. Y, como éste es el caso, una referencia a la práctica jurídica no “encierra” la justificación de la alternativa interpretativa de una

manera tal que quedaría eliminado todo posible desacuerdo. Por el contrario, hay que continuar la cadena argumentativa.

4.6.4. *Sobre la opinión doctrinaria.* En una situación tal, el intérprete puede invocar una nueva razón adicional, haciendo referencia a la literatura jurídica. Como ya se ha señalado, la dogmática jurídica puede ser considerada como una fuente fáctica del derecho. No hay obligación de utilizarla, pero su uso está permitido(120).

Normalmente, la dogmática jurídica está constituida por una serie de opiniones. Sólo raras veces es posible percibir una clara dirección o una inequívoca importancia de las opiniones. Por lo tanto, es prácticamente imposible hablar de la “opinión dominante” con respecto a ciertas interpretaciones jurídicas individuales. Sin embargo, en la práctica cotidiana de los juristas, a menudo se hace referencia a la misma. Aquí, la opinión dominante es normalmente utilizada más como un medio para influir en el destinatario que como una justificación racional de la interpretación propuesta. Esto obedece a una serie de razones.

En primer lugar, en la práctica es muy difícil afirmar cuál es el contenido de la opinión dominante. Para que ello fuera posible habría que analizar la totalidad de los diferentes puntos de vista y formular después la opinión dominante. Tenemos que demostrar qué es lo que contienen las interpretaciones tomadas como partes de la muestra; qué es lo que en última instancia dice el jurista X acerca de la disposición que nos interesa. Pero esto no es todo. Sigue en pie otro problema: la identificación de los representantes de la opinión dominante. Tenemos que poder decidir cuáles son las opiniones que realmente constituyen la opinión dominante. ¿Qué es la “opinión dominante”? ¿Está condicionado el dominio de una opinión por el número de juristas que la sustentan? ¿Juega algún papel el tiempo durante el cual ha sido aceptada? ¿Tenemos que tomar en cuenta la autoridad de los juristas que sostienen la interpretación I_i en la comunidad científica? Aparentemente, ningún factor es por sí solo suficiente para determinar qué es lo “dominante”(121). Ello depende de la tradición de investigación en el campo en cuestión, del tipo de problema, etcétera. Como se ha señalado, en la práctica, la referencia a la opinión dominante se basa más en un “sentimiento” o intuición que en una elección cuidadosa de los criterios.

(120) Cfr. Alexy, quien presenta un interesante análisis de la relevancia de los enunciados de la dogmática jurídica en la justificación. Resume su análisis con un principio de racionalidad: “Si es posible un argumento dogmático, debe ser usado”. Ver Alexy, op. cit., págs. 320 ss., especialmente 334. Con otras palabras: un intérprete racional se refiere también a la opinión jurídico-dogmática. Al mismo tiempo, Alexy considera que la dogmática tiene varias funciones tales como la función de estabilización, la tarea técnica de hacer avanzar el conocimiento y enseñanza del material jurídico y la función heurística, es decir, la tarea de presentar modelos de decisión con aplicaciones prácticas. Ver Alexy, op. cit., págs. 326-332.

(121) Aarnio, *On Legal Reasoning*, págs. 326-332.

Desde el punto de vista de nuestro tema, no es esencial formular propuestas acerca de cómo uno debería discernir cuál es la opinión dominante. Lo que importa es preguntarse acerca de qué relevancia tiene una posición en la dogmática jurídica, en última instancia la opinión dominante, en la justificación jurídica.

(a) Si las opiniones en la dogmática jurídica tienen una posición dotada de autoridad en la lista de las fuentes del derecho, entonces no hay problema. Tal es, por ejemplo, el caso en el derecho israelí. En una tradición de este tipo, un cierto punto de vista interpretativo posee el mismo status que una ley o que el derecho consuetudinario, de acuerdo con el Capítulo 1, Sección 11 del Código de Procedimiento Judicial. Sin embargo, en el derecho finlandés no hay disposiciones que confieran este status a la dogmática jurídica. Si, por consiguiente, un punto de vista en la dogmática jurídica es utilizado como un argumento dotado de autoridad, de lo que se trata, en realidad, es sólo de intentar influir en la interpretación del receptor. Se intenta dar a la propuesta de interpretación alternativa un mayor peso que el que hubiera tenido sobre la base de su justificación racional. En tal caso, la dogmática jurídica debería ser llamada un argumento persuasivo.

(b) Sin embargo, el intérprete puede también utilizar la dogmática jurídica, por ejemplo, la referencia a la opinión dominante, con otro fin. La referencia a la misma puede poner de manifiesto un intento de justificar la intersubjetividad de la interpretación propuesta, es decir, su objetividad. La opinión dominante actúa como si fuera una especie de mecanismo de control. Muestra que el punto de vista del intérprete no es tan sólo el resultado de sus propias preferencias subjetivas. En este caso, la referencia a la opinión dominante no es hecha como si ésta fuera una autoridad oficial o de facto. Sin embargo, en la práctica de los juristas es muy difícil separar los casos (a) y (b).

(c) Estrechamente vinculado con lo anterior podemos imaginar que la opinión dominante es considerada como interpretación de la opinión generalmente aceptada en la comunidad jurídica. Esta idea se basa en la percepción de que la dogmática jurídica, de hecho, tiene un peso persuasivo en la comunidad jurídica. Se presupone que la interpretación sostenida por la dogmática jurídica es aceptada, por ejemplo, más allá de la comunidad científica, por los profesores de derecho y en las exposiciones de los expertos. Sin embargo, usualmente la suposición acerca del grado en el cual la comunidad jurídica acepta una opinión puede tan sólo ser conjeturada. Para que fuera posible presentar tal proposición habría que justificarla con ciertos datos empíricos. La mera referencia a la opinión dominante no es suficiente. Sólo cuando está justificada empíricamente es aceptable en una argumentación racional.

En resumen, podemos decir que en la interpretación actual, la dogmática jurídica tiene más importancia persuasiva que la indicada en (a). A su vez,

la suposición del peso de una opinión en la sociedad se basa usualmente en una pura presunción. Así, la dogmática jurídica puede, por lo general, servir al razonamiento racional sólo en el sentido al que se ha hecho referencia en (b). Una opinión individual en la dogmática jurídica no es una razón material, como tampoco lo es la opinión dominante.

El papel de la dogmática jurídica reside en el hecho de que confiere credibilidad intersubjetiva a la justificación, eliminando así, en parte, la posibilidad de que la interpretación propuesta sea meramente el resultado de la fantasía subjetiva del intérprete. Hablando en general, la importancia de la dogmática jurídica en la argumentación racional es relativamente reducida; en todo caso, más reducida de lo que la práctica actual de la interpretación parece suponer.

4.6.5. *Razones prácticas.* Tomando en cuenta nuestro ejemplo, nos queda ahora la referencia a las llamadas razones prácticas. Como ya se ha señalado, los argumentos de este tipo son presentados normalmente como la consideración de las consecuencias. Llamémoslo razonamiento práctico. Este tipo de razonamiento implica dos “pasos”: (1) la dilucidación de las posibles consecuencias atribuidas a las interpretaciones alternativas de que se dispone y (2) la colocación de estas consecuencias en un cierto orden de preferencia. Después que la “mejor consecuencia” ha sido explicitada, el razonamiento da un giro y regresa a las interpretaciones alternativas. La interpretación que produce las mejores consecuencias imaginables es la “mejor justificada”.

El primer paso, la dilucidación de las consecuencias, es o bien causal o no causal. La creencia es causal si prevalece una relación causal entre las interpretaciones alternativas y las consecuencias posibles. Un ejemplo al respecto es el caso en el que la interpretación conduce a la puesta en peligro de los intereses del comercio, a una pérdida económica de una de las partes, a cargas económicas para los tribunales o las organizaciones administrativas, etcétera.

Se puede hablar de creencias no causales (laterales) si la interpretación tiene una consecuencia con respecto al ordenamiento jurídico (una consecuencia interna, es decir, sistémica). Si, por ejemplo, adoptamos la interpretación *I*₁, una consecuencia será que ciertos otros elementos del ordenamiento jurídico tendrán que ser interpretados de una manera totalmente distinta⁽¹²¹⁾.

Es una cuestión de razonamiento práctico en el sentido propio del término sólo si la consideración se basa en creencias causales. Efectivamente, el término “real” se refiere ya a este aspecto: la interpretación es sopesada a la luz de ciertos factores que pertenecen a la realidad social.

Sin embargo, la interpretación práctica no es una forma empírica de razonar, tal como es, por ejemplo, la justificación de proposiciones sociológi-

(121) Aarnio, *On Legal Reasoning*, págs. 183 ss.

cas. Ciertamente, la interpretación es referida a la realidad pero, al mismo tiempo, se intenta conformar la realidad seleccionando una consecuencia que sea digna de ser promovida, sobre la base de criterios no empíricos. La interpretación es empírica y evaluativa. Su estructura es la siguiente. Supongamos que la alternativa I_1 trae consigo las consecuencias $C_1 \dots C_n$ y que las consecuencias de la alternativa I_2 son $C'_1 \dots C'_n$. Por otra parte, se considera que las consecuencias $C_1 \dots C_n$ tienen preferencia sobre las consecuencias de la otra alternativa: las primeras son buenas mientras que las últimas son malas, o ambas tienen un valor positivo (o ambas negativo) pero las consecuencias $C_1 \dots C_n$ son, en su conjunto, “mejores” que las de la segunda alternativa. No importa qué es lo que signifique “mejores” en este contexto.

En el movimiento realista americano (en el Instrumentalismo pragmático), este modelo de razonamiento es, a menudo, discutido. Se puede hablar de razonamiento finalista. Las decisiones de la Corte son instrumentos para la realización de ciertos fines. Esta misma forma de pensar ha sido llamada interpretación finalista en la teoría jurídica finlandesa(122). En el último modelo, el razonamiento finalista puede o bien ser heurístico o puede tener que ver con la justificación de las decisiones. Desde el punto de vista heurístico, la teoría explica cómo fue descubierta la interpretación. En la justificación, el modelo finalista ofrece un medio práctico para argumentar en favor de la elección final de la alternativa interpretativa. En la filosofía del derecho finlandesa, Hannu Tapani Klami ha presentado este tipo de razonamiento. Según él, la ciencia jurídica finalista define las condiciones generales de la justificación y control del fin. Sin embargo, en el modelo de Klami, el enfoque finalista ha sido una herramienta heurística para describir cómo se producen las decisiones (o la interpretación en general)(123).

Como ya se ha señalado, el punto de vista heurístico no es relevante para el presente trabajo. El foco del análisis es sólo el procedimiento justificatorio. Por otra parte, la interpretación finalista (razonamiento finalista) no juega un papel decisivo en la justificación jurídica. No puede ser llamado un modelo genuino de razonamiento jurídico. Aun así, el razonamiento finalista es, en muchos sentidos, un elemento relevante de la justificación.

Teniendo en cuenta la práctica, podría parecer que es correcto afirmar que el razonamiento finalista es, a menudo, el último paso en el procedi-

(122) Con respecto a la llamada interpretación finalista en general, ver McCormick, op. cit., págs. 129 ss. Ver también Alexy, op. cit., págs. 295 ss. quien analiza la problemática de la llamada interpretación teleológica, Larenz, op. cit., pág. 322 y Peczenik, op. cit., págs. 150 ss.

En la ciencia jurídica finlandesa, este asunto ha sido tratado especialmente por Aarnio, *Denkweisen der Rechtswissenschaft*, págs. 84 ss. y por Klami, *Finalistinen oikeusteoria*, especialmente págs. 61 ss. y *Legal Heuristics*, págs. 20 ss.

Con respecto a las enseñanzas del Instrumentalismo pragmático (Realismo americano), ver Summers, “Pragmatic Instrumentalism”, págs. 882 ss., especialmente 908 ss.

(123) Klami, *Legal Heuristics*, especialmente págs. 21-36.

miento justificatorio. En todo caso, nuestro ejemplo ha sido construido de esta manera. Otras fuentes del derecho crean el esquema jurídico dentro del cual ha de llevarse a cabo la última elección de las alternativas interpretativas. Las leyes, los *travaux préparatoires*, las decisiones de los tribunales, etc. definen las posibles interpretaciones jurídicas entre las alternativas semánticamente posibles del texto que debe ser interpretado. En esta elección (preliminar), las reglas generales de racionalidad y las directivas de la interpretación jurídica guían todo el tiempo el procedimiento justificatorio. Después que la decisión ha sido delineada de esta manera, la elección *final* puede ser basada en un razonamiento finalista: la alternativa que tiene la “mejor” (o la “relativamente mejor”) consecuencia tiene prioridad en el orden de preferencia(124).

Por lo tanto, el razonamiento finalista en tanto tal – separado de otras fuentes del derecho – no puede nunca ser una base de la justificación jurídica. La interpretación obtiene su legalidad sólo (y específicamente) porque está vinculada a las fuentes del derecho dotadas de autoridad. En el sistema del derecho legislado, esto significa que la legalidad depende siempre de las leyes válidas (textos legales). La interpretación es legal si y sólo si hace referencia, por lo menos, a una ley. El razonamiento finalista por sí solo es justamente una forma del discurso social. Puede ser útil y hasta necesario desde el punto de vista social, pero no tiene un valor jurídico especial. Obtiene su “color” jurídico sólo cuando es conectado con otras fuentes del derecho, es decir, con el contexto jurídico. Entendido de esta manera, el razonamiento finalista es, también en el sistema de derecho legislado, una forma de razonamiento jurídico(125).

4.6.6. *Resumen.* En total, la justificación del punto de vista interpretativo puede ser interrumpida en este estadio casi como un test. Esta medida puede parecer más bien forzada pero, al adoptarla, no sólo podremos resumir lo que se ha dicho hasta aquí sino que también podremos establecer un mejor fundamento para el problema que nos ocupaba. El problema era: ¿existen criterios generales, sobre la base de los cuales es posible cortar la cadena de razones, de manera que el punto de vista interpretativo pueda ser considerado como justificado? El problema es, como es fácil de comprender, importante si consideramos la justificación de un punto de vista interpretativo desde el punto de vista general. Si no es posible indicar tales criterios generales, podemos retroceder a otra pregunta: ¿se quiebra toda justificación en la dogmática jurídica en opiniones que se dispersan en todas direcciones y son es-

(124) Cfr. Klami, *Finalistinen oikeusteoria*, pág. 62; cfr. págs. 128-129.

(125) La situación puede también ser descrita diciendo que los otros argumentos muestran cuáles interpretaciones *no* pueden ser tomadas en cuenta de acuerdo con el derecho; la interpretación finalista retiene una de las restantes alternativas como la preferible.

tas opiniones, en un sentido relevante, subjetivas? Si, por otra parte, creemos que es posible demostrar tal conjunto de criterios generales, llegamos al clásico problema de la única respuesta correcta. En la parte final de este trabajo, nos referiremos a estas cuestiones. A tal fin, es oportuno trazar ahora una tabla de resumen.

	L_i	
	I_1	I_2
1. <i>Texto legal</i>	el texto de L_i	el texto de L_i
2. <i>La intención del legislador</i>	el informe de comisión R_1 apoya la opinión I_1	el informe de comisión R_2 apoya la opinión I_2 o, al menos, vuelve imposible I_1
3. <i>La ratio de la ley</i>	sistemáticamente, L_1 tiene que ser interpretado en conexión con el texto legal L_j del cual puede derivarse un apoyo análogo para I_1 .	no hay justificación suficiente para esta analogía
4. <i>Decisiones de la Corte</i>	las decisiones A y B de la Corte Suprema apoyan la opinión I_1	la decisión C de la Corte Suprema muestra que la política ha cambiado en favor de I_2
5. <i>La dogmática jurídica</i>	el jurista A aboga por I_1	el jurista B aboga por I_2
6. <i>Argumentos reales</i>	la consecuencia C_i de I_1 es más defendible que las consecuencias C'_i de I_2 . Por esta razón, hay que preferir I_1 a I_2 .	-----

Diagrama 23

En el Diagrama se presenta una serie de razones en favor de una interpretación (I_1) de los contenidos del Capítulo 17, Sección 3 de la Ley de herencia finlandesa, como así también en contra de ella (y, por lo tanto, en favor de I_2).

La columna en la extrema izquierda del diagrama caracteriza el tipo de razones (fuentes del derecho). En el ejemplo, no se menciona la costumbre del país ya que no juega ningún papel en el ejemplo. El derecho consuetudinario es una fuente vinculante sólo cuando no existe derecho escrito. Así, el Capítulo 17, Sección 3 excluye el uso del derecho consuetudinario como fuente.

Las otras dos columnas ofrecen, abreviadamente, las razones que pueden ser imaginadas en un juego de interpretación de este tipo. La línea de guiones a la derecha muestra que la cadena de razones ha sido interrumpida.

En el Diagrama 24 se muestra nuestro resumen de otra manera. En este diagrama, las flechas muestran el progreso del razonamiento. Cuando uno se detiene en la interpretación gramatical, se trata de una cuestión de decisión rutinaria. Cuanto más avance el razonamiento, la primera cuestión es la interpretación subjetiva, es decir, la dilucidación de la intención del legislador. Si ella no puede ser aseverada o si las indicaciones proporcionadas por la interpretación subjetiva no son suficientes, llegamos al ámbito de la interpretación objetiva. Con la interpretación objetiva no se hace referencia a la dilucidación de la intención hipotética u objetiva sino a la justificación del punto de vista interpretativo en la dogmática jurídica tomando en cuenta todas las fuentes del derecho disponibles(126).

La combinación de justificación que se forma depende del tipo de problema y de las fuentes del derecho disponibles. La teoría no puede proporcionar una forma general para la combinación de justificaciones.

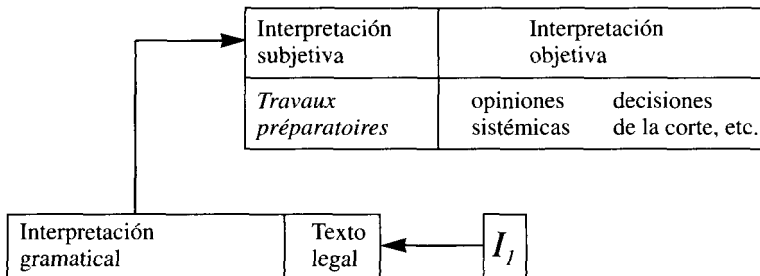


Diagrama 24

4.7. La relación entre la sistematización y la interpretación de las normas jurídicas

4.7.1. *El concepto de sistematización.* En su obra clásica *Normative Systems*, Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin caracterizan a los sistemas jurídicos como sistemas normativos cuya base está constituida por enunciados jurídicos(127). Los autores utilizan el término “enunciado jurídico” en lugar de las expresiones “norma jurídica” o “regla jurídica” a causa de su neutralidad por lo que respecta, por ejemplo, a la definición del concepto de

(126) Ver Peczenik, *Juridikens metodproblem*, pág. 191. Cfr. Walter, Robert, “Das Auslegungproblem im Lichte der Reinen Rechtslehre”, págs. 194 ss.

(127) Alchourrón y Bulygin, *Normative Systems*, págs. 21 ss.

norma. Caracterizada de esta manera, la noción de sistema jurídico es más general que el concepto de orden jurídico. Este último consiste en un conjunto de todos los enunciados jurídicos (normas) válidos de acuerdo con ciertos criterios de identificación. En este respecto, el orden jurídico, en tanto totalidad compleja de normas jurídicas, es el resultado del uso del poder social. El ordenamiento jurídico es, como lo llamara Otto Brusiin, un orden de poder(128).

Por otra parte, el sistema jurídico es el producto de una actividad cognoscitiva por medio de la cual los elementos del orden jurídico (normas) son puestos en una cierta relación recíproca. Esta actividad será llamada más adelante sistematización. En este sentido, la sistematización es la contrapartida de la interpretación. Desde el punto de vista de la justificación jurídica, el núcleo del problema reside en la distinción entre interpretación y sistematización. Al igual que en el enfoque científico en general, nos encontramos aquí con la cuestión de saber cómo están entretejidos los elementos prácticos y teóricos en el pensamiento humano. La actividad sistematizadora en la dogmática jurídica puede ser llamada investigación teórica, mientras que la interpretación es el núcleo de la dogmática jurídica práctica. Con respecto a la tesis central del presente estudio, los elementos teóricos y prácticos, la sistematización y la interpretación, están recíprocamente relacionados. La sistematización de las normas (jurídicas) no puede ser llevada a cabo sin tomar en cuenta el conocimiento (detallado) de las normas y vice versa. Con respecto al cambio y al dinamismo en el derecho y al aumento del conocimiento jurídico en general, la sistematización ofrece un esquema para la interpretación jurídica y toda interpretación tiene que ser realizada dentro de una cierta sistematización.

El producto de esta actividad conjunta (sistematización/interpretación) es un sistema jurídico, es decir, una concepción sistematizada del orden jurídico. Además, todo cambio en la sistematización jurídica, cambia también nuestra visión del ordenamiento jurídico, que es el objeto de la actividad de sistematización. Para nosotros, el ordenamiento jurídico es tal como lo presenta la sistematización, porque un sistema jurídico – en tanto resultado de la actividad de sistematización – es como un “lente” a través del cual tenemos que ver necesariamente el ordenamiento jurídico.

Según Alchourrón y Bulygin, este tipo de cambio puede suceder y también sucede muy a menudo en la sociedad. Todo sistema jurídico es relativo

(128) Brusiin, op. cit., pág. 195. Ver también Alchourrón y Bulygin, op. cit., pág. 53 y Krawietz, op. cit., págs. 88 y 153.

La posición de Brusiin sobre este asunto no es muy clara ya que, por una parte, considera que toda interpretación jurídica “surge” de la realidad de las normas sociales. Pero, aun así, según Brusiin “orden” es un concepto volitivo; “sistema”, un concepto cognitivo. Un análisis interesante del concepto de sistema jurídico se encuentra en Kerimov, D.A., *Philosophische Probleme des Rechts*, págs. 199 ss., especialmente 202 ss.

con respecto a un tiempo particular, es decir, es un sistema momentáneo. Como ejemplo, Alchourrón y Bulygin se refieren al derecho francés. Este no es “un ordenamiento jurídico sino una sucesión temporal y discreta (momentánea) de ordenamientos jurídicos”. La dinámica del ordenamiento jurídico es producida, en última instancia, por los juristas prácticos. Desde este punto de vista, el “creador” más importante del sistema es – además del legislador – el juez, especialmente los jueces de la Corte Suprema. La sistematización científica (jurídico-dogmática) es, de acuerdo con estos autores, de un tipo totalmente distinto. Significa sustituir una base de un determinado sistema jurídico por otra, de manera tal que las consecuencias normativas del sistema permanezcan siendo las mismas. El sistema científico es siempre de naturaleza axiomática. Por consiguiente, la reformulación del sistema reside en el hecho de que la base original extensiva del sistema jurídico será reemplazada por otra más restringida pero deónticamente equivalente. El sistema se vuelve más simple y más general.

Más adelante, esta caracterización de la sistematización jurídica será sometida a crítica. Para comenzar, recordemos algunos de los principales puntos de vista de Alchourrón y Bulygin(129). Según su opinión, una parte importante de lo que es llamado “interpretación” puede ser entendida como “una determinación de las consecuencias normativas de un conjunto de enunciados normativos para un cierto problema o tópico”. Los juristas simplemente intentan explicitar lo que ya está oculto en el ordenamiento jurídico. Esto significa, según Alchourrón y Bulygin, lo mismo que la construcción de un sistema axiomático. Aquí la actividad de sistematización encuentra su piedra angular. La precondition de la sistematización es la identificación del sistema. “Esta actividad presupone la presencia de ciertos elementos a partir de los cuales el jurista emprende su tarea sistematizadora. Estos elementos son: (1) un problema o conjunto de problemas (materia) cuya regulación por el derecho interesa al jurista; (2) un conjunto de enunciados de derecho que regulan dicha materia y (3) un conjunto de reglas de inferencia que el jurista usa para la derivación de las consecuencias”.

Alchourrón y Bulygin utilizan conceptos con la agudeza típica de los lógicos. Los siguientes conceptos ayudarán a comprender los tres grupos de problemas mencionados más arriba(130).

(129) Alchourrón y Bulygin, op. cit., págs. 50 ss.

Alchourrón, Carlos, “Systematization and Change in the Science of Law” en *Proceedings of the XI World Congress on Philosophy of Law and Social Philosophy*, 1983 (en prensa), Bulygin, Eugenio, “Legal Dogmatics and the Systematization of Law” en op. cit. y Aarnio, Aulis, “On the Change of Legal System” en op. cit.

(130) Alchourrón y Bulygin, op. cit., págs. 9 ss.

UD (Universo de discurso)

UD es el conjunto de los estados de cosas o situaciones que definen el asunto que tiene que ser decidido. Por ejemplo, una situación en la cual una cierta persona *A* ha transferido a otra persona *B* la posesión de un inmueble del que es propietaria una tercera persona *C*.

UC (Universo de casos)

Un caso particular es definido por ciertos criterios o propiedades dentro del esquema mencionado más arriba. Supongamos que las propiedades sean *F*, *G* y *H*. Sea que esté presente o no una determinada propiedad (por ejemplo, *F*), obtenemos 2^n diferentes combinaciones de propiedades. Alchourrón y Bulygin presentan el universo de casos (*UC*) de la siguiente manera:

		<i>UP</i> (Universo de propiedades)		
		<i>F</i>	<i>G</i>	<i>H</i>
<i>UC</i> (Universo de casos)	1	+	+	+
	2	-	+	+
	3	+	-	+
	4	-	-	+
	5	+	+	-
	6	-	+	-
	7	+	-	-
	8	-	-	-

En la tabla, “+” significa la presencia de una propiedad; “-”, su ausencia.

UA (Universo de acciones)

Después de haber señalado los casos relevantes dentro del Universo de discurso, es natural preguntarse cómo se debe actuar en una situación dada. Con otras palabras, uno quisiera saber si un tipo particular de acción es obligatorio, prohibido o permitido. El universo de acciones está constituido por este tipo de acciones. Ellas pueden ser designadas en general con la letra *R* (en el ejemplo presentado más arriba: restitución del inmueble al propietario).

En el aparato conceptual de Alchourrón y Bulygin, *R* tiene un contenido deóntico. El carácter deóntico de una acción puede ser o bien obligatorio, prohibido o permitido. Si indicamos el carácter obligatorio de una acción con “*O*”, el carácter prohibido con “*Ph*” y el permitido con “*P*”, podemos presentar el universo de acciones con los símbolos *OR*, *PhR* y *PR*.

US max (min)

Una solución es una acción con un carácter deóntico que está vinculada como correlato con un cierto caso, por ejemplo, *OR* (el inmueble debe ser restituido a su propietario).

También el concepto de sistema normativo puede ser caracterizado con estos conceptos básicos. Como tiene un significado especial en la red conceptual de Alchourrón y Bulygin, se requiere la introducción de algunos conceptos adicionales.

Supongamos que (a) sea un conjunto de enunciados. Cada par ordenado de enunciados (por ejemplo, p y q) de los cuales el último (q) se sigue deductivamente del primero (p), cuando p es combinado con el conjunto de enunciados (a) , constituye una correlación deductiva del conjunto de enunciados (a) . Cuando una correlación deductiva del conjunto de enunciados (a) es tal que el primero de los dos elementos de un par de enunciados (p) es un caso y el otro (q) una solución, Alchourrón y Bulygin llaman a esta correlación "correlación normativa". Si entre las correlaciones deductivas de (a) hay, por lo menos, una correlación normativa, se dice que el conjunto de enunciados (a) tiene consecuencias normativas(131).

Una vez definidos los conceptos necesarios, es ahora fácil definir el concepto de un sistema normativo. Un sistema normativo es un conjunto de enunciados que tiene, por lo menos, una consecuencia normativa. En términos generales podría decirse que un sistema normativo en el sentido propuesto por Alchourrón y Bulygin es un conjunto de enunciados de los cuales es posible derivar *deductivamente* soluciones para los casos. En este sentido, un sistema normativo es también un sistema deductivo; y, cuando han sido elegidos los enunciados básicos, un sistema normativo es también un sistema axiomático.

Una solución (por ejemplo, S_i) puede seguirse deductivamente de un caso (por ejemplo, c_i) si y sólo si existe una cláusula condicional (por ejemplo, "Si C_i , entonces S_i ") que conecta el caso con la solución. Tales cláusulas condicionales pueden ser obtenidas del texto legal, de las decisiones judiciales y de otro tipo de material oficial. Independientemente de su origen, el conjunto de cláusulas condicionales (a) constituye la base sistémica.

Alchourrón y Bulygin caracterizan la formación de la base sistémica como un proceso de dos fases. En la primera, son definidos el conjunto de los casos relevantes (UC) y el de las soluciones (US). En la segunda, las soluciones son derivadas deductivamente para los casos que pertenecen al (UC). Así hemos obtenido todas las consecuencias normativas (posibles) del sistema(132).

De acuerdo con la conceptualización de Alchourrón y Bulygin, la sistematización equivale a la remodelación de la base sistémica o – con otras palabras – es su reformulación. La base sistémica original es reemplazada por otra que incluye conceptos (términos) de un nivel superior de abstracción. De esta manera puede mejorarse la claridad y la demostrabilidad. Sin embar-

(131) Ibidem, págs. 54-55.

(132) Ibidem, págs. 72 ss.

go, la sistematización no altera el contenido del sistema. Con otras palabras, las consecuencias normativas del viejo y del nuevo sistema son las mismas. Alchourrón y Bulygin expresan esto afirmando que los dos sistemas tienen que ser idénticos(133).

En su totalidad, la formulación de un sistema y su reformulación son actividades totalmente racionales. Las únicas reglas de inferencia aceptadas son las reglas de la lógica.

Dicho de una manera ligeramente diferente: la sistematización no modifica en nada el sistema; sólo nos proporciona un nuevo modo de presentación del sistema. Con respecto al trabajo de los juristas, esto significa que la modificación (genuina) del sistema está fuera de su esquema. La creación de una nueva base sistémica corresponde al legislador y – en la práctica cotidiana – al juez.

Por lo tanto, para ser científica, la labor del dogmático jurídico tiene que tener un matiz lógico. La derivación de las consecuencias desde los enunciados básicos es un problema de inferencia lógica porque las reglas de inferencia son reglas lógicas. Por otra parte, la relación de la base original con la nueva es un asunto de implicación lógica. El jurista obtiene los principios que pertenecen a la nueva base por medio de una inferencia deductiva utilizando la base originaria como punto de partida. Sin embargo, según Alchourrón y Bulygin, la sistematización no es una mera actividad mecánica. El descubrimiento de los principios generales – al igual que el descubrimiento de la conclusión lógica o matemática a partir de un conjunto dado de enunciados como premisas – requiere “un grado considerable de actividad creadora”. Este tipo de actividad presupone también una imaginación creadora. Lo mismo vale para la prueba que muestra que la nueva base es deducible de los enunciados de la base original. Sin embargo, estos autores agregan que el rasgo creador de la dogmática jurídica no implica la creación de normas básicas totalmente nuevas. Esta función social no está implícita en la ciencia jurídica.

En términos de la filosofía jurídica, el punto de vista presentado por Alchourrón y Bulygin puede ser llamado formalista. Parte de lo que se quiere decir por formalismo en este contexto es esto: todas las consecuencias normativas apropiadas pueden ser derivadas de la base por medio de operaciones deductivas válidas. La única tarea de la dogmática jurídica (como enfoque científico) es descubrir lo que está oculto en el sistema jurídico y, además, presentar los resultados en un lenguaje simple y general.

Esto es no sólo importante sino también aceptable en muchos aspectos. Sin embargo, este tipo de caracterización no toma en cuenta todos los rasgos esenciales de la dogmática jurídica cotidiana. Comencemos con algunos conceptos introducidos por Thomas Kuhn(134).

(133) Ibidem, págs. 78 ss.

(134) Kuhn, op. cit., Capítulo 3 y, por ejemplo, Capítulo 9.

Según Kuhn, la ciencia es esencialmente el uso de instrumentos conceptuales. En el trabajo científico concreto, los científicos aprenden a usar estos instrumentos en la práctica. Como un producto de este procedimiento de aprendizaje, los científicos adoptan determinados esquemas unificantes llamados, como hemos dicho, paradigmas o matrices. Cada matriz está articulada en teorías científicas. Sin embargo, en la práctica de la dogmática jurídica, el uso corriente del concepto de teoría es ambiguo en muchos aspectos. La ambigüedad se revela, por ejemplo, en el derecho civil, donde el concepto “teoría” puede, unas veces, referirse a principios (jurídicos) generales; otras, a una cierta manera de resolver los problemas individuales o, también, a una doctrina, como la doctrina de la propiedad, la doctrina de la autorización, etc. Sobre la base de lo expuesto anteriormente, el concepto laxo de teoría no es aplicable ni al análisis paradigmático de la dogmática jurídica ni al análisis del cambio de sistemas jurídicos. Por consiguiente, se necesita un intento de especificación conceptual. En lo que sigue, el concepto de teoría en la dogmática jurídica es definido por medio de la noción de sistematización.

Def.: Una teoría dogmática jurídica es un conjunto de conceptos y enunciados utilizados para sistematizar las normas jurídicas.

Desde un punto de vista ligeramente distinto, en la dogmática jurídica una teoría es el resultado de la actividad de sistematización. Una red conceptual (teoría) es usada como instrumento para ordenar las normas jurídicas de una cierta manera. Con otras palabras: la sistematización jurídica (teoría) es una articulación parcial del paradigma jurídico-dogmático. En este respecto, las teorías en la dogmática jurídica pueden fácilmente ser comparadas con las teorías en otras ciencias. Como ya se señalara, la actividad de sistematización es la parte teórica de la dogmática jurídica, mientras que la actividad interpretativa realiza la función práctica en la labor del jurista.

Toda interpretación jurídica es formulada dentro del marco de una cierta sistematización. En este respecto, las sistematizaciones (teorías en la dogmática jurídica) cierran los límites de las interpretaciones jurídicas. Esto significa, además, que las interpretaciones jurídico-dogmáticas, coloreadas por las sistematizaciones, producen los sistemas jurídicos (científicos). Este aspecto del problema puede ser dilucidado de la siguiente manera.

Como ejemplo de una teoría de la dogmática jurídica, tomaré la teoría de la propiedad. De acuerdo con Alf Ross y Simo Zitting, el concepto de propiedad – entre otros conceptos comparables con él – es un instrumento (práctico) para la presentación de una totalidad muy compleja de normas jurídicas(135). En lugar de describir un vasto número de normas diferentes, es

(135) Ver Ross, *On Law and Justice*, págs. 211 ss. y Zitting, Simo, “An Attempt to Analyse the Owner's Legal Position” en *SSL*, 1959, págs. 234 ss.

posible comunicarse por medio de unos pocos conceptos generales. Un esquema abstracto de este tipo de teoría es presentado en el Diagrama 25.

Aceptemos la teoría T_i como una ilustración de una teoría (sistema) en la dogmática jurídica. El concepto C puede referirse a cualquier tipo de conceptos jurídicos: propiedad, autorización, tutela, etc. ¿Qué significa, según esto, que un sistema jurídico es cambiado o que será cambiado? ¿Cuál es la reformulación de un sistema jurídico?.

Detrás de todo acto legislativo, hay un grupo muy matizado de diversos elementos(136):

(a) *Generalizaciones* formadas sobre la base de la experiencia cotidiana, sobre los estados de cosas dominantes, por ejemplo, sobre la existencia y la naturaleza de un fenómeno en la sociedad. Por ejemplo, creencias – basadas en la experiencia cotidiana o conocimiento sistematizado – en los efectos de la aplicación de una determinada medida legislativa. Tales creencias incluyen, por ejemplo, estimaciones causales de los cambios en el monto de criminalidad cuando son vinculados con ciertas escalas de castigo.

Teoría T_i					
Parte teórica de la teoría	C				Conceptos (y proposiciones) teóricos
	C_1	C_2			
	C'_1	C''_1	C'_2	C''_2	
Parte interpretativa de la teoría	$P_{n1} \dots P_{nm}$				Enunciados normativos (puntos de vista normativos)
Parte normativa de la teoría	$N_1 \dots N_n$				Normas (formulaciones de normas)
Parte fáctica de la teoría	$S_1 \dots S_n$				Situaciones tratadas en las normas

Diagrama 25

(b) *Totalidades que semejan teorías*, de proposiciones vinculadas con las razones en favor y las consecuencias de los fenómenos, la estructura de las instituciones, etcétera. Un buen ejemplo al respecto es la teoría económica “detrás” de las teorías del Derecho comercial, analizadas en detalle por

(136) Agradezco a Niilo Jääskinen la aclaración del texto originario al demostrarme en nuestras discusiones la imprecisión del conjunto de conceptos en mis escritos anteriores. Cfr. Aarnio, *On Legal Reasoning*, págs. 272 ss. y Aarnio, *Denkweisen der Rechtswissenschaft*, págs. 50 ss.

Juha Tolonen(137). Diversas teorías y doctrinas jurídicas, tales como las doctrinas de la autorización y de los contratos, pertenecen también a este grupo.

(c) *Opiniones normativas y axiológicas* acerca de cómo deberían ser las cosas en la sociedad. En este contexto suele hacerse referencia a la ideología. A menudo, también en el contexto jurídico, el cuadro de la sociedad que uno esboza es realizado específicamente a través de tales factores ideológicos. Ellos proporcionan la pauta para evaluar qué es lo defectuoso o lo que está mal en las relaciones sociales y cómo deben ser corregidas estas situaciones negativas a través de la legislación. La percepción de tales cuestiones es sólo posible si se compara la situación existente con el estado de cosas deseado. La legislación es un medio para mejorar la situación eliminando las deficiencias o, al menos, reduciendo su importancia. En ello reside el valor instrumental de las normas jurídicas.

La lista no es exhaustiva. Aun así, proporciona una primera indicación del trasfondo material sobre el que se basa todo acto legislativo. Llamaré a esta totalidad la *pre-teoría de la legislación (PT)*. El uso de este término puede ser defendido con dos razones. Las opiniones que formulan la legislación no se encuentran en un contacto recíproco espurio; por el contrario, forman un todo sistematizado en alguna medida. Este todo incluye también factores que pueden ser considerados como pura teoría. Por otra parte, las opiniones no constituyen una teoría basada en criterios científicos. La sistematización es suficiente desde el *punto de vista legislativo* en general pero, desde el punto de vista de la dogmática jurídica, por ejemplo, es sólo una “pre-teoría”. Específicamente en este sentido decimos que el sistema jurídico es un orden de poder (pre-) sistematizado. La legislación es el uso del poder basado en una cierta concepción sistematizada.

Sin embargo, una situación social normal está caracterizada por los lazos con la tradición. La reforma de la legislación no surge de la nada. La nueva legislación cambia, complementa o aclara la legislación anterior. Nunca se da el caso de que la institución social que constituye el foco de la legislación en cuestión cambie completamente. Los asuntos tratados por las disposiciones forman una totalidad en donde el cambio de una o varias de sus partes no cambia la totalidad. Con otras palabras: el legislador no crea el sistema *in toto*. Tan sólo lo transforma y reproduce. La tradición jurídica consiste en estructuras normativas, independientes de cada individuo, también del legislador.

Un ejemplo podría ser la reforma de la Ley de herencia finlandesa, en 1965. Muchas instituciones individuales cambiaron en esa época, por ejemplo, la legítima en una herencia y la administración del patrimonio. Por otra parte, se crearon instituciones totalmente nuevas, por ejemplo, el derecho del

(137) Tolonen, Juha, op. cit., págs. 36 ss., cfr. págs. 174 ss.

cónyuge a heredar al cónyuge difunto. A pesar de estos cambios, muchas cuestiones básicas de la estructura de la herencia siguieron siendo las mismas: todavía es posible transferir testamentariamente la propia herencia, el patrimonio tiene que estar establecido, la herencia tiene que ser distribuida de alguna manera, etcétera. Así, la nueva legislación conserva muchos puntos de contacto con la anterior. En realidad, la sistematización básica del nuevo conjunto de normas se llevó a cabo sobre la base del anterior, con algún desarrollo. El sistema en la ley de herencia es como un haz de soluciones normativas. Algunos elementos individuales de este haz pueden ser modificados o eliminados, pero la estructura central sigue siendo la misma. Así, hay que agregar un elemento más a la lista presentada:

(d) La legislación anterior y su sistemática proporcionan el marco de la nueva legislación. Hay que hacer mención especial del análisis sistémico que la dogmática jurídica ha realizado de la legislación entonces existente. Quienes proyectan la nueva legislación reciben, por lo general, sus conceptos básicos para su pensamiento jurídico de las formas de pensar prevalecientes en esa época. Denotaré al sistema con estos conceptos con S_i .

En general, el uso del poder legislativo está basado en el pensamiento pre-teórico. Posee muchos elementos y su tarea general ha sido descrita más arriba. Los puntos de vista normativos y axiológicos juegan un papel relevante, pero ninguno de los factores mencionados en la lista carece de importancia. Los resultados del ejercicio del poder son los textos legales. En tanto expresiones lingüísticas, son portadores de ciertos significados. Ellos forman un sistema acorde con la sistematización pre-teórica. Esto puede ser llamado el *sistema básico*. Lo denotaré con S_b . ¿Qué es exactamente este sistema básico?

El punto de partida natural de todo pensamiento jurídico es el significado cotidiano de los textos legales. Sin embargo, como se ha mostrado, esto no ofrece una base suficiente para la toma de decisión. Tenemos que considerar otras razones, además del uso cotidiano. Con respecto al contenido del sistema básico, la intención del legislador adquiere una posición decisiva. Expresa el punto de vista pre-teórico adoptado a nivel legislativo. En este contexto, Ahti E. Saarenpää ha utilizado el término "sistema intencionado" (138). Esto es correcto. El sistema básico es el sistema de los significados intencionados o el sistema intencionado. Una de las funciones de la aplicación del derecho es la adaptación del sistema intencionado a la situación social prevaleciente. A su vez, la tarea de la dogmática jurídica es conformar y enriquecer el sistema básico. Entonces, la adaptación puede llevarse a cabo con la mayor justificación posible. En esta tarea, la dogmática jurídica tiene que desarrollar aún más el sistema básico.

(138) Saarenpää, *Tasajaon periaate*, pág. 22.

Tal como observara correctamente Otto Brusiin, esto es lo que se quiere decir cuando se establece una distinción entre ordenamiento jurídico y sistema científico. El objetivo de la dogmática jurídica es específicamente la formulación de un sistema *científico*. A tal fin, las normas jurídicas son reordenadas o reformuladas. El resultado de este procedimiento, el sistema científico, será denotado con S_j .

Teóricamente, la sistematización ha sido considerada como la sustitución del sistema básico por un sistema (científico) idéntico. Así es como la cuestión ha sido presentada por Alchourrón y Bulygin. Según ellos, una de las ventajas de la sistematización es, por ejemplo, la obtención de una perspectiva más general y, además, el hecho de que, al aumentar el nivel de abstracción, el sistema se vuelve más simple. Hay menos términos básicos. Además, su alcance es mayor.

Detrás de esta concepción se ocultan fuertes rasgos positivistas. Su problema particular es el concepto de identidad. Parecería que la práctica de la investigación muestra que el resultado de la sistematización no es idéntico al sistema básico. Por el contrario, la sistematización es un proceso creador, en el sentido estricto de la palabra. El sistema S_j es algo "más" que el sistema básico S_b . Esto requiere una aclaración.

Uno organiza sus relaciones sociales a través de normas jurídicas, es decir, a través del ordenamiento jurídico. Según Aleksander Peczenik, las normas jurídicas cualifican estados de cosas sociales (139). Las normas reflejan la opinión de quienes legislan; el sistema básico expresa, por consiguiente, la forma cómo se quiere que los estados de cosas sociales sean cualificados. El sistema básico es una vía para intervenir en la sociedad y sistematizarla. La base de la sistematización es una concepción pre-teórica con varios elementos. Cuando el sistema básico es resistemizado (reformulado), tenemos otra base de sistematización. En realidad, toda la clave de la reformulación reside en el cambio en la base de la sistematización. Más arriba, la base ha sido llamada la teoría (en la dogmática jurídica). Denotemos esta teoría como TS ; esto significa teoría de la sistematización (140). El cambio de la base pre-teórica en sistematización científica, proporciona el esquema de la dogmática jurídica práctica. Un ejemplo de una teoría tal es la sistematización de la propiedad. El esquema conceptual define nuestra concepción de lo que significa la propiedad de acuerdo con el ordenamiento jurídico (finlandés).

(139) Peczenik, "Norms and Reality" en *Essays in Legal Theory*, 1969, págs. 9 ss. y Peczenik, "Empirical Foundations of Legal Dogmatics" en *ibidem*, págs. 60 ss.

(140) Aarnio, Aulis, Jääskinen, Niilo, Pöyhönen, Juha y Uusitalo, Jyrki, *Paradigms, Change and Progress in Legal Dogmatics* (en prensa). Ver también el excelente análisis de Ralf Dreier en "Zur Theoriebildung in der Jurisprudenz" en *Recht - Moral - Ideologie*, 1981, págs. 70 ss. Ver también Dalberg-Larsen, Jørgen, *Five Essays on Legal Science*, págs. 68 ss., especialmente 80 ss.

