ISSN 2718- 6474 (en línea) - ISSN 1515-7326 (impresa), n.º 27, 2-2021, pp. 77 a 98

Comentario a *¿Qué es aplicar derecho?* de Luís Duarte d'Almeida

Comments to Luís Duarte d'Almeida's "What Is It to Apply the Law?"

Hugo R. Zuleta*

Recepción: 22/04/2021
Evaluación: 28/05/2021
Aceptación final: 13/10/2021

Resumen: Presento una revisión crítica del artículo de Luís Duarte D'Almeida "¿Qué es aplicar derecho?". Comienzo reseñando los principales argumentos del autor contra el llamado "silogismo jurídico" que desarrolló en un artículo anterior, titulado "On the Legal Syllogism", en cuyo marco se inscribe el trabajo comentado. Cuestiono sus objeciones fundadas en que la teoría del silogismo jurídico no resiste la confrontación con la práctica judicial y en que la argumentación judicial debería reconstruirse mediante enunciados de segundo orden. Considero acertada la distinción entre un aspecto inferencial y un aspecto pragmático en la decisión judicial, pero sostengo que la explicación de la llamada "aplicación inferencial" no es inteligible y que no se presentan criterios para distinguir entre una decisión que aplica el derecho y una que no lo aplica.
Palabras clave: silogismo jurídico, aplicabilidad, aplicación inferencial, aplicación pragmática.

* Profesor de Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho. Uniersidad de Buenos Aires, Argentina. Correo electrónico: hugo.r.zuleta@gmail.com

Abstract: I present a critical review of Luís Duarte D'Almeida's article "What Is It to Apply the Law?". I begin by reviewing the main arguments against the so-called "legal syllogism" developed by the author in a previous paper, entitled "On the Legal Syllogism", within the framework of which the article under comment is inscribed. I criticize his objections to the legal syllogism that are based on the claims that it does not withstand confrontation with judicial practice and that the judicial arguments should be reconstructed by means of second-order statements. I consider the distinction between an inferential aspect and a pragmatic aspect in the judicial decision to be correct, but I maintain that the explanation of the so-called "inferential application" is not intelligible and that no criteria are presented to distinguish between a decision that applies the law and one that does not.
Keywords: legal syllogism, applicability, inferential application, pragmatic application.

1. Antecedentes

El artículo de Luís Duarte d'Almeida "¿Qué es aplicar derecho?", publicado en este volumen, debe ser considerado como continuación de uno anterior de su autoría titulado "On the Legal Syllogism" (2019), en el que cuestiona la extendida concepción de la justificación de las decisiones judiciales comúnmente representada por el llamado "silogismo jurídico". Por tal motivo, para una mejor comprensión del nuevo trabajo es conveniente repasar algunas de las tesis sostenidas por el autor en aquel artículo.

De acuerdo con la concepción que critica Duarte d'Almeida, a la que denomina "deductivista de reglas", la justificación jurídica de una decisión judicial que aplica normas jurídicas requiere que el argumento en que se funda tal decisión pueda ser reconstruido como un razonamiento deductivo que consta de una premisa normativa, consistente en una regla general de estructura condicional, una premisa descriptiva en la que se enuncian los hechos relevantes del caso, que debe instanciar el supuesto de hecho descripto en el antecedente de la premisa normativa, y la conclusión, consistente en un enunciado normativo cuyo contenido instancia el consecuente de la premisa normativa.

Duarte d'Almeida considera que ese tipo de reconstrucción importa formular en términos de primer orden, mediante la incorporación al razonamiento de la regla que el tribunal supuestamente aplica, la idea de segundo orden de que una disposición legal se aplica a un caso.

Para tomar un ejemplo sencillo: supongamos que tenemos en el sistema jurídico una disposición, digamos el artículo *i* del código penal, que establece: "Quien mate a otro será condenado a diez años de prisión", y que se tuvo por probado que Juan mató a Pedro. El razonamiento judicial que conduce a la decisión de condenar a Juan a diez años de prisión debería ser reconstruido, de acuerdo con el deductivista de reglas, de la siguiente manera:

1) Si alguien mata a otro debe ser condenado a diez años de prisión (para todo *x* y para todo *y*, si *x* mata a *y*, se debe condenar a *x* a diez años de prisión) [premisa normativa].
2) Juan mató a Pedro [premisa fáctica].

Por lo tanto:

3) Se debe condenar a Juan a diez años de prisión [conclusión normativa].

donde la conclusión se obtiene por aplicación de las reglas de instanciación universal y de separación o *modus ponens*.

