

## INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA: LOS LÍMITES DEL POSITIVISMO JURÍDICO

María Emma SILVA ROMANO\*

El tema de la argumentación ocupa un lugar de preeminencia en las discusiones actuales acerca de la moral y el derecho. Apel, Habermas y Rawls<sup>1</sup> han indagado en la naturaleza, presuposiciones y consecuencias de situaciones de diálogo de tipo argumentativo. En el campo del derecho, Alexy<sup>2</sup> y MacCormick,<sup>3</sup> por una parte, Dworkin<sup>4</sup> y Raz,<sup>5</sup> por otro lado, han planteado problemas similares, con especial atención al razonamiento y su relación con los motivos y razones para actuar.

El positivismo del siglo XIX evolucionó hacia la filosofía analítica; y en particular de la escuela analítico-lógica. Entendemos por esta última, a los fines de este artículo, un conjunto de corrientes que tienen en común defender un criterio verificacionista de significado; acercándose a la filosofía del lenguaje y a la lingüística.

La mencionada escuela, en el análisis de la interpretación del derecho, se limita a observar el lenguaje de la norma sin tener en cuenta la selección de los hechos relevantes que se hace al momento de adecuarlos a la

\* Universidad Anáhuac, México.

<sup>1</sup> Cfr. Apel, Otto, *La transformación de la filosofía*, Madrid, 1985; Apel, Otto et al., *Razón, ética y política*, España, Anthropos, 1989; id., *Etica comunicativa y democracia*, Crítica, Barcelona, 1991; Habermas, Jürgen, *Conocimiento e interés*, Madrid, Taurus, 1986; Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, Buenos Aires, Taurus, 1987; Rawls, John, *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1979.

<sup>2</sup> Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989; Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1990; Alexy, Robert, *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara, 1993.

<sup>3</sup> Cfr. MacCormick, Neil, *Legal Reasoning And Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1978.

<sup>4</sup> Cfr. Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1985.

<sup>5</sup> Cfr. Raz, Joseph, *Practical Reasons and Norms*, Londres, 1975.

condición de aplicación de la misma. Desde esta teoría, el tema de interpretación se ha limitado a examinar las distintas interpretaciones posibles del enunciado de la norma jurídica y las reglas de inferencia lógica para llegar a la conclusión.

El cuestionamiento central de este trabajo consiste en plantear el criterio reduccionista de la aplicación de la lógica formal y ampliar la perspectiva teórica atendiendo a la conducta real. Sostendré que al buscar una visión integradora de las distintas corrientes filosóficas es posible llegar a una mejor comprensión del fenómeno de la interpretación y de la argumentación jurídica.

En una de sus primeras versiones, la teoría de la argumentación jurídica, que se encuentra dentro de esta escuela de pensamiento, se limita a las reglas silogísticas. La premisa mayor de este silogismo consiste en el enunciado contenido en la norma jurídica formal que tiene carácter general y abstracto, la premisa menor, que es el enunciado que relata los hechos del caso, y la conclusión, se obtiene casi automáticamente con la aplicación de las reglas lógicas de inferencia.

Esta visión lleva consigo un concepto formalista del derecho, que entiende al legislador como racional y convierte al juez en un mero “aplicador” de las normas a los casos. La nueva corriente de argumentación jurídica parte de la idea de que la lógica formal deductiva resulta poco apropiada e insuficiente para sistematizar y conceptualizar las cuestiones jurídicas. Sin embargo, a pesar de esta afirmación, el análisis medular de la cuestión sigue siendo *la forma* de los argumentos.

La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy<sup>6</sup> analiza los distintos tipos de argumentos posibles de acuerdo a la fuente de derecho utilizada. El silogismo implica ver la actividad de los tribunales como una actividad puramente mecánica, sin esclarecer los razonamientos previos al individualizar la norma.

En los casos donde la cuestión a resolver es preponderantemente de derecho, la metodología lógico-analítica es la utilizada incluso cuando la cuestión versa sobre la validez de determinada norma frente al sistema de normas en su conjunto. El análisis de este tipo de caso se refiere al enunciado formal de la norma. Es un caso de coherencia sistemática del discurso.

<sup>6</sup> Alexy, Robert, *Teoría..., cit.*, nota 2, pp. 203-283.

En los casos en los que la discusión se centra en una mera cuestión de prueba de estos hechos, lo que no genera un problema de interpretación del discurso de la expresión normativa.

En general, la mayoría de los casos son de los que podemos llamar de tipo mixto. En ellos la discusión central gira en torno a la adecuación de los hechos a la norma o, lo que es lo mismo, en determinar cuáles son los hechos o elementos de estos hechos que tienen relevancia para la solución de la controversia.