Una concepción de la filosofía de la ciencia – muy reiterada y frecuentemente invocada – es la que afirma que todo enunciado observacional está (en una cierta medida) cargado de teoría. No existe la observación pura, en el sentido de que fuera posible eliminar de antemano toda comprensión teórica. Hablamos de observaciones cargadas de teoría. En la dogmática jurídica, esto corresponde al concepto de interpretaciones cargadas de teorías. El concepto exige una aclaración preliminar. La teoría de la sistematización proporciona un conjunto de conceptos básicos dentro de cuyos límites debe situarse todo problema relacionado con el contenido de las normas jurídicas. La teoría de la sistematización define los límites de la interpretación. Pero también encierra algo más. La teoría de la sistematización organiza las normas jurídicas en una cierta relación recíproca. La realización de la norma N_i dentro de una conexión sistémica creada por las normas N_j y N_k afecta la forma cómo es entendido el contenido de la norma N_i . No es meramente una cuestión de su orden relativo; es, al mismo tiempo, una cuestión del contenido de todo elemento que entre en consideración. Con otras palabras, éste es un ejemplo de la forma como el todo afecta a sus partes.

Sin embargo, tenemos que recordar el “*feed-back*”: la reinterpretación del contenido de las normas puede obligarnos a someter a prueba y a rectificar la teoría de la sistematización. A su vez, este re-examen influye en la interpretación de las normas, etcétera.

El significado interpretado sobre la base de la teoría de la sistematización forma el sistema de reemplazo S_j al que se ha hecho referencia más arriba. Ya la expresión “significado interpretado” muestra que el sistema no es idéntico al sistema intencionado. El sistema intencionado está basado en la interpretación subjetiva y, por ello, posee una perspectiva pre-teórica. Aun cuando la perspectiva pre-teórica puede tener una conexión con la teoría de la sistematización, la sistematización según esta teoría no es idéntica a la sistematización pre-teórica. No se trata simplemente de elevar el nivel de abstracción o de algo similar. La teoría de la sistematización modifica nuestra perspectiva de la relación entre las normas y, como consecuencia de ello, es posible plantear nuevas cuestiones y éstas, a su vez, posibilitan nuevos tipos de respuestas.

Es importante notar que, dentro del esquema del sistema S_j , no es posible plantear problemas desconocidos en el sistema básico S_b o en una reformulación anterior del sistema básico. Toda sistematización ofrece nuevas posibilidades de interpretación. Algunos principios no pueden, ni siquiera en principio, aparecer en un cierto sistema cuando se carece del conjunto de términos necesario para presentar el problema.

Las relaciones entre la pre-teoría y la teoría de la sistematización, la relación entre el sistema básico y el sistema de reemplazo, y el papel creador de la interpretación pueden ser presentados como en el Diagrama 26, en don-

de PT = sistematización pre-teórica, TS = teoría de la sistematización, S_i = la sistematización científica presentada antes de la legislación L , S_b = el sistema básico o el sistema de los significados intencionados expresados por el texto legal (L), I = interpretación en la dogmática jurídica. S_j = el sistema de reemplazo o la sistematización científica.

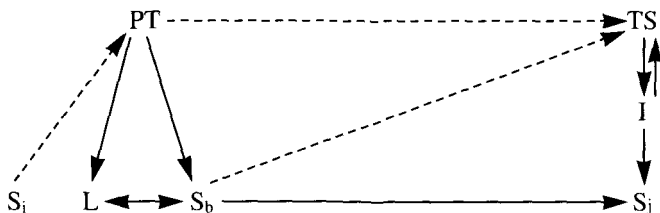


Diagrama 26

El diagrama puede ser leído de la siguiente manera. La sistematización pre-teórica (PT) y la anterior sistematización científica (S_i) ofrecen el marco sistémico a la legislación (L). Las normas pertenecientes a L forman una unidad sistémica llamada sistema básico (S_b). La tarea de la dogmática jurídica consiste en reformular este sistema básico de una manera tal que sea, por ejemplo, más general. Para la reformulación, se necesita una teoría sistematizante, es decir, una red de conceptos teóricos por medio de los cuales las normas de L pueden ser interpretadas y reordenadas. El resultado de esta actividad es un nuevo sistema (sistematización de normas). Este es llamado S_j . Puntos de vista normativos referentes a L son ahora formulados en el sistema S_j . Además, TS es la nueva base teórica, un “lente” a través del cual uno interpreta el ordenamiento jurídico.

Por otra parte, es importante subrayar que, simultáneamente o en tiempos diferentes, pueden ser formuladas dos o más sistematizaciones reemplazantes del mismo sistema básico (S_b), por ejemplo, S_j y S_k . Cada una de ellas implica su propia teoría de sistematización. Por esta razón, dos sistematizaciones reemplazantes no pueden nunca ser idénticas. S_j y S_k presentan dos imágenes diferentes (no idénticas) del ordenamiento jurídico interpretado sobre bases teóricas.

Esta observación nos permite volver una vez más al concepto de *identidad*. Como se ha señalado, el punto de partida de Alchourrón y Bulygin es que la sistematización básica y el sistema reemplazante son idénticos. Si el sistema básico es definido como el sistema intencionado, tal como fuera expuesto más arriba, la concepción de Alchourrón y Bulygin no es correcta. La concepción pre-teórica (PT) y la teoría de sistematización (TS) son dos formas diferentes de sistematizar el ordenamiento jurídico. Si agregamos a esto la interacción entre la teoría de sistematización y la interpretación, el sistema

reemplazante (S_j) recibe necesariamente un contenido diferente al del sistema básico (S_b). A pesar de ello, podemos hablar de una identidad “débil”. El sistema reemplazante intenta presentar una interpretación conforme a derecho. “Describe” el ordenamiento jurídico válido. Aun cuando no es idéntico con el sistema intencionado, sigue representando el significado expresado por la ley. El derecho finlandés (los textos legales finlandeses) tiene el contenido mostrado por S_j . Lo mismo vale para otros sistemas reemplazantes, por ejemplo, el sistema S_k . Este tampoco proporciona la misma solución que el sistema intencionado, pero, aun así, ofrece una interpretación válida del texto legal en cuestión. Tanto S_j como S_k implican un elemento creador: el sistema reemplazante conforma el sistema intencionado de manera tal que el contenido de la ley se vuelve racional y aceptable en el momento de la sistematización.

Por otra parte, la concepción de Alchourrón y Bulygin contradice sólo aparentemente la idea descrita en el Diagrama 26. En cierta medida, la contradicción es de naturaleza metodológica. El problema está vinculado con la forma como uno utilice los términos “formulación del sistema” y “reformulación del sistema” (“sistematización”). Según Alchourrón y Bulygin, el procedimiento que resulta en S_j puede ser llamado formulación del sistema. Por consiguiente, la reformulación del sistema está basada en S_j . En este sentido, el Diagrama 26 no se refiere en absoluto al procedimiento de sistematización que resulta en un sistema idéntico (en el sentido en que Alchourrón y Bulygin definen esta noción). La sistematización “comienza” después de la formulación de S_j . Alchourrón y Bulygin pueden así sostener fácilmente que el Diagrama 26 describe la formulación pero no la sistematización del sistema.

Sin embargo, desde el punto de vista de la dogmática jurídica práctica, justamente el procedimiento tratado en el Diagrama 26 juega un papel clave. Además, el procedimiento que resulta en S_j contiene también elementos que - de acuerdo con el vocabulario normal de la dogmática jurídica - han sido llamados sistematización. A fin de formular S_j necesitamos ciertas actividades de sistematización, tales como las que han sido elucidadas, por ejemplo, en la teoría de la propiedad presentada por Ross y Zitting. La actividad es “creativa” en un sentido más profundo que el que admiten Alchourrón y Bulygin.

La relevancia del Diagrama 26 reside justamente en el hecho de que se adapta a la práctica de la dogmática jurídica cotidiana. El “paso” del sistema básico (S_b) al sistema de reemplazo (S_j) se produce normalmente en la forma expresada en el diagrama. Naturalmente, la vía totalmente racional de construcción del sistema sostenida por Alchourrón y Bulygin es una posibilidad en la práctica de la investigación dogmático-jurídica. Sin embargo, no es adecuada por lo que respecta a esta práctica. Y, lo que es más importante, vuelve confusa toda la terminología. Si se restringe el contenido de significado del término “sistematización” exclusivamente a la reformulación “lógica-

ca”, uno se priva también de la posibilidad de analizar el muy complejo procedimiento de formulación de un sistema. El resultado de este procedimiento depende de la sistematización que utilicemos para ordenar el material jurídico. Aquí encontramos también el problema de la carga teórica. Desde el punto de vista de este trabajo, el concepto de carga teórica es, por otra parte, el nexo mediador que permite comprender la reciprocidad entre la sistematización y la interpretación. Sobre la base de la teoría de Alchourrón y Bulygin, esta interrelación no puede ser descrita de una manera adecuada. Carece de un aparato conceptual adecuado para este propósito. Y en esto consiste el núcleo de la crítica presentada más arriba.

Resumiendo, podemos decir que la formulación del sistema presupone un cierto tipo de esquema conceptual. El esquema está basado en la forma como el material jurídico en cuestión es sistematizado. Con otras palabras, la sistematización es una precondition para la formulación del sistema. Naturalmente, el resultado de la sistematización del sistema puede ser objeto de ulteriores reformulaciones. Un tipo de esta reformulación es la concepción de sistematización sostenida por Alchourrón y Bulygin. Para evitar la confusa ambigüedad del término “sistematización”, se puede sugerir la siguiente dilucidación:

(a) La sistematización tratada en el Diagrama 26 puede ser llamada *sistematización*₁. Este es el concepto normalmente utilizado en la dogmática jurídica teórica. Cuando un jurista habla de la sistematización, en realidad se refiere a esta actividad.

(b) La reformulación “lógica” del sistema – descrita por Alchourrón y Bulygin – es una construcción puramente teórica. Podemos llamarla *sistematización*₂. Después que el sistema es formulado por medio de la sistematización₁, queda abierta la posibilidad de esta actividad.

La teoría de la sistematización descrita más arriba es gráficamente ilustrada con muchos ejemplos tomados de la práctica cotidiana en la dogmática jurídica. En lo que sigue, sera presentado uno de estos ejemplos, tomado de la sistematización de las normas del derecho sucesorio(141). No se pretende que sea completo en el sentido de que representaría toda la red de sistematización de la dogmática jurídica. Pero aun así, ofrece material suficiente para la concreción del esbozo teórico presentado más arriba.

4.7.2. *Un ejemplo de sistematización: un análisis de la posición del heredero.* Una cuestión básica clásica en el derecho sucesorio continental ha sido la siguiente: ¿en qué momento se transfiere la herencia del difunto al he-

(141) Un análisis detallado se encuentra en Aarnio, *Perillisen oikeusasemasta*, págs. 49 ss.; para algunos comentarios sobre esta tema, cfr. Saarenpää, “Court Decisions as the Focus of Study”, págs. 128 ss. Ver también Aarnio, “En analys av arvinges rättsliga ställning” en *JFP* 6 (1980), págs. 363 ss.

redero? El pensamiento jurídico continental europeo – y, en este sentido, también el escandinavo – ha formulado dos respuestas a esta cuestión. Pueden ser llamadas los principios *ipso jure* y *aditio*. De acuerdo con el primero, la herencia es transmitida al heredero *in toto* en el momento de la muerte del causante de la herencia y, por lo tanto, en ese momento, el heredero reemplaza al difunto como propietario y, con algunas reservas, como la persona responsable por las deudas. El principio *aditio* presupone que el heredero emprende actos jurídicos específicos a fin de obtener una posición jurídicamente protegida en relación con la herencia. La herencia no es transmitida del difunto al heredero hasta ese momento.

Un aspecto esencial en estas dos líneas de pensamiento es que ambas consideran que la herencia es transmitida en un cierto momento. Se trataría de un evento momentáneo. Existe una manifiesta analogía con la transferencia de la propiedad. Como es bien sabido, de acuerdo con la teoría continental clásica, la propiedad es transferida del transferente o al recipiente como un todo y en un determinado momento.

Un pensamiento limitado a esta alternativa excluyente es insatisfactorio sobre todo cuando hay que tratar casos especiales complicados. El conjunto de conceptos es simplemente demasiado basto como para permitirnos dar una respuesta satisfactoria. La argumentación que se limita a dos alternativas queda abierta a la crítica y en un caso complicado la argumentación puede fácilmente derrumbarse. Por esta razón, en Escandinavia, hace ya tiempo que se ha presentado otro enfoque. Los primeros en sugerirlo fueron O.A. Borum en Dinamarca y Åke Malmström en Suecia. En la teoría general de la propiedad, esta forma de pensar ha sido desarrollada en gran medida por Alf Ross(142). En el campo de los derechos de propiedad, a su vez, la concepción de Ross ha sido aplicada en Finlandia por Simo Zitting en una forma que ha merecido considerable atención internacional(143).

Sin entrar en mayores detalles, puede decirse que la idea básica es la demostración del hecho de que la propiedad es una serie sucesiva de eventos. En cada estadio de la serie, ciertas consecuencias jurídicas son conectadas con ciertos hechos jurídicos separadamente discernibles. Por ejemplo, en una compra a plazos, ciertos elementos de la propiedad pueden en el momento *t* pertenecer a *A* y ciertos elementos a *B*, sin que exista ninguna justificación para decir que alguno de los dos es el propietario genuino en algún sentido verdadero e inequívoco. Lo mismo se aplica al causante de la herencia. De acuerdo con esta forma de pensar, la herencia es una serie sucesiva de eventos que comienza con la muerte del causante de la herencia y termina

(142) Ver Ross, *On Law and Justice*, págs. 199 ss. Cfr. Borum, O.A., *Arvefaldet*, págs. 22 ss. y Malmström, Åke, *Successionsrättsliga studier*, págs. 38 ss. y 198 ss.

(143) Zitting, Simo, "An Attempt to Analyse the Owner's Legal Position" en *SSL*, 1959, págs. 234.

con la distribución de la herencia. Diferentes tipos de consecuencias jurídicas están conectados con los diferentes estadios y, hablando en términos generales, podemos decir que es posible considerar que los derechos del propietario aumentan gradualmente con la progresión de la cadena de eventos.

Detrás de esta forma de pensar hay ciertas concepciones que, en la filosofía del derecho, son suposiciones *a priori*. Quizás la más importante es la idea de que todos los derechos se manifiestan en ciertas relaciones personales(144). Una norma jurídica es algo que ordena de una cierta manera una relación entre personas. Por ejemplo, autoriza a una persona a hacer algo mientras que obliga a otra a hacer otra cosa. Cuando en este respecto, se habla, por ejemplo, de la posición jurídica del propietario, se hace referencia a la posición jurídicamente protegida de una persona en relación con otras. Según esta manera de pensar, la posición jurídica es un complejo de relaciones personales tipificado por el hecho de estar regulado por normas jurídicas.

Desde el punto de vista de la propiedad esto significa que en el momento t , la persona A tiene una relación jurídicamente regulada con las personas B , $C \dots N$. En el momento t_1 , cuando existe un conjunto diferente de hechos jurídicos, debido, por ejemplo, a la transferencia, el complejo de relaciones personales es diferente. La relación de A con las otras partes es organizada de manera diferente. Hablar de la transferencia sucesiva de la propiedad resulta ser una descripción más precisa del complejo cambiante de las relaciones personales. Toda configuración de estados de cosas (hechos jurídicos) está conectada con un determinado orden de las relaciones personales. La llamada consecuencia jurídica es justamente la forma de ordenar una relación entre dos o más personas. Esta forma de organizar los asuntos cambia durante la transferencia sucesiva de la propiedad. La transferencia sucesiva es lo mismo que el cambio gradual en las relaciones personales jurídicamente reguladas.

Por lo que respecta a la herencia, esto significa que cuando muere el causante de la herencia, las relaciones de los herederos con las personas mencionadas en el testamento, con la viuda, los deudores, etcétera, son ordenadas de una determinada manera, establecida por las disposiciones que regulan el problema. Después que el heredero ha expresado su intención de recibir la herencia, la situación cambia de alguna manera. Finalmente, la distribución de la herencia conforma un estadio en el que la posición del heredero como propietario del patrimonio recibe su forma final. En este estadio, ha alcanzado la misma posición jurídica con respecto a la propiedad que le ha correspondido que la que tenía anteriormente el causante de la herencia. En el sentido pleno de la palabra, ha habido un cambio de sujeto.

Comparada con la forma normal de transferencia de la propiedad, la situación es más complicada en el derecho sucesorio ya que puede haber varios herederos, por ejemplo, dos o más herederos de la misma generación o

(144) Ver Zitting, op. cit., pág. 229.

un heredero y un legatario universal o dos o más legatarios universales, etcétera. En este tipo de situaciones, existe un estadio intermedio entre la muerte del causante de la herencia y la distribución de la herencia; durante este estadio intermedio, la propiedad tiene “varios propietarios” y ninguno ha recibido la propiedad en la misma medida que la tenía el causante de la herencia.

El estadio jurídico al que se ha hecho referencia ha sido descrito de diversas maneras. En la cultura jurídica germánica, ha sido llamado una relación de “*Gesamthand*” (145). En los países escandinavos, la forma usual de hablar del asunto es decir que los propietarios tienen una propiedad conjunta. La naturaleza jurídica de la comunidad de herederos está vinculada a las mismas bases conceptuales. La cuestión es: ¿forman o no las personas que suceden al causante de la herencia en su conjunto una persona (sujeto) jurídica independiente – comparable con una compañía – durante el estadio intermedio? Y, si podemos hablar de una persona jurídica independiente, ¿cuán grande es la independencia de esta formación jurídica?

En la literatura finlandesa, hasta finales de los años sesenta, las opiniones estuvieron divididas en dos campos opuestos agudamente enfrentados. Estaban, por una parte, quienes creían que la propiedad tenía muchos sujetos sin que ninguno de ellos fuera el único propietario. Sus adversarios se referían a tal situación con no poca ironía diciendo que en lugar de los herederos Tom y Jerry, los otros creían que existía un todo indivisible: Tomjerry. La segunda teoría ha sido llamada la teoría de la “propiedad de porciones fijas”. Parte de la concepción según la cual la propiedad del patrimonio del causante de la herencia era dividida después de su muerte en porciones fijas imaginarias. Cada sucesor era el propietario de una tal porción. “Poseía” esta fracción.

Estas posiciones – cada una de las cuales tenía sus antecedentes en el derecho germánico y, sobre todo, en la teoría alemana de la herencia tal como existía a finales del siglo XIX y a comienzos del XX – parecían ser decididamente opuestas. Las llamaremos la teoría T_1 y la teoría T_2 . Aquí no es posible entrar en los detalles de estas teorías. Para presentar el problema de la sistematización, basta mencionar un rasgo que puede ser considerado como el problema clave en la discusión sobre la posición jurídica del heredero. El problema puede ser formulado de la siguiente manera: “¿Cómo puede el heredero, durante el estadio intermedio antes de la distribución de la herencia, disponer de su derecho a la herencia?” En diversos ordenamientos jurídicos esto ha sido comúnmente llamado el problema de la transferencia de la propia parte en una herencia.

De acuerdo con la teoría T_1 , la transferencia de la parte es e implica la transferencia de todo el derecho subjetivo perteneciente al heredero. El heredero transfiere su derecho al recipiente de la misma manera como el socio en

(145) Para un análisis de estas doctrinas, ver Aarnio, *Perillisen oikeusasemasta*, págs. 89 ss.

una compañía transmite sus derechos de socio. Se produce un cambio de sujetos, una transferencia total del derecho a la herencia. La teoría T_2 sostiene que tal transferencia no es posible ya que el heredero no tiene derecho subjetivo a la totalidad del patrimonio; posee tan sólo un grupo de porciones fijas imaginarias. De acuerdo con esta teoría, la transferencia de una parte es realmente la transferencia de las porciones fijas imaginadas pertenecientes al heredero. No hay nada que le impida transferir todas sus porciones fijas a los diferentes objetos del patrimonio pero, aun así, transfiere sólo todas sus porciones y no un “místico” derecho subjetivo.

La diferencia de opinión culmina en la cuestión de la forma de la transferencia. De acuerdo con el sistema finlandés (y sueco), la transferencia del patrimonio inmueble debe hacerse siempre siguiendo un procedimiento especial. De acuerdo con la teoría T_1 , aun si el inmueble pertenece al patrimonio del causante de la herencia, la transferencia puede llevarse a cabo de cualquier forma ya que el foco de la transferencia es un derecho subjetivo independiente (la “membrecía” en el patrimonio) y no específicamente el derecho directo al patrimonio inmueble. El heredero no transmite un patrimonio inmueble sino un “derecho de membrecía”. La teoría T_2 representa la opinión opuesta. Según ella, el objeto propio de la transferencia es la porción imaginada de la propiedad con respecto al patrimonio inmueble. Por consiguiente, las partes de la transferencia tienen que seguir las formalidades especiales que rigen para la transferencia de bienes inmuebles.

El cuadro es perturbado por el hecho de que también, de acuerdo con T_1 , el heredero puede transferir condicionalmente su parte de un objeto que pertenece al patrimonio del causante de la herencia. La teoría llama a esto “negociar un objeto futuro” (*res futura*). Si tratamos de ver cómo este acto difiere de “negociar una porción imaginada”, nos llevamos una sorpresa: no existe ninguna diferencia esencial entre ambos. La diferencia queda reducida al hecho de que la teoría T_2 no admite que la transferencia se lleve a cabo en cualquier forma.

En 1965, la Ley de herencia finlandesa proporcionó una solución parcial. De acuerdo con la nueva ley, la transferencia de una parte puede llevarse a cabo sin ninguna de las formalidades relacionadas con la transferencia del patrimonio inmueble. Pero, aun así, la contraposición de las dos teorías parece carecer de justificación. Está basada en la idea de que existe una propiedad que, en tanto tal, es transferida por el causante de la herencia a sus herederos. De acuerdo con una de las teorías, este derecho es un todo indivisible mientras que, de acuerdo con la otra, se quiebra en varias partes, es decir, en las porciones imaginadas. Ninguna de las dos teorías se pregunta acerca de qué significa la mencionada transferencia y qué significa decir que la propiedad pasa como un todo de un sujeto a otro, de la misma manera que un objeto físico. Sobre la base de lo dicho más arriba acer-

ca de las teorías escandinavas sobre la propiedad, es fácil observar que la crítica de las concepciones tradicionales de la propiedad es aplicable en tanto tal a la teoría tradicional de la propiedad conjunta. Si la concepción según la cual la propiedad es un todo indivisible está, en general, expuesta a la crítica, entonces cabe también la crítica a la concepción tradicional sobre la herencia.

En vez de elegir una de estas alternativas, tenemos que ir más allá de ellas. No deberíamos preguntar si la herencia es transferida en el momento de la muerte del causante o posteriormente. El problema tiene que ser formulado de manera tal que preguntemos qué diferentes consecuencias jurídicas, manifestadas en las diversas relaciones personales, están conectadas con los diferentes estadios en la transferencia sucesiva de la herencia. No hay razón para detenerse a analizar la eterna cuestión de la indivisibilidad o divisibilidad de la propiedad conjunta. Nuestra cuestión debería ser, más bien, formulada de la siguiente manera: ¿cómo podemos describir el complejo de relaciones personales en las cuales se encuentra legalmente el heredero, no sólo en relación con terceros sino también en relación con sus coherederos? El problema de la propiedad conjunta se abre en una serie de problemas de relación jurídica con respecto a la posición del heredero. Deben y pueden ser solucionados con las herramientas jurídicas normales, utilizando las fuentes del derecho y las técnicas de la argumentación jurídica. Dicho brevemente: la cuestión de la divisibilidad o indivisibilidad de la propiedad conjunta, en tanto tal, es planteada incorrectamente y es un *problema innecesario*. La consideración de un problema tal es, cuando más, un juego académico. Cambiando el punto de partida, podemos entrar directamente en la interpretación de las normas jurídicas que han de ser aplicadas en las diversas situaciones. Hablando metafóricamente, se elimina el material conceptual que impide la comprensión de las normas jurídicas.

Llegamos así al enunciado central de esta investigación. El análisis de la posición jurídica del heredero es una nueva vía para la sistematización de las normas jurídicas. También las teorías T_1 y T_2 eran teorías competitivas pero su equipo conceptual estaba constituido por sistematizaciones de una naturaleza algo basta. En el caso de relaciones jurídicas complicadas, no ofrecen una base satisfactoria para el discurso racional. Necesitamos una nueva forma de sistematización de las normas del derecho sucesorio: una forma que presente este conjunto de normas de una manera más adecuada que antes.

Como resumen, esta sistematización puede ser presentada bajo la forma de los siguientes elementos conceptuales. La posición del heredero puede ser comparada con la de un "árbol conceptual" con ramas tales como las presentadas en el Diagrama 27.

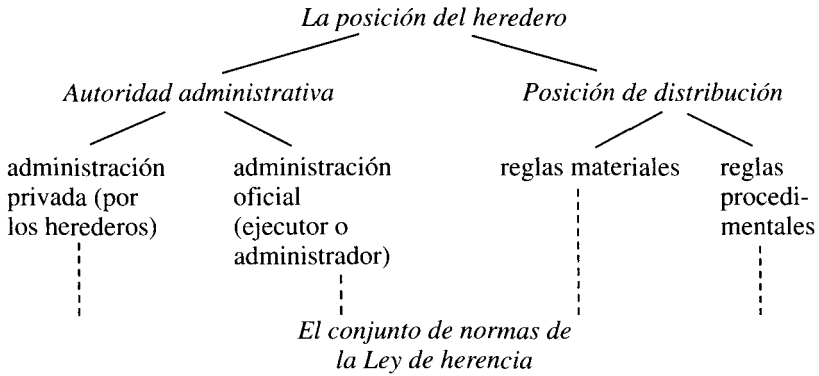


Diagrama 27

Cada una de estas tres ramas principales puede ser dividida en subelementos que, a su vez, pueden ser subdivididos y así sucesivamente. Al final, todo es reducido al conjunto de normas de la Ley de herencia y sus interpretaciones. Con otras palabras, el árbol conceptual presentado más arriba describe el derecho vigente. Los conceptos están “ligados” a las disposiciones legales: no son una colección arbitraria de imágenes arbitrarias. Este modelo de sistematización puede ser generalizado utilizando símbolos en lugar de descripciones literales de los conceptos. Este tipo de generalización es presentado en el Diagrama 28.

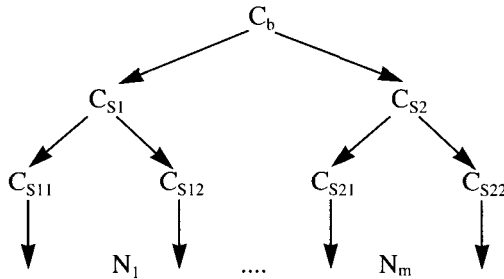


Diagrama 28

La forma de ordenar los conceptos es llamada en esta investigación la teoría sistematizante (*TS*). Al final, el conjunto sistematizado de conceptos está conectado con el ordenamiento jurídico. El objetivo de *TS* es presentar, de manera adecuada, un cierto conjunto de normas jurídicas válidas. El resultado de esta actividad (aplicación de *TS*) es un nuevo sistema que en este trabajo ha sido denotado con S_j .

Desde otro punto de vista, todo elemento conceptual presenta un conjunto de relaciones personales que están jurídicamente reguladas y que mantienen entre sí alguna conexión. Consideremos el ejemplo del derecho a participar en la administración conjunta del patrimonio. Aquí el heredero se encuentra en relación con los coherederos. Esta relación está exactamente regulada en Finlandia y en Suecia en el Capítulo 18 de la Ley de herencia. Al mismo tiempo, el heredero se encuentra en relación con terceros. Por otra parte, los problemas son regulados por las normas de la Ley y por las normas generales de la propiedad. Al presentar con precisión los contenidos de estas normas ($N_1 \dots N_m$), obtenemos también una imagen de qué es lo que significa el derecho a participar en la administración conjunta de un patrimonio como uno de los elementos básicos de la posición del heredero. Con otras palabras: ¿cuál es el contenido de este elemento de acuerdo con el derecho válido en Finlandia?

A su vez, la “descripción” de las normas que regulan el problema en cuestión depende del conjunto de conceptos que es utilizado en la sistematización de las normas, es decir, de *TS*. La descripción está cargada de teoría. Obtenemos exactamente la imagen del ordenamiento jurídico válido que permite nuestro conjunto de conceptos. La teoría de la sistematización puede ser comparada con un lente que limita y agudiza nuestra visión. Así, la *TS* es un esquema jurídico que define nuestra concepción acerca del ordenamiento jurídico, en este caso el derecho sucesorio. Es imposible plantear otras cuestiones fuera de las que este esquema permite. Por consiguiente, el esquema limita también el tipo de respuestas que podemos obtener para estas cuestiones. Por otra parte, el interés de conocimiento en la sociedad define qué tipo de información con respecto al ordenamiento jurídico es importante (y relevante). Así pues, el interés en plantear cuestiones crece en la sociedad. La práctica social es así un continuo “test” del esquema conceptual y este “test” es realizado por la interpretación jurídica (razonamiento jurídico). A veces, la situación exige mejorar nuestras herramientas descriptivas, y hasta cambiarlas por otras. Así nace la interacción dinámica entre sistematización e interpretación, un fenómeno que se encuentra en permanente progreso en la vida jurídica. Solo como resultado de esta interacción se formula la concepción que determina la respuesta dada en cada momento a los problemas jurídicos de la sociedad. Así se da también respuesta a la cuestión acerca de si la dogmática jurídica es capaz de cumplir su tarea de satisfacer nuestro interés común en el conocimiento interpretativo(146).

(146) La dogmática jurídica que intenta construir un marco sistemático puede ser llamada dogmática jurídica teórica. Ver Aarnio, *Denkweisen der Rechtswissenschaft*, págs. 69 ss. y 231 ss. como así también Aarnio, “The Significance of the Theoretical Element in Legal Research” en *Philosophical Perspectives in Jurisprudence*, págs. 123 ss. Cfr. también Peczenik, Aleksander, “Legal Research, Growth of Science and Moral Theory”, págs. 137 ss., especialmente 146 ss.

CAPÍTULO CUARTO

LA ACEPTABILIDAD DE UN ENUNCIADO INTERPRETATIVO

1. EL PRINCIPIO DE LA RESPUESTA CORRECTA

1.1. *Una aclaración terminológica*

Aun después de haber recorrido todo el material jurídico, pueden quedar pendientes dos posibilidades: o bien la interpretación es la correcta o, en principio, hay más de una interpretación alternativa. Esta última posibilidad parecería poner en tela de juicio la idea misma de justificación. ¿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. No existe una base racional para la justificación de un punto de vista interpretativo en la dogmática jurídica.

Por lo tanto, no puede sorprender que la cuestión de una única respuesta correcta haya preocupado a los filósofos y a los teóricos del derecho durante largo tiempo. La cuestión ha sido analizada desde una serie de perspectivas sin que se haya logrado una opinión unánime acerca de cómo debería ser considerada esta cuestión. En lo que sigue, dejaremos de lado el aspecto histórico del estudio del problema. Nos centraremos en algunas cuestiones especiales relacionadas con el principio de una única respuesta correcta en la interpretación jurídico-dogmática.

Según Jerzy Wróblewski, la discusión de la idea de la respuesta correcta ha tocado al menos tres asuntos:

(a) El principio de la respuesta correcta ha sido conectado con la división tripartita del poder en la sociedad. Es bien sabido que Montesquieu dis-

tinguía entre poder legislativo, judicial y ejecutivo(1). Perelman, a su vez, nos recuerda que la doctrina de la división del poder está basada, de hecho, en una cierta concepción del hombre: la separación de la voluntad (“Wille”) y la razón (“ratio”)(2). La actividad legislativa pertenece al ámbito de la voluntad – está vinculada con el uso del poder social – mientras que la aplicación del derecho es más bien un asunto de la razón. Además, cuando el ordenamiento jurídico y el derecho fueron equiparados, el resultado fue una concepción totalmente racionalista de la interpretación del derecho. La interpretación es, por una parte, clarificación de las leyes (dogmática jurídica) y, por otra, aplicación de las leyes, a través de la subsunción, a los hechos comprobados (toma de decisión). Por consiguiente, desde este punto de vista, la doctrina de la respuesta correcta es expresión de una cierta imagen del hombre y de una cierta ideología social. De acuerdo con esta doctrina, el acto de aplicación no es un acto creativo sino mecánico.

(b) El principio de la respuesta correcta tiene también un rasgo ideológico en otro respecto. Algunos autores han subrayado especialmente que la certeza jurídica implica que todo problema jurídico habrá de ser decidido sólo de una manera. Si fuera posible indicar dos o más decisiones “igualmente correctas” para el mismo caso, la práctica jurídica quedaría impregnada de vaguedad y arbitrariedad. La igualdad de los ciudadanos correría peligro y no sería posible anticipar una actividad futura con suficiente precisión.

Sin embargo, formulado de esta manera, el principio de la respuesta correcta tiene dos significados: o bien la respuesta correcta existe para todo caso o existe una posibilidad real de encontrar una respuesta correcta para cada caso individual. Así, con respecto a la doctrina de la respuesta correcta, tenemos tres significados con variada fuerza:

(1) Si decimos que existe una respuesta correcta y que ella será encontrada siempre, la doctrina es tomada en su sentido fuerte. Esta concepción implica que todo intérprete que posea la adecuada experiencia profesional logrará la respuesta correcta a través del uso de las fuentes del derecho, de acuerdo con las directrices de la interpretación jurídica.

(2) En un sentido más débil, la doctrina adopta la concepción de que siempre existe una respuesta correcta y que es posible encontrarla a pesar de que, en la práctica, no siempre pueda tenerse éxito en esta empresa.

(3) Si admitimos la existencia de una respuesta correcta y, al mismo tiempo, negamos, en principio, la posibilidad de encontrarla, adoptamos la doctrina en su sentido débil. Según ella, la respuesta correcta es un ideal que nunca puede ser alcanzado pero que constituye el objetivo regulativo de toda interpretación jurídica.

(1) Wróblewski, “Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision” en *Rechtstheorie*, 1974, págs. 33 ss.

(2) Perelman, *Juristische Logik als Argumentationslehre*, pág. 40.

Esto significa que el rechazo de la doctrina de la respuesta correcta presupone también el rechazo de su versión débil: no existe una respuesta correcta ni puede encontrarse en la realidad una tal respuesta.

Desde el punto de vista epistémico, la doctrina de la única respuesta correcta se presenta bajo una luz interesante si, por una parte, aceptamos la idea de que es posible encontrar la respuesta correcta y, por otra, nos preguntamos si el intérprete puede saber que la ha encontrado(3).

De acuerdo con una definición tradicional, un sujeto *S* conoce algo si *S* presenta una creencia justificada y verdadera del asunto. En este caso, la definición incluye la condición de que *S* tiene una creencia justificada y verdadera de acuerdo con la cual ha encontrado la respuesta correcta a un problema de interpretación en la dogmática jurídica.

Si adoptamos la posición de que siempre es posible encontrar la respuesta correcta y, al mismo tiempo, aceptamos la opinión de que el intérprete siempre sabe también que ha encontrado la respuesta correcta, hemos adoptado una versión muy fuerte de esta doctrina. Una concepción más moderada es la que sostiene que es posible (en principio) conocer que uno ha encontrado la interpretación correcta pero, en la práctica, tal conocimiento no siempre puede ser alcanzado.

Una distinción similar puede hacerse si admitimos la posibilidad de encontrar la respuesta correcta pero negamos que esta respuesta pueda siempre ser encontrada (caso 2). El punto más débil aquí es la opinión según la cual, aun si la respuesta correcta es (a veces) encontrada, nunca podemos estar seguros de que sabemos que la hemos encontrado. Es como si la respuesta pudiera ser encontrada por casualidad, con total independencia de que nos demos cuenta o no de que la hemos encontrado.

(c) Posiblemente la forma más común de entender la doctrina de la respuesta correcta es vincularla con los problemas que se refieren a la forma del razonamiento jurídico. Aquí, la interpretación es analizada desde el punto de vista interno, es decir, como una operación silogística. La conexión de la premisa inferior con la superior a través de la subsunción conduce a la interpretación "correcta". Aquí, puede considerarse que la forma silogística es aplicada a la descripción (heurística) de la obtención del resultado de la interpretación o a la racionalización *ex post facto* (justificatoria) de la decisión.

En lo que sigue, la doctrina de la respuesta correcta será primariamente considerada en el sentido (b) indicado más arriba. Naturalmente, esto vincula la doctrina de la respuesta correcta con la temática de esta investigación. Uno puede plantearse la cuestión de si la cadena de razonamiento puede o no ser cortada en algún estadio. Si la doctrina de la respuesta correcta resulta ser

(3) Cfr. Niiniluoto, Ilkka, "Fallibilismista" en *Sosiologia* 5-6, 1974, págs. 275 ss., en donde trata la cuestión de si es posible obtener conocimiento incontestable fuera del razonamiento lógico. Cfr. al respecto, Hertzberg, "Science and Certainty", págs. 63 ss.

verdadera, la respuesta tiene que ser simplemente la siguiente: la justificación puede cortarse cuando el intérprete está en condiciones de verificar la verdad del enunciado interpretativo. Con otras palabras, de acuerdo con esta doctrina, la justificación está orientada hacia la presentación de enunciados interpretativos verdaderos(4).

A fin de captar el problema, examinaremos primeramente algunas aplicaciones de la doctrina de la respuesta correcta. No se pretende aquí que los ejemplos siguientes sean representativos de las diferentes versiones históricas. La elección implica tan sólo que los enfoques considerados reflejan, de una manera importante, las ideas centrales de la doctrina de la respuesta correcta y la reflejan precisamente desde el punto de vista de la problemática de la verdad.

1.2. *Ejemplos de la doctrina de la respuesta correcta*

1.2.1. *La teoría de Ronald Dworkin*

El título de la exposición de Dworkin sobre el tema es bien adecuado: “Los derechos en serio” (así ha sido traducido al castellano “Taking Rights Seriously”, E.G.V.). El título anticipa la crítica en dos direcciones. Por una parte, Dworkin se enfrenta con el positivismo jurídico que, según él, garantizaría a los individuos sólo aquellos derechos que les otorga la ley (el ordenamiento jurídico positivo). Por otra, se opone a toda versión del Utilitarismo. Según el Utilitarismo, el derecho tiene que procurar proporcionar el mayor bien al mayor número. Según Dworkin, esto afecta los derechos de la minoría, ya que ella no puede ser incluida entre el “mayor número”(5).

Dworkin divide los derechos en dos categorías: derechos institucionales y derechos básicos (derechos de transfondo). Ambas categorías son derechos políticos. A su vez, un derecho legal es un derecho institucional, el derecho a obtener de los tribunales una decisión favorable. Por ejemplo, la propiedad como derecho es el derecho a recibir protección de los tribunales frente a ciertas violaciones. Desde este punto de vista, los derechos individuales son muy similares a una contrapartida de la actividad (uso del poder) de los tribunales. Según nuestro punto de vista, lo esencial es que, en la teoría de Dworkin, los derechos pertenecen a los ciudadanos *ex ante*. El individuo tiene derechos con independencia de que las autoridades los defiendan o no. En un cierto sentido, los derechos “existen” ya antes de que los tribunales tomen

(4) Ver Aarnio, *On Legal Reasoning*, págs. 55 ss.

(5) Dworkin, *Taking Rights Seriously*, págs. 85 ss.

la decisión sobre el asunto. “Existen” en tanto derecho a una decisión favorable. Esta es una de las razones por las que Dworkin cree que tenemos que tomar estos derechos en serio.

En lo que sigue, la problemática será tratada sólo en la medida en que se refiere a la idea de la respuesta correcta y, en particular, en la medida en que ella se refiere al punto de vista esbozado en el caso (b), en la Sección 1.1., más arriba. Ante todo, algunas palabras acerca de las ideas de Dworkin sobre la aplicación de la ley.

Según Dworkin, un problema de derechos tiene primariamente que ser decidido en la forma que exige la ley. Si el texto de la ley es ambiguo, la decisión tiene que ser tomada de acuerdo con la intención de la ley. Por otra parte, el decisor tiene que tomar en cuenta la exigencia de tratamiento equitativo: los casos similares deben ser tratados de manera similar. Sin embargo, según Dworkin, este principio no obtiene su significado del derecho positivo hasta que es aplicado al caso individual.

Aparentemente podría decirse que, según Dworkin, las reglas del derecho positivo que materializan este principio constituyen la justificación última de la decisión(6). En realidad, es justamente este rasgo el que nos interesa en la teoría de Dworkin. Veámoslo más de cerca.

Dworkin parte de un caso al que, de acuerdo con la terminología tradicional, llama “difícil”(7). Tal caso está tipificado por el hecho de que ninguna disposición proporciona una respuesta clara al mismo, no es posible reconocer la intención de la ley, y los precedentes judiciales, al igual que otros materiales de interpretación, apuntan en diferentes direcciones (“tiran en ambas direcciones”). Como ejemplo, Dworkin utiliza el caso en donde un empleado de X corta por accidente una línea de electricidad que conduce a una fábrica de Y y, con ello, daña a Y.

Sin embargo, la persona X es responsable por el daño. Puede señalarse que, desde el punto de vista del derecho finlandés, este caso es relativamente poco problemático. Caería dentro del campo en el que se aplica la llamada “responsabilidad del jefe”: el empleador es responsable por las acciones de sus empleados. Sin embargo, esto no es relevante cuando nos referimos a la cuestión del razonamiento de Dworkin.

Una de las ideas básicas de Dworkin es, como se ha dicho, el argumento de que en tal caso, ambas partes tienen sus propios derechos. Ambas tienen derechos con respecto a la otra (“derechos primarios”) y ambas tienen derechos con respecto a las autoridades (“derechos secundarios”). En la decisión, los derechos de una de ellas tendrán que ceder y por esta razón es importante poder justificar la decisión de la mejor manera posible. A través de

(6) Ibidem, por ejemplo, págs. 88-89.

(7) Con respecto a este concepto, ver MacCormick, op. cit., págs. 195 ss. Ver también Benditt, op. cit., págs. 36 ss.

esto, la problemática de Dworkin se mueve alrededor de la idea de la respuesta correcta.

Es verdad que Dworkin no sostiene que en cada caso existe una respuesta correcta pero cree que, en principio, ella es posible y, en la mayoría de los casos, existe tal solución. Dworkin admite que hay situaciones ("juicios de empate") en las que pueden ser justificados tanto los derechos del demandante como los del demandado. En una situación tal, es imposible decir cuál es la respuesta correcta. Pero también hay casos en los que la idea de la respuesta correcta puede ser claramente defendida. ¿Cómo deberían ser caracterizadas tales situaciones de decisión? Dworkin sugiere la siguiente solución.

Cuando resolvemos un conflicto jurídico en favor, por ejemplo, de los derechos de *Y*, la decisión puede ser tomada justificadamente suponiendo que hay una teoría del derecho. La llamaré teoría jurídica básica. En su examen de las ideas de Dworkin, Neil MacCormick subraya que no se trata de una teoría descriptiva acerca del derecho sino específicamente de una teoría justificatoria del derecho(8).

Según Dworkin, tal teoría juega un papel decisivo. Vuelve comprensibles y confiere sentido a las disposiciones legales y a las decisiones judiciales como un sistema que, por una parte, protege los derechos de los individuos y, por otra, toma en cuenta intereses colectivos. La teoría jurídica básica incluye los principios que dan contenido a la teoría abstracta de la igualdad. Por ello, podemos decir que la teoría jurídica básica es la que justifica las decisiones jurídicas.

Sin embargo, en el sentido utilizado por Dworkin, la teoría jurídica básica no sólo expresa principios que protegen los derechos de los individuos o fines vinculados con intereses colectivos ("políticas"). También les confiere un orden de prioridad, "otorgándoles pesos a los mismos", como lo formula MacCormick(9).

Desde el punto de vista del razonamiento jurídico, la importancia de la teoría básica reside en el hecho de que nos permite justificar la decisión "de la mejor manera posible". Tal es el caso cuando la posición que anuncia algo acerca de los derechos de un individuo - por ejemplo, el derecho de *Y* a una compensación - es coherente con todo lo dicho previamente acerca de los derechos. Con otras palabras, la mejor justificación posible se logra si la proposición en cuestión es *coherente* con la teoría jurídica básica. Sin embargo, Dworkin no dice que siempre podamos estar seguros con respecto a los contenidos de esta teoría. Tanto los juristas como los jueces pueden equivocarse. Por otra parte, Dworkin subraya que encontrar "la mejor teoría posible" de-

(8) MacCormick, "Dworkin as Pre-Benthamite" en *Philosophical Review*, LXXXVIII/4, págs. 585 ss., especialmente 591.

(9) *Ibidem*, pág. 592.

bería ser el objetivo del juez y del jurista. Tal teoría puede ser construida aun si en la práctica no sabemos cómo debería ser construida.

Es también importante señalar que, según Dworkin, la teoría jurídica básica no es algo que pueda ser encontrado, por ejemplo, a través de la intuición o algo similar. Según él, la teoría básica es siempre una teoría construida, o mejor dicho, una teoría que puede ser construida. En tanto tal es, con todo, la “mejor posible”. La teoría de Dworkin entra aquí en dificultades.

Estas dificultades son adecuadamente descritas con la metáfora del semidiós “Hércules J” quien, con sus capacidades sobrehumanas, puede crear una teoría que pone en armonía recíproca los elementos del ordenamiento jurídico. Ninguna persona singular puede ser un Hércules, pero todos pueden, sin duda, postular inteligiblemente tal ser sobrehumano. Por consiguiente, todo juez puede y debería acercarse lo más posible a la competencia herculeana(10).

Aceptemos esta descripción. Todavía tenemos que enfrentarnos con el problema fundamental de la teoría de Dworkin. Max Oker-Blom, en su análisis de la teoría de Dworkin, ha confrontado de una manera bien interesante las ideas de Dworkin con las de Kaarle Makkonen. Algunas de las cuestiones claves en esta oposición merecen ser tratadas también aquí, ya que ellas pueden ser utilizadas adecuadamente para una evaluación no sólo de la teoría de Dworkin sino también de la teoría de la respuesta correcta en general(11).