El principal problema que encuentra Duarte en esta reconstrucción es que en ningún lugar se dice que la disposición legal se aplica al caso en consideración. En su opinión, el argumento debería ser formulado por medio de oraciones de segundo orden donde la disposición legal en que se funda la conclusión no sea enunciada, como ocurre en la premisa 1, sino mencionada, y la premisa fáctica no describa los hechos relevantes del caso en consideración sino que afirme que la disposición le es aplicable.

Una reconstrucción del argumento más acorde con su idea sería la siguiente:

1) Si el artículo *i* del Código Penal es aplicable al caso presente, entonces Juan debe ser condenado a diez años de prisión.
2) El artículo *i* del Código Penal es aplicable al caso presente.

Por lo tanto:

3) Juan debe ser condenado a diez años de prisión.

En términos más generales, la forma de un argumento justificante debería ajustarse al siguiente esquema, que debe ser considerado provisional pues, como expondré en el próximo apartado, es ampliado en el artículo aquí publicado:

1) Para todo juez J, todo caso C, toda disposición D y toda acción ϕ, si (a) J tiene la tarea de decidir C, (b) D es aplicable a C, y (c) ϕ es la acción que cuenta como aplicar D a C, entonces J debe hacer ϕ.
2) El juez J' tiene la tarea de decidir C'.
3) La disposición D' es aplicable a C'.
4) ϕ' es la acción que cuenta como aplicar D' a C'.
Por lo tanto:
5) J' debe hacer ϕ'[1].

Los puntos que deben destacarse en esta construcción son, en mi opinión, los siguientes:

(a) Se trata de un argumento deductivo. En efecto, Duarte señala con énfasis que él no cuestiona que los argumentos justificantes deban ser deductivos, tal como pretende el deductivista de reglas; lo que cuestiona es la elección de las premisas.

(b) En el argumento no se hace referencia a reglas sino a disposiciones concretas del orden jurídico de que se trate. En esto se aparta del deductivista de reglas, quien suele manejarse con bastante libertad en la construcción de la regla general usada como premisa, la que no siempre coincide ni es implicada por lo dispuesto expresamente en los textos legales que el juez menciona como fundamento de su decisión.

(c) La premisa crucial es (3); la proposición de segundo orden que afirma que cierta disposición es aplicable a cierto caso. Al respecto cabe señalar:

(c.1) No se aclara en qué condiciones una determinada disposición legal es aplicable a un caso. Aquí reside uno de los puntos fundamentales en que Duarte parece discrepar del deductivista de reglas: para él, que los

[1] Las letras J, C, D y ϕ están usadas como variables, en tanto que J', C', D' y ϕ' se usaron como constantes individuales.

hechos del caso reúnan las propiedades contempladas en el antecedente de la disposición invocada no es condición necesaria ni suficiente para que esta sea aplicable al caso en cuestión.

(c.2) Aun si se admitiera que la aplicabilidad de una disposición depende de que los hechos satisfagan la descripción contenida en su antecedente, lo que se necesitaría como premisa del argumento sería, a su juicio, el enunciado de segundo orden que dijera que el antecedente de la disposición es satisfecho por el caso, no la enunciación de la disposición relevante junto con el enunciado de los hechos que satisfacen el antecedente, pues de esto último no es posible inferir que la disposición es aplicable al caso.

2. Dos sentidos de "aplicación"

Duarte d'Almeida señala en las conclusiones del trabajo recordado que queda pendiente, entre otras cosas, explicar cómo se ha de entender y justificar la afirmación de que una disposición es aplicable a un caso. Esa es la tarea que cabía esperar que realizara en el presente artículo. Sin embargo, tal expectativa, en mi opinión, no es satisfecha.

El autor nos dice al comienzo del artículo que se propone explicar la noción de "aplicación del derecho", lo cual requiere aclarar qué se aplica cuando se aplica el derecho, a qué se aplica y en qué consiste el acto de aplicar el derecho. La mayor parte del trabajo está destinada a contestar esta última pregunta, quedando para el final unas pocas consideraciones acerca de la primera (cualquier parte identificable del derecho existente en determinado momento y lugar, tales como disposiciones legales, conjuntos de disposiciones, precedentes, costumbres, etc.) y la segunda (distintos sentidos de "caso": como simple giro verbal, como pregunta planteada a un juez, como serie de descripciones de hechos particulares y como contexto de decisión en que el tribunal se tiene que pronunciar).