En este mismo sentido, varios autores coincide en que esta conversión de hechos reales en observables, a los que se le aplica la norma, es una cuestión que ha sido dejada de lado en las investigaciones de la escuela objeto de crítica.<sup>7</sup>

Determinar cuáles son los hechos relevantes en un caso u otros no viene fácilmente indicado en la condición de aplicación de las normas jurídicas. Además, en todo sistema jurídico existe más de una norma que se refiere al mismo conjunto de hechos y distintas normas consideran relevantes a distintos elementos, conductas o circunstancias. Éste es un amplio ámbito de discrecionalidad de los jueces. En esta selección debe ser puesto el acento de nuevas investigaciones.

La escuela a la que hacemos referencia entiende al derecho como: un conjunto de normas orientadas a conocer y a regular las relaciones sociales por medio de mensajes simbólicos...<sup>8</sup> y a la interpretación jurídica, entendida como interpretación lingüística, es decir, como actividad de reelaboración semántica del lenguaje normativo.<sup>9</sup> El objetivo de la escuela analítica ha sido, en palabras de los autores integrantes de ella, “reemplazar ese montón irracional de leyes diferentes entre sí, e incluso contradictorias en sus formas, propósitos y términos, por la “racionalidad” de un conjunto coherente de normas jurídicas; sustituir la arbitrariedad del legislador por la garantía segura de leyes precisas y estables”.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> Latorre, Ángel, *Introducción al derecho*, Barcelona, Ariel, 1998. Sostiene al respecto que “el problema [de la interpretación] está en determinar exactamente en qué consiste este hecho y en buscar luego la norma aplicable”, p. 85; “...Un suceso de la vida real... no es exactamente un hecho sino un conjunto de hechos antes los cuales lo primero que ha de preguntar el jurista es cuáles son los que tienen «relevancia» desde el punto de vista jurídico”, p. 86.

<sup>8</sup> Frosini, Vittorio, *Teoría de la interpretación jurídica*, trad. de Jaime Restrepo, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1991, p. 3.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 19.

En la relación entre realidad y lenguaje hay dos soluciones posibles. Una es la teoría convencionalista y otra que sostiene que hay ciertas propiedades no empíricas que debe reflejarse en el significado de la palabra con la que se nombra, que hacen que las cosas sean lo que son: *su esencia*.<sup>11</sup> En la doctrina jurídica numerosos autores son esencialistas del lenguaje, sin declararlo explícitamente, claro está, lo son al buscar el verdadero sentido de la norma, del derecho, de la justicia; etcétera.<sup>12</sup>

La postura de la filosofía analítica ligada a filosofía del lenguaje aborda el problema de las proposiciones o expresiones que utiliza un emisor en el proceso comunicativo para lograr que los receptores realicen un determinado comportamiento o para influir en la voluntad de éste. Y a diferencia de la postura esencialista encubierta, afirma que no tiene sentido predicar la verdad o falsedad de una directiva pues esta no tiene relación con los valores de verdad. Por ejemplo, los conceptos de derecho, norma, justicia, están teñidos de fuerte emotividad por lo que ha resultado sumamente difícil precisar su significado; en particular si se busca *su verdadera* naturaleza desde el punto de vista esencialista. La naturaleza jurídica, que por la mayoría de la autores es presentada como una esencia, es vista por esta escuela como una lógica clasificadora.<sup>13</sup>

Siguiendo la idea del derecho como discurso, Atienza sostiene que:

“el derecho visto como *lengua* o conjunto de reglas de uso del lenguaje jurídico...”<sup>14</sup> Incluso Angel Sánchez de la Torre, autor de una

<sup>11</sup> Para ejemplificar esta postura Carlos Nino cita un verso de Jorge L. Borges: “Si el nombre es el reflejo de la cosa/(como dice el griego en el Cratilo)/en las letras de «rosa» está la rosa/y todo el Nilo en la palabra «Nilo»” Nino, Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, 1984, p. 249.

<sup>12</sup> A modo de ejemplo “Bien, si nos preguntáramos qué es una norma, desde luego que no nos interesaría saber qué es una norma en el sentido tautológico que nada define, traído por el diccionario, cuando dice que una norma es una regla de conducta. La cuestión nos interesa en el sentido de captación de la esencia. Es decir, querriámos saber y aclarar el problema de qué es lo que a una norma la hace ser una norma, en qué consiste su normatividad”. Cossio, Carlos, *El derecho en el derecho judicial*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1959, p. 45. En el mismo sentido, uno de los más prestigiosos civilistas argentinos “Noción verdadera de derecho. El derecho es el orden social justo... será justo y por lo tanto verdadero derecho...”. Llambías, Jorge, *Tratado de derecho civil, parte general*, Buenos Aires, Depalma, pp. 18-20, t. I.

<sup>13</sup> Cfr. Guibourg, Ricardo et al., *Introducción al conocimiento jurídico*, Buenos Aires, Astrea, 1984, pp. 110 y 111.