Uno de los argumentos principales de Makkonen es que la interpretación jurídica no está basada en la llamada lógica bivalente. Es perfectamente posible demostrar que más de una respuesta es correcta sin poder demostrar que alguna de ellas es falsa. Este es el caso no sólo en las decisiones vinculadas con la graduación de la pena en el derecho penal – cuestión que también ha sido tratada por Dworkin – sino igualmente, por ejemplo, cuando consideramos las llamadas situaciones de textura abierta (normas flexibles). Ellas adoptan como criterio de decisión cuestiones tales como razonabilidad, oportunidad, las circunstancias del caso, etcétera.

Probablemente, Dworkin estaría dispuesto a admitir en tales casos la existencia de varias decisiones alternativas. Sin embargo, sólo una de ellas es la correcta. Tomemos un ejemplo. A sostiene la opinión T_1 y B, la opinión T_2 . Lógicamente, hay tres posibilidades: T_1 es la correcta, T_2 es la correcta y T_1 y T_2 son ambas correctas. El punto de partida de Dworkin es que sólo una de ellas es la correcta. Por ejemplo, un testamento es o bien válido o inválido. El asunto no es diferente cuando hay varias alternativas, como en el caso

(10) Ibidem, pág. 593.

(11) Oker-Blom, Max, “En enda riktiga lösning trots allt? Dworkin mot finländsk bakgrund”, en *JFT*, 1968, págs. 251 ss., especialmente págs. 310 ss.

de las normas flexibles. En todos los casos, una de las alternativas es la correcta, aun cuando no la conozcamos.

Presumiblemente, un crítico como Makkonen respondería que, en casos de “juicios de empate”, la teoría de Dworkin está basada en la suposición idealista según la cual la decisión correcta está oculta en la ley y tan sólo necesita ser descubierta. Así lo sugiere la idea de Dworkin de la “existencia” de derechos *ex ante*, independientemente de las decisiones de las autoridades. Esta idea es insostenible – así pensaría Makkonen – ya que la legislación es un acto de voluntad en donde no hay forma de tomar en consideración de antemano todas las situaciones prácticas posibles. Sin embargo, difícilmente aceptaría Dworkin que esta crítica está justificada. Posiblemente diría que la crítica ignora algo que es esencial para el ordenamiento jurídico en su totalidad. Ciertamente, la legislación no está basada en la impresión real de los legisladores (las diferentes instancias) con respecto a qué casos se refiere la legislación. En ella se opera con términos y situaciones típicas, y un término puede cubrir una serie de situaciones que el legislador en realidad no tomó en cuenta.

Pero, aun cuando aceptásemos los contraargumentos sugeridos por Dworkin, hay dos problemas que claramente no ha tratado. Además, su semántica no le permitiría analizar estos problemas. No considera en absoluto la posibilidad de que una expresión sea *genuinamente ambigua*, es decir, que puedan presentarse con respecto a ella varios significados alternativos. Aparentemente, a esto se refiere Makkonen cuando habla de normas flexibles. Una cuestión aún más difícil está conectada con la propia suposición de una respuesta correcta. Volvamos al ejemplo de la última voluntad y del testamento. Manifiestamente, Dworkin supone que todo testamento es o bien válido o inválido. Tal es el caso en todas las circunstancias concebibles. Pero, ¿qué pasa si hay que decidir un caso individual T_i : es la última voluntad de A válida o inválida?. En tal caso, la decisión está siempre ligada a una base valorativa y ninguna decisión es correcta por encima y más allá de estas evaluaciones (sociales). Esta posibilidad tiene que ser tomada seriamente en cuenta, sin que importe en absoluto el que tal pueda ser el caso del testamento en cuestión. La doctrina de la respuesta correcta en la justificación dworkiniana es demasiado basta como para ser adecuada para diferentes tipos de situaciones. Dworkin propone algo que, en la práctica, quizás no se alcanza nunca. La “mejor teoría posible” es un ideal postulado que nos autoriza a decir que cierta decisión es la correcta en la medida en que concuerda con el ideal. Sin embargo, al mismo tiempo, se trata sólo de un ideal postulado.

Así, en cierto modo, hemos llegado a un punto crucial de la idea dworkiniana de la respuesta correcta. La teoría básica que justifica las decisiones puede contener evaluaciones y ellas tienen que ser asumidas, al menos en algún sentido, como absolutas. Sólo bajo esta suposición podemos, aun en ge-

neral, considerar que es posible la construcción de “la mejor teoría posible”. Sin embargo, la suposición de valores absolutos es un punto de partida muy fuerte. Si uno no acepta este tipo de teoría de los valores, toda la teoría de una única respuesta correcta pierde su base. “La mejor teoría posible” es sólo un postulado filosófico injustificable. Además, nuestra cultura jurídica (occidental) no está basada en tales ideas absolutas. Por consiguiente, la teoría dworkiniana de una respuesta correcta tampoco satisface las necesidades de la dogmática jurídica real.

1.2.2. *Enunciados normativos como proposiciones normativas*

1.2.2.1. *Enunciados normativos como predicciones.*

1.2.2.1.1. *La naturaleza específica de las predicciones jurídicas.* Tradicionalmente, en la discusión acerca de la posibilidad de la predicción en la ciencia jurídica, la atención se ha centrado en las actividades de los tribunales (o de otras autoridades). La predicción del comportamiento de los tribunales ha sido considerada como algo natural porque – entre otras cosas – está estrechamente vinculada con el principio de la certeza jurídica. La certeza jurídica de los individuos requiere que la acción de las autoridades pueda ser anticipada, al menos dentro de un cierto margen. Esto, a su vez, está vinculado con la exigencia de igual tratamiento. Si un cierto caso es resuelto en la forma *A* en un determinado momento y en la forma *B* en otro, no existe igualdad entre los miembros de la sociedad. Por otra parte, es evidente que si es imposible anticipar la aplicación del derecho, tampoco es posible planificar sensatamente las actividades.

Si partimos de la idea de que realmente podemos observar constantes en el comportamiento de las autoridades y que estas constantes crean, por sí mismas, una base para la predicción, el esquema según el cual podría formularse una predicción parece relativamente simple. Sería el siguiente: en toda decisión que pertenece a la serie de decisiones $A_1 \dots A_n$, dadas en el pasado, se ha establecido el hecho h_j y la consecuencia jurídica g_j , por consiguiente, es sumamente probable que también en la futura decisión A_{n+1} , en donde los hechos del caso son del mismo tipo, sea confirmada la consecuencia jurídica g_j . Por lo menos dos tipos de problemas fundamentales están vinculados con tal predicción:

(a) ¿Es posible encontrar en la vida jurídica las constantes que requiere la predicción? y (b) ¿es posible predecir acciones futuras sobre la base de estas constantes? Antes de responder estas cuestiones deberíamos tener en cuenta que es posible concebir que la predicción misma puede ser de dos tipos principales.

(1) Un investigador ha establecido que la siguiente ley prevalece en la comunidad jurídica: “Siempre que X tiene la cualidad h_1 , la cualidad g_1 es conectada con ella”. Tal “ley” sería del mismo tipo que el enunciado clásico “todos los cuervos son negros”. Ahora bien, una predicción diría que si prevalece un estado de cosas en el que puede encontrarse la característica h_1 , la consecuencia g_1 está siempre conectada con este estado de cosas en la práctica judicial.

Es fácil someter este tipo de predicción a la misma crítica que generalmente se aplica a la verificabilidad de las cláusulas universales. Si queremos verificar la “ley” a la que se ha hecho referencia más arriba, tendríamos realmente que examinar todos los casos cubiertos por ella. Un caso singular (A_{n+1}) que pudiera ser solucionado de otra manera falsea la ley de la misma manera que un solo cuervo blanco falsea el enunciado que dice que todos los cuervos son negros. Es claro que una “ley” que represente este tipo de certeza está fuera de cuestión cuando tratamos de predecir el comportamiento de las autoridades. La constancia presupuesta se basa en el examen de las decisiones dictadas en el pasado; es obvio que esto no nos permite enunciar con seguridad nada acerca de casos futuros. En verdad, deberíamos tratar de buscar la base teórica de la predicción en alguna otra parte.

Por supuesto, la “proposición universal” descrita más arriba puede ser de naturaleza analítica. Se puede considerar, por ejemplo, que la oración da una definición de cuervo. Con otras palabras: *per definitionem*, el color negro es característico del cuervo. Es claro que, en tanto proposición analítica, la oración no nos dice nada acerca de la realidad: ninguna evidencia puede confirmar o refutar la oración. De acuerdo con la definición, un pájaro blanco que se parece a un cuervo no es un cuervo sino alguna otra cosa.

Este tipo de proposición universal no puede ser utilizado en las predicciones judiciales. En verdad, una oración analítica sólo enunciaría algún tipo de verdad que tendría la naturaleza de una definición.

(2) La concepción según la cual la predicción sólo implica probabilidad inductiva ofrece un punto natural de partida. Parece útil distinguir dos casos(12).

(a) Primero, podría pensarse que la predicción se basa en la probabilidad estadística. A menudo, el llamado caso de las bolas negras y blancas ha sido mencionado como un ejemplo trivial al respecto. Si nueve de diez bolas son blancas y una es negra, la probabilidad de que aparezca la bola negra es

(12) Acerca de las predicciones en general, ver Aarnio, *On Legal Reasoning*, págs. 237 ss. Con respecto a las predicciones desde el punto de vista socialista, ver Kerimov, D.A., *Philosophische Probleme des Rechts*, págs. 243 ss.

una sobre diez. De la misma manera se podría afirmar que, sobre la base de las decisiones judiciales examinadas, hay un 90% de probabilidad de que se produzca el caso A_i . Habría que señalar que en este tipo de casos, una predicción con respecto a la probabilidad de que esto se dé puede ser totalmente verdadera a pesar de que resulte falsa una predicción con respecto a las características de un caso individual. Además, es natural que ni siquiera una alta probabilidad nos permita generalizar que “todos los casos son A_i ”.

(b) En verdad podemos caracterizar tentativamente una predicción judicial de la siguiente manera. Tal predicción dice: si se da el estado de cosas h_i , que tiene tales y cuales características, presumiblemente la autoridad confirmará la consecuencia g_i .

Aquí, probabilidad no significa una estimación estadística de la probabilidad de la ocurrencia de la consecuencia g_i sino credibilidad, que se encuentra en un nivel más modesto de certeza y que no puede ser reducida a cantidades numéricas. En este respecto, la predicción judicial es del mismo tipo de las predicciones con las que nos encontramos en la vida cotidiana. Como ejemplo de una tal predicción cotidiana podemos mencionar el enunciado: “Probablemente podré llevar a cabo esta tarea solo”. Esto puede implicar meramente que la persona que habla tiene buenas razones para creer que será capaz de realizar la tarea por sí sola.

Por otra parte, habría que tener en cuenta que no nos referimos a una predicción relacionada con un evento individual. La investigación jurídica no considera casos individuales como, por ejemplo, el abogado cuando expone a su cliente el resultado esperable de un litigio judicial. En la investigación jurídica, la predicción que se formula es siempre general por lo que respecta a su naturaleza y, por consiguiente, no dice nada acerca de la actitud individual del juez con respecto a un asunto individual. Como hemos señalado más arriba, una predicción enuncia sólo que si se da el estado de cosas perteneciente a la clase H , el tribunal (presumiblemente) confirmará la consecuencia jurídica perteneciente a la clase G . Pero también en esta forma clarificada, la predicción judicial sigue siendo ambigua en muchos aspectos. La mayoría de los problemas están asociados con la más arriba mencionada oposición entre regularidades y reglas. Examinemos, por lo pronto, brevemente este aspecto de la cuestión. Cuando comparamos la predicción judicial con la predicción que se realiza, por ejemplo, en la ciencia natural, podemos observar que los tipos de material en los que ellas se basan respectivamente son diferentes en muchos aspectos. Primero, es típico de la investigación jurídica que los casos que sirven de base para la predicción se presentan siempre en forma verbal. Por lo tanto, requieren interpretación: con otras palabras, un jurista que enuncia una “generalización” está siempre obligado a dar también un contenido de significado a los hechos que aparecen en las decisiones judiciales, antes de poder formular alguna predicción. A esto, un científico de la

naturaleza puede objetar, en efecto, que, por ejemplo, tampoco en la física o la microbiología los hechos se le presentan en forma “pura” al investigador. Se presentan como lecturas de varios recursos y artificios de medición o como mensajes que, a su vez, deben ser interpretados. Indudablemente, esto es verdad pero, no obstante ello, sigue existiendo una diferencia fundamental entre esas ciencias: el material con el que trabaja el investigador del derecho es siempre expresado en lenguaje ordinario. Le es presentado en un lenguaje cuyo significado él ya ha aprendido de alguna manera, por ser miembro de una cierta comunidad cultural. Este punto es relevante en muchos respectos.

A menudo, los casos están basados en hechos muy complicados. Si alguien – al referirse a ellos – sostiene que hay una constancia en el comportamiento de los tribunales, tiene que simplificar los casos a fin de establecer una regularidad. La similitud entre los diferentes casos que implica la regularidad puede ser establecida por medio de relativamente pocas características. Un investigador trata de encontrar los rasgos esenciales de los casos que examina. Como ya lo he señalado, la comparación que apunta a establecer la similitud requiere dos cosas: descomponer los casos en partes elementales y establecer la correspondencia de estas partes elementales entre sí con respecto a una clave. Precisamente la clave ocupa una posición crucial. Como se subrayara más arriba, la clave de la analogía está valorativamente cargada, es decir, está entretejida con la base axiológica de la sociedad. La relación de analogía prevalece si y sólo si la similitud entre los casos es relevante desde el punto de vista jurídico. Esto significa que los criterios de relevancia cambian continuamente en la práctica de los tribunales.

Supongamos que en algún campo de la vida se ha establecido una práctica muy uniforme de los tribunales. El tribunal ha dictado n decisiones (A_1 ... A_n) en todas las cuales la consecuencia jurídica g , ha sido conectada con el estado de cosas h_i . Esta constancia no expresa, como podría ser el caso en la ciencia natural, una ley causal entre dos conjuntos de estados de cosas, los hechos jurídicos y las consecuencias jurídicas. Por el contrario, se podría pensar que la uniformidad se debe al hecho de que el tribunal ha considerado toda decisión previa (por ejemplo, A_1) como vinculante al tomar una decisión posterior (por ejemplo, A_2); las decisiones previas son precedentes para las subsiguientes. Tal concepción es muy usual, como lo indica claramente la discusión teórica acerca de la fuerza vinculante de los precedentes. Sin embargo, cuando presentamos la concepción de esta manera, parece que no se toma en cuenta un hecho que es característico de toda la construcción relacionada con los precedentes.

En un sistema de derecho codificado, como el sistema jurídico finlandés, el tribunal, cuando toma una decisión no puede aducir directamente como (único) criterio una decisión dada previamente. Un buen ejemplo al respecto es el caso en donde no existe ninguna disposición del derecho escrito,

en donde existe una laguna en el derecho. Sin embargo, el tribunal soluciona el asunto de alguna manera. Si después se presenta para la decisión del tribunal un caso similar y el tribunal considera que la decisión anterior es vinculante, esto *no resulta de un precepto ideológico de acuerdo con el cual las decisiones anteriores obligan siempre al juez sino del hecho de que se considera que la decisión previa expresa una regla que el juez se siente obligado a seguir*. Justamente en virtud de estas reglas, los casos son como son. Por otra parte, estas reglas vuelven comprensibles las decisiones porque para poder captar por qué la consecuencia g_i ha sido reiteradamente vinculada con una configuración dada de estados de cosas h_i , hay que conocer antes la regla jurídica que ha guiado la solución.

En cualquier caso, es claro que, en el momento en que se formula la predicción (t_n), no basta ni siquiera un conocimiento exacto de las reglas que han de ser aplicadas. Es verdad que estas reglas nos permiten comprender las decisiones ya dictadas, pero quien formula la predicción tiene que poder pronosticar también cuáles reglas serán aplicadas en el momento t_{n+1} , es decir: que ciertas reglas serán consideradas también vinculantes en el momento t_{n+1} . Si puede estar (casi) seguro al respecto, obviamente posee buenas bases para su predicción. La nueva información que adquiera el juez en conexión con el caso A_{n+1} es muy relevante para la predicción. Puede probar que la práctica anterior de los tribunales ha sido inadecuada o hasta contraria al propósito de la ley en cuestión. Normalmente, la nueva información le es presentada al juez en los escritos de los abogados o en las opiniones dotadas de autoridad de los juristas. Además, emana continuamente de la sociedad.

A menudo, un cambio en la estructura social crea situaciones en las cuales la interpretación tradicional de la disposición legal conduce a resultados incorrectos. Una nueva decisión puede eliminar la contradicción entre la interpretación anterior y los requerimientos provocados por los cambios estructurales en la sociedad. En general, el cambio en el material jurídico que ha de ser aplicado puede llevarse a cabo de formas muy diferentes y una predicción debería poder determinar precisamente este cambio.

De manera muy interesante esto se muestra en los estudios de Alf Ross sobre filosofía del derecho y, particularmente, sobre la predicción en la ciencia jurídica. Al incorporar en nuestro análisis las opiniones de Alf Ross, podemos, al mismo tiempo, *elucidar de una manera relevante la noción misma de predicción*. Por lo que respecta al trasfondo filosófico, sólo se tratarán aquí algunos puntos generales ya que la teoría de las normas válidas ha sido analizada más arriba.

1.2.2.1.2. *Acerca de la teoría predictiva de Alf Ross*. De acuerdo con la suposición filosófica básica de Ross, las normas jurídicas pueden ser investigadas siguiendo los principios generales de las ciencias empíricas. En la in-

vestigación jurídica, todo enunciado científico tiene que ser empíricamente verificado. Como ya se señalara, en este respecto Alf Ross era un auténtico empirista lógico. Por otra parte, Ross tenía también que definir el objeto de la investigación jurídica. Aquí encontramos la suposición jurídico-filosófica básica aceptada por Ross. Ella es formulada como una teoría del derecho válido(13).

Sobre esta base, obtenemos un status teórico adecuado para los enunciados normativos jurídicos: la tarea de la investigación jurídica es predecir el comportamiento futuro de las autoridades. A su vez, una predicción significa que un enunciado afirma: una norma jurídica dada será incluida en las razones de un juicio futuro. Sin embargo, esta forma de expresar el núcleo de la teoría de la predicción deja pendientes ciertos problemas centrales. Ante todo, una norma jurídica incluida en las razones de una decisión, puede guiar la decisión, legitimarla o hacerla comprensible. Consideremos brevemente estas alternativas(14):

(a) El investigador trata de predecir la ideología normativa (regla) que el tribunal considera realmente como vinculante. En este caso, el objeto de la predicción son las circunstancias que dirigen la decisión. La forma de una predicción puede ser, por ejemplo, la siguiente:

P_1 Es probable que la norma válida N_i afectará realmente la decisión del tribunal.

(b) El investigador considera que la norma jurídica N_i será (probablemente) incluida en las razones jurídicas que corroboran la decisión:

P_2 Es probable que el tribunal invoque N_i como parte de la justificación de su decisión, a pesar de que la justificación puede ser una mera racionalización, una fachada diseñada con el propósito de apoyar una creencia en la objetividad de la decisión.

Si uno trata de dar una forma racionalista a la predicción, la siguiente formulación parece ser muy adecuada:

P'_2 Dado el trasfondo B , existe la probabilidad P de que el tribunal *hubiera* citado N_i como parte de la justificación de los casos $C_n - C_{n+m}$, si hubiera actuado de una manera óptima, racional, socialmente adecuada, etc.

(13) Aarnio, *On Legal Reasoning*, págs. 243 ss.

(14) Ver Aarnio y Peczenik, "Beyond the Behavioral Idealism", sección 3. Cfr. Bulygin, Eugenio, "El Concepto de Vigencia en Alf Ross", págs. 6 ss.

(c) La predicción simplemente enuncia que la decisión futura del tribunal puede ser hecha comprensible si y sólo si la explicación está basada en la norma N_i . Esto significa que la predicción no se basa en absoluto en cómo la norma será justificada *de facto* o de qué manera posiblemente será legitimada. El propósito de esta predicción es únicamente indicar que no se producirá ninguna conexión de significado sensata entre los fenómenos jurídicos si la decisión futura, – que será dada cuando se produzca el estado de cosas h_i –, no es “explicada” por la norma N_i .

Por lo que respecta a la teoría de la predicción de Ross, la alternativa (b) parece ser muy problemática. Si la idea es predecir el comportamiento futuro del juez, la atención debe centrarse en la relación real entre los argumentos y la conclusión. La norma en cuestión pertenece a la ideología normativa relevante en el caso si y sólo si el juez se obliga a sí mismo a seguir la norma. Con otras palabras: si y sólo si la norma es una parte del trasfondo de motivación que guía el comportamiento del juez. Desde este punto de vista, no interesa cómo el juez legitime la decisión. La cáscara externa de la decisión es un asunto diferente a las razones del comportamiento. Por consiguiente, la alternativa (b) no puede ser la base de una genuina predicción rossiana.

A su vez, un enunciado conforme a la alternativa (c) difícilmente puede ser llamado una predicción en el sentido correcto de la palabra. No predice ningún evento o estado de cosas futuros sobre la base del conocimiento actual. Habría que decir más bien que implica la pretensión de que cualquier cosa que sea lo que suceda, este suceso puede ser sólo entendido si se lo refiere a un cierto grupo de reglas.

Por otra parte, la primera de las alternativas mencionadas más arriba parece satisfacer las exigencias de una predicción rossiana. En este caso, la forma de la predicción es: porque el margen de la toma de decisión, los motivos del juez y sus creencias causales son (presumiblemente) tales y cuales y porque es probable que ellas no cambien, el tribunal en el momento t_{n+1} confirmará la consecuencia g_i si se da el estado de cosas h_i . Es claro que si todas las premisas son correctas, el resultado corresponderá a la predicción. Sin embargo, la predicción no enuncia esto, de la misma manera que, por ejemplo, una predicción relacionada con la ciencia natural no enunciaría esto acerca de su propio objeto.

Por otra parte, este tipo de predicción jurídica no se diferencia claramente del punto de vista interpretativo normal presentado en la dogmática jurídica. En muchas situaciones en donde debería hacerse una predicción, el predictor debería, sobre todo, conocer la ideología normativa a la que el juez se siente obligado. Se puede aclarar esta ideología examinando cómo reza el texto legal en cuestión, las diversas maneras de interpretación, tales como los proyectos legislativos y los precedentes. Al material que aclara la ideolo-

gía normativa pertenece también el derecho consuetudinario y un gran número de los llamados argumentos reales, tales como los intereses de las diferentes partes, etcétera.

Dicho brevemente, el predictor debería conocer lo mejor posible el sistema de reglas prevaleciente en la sociedad, el propósito presumible de las reglas y, también, los criterios de aplicación de estas reglas.

Sin embargo, un jurista dogmático procede exactamente de la misma manera. Él también obtiene sus resultados "directamente" de las diferentes fuentes del derecho. Con otras palabras, un corolario metodológico del análisis realizado más arriba es que el predictor y el científico que aplica la dogmática jurídica normal actúan, en gran medida, de acuerdo con los mismos principios.

En la práctica, esto conduce fácilmente a una especie de pseudopredicciones, concepto introducido, entre otros, por Hans Albert⁽¹⁵⁾. En algunos casos, un investigador puede imaginar que formula una predicción o se expresa de esta manera, a pesar de que, en realidad, presenta sólo su propia evaluación diciendo cómo deberían ser las cosas. Quizás haya abstraído un cierto margen de toma de decisión a partir de las fuentes comunes del derecho, pero carece de evidencias, tanto con respecto a los fines y creencias del decisor como con respecto a la invariabilidad del esquema de la predicción. Precisamente en tales casos nos encontramos frente a pseudopredicciones. Según Albert, es característico de tales pseudopredicciones el hecho de que son evaluaciones ocultas y, en realidad, no contienen información real sobre eventos futuros.

Cuando consideramos la investigación jurídica dominante, parece que muchas "predicciones" resultan ser más bien pseudopredicciones. Por lo general, esto resulta del hecho de que es difícil obtener información acerca del esquema de la predicción y su invariabilidad. Por otra parte, al menos en el derecho finlandés, existe una "regla no escrita" de acuerdo con la cual un investigador debería enunciar algo más que un mero margen para la toma de decisión (o decisiones alternativas): la investigación debería presentar opiniones basadas en argumentos. Ahora bien, si tal opinión es presentada bajo el manto de una predicción, entonces es definitivamente una pseudopredicción.

Lo dicho no significa que en la investigación jurídica sea absolutamente imposible formular predicciones en el sentido real de la palabra. Sin embargo, cuando se las formula, uno tropieza con una dificultad. En verdad, cuando en una situación complicada hay que inferir el margen de la decisión "directamente" de las fuentes del derecho, es posible que la evaluación se entremezcle con la inferencia ya hecha en este estadio. Esto significa que, al

(15) Albert, Hans, "Theorie und Prognose in den Sozialwissenschaften", págs. 60 ss. Ver también lo que dice Bulygin acerca del carácter disposicional de las predicciones, Bulygin, op. cit., págs. 11-14.

menos en algunos casos, el conocimiento del esquema es meramente una certeza no-positivista. En la hermenéutica, este conocimiento sería llamado conocimiento perteneciente al significado. Consecuentemente, aun si se pudiera aducir evidencia con respecto a la invariabilidad del esquema en el sentido intencionado por Albert, la cuestión del contenido del esquema puede seguir siendo parcialmente independiente de la evidencia. Esto, a su vez, implica que, en realidad, deberíamos conocer la metodología de la dogmática jurídica en general antes de poder aprender a conocer la metodología de la formulación de predicciones. Así pues, en última instancia, también en el campo de la predicción, terminamos en la difícil y trascendente cuestión de saber si es posible controlar metodológicamente de alguna manera el proceso en el cual un punto de vista interpretativo es inferido de ciertas fuentes del derecho.

En todo caso, es claro que el uso en la investigación jurídica del modelo de la predicción propio de las ciencias naturales puede inducir a error. Esto vale, por ejemplo, para la concepción – influenciada por el Positivismo lógico – sostenida por Alf Ross. Todas estas concepciones positivistas – o las vinculadas con ellas – no prestan la debida atención a la importancia de las reglas. En verdad, las reglas confieren, en última instancia, un significado a las cosas, también en la realidad social. Además, estas concepciones omiten – o en todo caso confieren muy poca importancia – al análisis del comportamiento intencional del agente. Los propósitos del agente y sus razones (las del tribunal o de alguna otra autoridad) pueden, sólo en ciertos casos y en una extensión relativamente reducida, ser inferidos de rasgos de su comportamiento. Este “conductismo” no puede ser llevado a cabo completamente, por ejemplo, si no existe jurisprudencia judicial en el campo al que se refiere la predicción. En este caso, un análisis de las razones utilizadas por el juez puede basarse, por ejemplo, en cómo los asuntos son generalmente vistos en la comunidad jurídica respectiva; tanto el predictor como el tribunal pertenecen a ella.

Así pues, resumiendo, el predictor necesita también una información que no puede obtener de decisiones judiciales anteriores. Esbozar una predicción no es íntegramente un asunto de la investigación empírica. Si tomamos esto en cuenta y tenemos en mente que la diferencia entre esbozar una predicción y proponer una opinión con respecto a la dogmática jurídica es problemática, nos vemos remitidos una vez más a la cuestión acerca de qué significa conocimiento en el campo del pensamiento jurídico.

1.2.2.2. *El enfoque de Ilkka Niiniluoto.* En diferentes contextos, Ilkka Niiniluoto ha sostenido un punto de vista que, en general, puede ser llamado

(16) Ver Niiniluoto, “On the Truth of Norm Propositions”, en *Rechtstheorie*, Beiheft 3 (1981), págs. 171 ss. y Niiniluoto, “On the Truth and Argumentation in Legal Dogmatics” en

realista(16), a pesar de que su análisis ha logrado evitar muchos de los errores clásicos de las doctrinas realistas tradicionales. Por consiguiente, esta opinión merece una atención más seria, no sólo a causa de su originalidad, sino también debido al hecho de que revela dos importantes rasgos: una conexión con el Realismo jurídico y un intento de formular la doctrina de la única respuesta correcta desde el punto de vista de la teoría de la correspondencia de la verdad.

El punto de partida de Niiniluoto es que un enunciado con respecto a una norma puede siempre ser una proposición. Es verdadera o falsa según que, en el sentido tarskiano de la palabra, corresponda o no a la realidad. El concepto de verdad depende de la correspondencia entre el enunciado y la realidad externa. Según Niiniluoto, esta correspondencia está interconectada con la validez de las normas jurídicas.

En su primera propuesta, Ilkka Niiniluoto distinguía entre dos conceptos de validez que pueden ser denotados con las letras VO_1 y VO_2 . La validez en el primer sentido (VO_1) puede ser definida con tres proposiciones:

- (i) La norma N es válida en la sociedad C .
- (ii) La norma N es parte del ordenamiento jurídico de la sociedad C .
- (iii) La comunidad jurídica en la sociedad C acepta la norma N como parte del ordenamiento jurídico.

Así pues, el contenido de validez VO_1 puede obtenerse de la proposición (iii). Con otras palabras, la norma N es válida si la comunidad jurídica la ha aceptado. Así, una proposición normativa enuncia siempre algo acerca de un hecho empírico, es decir, la aceptación dada por los miembros de la comunidad C . Niiniluoto define, además, la comunidad jurídica de la siguiente manera: la comunidad jurídica está constituida por los juristas profesionales conjuntamente con los agentes que actúan en posiciones jurídicamente relevantes (por ejemplo, en la legislación, la administración, miembros de jurados, etc.).

Aceptación significa lo mismo que “consenso razonable”. La mayoría de los miembros de la comunidad jurídica aceptan la norma N , creen que también la mayoría de los demás aceptan N y creen que estos últimos actúan como si N fuera válida(17).

Rechtstheorie, Beiheft 2 (1981), págs. 53 ss. Cfr. también Wikström, Kauko, “How to Prove Propositions in Legal Dogmatics”, págs. 297 ss., especialmente 306.

(17) Niiniluoto en *Rechtstheorie*, Beiheft 3 (1981), pág. 176. Según Niiniluoto, muchas reglas en la sociedad son convenciones, a pesar de no estar basadas en “un acuerdo”. Siguiendo a D. Lewis, Niiniluoto define la convención como una regularidad R en el comportamiento de los miembros de una comunidad C , de forma tal que es verdadera y es conocimiento común en C que en casi todo ejemplo de una situación de coordinación social S

- (i) casi todos en C siguen R
- (ii) casi todos en C esperan que casi todos los demás en C sigan R
- (iii) casi todos en C prefieren seguir R bajo la condición de que casi todos los demás lo hagan.

Para aclarar la validez VO_2 , Niiniluoto toma un ejemplo del conocimiento científico. Si la proposición p es parte del conocimiento científico en el momento t y la proposición q puede ser deducida de p , entonces q es también parte del conocimiento científico. De manera similar podemos también pensar que todas aquellas normas que fácticamente no han sido aceptadas en la comunidad jurídica pero que pueden ser derivadas de interpretaciones (normas) aceptadas son válidas en la comunidad en cuestión. Obtenemos así la siguiente definición de VO_2 :

- (i') La norma N es válida en la sociedad C si la comunidad jurídica se ha comprometido a aceptar N como válida.

Uno se ha "comprometido" a algo si uno se ha comprometido a aceptar ciertos principios y normas de los cuales puede ser deducido.

Después, en su segunda respuesta, Niiniluoto desarrolló y aclaró su idea de la verdad de las proposiciones normativas trazando un paralelismo entre las proposiciones con respecto a un ordenamiento jurídico y el lenguaje (por ejemplo, finlandés). Su punto de partida es que el ordenamiento jurídico válido (en Finlandia) es el resultado de un complicado proceso histórico. Lo mismo se aplica al lenguaje. "El sistema de los principios sintácticos y semánticos que rigen el uso correcto del finlandés es un producto social históricamente cambiante de la comunidad finlandesa".

Tanto el ordenamiento jurídico como el lenguaje son asuntos sociales contingentes.

Así pues, Niiniluoto sugiere que está justificado definir la verdad de una proposición referida al lenguaje en una forma análoga a la verdad de una proposición referida al ordenamiento jurídico. El enunciado "la norma N es válida en finlandés" es verdadera si y sólo si la comunidad lingüística acepta la norma como un principio del uso correcto del lenguaje(18).

Como tampoco dentro de la esfera del lenguaje podemos pensar que cada miembro de la comunidad lingüística ha efectivamente aceptado cada norma del lenguaje. Niiniluoto formula, con respecto a la aceptación de las normas lingüísticas, la misma reserva que acabamos de tratar con respecto a

Además, es *conocimiento común* en la comunidad C que p si y sólo si

(a) (casi) todos en C tienen una razón para creer que p

(b) (casi) todos en C tienen una razón para creer que (casi) todos en C tienen una razón para creer en p . Ver Niiniluoto, "Truth and Legal Norms" en *Proceedings of XI World Congress on Philosophy of Law and Social Philosophy*, pág. 180.

(18) Con respecto a lo dicho más arriba, ver Niiniluoto, "Language, Norms and Truth", págs. 186 ss. Particularmente por lo que respecta a la cuestión del lenguaje como fenómeno social y contingente, ver el artículo de Lars Hertzberg y Matti Sintonen "On Language as an Object of Empirical Investigation" en *Ajatus* 38, págs. 149 ss. Estos autores observan, por ejemplo: "Para conocer qué categorías son relevantes en un lenguaje dado, hay que conocer ya algo acerca de ese lenguaje" (pág. 150). Como adición a lo dicho en el texto, puede señalarse que el lenguaje está conectado con la forma de vida (cfr. Sección IV, 2.5). Es un trasfondo heredado; no está abierto a la discusión.

las normas jurídicas. El enunciado referido a la validez de la norma *N* en finlandés es verdadero si y sólo si esta norma es una consecuencia de otras normas lingüísticas aceptadas por la comunidad lingüística finlandesa.

Niiniluoto admite que las normas del lenguaje no pueden ser comparadas sin más con las normas jurídicas. No existe con respecto al lenguaje una autoridad normativa social que pudiera corresponder al legislador. También las sanciones por violar una norma son diferentes y la comunidad lingüística no posee el tipo de organización de interpretación oficial que tiene la comunidad jurídica. A pesar de estas diferencias, Niiniluoto está dispuesto a comparar las normas del lenguaje con las normas jurídicas por lo que respecta a la problemática de la verdad de las proposiciones normativas. Según Niiniluoto, ambas parecen pertenecer al Mundo 3 de Popper. Ambas, las normas lingüísticas y las jurídicas, “existen” en este sentido. Como la aceptación es un hecho social contingente, puede también ser estudiado (por ejemplo) con los métodos de la ciencia social empírica. Con otras palabras, las proposiciones referidas a la aceptación pueden ser verificadas sobre bases empíricas. En este respecto, la forma de pensar de Niiniluoto se parece a aquellas versiones del Realismo jurídico que vinculan la existencia con el comportamiento de los destinatarios de las normas. Sin embargo, Niiniluoto no interpreta la aceptación a través del concepto de convicción jurídica ni recurre, como Alf Ross, al concepto del comportamiento de las autoridades. En el modelo de Niiniluoto, la comunidad jurídica es esencialmente algo más que una comunidad de jueces. Incluye todos aquellos que juegan un “papel jurídico” en esa comunidad.

A pesar de sus grandes ventajas y notoria originalidad, el enfoque de Niiniluoto está asediado por dificultades que lo hacen vulnerable. Ante todo, trazar un paralelismo entre las normas jurídicas y las lingüísticas es mucho más problemático que lo que Niiniluoto parece creer. En realidad, él mismo plantea estos problemas cuando observa que, en el ámbito del lenguaje, no existe legislador, institución interpretativa o sanción coactiva en caso de violación de las reglas del lenguaje. Son estos aspectos los que ponen de manifiesto el riesgo esencial del derecho, el uso del poder. El ordenamiento jurídico es, en un sentido importante, un orden de poder, algo que el lenguaje no es. El lenguaje es un medio y la base de la comunicación. Desde este punto de vista, el lenguaje es también una precondition para el uso del poder. La misma temática se plantea cuando observamos que el orden jurídico y el código moral están estrechamente vinculados entre sí.

Cuando hablamos de la aceptación de normas jurídicas en una comunidad jurídica, no podemos dejar de lado el hecho de que las normas son aceptadas sobre la base de un cierto sistema de valores. La aceptación es un proceso de evaluación. La aceptación de una norma lingüística no es – al menos no lo es en el mismo sentido y en la misma extensión – una elección basada

en valores. En realidad, desde un cierto punto de vista, una norma jurídica es una norma moral. Es una parte oficialmente osificada del código moral de la sociedad. Así, aun cuando se podría hablar, por un lado, de la aceptación de una norma jurídica y, por otra, de la aceptación de una norma lingüística, esta aceptación significa cosas diferentes. Es problemático afirmar que las normas lingüísticas se vuelven válidas si son aceptadas, es decir, que una cierta norma lingüística se vuelve válida si y sólo si es aceptada por la comunidad lingüística o puede ser derivada (deductivamente) de normas aceptadas.

Para que sea posible aceptar una norma lingüística (N_i), tenemos ya que poseer *un* lenguaje. Así, el lenguaje es la precondition necesaria de la aceptación. En este sentido, el lenguaje está “fuera” de los individuos, es un trasfondo heredado, independiente de ellos, para usar una expresión de Ludwig Wittgenstein. En la concepción de Niiniluoto, la naturaleza tradicional del lenguaje se vuelve, en cierto modo, confusa⁽¹⁹⁾. Es verdad que, por ejemplo, en Finlandia, el lenguaje es continuamente renovado sobre la base de nuevas recomendaciones abiertas a la “aceptación”. Pero, aun así, sería osado afirmar que las reglas del finlandés son válidas porque los finlandeses las han aceptado. La dificultad reside en el concepto de “aceptación”. ¿Cómo podemos controlar la aseveración según la cual la norma N_i es aceptada por la comunidad lingüística (finlandesa)? No basta, por ejemplo, referirse a entrevistas o a formas actuales del uso de esta norma. La gente puede, aun coherentemente, violar las normas correctas del lenguaje en cuestión. Con otra palabras, siempre es posible preguntar si la gente habla correctamente o no. Así pues, el uso correcto de normas lingüísticas no puede ser legitimado únicamente sobre la base de la aceptación. Cada nueva aceptación de una norma tiene ya que estar de acuerdo con el conjunto de normas válidas del lenguaje (finlandés). Si no suponemos esto, se atribuye al concepto “aceptación” algo que no corresponde a su uso normal. La norma N puede ser aceptada porque está de acuerdo con el conjunto de normas válidas del lenguaje y, por consiguiente, no es válida solamente si está basada en la aceptación. La validez precede a la “aceptación”, no *vice versa*.

Por lo que respecta a la aceptación de una norma jurídica en particular, conviene hacer referencia a los siguientes detalles. Supongamos, por lo pronto, una nueva norma que todavía no ha sido aceptada por la comunidad jurídica. Posiblemente ni siquiera ha sido tomada en cuenta ahora por la comunidad jurídica. ¿Bajo cuáles circunstancias podemos decir que la norma es válida al producirse la primera aplicación? Lo mismo vale para casos de lagunas. De acuerdo con esta concepción, no hay normas generalmente acep-

(19) Ilkka Niiniluoto admite también que hay una diferencia entre las normas lingüísticas y las jurídicas por lo que respecta al “estatus oficial” de estas normas. Sin embargo, según Niiniluoto, esta diferencia no es tan importante.

Ver “Language, Norms and Truth”, págs. 181 ss.

tadas para tales casos. Probablemente Niiniluoto respondería a esto diciendo que tenemos que volver al concepto de validez VO_2 .

Si la comunidad jurídica tiene que obligarse a sí misma con respecto a esta norma sobre la base del material ya aceptado, entonces la nueva norma es válida con respecto a la primera autoridad que tiene que tratar el asunto. No se presupone la aceptación real. Sin embargo, la comunidad jurídica no acepta nunca una fundamentación normativa tan inequívoca que de ella pueda derivarse deductivamente una nueva norma o una solución para una laguna. El material de fuentes es insuficiente, las reglas de inferencia son muy laxas, etcétera. En el mejor de los casos, tan sólo proporcionan el esquema para la decisión. Por otra parte, Niiniluoto no parece aceptar la posibilidad de que la mayoría de la comunidad jurídica se haya equivocado al aceptar un cierto punto de partida. Tal puede ser el caso, por ejemplo, en una comunidad muy autoritaria en donde la mayoría es “manipulada” por algunas opiniones muy fuertes. Si aquellas opiniones no están de acuerdo con las normas válidas, prevalece un “error total” en esa comunidad. Ilustremos esto con un ejemplo simplificado.

Un excursionista tiene que elegir entre dos senderos, T_1 y T_2 . Sabe que la mayoría de los excursionistas han aceptado los hechos X y deduce de estos hechos que la mayoría necesariamente debe aceptar también el sendero T_1 . Puede, además, ver que mucha gente toma este sendero. Sin embargo, la decisión y la observación no excluyen la posibilidad de que el sendero T_2 sea el (único) correcto para llegar a su meta. Esta es una situación clásica. No sería extender demasiado el asunto hacer referencia a la discusión entre Galileo Galilei y los estudiosos de la época. Cuando Galileo les pidió que miraran por el telescopio y verificaran la existencia de los satélites de Júpiter, ellos respondieron que todo manual relevante sobre el tema demostraba que no podían existir tales satélites. Así, lo que se veía con el telescopio no podía ser usado para deducir que lo visto existía ya que ello contradecía lo generalmente aceptado en la comunidad científica.

La analogía entre el caso del excursionista y el problema de la validez de las normas jurídicas es manifiesta. Por lo que respecta a la validez, puede ser interesante y hasta importante conocer cuál es la opinión común sobre el asunto. Esta opinión puede tener relevancia como evidencia circunstancial, es decir, como criterio de validez. Sin embargo, la cuestión última es saber si esta evidencia es suficiente o no. Podemos preguntar: “¿es la alternativa elegida la correcta?”.

También hay razón para recordar que la intención de la dogmática jurídica no es la presentación de enunciados acerca de lo que es (generalmente) aceptado. Con otras palabras: la dogmática jurídica no trabaja de acuerdo con la sugerencia de Niiniluoto. Por esta razón, esta sugerencia debería ser considerada como normativa, al menos en el sentido débil del término. La

opinión de Niiniluoto podría ser condensada en una frase: la dogmática jurídica debería funcionar así, a fin de ser una ciencia que presenta proposiciones empíricamente verificables.

La conexión con la idea de la única respuesta correcta puede verse en el hecho de que la comunidad jurídica en la sociedad *C* puede, sobre la base de las condiciones sugeridas por Niiniluoto, aceptar una y sólo una norma *N* como válida en el momento *t_i*. Como se ha señalado, la aceptación es definida de acuerdo con el punto de vista de la mayoría. A su vez, parecería lógicamente imposible defender la opinión según la cual pueden haber dos o más normas jurídicas que regulan la misma materia, vigentes al mismo tiempo en el mismo ordenamiento jurídico. Esto implica la posibilidad de una contradicción lo que, a su vez, significaría que el concepto de aceptación puede ser contradictorio.

La sugerencia de Niiniluoto es considerablemente diferente de la doctrina de la única respuesta correcta sugerida por Ronald Dworkin. Esta última está construida sobre algunos postulados, "la mejor teoría posible" y el concepto de Hércules J. La concepción de la única respuesta correcta sostenida por Niiniluoto no se basa en postulados sino en un elemento empírico. Por otra parte, es precisamente aquí donde encontramos la debilidad de la concepción de Niiniluoto.

Nuestra ideología jurídica no acepta incondicionalmente la idea según la cual todo lo que es generalmente aceptado es también correcto. Como hemos señalado, la aceptación puede basarse en la mera persuasión y autoridad o hasta en la presión y la coacción. Pero la posibilidad de la manipulación es extraña a la idea de la certeza jurídica. Sin embargo, la validez *VO₁* está basada en la idea de la aceptación real: una norma es válida si de hecho es aceptada por la comunidad jurídica. A su vez, el punto de partida de la validez *VO₂* es la inferencia deductiva formulada sobre la base de la fundamentación normativa aceptada. Así, la teoría de Niiniluoto permite tanto la validez basada en la coacción externa o en el uso de la persuasión, como la validez basada totalmente en el error. Esto significa que la concepción de validez de Niiniluoto admite factores casuales en una forma ajena a nuestra concepción tradicional del derecho.

Respondería a la ideología jurídica no basar el concepto de validez en la aceptación real sino en la aceptabilidad racional⁽²⁰⁾. En este sentido, es vál-

(20) Cfr. Helin, Markku, "On the Semantics of the Interpretative Sentences in Legal Dogmatics", págs. 63 ss., especialmente 83 ss. Helin presenta una crítica total e importante en contra de la teoría de la aceptabilidad racional. La crítica está basada en un análisis lingüístico del tipo del de Searle. Uno de los puntos centrales en la crítica de Helin es que la idea de la aceptabilidad racional hace que los científicos del derecho sean "*Besserwisser*" "cuya tarea consiste en decir a la comunidad jurídica extraviada cuál es su derecho verdadero" (pág. 86). En este respecto, la crítica es insostenible. Si se toman en serio las exigencias de racionalidad, no podemos adoptar esta actitud de "*Besserwisser*". La aceptabilidad racional es sólo un ideal, un

do el derecho que sería generalmente aceptado sobre la base del sistema de valores existente si las cuestiones fueran consideradas racionalmente(21). La aceptabilidad es la medida de la legitimidad del orden jurídico. Es un ideal para evaluar y criticar tanto las normas jurídicas formalmente válidas como las normas jurídicas eficaces.