En apretada síntesis, las ideas centrales del autor sobre la aplicación del derecho son, a mi entender, las siguientes:

a) Se debe distinguir dos sentidos de "aplicación"; el sentido "inferencial" y el "pragmático".

b) Aplicar *inferencialmente* una disposición legal (o cualquier parte del derecho) a un objeto es un acto mental consistente en un razonamiento que conduce a la conclusión de que cierta proposición acerca del objeto es verdadera en virtud de algún nexo que se considera que existe entre la disposición y el objeto.

c) El nexo en cuestión consiste en que la disposición es *aplicable* al objeto.

d) Aplicar *pragmáticamente* una disposición legal a un objeto consiste en una acción (externa, *i. e.* no mental) mediante la cual el agente pretende resolver autoritativamente alguna cuestión o tema particular y tal que el agente la considera una acción jurídicamente debida (o al menos permitida) con fundamento en la conclusión de la aplicación inferencial de la disposición al objeto en cuestión.

e) La conclusión a que se arriba mediante la aplicación inferencial es una razón que apoya la aplicación pragmática de la disposición de que se trate, pero no es una razón concluyente, pues podría haber otras razones jurídicamente relevantes que operen en sentido contrario y prevalezcan en la emergencia. "Lo que, todo considerado, un tribunal debe jurídicamente hacer nunca está determinado únicamente por el derecho positivo aplicable".

f) La aplicación pragmática presupone conceptualmente la aplicación inferencial, pero esta debe tener en cuenta a la primera: "... el hecho de que haya una determinada decisión *d* que el tribunal deba jurídicamente emitir *si* una determinada disposición *p* se aplica con una determinada consecuencia a un objeto *x* es en sí mismo una consideración que debe tener en cuenta el tribunal al determinar si *p* se aplica o no a *x*".

e) El argumento justificante de una decisión judicial se puede reconstruir de acuerdo con el siguiente esquema:

(1) Si la disposición D se aplica al objeto x, entonces p.
(2) D se aplica a x.
(3) p (de 1 y 2).
(4) Si p y no hay consideraciones compensatorias, entonces, todo considerado, este tribunal tiene el deber jurídico de realizar la acción ϕ.
(5) No hay consideraciones compensatorias.

Por lo tanto:

(6) Todo considerado, este tribunal tiene el deber jurídico de realizar la acción ϕ (de 3, 4 y 5).

3. Crítica a las objeciones de Duarte d'Almeida al silogismo jurídico

Las principales objeciones que plantea Duarte d'Almeida a la concepción deductivista de reglas son: (1) no reconstruye adecuadamente la práctica judicial, y (2) el silogismo jurídico no expresa que la regla formulada en las premisas se aplica al caso a resolver. Las trataré en ese orden.

3. 1. La confrontación con la práctica judicial

Para probar que la concepción de los deductivistas de reglas no reconstruye fielmente la práctica judicial Duarte d'Almeida se vale de un ejemplo que considera representativo de la actuación de los tribunales y que, a su juicio, no puede ser reconstruido adecuadamente por aquella concepción (*R v Luffe*, 1807). Se trata de una apelación en la que se discutía la competencia de los jueces de paz de cierto distrito para emitir una orden de filiación con relación al hijo adulterino de una mujer casada, sobre la base de una disposición cuyo texto se refería a mujeres solteras. Para rechazar la apelación del demandado el tribunal argumentó que, a los fines de la disposición legal, merecía igual tratamiento el hijo adulterino que el nacido de una mujer soltera.[2]

[2] La disposición de que se trata (6 Geo. 2. Cap. 31, § 1) dice "[I]f any single woman shall be delivered of a bastard child which shall be chargeable or likely to become chargeable to any parish […], and shall, in an examination to be taken in writing, upon oath, before one or more Justices of the Peace [of that parish] charge any person with having gotten her with child; it shall and may be made lawful to and for such Justice or Justices […] to issue out his or their warrant or warrants for the immediate apprehending such person so charged [unless he gives security to indemnify the parish]". El texto del voto de Lord Ellenborough CJ citado por Duarte d'Almeida es el siguiente: "[W]hen the question is whether this were

La respuesta canónica del deductivista de reglas sería, creo, que los jueces consideraron jurídicamente irrelevante el requisito de que la madre fuera soltera, de modo que, aunque se invocó una cierta disposición legal que solo se refería a mujeres solteras, la regla que realmente aplicó el tribunal no es la que surge directamente de aquel texto, sino que tuvo por no escrita esa condición.