<sup>14</sup> Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. XIII y XIV.

completamente distinta perspectiva teórica —iusnaturalismo kantia— no ha afirmado que:

“...la «expresión normativa» es un problema lingüístico...<sup>15</sup> el derecho, con su aparato verbal de derecho, deberes, delitos, etcétera. Es simplemente una aplicación especializada del lenguaje como medio de control social<sup>16</sup> [el lenguaje jurídico]... nos explica las propiedades universales de todo el ordenamiento jurídico como tal se puede concretar mediante expresiones referidas a situaciones jurídicamente relevantes”.<sup>17</sup>

Para acentuar la confusión existente y los saltos de un plano lógico discursivo a un empírico, observemos que la posición Kelsen sobre la posibilidad de construir silogismos normativos se puede encuadrar dentro de la dimensión fáctica. Una norma es sólo válida si existe, y para que exista debe haber sido producida por un acto de voluntad. Las normas se definen como *sentidos de actos de voluntad*, su validez, entendida como existencia.<sup>18</sup>

Respecto del tema de la interpretación, actividad en la que deseo centrar mi exemplificación de la confusión de perspectivas de análisis en *la ciencia jurídica*. Interpretar es una palabra ambigua del tipo proceso-producto,<sup>19</sup> que se da cuando se refiere tanto a la actividad de interpretar como al resultado. Interpretar es desentrañar el verdadero sentido de un texto, en el caso de la interpretación jurídica; el verdadero sentido de la norma. Esta actividad de interpretar es entender el significado del objeto interpretado.<sup>20</sup> Toda norma es susceptible de interpretación, aun la más simple y la más clara.

En este plano lingüístico que entiende al discurso jurídico como una especie del discurso en general, la interpretación se reduce al punto de

<sup>15</sup> Sanchez de la Torre, Ángel, *El horizonte del científico del derecho*, “Prólogo. Acerca de la relevancia jurídica, apunte de la clase de metodología, doctorado en derecho”, México, noviembre de 2001, p. 96.

<sup>16</sup> Citando a Willians, G., *Language an Law*, “The Law Quarterly Review”, 1964, p. 71, en Sanchez de la Torre, Ángel, *op. cit.*, nota 15, p. 86.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 105.

<sup>18</sup> Cfr. Alarcón Cabrera, Carlos, “Validità semantica e sillogismo normativo”, *Materiale per una Storia della Cultura Giuridica*, núm. 25, 1995, pp. 209-221.

<sup>19</sup> La misma afirmación puede verse en Nino, Carlos, *Introducción..., cit.*, nota 11, p. 261; y Canosa Usera, Raúl, *Interpretación constitucional y fórmula política*, Madrid, CEC, 1988, pp. 7 y 8.

<sup>20</sup> Cfr. Guastini, Ricardo, en Vazquez, Rodolfo, (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Fontamara, 1998, pp. 49 y 50.

vista semántico; olvidando que éste no es el único plano que debe tenerse en cuenta a la hora del análisis.

La escuela analítica limita su análisis a la interpretación textual, que consiste en atribuir un sentido, decodificar el discurso, asignar significación al mensaje. El juez, al realizar la actividad de interpretación, se limita a extraer de la disposición general una norma individual que resuelve el conflicto planteado en el caso concreto.<sup>21</sup>

Esta posición formalista acerca de la aplicación estricta de la ley se desarrolló con la Escuela de la Exégesis, que nace en torno a la creación del Código de Napoleón, al sostener que los jueces, se limitan a aplicar la letra de la ley escrita, única fuente de decisiones concretas.<sup>22</sup>

Por supuesto que la lógica es un medio, una herramienta; las reglas de inferencia lógica nos permiten llegar a resultados formalmente correctos.<sup>23</sup> Esto es así por que la lógica simplemente busca formular y sistematizar las relaciones *admisibles* entre las proposiciones o enunciados. La lógica está vacía de contenido empírico, es un lenguaje puramente formal. Una herramienta útil para el pensamiento abstracto; ella nos permite sistematizar, ordenar, controlar y reformular proposiciones. Es un sistema de relaciones abstractas entre proposiciones a partir de reglas de inferencia que determinan un razonamiento válido.

Entonces, desde esta escuela, el desarrollo de este discurso jurídico es misión de la ciencia jurídica precisar un lenguaje formal, riguroso, para que pueda ser considerado auténtica investigación científica. La herramienta utilizada es la lógica deontica, un sistema deductivo formal que suma la lógica de predicados a los operadores deonticos de permitido, prohibido y obligatorio.<sup>24</sup>

Es dentro del mismo positivismo donde ubicamos a la escuela analítica desde su perspectiva lógica. La visión acerca de la actividad de la in-

<sup>21</sup> Canosa Usera, Raúl, *op. cit.*, nota 19, p. 13. Siguiendo la misma idea, *cfr.* Legaz y Lacambra, *Filosofía del derecho*, Barcelona, Bosch, 1979, p. 541.