1.2.2.3. *Las proposiciones normativas como normas técnicas*

1.2.2.3.1. *Observaciones generales.* Supongamos que la expresión L pueda significar dos ideas, I_1 y I_2 . El científico puede, sin tomar posición con respecto al “orden de jerarquía” de los significados alternativos, formular apreciaciones acerca de a donde conduciría la elección de cada alternativa. Según él, C_1 se sigue de I_1 y C_2 se sigue de la elección de I_2 . Sobre esta base, el científico puede formular una norma técnica: si deseas la consecuencia C_1 , tienes que actuar de la manera I_1 . Así, se ha producido una modificación esencial en el análisis puro de las interpretaciones alternativas(22).

Para caracterizar las normas técnicas, se puede recordar la figura del llamado silogismo práctico en forma verbal. Puede ser formulado de la siguiente manera(23):

A desea obtener E

A considera que no obtendrá E a menos que haga T

A hace T

Aquí la premisa interesante es la segunda, “A considera que no obtendrá E a menos que haga T ”. En última instancia, esto significa que si la persona desea lograr el fin E , tiene realmente que hacer T . Con otras palabras: hacer T es necesario para lograr el fin. Justamente llamamos norma técnica o, para usar otra terminología, norma teleológica a aquella oración que expresa un “tener que” (un “deber hacer”). Con respecto a este tipo de norma, von Wright escribe lo siguiente: “La tercera clase principal de normas son las reglas o instrucciones que expresan que algo debe, puede o no puede hacerse a fin de obtener ciertos fines. A menudo, las normas técnicas son expresadas

principio regulativo de la investigación y no una medida genuina para expresar la verdadera interpretación.

Ver también Gizbert-Studnicki, Tomaz, “How Many Theories of Truth are needed in Jurisprudence”, págs. 157 ss.

(21) Teniendo esto en cuenta, podemos decir que, con los criterios presentados, puede demostrarse que una interpretación es conforme a derecho, pero no responde necesariamente al ordenamiento jurídico. Ver también Perelman, *Juristische Logik als Argumentationslehre*, pág. 118 y Aarnio en *Rechtstheorie*, Beiheft 2 (1980), págs. 44 ss.

(22) Ver también lo que Ilkka Niiniluoto escribe en su artículo “Truth and Legal Norms” en *ARSP*, Beiheft 25, págs. 181 ss.

(23) Sobre este tipo de silogismo ver Aarnio, *On Legal Reasoning*, págs. 147 ss.

en la forma “para que el caso sea esto, haz esto o aquello”, por ejemplo, “si quieres descansar, ve al cine ...”(24).

Ningún elemento de orden o mandato está asociado con la norma técnica. No es una prescripción sino una norma basada en una necesidad práctica a la que se ha aludido más arriba. Es justamente por esta razón que el concepto de norma técnica parecería ofrecer una posibilidad adecuada para entender la cualidad de “tiene que” (la norma *N* tiene que ser interpretada de la manera *I*), a menudo contenida en las oraciones interpretativas. Aquí, en realidad, podemos formular el simple comentario “a fin de obtener el fin *E*, la interpretación *I* tiene que ser elegida”. Con otras palabras: en la situación dada, tal interpretación es una necesidad práctica.

Sin embargo, es posible identificar dos tipos de normas técnicas: la norma técnica primaria es pensada para las autoridades y la norma secundaria es dirigida a ciudadanos particulares. Me parece que esta distinción es análoga al análisis de las normas de Alf Ross. Ross sostiene que las normas de comportamiento (conducta) son siempre dirigidas al juez y que las normas pensadas para los ciudadanos particulares son una especie de reflexiones de las anteriores. Sin embargo, esto es sólo una analogía. Después de todo, las normas técnicas no son prescripciones y no están “dirigidas” a particulares en la forma de “normas correctas”. La intención es simplemente mostrar qué tienen que hacer, por una parte, un ciudadano particular y, por otra, el juez para lograr un cierto fin.

1.2.2.3.2. *Normas técnicas secundarias.* Según el derecho finlandés, la venta de un inmueble debe hacerse por escrito. Refiriéndose a esta regulación, el científico o el abogado pueden afirmar: “La transferencia de un inmueble tiene que hacerse por escrito”. Esta no es una prescripción sino una norma técnica, muy típica de los contextos jurídicos. Está basada en una necesidad práctica: “si deseas realizar una compra válida, entonces tienes que actuar de acuerdo con lo estipulado en el texto legal”. El enunciado dice algo acerca del contenido del orden jurídico. Es obligatorio seguir ciertas formalidades.

Este enunciado “si-entonces” puede ser interpretado, por lo menos, en dos formas diferentes. “Si deseas realizar una compra válida” puede significar aproximadamente lo mismo que la oración “si deseas hacer una compra válida sobre la base de la cual obtendrás protección jurídica, tanto con respecto al vendedor como con respecto a terceros...” La obtención de la protección jurídica puede significar que, en realidad, las autoridades reaccionarán de una manera tal que protege al comprador frente a perturbaciones por parte de terceros. Si la predicción está justificada (es plausible), también la norma técnica es verdadera. Como ya se ha señalado, la naturaleza de este tipo de

(24) Ibidem, págs. 304 ss.

predicciones es problemática. La distinción entre una predicción y un punto de vista normativo es como una línea trazada en el agua. Por consiguiente, el enunciado “si-entonces” puede normalmente ser entendido como un punto de vista interpretativo referido al derecho válido(25).

Por medio de normas técnicas es posible expresar varias precondiciones para la aplicación de normas de conducta. Un buen ejemplo es la estipulación de la Ley de matrimonio finlandesa referente al derecho del cónyuge a transferir un bien inmueble sin la aprobación del otro cónyuge. Un enunciado doctrinario tal como “La venta requiere el consentimiento del otro cónyuge” resulta ser una norma técnica que enuncia qué es necesario hacer para que la venta sea válida. Subyacentemente encontramos una vez más el enunciado acerca de cómo habrán de comportarse las autoridades si no se cuenta con la aprobación estipulada por la ley. La verdad o falsedad de la norma técnica dependerá de la veracidad del enunciado.

1.2.2.3.3. *Normas técnicas primarias.* Como ya se ha señalado, en este tipo de normas pueden también ser incluidas aquellas normas técnicas que están “dirigidas” a las autoridades, por ejemplo, a los jueces y a los funcionarios públicos. Desde el punto de vista estructural, satisfacen todos los requisitos mencionados al comienzo. Un ejemplo podría ser una norma del ámbito del derecho penal que rezara: “Si, con tu decisión, deseas obtener un efecto preventivo E , debes interpretar la ley de la manera F ”(26).

Si pensamos que, por lo que respecta a su status lógico, el enunciado interpretativo es similar a una norma técnica, parecería que es admisible analizar también su validez. Esto se manifiesta claramente si analizamos cuáles aspectos de la cuestión puede indicar el científico B si tiene dudas acerca de la validez de una norma técnica presentada por el científico A . Supongamos que ésta sea la oración: “El texto de la ley tiene que ser interpretado de la manera I_j ”. Las dudas de B pueden estar específicamente dirigidas a la relación de necesidad práctica que existe entre la interpretación I_j y el fin E . B sostiene que no es contradictorio actuar de la manera I_2 , aun cuando el efecto deseado siga siendo E . Con otras palabras, no es necesario llegar a una interpretación I_j para lograr el fin E .

Naturalmente, un enunciado de este tipo requiere un cuidadoso análisis de la relación causa-efecto o – en el caso de la relación sistémica – el análisis del propio sistema jurídico.

En un caso como éste, el científico puede hasta sostener que la interpretación I_j es la única correcta. Esto puede hacerlo si sostiene que I_j es prácticamente necesaria para la obtención del fin E y no hay otro medio para lograrlo. Pero no podemos sostener, en general, que una interpretación sea la

(25) Ibidem, págs. 307 ss.

(26) Ibidem, págs. 309 ss.

única posible, a menos que, al mismo tiempo, sostengamos que sólo es posible pretender lograr un solo fin, es decir, E . Sin embargo, en tal caso, no sólo formulamos una norma técnica sino que decimos algo acerca del fin mismo. Formulamos una valoración cuya validez no es verificable de la misma manera que la suposición de causalidad.

De lo dicho más arriba se sigue que es posible sugerir varias interpretaciones alternativas con respecto a un pasaje de la ley porque es posible perseguir diferentes fines y porque varios medios pueden, quizás, conducir al mismo fin. Por lo tanto, puede ser necesario interpretar una expresión de la manera I_1 para lograr E_1 y de las maneras $I_2 \dots I_n$ para lograr $E_2 \dots E_n$. Así, varias normas técnicas pueden ser simultáneamente verdaderas (o correspondientemente falsas). Desde este punto de vista, no puede haber ninguna verdad universal en aquella dogmática jurídica que formula normas técnicas. Ella no puede ofrecer una única interpretación correcta. La verdad de las normas técnicas formuladas por la dogmática jurídica es siempre relativa; se encuentra en una cierta relación con ciertos fines y con los medios que han de ser elegidos.

Si el intérprete se conforma con ofrecer necesidades prácticas, no puede sostenerse que su actividad es de mera recomendación o "influencia" o "acientífica". El análisis de la determinación del fin (E) y de los medios (I) puede ser llevado a cabo, weberianamente, con una neutralidad valorativa del mismo grado, por ejemplo, que en cualquier análisis sociológico positivista. En el hecho real es importante tener en cuenta que la metodología de la interpretación así entendida es esencialmente una metodología para el estudio de problemas sociales. En este punto se borra virtualmente el rígido límite tradicional entre la dogmática jurídica y la sociología jurídica. La doctrina dominante – de acuerdo con la cual la dogmática jurídica estudia tan sólo normas y la sociología sólo la realidad empírica – resulta insostenible cuando pensamos cómo se formulan las normas técnicas.

En la práctica, la interpretación trabaja de forma tal que confía principalmente en la experiencia cotidiana y en la intuición del intérprete. Pero, hay que tener en cuenta que la información basada en la experiencia cotidiana se refiere también a la realidad. Es conocimiento empírico. La diferencia con respecto al conocimiento adquirido con los métodos de la sociología jurídica reside, sobre todo, en el hecho de que la experiencia cotidiana produce conocimiento de forma no sistemática mientras que la sociología equivale a una sistematización deliberada de la experiencia(27). Sin embargo, nadie puede dejar de considerar la realidad cuando trata de presentar necesidades prácticas.

La práctica de la interpretación indica que, por lo general, cuando se formulan normas técnicas, se toman en consideración sólo las consecuencias

(27) *Ibidem*, págs. 310 ss.

técnico-jurídicas; ellas son ventajas o desventajas interpretativas, la dificultad de obtener evidencia, ventajas vinculadas con el registro, etc. A menudo, los intereses de las diferentes partes son enfatizados también de manera significativa. Por otra parte, parece que las consecuencias sociales de diferentes decisiones alternativas raras veces han sido tomadas en cuenta en la interpretación dogmático-jurídica.

Así, normalmente, no se ha prestado atención, por ejemplo, a los efectos de las diferentes interpretaciones en la posición de los diversos grupos y clases sociales. Por lo tanto, en este respecto, la interpretación que establece normas técnicas ha seguido siendo también “puramente jurídica”.

Sin embargo, es importante tener en cuenta que la estructura de estos enunciados – su status como normas técnicas – no cambia si la naturaleza de las consecuencias no es jurídico-sistemática sino que tiene un matiz social. En ambos casos la interpretación puede expresar una necesidad práctica: si quieres esto, tienes que hacer aquello(28).

Si consideramos la investigación jurídica tal como es practicada realmente, parece evidente que tampoco es posible describir exhaustivamente el ámbito de la interpretación por medio de normas técnicas. Esto vale tanto para la interpretación socialmente neutra como para el tipo de interpretación que toma en cuenta las consecuencias sociales. Lo más que puede decirse es que expresiones como la oración “el texto de la ley tiene que ser interpretado de la manera *I*” pueden, en ciertas circunstancias, ser entendidas como normas técnicas. Sin embargo, en todo caso, el contenido principal de la dogmática jurídica consiste en puntos de vista interpretativos, es decir, puntos de vista referidos a los contenidos de significado del derecho en los “casos difíciles”. Como se ha señalado, en ellos, el objetivo de la dogmática jurídica no es lograr aceptación sino aceptabilidad racional. Por esta razón, las observaciones finales de este trabajo se centrarán justamente en el concepto de aceptabilidad racional.

2. ACEPTABILIDAD Y RACIONALIDAD

2.1. *Las precondiciones generales de la justificación de un punto de vista interpretativo.*

Un punto de vista interpretativo está siempre vinculado con un caso difícil. El intérprete puede, por lo menos, elegir entre dos alternativas. Sin em-

(28) Ver, por ejemplo, Eriksson, Lars D. “Om olika argumentations-modeller” en *JFT* 1979, págs. 25 ss. y Eriksson, *Marxistisk teori och rättsvetenskap*, págs. 106 ss. Ver también Pöyhönen, Juha, “Knowledge in Law and the Possibility of an Alternative Legal Dogmatics”, *passim* y Simmonds, N.E., “Law as a Rational Science” en *ARSP* 1980, págs. 535 ss., especialmente 538 ss.

bargo, para que esta elección exprese un punto de vista y no sea una mera recomendación basada en la autoridad, tiene que estar justificada. Cualquiera puede hacer una mera elección sin razón alguna y – quizás – hasta recomendarla a otra gente. Sin embargo, este tipo de elección casual no puede constituir la base de la aceptabilidad racional. Es justamente esto lo que hemos estado analizando al describir la interpretación desde el punto de vista procedimental. La justificación es un procedimiento del discurso práctico racional. En cierto modo, la justificación de un punto de vista interpretativo es lo mismo que seguir este procedimiento.

Hasta ahora, se ha mantenido abierto el punto final de la justificación. La pregunta era: ¿cuándo puede cortarse la cadena de razones? Con otras palabras, ¿qué significa presentar un punto de vista interpretativo justificado?.

Sobre esta base, una caracterización preliminar de un punto de vista interpretativo puede ser la siguiente:

(P) Tomando en cuenta todas las fuentes del derecho (F), la interpretación I_i del texto legal L_i es la mejor justificada.

Supongamos que, de acuerdo con el anterior punto de partida, la situación de caso difícil incluye dos alternativas de interpretación competitivas, I_1 y I_2 . El intérprete A presenta un punto de vista con respecto al contenido I_1 . Para ser “la mejor justificada”, la interpretación I_1 tiene que satisfacer, al menos, las siguientes precondiciones(29):

(a) Las fuentes del derecho (F) han sido usadas en la forma establecida por las reglas de la interpretación jurídica. Esto significa, por ejemplo, que no se han violado las pautas de categorización de las fuentes del derecho, que se han seguido las pautas de prioridad de las fuentes del derecho y que, por ejemplo, no se ha violado la prohibición de analogía(30). Las pautas de interpretación cierran el marco dentro del cual las fuentes del derecho deben, pueden o no pueden ser usadas. Sin embargo, como se ha señalado, el mero cumplimiento de las pautas de interpretación no asegura que la justificación sea suficiente. La razón es obvia. El cumplimiento de estas precondiciones generales demuestra tan sólo que la interpretación es legalmente posible(31). Por medio de las fuentes del derecho y las pautas de la interpretación jurídica, el intérprete puede elegir entre las alternativas interpretativas semánticamente posibles aquéllas que son legalmente posibles y legalmente relevantes.

(b) Como también se indicara más arriba, todas las pautas de la interpretación jurídica están abiertas desde el punto de vista de su contenido. Es-

(29) Cfr. Aarnio, *Denkweisen der Rechtswissenschaft*, págs. 144 ss.

(30) Aquí reside el núcleo de toda la interpretación jurídica. Sólo si la interpretación está de acuerdo con estas reglas y principios, es de naturaleza jurídica.

(31) Ver especialmente Aarnio, “Argumentation Theory - and Beyond”, en *Rechtstheorie* 4 (1983), pág. 387 en donde se propone una distinción entre las alternativas semántica y jurídicamente posibles.

tas pautas son del tipo de los principios y no del tipo de las reglas. Por lo tanto, todo caso difícil y toda elección de alternativas interpretativas en la dogmática jurídica están abiertos a criterios valorativos. Ya el orden de preferencia de las fuentes del derecho presupone una referencia a valoraciones.

Por otra parte, si no se está de acuerdo con las teorías cognoscitivistas de los valores, hay que admitir también que, cuando el científico tiene que hacer una elección entre las distintas posibilidades de significado pueden existir simultáneamente más de una interpretación bien fundada para un caso difícil y más de un punto de vista posible en la dogmática jurídica. ¿Qué significa entonces que una solución o un punto de vista es “el mejor justificado”?

A fin de señalar el núcleo de la cuestión, el haz de enunciados Q será definido de forma tal que esté compuesto por los enunciados S que describen las fuentes del derecho, y por los juicios de valor V , basados en cierto sistema de valores. Además, estos enunciados han sido ordenados de una manera coherente M en conexión con el punto de vista interpretativo P . Este punto de vista interpretativo se refiere a la alternativa interpretativa I .

Supongamos que hay dos puntos de vista, P_i y P_j referidos a las correspondientes alternativas de interpretación. En este caso, podemos obtener dos haces de enunciados:

$$\begin{aligned} Q_i M_i (S_1 \dots S_n \ \& \ V'_1 \dots V'_n) \\ Q_j M_j (S_1 \dots S_n \ \& \ V''_1 \dots V''_n) \end{aligned}$$

Los haces Q_i y Q_j “compiten” entre sí en tanto justificación adecuada de una interpretación de una determinada ley. Como puede observarse, la coherencia que caracteriza al haz no es criterio suficiente para preferir un cierto punto de vista a otro. Por el contrario, ambos haces, Q_i y Q_j , satisfacen el criterio de coherencia. Así, pues, la justificación de un punto de vista, por ejemplo, P_i , depende de otras tres cuestiones:

- (i) Cuáles enunciados son aceptados como parte de Q , es decir, qué tipo de catálogo de las fuentes del derecho y qué juicios de valor pueden reemplazar a S y V ;
- (ii) cuál es el contenido material de los enunciados que componen el haz Q y
- (iii) de qué manera los enunciados que describen las fuentes del derecho están vinculados entre sí, es decir, cuál es el orden y el peso respectivo de los enunciados S .

La respuesta a las dos primeras cuestiones depende de tres asuntos: (1) las pautas de clasificación de las fuentes del derecho, (2) el sistema de valores aceptado como base de justificación y (3) el asunto objeto de la justificación, es decir, el problema jurídico que hay que solucionar. A su vez, el or-

den y peso de los diferentes enunciados – cuestión (iii) – depende de las pautas del razonamiento jurídico en tanto parte del razonamiento práctico y del sistema de valores mencionado más arriba.

Hay buenas razones para repetir en esta fase que el procedimiento de justificación es esencialmente un diálogo. Es una secuencia de preguntas y respuestas sobre la base de la cual son presentados diferentes argumentos en pro y en contra. De esta manera, el intérprete encuentra finalmente una combinación de proargumentos necesaria para la justificación. El destinatario puede aceptar racionalmente la interpretación sólo si la justificación tiene como resultado un haz coherente de enunciados y si el haz satisface los criterios (i)-(iii). Esto significa que el procedimiento del discurso tiene que ser aceptable y que el intérprete comparte los argumentos con el destinatario. Esto es así porque las pautas del razonamiento jurídico no garantizan por sí solas la coherencia del material justificatorio. Todas las razones tienen también que ser utilizadas racionalmente. Por consiguiente, si están satisfechas las precondiciones generales de la racionalidad y no se han violado las pautas especiales de la interpretación jurídica, el receptor puede asegurarse él mismo de la justificación si adhiere al mismo sistema de razones que el intérprete.

En este sentido, el punto decisivo por lo que respecta a la interpretación “mejor justificada” es, sin duda, la diferencia en los juicios de valor. Esto puede también ser expresado de la siguiente manera: sobre la base de cierto sistema de valores V_i^* , la mayor coherencia concebible dentro del conjunto de enunciados en cuestión proporciona la máxima aceptabilidad racional. Desde un punto de vista ligeramente diferente, se podría decir que este rasgo vuelve plausible hablar de más de una respuesta correcta en el razonamiento jurídico. Con otras palabras: el problema de dos (o más) haces Q en la interpretación jurídica es el problema del relativismo axiológico y su papel en el procedimiento de justificación.

Nos quedan así dos cuestiones por responder: (1) ¿Cómo definir el concepto de racionalidad de forma tal que sea adecuado para la justificación jurídica? y (2) si se acepta la tesis del relativismo axiológico, ¿es posible hablar de aceptabilidad racional? Con otras palabras: ¿cuál es la conexión interna entre la racionalidad y la relatividad de los juicios de valor?.

2.2. *El concepto de aceptabilidad racional*

Un apoyo promisor parece ser el ofrecido por el par de conceptos “racional” y “razonable” de Chaim Perelman, propuesto en muchos contextos⁽³²⁾. Estas expresiones – especialmente la última – pueden ser interpretadas de va-

(32) Perelman, *Juristische Logik als Argumentationslehre*, pág. 144 y Perelman, “The Rational and the Reasonable”, págs. 117 ss.

rias maneras. Como ha señalado J.R. Lucas, “en el inglés contemporáneo existe una ligera diferencia entre las palabras “*reasonable*” (razonable) y “*rational*” (racional); la primera tiene un cierto tono moral que sugiere algún grado de consideración con respecto a los demás, mientras que la segunda es austeramente egoísta en la connotación”(33). En lo que sigue, se hará referencia a los mismos conceptos cuando se hable de “racional” y “aceptable”. Ambos conceptos parecen requerir alguna aclaración preliminar.

El concepto de racionalidad puede ser utilizado de diferentes maneras. Primero, es posible hablar de racionalidad jurídica y de racionalidad en general. El concepto “racionalidad jurídica” se refiere aquí al paradigma de la dogmática (y la adjudicación) jurídica. Helmut Schelsky habla de racionalidad jurídico-instrumental, de acuerdo con la cual, la justificación jurídica tiene que seguir ciertas pautas de interpretación y estar basada en ciertas fuentes del derecho(34). Llamémosla racionalidad jurídica.

Es lo mismo que proceder de acuerdo con el paradigma tradicional del razonamiento jurídico. Siguiendo el modelo tradicional, uno realiza la racionalidad jurídico-positivista. En este respecto, este tipo de racionalidad proporciona criterios para distinguir las conclusiones jurídicas de, por ejemplo, las sociológicas.

Sin embargo, hay otros tipos de racionalidad. Una de ellas es la racionalidad teleológica, es decir, finalista. El razonamiento teleológico, tratado más arriba, está basado en pautas diferentes a las de la racionalidad jurídico-positivista. Por consiguiente, según la estructura del orden jurídico, la racionalidad teleológica tiene diferentes grados de importancia. Si el sistema de normas jurídicas está constituido por normas flexibles (elásticas), el modelo teleológico, el razonamiento finalista, tiene un uso mayor que en la interpretación de normas bien formuladas.

El concepto de racionalidad institucional se refiere a la racionalidad implicada en el propio sistema jurídico. Todo orden jurídico tiene sus propios principios generales, relaciones sistemáticas entre las normas, etc. El sistema tiene sentido “interno”. Werner Krawietz ha señalado reiteradamente que la comprensión de las funciones y el funcionamiento de las normas jurídicas y del orden jurídico en general presupone tomar en cuenta la racionalidad en el sentido de la teoría de los sistemas(35). Este último tipo de racionalidad es

(33) Lucas, J.R. *On Justice*, pág. 37.

(34) Schelsky, Helmut, “Die juristische Rationalität”, págs. 5 ss. y 16 ss. Según Schelsky, “la unidad racional o identidad de la ciencia del derecho con la práctica jurídica-institucional del derecho en tanto legislación o justicia es una ilusión”. Aun así, la racionalidad jurídico-institucional sigue siendo un ideal de los juristas. Ver también Krawietz, Werner, “Begründung des Rechts - anthropologisch betrachtet: zur Institutionentheorie von Weinberger und Schelsky”, págs. 546 ss.

(35) Krawietz, Werner, “Rechtssystem und Rationalität in der juristischen Dogmatik” en *Rechtstheorie*, Beiheft 2 (1981), págs. 299 ss. Ver también Krawietz, *Recht als Regelsystem*, por ejemplo, págs. 110 ss.

– en términos generales – una interpretación de la racionalidad institucional desde el punto de vista de la teoría de los sistemas.

Por lo que respecta a las suposiciones básicas de la presente investigación, la racionalidad institucional es una precondition social de todo razonamiento jurídico. Más aún: el papel social de la dogmática jurídica consiste justamente en interpretar el contenido de esta racionalidad (“el sentido interno” del orden jurídico). Por otra parte, la racionalidad desde el punto de vista de la teoría de los sistemas puede proporcionar una valiosa información para el razonamiento jurídico. Señala las funciones del orden jurídico. En este sentido, la racionalidad desde el punto de vista de la teoría de los sistemas no sólo es una precondition del razonamiento jurídico sino una fuente de información, entre otras fuentes de este tipo.

El concepto de aceptabilidad racional se refiere a un fenómeno totalmente distinto al descrito más arriba. La aceptabilidad racional es una propiedad del resultado final del procedimiento de justificación jurídica. Por consiguiente, se habla de la aceptabilidad racional de los puntos de vista interpretativos. A su vez, por lo que respecta a su naturaleza, la interpretación jurídica es un diálogo, es decir, en este sentido, una forma de la comunicación humana. Así, siguiendo a Jürgen Habermas, se puede llamar a este tipo de racionalidad, racionalidad comunicativa(36). Ella está vinculada con la argumentación y el convencimiento. Por lo tanto, la racionalidad comunicativa es la base de la comprensión humana y, además, la base de la aceptabilidad.

En la actualidad, no pocos científicos siguen sin admitir el papel independiente que la racionalidad práctica juega al lado de la racionalidad teórica. El razonamiento práctico y su racionalidad requieren ser especificados a fin de mostrar que el razonamiento práctico ocupa en el razonamiento jurídico una posición tal. Comencemos con algunas ideas de Max Weber.

Según Weber, el Estado moderno, la economía capitalista y la justicia formal representan la racionalización de la sociedad occidental. La mágica y el misticismo habrían sido sustituidos por la ciencia y la concepción científica del mundo. Pero, hasta la música, las artes visuales y la arquitectura habrían jugado su papel en el desarrollo de la racionalización. Debido a este cambio, varias partes de la cultura se habrían separado recíprocamente. Un ejemplo significativo es la politización del derecho y su separación de la moral.

Max Weber distinguía dos casos típicos de racionalidad: la racionalidad de los fines y la racionalidad de los valores. La racionalidad de los fines está basada en el razonamiento medio-fin (métodos). El comportamiento es racional si el medio elegido tiene sentido desde el punto de vista del fin propuesto. La realidad objetiva y la sociedad son sólo condiciones del comportamiento o medios para la persona que actúa.

(36) Habermas, Jürgen, *Theorie des kommunikativen Handelns* II, págs. 51 ss. Ver también Habermas, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, págs. 31 ss.

La palabra clave de la racionalidad de los fines es eficiencia. La única pauta para la acción es cuán eficientes son los medios utilizados para la promoción de los fines. En este tipo de situación, los medios comienzan muy fácilmente a determinar los fines. Sólo aquellos fines a cuyo servicio están los medios seleccionados son buenos y dignos de ser promovidos.

Pero tampoco la racionalidad de los fines es totalmente libre. Muchos factores externos limitan la selección de los métodos. Un ser humano no puede hacer todo lo que le gustaría hacer. Las limitaciones pueden ser físicas (leyes de la naturaleza), humanas (falta de capacidad) o jurídicas (las leyes vigentes).

La racionalidad de los valores está basada en una creencia consciente de la persona que actúa de que el comportamiento es valioso, a pesar de las consecuencias. La persona que actúa no evalúa su acto en relación con los fines, sino que considera su valor en sí mismo. Ello puede hacerlo debido a la existencia de un sistema especial de valores. La acción es buena o mala en relación con este sistema. El sistema puede ser, por ejemplo, de naturaleza religiosa. El acto es evaluado según se presenta "ante los ojos de Dios".

La acción no siempre es racional sino que puede ser también *irracional*. Según Weber, una acción es irracional cuando se basa en los sentimientos o actitudes que responden a sentimientos (comportamiento afectivo). Por ejemplo, cuando una persona se ofende a raíz de palabras injustas dichas por otra y se venga. La acción basada en la mera tradición es también irracional. Es de naturaleza "ciega". No toma en cuenta ni la relación entre métodos y objetivos ni sopesa el valor, que es independiente de las consecuencias de la acción.

Según Weber, la *racionalidad* del derecho moderno es formal. Es verdad que en la sociedad el derecho es puesto al servicio de fines especiales que se consideran dignos de ser promovidos. De acuerdo con este punto de vista, el derecho es un instrumento, un medio para la realización de ciertos fines. Pero cuando el derecho ha obtenido una forma regulada, es un sistema normativo cerrado. En principio, el derecho es un sistema normativo completo. Los significados del derecho son producidos por medio del razonamiento lógico y todo caso concreto puede ser colocado dentro del ámbito de aplicación del derecho mediante una operación simple. Es fácil ver que el modelo de Weber no ofrece espacio alguno para una interpretación correcta, que requeriría especificar los contenidos. Según Weber, el razonamiento jurídico tan sólo revela significados. El juez, por otra parte, sería una especie de máquina de subsunciones, que carecería totalmente de libertad para actuar sobre la base de sus propias consideraciones.

Según Weber, el derecho, en tanto sistema cerrado, ha adquirido un significado general a fin de cubrir la mayor parte de las relaciones sociales. Al mismo tiempo, se ha vuelto sistemático e independiente, es decir, se ha separado de los otros sistemas normativos de la sociedad. Por otra parte, Weber

considera que la recientemente reforzada tendencia del derecho moderno a buscar en vez de soluciones formalmente correctas, o junto con ellas, resultados que sean también aceptables desde el punto de vista de su contenido, constituye una distorsión de la racionalidad del derecho. Cuando el derecho se vuelve más sustantivo, viola su naturaleza sistémica y hasta la racionalidad formal que lo caracteriza.

La idea weberiana del derecho y su racionalidad es muy estrecha. Responde a la forma de pensar del Positivismo jurídicos de su tiempo. En el modelo de Weber no hay lugar para el razonamiento práctico. Esta es la razón por la cual su teoría no constituye una base adecuada para una teoría moderna de la interpretación.

Es posible adoptar un concepto de *acción* mucho más amplio que el de Max Weber. La filosofía del lenguaje de Ludwig Wittgenstein es un muy buen ejemplo al respecto. Wittgenstein se había ocupado principalmente de la naturaleza y las funciones del lenguaje. Tradicionalmente el lenguaje es entendido como una serie de signos que se refiere a la realidad externa al lenguaje. “Una silla” se refiere a una silla, “una mesa” se refiere a una mesa, etcétera. En su última filosofía, Wittgenstein criticó fuertemente esta concepción del lenguaje. Caracterizó entonces al lenguaje por la práctica. Es una forma de acción. En todo caso, Wittgenstein habla de juegos del lenguaje a fin de subrayar su funcionalidad.

El filósofo alemán Jürgen Habermas razona también de esta manera. Habla de la acción comunicativa. El resultado de una acción tal es la *comprensión mutua*, el consenso. Según la concepción de Weber, la acción comunicativa no podría ser, pues, racional desde el punto de vista de la racionalidad de los fines. El único fin que se trata de obtener por medio del lenguaje y la comunicación es que ambas partes de la comunicación se entiendan entre sí. El resultado es aceptado porque las partes de la comunicación comparten el mismo trasfondo cultural. Tienen una *Lebenswelt* común y, como consecuencia de ello, es posible la comprensión mutua.

Sólo es posible alcanzar la verdadera comprensión mutua si la *comunicación* está libre de *compulsión*. La discusión libre es una condición natural, necesaria, de la comprensión mutua. Ella es posible sólo en aquel tipo de discusión en la que la comprensión mutua se logra sólo a través de las explicaciones, sin medios de influencia externa, sin persuasión, sin manipulación y sin una consciente inducción al error. El poder del mejor argumento sólo surge cuando prevalece la libre discusión.

La comunicación libre de compulsión es sólo posible en una especie de *situación ideal de discusión*. Las diversas partes de este tipo de situación están dispuestas – al menos tácitamente – a aceptar ciertas condiciones básicas de la comunicación. Estas son llamadas por Habermas las *cualificaciones requeridas para la comunicación*.

Si la discusión se refiere a la realidad objetiva, es necesario que los argumentos aducidos sean *verdaderos*. La *corrección* es una condición para la presentación de normas y enunciados normativos. Además, se exige que el hablante sea *sincero* por lo que respecta a sus enunciados. Por otra parte, no es posible someter a prueba la sinceridad de la misma manera que se puede probar la verdad y la corrección. La sinceridad se establece simplemente si el comportamiento del hablante concuerda con sus ideas, sentimientos y expectativas.

Así pues, las cualificaciones requeridas son verdad, corrección normativa y sinceridad. Según Habermas, ellos son requisitos universales para toda comunicación humana. Sin otros argumentos, ellos son colocados como base para la discusión en todas las situaciones cotidianas. Quien busca la comprensión mutua no cuestiona estos requisitos básicos.

Por otra parte, es importante tener en cuenta la *diferencia* que existe entre los requisitos de verdad y corrección. La diferencia puede ser ilustrada con el siguiente par de preguntas y respuestas:

P₁: ¿De qué color es este papel?

R₁: Blanco.

La respuesta informa acerca de una propiedad del papel, es decir, “el ser blanco”. Si la cosa es como la respuesta afirma, la respuesta es empíricamente verdadera. La respuesta puede ser sometida fácticamente a prueba. Por otra parte:

P₂: ¿Qué debo hacer en esta situación?

R₂: Saludarlo amablemente.

La respuesta no es ni verdadera ni falsa. En la respuesta se formula una determinada norma. Su validez puede ser puesta en duda por el destinatario de la norma. Y esta duda exige argumentación. En realidad, hay que explicar por qué en este caso quien formula la pregunta tiene el deber de comportarse amablemente.

A pesar de que no es posible someter la respuesta a una prueba empírica, la persona que la formula no puede evitar que se le exija argumentar ya que detrás de esta discusión existe una expectativa tácita de corrección. De esta manera, los requisitos de cualificaciones se encuentran en conexión conceptual con la obligación de argumentación.

El hablante viola los requisitos de la comunicación racional si en este tipo de situación – cuando se niega, por ejemplo, la corrección de una norma – no formula argumentos en apoyo de su opinión. En ese caso, no acepta la expectativa de lograr una comprensión mutua. La situación de discusión o bien se interrumpe – surge una diferencia de opiniones – o el hablante trata de ganar, sea usando poder fáctico o mediante manipulación.

Habermas llama discusión *teórica* a la acción comunicativa que prueba la verdad del enunciado. La discusión práctica apunta a la argumentación de

la corrección de los enunciados normativos. Existe sólo una directiva para la discusión, sea ésta teórica o práctica: los argumentos deben hablar por sí mismos. Como ya se ha dicho, esto puede realizarse sólo en una situación de discusión libre de compulsión externa. Es un ideal que sólo se da si los participantes en la discusión toman en serio ciertas reglas de discusión. Ellas garantizan el cumplimiento del requisito de la discusión libre. Habermas enuncia las siguientes reglas de discusión:

(1) Toda persona madura tiene el *derecho a participar* en la situación de discusión.

(2) Toda persona tiene el *derecho a discrepar* con un enunciado formulado en la discusión y a formular un contraargumento de cualquier tipo.

(3) No puede impedirse a nadie, mediante compulsión interna o externa, que tome parte en la discusión o formule críticas.

Estos no son requerimientos y órdenes formulados ocasionalmente para la discusión teórica o práctica. Una situación ideal de discusión simplemente no puede producirse si se viola alguna de estas tres reglas. Con otras palabras, las reglas (1) a (3) son elementos *necesarios* para la identificación de una situación ideal de discusión.

Al mismo tiempo, los requisitos (1)-(3) establecen una base o un criterio para la discusión *racional*. Por medio de este criterio es posible evaluar críticamente la acción comunicativa. Puede someterse a prueba la racionalidad de obtener comprensión mutua: si es el resultado de una auténtica comunicación o una consecuencia de la presión o la persuasión.

Sin embargo, Habermas formula otra condición extra para la comprensión mutua racionalmente obtenible. La llama el principio de la *ética discursiva*. De acuerdo con este principio, sólo son válidas aquellas normas que *todo aquel* que pertenece a su esfera de influencia puede aceptar en tanto participante en una discusión práctica. En esta forma general, el principio de la ética discursiva no dice nada acerca del contenido de las normas que requieren cualificaciones. Con otras palabras: deja abierta la cuestión de cuáles son las normas que pueden recibir aprobación general.

El *principio de universalidad* da una respuesta parcial a esta cuestión de los contenidos. Es una especie de fenómeno paralelo al principio de generalidad en el mundo de la moral y de las normas. El principio de universalidad reza: sólo puede ser válida aquella norma cuyas consecuencias, en caso de una obediencia general, pueden ser aprobadas por todo aquel que pertenece a su esfera de influencia, sin compulsión alguna, como las mejores consecuencias para sus propios intereses. Dicho brevemente: las normas que son cualificadas tienen que regular los *intereses mutuos*.

Según Habermas, el principio de la ética discursiva, conjuntamente con el principio de universalidad, posibilita que también en la discusión práctica acerca de normas – en el campo del derecho y la moral – pueda lograrse

el consenso acerca de lo correcto y lo incorrecto. No es una cuestión acerca de la verdad en el mismo sentido que en la discusión teórica, sino una cuestión acerca de la validez general de una norma, que puede alcanzarse a través de argumentos.

La exigencia es muy fuerte pues conduce a una especie de moral universal. Ningún principio tan fuerte como éste ha sido aceptado después. En realidad, aquí la base es la misma que tenía Habermas: la racionalidad comunicativa es exigida como complemento por la racionalidad weberiana de los fines y el valor. Entre otras cosas, la racionalidad comunicativa regula el diálogo con el cual se logra el argumento externo de la pretensión de la interpretación. Por otra parte, el diálogo puede realizarse en una situación libre de coacción. Si así no fuera, de lo que se trataría no sería ya de lograr un entendimiento recíproco sino de la cuestión acerca de cómo persuadir a la otra parte. Cuando tal no es el caso, las reglas de discusión (1)-(3) mencionadas más arriba se aplican al diálogo.

En todo caso, el uso de estas bases no requiere la aceptación del principio de la ética discursiva y del principio de universalidad en el sentido de Habermas. Por el contrario, un principio más liberal, formulado por Ernst Tugendhat, responde muy bien a las necesidades del razonamiento jurídico. Tugendhat acepta la idea de que en el proceso de discusión un participante argumenta su punto de vista acerca de por qué el método de acción propuesto debería ser aceptado como socialmente vinculante. Lo es si es "igualmente bueno" para cada cual. Esto es lo que se trata de lograr en la discusión práctica. Pero, según Tugendhat, ello no garantiza, en absoluto, el consenso. La discusión racional es sólo el marco que, junto con las reglas de la comunicación, crea la posibilidad para que cada cual participe en un *compromiso equitativo*. Se puede hablar de compromiso equitativo cuando los intereses son comunes de una forma tal que, aun cuando ellos se realicen parcialmente, siguen siendo favorables para cada cual. Con otras palabras: a pesar de que se ha llegado a un compromiso sobre las ventajas, ellas siguen mereciendo un compromiso. Por otra parte, se exige que todos tengan el mismo derecho a participar en el compromiso. Además, éste requiere que prevalezca un *equilibrio* de poder. En este tipo de situación, no está permitido utilizar medios no comunicativos en demerito de otra persona. Sólo entonces se satisfacen los requisitos de equidad, aun cuando el compromiso mismo no sea una consecuencia directa de una discusión.

Aun cuando las condiciones de equidad estén satisfechas, es bien posible que participantes que actúen de una manera totalmente racional no lleguen a un entendimiento acerca de la cualificación de la norma. La racionalidad tan sólo los ha conducido lo más lejos posible en dirección de un compromiso equitativo. Ha mostrado dónde divergen las opiniones pero no ha eliminado la divergencia. Como se afirma más adelante, este punto de

vista permite comprender por qué no existe necesariamente una única respuesta correcta a este problema de la interpretación. Un diálogo racional puede también conducir a dos o más respuestas *igualmente bien* fundamentadas. O, inversamente: no es posible indicar un criterio objetivo o “la razón última” de acuerdo con la cual pudiera sostenerse que una de las propuestas de interpretación estaría mejor argumentada que la otra. En cierto modo, el diálogo no puede salir de sí mismo. Todos los argumentos que pueden ser presentados han sido ya considerados a fin de establecer cuál de ellos merece prioridad.

Por otra parte, este mismo tipo de racionalidad puede ser entendido, al menos, de dos maneras diferentes. Primero, la racionalidad puede referirse a la forma de razonamiento. En este sentido, la inferencia lógica (deductiva) es siempre racional. Este modo de razonamiento sigue ciertas reglas y es tautológico. Así, pues, toda cadena de razonamiento que procede deductivamente desde unas premisas a la conclusión es racional(37). Esto significa que la justificación interna a la que se refiere Wróblewski es siempre racional en este sentido de la palabra. Llamaremos a esta racionalidad simplemente racionalidad-*L*.

Sin embargo, éste es sólo un costado de la racionalidad comunicativa. Como ya se ha señalado, la justificación jurídica es una forma del razonamiento práctico. Aquí se trata no sólo de una forma de razonamiento sino también de un procedimiento discursivo que está sujeto a reglas que no son las de la lógica. Sobre la base de las ideas de Habermas, Robert Alexy ha señalado que el discurso racional está siempre conectado con la justificación externa. Se refiere al procedimiento a través del cual se justifican las premisas. Llamaremos racionalidad-*D* a la racionalidad conectada con el discurso(38).

Tenemos así dos caracterizaciones de la racionalidad:

- (1) racionalidad *sensu stricto* = racionalidad-*L* y
- (2) racionalidad *sensu largo* = racionalidad-*L* & racionalidad-*D*.

En lo que sigue, nos concentramos en la racionalidad en el sentido (2). Se refiere tanto a la forma lógica del razonamiento como al discurso que justifica las premisas. Por razones que serán expuestas más adelante, se prestará mayor atención al discurso racional, es decir, a la justificación externa.

A su vez, el concepto de aceptabilidad está conectado con la conclusión, es decir, con el contenido material de la interpretación y no con la forma del razonamiento o con las propiedades del procedimiento justificatorio mismo. No decimos que el proceso de razonamiento es razonable sino que hablamos del resultado razonable de la interpretación. Para ser aceptable, el resultado tiene que responder al conocimiento y al sistema de valores de la

(37) Alexy, Robert, op. cit., págs. 219 ss.

(38) Ver Aarnio, “Argumentation Theory - and Beyond” en *Rechtstheorie* 4 (1983), págs. 393 ss.

comunidad jurídica. A menudo, se mencionan las expectativas (*Erwartungen*) en la comunidad receptora. Ya se ha señalado el papel específico de los valores y valoraciones en la interpretación jurídico-dogmática (justificación). Por esta razón, la aceptabilidad es examinada aquí, sobre todo, como aceptabilidad axiológica.

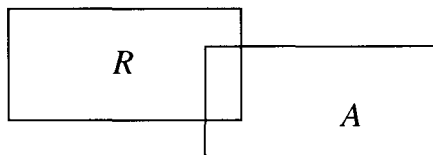


Diagrama 29

Si denotamos a la racionalidad (*sensu largo*) con la letra *R* y a la aceptabilidad con la letra *A*, obtenemos el resultado presentado en el Diagrama 29.

El diagrama permite un total de cuatro posibilidades: (a) *R* & *A*, (b) *R* & -*A*, (c) -*R* & *A* y (d) -*R* & -*A*. En el primer caso, nos encontramos en el centro del diagrama. El punto de vista interpretativo es el resultado del razonamiento racional (discurso racional) y es aceptable (razonable). Debido a la propiedad no cognitiva de los juicios de valor, la aceptabilidad no es universal. Una parte de la comunidad jurídica puede sustentar valores sobre la base de los cuales el resultado racionalmente alcanzado es aceptable mientras que a otra parte de la misma comunidad este resultado no le cae bien. Por esta razón, sobre todo la alternativa (b) es interesante. En ella, el procedimiento del discurso es racional (*sensu largo*) pero el resultado sigue siendo no aceptable. Con otras palabras: algún destinatario o grupo de destinatarios podrían no aceptar la interpretación aun cuando ellos actuasen de la forma más racional posible. Sin embargo, no queda excluida la alternativa (a). Por el contrario, de acuerdo con nuestra tesis relativista, ofrece siempre una posible alternativa a la situación (b). Algún grupo parcial de la comunidad receptora puede también lograr un acuerdo sobre la base de juicios de valor.