Pero Duarte d'Almeida rechaza esta movida con los siguientes argumentos: (*i*) Si bien el tribunal pasó por alto la restricción contenida en el antecedente de la disposición invocada, no hay duda, a su juicio, de que fue esa la disposición que aplicó, aunque pueda cuestionarse si la aplicó bien o mal. Es una práctica común que los tribunales decidan sobre la base de los propósitos generales de una disposición. (*ii*) Puesto que los tribunales suelen actuar de ese modo, el modelo del deductivista de reglas debería poder dar cuenta de esos contraejemplos; no puede dejarlos de lado sobre la sola base de que no encajan en su explicación. (*iii*) Lo que resolvió el tribunal es que la disposición era aplicable a ese caso en particular, y no hay razones para pensar que sostuvo un enunciado universal referido a todos los casos en que se demandara la filiación de hijos no matrimoniales tanto de madres solteras como casadas.

Los trataré en orden inverso.

El punto (*iii*) es el más relevante, en mi opinión, ya que es aplicable a todos los casos, no solo al tipo de contraejemplo ilustrado por el caso "*R v. Luffe*". En opinión de Duarte d'Almeida es erróneo el punto de partida del deductivista de reglas, esto es, que los jueces fundan sus decisiones en reglas de alcance universal, porque, según afirma, para decidir si una disposición se aplica a un caso el tribunal no tiene necesidad de identificar todos los supuestos en que la disposición sería aplicable ni es razonable esperar que se comprometa a decidir de la misma manera siempre que se

a child born out of lawful matrimony, that is, out of the limits and rights belonging to that state, it is the same in substance whether it be a bastard. It is so for the general purposes of the Act. The matrimony does not cover the child if it be in other respects (according to the rule of law applicable to this subject) a bastard. And so it seems that a child born by adulterous intercourse is as much within the provision of the Act of Geo. 2, as one which is born of a single woman".

cumplan los supuestos contemplados en el antecedente de una regla. En el artículo aquí publicado vuelve sobre la cuestión, como veremos.

El punto es importante. La posibilidad de construir la fundamentación de las sentencias judiciales como un razonamiento deductivo en el que el contenido de la decisión es un enunciado normativo que deriva lógicamente de ciertas premisas normativas y fácticas requiere: 1) concebir la estructura lógica de las normas generales como un condicional donde el antecedente es un enunciado descriptivo y el consecuente es una norma categórica; por ejemplo A→OB; y 2) aceptar como regla de inferencia la regla de separación (*modus ponens*).

En otras publicaciones (Zuleta, 2008; 2005) he criticado esa concepción porque considero inadecuada su tesis acerca de la forma lógica de las normas; pero no porque se las trate como condicionales sino por la ubicación del operador deóntico, que solo afecta el consecuente, cuando, en mi opinión, su alcance debería comprender todo el enunciado, lo cual torna imposible la deducción de la conclusión del modo en que aparece en el silogismo jurídico. Sin embargo, no es pertinente que me extienda aquí sobre ese tema.

El cuestionamiento de Duarte d'Almeida se vincula, según entiendo, con otro problema, derivado en este caso de la estructura condicional de las normas generales.

La aplicación de la regla del *modus ponens*, necesaria para deducir la solución que, según la norma, corresponde dar al caso, supone la validez de la ley de refuerzo del antecedente; es decir que las normas generales que aparecen como premisas del razonamiento justificante, que tienen estructura condicional, deben validar esa ley lógica, al igual que el condicional clásico. Esto es así porque la regla del *modus ponens* solo es aplicable si la verdad del antecedente del condicional es condición suficiente de la verdad del consecuente. Y si es condición suficiente, el consecuente se deduce siempre que es verdadero el antecedente, cualesquiera sean los nuevos elementos que se le agreguen.[3]

[3] Cabe advertir que la lógica de condicionales contrafácticos de David Lewis (1973) valida la regla de separación sin admitir la ley de refuerzo del antecedente. Pero se trata de un condicional que tiene condiciones de verdad muy distintas de las del condicional clásico.

La aplicación de ley de refuerzo del antecedente a las normas tiene algunas consecuencias contraintuitivas. Por ejemplo, la norma: "si alguien mata a otro debe ser condenado a veinte años de prisión" tiene infinitas consecuencias, entre otras "si alguien mata a otro y se suicida debe ser condenado a veinte años de prisión", lo que no parece razonable. Pero es indispensable aceptar este tipo de inferencias para que se pueda derivar la conclusión del modo que pretende el deductivista de reglas.