<sup>22</sup> *Cfr.* Álvarez Ledesma, Mario, *Introducción al derecho*, México, McGraw-Hill, 1995, p. 252.

<sup>23</sup> En el mismo sentido Echave y Guibourg han sostenido: “Una deducción válida... [es] la que necesariamente lleva a un resultado verdadero siempre que las premisas también lo sean... Si partimos de premisas falsa, ninguna seguridad tendremos de llegar a conclusiones verdaderas”, en Echave, Teresa, *et al.*, *Lógica, proposición y norma*, Buenos Aires, Astrea, 1986, pp. 21 y 23.

<sup>24</sup> En este sentido Bobbio, Norberto, *Teoria della scienza giuridica*, 1950, pp. 218 y ss., entre tantos otros.

terpretación se ha ampliado. Así, la escuela de la libre investigación concentra su atención en la voluntad del legislador.<sup>25</sup> En esta libre investigación, para tomar una decisión, deben valorarse elementos fundamentales y acudir a fuentes supletorias como la costumbre, la jurisprudencia de los tribunales, la doctrina y, en última instancia, a la libre investigación científica. Aun detrás de aplicación del aparentemente más simple soligismo jurídico el intérprete siempre está haciendo una valoración, ya sea moral, política o acerca de la relevancia de los hechos.<sup>26</sup>

El hecho de que se utilice la lógica formal como herramienta no quiere decir que no se haga una labor creativa, siempre y cuando la lógica no se convierta en el punto medular del análisis de la actividad judicial. Ésta debe ser enfocada también, desde, la dimensión fáctica y la dimensión valorativa.<sup>27</sup> Desde esta última, el valor de la lógica consiste en que obliga a precisar las premisas y observar la necesidad de fundamentarlas en otros tipos de razones, como veremos más adelante.<sup>28</sup> Desde la dimensión fáctica podemos afirmar que el sistema jurídico pierde su finalidad

<sup>25</sup> Francois Gény pensaba que la aplicación judicial del derecho era una labor creativa dirigida a desentrañar la verdadera voluntad del legislador. Álvarez Ledesma, *op. cit.*, nota 22, pp. 253.

<sup>26</sup> Raúl Canosa, sin alejarse mucho de la interpretación textual, afirma la existencia de un criterio político en la interpretación constitucional. Sostiene que la interpretación de la voluntad del legislador es en realidad una voluntad actualizada, el fin racional de la norma que incluye el conjunto de todas las derivaciones lógicas. Afirma que hay dos elementos a considerar: la norma a interpretar y los criterios de interpretación. Al respecto adopta una postura ecléctica en la medida que ambos revisten categoría de datos. El sujeto intérprete no tiene la obligación de emplear exhaustivamente todos los criterios y, en definitiva, hay un fin político en la interpretación buscando la solución más correcta desde el punto de vista constitucional. *Cfr.* Canosa Usera, Raúl, *op. cit.*, nota 19, pp. 16 y 17.

<sup>27</sup> Carlos Santiago Nino ha escrito que: “En verdad no hay nada de malo en considerar el razonamiento judicial como un silogismo. Lo incorrecto es pensar que las premisas del razonamiento judicial —las normas jurídicas relevantes y la descripción de los hechos decisivos— se obtengan por procedimientos mecánicos. Efectivamente, la función judicial antes de arribar a la aplicación de la norma o normas concretas lleva a cabo una labor lógico-jurídica y valorativa sumamente compleja”. *Cfr.* Nino, Carlos, *Introducción..., cit.*, nota 11, pp. 5 y 6.

<sup>28</sup> En el mismo sentido, Juan Pablo Alonso dice que: “El valor de lógica consiste precisamente en que obliga a explicitar las premisas tácitas de los argumentos, entonces, el valor de la argumentación jurídica consiste en que permite justificar la corrección de tales premisas tácitas”. *Cfr.* Alonso, Juan Pablo, “Un caso difícil en el Código Civil español”, *Doxa*, Alicante, núms. 17 y 18, 1995, pp. 403-431.

si resulta ineficaz.<sup>29</sup> Además, el juez debe tener criterios reales, esto es, relacionar la norma con la moral social, las instituciones de la sociedad y las concepciones que en cada momento histórico se tienen.<sup>30</sup>

Este punto de vista fáctico, como ya mencionamos, ha sido estudiado por el empirismo, y de alguna manera observado en la ética sociológica y defendido como paradigma por el relativismo moral. Un análisis que combine estas dos afirmaciones da como resultado una concepción del derecho que sostiene que éste es el reflejo de la comunidad en la cual rige, de las ideologías, valores dominantes, de sus diferentes circunstancias sociales y económicas. Una visión aún más reduccionista es la que sostiene el subjetivismo del órgano decidor, donde las creencias o moral individual de cada juez constituyen su fundamento. En esta postura, el juez debe tener criterios reales, esto es, relacionar la norma con la moral social, las instituciones de la sociedad y las concepciones que en cada momento histórico se tienen.