Por otra parte, la alternativa (c) es problemática. Chaim Perelman ha señalado que la interpretación puede ser razonable (aceptable) aun si es no racional⁽³⁹⁾. Aquí Perelman se refiere, en parte, a la racionalidad-*L* y, en parte, a un punto de vista de aceptación real en la comunidad receptora. De hecho, existe una posibilidad de que la comunidad jurídica acepte como razonables también resultados que no satisfacen los criterios de racionalidad-*L*. Por otra parte, la concepción de Perelman no parece convincente. Si una interpretación está basada en una elección casual entre varias alternativas, no responde a las pautas de la certeza jurídica. En este sentido, una interpretación arbitra-

(39) Perelman, Chaim, "The Rational and the Reasonable", pág. 118.

ria puede, en principio, ser razonable. Sin embargo, sólo la aceptabilidad sobre la base de la racionalidad-*D* satisface nuestras expectativas de certeza jurídica. Por lo tanto, como consecuencia del concepto de aceptabilidad racional, en el análisis siguiente se dejará de lado la alternativa (c).

A fin de simplificar las cosas, el problema será considerado sólo desde el punto de vista de la alternativa (a). La cuestión es: ¿bajo cuáles precondiciones puede una interpretación obtener la aceptación de una comunidad jurídica que actúa racionalmente?

Para responder esta pregunta, se suponen dos tipos de teorías, una teoría procedimental del razonamiento jurídico y una teoría substancial referida a la aceptabilidad material. La composición es la siguiente:

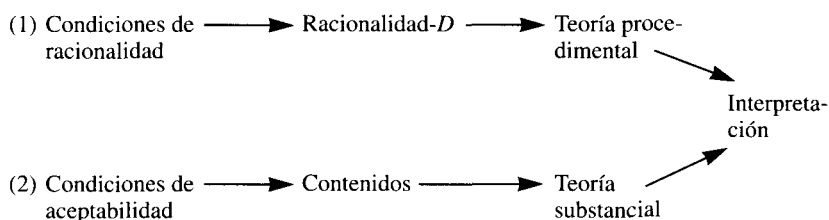


Diagrama 30

Las reglas del discurso racional son jerárquicamente las bases supremas que vinculan las fuentes del derecho con el resultado de la interpretación. Constituyen el marco de toda interpretación, incluyendo la interpretación en la dogmática jurídica. En términos generales, el papel de la racionalidad es parecido al presentado en el Diagrama 31.

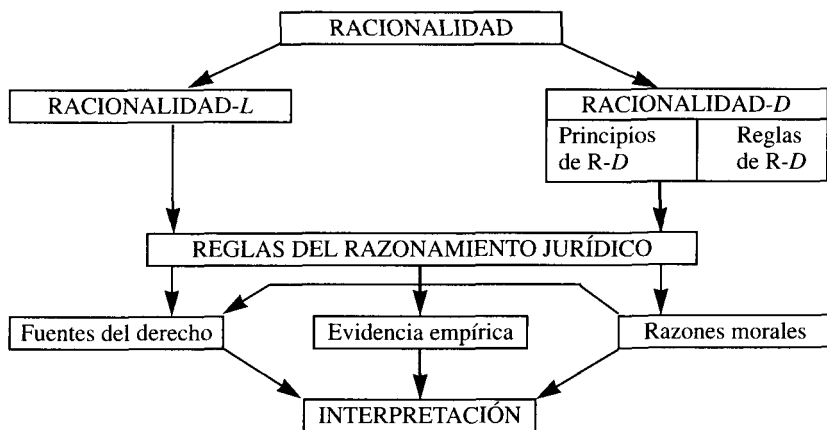


Diagrama 31

En el esquema, no se describen todas las interrelaciones posibles entre los “recuadros”. La idea de la presentación es simplemente indicar el lugar de la racionalidad en la estructura del razonamiento y, al mismo tiempo, especificar los diferentes tipos de otros factores que intervienen en el razonamiento jurídico. Aquí, el núcleo de la justificación jurídica reside en una mezcla de argumentos jurídicos, empíricos y morales. Esta mezcla es inevitable cuando se presentan casos difíciles. El intérprete tiene que encontrar siempre una combinación equilibrada de estos diferentes elementos. Sobre todo en este respecto parece estar bien fundamentado hablar de la razonabilidad de la interpretación.

Por otra parte, los contenidos de la interpretación están basados en ciertos principios generales de la racionalidad-*D* y en ciertas pautas específicas del razonamiento jurídico, por ejemplo, en las reglas de la interpretación gramatical y la analogía. Estos principios y reglas son el núcleo metodológico de toda justificación jurídica. Ellos proporcionan las directivas generales para el uso de las fuentes del derecho y muestran el lugar de la evidencia empírica, al igual que el papel de las razones morales en los contextos jurídicos.

2.3. ¿Por qué ser racional?

La cuestión normal en la práctica de la dogmática jurídica es la siguiente: ¿cómo puede justificarse un punto de vista interpretativo *I_i*? La respuesta a esta pregunta se refiere a las fuentes del derecho, a las pautas de la interpretación jurídica, etc. Con otras palabras: se ofrece una justificación jurídica del punto de vista interpretativo contextualmente suficiente(40). Es contextualmente suficiente porque la respuesta proporciona el trasfondo jurídico sobre cuya base la interpretación puede ser aceptable en la comunidad jurídica.

Como ya se señalara, el filósofo del derecho a menudo plantea una cuestión de un tipo totalmente distinto: ¿por qué es posible la justificación jurídica (contextualmente suficiente)? ¿Cuáles son las precondiciones generales de una justificación jurídica sólida? Es decir, hay que justificar la justificación misma. Aleksander Peczenik llama a esto “la justificación profunda”(41). Por lo que respecta a la aceptabilidad racional, la pregunta básica podría ser formulada de la siguiente manera: ¿por qué ser racional en la justificación jurídica? O: ¿por qué es la racionalidad-*D* un elemento de trasfondo tan importante en la teoría del razonamiento jurídico?.

Sigamos por un momento a un crítico que sostenga que la racionalidad-*D* es siempre y únicamente un concepto construido, aunque muy adecuado

(40) Peczenik, Aleksander, *Grundlagen der juristischen Argumentation*, págs. 1 ss., cfr. pág. 28.

(41) Ibidem, págs. 28 ss.

para los fines de la justificación jurídica. Sin embargo, es posible – de acuerdo con esta crítica – construir más de una racionalidad-*D*. Con otras palabras, diría que si la racionalidad-*D* no es meramente lógica, ¿por qué podemos, en general, hablar de racionalidad? Quizás sería mejor usar algún otro concepto que no fuera justamente el de racionalidad.

La crítica es correcta cuando dice que el concepto de racionalidad y, por lo tanto, también el de aceptabilidad racional son reconstrucciones. Son modelos ideales del razonamiento jurídico. Sin embargo, la reconstrucción misma no es arbitraria. No es sólo una definición estipulativa o lexicográfica de lo que significa el término “racional” o de lo que debería significar en un “uso correcto del lenguaje”. El propósito del análisis no es describir el uso lingüístico dominante.

Tampoco la justificación profunda de la racionalidad-*D* puede basarse simplemente en hechos empíricos. La idea no es sostener que la gente es racional en la vida cotidiana o que, en un estadio posterior de su desarrollo, habrá de ser racional por lo que respecta a sus necesidades y pensamiento. En muchos respectos, la gente son seres humanos dotados de una buena dosis de rasgos irracionales.

Las raíces de la racionalidad se encuentran en nuestra cultura, es decir, en las formas como usamos este concepto en el lenguaje ordinario. Nuestra forma de vida está construida de manera tal que esperamos que la gente se comporte racionalmente en sus relaciones recíprocas. En este sentido, la racionalidad es un hecho intersubjetivo (supraindividual) dado en nuestra cultura. Tomemos un ejemplo. Todas las interpretaciones presentadas por *A* son totalmente incoherentes en todo respecto. ¿Qué pensamos acerca de *A*? Nos sentimos inclinados a decir que *A* está loco o que pertenece a una cultura que nos es desconocida. Nos es imposible entenderlo. La forma coherente de pensar está tan enraizada en nuestra cultura que la usamos como pauta cuando evaluamos el comportamiento de otras gentes. En este sentido, el concepto de coherencia es un elemento necesario de nuestro concepto común de racionalidad. Pertenece a la base de la comunicación humana. Nuestra vida social y nuestra interacción comunicativa funcionan sólo si esta precondition está satisfecha. Por ello, sería correcto decir que la reconstrucción de la racionalidad sólo explicita algo que está profundamente oculto en el uso lingüístico común de la gente occidental con mentalidad moderna(42).

(42) Cfr. Alexy, Robert, op. cit., pág. 225. Ver también Aarnio, “Argumentation Theory - and Beyond” en *Rechtstheorie* 4 (1983), págs. 394-395.

En principio, podemos imaginar varios tipos de justificación para las reglas de racionalidad. Alexy presenta una lista de cuatro posibilidades: (a) una justificación técnica, que supone que la racionalidad es un medio para lograr un fin, (b) una justificación empírica, que se refiere a la práctica actual, (c) una justificación definitoria (*definitorisch*), que intenta fijar reglas para el juego del lenguaje de la justificación y (d) una justificación transcendental, que toma como punto de partida las necesidades de la comunicación lingüística, es decir, intenta construir las

En este sentido, la racionalidad es una idea que atraviesa toda la vida social. Por consiguiente, la mera racionalidad-*L* es una forma demasiado limitada de racionalidad. Un individuo puede hacer inferencias lógicamente perfectas y, al mismo tiempo, ser totalmente incapaz de participar en un discurso social *racional*. Para este tipo de personas, la racionalidad – como concepto lógico – no pertenece necesariamente al campo de la vida social, del pensamiento jurídico, del discurso moral o la política. En todos estos ámbitos, la persona puede aceptar la arbitrariedad en las relaciones interhumanas aun cuando aprecie en gran medida la racionalidad-*L*. Aquí se encuentra una profunda e importante línea de demarcación entre quienes aceptan la racionalidad-*L* como la única forma de racionalidad y quienes – como el autor de este trabajo – juzgan la comunicación humana también a través de la racionalidad-*D*.

Por otra parte, la racionalidad (aceptabilidad racional) es tan sólo un ideal. Es una pauta por medio de la cual se puede evaluar el discurso (jurídico) real. Sin embargo, la racionalidad y la aceptabilidad racional no son sólo conceptos transcendentales en el sentido kantiano o conceptos comparables a las ideas básicas del derecho natural. Las reglas de la racionalidad-*D* no son reglas universalmente válidas y eternas que gobiernen el proceso de pensamiento del hombre. En este sentido, la aceptabilidad racional no presupone una interpretación metafísica.

Por el contrario, está siempre abierta una posibilidad genuina de que en alguna cultura – por cierto muy extraña para nosotros – la gente sea racional en un sentido diferente al aquí definido. Ella no es racional para nosotros, pero lo es para ella misma. Sin embargo, este discurso racional es importante para la práctica cotidiana tanto en el trabajo científico (jurídico) como para la toma de decisiones en ambos tipos de culturas. Desde este punto de vista, se puede decir que la aceptabilidad racional (como concepto) – entendida en la forma presentada por el autor de este trabajo – es un resultado de un análisis cultural. El resultado puede ser tosco o pueden haber lagunas en el concepto, pero, sin él, es imposible entender la idea del derecho y la idea de orden jurídico.

condiciones generales y necesarias para el proceso de comprensión recíproca. Ver Alexy, op. cit., pág. 225. Ver también Perelman, *Juristische Logik als Argumentationslehre*, pág. 155. Perelman escribe: “Por ello, la idea del sano sentido común de la persona está estrechísimamente vinculada con su idea de la racionalidad”. Lo que se dice en el texto está primariamente vinculado con este último aspecto, con la justificación “pragmático universal” de Alexy. Sin embargo, hay una diferencia de peso en las formas de justificar algo. Mi propio punto de partida es el concepto de racionalidad como componente del lenguaje; es un elemento central en la comunicación humana. En este respecto, mis ideas coinciden con las de G.H. von Wright, quien ha analizado los conceptos de acto y acción. Ver von Wright, *Explanation and Understanding*, págs. 86 ss. y von Wright, *An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action*, págs. 41 ss. Para comentarios al respecto, ver Aarnio, *On Legal Reasoning*, págs. 142 ss. Sobre el catálogo de reglas de Alexy, ver también McCormick, “Legal Reasoning and Practical Reason”, *passim*.

Sin embargo, es imposible ofrecer una evidencia directa de la siguiente interpretación del concepto “racionalidad”. Carecemos de todo medio “empírico” para someter a prueba los resultados de nuestro análisis. La única prueba es de naturaleza indirecta. Si nuestra propuesta coincide con el uso común de la noción de racionalidad, tenemos buenas razones para decir que la propuesta funciona en nuestra cultura. Explicita algo que es implícitamente aceptado como base de la comunicación humana.

2.4. Las condiciones generales del discurso racional

2.4.1. *El punto de partida.* Las reglas que guían el discurso racional forman un todo que, usando la terminología de Jürgen Habermas y Robert Alexy, podemos llamar la teoría procedimental del discurso racional. Según Alexy, los principios de la racionalidad (práctica) son los siguientes: consistencia, eficiencia, coherencia, universabilidad y sinceridad. Sin embargo, según Aleksander Peczenik, la lista de principios es redundante. La racionalidad mínima, como la llama Peczenik, es una “práctica que satisface la exigencia de consistencia lógica y está orientada hacia la combinación óptima de dos ideas regulativas: la idea de que uno debería ser capaz de expresar con generalidad tanto la descripción como la evaluación y la idea de que tanto la descripción como la evaluación deben ser apoyadas por razones”(43). No se puede graduar la consistencia, dice Peczenik, pero se puede graduar el apoyo y la generalidad y, así, también la racionalidad. Una menor generalidad va unida, a veces, a un mayor apoyo mutuo y *vice versa*. En tales casos, la racionalidad es una “mezcla” óptima de generalidad y apoyo. Por otra parte, no existen criterios universales de este tipo de optimalidad. No se puede saber *in concreto* qué es absolutamente óptimo, es decir, si el discurso en cuestión es racional o no en un sentido universal. Por lo que respecta a la optimalización de la racionalidad, supongo que Peczenik tiene razón. Por otra parte, en el análisis de Peczenik, el concepto mismo de racionalidad es demasiado “mínimo”. La sinceridad y la eficacia no pueden ser reducidas únicamente a la generalidad y el apoyo. En aras de la claridad conceptual, las condiciones necesarias del discurso racional pueden ser enumeradas, tal como lo hace Alexy, en cinco características: consistencia, eficacia, sinceridad, generalidad y apoyo. Sin embargo, en el catálogo de principios (y reglas basadas en ellos) de Alexy, hay una mezcla de diferentes tipos de elementos. Ciertas reglas o principios tienen el carácter de derecho natural; otros pueden tener un matiz empírico. Por lo tanto, la siguiente lista de principios y reglas de la racionalidad no es del “tipo Alexy” en el sentido estricto de la palabra.

(43) Peczenik, Aleksander, *Grundlagen der juristischen Argumentation*, págs. 167 ss. y 198 ss.

Sólo la idea básica de la racionalidad-*D* es formulada de acuerdo con el modelo presentado por Habermas y Alexy. Para nuestros fines es importante presentar el análisis de forma tal que conecte, lo más adecuadamente posible, el principio de racionalidad-*D* con la práctica normal de la investigación dogmático-jurídica. En este sentido, es posible elegir, por ejemplo, el siguiente modo de presentación.

2.4.2 Los principios y reglas básicos de la racionalidad-*D*

2.4.2.1. *Reglas de consistencia.* Como es natural, todo paso en el procedimiento racional del discurso tiene que satisfacer los criterios de consistencia. Las reglas de la racionalidad-*L* son, pues, reglas de consistencia.

Ante todo, los principios de consistencia lógica exigen, por ejemplo, que no haya contradicción interna y se respeten la ley del tercero excluido y la regla de transitividad(44). Esto ha sido tratado brevemente más arriba. La ausencia de contradicción interna significa que un enunciado y su negación no pueden existir al mismo tiempo en la misma configuración de justificación.

De acuerdo con la ley del tercero excluido, una proposición es o bien verdadera o falsa, no existe una tercera posibilidad(45). La misma ley puede ser formulada de diferentes maneras, diciendo, por ejemplo, que si el ser *X* tiene la propiedad *P*, esta propiedad no puede al mismo tiempo faltar en el ser *X*. De acuerdo con la regla de transitividad, es verdad lo siguiente: si una persona acepta los enunciados “si *p* entonces *q*” y “si *q* entonces *r*”, tiene también que aceptar el enunciado “si *p* entonces *r*”.

2.4.2.2. *Reglas de eficiencia.* Para ser racional, el discurso práctico presupone efectividad: el discurso tiene que resultar en una conclusión. Un discurso inefectivo es una anomalía. Esto significa, por ejemplo, que los hablantes usan sus expresiones de la misma manera. Con otras palabras, entre los participantes (*A* y *B*) no existe ningún desacuerdo lingüístico manifiesto. Todas las diferencias lingüísticas de opinión tienen que ser eliminadas antes de que sea posible discutir sobre una base racional el desacuerdo material. Esto puede ser llamado también el principio de significados similares (similitud)(46).

(44) Ver Alexy, op. cit., págs. 234 ss., quien presenta cuatro reglas básicas (*Grundregeln*) con respecto a la consistencia. Ellas son: (a) ningún hablante puede contradecirse, (b) todo hablante sólo puede afirmar aquello que él mismo cree, (c) el tratamiento de casos análogos debe ser coherente y (d) distintos hablantes no pueden usar la misma expresión con distintos significados.

(45) von Wright, *Logikka, filosofia ja kieli*, págs. 100 ss.

(46) Alexy, op. cit., págs. 234 ss.

Las partes en la interpretación no sólo deben tener un lenguaje común sino que también deben usar cada expresión de una manera uniforme. Una parte en la interpretación no puede cambiar inesperadamente el juego del lenguaje sin justificar el cambio en el uso del lenguaje. Un cambio inesperado en las convenciones lingüísticas perturba el todo del discurso. Al obligarse uno mismo a este tipo de regla de consistencia, se evita la posibilidad de que, durante la interpretación, un desacuerdo material se convierta en un desacuerdo lingüístico.

2.4.2.3. *Reglas de sinceridad.* Todo aquel que hable el lenguaje en cuestión tiene derecho a participar en la discusión. Este puede ser llamado el principio de apertura subjetiva(47). Significa, además, una prohibición de invocar autoridades. La discusión pierde su base racional si uno de los participantes es eliminado por no poder apoyarse en una autoridad. El discurso racional se desarrolla siempre sobre una base material y no sobre la base del prestigio de los participantes.

La prohibición de la coacción. La coacción física o mental no puede ser utilizada en contra de alguno de los participantes en la discusión. En conexión con el punto señalado más arriba, podemos decir también que la racionalidad supone que está eliminada la persuasión autoritativa. Una base material puede lograr su pleno vigor sólo dentro de un marco en todos los respectos libre de coacción.

Cada participante tiene derecho a cuestionar un enunciado presentado. No pueden haber temas excluidos de la discusión; no pueden haber tabúes. Este puede ser llamado el principio de apertura material(48). Complementa los criterios indicados más arriba que posibilitan la crítica.

La exigencia de honestidad significa que un participante no puede invocar una justificación que sabe es inválida. Una persona que conscientemente utiliza una justificación inválida no está intentando influenciar el resultado

(47) Alexy, op. cit. págs. 250 ss. Ver también Hare, R.M., *Moral Thinking*, 1981, págs. 107 ss. Aquí se puede objetar que, en muchos casos, no es posible seguir el principio de apertura subjetiva. Si un participante en la discusión pretende establecer una dictadura cruel, podemos preguntarnos si es una "obligación racional" aceptar a esta persona como participante en la discusión. (Esta cuestión ha sido planteada por Antti Koura y Matti Wiberg.)

Esta crítica no afecta en absoluto nuestro concepto de racionalidad porque éste se refiere al *procedimiento* del discurso y no al resultado material. Así también gente que aboga por valores extraños o por creencias inaceptables debería ser admitida como participantes en el diálogo. Las pautas del discurso racional son neutrales por lo que respecta a la substancia de la discusión.

Lo mismo vale para el principio de honestidad (discutido en el texto). En algunos casos, podría ser "ventajoso" para la persona en cuestión no revelar todos sus argumentos. Un comportamiento tal hasta podría estar bien fundamentado desde el punto de vista moral. Sin embargo, no actúa racionalmente al hacerlo. Una vez más, deberíamos distinguir entre las pautas del discurso racional y la aceptabilidad de la conclusión.

(48) Alexy, op. cit., pág. 240.

sobre bases substanciales sino a través de la persuasión. Con otras palabras: una persona que viola la exigencia de honestidad viola una de las condiciones de la racionalidad.

Este grupo incluye, aunque en menor medida, la actividad en la que una persona afirma que la justificación es válida aunque no está segura de ello. Por ejemplo, en una discusión acerca del ingrediente de nuestra comida, se dice que una substancia X no está envenenada a pesar de que en ese momento no hay posibilidad de aseverar ni su carácter inofensivo ni su peligrosidad.

Si alguien desea que otra persona acepte su punto de vista sobre bases racionales, tiene que ser imparcial, es decir, tiene que ser objetivo específicamente en este sentido(49). Con respecto a la justificación, esto significa, sobre todo, que el intérprete tiene que presentar no sólo sus puntos de vista sino también argumentos en contra de sus propias razones. Con otras palabras: tiene que seguir el principio de *audiat et altera pars*. Robert Alexy se refiere a esto cuando observa: “A esta exigencia de imparcialidad referida a un hablante corresponde la exigencia referida a las discusiones del derecho de cada hablante a introducir cualquier argumento”(50).

2.4.2.4 Reglas de generalización. Un participante en la discusión no puede invocar un juicio de valor que él mismo no está dispuesto a generalizar para cubrir otros casos similares. Robert Alexy escribe: “Quien desea convencer a todos puede proponer sólo normas que cada cual puede aceptar”(51). Llamaremos a esto la regla de la universalidad de las valoraciones (y de los puntos de vista normativos). Por ejemplo, según Perelman, un intento de universalidad es el fundamento básico de toda argumentación racional. La violación de la regla de universalidad conduce al uso de razones que están sólo conectadas con la situación en cuestión. Son, por así decirlo, argumentos *ad hoc* cuyo poder justificatorio no va más allá de una situación particular. Por esta razón, ellos tampoco satisfacen el requisito de racionalidad.

(49) Alexy, op. cit., pág. 240. Con respecto a la relevancia de la imparcialidad, ver Niiniluoto en *Tiede 2000* I (1980), pág. 4.

(50) Alexy, op. cit., pág. 240. Al respecto, un crítico puede también sostener que, en la práctica, no siempre es posible observar el principio de objetividad. Tomemos un ejemplo (formulado por Antti Koura y Matti Wiberg): (1) A sabe que *p*, (2) no puede revelar toda la evidencia que prueba *p*, (3) *p* ha sucedido. Con otras palabras: A sabe “más” que lo que él (o ella) puede decir. En tal caso, puede ser mejor para A no decir toda su información sobre *p*. La razón de su comportamiento puede ser que desea proteger a su amigo B, acusado de un delito. Aquí la situación es la misma que la analizada en la nota 47. Los criterios del discurso racional presuponen objetividad, sin que importen las consecuencias materiales. Naturalmente, A puede abstenerse de usar ciertos argumentos en aras de la seguridad de su amigo pero, al hacerlo, no se comporta racionalmente a pesar de que su conducta puede ser aprobada desde un punto de vista material.

(51) Ibidem, pág. 214. Ver también Perelman, “Fünf Vorlesungen”, págs. 85 ss., especialmente 157.

La regla de universalidad incluye, entre otras cosas, lo siguiente: (i) hay que aceptar las consecuencias de una norma que uno mismo ha aceptado, aun cuando ello afecte la propia posición; y (ii) las consecuencias de una norma que satisface los intereses de una persona tienen que ser aceptables para cualquier otra: tienes que comportarte de forma tal que tu acto pueda ser universalizado.

Naturalmente, lo mismo vale por lo que respecta a los enunciados empíricos: uno debe ser capaz de expresar la descripción de los datos de una forma general.

2.4.2.5. *Reglas de apoyo.* La regla de la necesidad de justificación establece que, si así se lo demanda, toda proposición tiene que ser justificada (52). Es fácil ver que esto, al igual que algunas de las condiciones anteriores, está conectado con la prohibición de autoridades. Si un participante cuestiona en la interpretación un enunciado que ha sido presentado, la crítica no puede ser evitada invocando el prestigio de la persona que presentó el enunciado, so pena de violar las reglas de la racionalidad. El cuestionamiento del enunciado implica que hay una obligación de responder y esto, a su vez, puede ser hecho sólo sobre bases materiales(53).

Por lo que respecta al apoyo substancial, el concepto clave es la coherencia. El enunciado interpretativo (P_i) tiene que ser coherente con todo el material – fuentes del derecho – utilizado como razones para P_i . Por otra parte, el concepto de coherencia mismo requiere mayor análisis. En aras de la claridad, recordemos los dos haces de enunciados:

$$Q_i M_i (F_1 \dots F_n \ \& \ V^1_1 \dots V^1_n)$$

$$Q_j M_j (F_1 \dots F_n \ \& \ V^j_1 \dots V^j_n)$$

Es innecesario señalar las dificultades implicadas en el concepto mismo de coherencia. Lo único que se intenta aquí es recordar que el concepto de coherencia tiene especial relevancia para la dogmática jurídica. Como ya se expresara en los capítulos introductorios, la dogmática jurídica no es una ciencia empírica por lo que respecta a la confirmación de los enunciados normativos. Se ocupa del lenguaje, del contenido de significado de las leyes. En este respecto, la dogmática jurídica es de naturaleza interpretativa y pertenece a la misma familia de investigaciones que las ciencias humanas (*Geisteswissenschaften*). Por ello, el concepto de coherencia está más cerca de la dogmática jurídica que el mismo concepto de correspondencia. El problema reside en saber cuándo y bajo cuáles condiciones es posible decir que todo el material argumentativo proporciona un apoyo coherente a la interpretación.

(52) Ibidem, pág. 239. Alexy expresa esta regla con una formulación general y la convierte así en regla básica de la racionalidad de la discusión: "Cada hablante debe fundamentar, si se le solicita, lo que sostiene..."

(53) Alexy, op. cit., pág. 242.

La relación entre coherencia y apoyo es controvertida. Justificar un punto de vista es lo mismo que apoyar ese punto de vista. Por otra parte, el apoyo está vinculado con la coherencia. Si p apoya q , entonces p es una buena razón para q . Al respecto, Pezzenik afirma: Si p es una buena razón para q , entonces p y q son recíprocamente coherentes(54). Sin embargo, parece existir un *circulus vitiosus* en este tipo de definición. El concepto de apoyo incluye ya el de coherencia. Por lo tanto, el concepto de coherencia no puede ser definido por medio del concepto de apoyo. Aquí la coherencia tiene que ser entendida como un criterio para el apoyo: p es una buena razón para q si p y q son recíprocamente coherentes. Por otra parte, la relación de coherencia se da si:

(a) Los enunciados no son lógicamente contradictorios(55). Además, los enunciados deben satisfacer, al menos, los dos siguientes requisitos.

Primero, ninguna fuente individual del derecho F_i puede ser a la vez un argumento en pro y en contra.

Segundo, la fuente del derecho F_i y su opuesta $-F_i$ no pueden ser usadas como justificación. Sin embargo, la condición de no contradicción es más bien un criterio laxo de coherencia. No establece ningún requisito interno de justificación de los enunciados. Cualquier enunciado es coherente mientras no sea lógicamente contradictorio y satisfaga las otras condiciones dadas.

(b) Por esta razón, debemos también exigir que los enunciados cuadren. Repitiendo lo dicho por Charles Taylor, se trata de una cuestión de conexión plausible pero no-deductiva entre el punto de vista interpretativo y el material justificante(56). En este sentido, las fuentes del derecho F_1 y F_2 cuadran ambas con una alternativa interpretativa I si esos argumentos promueven la credibilidad de la justificación.

Sin embargo, el problema real con respecto a la coherencia reside justamente en el concepto “cuadrar recíprocamente”. Aquí, sólo es posible presentar unas pocas líneas generales que explican la naturaleza del problema. Para que pueda decirse que un conjunto de F_i y el punto de vista I_i son coherentes entre sí tienen que ser satisfechas, por lo menos, dos condiciones adicionales:

(i) La justificación F_i tiene que ser relevante desde el punto de vista interpretativo I_i . Se puede también decir que la justificación debe tener cierta fuerza justificatoria(57). La condición de relevancia se refiere, ante todo, só-

(54) Pezzenik, *The Basis of Justification*, pág. 86. Cfr. Baum Levenbook, Bárbara “The Role of Coherence in Legal Reasoning”, págs. 362 ss.

(55) Aarnio, *Denkweisen der Rechtswissenschaft*.

(56) Taylor, Charles, “Interpretation and the Sciences of Man”, págs. 8 ss.

(57) Perelman, “Fünf Vorlesungen”, pág. 92.

lo a las situaciones en las que F_i e I_i son contingentes. La validez de la justificación tiene que poder ser decidida sin considerar a I_i como justificada. Con otras palabras, no forma parte de la condición de relevancia una relación lógica o conceptual entre F_i e I_i .

(ii) La relevancia misma puede ser definida de la siguiente manera. Si es posible justificar I_i sin hacer referencia a las fuentes del derecho F_i , F_i no es relevante desde el punto de vista de I_i . En términos generales, la relevancia significa que existe una conexión fáctica entre la justificación y la interpretación alternativa. El papel de la coherencia puede también ser ilustrado recordando la idea de justificación interna y externa. Como se ha señalado, es posible colocar *ex post* toda interpretación en el esquema:

SILOGISMO I	Premisa P_1
	Premisa P_2
	Conclusión I_i

El núcleo de la justificación jurídica reside en la argumentación en *pro* y en *contra* mediante la cual uno apoya las premisas (o una de ellas). Por lo tanto, en su conjunto, el procedimiento puede ser escrito, desde el punto de vista externo, de la siguiente manera:

	Conclusión I_i
Argumentos:	Silogismo II
	Silogismo III
	.
	Silogismo N

Es posible escribir cada argumento particular en una forma silogística (deductiva), es decir, en el modo de la llamada justificación interna. Sin embargo, la cadena de argumentos, desde la premisa P_i hasta el silogismo final (Silogismo N) no es de naturaleza deductiva. Está sólo guiada por las reglas y principios del discurso racional (a más de las pautas de la interpretación jurídica).

Por lo tanto, el concepto mismo de coherencia está conectado con la totalidad de los argumentos. La conclusión I_i está justificada si y sólo si la cadena de argumentos satisface los criterios de coherencia, es decir, si y sólo si los argumentos F_1 - F_n junto con I_i forman una totalidad homogénea parte-todo. Por otra parte, esto significa que las reglas de racionalidad (racionalidad- L y racionalidad- D) no garantizan el conjunto coherente de argumentos – la

coherencia puede también ser lograda accidentalmente – pero estas reglas maximizan la posibilidad en la sociedad de producir una base coherente de argumentación para la interpretación jurídica. El objetivo de la justificación es lograr la coherencia y, por medio de ella, la aceptabilidad en la comunidad jurídica. Los medios que sirven este objetivo son justamente las reglas de la interpretación jurídica y las reglas generales de la racionalidad.

2.4.3. *Las reglas de la carga de la prueba*

Las reglas de la carga de la prueba pueden, en términos generales, ser divididas en dos grupos principales. El primer grupo incluye las reglas procedimentales de justificación. En ciertas situaciones, la persona que formula la justificación está obligada a presentar pruebas, cualquiera que sea el tipo de justificación. El segundo grupo, a su vez, consiste específicamente en las reglas que se refieren al contenido de la justificación. Son las reglas materiales de la carga de la prueba.

En conexión con ambos grupos, hay razón para hablar específicamente de reglas y no de principios. Sólo hay dos alternativas para las reglas de la carga de la prueba: o bien serán seguidas o bien no lo serán. En este respecto, se diferencian de las normas que tienen el carácter de principios.

2.4.3.1 *Reglas procedimentales de la carga de la prueba.* (a) Siguiendo a Chaim Perelman, podemos decir que la base de la vida intelectual y social reside en la continuidad(57). No es sensato renunciar sin justificación a lo que ha sido adoptado como prevaleciente. Esta no es una exhortación al conservadurismo para mantener el *status quo*. Es tan sólo una regla de la carga de la prueba: necesariamente, un cambio en la situación dominante tiene que ser justificada. Robert Alexy formula este principio de la siguiente manera: “una concepción que ha sido ya aceptada no puede ser abandonada sin razón suficiente”(58). La situación prevaleciente o la comprensión prevaleciente está justificada tal como es. Es el punto de partida. La carga de la prueba recae sobre la persona que critica la situación prevaleciente y desea un cambio. Pero, sobre la base de esta crítica, la carga de la prueba puede desplazarse de forma tal que la situación prevaleciente tenga que ser justificada para que permanezca tal como es. El valor de la carga de la prueba se vincula así con la dinámica social.

La regla a la que se hace aquí referencia ha sido derivada del principio general tratado más arriba. De acuerdo con este principio general, no todo lo que es posible exige justificación. La necesidad de justificación sólo surge cuando alguien cuestiona la opinión presentada. Así llegamos a la segunda regla relacionada con la carga de la prueba.

(58) Alexy, op. cit. pág. 216.

(b) Una persona que presenta una justificación de su proposición o punto de vista está obligada a presentar una justificación adicional sólo si la justificación es cuestionada(59). De acuerdo con esta prohibición de justificación innecesaria, no es racional presentar una justificación adicional de la justificación originaria si ello no es requerido. A su vez, la cuestión de la justificación puede conducir a la necesidad de una nueva justificación o a la necesidad de justificar o precisar la justificación presentada.

(c) Una persona que recurre a una proposición o a un punto de vista no relevante para la justificación o que carece de poder justificatorio tiene la carga de la prueba y ha de explicar por qué ha utilizado esta justificación. Los principios del discurso racional son violados si se utiliza como justificación un material que no tiene ninguna conexión con la cuestión que debe ser justificada. Al menos podemos presuponer que la persona que presenta esta justificación dará razones de su comportamiento. Así, puede eliminarse la posibilidad de que la discusión sea desviada por razones extrañas y manipulada.

2.4.3.2. *Reglas materiales de la carga de la prueba.* (a) El principio del tratamiento equitativo prescribe que los casos similares sean tratado de forma similar. Con otras palabras: el objetivo del principio es garantizar la igualdad substancial. Cuando es formulado como una regla de la carga de la prueba, enuncia que una persona que viola el principio de tratamiento equitativo está obligada a justificar su comportamiento(60). No es una obligación material de tratar de la misma manera a quienes se encuentran en la misma posición. La regla sólo se refiere a la obligación de presentar una prueba. Hay que explicitar las razones (reales) de por qué, por ejemplo, *A* y *B* han sido tratados diferentemente en situaciones similares.

En el nivel de la teoría de las normas, la diferencia se manifiesta en el hecho de que la exigencia de tratamiento substancialmente igual es algo que pertenece a la categoría de los principios, no de las reglas. El principio de tratamiento equitativo puede ser objeto de numerosas aplicaciones diferentes. Ninguna de ellas viola el principio mismo. La obligación de presentar prueba es definida por una norma del tipo de una regla. Si es violada, el intérprete no actúa racionalmente.

(b) En ramas especiales de la ciencia, las reglas de la carga de la prueba están conectadas con la metodología de la rama en cuestión. En la dogmática jurídica, existen por lo menos dos reglas que pertenecerían a esta categoría. Se refieren a las llamadas fuentes del derecho de obligación débil.

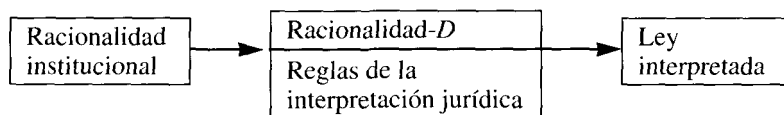
- Si se dejan de lado los *travaux préparatoires*, la persona que lo hace tiene que justificar su proceder y

(59) Ibidem, pág. 244.

(60) Ibidem.

- si una persona no se refiere a la práctica de la corte en el asunto en cuestión, tiene que justificar su procedimiento.

2.4.4. *Resumen.* Sobre la base de la discusión anterior, puede decirse que el diálogo entre el intérprete *A* y el receptor de la interpretación *B* sigue los criterios del discurso racional si satisface las condiciones generales de racionalidad y no se violan las reglas especiales de la carga de la prueba. El discurso responde entonces a la racionalidad-*D*. Siguiendo las reglas de la racionalidad-*D* y las pautas de la interpretación jurídica, uno transforma la racionalidad institucional del orden jurídico en derecho interpretado. Con otras palabras: se ofrece una interpretación de lo que es la racionalidad institucional en la sociedad. Sin embargo, la racionalidad-*D* por sí sola no asegura que la interpretación será aceptable en la comunidad jurídica. Además del discurso racional, la aceptabilidad requiere (repitiendo lo dicho más arriba) las siguientes condiciones: (a) las partes en el diálogo tienen una base común en el conocimiento, es decir, su evidencia con respecto a la realidad es igualmente amplia, y (b) ambas partes tienen que someterse ellas mismas a los mismos valores. La acumulación de evidencia conduce a la eliminación del desacuerdo en la medida en que éste es una cuestión de diferencias cognitivas. Con respecto a los valores, tal no es el caso.



En lo que sigue, se adopta una posición de relativismo axiológico moderado. Esto significa que los valores no son interpretados objetivamente, es decir, que los juicios de valor podrían ser verdaderos o falsos en el sentido fuerte de la palabra. Se puede hablar de verdad sólo si se presupone que ha habido un acuerdo previo acerca de los criterios de verdad. Así la oración “Este paisaje es bello” es verdadera si y sólo si los criterios de verdad han sido definidos de antemano. A su vez, los criterios no son universales con respecto al tiempo y al espacio. Por el contrario, están tipificados por la relatividad histórica. Esto se debe no sólo al hecho de que el conocimiento humano de los valores varía con el tiempo y la cultura. El problema es más profundo. Los valores no son una entidad ontológica que pudiera existir independientemente del sujeto. En este respecto, existe una diferencia entre la realidad física y la “realidad axiológica”. Puede ser que también nuestro conocimiento de la realidad física sea muy limitado; pero sigue siendo el caso de que el mundo físico está “allí”, fuera de nosotros. Esto no sucede con los valores.

Esto no significa que los valores carezcan de objetividad en un sentido intersubjetivo. Los valores no varían con el individuo en un grado tal que ca-

da uno de nosotros tendría su propia constitución valorativa autónoma. Como es precisamente este aspecto el que tiene relevancia decisiva para responder a la crítica relacionada con la arbitrariedad de las interpretaciones jurídicas, conviene analizar aún más la cuestión de la intersubjetividad de los valores y de los juicios de valor.

2.5. Interpretaciones y valoraciones

Los valores y las valoraciones pueden ingresar en el procedimiento interpretativo de diversas maneras:

(a) Cuando un intérprete jurídico tiene que elegir entre diferentes fuentes del derecho que apoyan alternativas de interpretación de tipo muy diferente, las fuentes del derecho tienen que ser colocadas en un orden de preferencia de acuerdo con su peso argumentativo en la justificación jurídica. Por ejemplo, se considera que un precedente tiene un peso argumentativo mayor que una referencia al mismo asunto en un informe de comisión. Por lo tanto, la elección entre las fuentes del derecho que han de ser utilizadas en la justificación de la decisión jurídica posee, en parte, una carga valorativa.

(b) La analogía jurídica – ampliamente utilizada en la práctica de la interpretación jurídica – posee necesariamente también una carga valorativa. Esto se debe a la clave de semejanza utilizada en la inferencia por analogía. La existencia de esta semejanza – que es la que justifica la analogía jurídica – no puede ser definida con meros criterios objetivos o cognitivos.

(c) El razonamiento práctico, es decir, la discreción de las consecuencias de una decisión jurídica tiene también una carga valorativa. Las consecuencias de una decisión jurídica pueden ser de naturaleza causal (por lo que respecta a los efectos de la decisión en el mundo real) o sistémica (por lo que respecta a los efectos de la decisión en el sistema jurídico). En ambos casos, las consecuencias de la decisión son observables con la ayuda de criterios cognoscitivos. Sin embargo, la elección entre las diferentes alternativas de interpretación que conducen a los diferentes tipos de consecuencias posee, en parte, una carga valorativa ya que las consecuencias tienen que ser colocadas en un orden de preferencia.

(d) Puede haber también una referencia directa a cierto valor o principio moral en la justificación de una decisión jurídica.

Tomemos el ejemplo de la ley finlandesa sobre el aborto. Según ella, el aborto es legal sólo si se invocan las razones mencionadas en la ley. Una de las razones aceptables para el aborto son las llamadas “razones sociales”. El contenido de este concepto está determinado, por ejemplo, por consideraciones tales como el valor de la vida misma, el valor de la salud de la madre y el bienestar social tanto de la madre como del hijo. Interpretaciones con una carga axiológica similar pueden darse también en otras partes del derecho de

familia, por ejemplo, en la interpretación de las razones jurídicas del divorcio. En términos bien generales, podría decirse que en la justificación jurídica ingresan puntos de vista éticos y morales tan pronto como una norma jurídica se refiere a la persona como ser moral.

Sin embargo, la existencia de valores inherentes a la interpretación jurídica no significa que el intérprete jurídico base siempre la decisión en sus propias valoraciones. Si, por ejemplo, en el campo del derecho contractual el resultado de la interpretación está basado en una comparación de los intereses sostenidos por el cliente y el vendedor, la decisión obtenida puede reflejar igualmente los valores sociales prevalecientes, tal como los concibe el intérprete. Tal es el caso, por ejemplo, de la interpretación de un acuerdo realizado por dos ciudadanos comunes. El intérprete puede aproximarse al asunto desde el "punto de vista externo". Sin embargo, este punto de vista interpretativo no es un punto de vista normativo adecuado. Lo será sólo después que el propio intérprete haya hecho una elección en el sentido indicado en los puntos (a)-(d). En la relación jurídica entre un cliente y un vendedor, es concebible un punto de vista normativo, por ejemplo, cuando el uno es un ciudadano privado y el otro un representante de la administración pública. El resultado del caso puede entonces depender de la actitud que el intérprete tenga con respecto a la administración pública. Si está sistemáticamente inclinado a favorecer los intereses individuales a expensas de los colectivos, sus interpretaciones tenderán a favorecer, en situaciones de conflicto, aquellos intereses. En tal caso, el intérprete no se limita simplemente a expresar "objetivamente" los valores sociales comúnmente dominantes sino que hace su propia elección. El mismo asunto puede ser ilustrado también con las interpretaciones del derecho de familia a que se ha hecho referencia más arriba. En lo que sigue, se tratarán justamente este tipo de composiciones valorativas.

Dividimos las cosas en valiosas y disvaliosas. Un valor (y consecuentemente un disvalor) es, pues, una propiedad de un estado de cosas o de un objeto. Es la propiedad de ser valioso. El objeto *X* tiene la propiedad *Y*. A su vez, una valoración es la creencia de un sujeto de que un cierto asunto tiene o no tiene un valor. Una valoración está así ligada siempre a un sujeto. *A* tiene sus evaluaciones, *B* las suyas, etcétera. La valoración tiene la forma: "*X* tiene el valor (propiedad) *Y*"(61).

(61) Ver Rescher, Nicholas, *Introduction to Value Theory*, pág. 9. Ver también Toulmin, Stephen, *Reason in Ethics*, págs. 43 ss. Por su parte, Jareborg observa: "El valor no es un hecho. Pero que *V* es un valor es un hecho si es verdad que *V* es un valor", cfr. Jareborg, *Värderingar*, pág. 187. Con respecto a esta cuestión, ver también Hare, "What is a Value Judgement?", págs. 383 ss.

Cfr. Brandt, Richard B., *Ethical Theory*, págs. 271 ss. He tratado ya esta temática en *Denkweisen der Rechtswissenschaft*, págs. 155 ss. Ver también Hermerén, Göran, *Värdering och objektivitet*, págs. 82 ss. y Raphael, D.D., *Moral Philosophy*, págs. 11 ss.

Un valor no es una propiedad objetiva en el mismo sentido que, por ejemplo, la dureza o la suavidad pueden ser propiedades de un objeto. No es posible derivar valores de cuestiones objetivas ni justificarlos únicamente con ellas. Por ejemplo, no es posible demostrar que las necesidades biológicas de una persona justifican objetivamente algún valor. Tomemos un ejemplo. Podemos decir que la comida es necesaria para la persona a fin de mantener su producción de energía y, a través de ella, la propagación de la especie humana. Este es un hecho biológico que no necesita ser probado aquí. Pero aun así, la garantía de la comida para todas las personas no es un valor objetivo. La necesidad biológica no es lo mismo que el valor de la nutrición. Cuando decimos que es valioso asegurar la comida a cada cual, conferimos valor a esta cuestión. Lo admitamos o no, las valoraciones han sido trenzadas alrededor de la proposición biológica. La supervivencia de cada persona es, sin duda, algo que, en nombre de la humanidad, debería contar con todo apoyo, pero la necesidad biológica de alimento, en tanto hecho, no hace que la supervivencia sea un valor en sí mismo. Si, por ejemplo, alguien afirma que las condiciones de supervivencia deberían ser aseguradas sólo para aquellos que son los "mejores de la especie humana", podemos considerar a esta persona como inhumana y no estaremos dispuestos a apoyar su concepción. Pero no podemos defender nuestras propias concepciones (sólo) sobre la base de la necesidad biológica de alimentos. Algo más se desliza en nuestro razonamiento. Incluye el respeto de la vida humana como un valor en sí mismo. Es verdad que esto, a su vez puede ser justificado con diferentes argumentos empíricos pero, en algún estadio, se corta el lazo entre valores y cuestiones pertenecientes a la realidad.