Dentro de esta corriente empirista y del realismo jurídico, se hace referencia a la mencionada dimensión fáctica, pero también de manera discursiva, ya que el objeto de su análisis no consiste en las conductas *reales*, ni el enunciado de la norma jurídica sino las reglas de derecho expresadas por los jueces en decisiones anteriores. El acento ha sido puesto en el resultado de la actividad de los jueces. La idea central es que el derecho consiste en hacer predicciones acerca de las decisiones que los jueces tomarán en los tribunales. La actividad jurídica principal es la interpretación y la predicción de las aplicaciones concretas.<sup>31</sup>

<sup>29</sup> Así lo ha manifestado Sebastián Soler, “No está destinada a predecir lo que los jueces deben hacer sino lo que efectivamente harán”. Soler, Sebastián, *Las palabras de la Ley*, México, Fondo de Cultura Económica, 1969, p. 95.

<sup>30</sup> Cfr. Cardosa, Benjamín, “The Nature of The Judicial Process”, *Law, Justice and the Common Good*, Estados Unidos, University Press of America, 1988, pp. 330 y 331.

<sup>31</sup> Los más importantes exponentes de esta corriente han sido: Wendell Holmes, juez norteamericano, cuyos precedentes sentaron la base del *common law* durante años, Jerome Frank, quien sostiene que la personalidad del juez está influida por múltiples elementos, como son convicciones personales, creencias, prejuicios, socialización, educación formal, etcétera (cfr. Holmes, Wendell, *La senda del derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1985). El juez es quien crea derecho efectivo, adopta la decisión que considera justa y la fundamenta de acuerdo con la norma vigente (cfr. Frank, Jerome, *Law and The Modern Mind*, Bretano's, Estados Unidos, 1931, pp. 100-102). Kart Lewellyn sostiene que se presentan dos tipos de reglas al momento de aplicar el derecho, las llamadas reglas de papel (leyes y reglamentos) y las reglas efectivas que son las reglas de derecho y los principios, motivos, razones que fundamentan la decisión del juez (cfr. Lewellyn,

La labor del juez, según coinciden la mayoría de las posiciones doctrinales expuestas desde sus respectivas argumentaciones, es compleja y creadora; se ayuda de la lógica pero no puede descuidar la valoración ni deslindarse de la realidad social.<sup>32</sup>

En las decisiones judiciales los fundamentos principales suelen, en la mayor parte de estas, estar basadas en argumentos morales. Juzgar implica decidir y en consecuencia explicar y justificar. Se deben distinguir las causas, y razones que llevan a una decisión, y las razones justificativas que fundamentan la decisión.

La razón explicativa o subjetiva se identifica con los motivos, está constituida por los antecedentes causales de ciertas acciones y en ocasiones por los motivos en combinación de creencias y deseos. Tener un motivo implica creer que un cierto fin va a ser obtenido a través de una acción determinada no intencional. Su función es entender por qué se realizó tal acción o para predecir la ejecución de una acción. La razón justificativa u objetiva sirve para valorar una acción.

En mi opinión las razones últimas son exclusivamente morales. Una razón para actuar tiene que tener necesariamente relevancia práctica, debe ser capaz de determinar acciones. En el discurso moral se utilizan las razones justificatorias. Desde esta concepción lo más importante para entender el concepto de razón justificativa es el concepto de razonamiento, práctico. Entiendo por razonamiento práctico tanto el proceso psicológico que conduce casualmente a la formación de una intención, sumado a los argumentos que permiten explicar o predecir una acción a partir de leyes y proposiciones fácticas, y los argumentos que permiten evaluar, fundamentar o guiar una acción;<sup>33</sup> estos últimos normalmente expresados en una premisa adicional.

Karl, “Karl K Lewellyn on the Function of Precedent”, *Law, Justice and the Common Good*, Estados Unidos, University Press of America, 1988, pp. 230-270). Para esta corriente los motivos que apoyan una decisión en una sentencia son la mayoría de las veces una visión subjetiva, la moral individual del juez, ante la ausencia de normas precisas en el derecho consuetudinario.

<sup>32</sup> La interpretación jurídica se “produce en ambos casos, el legislativo y judicial, los mismo momentos de creación y aplicación del derecho. En las dos situaciones se hace imprescindible, en el primer caso recibe el nombre de interpretación auténtica y en el segundo la de interpretación judicial”. Canosa Usera, Raúl, *Interpretación... cit.*, nota 19, p. 12. El sujeto intérprete decide entre las soluciones posibles, p. 13.

<sup>33</sup> Cfr. Nino, Carlos S., *La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea, pp. 109 y ss.

Este punto de vista resulta novedoso en cuanto los criterios y reglas de interpretación considerados como premisa adicional en el razonamiento del sujeto intérprete. Partiendo de las mismas premisas se puede llegar a diferentes conclusiones dependiendo de cuál sea la premisa adicional seleccionada. La pluralidad de interpretación frente a la aplicación de una norma a un caso concreto resulta, entonces deducida depende de la premisa adicional. El juez realiza varios razonamientos previos no explícitos antes del llamado silogismo jurídico. Si bien el derecho determina a los órganos encargados de aplicar la norma muchos de los criterios no se encuentran de manera explícita o implícita en el sistema jurídico. La búsqueda de la solución constituye una elección de la premisa adicional que sustentarán los argumentos. El juez al aplicar el derecho conoce y valora cuáles son los principios, reglas y diferentes alternativas para la solución, buscando alcanzar el ideal de justicia.<sup>34</sup>

<sup>34</sup> Atienza ha sostenido que “las reglas interpretativas necesitan a su vez ser interpretadas, pero los criterios últimos de interpretación no pueden encontrarse ya en el ordenamiento jurídico.” Atienza, Manuel, *Tras la justicia*, Barcelona, Ariel, 1993, p. 30. En este sentido para De Asís este proceso de decisión es eminentemente valorativo. De Asís Roig, Rafael, “Jueces y normas”, *La decisión judicial desde el ordenamiento*, Madrid, Marcial Pons, 1995, pp. 200-306. Coinciendo, Schmill afirma que “Los órganos del Estado conocen qué norma aplicar en cada situación y el sentido que deben darle, en tanto conocen los principios subyacentes al propio derecho”. Schmill, Ulises, en Vazquez, Rodolfo (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Fontamara, 1998, p. 64; y, en el mismo sentido, cfr. Dworkin, R., *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, pp. 25-40. Atienza sostiene de manera muy significativa que “la justicia no es un ideal irracional. Es simplemente un ideal... es posible alcanzar la justicia por medio del derecho”. Atienza, Manuel, *Tras... cit. supra*, pp. IX y X. Atienza, siguiendo las ideas de Dworkin, distingue entre normas o reglas y los principios que tienen la característica de ser generales y que sirven de base para la interpretación de las reglas. A su vez sostiene que existen principios de carácter abstracto que son guías morales para la fundamentación. En palabras de Atienza: “Las normas de que se compone un ordenamiento jurídico pueden clasificarse en reglas y principios... Las reglas son normas que establecen pautas más o menos específicas de comportamiento. Los principios son normas de carácter muy general que señalan la deseabilidad de alcanzar ciertos objetivos o fines de carácter económico, social, político, etcétera... y a las que cabe denominar directrices o bien exigencias de tipo moral, como el principio de igualdad ante la ley, de respeto a la dignidad humana, etcétera. Estos serían los principios en sentido estricto. Alguno de estos principios... están formulados explícitamente en enunciados jurídicos, pero otros están simplemente implícitos, esto es, deben ser extraídos por el intérprete a partir de otros enunciados [de principios y reglas] explícitos...” Atienza, Manuel, *Tras... cit., supra*, pp. 27 y 28. y continua diciendo “los enunciados jurídicos constituyen, nos parece, las unidades más elementales del derecho, pero esas piezas sólo adquieren plenamente sentido cuando se

Siendo así, el juez puede optar por un conjunto mayor o menor de normas, justificando sus decisiones en otro tipo de razones distintas a la voluntad de legislador o puramente semánticas. Estas razones hacen referencia a otro tipo de premisas que pueden ser hechos o argumentos morales. En estos casos la norma no es claramente identificable y la selección de la norma está a cargo del juez. Finalmente, es una decisión al arbitrio que consiste en la determinación dentro de un conjunto finito de hechos y conductas que son significativos. Esta decisión judicial implica una conceptualización de los hechos o conductas.<sup>35</sup>

Entonces, como el positivismo da respuesta a la pregunta de si existen relaciones necesarias entre el derecho y la moral tiene múltiples consecuencias. Estas consecuencias cubren desde el concepto de derecho y sistema jurídico, hasta la teoría de la argumentación. La vieja polémica entre positivistas e iusnaturalistas gira sobre esta relación.

Dentro de estas dos grandes corrientes se ha formulado una amplia gama de tesis ya sea a favor de la separación o de la conexión. Las teorías positivistas argumentan a favor de la separación. El concepto de derecho ha de definirse en el sentido que no incluya ningún elemento de la moral. Aunque no siempre el positivismo conduce al escepticismo ético que niega la existencia de principios morales y de justicia universalmente válidos y cognoscibles por medios racionales y objetivos.