Sin embargo, el enunciado "X es bueno" puede ser sólo de naturaleza técnica. Por ejemplo, un cuchillo puede ser bueno para cortar la rama de un árbol. Aquí una cierta cosa es un medio adecuado para un cierto fin (u objetivo). El enunciado "X es bueno" es verdadero o falso según el estado de cosas existente. Este tipo de lo bueno no es interesante desde el punto de vista del presente estudio. La problemática especial está vinculada con los llamados valores intrínsecos. Allí no es posible encontrar una relación medio-fin.

De lo aquí dicho se sigue, por ejemplo, que un valor intrínseco tal como "bueno" no es, en un sentido, objetivamente controlable. Por consiguiente, no considero aquí el problema "¿Cuál es la naturaleza de los valores?". He intentado, en cambio, analizar la estructura de las valoraciones y, especialmente, la estructura de su justificación. El enunciado "X es bueno" no es una mera descripción de las actitudes del hablante, de puntos de vista del estado psicológico y tampoco de alguna entidad especial. No se trata aquí de un enunciado que pudiera corresponder a un estado de cosas. Si A dice que X es bueno y B contradice este enunciado, ambos pueden sustentar sus posiciones sin que sea posible demostrar, sobre una base objetiva, que una de ellas es

incorrecta. En este respecto, las valoraciones que se refieren a valores intrínsecos difieren de las proposiciones de hecho. Si un enunciado fáctico (p) es verdadero, su negación (el enunciado $\neg p$) no puede ser verdadero al mismo tiempo. La negociación de este tipo de juicio de valor es diferente a la negación de un enunciado fáctico.

Como señala Timothy Stroup, no hay forma racional de resolver la disputa entre A y B porque en ella están siempre implicados métodos no racionales⁽⁶²⁾. Por consiguiente, si A o B realmente logran que el otro cambie de opinión, esto se debe al hecho de que la persuasión del primero ha conducido a este resultado. Si verdaderamente es una cuestión de evaluaciones fácticas y últimas (valores intrínsecos), la coincidencia de opiniones no puede ser la consecuencia de la presentación de una justificación objetiva. Esto significa, desde un punto de vista algo diferente, que es imposible enunciar a un nivel universal, que algo es bueno o bueno en sí mismo.

Sin embargo, definidas de esta manera, la subjetividad y la relatividad no implican que las valoraciones sean arbitrarias, a pesar de que la diversidad de opiniones es lo normal en el ámbito de la moral. No hay razones para someternos al relativismo ingenuo de acuerdo con el cual el mero hecho del desacuerdo moral muestra que ningún principio moral puede ser absolutamente correcto. Los términos “subjetividad” y “relatividad” no dicen nada acerca de si es posible proporcionar una cierta solidez a las valoraciones. Después de todo, queda abierta la siguiente cuestión: ¿es posible justificar las valoraciones de forma tal que, al menos en algún sentido, podamos hablar de un control de las mismas? Teniendo en cuenta la conexión entre valoraciones e interpretación jurídica, esto se refiere también a la cuestión de la racionalidad de la argumentación y a las condiciones filosóficas de la racionalidad.

Tomemos como punto de partida la siguiente proposición: “ X es bueno”. Si no estamos de acuerdo, tenemos que preguntar: “¿Por qué?”. Según cuál sea el punto de partida, la respuesta podría ser, por ejemplo, que X es bueno porque provoca tales y cuales consecuencias. Los filósofos de la moral llamarían teleológica a una tal justificación: se refiere a las consecuencias de un asunto o de un acto. Por lo tanto, el problema reside en la relación medio-fin y la valoración técnica de este tipo puede ser verdadera o falsa, según los hechos. El otro tipo de respuesta puede ser llamado deontológico. En este caso, la justificación se refiere a una norma que apoya la valoración. La norma de apoyo que cubre el caso en cuestión puede, por ejemplo, ser de naturaleza teleológica. Sin embargo, después de estas respuestas, es posible formular una nueva pregunta: “¿Por qué es esto así?”. Esta pregunta no se refiere a la relación medio-fin sino a los fines en cuestión. La cadena de preguntas y respuestas puede así ser continuada y cada respuesta proporciona

(62) Stroup, Timothy, “Edward Westermarck: A Reappraisal” en *Man* (N.S.) 19, pág. 578.

algo nuevo al concepto de fin “bueno” (o de “el mejor”). Pero, en algún estadio, llegamos a un límite. Al final de la cadena de respuestas, ya no es posible presentar una nueva justificación. *X* es considerado simplemente como bueno porque provoca tales y cuales fines buenos o, dicho brevemente, *X* es bueno porque es bueno.

Esto significa que las valoraciones pueden ser justificadas hasta un cierto límite pero no es posible determinar la justificación última. Si en esta situación alguien presenta opiniones diferentes con respecto al valor de *X*, nada puede hacerse para eliminar el desacuerdo. Sin embargo, no carece de importancia poner de manifiesto la cadena de justificación. En la medida en que ello es posible, las partes exponen así sus opiniones y encuentran la causa última de desacuerdo.

Por lo tanto, la discusión de la racionalidad de las valoraciones es en algún sentido posible y en otro no. Una valoración última puede ser entendida como verdadera en relación a un sistema de valores. Es decir, dentro del sistema de valores elegido, es posible, en el sentido fuerte de la palabra, presentar argumentos racionales en favor de una valoración. Por otra parte, el sistema de valores en sí mismo no puede ser justificado sobre una base objetiva y, con referencia a este aspecto de la cuestión, hay razón para sostener que toda valoración es de naturaleza relativa.

¿Significa esto que los sistemas de valores en sí mismos son arbitrarios y las valoraciones, en última instancia, dependen del “gusto” de una persona? Mi respuesta es negativa. Como señalara Edward Westermarck, en la medida en que las diferencias de opiniones morales dependen del conocimiento o la ignorancia de los hechos, de creencias específicas religiosas o supersticiosas, de diferentes grados de reflexión, de las distintas condiciones de la vida social o de otras circunstancias externas, no chocan con aquella universalidad que está implicada en la noción de la validez objetiva de los juicios morales. Esto es así porque existe una uniformidad substancial en la estructura de los seres humanos(63). Comparto la opinión de Westermarck por lo que respecta a las causas cognitivas de la controversia moral, pero mis razones de esta conclusión son de tipo diferente.

En la práctica social, los sistemas de valores no son creados autónomamente por los individuos o por un grupo. En el sentido lógico, sólo es posible “decidir” acerca de la adopción de un sistema de valores. ¿Por qué? Mi propia opinión – que intenta eliminar el convencionalismo extremo – está basada en una cierta interpretación del concepto “forma de vida”. Para avanzar algo en la discusión, argumentaría que todo enunciado valorativo está conectado con una totalidad compleja de otros enunciados. Siguiendo a Ludwig Wittgenstein, se puede hablar de un nido de enunciados. Sin embargo, este nido no es arbitrario. En tanto un todo, está conectado con una cierta base, es decir, con la

(63) Westermack, Edward, *Ethical Relativity*, 1932, págs. 195-196.

forma de vida. Esto significa que los sistemas de valores están “ligados a nuestra vida”, están conectados con nuestra “práctica vital”. Así también los criterios de las valoraciones están enclavados fuera de nosotros.

Esto significa más o menos lo mismo que lo que indica R.M. Hare cuando escribe: “... al preferir lo que preferimos, la moralidad nos obliga a adaptarnos a las preferencias de otros y esto tiene el efecto de que cuando pensamos moralmente y lo hacemos racionalmente, todos preferimos las mismas prescripciones morales acerca de asuntos que afectan otra gente”(64). Por una parte, Hare llama a esta posición no-descriptivismo y, por otra, prescriptivismo racional universal. En este aspecto, mi línea de pensamiento es la siguiente.

Como individuo, una persona puede sostener las opiniones que desee, también por lo que respecta a los valores y principios morales. Pero, si desea participar en la interacción social, tiene que tomar en cuenta a los demás. La moral es una forma de generalizar; es participación en la interacción y en la comunicación sociales. En este contexto, un individuo no puede actuar autónomamente como se le ocurra. Podemos, pues, avanzar un paso.

Una comunidad social es una comunidad cooperativa. La vida abierta y democrática no puede permitir a cada cual su propio código de valores. No puede permitir que cada individuo confíe meramente en la intuición para apoyar sus juicios de valor. La vida social requiere la participación en formas de actividades conjuntas. Tiene que ser posible controlar públicamente los juicios de valor de una persona. Y, lo que es más importante, el control de estos juicios de valor tiene que satisfacer los criterios de racionalidad. Tiene que estar sujeto también a la racionalidad-*D*. Los juicios de valor tienen que estar apoyados en una justificación lo más racional posible. No es racional, por ejemplo, considerar como valioso algo que supera, en principio, el actual potencial (físico) de la gente. La naturaleza práctica de la racionalidad respeta tanto la capacidad de la gente como la necesidad humana. Trataré de ofrecer una justificación sobre la base de algunas de las concepciones de Ludwig Wittgenstein. Con su ayuda, procuraré demostrar que es posible justificar una teoría del valor no-descriptiva y, sin embargo, racional.

Se ha dicho a veces que en la filosofía wittgensteniana no hay lugar para la ética o para puntos de vista morales. Esta opinión podría parecer estar apoyada por el hecho de que Wittgenstein no formuló una teoría específica del valor y que, por ejemplo, su obra *On Certainty* sólo trata de lo que llamaré la base de certeza de las proposiciones “empíricas”. Como observa Henry

(64) Hare, *Moral Thinking*, pág. 228. Ver también MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, pág. 274: “Cualesquiera que sean las propias creencias, vivimos entre seres humanos en una o varias comunidades. Nuestros congéneres tienen, y sabemos que tienen actitudes morales y expectativas morales con respecto a nosotros mismos, que reflejan sus principios y, quizás, sus reglas morales: su código moral”.

Le Roy Finch, esta opinión parece ser equivocada(65). En realidad, la ética se encuentra inmanentemente en el pensamiento de Wittgenstein. Consideraré sólo un aspecto del problema, que tiene estrecha conexión con nuestro tema.

El concepto de acción juega, como se ha observado, un papel clave en la última filosofía de Wittgenstein. El juego del lenguaje es acción y la base del juego del lenguaje reside en la acción, en actos (primitivos) que constituyen formas de vida. A su vez, una elección ética (una expresión de un juicio de valor) es lo mismo que jugar un juego del lenguaje. Es acción y, al mismo tiempo, su base se encuentra en determinados actos.

En cierto modo, aquí se encierra el núcleo de la ética de Wittgenstein. Las elecciones éticas están basadas en actos y éstos, a su vez, están, en última instancia, injustificados. Están sólo ligados a nuestra forma de vida; podríamos decir que la justificación se encuentra allí, en nuestra vida. Henry Le Roy Finch escribe: "Tenemos en la filosofía de Wittgenstein (no expresa pero sí presupuestamente) una libertad primaria que subyace al lenguaje, formas de vida, ritos y ceremonias, creencias y pensamientos religiosos, todo lo cual tiene su fuente en esta primaria falta de fundamento"(66).

Así, Wittgenstein no otorga a las elecciones éticas nada externo, ninguna medida, ninguna pauta que pudiera ser dada de una vez para siempre y que pudiera ser construida de forma tal que toda elección ética pudiera ser evaluada con esa pauta. Toda acción tiene valor en la medida en que surge por sí misma de una primaria falta de fundamento.

Todo juicio de valor puede ser justificado dentro del marco de un juego – es este juego el que proporciona las medidas para la valoración – pero el juego mismo no puede ser justificado. En este sentido, es imposible contar con una justificación racional entre formas de vida. El pasar de una forma de vida a otra – pasando así de un sistema de valores a otro – es un asunto de la persuasión.

Paul Taylor, al analizar esta misma cuestión, observa que las normas de un determinado sistema de valores son simplemente aceptadas. Ciertas normas se convierten en básicas "simplemente por el hecho de que la persona las acepta como supremas cada vez que se le pide que justifique las pautas y las reglas que ha adoptado"(67). Lo interesante en este contexto es, al mismo tiempo, que Taylor vincula específicamente los sistemas de valores con formas de vida. Escribe: "Una forma de vida puede incluir un sistema moral, un sistema estético, un sistema político, un sistema de etiqueta, etcétera. Cada sistema está constituido por pautas y reglas ordenadas jerárquicamente y todos los sistemas en su conjunto están ordenados jerárquicamente"(68). Por

(65) Finch, op. cit., pág. 217.

(66) Ibidem, pág. 218.

(67) Taylor, Paul W., *Normative Discourse*, pág. 168.

(68) Ibidem, pág. 171.

otra parte, no parece estar muy claro en Taylor la forma como se lleva a cabo la elección entre los diferentes sistemas de valores; es aquí, en mi opinión, donde reside la diferencia con lo que se ha dicho más arriba. Si lo he entendido correctamente, Taylor tiende a pensar que la elección entre sistemas de valores es, de alguna manera, racional. Sin embargo, la conexión con la forma de vida se corta en la forma expuesta más arriba. Como se ha dicho, la forma de vida es, en última instancia, acción. No es un asunto de elección racional; crea la *base* de la elección racional.

Así, la relatividad de las valoraciones es exactamente tan grande como la pluralidad de juegos del lenguaje y de formas de vida. Pero esto no conduce al caos y a la arbitrariedad. Como se ha repetido a menudo, existe una relación de parecido de familia entre formas de vida. Así, podemos indicar un número de criterios para los juicios de valor de forma tal que estos criterios “se superpongan” los unos a los otros. Y es justamente este rasgo lo que hace que el relativismo axiológico que he sostenido sea “moderadamente relativista”. Si hay un parecido de familia suficiente entre las formas de vida (juegos del lenguaje), es posible entonces lograr un *consenso* acerca de los criterios de valoración entre quienes pertenecen a diferentes formas de vida. No sólo ellos se entienden recíprocamente, sino que también son capaces de aceptar las opiniones de los otros, aun cuando esta aceptación *no* esté basada en fundamentos racionales. En términos generales, podemos hablar de “compromisos”.

Nuevamente, cuando no hay suficiente “parecido de familia”, el consenso es imposible. Es aquí donde más fácilmente se observa el abismo entre formas de vida. En el mundo actual, es verdad, existe una relación entre la mayoría de las formas de vida. Por ello, es posible el entendimiento entre quienes se encuentran en diferentes formas de vida. Pero, aun así, las formas de vida pueden diferir entre sí tan básicamente que se vuelva imposible la aceptación de posiciones valorativas. Trataré de ilustrar mis ideas utilizando la terminología de Charles Taylor(69).

A fin de aclarar ciertos asuntos vinculados con la comprensión del comportamiento social y facilitar la comprensión del comportamiento social, Taylor adopta el concepto de “significado común”. Un ejemplo de significado común podría ser el concepto “estilo de vida finlandés”. En un sentido muy general, este estilo de vida mantiene la cohesión de la sociedad finlandesa. Sin embargo, un significado común no es la misma cosa que las orientaciones similares de las valoraciones que han adoptado diferentes individuos. Con esto me refiero al caso en donde diferentes personas valoran algo de la misma o similar manera. Un significado común puede ser interpretado de diferentes formas. Diferentes grupos pueden tener distintas opiniones acerca de qué es lo que incluye el estilo de vida finlandés. Este rasgo coloca

(69) Taylor, Charles, “Interpretation and the Sciences of Man”, pág. 11.

también a los diferentes grupos sociales en el curso de posibles colisiones. Puede decirse que si el significado común es la fuerza que mantiene unida (en un sentido conceptual) a la sociedad finlandesa, la interpretación del significado común es un asunto del grupo que la apoya. Denotemos este significado común con Y . La interpretación Y_1 del significado común está basada en las valoraciones similarmente orientadas de los miembros de un determinado grupo acerca de cómo deberían ser las cosas en la sociedad finlandesa. Otra interpretación está basada en una correspondiente forma de valoraciones, pero sus contenidos difieren de Y_1 , tal como es el caso con una tercera interpretación, etcétera.

Un “acuerdo” entre dos interpretaciones puede ser logrado con un parecido de familia suficiente acerca de cómo debería ser entendida la forma común de vida. Bajo esta precondition, A y B , – que representan diferentes interpretaciones del significado común – pueden aceptar un compromiso. Esto es lo más que los seres humanos pueden lograr en el ámbito de la discreción moral. Como dice Timothy Stroup, “lo importante en las disputas morales últimas, cuando ellas realmente existen, es lograr que desplaces tu modelo a algo más parecido al mío y, si esto no puede hacerse, entonces no puede hacerlo ni el objetivista ni el relativista”. Refiriéndose a Edward Westermarck, Stroup continúa: “Nuestros juicios morales, en lugar de ser complacientes con respecto a nosotros mismos y críticos con respecto a los demás, se volverán, a través de una mayor comprensión, más críticos con respecto a nosotros mismos y más generosos con respecto a otras personas y sus circunstancias”(70). Esto coincide con la idea central de este trabajo. La argumentación racional con respecto a las valoraciones no resultará inútil, a pesar de que las diferencias últimas de opinión están basadas en criterios no racionales.

Por otra parte, la inconmensurabilidad de dos interpretaciones no significa que haya sólo dos o, en todo caso, un número muy limitado de interpretaciones del significado común. Por el contrario, hay toda una red de tales interpretaciones, válidas al mismo tiempo. Un individuo puede sustentar más de una interpretación, según las situaciones vitales. Por lo tanto, una persona A puede aceptar la interpretación Y_1 , por lo que respecta a la moralidad sexual, pero al mismo tiempo, pertenece al grupo que acepta la interpretación Y_2 por lo que respecta a los supuestos básicos del orden económico en la sociedad. Desde un punto de vista ligeramente diferente, se puede decir que los conceptos de forma de vida y de significado común consisten en una enorme red de fragmentos y que un cierto individuo puede participar en alguno pero no necesariamente en cada uno de ellos. Sin embargo, al decir esto, dejamos abierto el propio concepto de forma de vida.

(70) Stroup, op. cit., págs. 580-581.

2.6. Conocimiento, certeza y forma de vida

Desde 1949 a 1951, Wittgenstein se dedicó primariamente al problema del conocimiento y la certeza; quizás fuera más correcto decir que trató de demostrar la diferencia entre ambos conceptos. Un punto de partida que tiene importancia en este contexto es la distinción conceptual entre conocimiento y creencia. Según Wittgenstein, el enunciado “yo creo” posee una verdad subjetiva (“personal”). Este enunciado es una expresión: no necesita ser justificado a pesar de que puede estar basado en determinadas razones. En un cierto sentido, tal justificación no pertenece a la “lógica” del juego del lenguaje de la creencia⁽⁷¹⁾. Si me encuentro en una encrucijada, puedo creer – en virtud de ciertas razones – que la senda A es la adecuada. Después, mi creencia puede resultar falsa. Entonces tendré que decir que no sabía cómo eran las cosas. Sin embargo, también en este caso yo creía que las cosas eran de una cierta manera.

Puedo también haberlo creído sin razón alguna; tan sólo lo creía. En este sentido, la justificación no pertenece como elemento necesario a la “lógica” del juego del creer. Sí, en cambio, afirmo saber algo, tengo que estar preparado para presentar una justificación de mi posición. Esta es la diferencia con respecto a la creencia. A fin de que algún otro pueda estar en condiciones de formular una opinión acerca de cómo algo puede ser conocido, tenemos que conocer el juego del lenguaje que se juega con el concepto de conocimiento. Tenemos que poder jugar este juego. Cuando podemos hacerlo, sabemos el tipo de justificación que debería ser presentado en apoyo a una proposición relacionada con el conocimiento. Esto no quiere decir que los argumentos concretos en una situación individual no pueden ser cuestionados. Por el contrario, el cuestionar los argumentos es una parte natural del juego del lenguaje jugado con la noción de conocimiento. Esto nos lleva a otro problema, a un problema que se refiere a la justificación de los argumentos.

Las garantías y argumentos presentados para respaldar una aserción forman una especie de cadena. Esta cadena debe ser continuada cada vez que la otra parte cuestiona las garantías colocadas en un cierto punto de la cadena. Veamos brevemente la analogía entre los argumentos en favor de un punto de vista interpretativo y las hebras de una cuerda: usando estos términos, se puede decir también que la cuerda tiene que ser reforzada cada vez que el tejido, a la luz de una cuestión adicional, resulta ser demasiado débil. Sin embargo, esto no puede continuar *ad infinitum*. No se puede dudar de todo. “Si tratas de dudar de todo, no llegarías tan lejos como para dudar de algo. El

(71) Esta sección está basada en *On Certainty* de Wittgenstein. He escrito previamente un artículo sobre esto: “Linguistic Philosophy and Legal Theory” en *Rechtstheorie*, Beiheft 1 (1979), págs. 17 ss. Ver, en general, Ayer, A.J., “Wittgenstein on Certainty”, pág. 226.

propio juego de la duda presupone la certeza”(72). Siendo esto así, debe haber algún punto final en la presentación de razones y justificaciones. Hay situaciones en las que tenemos que poder decir: esta cuerda soporta la tensión o, como dice Wittgenstein, tenemos que poder confiar en algo. Sin embargo, el poner fin a la duda no es “apresurado”. Es una parte del juzgar. Por ejemplo, si supusiera que todos nuestros cálculos son inciertos, la gente diría que estoy loco y no que estoy equivocado(73).

Sin embargo, las “fundamentaciones últimas” de nuestros juicios, las columnas que los sustentan, no se encuentran en la experiencia en el sentido de que podríamos descubrir el punto terminal de la cadena de justificación aprendiendo de la experiencia(74). Los eslabones últimos de la cadena de argumentos son proposiciones que “juegan un peculiar ... papel en el sistema de nuestras proposiciones empíricas”(75). La idea aquí es, me parece, que estos puntos terminales preceden a la experiencia y también al conocimiento basado en ella. El sistema de nuestras creencias se forma poco a poco. En este sistema “algunas cosas se encuentran inmoviblemente afianzadas y otras pueden ser más o menos desplazables. Lo que se encuentra afianzado lo está no porque sea intrínsecamente obvio o convincente; está afianzado en virtud de lo que se encuentra a su alrededor”(76). Al decir esto, Wittgenstein piensa que toda argumentación, en todo momento, cabe dentro de algún sistema (es decir, un juego del lenguaje)(77) y que este sistema está asegurado por ciertas fundamentaciones de las que ya no se duda. Estas fundamentaciones no nos están dadas en la experiencia cotidiana. Tampoco nos damos cuenta de ellas por medio de la intuición (es decir, la “introspección interna”). Nos *están dadas*. “La evidencia segura es lo que aceptamos como seguro”(78). Así, la suposición de que la tierra ha existido mucho antes de mi nacimiento no es un enunciado empírico ni una comprensión intuitiva. Es “parte de todo el cuadro que constituye para mí el punto de partida de la creencia”(79).

Siendo esto así, toda justificación de una afirmación presupone que alguna parte de los enunciados está fijada de antemano en algo. Pero, “lo que considero seguro no es una proposición sino un nido de proposiciones”, afirma Wittgenstein(80). Para usar una vez más la metáfora de la cuerda, la parte vinculante no es una sola hebra sino todo un tejido de hebras en la cual

(72) *On Certainty*, § 115, cfr. § 163.2.

(73) *Ibidem*, § 217.

(74) *Ibidem*, § 131.

(75) *Ibidem*, § 136.

(76) *Ibidem*, § 144.

(77) *Ibidem*, § 105.

(78) *Ibidem*, § 196.

(79) *Ibidem*, § 209.

(80) *Ibidem*, § 225.

una nueva hebra – es decir, la proposición en cuestión – es agregada. Wittgenstein observa que el “nido” de enunciados está, de alguna manera, fusionado en la fundamentación de nuestros juegos del lenguaje(81). Este nido forma el marco de todas nuestras consideraciones acerca de la verdad y falsedad, lo correcto y lo equivocado. Al mismo tiempo, ésta es la fundamentación que hace posible la comunicación lingüística. Sin esta fundamentación, que confiere precisión al otorgamiento de significado, la comunicación se derrumbaría(82).

Lo aquí dicho limita ya la posición implícita de Wittgenstein con respecto a la relación entre conocimiento y certeza. El conocimiento presupone la posibilidad de la duda y de la justificación. Lo que aceptamos como cierto, lo aceptamos incondicionalmente y ya no dudamos más. Y es así como la certeza es precondition de todo conocimiento.

Cuando habla del “nido” de proposiciones que forman el fundamento común de nuestro conocimiento, Wittgenstein usa a menudo el término “imagen del mundo” (*Weltbild*)(83). La imagen del mundo no debe ser entendida como un conjunto coherente y firme de enunciados. Por el contrario, sus límites son vacilantes y el propio conjunto de enunciados consiste en una enorme cantidad de subsistemas. Cada subsistema es como si fuera un fragmento de la imagen del mundo, una de las partes interconectadas del todo. A su vez, los fragmentos de la imagen del mundo son las bases de los juegos del lenguaje. Ellos fijan los últimos eslabones de los juegos del lenguaje. Si tenemos en cuenta lo expuesto más arriba acerca de la semejanza de familia de los juegos del lenguaje, podemos captar fácilmente la idea de que los subsistemas de la imagen del mundo están “interconectados”. Si adoptamos la terminología de G. H. von Wright y llamamos al conjunto de enunciados que forman la imagen del mundo preconocimiento (*Vorwissen*), podemos decir que todo juego del lenguaje tiene una fundamentación que constituye un fragmento del preconocimiento de quien juega el juego(84). Esto nos lleva a los temas centrales de esta exposición.

Según Wittgenstein, la imagen del mundo no es una cuestión que dependa de la satisfacción de uno mismo con su corrección. “Es el trasfondo heredado sobre el cual distingo entre lo verdadero y lo falso”(85). Los enunciados que pertenecen a la imagen del mundo juegan un papel no diferente al de las reglas de un juego. Pero la imagen del mundo no está fijada de una vez para siempre. No es una solidificación sino algo que se encuentra en estado fluido. La imagen del mundo es un fundamento diná-

(81) Ibidem, § 558.

(82) von Wright, G.H., “Wittgenstein on Certainty”, Sección 4.

(83) Cfr. Taylor, Charles, op. cit., págs. 6 ss.

(84) von Wright, op. cit., secciones 4-6.

(85) Wittgenstein, *On Certainty*, § 94.

mico(86). Wittgenstein la compara con la margen de un río. La margen cambia lentamente su forma y, sin embargo, en todo momento se encuentra en alguna parte; determina todo el tiempo la dirección de la corriente. Esta dinámica de la imagen del mundo está vinculada con aspectos que deben ser analizados antes de pasar a una síntesis.

En su mismo fondo, la imagen del mundo no es un asunto proposicional. Más bien, habría que decir que el fundamento de la imagen reside en el fenómeno no proposicional llamado por Wittgenstein forma de vida. Al respecto, observa que el punto final de la cadena de argumentación no implica la realización (es decir, la “visión”) de algún fundamento de sustentación sino que el punto terminal se encuentra en nuestro actuar(87). La forma de vida es una cuestión de acciones, de actos(88). Conformamos nuestra forma de vida con nuestras acciones y en ellas se revelan, en última instancia, las cosas en las que confiamos. También podemos decir: el hecho de que sea capaz de actuar de una determinada manera en una determinada situación pone de manifiesto que pertenezco a una cierta forma de vida.

En este sentido, hay alguna razón para afirmar que es posible entender la forma de vida (y su manifestación proposicional, la imagen del mundo) como si fuera un fenómeno “multilateral”. Su fundamento consiste en actividades muy elementales: los constituyentes básicos de la cultura humana. Ellos, a su vez, posibilitan una forma de vida en la cual existen mandatos, prohibiciones y permisiones. En algún estadio, las normas jurídicas se entretienen con la forma de vida, aunque ello ocurra en un nivel muy alto de abstracción. Es así como la red de la imagen del mundo (“la red sin costuras de los subsistemas”, como dice von Wright) adquiere su forma poco a poco.

Estamos ahora en condiciones de entender qué significa, en última instancia, la idea según la cual el lenguaje es una manifestación de la forma de vida. La forma de vida es la “fase” práctica, no proposicional, de la imagen. Por otra parte, la imagen del mundo o, más correctamente, el fragmento de la imagen del mundo, constituye el fundamento de un (determinado) juego del lenguaje. Cuando Wittgenstein dice que una expresión adquiere su significado en el uso del lenguaje, piensa que el significado se manifiesta en la forma como se juega el juego del lenguaje. No es una cuestión del lenguaje en sí mismo, como un fenómeno autónomo. Por el contrario, una expresión individual es una parte de una actividad lingüística, es decir, de un juego del lenguaje. Este, a su vez, está conectado con una forma de vida. No es posible entender la acción (el jugar un juego) a menos que existan algunas reglas co-

(86) Sin embargo, aquí se puede encontrar un nexo interesante con la idea del crecimiento orgánico del lenguaje. Ver al respecto y acerca de su conexión con la actitud conservadora de Wittgenstein, J.C. Nyiri, “Wittgenstein’s Later Work in Relation to Conservatism” en *Wittgenstein and his Times* (editado por Brian McGuinness), págs. 48 ss.

(87) Wittgenstein, *On Certainty*, § 204, cfr. § 402.

(88) *Ibidem*, § 402.

munes de acción. Usando una formulación de Karl Otto Apel: los juegos del lenguaje son entidades que combinan el uso del lenguaje, la forma de vida y la forma de ver el mundo(89).

Lauri Mehtonen escribe con respecto al mismo asunto lo siguiente: “Así, el estudio de un juego del lenguaje, el análisis de diferentes dimensiones semánticas, es el estudio de uno pero no del único elemento en una totalidad (la forma de vida) y la realización de este estudio supone que es colocado como un elemento en la totalidad en donde el foco es la forma de vida como un todo dinámico”(90). Con otras palabras el análisis del lenguaje es siempre y en todas las circunstancias, el análisis de la forma de vida. Lenguaje, pensamiento y forma de vida están combinados de una forma tal que convierte siempre a los llamados problemas del lenguaje en “cuestiones substanciales”.

Si intentamos desprender el juego del lenguaje de sus amarras, no podemos entender el lenguaje. El lenguaje como acción es comprensible sólo si es visto en su conexión con la forma de vida. Las palabras están “en su hogar” dentro de una forma de vida. En virtud de ello, pertenecer a una cierta forma de vida es un requisito para la participación en el juego del lenguaje. Y *vice versa*: jugar un juego del lenguaje es participar en una forma de vida. Si una persona no es un participante, no puede entender el lenguaje ni puede, ella misma, ser entendida.

El paso de una forma de vida a otra no es un asunto de argumentación racional. La argumentación es sólo posible dentro del marco de una forma de vida. Wittgenstein observa que el paso de una forma de vida a otra puede realizarse sólo a través de alguna especie de persuasión(91). Si argumentamos sobre algo con alguien que pertenece a otra forma de vida, no podemos influenciarlo a través de argumentos racionales. Tenemos que tratar de persuadirlo de que se una a nosotros y, así, tenemos que persuadirlo que cambie su forma de vida y su imagen del mundo.

Volvamos ahora al concepto de aceptación racional. ¿Qué conexión tiene con el análisis de la forma de vida? Creo que esta conexión tiene que ser buscada en tres direcciones. Primero, el concepto de forma de vida tiene importancia desde el punto de vista del concepto de interpretación mismo. Más arriba, la interpretación ha sido entendida como una cuestión lingüística. El foco de la interpretación es el lenguaje y una interpretación se realiza a través del uso del lenguaje. Esto puede conducir fácilmente a una idea falsa de

(89) Aarnio, *On Legal Reasoning*, págs. 126 ss. Ver, en general, Apel, Karl Otto, “Analytic Philosophy of Language and the Geisteswissenschaften” en *Foundation of Language*, págs. 37 ss. Ver también Tolonen, Thomas, “Über die Hermeneutik von Karl Otto Apel” en *Ajatus* XXXIII, págs. 280 ss., especialmente 282.

(90) Mehtonen, Lauri, “Näköaloja Ludwig Wittgensteinin myöhäisfilosofiaan”, 1973 (versión mimeografiada), pág. 16.

(91) Wittgenstein, *On Certainty*, § 262, cfr. § 608-612.

lo que es la interpretación. A menudo se ha pensado que la interpretación es puramente un fenómeno semántico. Según esta opinión, la interpretación trata de palabras y oraciones sin salir del lenguaje hacia la realidad misma. La interpretación sería, pues, una cuestión lingüística (un *Sprachproblem*). Quienes sustentan esta opinión han malentendido el concepto del lenguaje, se puede decir que el análisis del lenguaje es específicamente el análisis de cuestiones concretas (de *Sachprobleme*). El análisis del lenguaje es el análisis de la forma de vida. A través de éste, podemos entender específicamente nuestra vida, los actos que componen nuestra forma de vida.

También en otro sentido, existe una conexión entre los conceptos de aceptabilidad racional y la forma de vida. Esta conexión se refiere a valores y valoraciones. Un ejemplo: *A* y *B* son miembros de la misma forma de vida *F*. Comparten los mismos significados de las cuestiones. Con otras palabras: su lenguaje común les permite entenderse recíprocamente. Sin embargo, la forma común de vida *F* puede admitir diferentes variaciones, diferentes secciones de la forma de vida. Supongamos dos de tales secciones, *F*₁ y *F*₂. Cada sección va acompañada de su llamado costado proposicional, es decir, su imagen del mundo. En este caso, hay dos imágenes del mundo *IM*₁ e *IM*₂. Dentro del marco de las imágenes del mundo, se juegan dos diferentes juegos del lenguaje. Supongamos también que la diferencia entre las imágenes del mundo está basada (al menos en parte) en actos diferentes. Los llamaré "elecciones". Una elección es una situación en donde es posible hacer *I*₁ e *I*₂ y se hace *I*₁. Dentro del marco de la imagen del mundo es posible justificar ciertas elecciones. Ello será llevado a cabo por medio de otros actos. Sin embargo, hay actos básicos que no podemos justificar sobre una base racional; son meramente actos (primitivos). Pero, aun así, constituyen, en parte, la base de la sección de la forma de vida (*F*₁/*F*₂) y, además, la base de la imagen del mundo. Desde este punto de vista, parecería posible decir —como observa Henry Le Roy Finch— que las elecciones se encuentran inmanentemente en el concepto de forma de vida. Cuando participamos en los actos, somos participantes de una determinada sección de la imagen del mundo. Esto, a su vez, significa que quizás no *aceptemos* totalmente una imagen del mundo construida sobre la base de otros actos básicos y elecciones aun cuando, a través de la fundación común de forma de vida, podamos entender estas otras elecciones. Las entendemos porque tenemos un número suficiente de términos comunes para entenderlas. *IM*₁ e *IM*₂ tienen un parecido de familia suficiente. Por otra parte, el paso de una imagen del mundo (*IM*₁) a otra (*IM*₂) es siempre una cuestión no racional. Es también una elección que no puede ser justificada.

Por lo tanto, el pertenecer a una cierta sección de una forma de vida no es, en última instancia, un asunto de elección autónoma. Participamos en ella

porque participamos en un trasfondo heredado, para usar la frase wittgensteiniana. Complejos mecanismos sociales ligan a una persona a su forma de vida. En un amplio grado, estos procesos no son percibidos como tales y, en este sentido, se encuentran fuera de nuestras elecciones. No hay sólo una base de explicación de por qué diferentes individuos tienen un fragmento común de una forma de vida, una imagen común del mundo. La explicación no ha de buscarse, por ejemplo, en el hecho de que ellos representarían algún interés (por ejemplo, económico) común. Se puede siempre preguntar qué interés común poseen quienes, en defensa de la vida en todas sus formas, se oponen al aborto y la eutanasia.

No es el objeto de este estudio reflexionar acerca de los procesos sociales a través de los cuales se crea una imagen común del mundo. Lo más importante es observar que una forma común de vida justifica también la intersubjetividad de las variaciones. Nos permite entender por qué los valores no son individuales de una manera arbitraria. Las valoraciones reciben su intersubjetividad específicamente de las formas de vida. Una forma de vida es siempre de alguna manera y en alguna medida un asunto común. Es específicamente una forma de vida. Un individuo no puede conformar autónomamente para sí mismo una forma de vida completamente privada, una imagen del mundo y un lenguaje propios. Al hacerlo, se aislaría de la interacción social. Es el aspecto común de la forma de vida lo que posibilita la comunicación y, a través de ella, la interacción. Es el factor que crea el contacto entre las personas.

Así, por una parte, la forma de vida es el nexo que une el lenguaje y la realidad y, por otra, es el factor que crea la interacción entre los individuos. Por esta razón, es totalmente erróneo y superficial decir que los puntos de partida hermenéuticos aceptan la teoría de la interpretación simplemente como una cuestión que se encuentra a nivel del lenguaje. Sería igualmente equivocado vincular una opinión que subraya la relatividad de los valores con la pura arbitrariedad. La vida social y la sociedad en sí mismas crean en gran medida contactos entre las personas y, a través de ellos, los valores y las valoraciones son también cuestiones sociales que pertenecen a grupos de individuos. Los valores son justamente tan intersubjetivos como lo es la sociedad en sí misma.

Lo que se ha dicho más arriba es también una respuesta al contraargumento a menudo presentado según el cual el relativismo axiológico (no cognoscitivismo) diluye todas las precondiciones de la racionalidad. Si es posible justificar satisfactoriamente una posición interpretativa sobre una base racional utilizando cualquier sistema de valores, toda decisión puede entonces ser justificada. Después de todo, es racional y está basada en *algún* código de valores. Así, podemos presentar “racionalmente” argumentos en favor de la interpretación I_i sobre la base del sistema de valores que hemos adoptado. Es

una posición “tan buena” como otra interpretación, I_j , construida sobre la base de un código de valores diferentes.

Esta crítica, que subraya los rasgos cognitivos de la teoría de los valores, no hace justicia al relativismo esbozado más arriba. De lo que se trata no es de argumentar que cualquier sistema de valores es socialmente tan relevante como lo es desde el punto de vista de la ideología de la certeza jurídica. Por el contrario, desde este punto de vista, sólo aquellos valores que pueden ser aceptados generalmente en la sociedad son significativos. Como es aquí donde se encuentra una importante línea divisoria entre el relativismo axiológico moderado y diversos tipos de las teorías cognoscitivistas de los valores, conviene examinar esta cuestión desde otro punto de vista aún(92).

En lo anterior, el punto de partida ha sido que una interpretación es dirigida a un cierto receptor, sea que se trate de un individuo ó de un grupo. Al hablar de aceptabilidad, hemos supuesto que el receptor es un grupo llamado “la comunidad jurídica”. En la teoría de la argumentación, el grupo receptor ha sido llamado, por lo general, la audiencia o el auditorio. En cierto modo, éste es el lado “humano” de la forma de vida. La audiencia está compuesta por aquellos individuos que comparten una forma de vida común. Y es precisamente en este sentido que el concepto de audiencia ocupa una posición clave desde el punto de vista de un relativismo axiológico moderado.

2.7. La audiencia y la forma de vida

2.7.1. *La teoría de la audiencia de Perelman.* En la teoría del conocimiento, existe una distinción tradicional entre generalización sobre la base de la experiencia (inducción) y razonamiento lógico (deducción). Una de las ideas rectoras de Chaim Perelman ha sido la de completar esta visión dual con otras formas de razonamiento racional(93). Su enfoque ha sido llamado nueva retórica. Siguiendo a Robert Alexy, puede también ser llamado el “uso práctico de la razón” (“*praktischer Gebrauch der Vernunft*”)(94).

Perelman llama al razonamiento lógico “demostración”. El propósito de la nueva retórica es enriquecer la demostración o, según el propio Perelman, “La nueva retórica no pretende desplazar o reemplazar la lógica formal sino agregarle un campo de razonamiento que, hasta ahora, había escapado a todos los esfuerzos de racionalización, es decir, el razonamiento práctico”(95).

(92) Cfr. Perelman, “The New Rhetoric”, en *Pragmatics of Natural Language* (Y. Bar-Hillel, ed.), 1971, pág. 148.

(93) Perelman, “Eine Studie über Gerechtigkeit”, págs. 36 ss.

(94) Ver Alexy, op. cit., págs. 213 ss.

(95) Perelman, “Fünf Vorlesungen”, págs. 146 ss. Ver también pág. 153. Para una crítica de la audiencia universal, ver Weinberger, Ota, “Topik und Plausibilitätsargumentation” en *ARSP* 1 (1973), págs. 17 ss.

El concepto clave en la teoría de la argumentación de Perelman es el de auditorio (*auditoire*). La justificación es siempre presentada a alguien, a un ser imaginario o real. El receptor puede ser un grupo concreto, por ejemplo, los asistentes a una conferencia, los miembros de un tribunal o de una comisión parlamentaria. Cuando la justificación es presentada a un grupo concreto, es a menudo una cuestión de persuasión(96). Según la situación, la justificación es eficaz o ineficaz. La persuasión o tiene éxito o fracasa. Por su parte, según Perelman, la argumentación racional es dirigida a la llamada audiencia universal. Esta es la audiencia en la cual los miembros aceptan una posición sobre la base de argumentos racionales, después de estar convencidos de la justificación de la posición. En este contexto, Perelman habla de convencimiento como de lo opuesto a la persuasión(97). La justificación usada para convencer es sensata ("valiosa"), por oposición a los argumentos usados en la persuasión, que meramente implican eficacia. La aceptación por parte de la audiencia universal es así un criterio de la argumentación racional y objetiva(98).

La audiencia universal está compuesta por personas esclarecidas, capaces de utilizar la justificación si lo desean. Formulado brevemente: todas las personas "racionales" pertenecen a la audiencia universal. Es, por lo tanto, una audiencia ideal; nadie tiene la posibilidad de suponer que está dirigiendo sus argumentos a la audiencia universal de manera tal que todo miembro posible de la audiencia tomaría *de facto* una posición en el asunto.

Lo importante en el concepto de audiencia universal de Perelman es que también los juicios de valor adquieren una naturaleza objetiva. El punto de partida de Perelman es que un juicio de valor está razonablemente justificado sólo si cada cual (toda persona razonable) puede aceptarlo(99). Así, aquellas valoraciones que pasan el tamiz de la aceptación de la audiencia universal, se vuelven al mismo tiempo racionalmente justificadas y obtienen proposiciones relacionadas con la realidad(100).

2.7.2. *Algunas aclaraciones.* La teoría de la audiencia de Perelman ofrece una buena base para la continuación de la discusión. Primariamente, la audiencia puede ser definida como un grupo que acepta las condiciones

(96) Perelman, op. cit., págs. 153-155. Ver también Perelman, "Rhetoric and Philosophy", en *Philosophy and Rhetoric* I, pág. 21 y Perelman, *Juristische Logik als Argumentationslehre*, pág. 141, que contiene la siguiente observación acerca de la audiencia general: "En tal caso se apela a la ratio y se aducen argumentos que todo ser racional debería aceptar".

(97) Perelman, Ch. y L. Olbrechts-Tyteca, "Act and Person in Argument", en *Ethics* 61, 1950/51, pág. 252, reimpreso en Perelman, *The Idea of Justice and the Problem of Argumentation*, págs. 168 ss. Ver especialmente págs. 188-190.

(98) Ver, por ejemplo, Perelman, "Fünf Vorlesungen", pág. 159.

(99) Habermas, Jürgen, "Wahrheitstheorien", págs. 255 ss.

(100) Matti Sintonen argumenta que la unanimidad no es posible ni siquiera dentro de una audiencia. Ver *Rechtstheorie*, Beiheft 2, pág. 81.

generales de racionalidad y donde ha sido aceptado el sistema de valores que constituye la base de la posición interpretativa. Sin embargo, la concepción de Perelman con respecto al concepto de audiencia contiene algunos detalles ambiguos. Sostiene, por ejemplo, que la audiencia universal, aunque es ideal, está condicionada social y culturalmente. Por lo tanto, depende, en parte, de cuestiones contingentes. Sin embargo, ¿puede la audiencia ser al mismo tiempo universal y estar sujeta a hechos contingentes? La respuesta de esta cuestión requiere un mayor desarrollo del concepto de audiencia.

Ante todo, tenemos que distinguir entre dos niveles de nociones; por una parte, la separación entre una audiencia concreta y una ideal y, por otra, entre una audiencia universal y una particular. Es necesario analizar estas combinaciones de conceptos con mayor detalle.

2.7.2.1. *La audiencia concreta.* Una audiencia concreta puede estar compuesta por una o más personas. Sin embargo, el número de personas es siempre limitado. Tal audiencia es real; existe. Sus miembros son individuos físicamente existentes. Pueden haber dos tipos de audiencias concretas:

(a) Una audiencia universal concreta está compuesta de todos los individuos humanos vivientes en el mundo en el momento t_i , sin que importen sus otras propiedades. Definida de esta manera, el número de personas en la audiencia concreta cambia constantemente. Pero, aun así, en todo momento es real.

Teniendo en cuenta la argumentación, hay muchos problemas vinculados con una audiencia concreta considerada como universal. Es verdad que el intérprete puede ser imaginado como alguien que dirige sus argumentos a todos los miembros de esta audiencia, pero no sería realista pensar que los argumentos habrán de merecer la atención de todos y cada uno de los miembros. Así, tampoco podríamos pensar que los argumentos recibirían la aceptación de la audiencia en cuestión. No se puede aceptar algo de lo cual uno no tiene idea. Por la misma razón, es hasta imposible hablar de aceptabilidad. Por lo tanto, en la teoría de la argumentación, este tipo de audiencia no tiene ninguna importancia real.

Teniendo en cuenta la argumentación, hay muchos problemas vinculados con una audiencia concreta considerada como universal. Es verdad que el intérprete puede ser imaginado como alguien que dirige sus argumentos a todos los miembros de esta audiencia, pero no sería realista pensar que los argumentos habrán de merecer la atención de todos y cada uno de los miembros. Así, tampoco podríamos pensar que los argumentos recibirían la aceptación de la audiencia en cuestión. No se puede aceptar algo de lo cual uno no tiene idea. Por la misma razón, es hasta imposible hablar de aceptabilidad. Por lo tanto, en la teoría de la argumentación, este tipo de audiencia no tiene ninguna importancia real.