La idea de que existe una relación entre la moral y el derecho puede tener muchas variantes. Básicamente se refiere a dos tesis: una de filosofía ética que sostiene que hay principios morales universalmente válidos y asequibles a la razón humana, y otra acerca de la definición del derecho según la cual un sistema normativo o una norma pueden o no ser calificados de jurídicos si contradicen aquellos principios morales.

comprende bien cuál es su contribución a la conformación y el funcionamiento del derecho". Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas.., cit.*, nota 14, pp. XIII y XI.

<sup>35</sup> Ángel Sánchez de la Torre sostiene al respecto que para entender lo jurídicamente relevante o irrelevante, primero hay que entender el sentido de la distinción, este sentido está dado por aplicación de las normas a casos. Un acto es relevante cuando convergen en él dos perspectivas: la seguridad y la continuidad de las instituciones por un lado, y la conveniencia e intereses de los sujetos que llevan a cabo alguna relación intersubjetiva. Cfr. Sánchez de la Torre, Ángel, *El horizonte del científico del derecho*, "Prólogo. Acerca de la relevancia jurídica, apunte de la clase de metodología, doctorado en derecho", México, noviembre de 2001.

El ius naturalismo puede definirse con dos tesis: La primera de *filosofía ética*, que sostiene que existen principios de justicia universalmente válidos asequibles a la razón humana. La segunda tesis, llamada de la *subordinación*, que puede resumirse en la siguiente idea: «los sistemas o normas que no se adecuen a estos principios universales no pueden ser calificados de derecho». <sup>36</sup>

El positivismo jurídico parte de la negación de la segunda tesis del iusnaturalismo, al afirmar la tesis de la separación que básicamente sostiene que no existe una relación necesaria en entre la moral y el derecho.

Dentro del análisis de la teoría de la argumentación jurídica, las respuestas a los interrogantes planteados en torno a las relaciones entre moral y derecho han sido tanto positivistas como iusnaturalistas o incluso relativistas en la versión del realismo jurídico. Para este último el derecho consiste en realizar predicciones acerca de las decisiones que los jueces tomarán en los tribunales. Dentro de esta escuela la corriente norteamericana llamada *Critical Legal System* afirma que el derecho está vinculado a un conjunto de principios y reglas de moral social.

A modo meramente ejemplificativo indicaré cómo otras corrientes entienden al derecho, de manera no reduccionista. Si se tiene una visión gnoseológica del derecho como hecho, discurso prescriptivo y valor, se produce un replanteamiento en el campo conceptual: “Las consecuencias técnicas de la teoría egológica en el campo de la interpretación jurídica son, con todo, las más importantes porque la oportunidad de interpretar se le presenta, irremediablemente, a todo tratadista, a todo juez, a todo abogado con motivo de cualquier asunto que comprometa su responsabilidad profesional”. <sup>37</sup>

La teoría tridimensional del derecho entiende al mismo como el resultado del cruce de la dimensión fáctica, la dimensión valorativa y la dimensión axiológica. Cada una de estas dimensiones ha sido desarrollada por distintas corrientes iusfilosóficas: la teoría tridimensional de Miguel Reale,<sup>38</sup> la teoría de los *círculos* de García Maynez,<sup>39</sup> la teoría egológica

<sup>36</sup> Cfr Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1984, pp. 15 y ss.

<sup>37</sup> Cossío, Carlos, *Radiografía de la teoría egológica del derecho*, Buenos Aires, De-palma, 1987, p. 211.

<sup>38</sup> Cfr. Reale, Miguel, *Filosofía do direito*, citado en *idem*.

<sup>39</sup> Cfr. García Maynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, México, Po-rrúa, 1999, p. 45.

de Carlos Cossío,<sup>40</sup> fueron intentos de ver en el aparato conceptual del derecho la visión tridimensional. Es en estas corrientes y en una visión integradora donde deben buscarse las respuestas.

## CONCLUSIONES

*Primera:* El positivismo jurídico cae en una contradicción al afirmar, por un lado, que la ciencia del derecho debe limitarse a la dimensión normativa, y por otro, dedicarse al estudio del poder, la legitimidad de la norma, la efectividad del derecho, que necesariamente se refieren a la dimensión fáctica. Tal es el caso de la norma fundamental en Kelsen.

*Segunda:* La norma fundamental en Kelsen es un enunciado “metanormativo”. Es una adscripción de validez, en el sentido de obligatoriedad (y por lo tanto de legitimidad) al sistema jurídico. Esta hipótesis, o en palabras de Kelsen, presupuesto epistemológico, siendo un enunciado descriptivo (dimensión fáctica), se convierte en una norma extrasistématica que resulta imprescindible para mantener la validez derivada (en el sentido de pertenencia) de todo un orden jurídico (dimensión valorativa).

*Tercera:* Las premisas de las que parte la escuela analítica jurídica, resultan insuficientes frente al tema de la obediencia al derecho, tema que se refiere necesariamente a la dimensión valorativa, ya que se dan de manera explícita las afirmaciones de los autores analizados presuponen alguna premisa moral en su razonamiento (dimensión valorativa o axiológica).

*Cuarta:* La perspectiva de la mencionada escuela constituye una visión reduccionista del derecho. El derecho puede ser estudiado desde el punto de vista del análisis del discurso. Sin embargo no puede ser el único centro de análisis porque el derecho no es sólo discurso prescriptivo. El lenguaje técnico con que el derecho se expresa es una especie del discurso general que es el género. Las reglas de inferencia lógica y la lógica deontica resultan útiles pero insuficientes a la hora de aplicar el sistema normativo a casos concretos. El silogismo jurídico no permite reconstruir satisfactoriamente el proceso de argumentación jurídica, ésta va más allá de la lógica jurídica.

*Quinta:* No se debe olvidar que la “premisa adicional” es el resultado de razonamientos previos en la resolución de casos jurídicos, y para explicarla

<sup>40</sup> Cfr. Cossío, Carlos, *Radiografía..., cit.*, p. 30.

se vuelve imprescindible una visión integral de la interpretación, aplicación y argumentación jurídica.

*Sexta:* La dimensión fáctica de la norma ha sido analizada por la argumentación jurídica de manera superficial. Es necesaria una teoría que contemple la determinación de los hechos relevantes y principios que hagan posible una jerarquización de los intereses en juego y las circunstancias que pueden presentarse en cada caso.

*Séptima:* La dimensión axiológica debe ser un punto de análisis obligado en el razonamiento judicial con un tipo especial de razonamiento práctico moral.

*Octava:* Entonces, abordar el problema de la interpretación como discurso textual especializado constituye una visión reducionista que no da respuesta a múltiples interrogantes. Es necesaria una teoría integradora que dé cuenta de las tres dimensiones: lógica (discurso prescriptivo), fáctica, y valorativo moral.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN CABRERA, Carlos, “Validità semantica e sillogismo normativo”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, núm. 25, 1995.
- ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- ALONSO, Juan Pablo, “Un caso difícil en el Código civil español”, *Revista DOXA, Cuaderno de Filosofía del Derecho*, Alicante, núms. 17 y 18, 1995.
- APEL, Otto, *La transformación de la filosofía*, Madrid, 1985.
- et al., 1989, *Razón, ética y política*, España, Anthropos, 1989.
- et al., *Ética comunicativa y democracia*, Crítica, Barcelona.
- ÁLVAREZ LEDESMA, Mario, *Introducción al derecho*, México, Mc Graw-Hill, 1995.
- ATIENZA, Manuel, *Tras la justicia*, Barcelona, Ariel, 1993.
- , *Las piezas del derecho*, Barcelona, Ariel, 1996.
- , “Carta a un joven iusfilósofo”, *La Laguna*, Laguna, núm. 3, 1995.
- CANOSA USERA, Raúl, *Interpretación constitucional y fórmula política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- CARDOSA, Benjamín “The Nature of the Judicial Process”, *Law, Justice and the Common Good*, Estados Unidos, University Press of America, 1988.

- Cossío, Carlos, *El derecho en el derecho judicial*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1959.
- Asís ROIG, Rafael de, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Madrid, Marcial Pons, 1995.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1985.
- ECHAVE, Teresa et al., *Lógica, proposición y norma*, Buenos Aires, Astrea, 1986.
- GUIBOURG, Ricardo, *Introducción al conocimiento jurídico*, Buenos Aires, Astrea, 1984.
- HABERMAS, Jürgen, *Conocimiento e interés*, Madrid, Taurus, 1986.
- \_\_\_\_\_, *Teoría de la acción comunicativa*, Buenos Aires, Taurus, 1987.
- HOLMES, Wendell, *La senda del derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1985.
- FRANK, Jerome, *Law and the Modern Mind*, EEUU, Bretano's, 1931.
- FROSINI, Vittorio, *Teoría de la interpretación jurídica*, trad. de Jaime Restrepo, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1991.
- LATORRE, Ángel, *Introducción al derecho*, Barcelona, Ariel, 1998.
- LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del derecho*, Barcelona, Bosch, 1979.
- LEWEILLYN, Karl, "Karl K Leweillyn on the Function of Precedent", *Law, Justice and the Common Good*, EEUU, University Press of America, 1988.
- LLAMBÍAS, Jorge, *Tratado de derecho civil, parte general*, Buenos Aires, Deplama, 1976, t. I.
- MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1978.
- NINO, Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1984.
- \_\_\_\_\_, *La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1985.
- RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1979.
- RAZ, Joseph, *Practical Reasons and Norms*, Londres, 1975.
- SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel, "Prólogo. Acerca de la relevancia jurídica, apunte de clase, doctorado en derecho", *El horizonte del científico del derecho*, México, noviembre de 2001.
- SOLER, Sebastián, *Las palabras de la ley*, México, Fondo de Cultura Económica, 1969.
- VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Fontamara, 1998.