(b) Una audiencia particular y, al mismo tiempo, concreta, está compuesta por aquellas personas realmente existentes que satisfacen las características establecidas para la audiencia. Más arriba, se han dado como ejemplos los casos de los asistentes a una conferencia y de los miembros de una comisión parlamentaria a quienes se les expone un punto de vista con respecto a cierto problema de interpretación del derecho.

Podemos considerar también como una audiencia concreta aquella en la cual los miembros pueden ser identificados sobre la base de ciertas características, aun cuando la posición interpretativa y/o su justificación no haya merecido la atención de cada miembro. En este respecto, una audiencia particular difiere de la audiencia universal a la que se ha hecho referencia más arriba.

Si consideramos el elemento de tomar conciencia de algo, podría quizás ser más adecuado hablar de una audiencia individualizada o de una audiencia individualizable. En la primera, cada miembro, también en la realidad, tiene conciencia de la posición que está siendo discutida. Tal es el caso de los asistentes a una conferencia, al menos con ciertas reservas. En la segunda, esta condición no está satisfecha pero, en principio, la posición puede ser sometida a la atención de cada miembro. Un ejemplo del último tipo de audiencia es el grupo formado por quienes se han graduado en derecho en Finlandia.

Si una audiencia particular es definida de esta manera, una posición interpretativa es o bien aceptable o no aceptable en una cierta audiencia. Por ejemplo, es posible que algunos de los asistentes a una conferencia acepten la posición del conferenciante y otros no. Esto tiene importancia desde el punto de vista de la aceptabilidad racional.

Una justificación dirigida a una audiencia particular puede ser racional. El intérprete puede cumplir las condiciones de racionalidad. Sin embargo, es también posible que la única intención del conferenciante sea influir en el auditorio a través de la persuasión. En este caso, la justificación no es racional o, al menos, contiene elementos no racionales. Pero, no importa cuán racional sea la justificación: la definición de audiencia aceptada más arriba no ofrece ninguna garantía de aceptabilidad racional. Nada nos autoriza a esperar que, por ejemplo, una audiencia concreta *A*, habrá de comportarse racionalmente cuando considere el contenido de una posición interpretativa. La aceptación posible puede estar basada puramente en factores casuales, tales como la autoridad del intérprete. El hecho, por ejemplo de que la posición sea ampliamente aceptada por los juristas no es necesariamente una consecuencia de la consideración racional. En principio, también la llamada opinión dominante puede estar íntegramente construida sobre puntos de vista no racionales. Por consiguiente, una audiencia particular y concreta no ofrece una base para un desarrollo ulterior de la idea de aceptación racional. El con-

tenido último de la expectativa de certeza jurídica no ha de ser buscado en el hecho de que un cierto grupo concreto, sin que importe su magnitud, acepte una interpretación ni tampoco en el hecho de que pueda ser aceptada por un grupo tal. El elemento de racionalidad ocupa una posición clave.

Lo que se ha dicho más arriba vale también con respecto a una audiencia particular en la cual los miembros están ligados a la evidencia de la misma realidad y a los mismos valores. Un grupo tal es, por ejemplo, el grupo de jueces que piensan de la misma manera con respecto a la sociedad. No hay garantía de que cuando estos criterios prevalecen, la posición interpretativa haya de ser aceptada sobre la base de una consideración racional. Es igualmente posible que ello se deba a factores psicológicos sociales sin que cada miembro del grupo considere las bases de la posición. Es también posible que la aceptación se logre a través de la coacción física o mental, como podría ser el caso en una dictadura. Como ya se ha observado, tal posición no tiene nada que ver con las llamadas expectativas de certeza jurídica.

Por estas razones, ni la audiencia universal ni la audiencia concreta particular pueden constituir la base de la aceptabilidad racional. Hay que recurrir a otro concepto de audiencia; al de audiencia ideal.

2.7.2.2. *La audiencia ideal.* Una vez más, conviene distinguir entre dos tipos de audiencias. Ello nos ayuda no sólo a entender la teoría de la audiencia de Perelman esbozada más arriba sino también a aclarar el concepto de audiencia adoptado en este trabajo.

(a) Una audiencia ideal puede ser universal. Tal audiencia se encuentra, por ejemplo, en la audiencia formada por “todas las personas racionales” a las que se refiere Perelman. Incluye todas las personas esclarecidas en el sentido de que son capaces del discurso racional. Como ha observado Robert Alexy, el concepto de audiencia universal de Perelman corresponde al concepto adoptado por Jürgen Habermas de “la situación ideal de discurso” (“*ideale Sprechsituation*”). En una situación tal, todos los participantes se encuentran en la misma posición. Queda eliminada toda posibilidad de persuasión y manipulación.

Si aceptamos la concepción según la cual también es posible justificar las valoraciones a través del discurso racional de forma tal que se puede llegar a un acuerdo en la audiencia, llegamos a una especie de teoría axiológica cognoscitivista. Como ya se ha señalado, la presentación de Perelman parecería referirse a tal posibilidad. Esto significa que en una audiencia universal, las posiciones de dos miembros que originariamente tenían puntos de vista diferentes pueden ser conciliadas con la introducción de la evidencia. La posición filosófica-moral que se encuentra en base de esta investigación no acepta la tesis de la convergencia. Por esta razón, el concepto de audiencia universal, en el sentido aquí utilizado, no puede ofrecer una base de

aceptabilidad racional. Queda una cuarta posibilidad, que es la que acepta la presente investigación.

(b) La audiencia ideal particular es definida a través del uso de dos criterios. Ante todo, sus miembros se obligan ellos mismos a seguir las reglas del discurso racional. En este respecto, este tipo de audiencia se parece al que se acaba de tratar. La diferencia reside en el hecho de que los miembros de la audiencia particular han adoptado valores comunes. La audiencia está ligada a una determinada forma de vida, para usar la frase wittgensteniana.

Esta audiencia difiere de la audiencia concreta en un respecto importante. Se supone que sus miembros cumplen la condición de racionalidad. Como normalmente la realidad social no responde a esta exigencia, se trata específicamente de una audiencia ideal. Sin embargo, no es universal en el sentido de Perelman ya que no se supone que detrás de ella hay valores universales (objetivos) subyacentes. Por el contrario, satisface otra condición establecida por Perelman. Una audiencia particular ideal está cultural y socialmente determinada.

2.7.3. *La aceptabilidad racional como principio regulativo de la dogmática jurídica.* Para resumir lo que se ha dicho más arriba: dos personas, *A* y *B*, pueden satisfacer la condición de racionalidad pero aun así sus sistemas de valores pueden diferir con respecto a los valores básicos. Por ejemplo, pueden haber adoptado posiciones diferentes con respecto a la norma sexual, posiciones no conciliables sobre bases racionales. *A* y *B* pertenecen entonces a diferentes audiencias. Por otra parte, esto no significa que *A* y *B* no puedan entenderse recíprocamente. Ellos pueden – y, por lo general, tal es el caso – tener una forma de vida común, más básica que la anterior; esto les proporciona un lenguaje común. Además, una actitud diferente con respecto a un cierto principio moral no significa que *A* y *B* no puedan tener la posibilidad de estar de acuerdo en algún otro respecto, por ejemplo, por lo que se refiere a la base económica de la sociedad. En este último respecto, son miembros de la misma audiencia. Con otras palabras: una persona puede participar en una serie de audiencias según el asunto que sea tratado en la interpretación. De acuerdo con esta forma de pensar, la sociedad es una enorme red interconectada y jerarquizada de opiniones (imágenes del mundo). Así, una teoría de la audiencia basada en el relativismo no permite una situación “o esto/o aquello”, con alternativas blancas y negras(101).

(101) Es importante señalar otra conexión con la aceptabilidad racional. Ella está vinculada también con la cuestión de la soberanía nacional. Ver Tolonen, Juha, “Oikeustieteen edistymisestä”, en *Tietten puolesta* (versión mimeografiada), págs. 42 ss. Tolonen examina en este artículo el problema de la legitimidad. Observa que en la teoría de la aceptabilidad racional se trata, en realidad, de una cuestión de la formulación de un dilema central de la Revolución Francesa: qué es una nación y cómo puede ser soberana.

Tampoco esta teoría de la audiencia es una consecuencia –digámoslo una vez más– de una opinión supraindividualista de valoraciones y, además, de interpretaciones jurídicas. Los miembros de una cierta sociedad participan en formas de vida relativamente uniformes en donde hay líneas divisorias que separan a los individuos en campos sólo con respecto a ciertos valores básicos. La vida social en sí misma muestra que la gente es capaz de una comunicación de largo alcance, también en aquello que es esencial en la sociedad. Sólo sobre esta base se lleva a cabo el manejo de nuestros asuntos sociales cotidianos. La participación en una forma común de vida (o en un fragmento de ella) crea los requisitos para la actividad conjunta que, a su vez, posibilita el nacimiento del consenso.

En realidad, con esto hemos llegado a una tesis central de este trabajo. Una audiencia ideal y particular es un grupo en el cual puede lograrse un consenso racional. Esto tiene gran importancia desde el punto de vista de la relevancia social de las interpretaciones de la dogmática jurídica. A lo largo de este trabajo se ha subrayado reiteradamente la naturaleza dialógica de la justificación de los puntos de vista interpretativos. La justificación tiene éxito si y sólo si hemos convencido al destinatario – que acepta los principios de la racionalidad-*D* – que es correcto aceptar la interpretación ofrecida. Esto significa específicamente que las partes del diálogo han logrado, sobre una base racional, un consenso sobre el asunto. De acuerdo con esto, un punto de vista interpretativo apoyado por un mayor consenso racional tiene una mayor relevancia social. Esta idea requiere alguna aclaración.

Supongamos que la comunidad *C* está constituida sólo por miembros que respetan los principios de la racionalidad-*D* y que hay más de dos miembros. Supongamos también que los miembros cumplen los criterios adicionales sobre la base de los cuales podemos decir que esta comunidad es una comunidad jurídica. En virtud de los análisis precedentes, podemos decir que la comunidad es una audiencia ideal. La mayoría de los miembros acepta el sistema de valores *V*. Son estos miembros quienes forman una parte particular de la audiencia ideal.

Supongamos además que dos científicos, *A* y *B*, pertenecen a la comunidad *C*, es decir, ambos respetan los principios de la racionalidad-*D*. Son personas que “razonan sensatamente”. El científico *A* presenta un punto de vista *P*₁ según el cual la norma *N* es válida en la comunidad *C*. El otro científico, a su vez, sostiene el punto de vista *P*₂ que contiene la norma *M* (que no

Esto puede ser usado también para responder a la crítica que acusa de arbitrariedad a la teoría sostenida en este estudio. Ver la recensión del libro de Chaim Perelman, *Juristische Logik als Argumentationslehre*, publicada por Hermann Klenner en *Deutsche Literaturzeitung* I (1980) págs. 74 ss. Klenner observa, entre otras cosas: “¿No corre la lógica jurídica, alabada como nueva retórica, el peligro de que sea utilizada o se abuse de ella como técnica de la rabulística?” Ver también Backman, Eero, “The Concept of Legal Order and the Problem of Its Determination in the Hermeneutical Theory of Law”, pág. 33 ss.

es idéntica a N). P_1 está de acuerdo con el sistema de valores V y P_2 con el sistema de valores U .

Si, sobre la base de razones jurídicas (G , D) y sobre la base del sistema de valores V , la mayoría de los miembros de C podría aceptar P_1 , ella es racionalmente aceptable en C . Es aceptable por parte de la mayoría de aquellos miembros de la comunidad que aceptan los principios de racionalidad- D y, al mismo tiempo, respetan el sistema de valores V . En este sentido, podemos decir que el punto de vista normativo del científico A tiene mayor peso en C que el del científico B . La mayoría de los miembros de C que razonan racionalmente y respetan el sistema de valores V llegarían a la misma conclusión que A . Por otra parte, las opiniones del científico B son compartidas sólo por la minoría de C .

Sobre la base de estas condiciones, podemos derivar el siguiente principio regulativo:

R: La dogmática jurídica debe intentar lograr aquellas interpretaciones jurídicas que pudieran contar con el apoyo de la mayoría en una comunidad jurídica que razona racionalmente.

La aceptabilidad racional, en tanto principio regulativo de la dogmática jurídica, juega el mismo *papel* que la verdad en las ciencias empíricas. Así como las investigaciones empíricas tratan de aproximarse a la verdad, el objetivo de la dogmática jurídica es maximizar la aceptabilidad racional. Por otra parte, la aceptabilidad racional confiere sentido a la evaluación de las posiciones normativas desde el punto de vista de la certeza jurídica.

Esto no significa la aceptación de algún tipo de "teoría electoral de la verdad". La idea no es decir que la gente debe tener una oportunidad de votar acerca de una posición normativa y que si la mayoría vota por esa posición entonces es también verdad en esa sociedad. Esta forma de pensar encierra varios errores.

Primero, la teoría de la aceptabilidad racional no se refiere en absoluto a la dicotomía verdadero/falso. Por el contrario, las posiciones normativas no pertenecen al ámbito de la verdad. Puede haber más de una posición normativa "verdadera" en la sociedad, según el punto de partida que se adopte. Justamente en esta concepción reside el núcleo de la crítica con respecto a las teorías de una única respuesta correcta. El rechazo de una única respuesta correcta es una consecuencia directa de la tesis del relativismo axiológico.

Por otra parte, la mayoría a la que se hace referencia aquí es un fenómeno ideal. Está compuesto por personas racionales que comparten ciertas valoraciones relevantes para el problema jurídico en cuestión. Cuanto más miembros racionales de esta audiencia ideal acepten la posición, tanto mayor es la relevancia social de la misma. Si la posición *pudiera ser* aceptada por

la mayoría de tales miembros, sería la más relevante de todas las posiciones rivales con respecto a ese problema jurídico. No es posible encontrar medios mejores para “medir” en esa sociedad la legitimidad de la norma a la que se hace referencia en la posición. Entendido de esta manera, el principio de la mayoría está conectado con el problema de la legitimidad y no con el de la verdad.

Desde el punto de vista del manejo sensato de nuestros asuntos comunes es necesario, pero también suficiente, lograr un consenso representativo sobre el sistema de valores que se encuentra en la base del orden jurídico. Este es el núcleo de la concepción occidental de la democracia. Ciertamente, la democracia no significa tratar de lograr resultados verdaderos. El objetivo es la creación de una base aceptable de acción desde el punto de vista de la comunidad. Por ello, el relativismo axiológico moderado no es más que una parte de la exigencia de democracia. Expresa un ideal del manejo de los asuntos sociales; su objetivo es producir resultados apoyados por aquellas personas razonables que representan los valores adoptados y aceptados en general por la sociedad. Así, pues, no se trata de cualquier tipo de consenso o de un consenso al que se hubiera llegado por casualidad. Por el contrario, de esta manera, la aceptación de las normas jurídicas está estrechamente vinculada con mecanismos sociales. El derecho, su interpretación y el consenso de valores formado a través de diferentes canales en la sociedad constituyen un todo del que no es posible eliminar una parte sin quebrar el todo.

La aceptabilidad racional tiene relevancia social en un respecto muy importante. Si la mayoría de los miembros de la comunidad jurídica, siguiendo la racionalidad-*D*, llegaría a la conclusión de que es racional y razonable aceptar la posición presentada; entonces esta posición tiene mayor relevancia social en *C* que cualquier otra posición correspondiente. La relevancia no está basada en la presión de argumentos persuasivos o en la mera autoridad formal sino en la *fuerza racional de la justificación*. Tal interpretación satisface también máximamente la expectativa de certeza jurídica de la sociedad. Y, además, este punto de vista posee la máxima legitimidad en esa sociedad.

Esto tiene consecuencias importantes por lo que respecta a la estrategia de investigación que ha de seguirse en la dogmática jurídica. Cuando esta estrategia está basada, por ejemplo, en el modelo kelseniano de la validez formal de las normas jurídicas, se tiende a pensar que la dogmática jurídica tiene simplemente la tarea de describir las interpretaciones alternativas adecuadas.

Por otra parte, el modelo del Realismo jurídico subraya el aspecto predictivo de la ciencia jurídica. En este trabajo se ha enfatizado la tercera alternativa. El concepto de validez jurídica está conectado con la certeza jurídica y, además, con el concepto de aceptabilidad racional. Con respecto a la estrategia de investigación, esto significa que la justificación de las interpretacio-

nes juega el papel clave. Además, la justificación es necesaria para el funcionamiento adecuado de la sociedad. El funcionario puede tomar una decisión en un caso difícil si posee cierta información básica acerca del orden jurídico en cuestión. Sin embargo, en tanto tal, el resultado carece de importancia. Puede ser correcto o equivocado, bueno o malo, según el criterio de valoración. Si tratamos de criticar la decisión por lo que respecta a su legitimidad, el problema adquiere un carácter totalmente distinto. En tal caso, necesitamos una pauta para nuestra crítica. La expectativa de certeza jurídica queda plenamente satisfecha sólo si (a) la decisión (o interpretación) cae dentro del marco legal, (b) el discurso procede de manera racional y (c) la decisión satisface el código de valores dominante. Esto significa que la aceptabilidad racional no es meramente un ideal abstracto sino un principio válido y efectivo que funciona en la práctica cotidiana. Es una guía para el decisor y para el jurista, que le permite encontrar la interpretación más adecuada. En la práctica, el grado en el cual este criterio es aplicado variará porque los intérpretes no siempre siguen las pautas del discurso racional ni utilizan las fuentes del derecho de una manera óptima. A veces, una interpretación es rechazada porque se aparta del código de valores dominante. Sin embargo, la aceptabilidad racional conserva su papel como criterio, también en estos casos. Es el principio regulativo de la comunidad jurídica como un todo. Por consiguiente, una interpretación puede ser criticada desde el punto de vista de su aceptabilidad racional. Esta "medida" guía no sólo al intérprete individual sino también a sus críticos. Por lo tanto, la aceptabilidad racional satisface nuestros más estrictos requerimientos con respecto al razonamiento jurídico más adecuado en la sociedad democrática moderna.

EPÍLOGO

El interés de este trabajo ha estado centrado en la dogmática jurídica. En ciertos respectos, ésta se diferencia de la aplicación del derecho. Un investigador no tiene la obligación de tomar decisiones. Quizás la diferencia más importante sea el hecho de que la dogmática jurídica no trata casos concretos. Sin embargo, estas diferencias no son relevantes desde el punto de vista de la teoría de la interpretación. Desde una perspectiva epistemológica, lo esencial es que también el jurista esté sometido al mismo tipo de condicionamientos que la persona que aplica el derecho. La decisión tiene que ser tomada en el mismo tipo de “circunstancias”. Por esta razón es correcto trazar un paralelismo con respecto a la teoría de la interpretación del derecho.

Al igual que lo que sucede con toda teoría similar, la teoría de la interpretación tiene tres dimensiones: una ontológica, una epistemológica y una metodológica. Cada una de ellas es importante desde el punto de vista de la teoría de justificación. Las cuestiones vinculadas con el conocimiento y los métodos no pueden ser consideradas satisfactoriamente sin tomar posición acerca de lo que debe suponerse que existe (con respecto a la interpretación del derecho). A su vez, entre la epistemología y los métodos de investigación existe una dependencia interna importante. Por esta razón, este estudio ha sido sistematizado sobre la base de esta clasificación tripartita.

El punto de partida de esta investigación es el hecho de que tanto el foco de la interpretación como los argumentos que se presentan como justificación de los resultados de la interpretación son expresados en el lenguaje cotidiano. Dicho en términos generales, la interpretación es una cuestión lingüística. Sobre la base de esta afirmación, la interpretación en la dogmáti-

ca jurídica ha sido entendida como la totalidad formada por los llamados juegos del lenguaje. A fin de aprehender esta totalidad, se construyó un cierto juego del lenguaje, un juego en el que los argumentos son utilizados óptimamente y lo más razonablemente posible.

La elección del juego del lenguaje está basada en la idea rectora de este estudio, es decir, la idea de que la expectativa de certeza jurídica dominante en la sociedad exige que los asuntos sean decididos justa y racionalmente. Por esta razón, la teoría de la interpretación está basada en dos puntos centrales; la exigencia de racionalidad y la exigencia de aceptabilidad de los contenidos. La expectativa de justicia está específicamente conectada con esta última.

A fin de entender esto, debemos tener presente lo que Ludwig Wittgenstein pensara acerca de la naturaleza de la filosofía. Según él, la vida de los individuos –y, por consiguiente, las manifestaciones de la cultura humana– están “profundamente atrincheradas en las estructuras básicas de una naturaleza social”, como ha escrito Georg Henrik von Wright(1). La estructura básica mencionada más arriba es la llamada forma de vida (*Lebensform*). No está dada de una vez para siempre sino que es producida parcialmente por los seres humanos y, por lo tanto, la forma de vida cambia también con la historia. Sin embargo, la forma de vida es algo que está “antes que nosotros”, es decir, independientemente del individuo. Los juegos del lenguaje están enraizados en esta estructura básica. Se puede también decir que los juegos del lenguaje son manifestaciones de la forma de vida y que aquí reside la naturaleza más profunda de la filosofía. Citando una vez más a von Wright: “Los problemas de la filosofía tienen sus raíces en una distorsión o mal funcionamiento de los juegos del lenguaje que, a su vez, indica que algo anda mal en las formas de vida de las personas”(2).

En este estudio no se ha intentado sacar conclusiones acerca del impacto que Wittgenstein ha tenido en el pensamiento contemporáneo. Pero, aun así, ciertos rasgos básicos característicos de la concepción wittgensteniana proporcionan un fecundo impulso para recordar la teoría del discurso racional. Como se indicara más arriba, Jürgen Habermas presenta el trasfondo filosófico de esta teoría. Al igual que Wittgenstein, Habermas está interesado también en aquello que está mal por lo que respecta a las formas de vida de las personas. Según Wittgenstein, el mal funcionamiento del lenguaje es el síntoma de un cáncer en la propia forma de vida (*Lebensweise*). A su modo, Habermas ha hecho una interesante aproximación en esta dirección. No sostengo que Habermas dé una interpretación del “mal funcionamiento de los juegos del lenguaje”. Pero, como dice von Wright, “si Wittgenstein hubiese vivido para ver los años sesenta y setenta de nuestro siglo, hubiera encontra-

(1) von Wright, G.H., *Wittgenstein*, pág. 207.

(2) von Wright, op. cit., págs. 207-208.

do, sin duda, bastantes elementos para reforzar su opinión acerca de los peligros de autodestrucción inherentes a la naturaleza de la moderna sociedad industrial”. Habermas ha vivido este período y tratado, en diferentes contextos, de hacer comprensibles estos fenómenos. Aquí reside el núcleo de mi interés en comparar estos dos filósofos, por lo demás muy diferentes en muchos sentidos.

Sugiero al lector que me siga durante un momento a fin de obtener una imagen aproximada de ciertas ideas presentadas por Habermas en su enorme obra anterior(3). La más importante de estas ideas es la distinción entre sistema (*System*) y mundo vital (*Lebenswelt*). Este último término es una traducción aproximada de una palabra alemana que se refiere a un contenido de significado difícil de describir brevemente. Otras expresiones que cumplen el mismo fin pueden ser “la realidad de la vida cotidiana” o “el mundo cotidiano”. Si embargo, para nuestros propósitos se ha preferido la primera.

Según Habermas, en la sociedad hay dos aspectos intervinclados pero teóricamente diferentes: el sistema y el mundo vital:

(a) El sistema es realidad objetiva y sistemática que se manifiesta en las relaciones externas entre los miembros de la sociedad. La coordinación de las actividades está basada en medios no lingüísticos, es decir, en dinero y poder. En el sistema, la actividad económica está organizada por medio del concepto “dinero”. Por otra parte, las actividades administrativas y jurídicas, la estructura burocrática de la sociedad, están coordinadas por los conceptos “poder” y derecho.

(b) Sin embargo, en la sociedad encontramos también otra realidad, el mundo vital (*Lebenswelt*). Está basado en una comunicación mutua entre los miembros de la sociedad. En el *Lebenswelt*, el objetivo de todas las actividades es la comprensión recíproca. En este sentido, el mundo vital es una precondición necesaria para toda interacción comunicativa. En tanto un todo intersubjetivo, el *Lebenswelt* crea una interpretación dada del mundo. Nadie puede elegirla y el mundo vital tampoco puede ser cuestionado. A todo miembro individual de la sociedad le está realmente “dado”. Como comparación, se puede recordar aquí fácilmente el concepto wittgensteniano “forma de vida”. En este mismo respecto, en la concepción de Wittgenstein, juega el mismo papel que la noción “*Lebenswelt*” en la de Habermas.

El sistema y el mundo vital ponen, pues, de manifiesto dos tipos diferentes de racionalidad y – al mismo tiempo – dos tipos de actividad social. El sistema está dominado por la racionalidad técnico-instrumental. Ella es propia, por ejemplo, de la burocracia, en donde todas las actividades están

(3) Habermas, Jürgen, *Theorie des kommunikativen Handelns*, I-II. Ver también Habermas, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, especialmente págs. 53 ss. y 127 ss. Aquí, sólo me refiero a estas obras en general. Ver también Panou, Stavros, *Handlungstheorie und Sozialphilosophie*, págs. 16 ss.

subordinadas a ciertos objetivos dados. Por lo tanto, podemos hablar también de racionalidad teleológica. Un ejemplo típico es el desarrollo tecnológico. En el sistema, casi todo está ordenado según fines tecnológicos. Ellos definen qué ha de entenderse por bienestar en las sociedades modernas.

En el *Lebenswelt*, la racionalidad es de un tipo totalmente distinto. El propio Habermas la llama racionalidad comunicativa. Su naturaleza no es instrumental. Por el contrario, la racionalidad comunicativa es una herramienta mediante la cual la gente puede lograr el entendimiento recíproco. Este tipo de racionalidad se ocupa de la argumentación y del convencimiento; según Habermas, la gente puede, en una situación ideal, lograr un entendimiento recíproco perfecto si sigue las reglas del discurso racional. Por lo tanto, la idea habermasiana de la racionalidad comunicativa está basada en la lógica de la argumentación. El objeto de la misma pueden ser enunciados fácticos (proposiciones), normas y valores. Por lo que respecta a los enunciados fácticos, la idea es proporcionar razones para la veracidad (*Wahrheit*). Las normas están asociadas con la legitimidad (*Richtigkeit*) mientras que los valores están vinculados con la autenticidad (*Wahrhaftigkeit*).

La actividad social dirigida por la racionalidad comunicativa no trata de promover los propios intereses pero parece lograr la comprensión mutua. En este sentido, el concepto de racionalidad comunicativa es, en cierta medida, una explicación de la noción “interacción simbólica” presentada por Georg Herbert Mead.

Por lo que respecta a la relación entre sistema y mundo vital, Habermas realiza otros dos pasos más. Primero, analizando el desarrollo de las sociedades modernas podemos identificar varios subsistemas que se han desprendido del sistema. Estos subsistemas ya no están regulados por la idea de la comprensión mutua. Por el contrario, la comunicación ha sido reemplazada por medios no lingüísticos, es decir, por el dinero y el poder. La integración social basada en la actividad comunicativa ha sido sustituida por una integración regida por la racionalidad instrumental. Las relaciones entre los seres humanos ya no son comunicativas sino relaciones externas definidas por el dinero y el poder. El miembro individual de la sociedad no participa en un procedimiento comunicativo. Es un súbdito sujeto a las reglas fijadas por los “reyes” del sistema.

Sin embargo, el sistema y el mundo vital no estuvieron originariamente separados el uno del otro. Es un síntoma de las sociedades modernas el hecho de que el sistema (y los subsistemas en tanto constituyentes del sistema) se desprenda continuamente del mundo vital. El sistema ha comenzado a vivir su propia vida. Al mismo tiempo, se produce otro fenómeno en la sociedad. El mundo vital se está también diferenciando, es decir, las partes internas de este “nivel” se desprenden las unas de las otras. Desde un punto de vista teórico, es posible identificar los siguientes tres subelementos: la cultu-

ra, la comunidad social y la personalidad. También los procedimientos mediante los cuales esos elementos son renovados se están diferenciando: se renueva la cultura, la integración social y la socialización (la adopción de un individuo por parte de la sociedad).

Sin embargo, el núcleo del pensamiento de Habermas no es este procedimiento de diferenciación sino el fenómeno opuesto(4). Según Habermas, el sistema y la racionalidad instrumental manifestada en el sistema comienza a penetrar en el mundo vital. Habermas llama a esto colonización. La estructura de símbolos y los sistemas de comprensión típicos del mundo vital no oponen resistencia a este desarrollo. El *Lebenswelt* se está volviendo, por así decirlo, más estrecho, es decir, las formas genuinas del mundo vital desaparecen. Los medios típicos del sistema, o sea, el dinero y el poder, comienzan a cubrir las esferas originales del *Lebenswelt*. La vida cotidiana de un miembro individual de la sociedad se vuelve cada vez más burocrática, está cada vez más económicamente condicionada, cada vez más tecnológicamente estructurada.

Según Habermas, el punto crucial es el lugar de incisión en donde el sistema y el *Lebenswelt* se encuentran el uno con el otro. Aquí, por ejemplo, el sistema coloniza el mundo vital. Sin embargo, los críticos han señalado a menudo que Habermas no describe cuándo el sistema penetra en ese sentido en el mundo vital. Según la crítica, Habermas no ha presentado una descripción histórica del procedimiento de penetración. Esto es verdad, pero no es muy importante desde nuestro punto de vista. Pienso que hay que procurar entender a Habermas en relación con sus propias ideas básicas. La teoría de la racionalidad comunicativa no es una descripción empírica de lo que sucede en el mundo, sino una herramienta mediante la cual es posible analizar las sociedades modernas e identificar sus patologías. Esta teoría es simplemente un intento de aclarar qué significa decir que algo anda mal con respecto a las formas de vida de las personas.

En este sentido, el análisis de Habermas parece ser también fecundo para nuestros propósitos(5). Consideremos el orden jurídico como una parte del sistema. El orden jurídico está constituido por normas jurídicas. En tanto

(4) Según Habermas, una evolución es también típica del *Lebenswelt*. La racionalidad del *Lebenswelt* cambia –y se desarrolla– todo el tiempo. Esto significa que las formas de la racionalidad comunicativa se diferencian. Por consiguiente, diferentes “partes” del *Lebenswelt* –es decir, determinados tipos de relaciones humanas– forman sus propias unidades. La separación del sistema con respecto al *Lebenswelt* presupone este tipo de evolución racional en el *Lebenswelt*. Esta última tiene que estar “maduro” para la separación.

(5) En este enfoque, la teoría habermasiana no ha sido aceptada en tanto tal. Por ejemplo, la teoría de la verdad (*Wahrheitstheorie*) basada en la idea del consenso no es la teoría que está en el trasfondo de este trabajo. La “situación ideal del discurso” (*ideale Sprechsituation*) –la audiencia universal en la terminología de Perelman– garantiza la verdad de los enunciados empíricos y, según Perelman, la validez de los enunciados morales. La racionalidad, en tanto ideal del discurso jurídico, no ofrece tal garantía. La interpretación jurídica no es ni verdadera ni falsa.

subsistema especial, se ha desprendido del mundo vital. En verdad, el orden jurídico es (una parte de) un sistema. En tanto tal, el orden jurídico sigue también la racionalidad instrumental. Hablando en términos generales, las normas jurídicas son medios para alcanzar ciertos fines, es decir, fines que están dados de antemano y definidos, por ejemplo, por la racionalidad tecnológica.

Utilizando las normas jurídicas como herramientas, el centro de poder en la sociedad dirige el desarrollo social. Por otra parte, en el proceso de desprendimiento, la legitimidad de las normas jurídicas se basa cada vez más en la validez formal. Una norma *N* es legítima si y sólo si es dictada de acuerdo con un procedimiento adecuado. Esta validez, típicamente kelseniana, es suficiente en la situación en la que el sistema “vive su propia vida”, independientemente del *Lebenswelt*.

Tal es el caso cuando un juez o un funcionario aplica la ley. Al hacerlo, no se pregunta si la ley es formalmente válida o no. Simplemente la *aplica*, es decir, sigue la regla. Este tipo de actitud ha sido llamada en este trabajo positivismo jurídico. Según él, la ley basta como base de legitimidad de una decisión.

Sin embargo, en las sociedades modernas, la validez formal no es la única base de legitimidad. Por el contrario, es posible hablar de crisis de legitimidad en aquellas situaciones en las que puede darse más de una interpretación bien fundada para una cierta ley. En varios países, el problema se ha puesto de manifiesto en las actividades de los llamados movimientos Verdes. El sistema de valores que ellos representan puede diferir radicalmente del oficial, al que se refieren los tribunales o las organizaciones administrativas. La mera ley no es entonces suficiente para satisfacer las demandas de

En el mejor de los casos, una interpretación es aceptable para la mayoría de la comunidad jurídica racional. Sin embargo, la aceptabilidad no es lo mismo que la verdad de un enunciado. La racionalidad sólo guía el procedimiento óptimo del discurso. Los contenidos, es decir, el resultado final del procedimiento, depende también, por ejemplo, de valores y valoraciones. Por consiguiente, la interpretación jurídica no puede ser universalmente “correcta”. Los valores son relativos, aunque la gente evalúe las cosas intersubjetivamente.

Así pues, la teoría consensual de la verdad no es la base adecuada para la teoría de la interpretación jurídica. Por otra parte, en el razonamiento jurídico, la teoría de la correspondencia de la verdad es demasiado fuerte. Un modelo epistémico adecuado se encuentra “entre” estas dos teorías. Sin embargo, la teoría de la acción comunicativa y la distinción entre sistema y mundo vital es un esquema fecundo por lo que respecta a la justificación profunda del razonamiento jurídico. Esto es independiente de posibles debilidades de detalle de la teoría habermasiana.

Resumiendo: el razonamiento jurídico, especialmente el de la toma de decisiones, está vinculado tanto con el uso del poder social como con la comunicación humana. Toda teoría del razonamiento jurídico tiene que tomar en cuenta ambos elementos. Por consiguiente, Habermas ha proporcionado valiosas claves para la solución de este dilema.

Ver también lo que dice Andrés Ollero acerca del papel de la filosofía jurídica en este respecto. Ollero, *Rechtswissenschaft und Philosophie*, págs. 22-23

los “valores Verdes”. Sin tomar ninguna posición a favor o en contra de estos movimientos, el fenómeno es, en sí, interesante. Confiere sentido al análisis habermasiano: en las sociedades modernas, la legitimidad de las normas jurídicas no está basada únicamente en la validez formal sino también en los valores aceptados o aceptables (racionalmente) en la sociedad. La base de la legitimidad se encuentra así “detrás” de las normas. Está enraizada en el mundo vital (*Lebenswelt*).

Pienso que, sobre este trasfondo, puede entenderse fácilmente el “hilo conductor” de este trabajo. La idea no era construir una visión de la sociedad futura. Por lo tanto, este trabajo es todo menos profético, para utilizar una expresión de von Wright. Su propósito era sólo identificar y analizar las patologías en la cultura jurídica, es decir, situaciones en las que puede observarse el mal funcionamiento del sistema.

Desde este punto de vista, la crisis de la legitimidad es, a menudo, una crisis de los sistemas de valores. Por consiguiente, es imposible conceptualizar el problema tomando en cuenta sólo el sistema (el orden jurídico como sistema de normas formalmente válidas). Por otra parte, sería más bien ingenuo defender la primacía del *Lebenswelt* como una base genuina de la legitimidad. El orden jurídico es un orden de poder y la aplicación del derecho es el uso de este poder. Esta es la razón por la cual el derecho es – al mismo tiempo – “un ciudadano de dos mundos”. Es una herramienta formal para organizar la vida social en una forma predecible, pero la legitimidad del derecho (o de las interpretaciones/decisiones jurídicas) depende de la comunicación lingüística y de la comprensión mutua que resulta en esa comunicación. Si, por ejemplo, las decisiones de los tribunales sólo siguen (ciegamente) la letra de la ley y representan un sistema de valores diferentes del de la mayoría de la sociedad, la gente deja de confiar en las decisiones. Esta controversia no es un fenómeno que pudiera ser identificado de una manera manifiesta en un determinado momento en una determinada sociedad. Pero, la falta de confianza en los tribunales puede, poco a poco, conducir a una crisis profunda en esa sociedad si los tribunales no comienzan a tener en cuenta las demandas que surgen en el *Lebenswelt*.

En este sentido, la fuente última de la legitimidad se encuentra en la sociedad misma (en el *Lebenswelt*). Sólo aquella interpretación que toma en cuenta las expectativas de la mayoría de la sociedad puede, a la larga, obtener aceptabilidad por parte de esa mayoría. Lo importante en este respecto es la expectativa de certeza jurídica. Ella es una medida de cómo y cuándo puede lograrse la aceptabilidad racional. Como hemos visto, la certeza jurídica está estrechamente vinculada con el sistema de valores de la sociedad y por ello las interpretaciones aceptables tienen que ser no sólo racionales sino razonables.

Por consiguiente, la aceptabilidad racional es el “punto de encuentro” del sistema y del *Lebenswelt*. Un buen juez o un buen funcionario trata todo el tiempo de orientarse según las líneas principales de la práctica vital cotidiana. Entonces, las decisiones que toman adquieren una aceptabilidad máxima y el uso del poder jurídico no es simplemente el uso del mero poder. Es una construcción pacífica de la sociedad de acuerdo con las expectativas de la gente común. Pues así estaremos – espero – más maduros para superar “los peligros de la autodestrucción inherentes a la naturaleza de la moderna sociedad industrial” (von Wright).

ABREVIATURAS

- ARSP* = *Archiv für Rechts - und Sozialphilosophie*
JFP = *Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland*
LM = *Lakimies* (Revista publicada por la Asociación de Abogados de Finlandia)
SSL = *Scandinavian Studies in Law*

BIBLIOGRAFÍA

- Aarnio, Aulis: 1981, "150 anni di filosofia del diritto in Finlandia", en *Rivista Trimestrale Di Diritto e Procedura Civile* **3**, 809 ss.
- Aarnio, Aulis: 1983, "Argumentation Theory - and Beyond: Some Remarks on the Rationality of Legal Justification", en: *Rechtstheorie* **4**, 385 ss.
- Aarnio, Aulis: 1986, "On Changes in the Systematics of Law" en: Torstein Eckhoff, Lawrence M. Friedman, Jyrki Uusitalo (comps.), *Vernunft und Erfahrung im Rechtsdenken der Gegenwart (Rechtstheorie, Beiheft 10, Berlin)*, 161 ss.
- Aarnio, Aulis: 1979, *Denkweisen der Rechtswissenschaft* (Viena).
- Aarnio, Aulis: 1980, "En analys av arvinges rättsliga ställning", en: *JFT* **6**, 363 ss.
- Aarnio, Aulis: 1983, "Eternal and Changing Law" en: *Philosophical Perspectives in Jurisprudence*, 94 ss.
- Aarnio, Aulis: 1978, "Kant ett påstående om en rättsregels innehåll vara riktigt?", en: S. Strömholm (comp.), *Uppsalaskolan - och efteråt* (Uppsala), 143 ss.
- Aarnio, Aulis: 1969, *Kysymyksiä testamenttioikeuden alalta* (Vammala).
- Aarnio, Aulis: 1979, "Linguistic Philosophy and Legal Theory", en: *Rechtstheorie, Beiheft 1*, 17 ss.
- Aarnio, Aulis: 1982, *Oikeussäännösten tulkinnasta* (Helsinki).
- Aarnio, Aulis: 1978, "On Legal Policy Research", en: *Rechtstheorie* **3**, 301 ss.
- Aarnio, Aulis: 1977, *On Legal Reasoning* (Loimaa).
- Aarnio, Aulis: 1985, "On the Justification of Legal Integration", en: *Revue de Synthèse* **118-119**, 269 ss.
- Aarnio, Aulis: 1981, "On the Paradigm Articulation in Legal Research", en: *Rechtstheorie, Beiheft 3*, 45 ss.
- Aarnio, Aulis: 1981, "On the Truth and Acceptability of Interpretative Propositions in Legal Dogmatics", en: *Rechtstheorie Beiheft 2*, 33 ss.

- Aarnio, Aulis: 1985, "Outline of a Hermeneutic Approach in Legal Theory", en: *Philosophical Perspectives in Jurisprudence*, 47 ss.
- Aarnio, Aulis: 1983, "Philosophical Perspectives in Jurisprudence", en: *Acta Philosophica Fennica* **36**.
- Aarnio, Aulis: 1967, *Perillisen oikeusasemasta* (Vammala).
- Aarnio, Aulis: 1985, "The Development of Legal Theory and Philosophy of Law in Finland" en: *Philosophical Perspectives in Jurisprudence*, 9 ss.
- Aarnio, Aulis: 1980, "The Form and Content of Law: Aspects of Legal Positivism", en: *Archivum Juridicum Cracoviense* **XIII**, 17 ss.
- Aarnio, Aulis: 1979, "The Grounding Structures of Law: Reflections on Helmut Coing's Conception of Natural Law", en: *Rechtstheorie* **9**, 281 ss.
- Aarnio, Aulis: 1985, "The Significance of the Theoretical Element in Legal Research", en: *Philosophical Perspectives in Jurisprudence*, 7 ss.
- Aarnio, Aulis: "Värdena och domarreglerna: Tankar om förhållandet mellan rätt och moral", en: *Festskrift till Jan Hellner* (Estocolmo), 7 ss.
- Aarnio, Aulis, Robert Alexy, Aleksander Peczenik: 1981, "The Foundation of Legal Reasoning", en: *Rechtstheorie* 1981, 133 ss., 257 ss. y 423 ss.
- Aarnio, Aulis y Aleksander Peczenik: 1985, "Más allá del realismo: Una crítica de la reconstrucción de la dogmática jurídica por Alf Ross", en: *Revista de Ciencias Sociales* **5**, 127 ss.
- Ahlander, Björn: 1952, *Om rätt och rättstillämpning*.
- Ahrens, H.: 1870-71, *Naturrecht oder Philosophie des Rechts und des Staates*, Vols. I-II (Berlín) (original 1837).
- Ahmavaara, Yrjö: 1969, *Informaatio* (Helsinki).
- Alanen, Aatos: 1965, *Vleinen oikeustiede ja kansainvälinen yksityis-oikeus* (Vammala).
- Albert, Hans: 1957, "Theorie und Prognose in den Sozialwissenschaften", en: *Schweizerische Zeitschrift für Volkswirtschaft und Statistik* **93**, 60 ss.
- Alchourrón Carlos E.: 1983, "Systematization and Change in the Science of Law", en: Torstein Eckhoff, Lawrence M. Friedman, Jyrki Uusitalo (comps), *Vernunft und Erfahrung im Rechtsdenken der Gegenwart* (*Rechtstheorie*, Beiheft **10**), 171.
- Alchourrón, Carlos E. y Eugenio Bulygin: 1971, *Normative Systems* (Viena) (Versión castellana: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires 1974).
- Alexy, Robert: 1978, *Theorie der juristischen Argumentation* (Francfort del Meno) (Versión castellana de M. Atienza e I. Espejo: *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid 1989).
- Alexy, Robert: 1979, "Zum Begriff des Rechtsprinzips", en: *Rechtstheorie*, Beiheft **1**, 59 ss.
- Apel, Karl-Otto: 1967, "Analytic Philosophy of Language and the Geisteswissenschaften", en: *Foundation of Language*, Supplementary Series Vol. 4 (Dordrecht).
- Armstrong, D.M.: 1980, "Nominalism and Realism", en: *Universals & Scientific Realism*, Vol. I (Cambridge).
- Ayer, A.J.: 1974, "Wittgenstein on Certainty", en: *Understanding Wittgenstein*, 266 ss.

- Backman, Eero: 1979, "The Concept of Legal Order and the Problem of Its Determination in the Hermeneutical Theory of Law", en: A. Peczenik y J. Uusitalo (comps.), *Reasoning on Legal Reasoning* (Helsinki), 33 ss.
- Ballweg, Ottmar y Thomas-Michael Seibert (comps.): 1984, *Rhetorische Rechtsstheorie*.
- Baum Levenbook, Barbara: 1984, "The Role of Coherence in Legal Reasoning", en: *Law and Philosophy* **43**, 355 ss.
- Benditt, Theodore M.: 1978, *Law as Rule and Principle* (Stanford).
- Bjarup, Jes: 1978, *Skandinavischer Realismus* (Friburgo/Munich).
- Björne, Lars: 1984, *Deutsche Rechtssysteme im 18. und 19. Jahrhundert* (Ebelsbach am Main).
- Blom, Raimo: 1970, "Tuomioistuimien toiminnan puolueettomuus rikosasioissa", en: *Tampereen yliopiston tutkimuslaitos*, D-tiedotteita, No. 40 (Tampere).
- Borum, O.A.: 1949, "Arvefaldet", en: *Bidrag til arverettens anden del* (Copenhagen).
- Brand, Gerd: 1980, *The Central Texts of Wittgenstein* (Bristol).
- Brandt, Ricard B.: 1959, *Ethical Theory* (Englewood Cliffs, N.J.).
- Brante, Thomas: 1980, *Vetenskapens struktur och förändring* (Lund).
- Brusiin, Otto: 1938, *Tuomarin harkinta normin puuttuessa* (Vammala).
- Brusiin, Otto: 1959, *Zum Ehescheidungsproblem* (Hyvinkää).
- Brusiin, Otto: 1951, *Über das juristische Denken* (Helsinki).
- Brusiin, Otto: 1949, *Über die Objektivität der Rechtsprechung* (Helsinki) (Versión castellana de E. Garzón Valdés: *La objetividad de la jurisdicción*, Córdoba [Arg.] 1966).
- Bulygin, Eugenio: 1963, "El Concepto de Vigencia en Alf Ross", en: *Revista del Colegio de Abogados de la Plata*, 1 ss.
- Bulygin, Eugenio: 1986, "Legal Dogmatics and the Systematization of Law", en: Torstein Eckhoff, Lawrence M. Friedman, Jyrki Uusitalo (comps.), *Vernunft und Erfahrung im Rechtsdenken der Gegenwart* (*Rechtstheorie*, Beiheft **10**), 193 ss.
- Bydliński, F.: 1982, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff* (Viena).
- Coing, Helmut: 1976, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 3ª ed. (Berlín).
- Cossio, Carlos: 1969, *La "causa" y la comprensión en el Derecho* (Buenos Aires).
- Dalberg-Larsen, Jørgen: 1984, *Five Essays on Legal Science* (Copenhagen).
- Dalberg-Larsen, Jørgen: 1977, *Retsvidenskab som samfundsvidenskab* (Copenhagen).
- Dietze, H.H.: 1936, *Naturrecht in der Gegenwart* (Berlín).
- Dreier, Ralf: 1981, "Zur Theoriebildung in der Jurisprudenz", en: del mismo autor, *Recht - Moral - Ideologie* (Berlín), 70 ss.
- Dworkin, Ronald: 1977, "No Right Answer?", en: P. M. S. Hacken y J. Raz (comps), *Law, Morality, and Society: Essays in Honour of H. L. A. Hart* (Oxford), 58 ss.
- Dworkin, Ronald: 1978, *Taking Rights Seriously*, 2ª ed. (Londres).
- Eckhoff, Torstein: 1976, "Guiding Standards in Legal Reasoning", en: *Current Legal Problems* **29**, 205 ss.
- Eckhoff, Torstein y Nils-Kristian Sundby: 1976, *Rettsystemer: Systemteoretisk innføring i rettsfilosofien* (Oslo).

- Ekelöf, Per Olof: 1966, "Semantik och juridik", en: *SvJT*, 497 ss.
- Ekelöf, Per Olof: 1958, "Teleological Construction of Statutes", en: *SSL* 2, 75 ss.
- Ekelöf, Per Olof: 1951, *Är den juridiska Doktrinen en teknik eller en vetenskap?* (Estocolmo).
- Engisch, K.: 1971, *Einführung in das juristische Denken*, 2ª ed. (Stuttgart, Berlin. Colonia, Maguncia) (Versión castellana de E. Garzón Valdés: *Introducción al pensamiento jurídico*, Madrid 1964).
- Eriksson, Lars D.: 1980, *Marxistisk teori och rättsvetenskap* (Helsinki).
- Eriksson, Lars D.: 1979, "Om olika argumentationsmodeller", en: *JFT*, 25 ss.
- Esser, Josef: 1972, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 2ª ed. (Frankfort del Meno).
- Finch, Henry LeRoy: 1977, *Wittgenstein - The Later Philosophy* (Atlantic Highlands, N.Y.).
- Frank, Jerome: 1963, *Law and the Modern Mind* (Garden City, N.Y.).
- Frändberg, Åke: 1973, *Om analog användning av rättsnormer* (Uppsala).
- Furberg, Mats: 1971, *Saying and Meaning, A Main Theme in J.L. Austin's Philosophy* (Oxford).
- Gizbert-Stundnicki, Tomasz: 1985, "How Many Theories of Truth are Needed in Jurisprudence?", en: Neil MacCormick, Stavros Panou y Luigi Lombardi Vallauri (comps), *Conditions of Validity and Cognition in Modern Legal Thought (ARSP, Beiheft 25*, Stuttgart), 153 ss.
- Germann, O.A.: 1946, *Methodische Grundfragen* (Berna).
- Golding, Martin P.: 1984, *Legal Reasoning* (Nueva York).
- Golding, Martin P.: 1970, "Principled Decision-Making and the Supreme Court", en: Robert S. Summers (comp.), *Essays in Legal Philosophy* (Oxford), 208 ss.
- Guastini, Riccardo: 1982/83, "Six Concepts of 'Constitutive Rule'", en: *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Genova* 1-2, 487 ss.
- Guastini, Riccardo: 1984, "A Tentative Analysis of Two Sentences", en: A. Peczenik *et al.* (comps), *Theory of Legal Science* (Dordrecht), 571 ss.
- Habermas, Jürgen: 1983, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln* (Frankfort del Meno) (Versión castellana de Ramón García Cotarelo: *Conciencia moral y acción comunicativa*, Barcelona 1985).
- Habermas, Jürgen: 1972, *Theorie und Praxis*, 4ª ed. (Frankfort del Meno) (Versión castellana de S. Mas Torres y C. Moya Espí: *Teoría y praxis*, Madrid 1987).
- Habermas, Jürgen: 1981, *Theorie des kommunikativen Handelns: Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft I-II* (Frankfort del Meno) (Versión castellana de Manuel Jiménez Redondo: *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid 1987).
- Habermas, Jürgen: 1973, "Wahrheitstheorien", en: H. Fahrenbach (comp.), *Wirklichkeit und Reflexion. Festschrift für W. Schulz* (Pfullingen).
- Hare, R.M.: 1952, *Language of Morals* (Londres) (Versión castellana de G. Carrió y E. Rabossi: *El lenguaje de la moral*, México 1975).
- Hare, R.M.: 1981, *Moral Thinking* (Londres).
- Hare, R.M.: 1954/55, "Universability", en: *Proceedings of the Aristotelian Society* 55, 295 ss.

- Hart, H.L.A: 1961, *The Concept of Law* (Oxford) (Versión castellana de G. Carrió: *El concepto de Derecho*, Buenos Aires 1963).
- Helin, Markku: 1983, "On the Semantics of the Interpretative Sentences in Legal Dogmatics", en: *Essays in Legal Theory in Honor of Kaarle Makkonen* (Vammala), 63 ss.
- Hermerén, Göran: 1972, *Värdering och objektivitet* (Lund).
- Hertzberg, Lars y Matti Sintonen: "On Language as an Object of Empirical Investigation", en: *Ajatus* **38**, 148 ss.
- Hertzberg, Lars: 1981, "Science and Certainty", en: Ingemar Pörn (comp.), *Essays in Philosophical Analysis* (Helsinki), 60 ss.
- Hinderling, Hans-Georg: 1971, *Rechtsnorm und Verstehen* (Berna).
- Hintikka, Jaakko: 1957, "Arvokäsisteistä sosiaalitieteiden metodiopissa", en: *Ajatus* **XX**, 27 ss.
- Holmes, Oliver Wendell: 1921, "The Path of the Law", en: *Collective Legal Papers* (Nueva York), 173 ss.
- Holopainen, Toivo: 1977, "Normin mukaista vai tavoitteiden suuntaista?", en: *LM*, 627 ss.
- Honkasalo, Brynolf: 1965, *Suomnen rikosoikeus. Yleiset opit*. Ensimmäinen osa. 2^a ed. (Hämeenlinna).
- Hutcheson, Joseph C. Jr.: 1928, "The Judgement Intuitive: The Function of the 'Hunch' in Judicial Decision", en: *Cornell Law Quarterly* **14**, 279 ss.
- Illum, Knud: 1945, *Lov og Ret* (Copenhagen).
- Illum, Knud: 1968, "Some Reflections on the Method of Legal Science and on Legal Reasoning", en: *SSL*, 49 ss.
- Jareborg, Nils: 1974, *Begrepp och brottsbeskrivning* (Estocolmo).
- Jareborg, Nils: 1979, "Regler och rittlinjer", en: *TjR*, 385 ss.
- Jareborg, Nils: 1975, *Värderingar* (Lund).
- Jonsson, Inge: 1982, "Riktningar inom 1800-talets hermeneutik", en: *Symposium Proceedings, "Tolkning och tolkningsteorier"* (Estocolmo), 65 ss.
- Jørgensen, Stig: 1969, "Argumentation and Decision", *Festskrift til professor dr. jur. & phil. Alf Ross* (Copenhagen), 381.
- Jørgensen, Stig: 1983, *Law and Society* (Aarhus).
- Jørgensen, Stig: 1970, *Ret og samfund* (Copenhagen).
- Karsten, Rafael: 1941, *Filosofinen etiikka* (Loviisa).
- Kaufmann, Arthur: 1982, *Analogie und Natur der Sache*, 2^a ed.
- Kaufmann, Arthur: 1983, "Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus", en: *ARSP*, Beiheft **18**, 14 ss.
- Kaufmann, Arthur y Winfried Hassemer: 1977, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart* (Heidelberg y Karlsruhe).
- Kelsen, Hans: 1982, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus* (Charlottenburg).
- Kelsen, Hans: 1960, *Reine Rechtslehre*, 2^a ed. (Viena) (Versión castellana de Roberto Vernengo: *Teoría pura del Derecho*, México 1979).

- Kenny, Anthony: 1982, "Wittgenstein on the Nature of Philosophy", en: Brian McGuinness (comp.), *Wittgenstein and his Times* (Oxford), 13 ss.
- Kerimov, D.A.A.: 1977, *Philosophische Probleme des Rechts* (Berlín).
- Kerimov, D.A.A.: 1981, *Verfassung der UdSSR und politisch-rechtliche Theorie* (Berlín).
- Kivivuori, Antti: 1969, *Suomen vahingonkorvauslainsäädännön kehitys I*, (Joensuu).
- Klami, Hannu Tapani: 1980, "Anti-Legalism", en: *Five Essays in the Finalistic Theory of Law* (Turku).
- Klami, Hannu Tapani: "Dualism of Law", en: *Objektivierung des Rechtsdenkens: Gedächtnisschrift für Ilmar Tammelo* (Berlín), 471 ss.
- Klami, Hannu Tapani: 1979, *Finnalisten oikeusteoria* (Turku).
- Klami, Hannu Tapani: 1984, *Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle* (Turku).
- Klami, Hannu Tapani: 1982, "Legal Heuristics: A Theoretical Skeleton", en: *Oikeustiede* (Vammala), 7 ss.
- Klang, Heinrich y Franz Gschnitzer (comps.): 1964, *Kommentar zum Allgemeinen Gesetzbuch* (Viena).
- Klenner, Hermann: 1972, *Rechtsleere* (Berlín).
- Klenner, Hermann: 1980, Reseña de: Chaim Perelman, *Juristische Logik als Argumentationslehre*, en: *Deutsche Literaturzeitung* 1, 74 ss.
- Klenner, Hermann: 1984, *Vom Recht der Natur des Rechts* (Berlín).
- Klug, Ulrich: 1966, *Juristische Logik*, 3ª ed. (Berlín Heidelberg, Nueva York) (Versión castellana de la 1ª ed. de David García Bacca: *Lógica jurídica*, Caracas 1961; versión castellana de la 3ª ed. de Juan Carlos Gardella: *Lógica jurídica*, Bogotá 1990).
- Koch, Hans-Joachim y Helmut Rüssmann: 1982, *Juristische Begründungslehre* (Munich).
- Krawietz, Werner y Robert Alexy (comps.): 1983, *Metatheorie juristischer Argumentation* (Berlín).
- Krawietz, Werner: 1984, "Begründung des Rechts - anthropologisch betrachtet: zur Institutionentheorie von Weinberger und Schelsky", en: Werner Krawietz, Helmut Schelsky, Günther Winkler, Alfred Schramm (comps.), *Theorie der Normen. Festgabe für Ota Weinberger zum 65. Geburtstag* (Berlín), 541 ss.
- Krawietz, Werner: 1978, *Juristische Entscheidung und wissenschaftliche Erkenntnis* (Viena y Nueva York).
- Krawietz, Werner: 1981, "Rechtssystem und Rationalität in der juristischen Dogmatik", en: *Rechtstheorie*, Beiheft 2, 299 ss.
- Krawietz, Werner: 1984, "Recht und Rationalität in der modernen Systemtheorie", en: Werner Krawietz, Theo Mayer-Maly, Ota Weinberger (comps.), *Objektivierung des Rechtsdenkens: Gedächtnisschrift für Ilmar Tammelo* (Berlín), 724 ss.
- Kripke, Saul, A.: 1982, *Wittgenstein on Rules and Private Language* (Oxford).
- Kuhn, Thomas S.: 1970, *The Structure of Scientific Revolutions*, 2ª ed. (1ª ed. 1962) (Chicago).
- Laakso, Seppo: 1980, *Oikeuden systeemyhteys puhtaassa oikeusopissa* (Tampere).
- Laakso, Seppo: 1980, *Puhtaan oikeusopin problematiikkaa, Oikeustiede*, 91 ss.
- Laakso, Seppo: 1980, *Über die Dreidimensionalität des Rechts und des juristischen Denkens* (Tampere).

- Lahtinen, Osvi: 1966, "Von konstruierten Denkschemas und von der Sprache", en: *Jus humanum. Studia in honorem Otto Brusiin* (Turku), 87 ss.
- Lahtinen, Osvi: 1951, *Zum Aufbau der rechtlichen Grundlagen* (Helsinki).
- Larenz, Karl: 1975, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3ª ed. (Versión castellana de Marcelino Rodríguez Molinero: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona 1980).
- Lauridsen, Preben Stuer: 1974, *Studier i retspolitisk argumentation* (Copenhagen).
- Lucas, J.R.: 1980, *On Justice* (Oxford).
- MacCormick, Neil: "Dworkin as Pre-Benthamite", en: *Philosophical Review* **LXXXVII** (4), 585 ss.
- MacCormick, Neil: 1982, "Legal Reasoning and Practical Reason", en: *Mid-West Studies in Philosophy*.
- MacCormick, Neil: 1974, "Principles of Law", en: *Juridical Review* **19**, 217 ss.
- Makkonen, Kaarle: 1959, "Ajatuksia juridisen kielen loogisesta analyysista", en: *LM*, 49 ss.
- Makkonen, Kaarle: 1966, "Der Ausdruck 'Subjektives Recht' in der juristischen Sprache", en: *Jus humanum. Studia in honorem Otto Brusiin* (Turku), 112 ss.
- Makkonen, Kaarle: 1965, *Zur Problematik der juristischen Entscheidungen* (Turku).
- Malmström, Åke: 1938, *Succionsrättsliga studier* (Estocolmo).
- Methonen, Lauri: 1973, "Näköaloja Ludwig Wittgensteinin myöhäisfilosofiaan", en: *Dialectica ry, Dilemma ry: julkaisusarja N° 2* (Tampere).
- Naess, Arne: 1961, *Empirisk semantik* (Oslo).
- Naess, Arne: 1953, *Interpretation and Preciseness: A Contribution to the Theory of Communication* (Oslo).
- Niiniluoto, Ilkka: 1983, "Analogy and Legal Reasoning", en: *Essays in Legal Theory in Honour of Kaarle Makkonen* (Vammala), 177 ss.
- Niiniluoto, Ilkka: 1974, "Fallibilismista", en: *Sosiologia* **5** (6), 275 ss.
- Niiniluoto, Ilkka: 1980, *Johdatus tieteenfilosofiaan* (Keuruu).
- Niiniluoto, Ilkka: 1981, "Language, Norms and Truth", en: Ingemar Pörn (comp.), *Essays in Philosophical Analysis* (*Acta Philosophica Fennica* **32**), 168 ss.
- Niiniluoto, Ilkka: 1981, "On Truth and Argumentation in Legal Dogmatics", en: *Rechtstheorie*, Beiheft **2**, 53 ss.
- Niiniluoto, Ilkka: 1981, "On the Truth of Norm Propositions", en: *Rechtstheorie*, Beiheft **3**, 171 ss.
- Niiniluoto, Ilkka: 1980, "Tieteen tuntomerkit", en: *Tiede 2000* **1**, 5 ss.
- Niiniluoto, Ilkka: 1985, "Truth and Legal Norms", en: Neil MacCormick, Stavros Panou y Luigi Lombardi Vallauri (comps.), *Conditions of Validity and Cognition in Modern Legal Thought* (*ARSP* Beiheft **25**), 168 ss.
- Oker-Blom, Max: 1968, "En enda riktig lösning trots allt? Dworkin mot finländsk bakgrund", en: *JFT*, 251 ss.
- Ollero, Andrés: 1978. *Rechtswissenschaft und Philosophie, Grundlagendiskussion in Deutschland* (Edelsbach).

- Olivecrona, Karl: 1971, *Laws as Fact*, 2^a ed. (Londres) (Versión castellana de G. Cortés Funes: *El derecho como hecho*, Buenos Aires 1959).
- Olivecrona, Karl: 1966, *Rättsordningen*, 2^a ed. (Lund).
- Panou, Stavros: 1984, *Handlungstheorien und Sozialphilosophie* (Munich).
- Patoluoto, Ilkka: 1975, *Yhteiskuntatieteen ja politiikan suhteet. Jälkipuhe N.G. Runcimanin teoksen Yhteiskuntatiede ja poliittinen teoria suomennoksen toiseen painokseen* (Helsinki), 194 ss.
- Peczenik, Aleksander: 1984, "Creativity and Transformation in Legal Research", en: Werner Krawietz, Helmut Schelsky, Günther Winkler, Alfred Schramm (comps.), *Theorie der Normen. Festgabe für Ota Weinberger zum 65. Geburtstag* (Berlin), 277 ss.
- Peczenik, Aleksander: 1969, "Empirical Foundations of Legal Dogmatics", en: *Essays in Legal Theory* (Copenhagen), 9 ss.
- Peczenik, Aleksander: 1983, *The Basis of Legal Justification* (Lund).
- Peczenik, Aleksander: 1969, *Essays in Legal Theory* (Copenhagen).
- Peczenik, Aleksander: 1983, "Is there Always a Right Answer to a Legal Question", en: *Essays in Legal Theory in Honor of Kaarle Makkonen* (Vammala), 239 ss.
- Peczenik, Aleksander: 1983, *Grundlagen der juristischen Argumentation* (Viena y Nueva York).
- Peczenik, Aleksander: 1974, *Juridikens metodproblem* (Estocolmo).
- Peczenik, Aleksander: "Legal Data. An Essay about the Ontology of Law", en: A. Peczenik et. al. (comps.), *Theory of Legal Science* (Dordrecht), 97 ss.
- Peczenik, Aleksander: 1984, "Legal Research, Growth of Science and Moral Theory", en: *Objektivierung des Rechtsdenkens. Gedächtnisschrift für Ilmar Tammelo* (Berlín), 137 ss.
- Peczenik, Aleksander: 1979, "Non-equivalent Transformations and the Law", en: A. Peczenik y J. Uusitalo (comps.), *Reasoning on Legal Reasoning* (Helsinki), 96 ss.
- Peczenik, Aleksander: "Norms and Reality", en: *Essays in Legal Theory*, 9 ss.
- Peczenik, Aleksander: 1981, "On the Nature and Function of the Grundnorm", en: *Rechtstheorie, Beiheft 2*, 279 ss.
- Peczenik, Aleksander: 1975, "The Structure of a Legal System", en: *Rechtstheorie* 1 (2), 1 ss.
- Perelman, Chaim: 1967, "Eine Studie über die Gerechtigkeit", en: *Über die Gerechtigkeit* (Munich), 9 ss. (Versión castellana de R. Guerra: *De la justicia*, México 1964).
- Perelman, Chaim: 1967, "Fünf Vorlesungen über die Gerechtigkeit", en: *Über die Gerechtigkeit* (Munich), 85 ss.
- Perelman, Chaim: 1979, *Juristische Logik als Argumentationslehre*.
- Perelman, Chaim: 1963, *The Idea of Justice and the Problem of Argument* (Londres).
- Perelman, Chaim: 1971, "The New Rhetoric", en: Y. Bar-Hillel (comp.), *Pragmatics of Natural Language* (Dordrecht), 148 ss.
- Perelman, Chaim: 1979, "The Rational and the Reasonable", en: *The New Rhetoric and the Humanistics: Essays on Rhetoric and its Applications* (Dordrecht), 117 ss.
- Perelman, Chaim: 1968, "Rhetoric and Philosophy", en: *Philosophy and Rhetoric I*, 15 ss.

- Perelman, Chaim y L. Olbrechts-Tyteca: 1950/51, "Act and Person in Argument", en *Ethics* 61, 252 ss.
- Peschka, Vilmos: 1982, *Die Theorie der Rechtsnormen* (Budapest).
- Petev, Valentin: 1984, "Rechtsquellenlehre und Reine Rechtslehre", en: *Rechtstheorie, Beiheft* 5, 273 ss.
- Popper, Karl R.: 1972, *Objective Knowledge: An Evolutionary Approach* (Oxford).
- Pöyhönen, Juha: 1985, "Knowledge in Law and the Possibility of an Alternative Legal Domesticity", en: A. Aarnio y M. Van Hoecke (comps.), *On the Unity of Legal Theory* (Kangasala).
- Pöyhönen, Juha: 1981, *Juridisista teorioista*.
- Radin, Max: 1963, "Case Law and Stare Decisis", en: *Essays on Jurisprudence from the Columbia Law Review*, 3 ss.
- Rahlf, Joachim: 1976, "Die Rolle der historischen Auslegungsmethode in der Rechtsprechung des BGH", en: E. von Savigny, V. Neumann y J. Rahlf (comps.), *Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie* (Munich), 27 ss.
- Raphael, D.D.: 1981, *Moral Philosophy* (Oxford).
- Raz, Joseph: 1979, *The Authority of Law* (Oxford) (Versión castellana de R. Tamayo y Salmorán: *La autoridad del derecho*, México 1986).
- Raz, Joseph: 1970, *The Concept of a Legal System* (Oxford) (Versión castellana de R. Tamayo y Salmorán: *El concepto de sistema jurídico*, México 1986).
- Regnell, Hans: 1982, *Att beskriva och förklara. Vad det kan innebära inom olika forskningsområden* (Estocolmo).
- Regnell, Hans: 1965, *Semantik* (Estocolmo).
- Rescher, Nicholas: 1973, *Coherence Theory of Truth* (Oxford).
- Rescher, Nicholas: 1969, *Introduction to Value Theory* (Englewood Cliffs, N.J.).
- Ross, Alf: 1968, *Directives and Norms* (Londres) (Versión castellana de J. Hierro: *Lógica de las normas*, Madrid 1971).
- Ross, Alf: 1953, *Om ret og retfaerdighed* (Copenhague).
- Ross, Alf: 1958, *On Law and Justice* (Londres) (Versión castellana de G. Carrió: *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires 1963).
- Ross, Alf: 1961, "Validity and the Conflict Between Legal Positivism and Natural Law", en: *Revista Jurídica de Buenos Aires* IV, 71 ss.
- Saarenpää, Athi E.: 1984, "Court Decisions as the Focus of Study", en: *SSL*, 123 ss.
- Saarenpää, Athi E.: 1980, *Rutiinijuttu*, Reports from the Project for the Study of Legal Research No 1 (Helsinki).
- Saarenpää, Athi E.: 1980, *Tasajaon Periaate* (Vammala).
- Searle, J.R.: 1969, *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language* (Londres).
- Searle, J.R.: 1972, "What is a Speech Act?", en: J.R. Searle (comp.), *The Philosophy of Language*, 39 ss.
- Simmonds, N.E.: 1980, "Law as a Rational Science", en: *ARSP*, 535 ss.
- Sintonen, Matti: 1981, "Problems of Interpretation and Truth in Legal Dogmatics", en: *Rechtstheorie, Beiheft* 2 (Berlin), 77 ss.

- Stenius, Erik: 1970, "Wittgensteinin 'puhtaan kielen kritiikki'", en: J. Hintikka y L. Routila (comps.), *Filosofian tila ja tulevaisuus* (Helsinki), 45 ss.
- Stroup, Timothy: "Edward Westermarck: A Reappraisal", en: *Man* (N.S.) **19**, 575 ss.
- Strömholm, Stig: 1976, *Allgemeine Rechtslehre* (Gotinga).
- Strömholm, Stig: 1982, "Juridisk tolkningsmetodik före 1800-talets 'moderna genombrott'", en: *Symposium Proceedings "Tolkning och tolkningsteorier"* (Estocolmo), 47 ss.
- Strömholm, Stig: 1966, "Legislative Material and Constitution of Statutes", en: *SSL*, 173 ss.
- Strömholm, Stig: 1981, *Rätt, rättskällor och rättslämpning* (Estocolmo).
- Summers, Robert S. (comp.): 1970, *Essays in Legal Philosophy* (reimpresión Oxford).
- Summers, Robert S. (comp.): 1982, *Instrumentalism and American Legal Theory* (Ithaca).
- Summers, Robert S. (comp.): 1971, *More Essays in Legal Philosophy* (Oxford).
- Summers, Robert S.: 1982, "Pragmatic Instrumentalism in Twentieth Century American Legal Thought - A Synthesis and Critique of Our Dominant General Theory about Law and Its Use", en: *Cornell Law Review* **66**, 861 ss.
- Summers, Robert S.: 1978, "The Types of Substantive Reasons: The Core of a Theory of Common Law Justification", en: *Cornell Law Review* **63**, 724 ss. (publicado también en *ARSP*, Beiheft 11).
- Summers, Robert S. y Leigh B. Kelley: 1981, "'Economist Reasons' for Common Law Decisions - A Preliminary Inquiry", en: *Oxford Journal of Legal Studies* **1** (2), 213 ss.
- Tammelo, Ilmar: 1977, *Theorie der Gerechtigkeit* (Friburgo - Munich).
- Tammelo, Ilmar: 1978, "Zetetische Verfahren für juristisches Aufweisen", en: *Rechtstheorie* **4**, 421 ss.
- Tammelo, Ilmar y Helmut Schreiner: 1974, *Grundzüge und Grundverfahren der Rechtslogik, I* (Pullach cerca de Munich).
- Taylor, Charles: 1971, "Interpretation and the Sciences of Man", en: *Review of Metaphysics*, 1 ss.
- Taylor, Paul W.: 1961, *Normative Discourse* (Englewood Cliffs, N.J.).
- Tolonen, Juha: 1974, *Der allgemeine Erklärungshintergrund der wirtschaftlichen Ordnung und seine Anwendung auf das Aktiengesellschaftsrecht* (Helsinki).
- Tolonen, Juha: 1982, "Oikeustieteen edistymisestä", en: *Tieteen puolesta* (Turku), 49 ss.
- Tolonen, Juha: "Über die Hermeneutik von Karl-Otto Apel", en: *Ajatus XXXIII*, 280 ss.
- Toulmin, Stephen: 1976, *Knowing & Acting. An Invitation to Philosophy* (Nueva York).
- Toulmin, Stephen: 1968, *Reason in Ethics* (Cambridge).
- Toulmin, Stephen: 1958, *The Uses of Argument* (Cambridge).
- Toulmin, Stephen, Richard Rielke y Allan Janik: 1979, *An Introduction to Reasoning* (Nueva York).
- Touri, Kaarlo: 1985, "Oikeusnormien asettamismenettelyt ja oikeuden kräsitendenssit", en: *Politiikka* **3**, 189 ss.
- Uusitalo, Jyrki: 1980, *Tieteen dynamiikka tutkimusilmiönä*. Reports from the Project for the Study of Legal Research: No. 1 (Helsinki).
- Vernengo, Roberto J.: 1976, *Curso de Teoría General del Derecho* (Buenos Aires).

- Vernengo, Roberto, J.: 1960, "La Función Sistemática de la Norma Fundamental", en: *Revista Jurídica de Buenos Aires* **I-II**, 3 ss.
- Victor, Dag: 1977, *Rättssystem och vetenskap* (Estocolmo).
- Villa, Vittorio: 1984, "Legal Science and Hermeneutic Point of View", en A. Peczenik *et al.* (comps.), *Theory of Legal Science* (Dordrecht), 509 ss.
- Villa, Vittorio: 1984, *Teorie della Scienza Giuridica e Teorie Delle Scienze Naturali. Modelli Ed Analogie*.
- Walter, Robert: 1983, "Das Auslegungsproblem im Lichte der Reinen Rechtslehre", en: *Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag* (Maguncia), 187 ss.
- Weinberger, Ota: 1981, "Analytisch-Dialektische Gerechtigkeitstheorie", en: *Rechtstheorie*, Beiheft **3**, 307 ss.
- Weinberger, Ota: 1984, "'Is' and 'Ought' Reconsidered", en: *ARSP*, 474 ss.
- Weinberger, Ota: 1984, "Logik und Objektivierung der juristischen Argumentation" en: Werner Krawietz, Theo Mayer-Maly y Ota Weinberger (comps.), *Objektivierung des Rechtsdenkens. Gedächtnisschrift für Ilmar Tammelo* (Berlín).
- Weinberger, Ota: 1984, "Logik, Wirklichkeit und Positivität in der Reinen Rechtslehre", en: *Rechtstheorie*, Beiheft **5**, 425 ss.
- Weinberger, Ota: 1973, "Topik und Plausibilitätsargumentation", en: *ARSP* **1**, 17 ss.
- Weinberger, Christiane & Ota: 1979, *Logik, Semantik und Hermeneutik*.
- Westermarck, Edward: 1908, *The Origin and Development of the Moral Ideas*, Vol. II (Vol. I 1906).
- Wikström, Kauko: 1983, "How To Prove Propositions in Legal Dogmatics", en: *Essays in Legal Theory in Honor of Kaarle Makkonen* (Vammala), 297 ss.
- Wikström, Kauko: 1979, *Oikeuskäytännön tulkinnasta*. Erittely oikeusnormien soveltamistoiminnasta esitettävien väitteiden teoreettisista perusteista ja oikeuskäytännön rakenteesta (Vammala).
- Wimmer, Franz: 1981, "By What Criteria Can Progress in Legal Theory be Determined?", en: *Rechtstheorie*, Beiheft **3**, 35 ss.
- Wimmer, Franz: 1979, "Überlegungen zu Tammelos Unterscheidung von Euduktion, Perduktion und Seduktion", en: *Rechtstheorie* **3**, 338 ss.
- Winch, Peter: 1970, *The Idea of Social Science and Its Relation to Philosophy*, (Londres) (Versión castellana de M.R. Viganó: *Ciencia social y filosófica*, Buenos Aires 1971).
- Wittgenstein, Ludwig: 1969, *On Certainty* (G.E.M. Anscombe y G.H. von Wright, comps.) (Oxford) (Versión castellana de J.L. Pracks y V. Raga: *Sobre la certeza*, Barcelona 1987).
- Wittgenstein, Ludwig: 1967, *Philosophical Investigations* (Oxford) (Versión castellana de A. García Suárez y U. Moulines: *Investigaciones filosóficas*, Barcelona 1988).
- Wittgenstein, Ludwig: 1967, *Zettel* (G.E.M. Anscombe y G.H. von Wright, comps.).
- von Wright, Georg Henrik: 1968, "An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action", en: *Acta Philosophica Fennica* (Versión castellana de E. Garzón Valdés: *Un ensayo de lógica deontica y la teoría general de la acción*, México 1976).
- von Wright, Georg Henrik: 1985, "Is and Ought", en: E. Bulygin, J.L. Gardles y I. Niiniluoto (comps.), *Man, Law and Modern Forms of Life* (Law and Philosophy Library), 263 ss.

- von Wright, Georg Henrik: 1971, *Explanation and Understanding* (Londres) (Versión castellana de L. Vega: *Explicación y comprensión*, Madrid 1987).
- von Wright, Georg Henrik: 1981, *Humanismi elämänsenteena* (Keuruu).
- von Wright, Georg Henrik: 1958, *Logiikka, filosofia ja kieli* (Keuruu).
- von Wright, Georg Henrik: 1963, *Norm and Action* (Londres) (Versión castellana de P. García Ferrero: *Norma y acción*, Madrid 1971).
- von Wright, Georg Henrik: 1968, *Normien eksistenssi*, conferencia, versión mimeografiada (Helsinki).
- von Wright, Georg Henrik: 1963, "Normit ja logiikka", en: *Ajatus*, 255 ss.
- von Wright, Georg Henrik: 1982, "Wittgenstein in Relation to His Times", en: Brian McGuinness (comp.), *Wittgenstein and His Times* (Oxford), 117 ss.
- von Wright, Georg Henrik: 1972, "Wittgenstein on Certainty", en: G.H. von Wright (comp.), *Problems in the Theory of Knowledge* (La Haga).
- von Wright, Georg Henrik: *Wittgenstein* (Oxford).
- Wróblewski, Jerzy: 1984, "Dilemmas of the Normativistic Concept of Legal System", en: *Rechtstheorie*, Beiheft 5, 319 ss.
- Wróblewski, Jerzy: 1983, "Fuzziness of Legal Systems", en: *Essays in Legal Theory in Honor of Kaarle Makkonen* (Vammala), 311 ss.
- Wróblewski, Jerzy: 1979, "Justification of Legal Decisions", en: *La Nouvelle Rhétorique. Essais en hommage a Chaim Perelman* (*Revue Internationale de Philosophie* 127-128), 277 ss.
- Wróblewski, Jerzy: 1971, "Legal Decision and Its Justification", en: H. Hubien (comp.), *Proceedings of the World Congress for Social Philosophy* (Bruselas), 233 ss.
- Wróblewski, Jerzy: 1983, *Meaning and Truth in Juridical Decision*, 2ª ed. (Aulis Aarnio, comp.).
- Wróblewski, Jerzy: 1974, "Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision", en: *Rechtstheorie* 5, 33 ss.
- Wróblewski, Jerzy: 1984, "Paradigms of Justifying Legal Decisions", en: A. Peczenik *et al.* (comps.), *Theory of Legal Science* (Dordrecht), 253 ss.
- Wróblewski, Jerzy: 1972, "System of Norms and Legal System", en: *Rivista Internazionale di filosofia del Diritto* 2, 281 ss.
- Wróblewski, Jerzy: 1979, "Verification and Justification in the Legal Sciences", en: *Rechtstheorie*, Beiheft 1, 195 ss.
- Zippelius, Reinhold: 1982, *Rechtsphilosophie* (Munich).
- Zitting, Simo: 1952, "Omistajan oikeuksista ja velvollisuuksista I-II", en: *LM*, 378 ss. y 501 ss.
- Zitting, Simo: 1951, *Omistajanvaihdoksesta silmälläpitäen erityisesti lainhuudatusken vaikutuksia* (Vammala).
- Zuleta Puceiro, Enrique: 1981, *Paradigma Dogmático y Ciencia del Derecho* (Madrid).
- Zuleta Puceiro, Enrique: 1983, "Scientific Paradigms and Legal Change", en: *Essays in Legal Theory in Honor of Kaarle Makkonen* (Vammala), 331 ss.
- Zuleta Puceiro, Enrique: 1981, "System and Function in Legal Dogmatics", en: *Rechtstheorie*, Beiheft 2, 349 ss.

ÍNDICE DE NOMBRES Y MATERIAS

Sólo los autores a quienes se hace referencia en el texto son mencionados en este índice.

- Aborto, 263
- Aceptabilidad, 83, 236
 - racional, 239-250, 286-287
 - racional como principio regulativo, 284
- Acuerdo
 - aparente, 155
 - material, 155
 - verdadero, 155
- Alanen, 124, 125, 151, 153
- Albert, 224, 225
- Alchourrón, 107, 161, 184-198
- Alexy, 142, 153, 166, 247, 251, 252, 256, 260, 279, 283
- Ambigüedad
 - semántica, 159
 - sintáctica, 159
- Ambiguo
 - genuinamente, 159
- Análisis conceptual, 118
- Analogía, 149, 263
 - clave de, 150
- Antilegalismo, 42
- Apel, 276
- Arbitrariedad, 27
- Argumento
 - de diferente nivel, 163
 - contra, 164, 239
 - pro, 164, 239
 - real, 132
- Argumentum a fortiori*, 148
- Armstrong, 63
- Audiencia, 279
 - concreta, 281
 - ideal, 283
 - parcial, 282, 283
 - universal, 281, 282
- Auditorio
 - ver audiencia
- Benditt, 82
- Bierling, 123
- Borum, 199
- Brusiin, 26, 131, 185, 194
- Bulygin, 107, 161, 184-198
- Carga de la prueba, 136
- Caso difícil, 24
- Certeza jurídica, 24, 25, 120, 286
 - expectativa de, 24, 28

- sensu largo*, 24
- sensu stricto*, 25
- Ciencia jurídica, 79
- Círculo hermenéutico, 114
- Coherencia, 239, 256-257, 259
- Coherente, 214
- Comisión
 - de informe, 124
 - parlamentaria, 124
- Comunidad jurídica, 120, 226, 227
- Comportamiento, 66
- Conceptualismo, 63
- Conflicto, 160
- Conocimiento, 272
- Constitución, 72, 84, 111
- Contenido alternativo, 100
- Corte de Apelación, 126, 130, 137
- Corte Suprema, 29, 82, 126-130, 137
- Corte Suprema Administrativa, 130
- Costumbre del país
 - ver derecho consuetudinario
- Datos empíricos, 117
- Decisión
 - discrecional, 25
 - rutinaria, 24
- Decisiones de los tribunales
 - ver también precedente
- Definición
 - analítica, 101
 - descriptiva, 102
 - estipulativa, 101
 - no analítica, 103
 - no descriptiva, 103
 - no estipulativa, 102
 - real, 102
- Delegación, 72, 111
- Demostración, 279
- Derecho
 - consuetudinario, 124
 - natural, 53, 83
 - primario, 213
 - romano, 70
 - secundario, 213
- Desacuerdo
 - acerca de los hechos, 156
 - aparente, 155
 - en la interpretación, 156
 - estructural, 156
 - material, 155
 - no teórico, 156
 - teórico, 156
 - verdadero, 155
- Descripción heurística, 56, 181
- Desuetudo, 125
- Diálogo, 155
- Directiva, 80
- Directrices de la interpretación jurídica, 141
- Discurso racional, 253
 - condiciones generales, 253-263
- Dogmática jurídica, 45, 48, 51, 58, 137, 223, 284
- Dogmática jurídica conceptual
 - ver Jurisprudencia de conceptos
- Dray, 129
- Durabilidad temporal, 76
- Dworkin, 141, 143, 212-217
- Eckhardus, 123
- Eckhoff, 141, 143
- E contrario*, 151-153
- Efecto, 94
- Eficacia, 76, 77
- Eficaz, 74
- Elección, 100, 127
- Enunciado, 93
 - de significado, 100
 - interpretativo, 93
 - normativo, 93
 - práctico, 94
 - teórico, 94
- Escuela exegetica, 133
- Estrategia de investigación, 91
 - centrada en el problema, 91
 - centrada en el texto, 91
- Evaluaciones, 53, 118
- Explicación, 57
- Finch, 64, 269, 277
- Flexibilidad, 31, 32
- Formas de vida, 69, 267-270, 291
- Frank, 79
- Fuente de información, 122
- Fuente de razonamiento, 122
- Fuentes del derecho, 53, 122, 123, 139
 - obligatoriedad, 134
 - lista, 123
- Función, 94

- Generalización (simbólica), 52
 Gschnitzler, 175
- Habermas, 39, 40, 241, 243-247, 253, 254, 283, 290-293
 Hare, 268
 Hart, 82
 Hércules J, 215
 Hermenéutica, 112
 Hintikka, 53, 54
 Holmes, 78
 Hombre malo, 78
- Identidad
 de sistemas, 196
 Ideología normativa, 80
 Imagen del mundo, 274-278
 Interés interpretativo, 47
 Interpretación, 263
 extensiva, 147
 gramatical, 146
 literal, 117
 restrictiva, 148
 Interpretación contextualmente ligada, 148
 sistémica, 158, 174
 política, 158
- Jørgensen, 81
 Jurisprudencia de conceptos, 132, 175
 Justificabilidad, 104
 Justificación, 86
 externa, 44
 interna, 44
 fuerza racional, 287
- Kelsen, 72, 73, 74, 85, 96, 162
 Klami, 66, 67, 181
 Klang, 175
 Krawietz, 240
 Kuhn, 51, 52, 189, 190
- Laguna
 axiológica, 162
 de conocimiento, 161
 en el ordenamiento jurídico, 162
 en la ley, 162
 legislativa, 163
 técnica, 162
 Lazarsfeld, 49
- Lebenswelt*, 39, 40, 243, 290-296
 Legalismo, 33
 Legitimidad, 39, 41, 42
 Lenguaje ordinario, 86
Lex imperfecta, 175
 Lucas, 240
 Luhmann, 39
- MacCormick, 154, 214
 Makkonen, 23, 68, 82, 111, 125, 131, 215, 216
 Malmström, 199
 Matriz disciplinaria, 52
 Mead, 292
 Mehtonen, 23, 276
 Método, 60
 Modelo (científico), 52
 Modelo de interpretación, 81
 Mundo, 22-25, 67
 ideal, 98
 vital, 291
- Naturaleza de la cosa, 137
 Niiniluoto, 65, 67, 84, 93, 96, 97, 137, 225, 232
 Nominalismo, 63
 Norma
 constitutiva, 110, 111
 de competencia, 110
 de conducta, 110
 de discrecionalidad, 111
 jurídica, 80
 primaria, 78, 106
 regulativa, 110, 111
 secundaria, 79, 106
 Norma fundamental, 73
 individual, 74
 justificante, 75
 Normas flexibles, 159
 Normas técnicas, 97
Nulla poena sine lege, 131
Nullum crimen sine lege, 135
- Oker-Blom, 215
 Olaus Petri, 26
 Ontología, 63, 86
 Operador deóntico, 107, 108
 Opinión doctrinaria, 131, 178

- Pacta sunt servanda*, 34
 Patoluoto, 49, 50
 Paradigma, 51
 Pauta
 rectora, 143
 de interpretación, 143
 de preferencia, 143
 del procedimiento de razonamiento, 146
 Parecido de familia, 117
 Patoluoto, 49, 76
 Peczenik, 73, 75, 76, 85, 96, 121, 134, 144, 147, 152, 194, 250, 253, 258
 Perelman, 131, 133, 173, 210, 239, 248, 260, 279-284
 Popper, 67-68, 238
 Práxis social, 56
 Precisión, 76
 Preconocimiento, 44
 Predicción, 217-221
 Pre-teoría, 192
 Principio, 110, 142
 Principio de la mayoría, 285, 286
 Principios generales del derecho, 130
 Principios metodológicos, 53
 Principios morales, 130
 Procedimiento del discurso, 141
 Proposición
 empírica, 95
 lógica, 95
 normativa, 217-221
 Punto de vista externo, 95, 166, 167
 Punto de vista interno, 43
 epistemológico, 47
 organizativo, 43
 Punto de vista interpretativo, 103, 112
 Punto de vista normativo, 96, 104

 Racionalidad, 122, 236
 sensu largo, 122, 249
 sensu stricto, 122, 248
 Racionalidad-D, 247
 reglas de apoyo, 257
 reglas de consistencia, 254
 reglas de generalización, 256
 reglas de la carga de la prueba, 260-262
 reglas de sinceridad, 255
 Racionalización
 ex post, 44, 211

Ratio, 145, 173
 Razón
 crítica, 139
 de corrección, 138
 dotada de autoridad, 138
 fáctica, 139
 finalista, 139, 181
 interpretativa, 139
 Razonable, 121
 Razonamiento teleológico, 232, 240
 Realismo
 conceptual, 63
 moderado, 65
 Recomendación, 98, 120
 Redundancia, 163
 Regla, 45, 110, 192
 constitutiva, 110, 152
 lingüística, 229
 regulativa, 45, 110
 Reglas metodológicas, 53
 Regulación excesiva
 ver redundancia
 Relación sistemática, 123
 Responsabilidad de justificar, 128
 Ross, 79, 96, 190, 199, 221-225, 228, 233

 Saarenpää, 193
 Savigny, 123
 Schelsky, 240
 Schmitt, 36
 Silogismo
 práctico, 232
 teórico, 167
 Sistema
 básico, 196, 290
 formulación, 197
 reformulación, 197
 Sistematización, 198
 pre-teórica, 195
 teoría, 195
 Stroup, 266, 271
 Strömholm, 48
 Summers, 138, 139
 Sundby, 141

 Taylor, Ch., 258, 270
 Taylor, P., 269
 Teoría
 en la dogmática jurídica, 190
 elementos, 191-192

- jurídica, 55
- predictiva, 221
- Texto legal, 122, 138, 143
- Thibaut, 123
- Tolonen, 192
- Transformación, 120
 - en derecho, 121
 - en el derecho, 121
- Travaux préparatoires*, 123, 136, 138, 139, 144, 145, 146, 169, 171-174, 261
- Única respuesta correcta, 209
 - concepto, 209, 210
 - crítica, 211
- Universo de acciones, 187
- Universo de casos, 187
- Universo de discurso, 187
- Vago, 158
- Validez
 - axiológica, 71, 83
 - fáctica, 71
 - formal, 72
 - externa, 72
 - interna, 72
 - material, 74
 - sistémica, 71, 73, 74
 - VO₁, 226
 - VO₂, 226
- Valioso, 264
- Valor, 52
 - como propiedad, 264
 - común, 52
 - juicio de, 54
 - intrínseco, 256
 - técnico, 266
- Valoraciones, 263
- Valorativamente abierto, 160
- Veracidad, 292
- Victor, 156, 157
- Vinculación a los precedentes
 - fáctica, 126
 - horizontal, 126
 - jurídica, 126
 - vertical, 126
- Weber, 49, 235, 241, 242, 243
- Westermarck, 267, 271
- Winch, 45, 46, 116
- Windscheid, 123
- Wittgenstein, 46, 64, 69, 120, 162, 243, 268, 269, 272-276
- von Wright, 49, 78, 79, 98, 232, 274, 275, 290, 295, 296
- Wróblewski, 71, 166, 209, 247
- Zitting, 190, 199