Por eso, parece que tiene razón Duarte d'Almeida cuando señala que la aplicación de una disposición general a un caso no puede implicar un compromiso del tribunal de aplicar la misma disposición siempre que se cumpla el supuesto contemplado en el antecedente, con total independencia de cualesquiera otras circunstancias que estén presentes en el caso de que se trate.

Podría pensarse que la regla debe construirse de tal manera que el antecedente mencione absolutamente todas las condiciones que deben estar presentes en el caso para que se aplique la regla, pero esto parecería suponer capacidades cognitivas sobrehumanas.

Este problema ha llevado a algunos autores a sostener que las normas son *derrotables*, en el sentido de que están abiertas a un conjunto de excepciones que no pueden ser enunciadas exhaustivamente. Si esto fuera así, no sería posible derivar conclusión alguna ya que las normas no validarían la ley de refuerzo del antecedente.

Sin embargo, como explica Jorge Rodríguez, debe distinguirse entre derrotabilidad intrasistémica y extrasistémica, según que las circunstancias derrotantes estén contempladas en otras normas del mismo sistema jurídico —o surjan de sus fundamentos o justificación— o que provengan de normas de otros sistemas, como la moral, por ejemplo. En el caso de la derrotabilidad intrasistémica, en tanto para el positivismo jurídico el derecho proviene exclusivamente de un conjunto de hechos sociales finito, aunque complejo, nada impide, en teoría, que las circunstancias derrotantes sean identificadas exhaustivamente y se incorpore al antecedente de la norma la ausencia de tales circunstancias. Esto resolvería el problema teórico de identificación de las normas, con lo que se podría validar la ley de refuerzo del antecedente y la regla del *modus ponens*, y quedaría a salvo la tesis deductivista (asumiendo, claro, la forma lógica de las normas que yo rechazo). En el caso de la derrotabilidad extrasistémica, por otro lado,

no se trata de un problema relativo a la identificación del contenido de las normas mismas sino a su efectiva aplicación a casos particulares una vez que han sido identificadas, lo que corresponde al terreno de la derrotabilidad como problema práctico (Rodríguez, 2012, pp. 102-120).

Desde el punto de vista práctico, como señala Schauer (2012, pp. 90-101), la cuestión de la derrotabilidad no es una pregunta acerca de lo que hay en una regla sino acerca de cómo ha de ser tratado lo que la regla dice, y esto no es, ni puede ser nunca, algo que pueda ser determinado por la regla misma, pues las reglas no determinan su propia aplicación.

En el trabajo de Duarte d'Almeida, la derrotabilidad aparece en ambos sentidos en etapas sucesivas de la decisión. Como cuestión teórica, al caracterizar la aplicación inferencial, por las razones que antes mencioné, y nuevamente, esta vez como cuestión práctica, en la aplicación pragmática, como puede verse en la premisa (4) del esquema de argumento expuesto en el apartado 2-e), donde se agrega la condición de que no haya "consideraciones compensatorias", es decir, consideraciones prevalecientes en contra. Esta condición se debe a que Duarte d'Almeida considera, creo que con razón, que la conclusión de que una disposición es aplicable a un caso puede constituir una razón para decidir de acuerdo con lo que la disposición establece, pero no se trata de una razón concluyente sino que podría ser derrotada por otras razones de mayor peso. Esto sin duda es así, pero no advierto de qué modo afecta el *concepto* de "aplicación" de una regla o disposición el hecho de que pueda haber en alguna oportunidad razones de peso para no aplicarla.

Con esto en mente, considero que Duarte d'Almeida se equivoca al suponer que el uso de una regla general como premisa del modo en que lo representa el silogismo jurídico importaría asumir el compromiso de resolver de la misma manera siempre que se cumplan los supuestos descriptos en el antecedente de la regla, ya que la decisión que en definitiva se adopte en cada circunstancia pertenece al ámbito de la aplicación pragmática, como el mismo Duarte d'Almeida advierte acertadamente, no al de la determinación de la solución que prescribe la norma, que correspondería a la etapa inferencial.

En otras palabras, el hecho de que pueda reconstruirse racionalmente la decisión de un juez como derivada de una regla general nada dice sobre la

regla que va a aplicar ese mismo juez la siguiente vez que tenga que decidir en un caso que reúna las características contempladas en el antecedente de esa regla.

En este orden de ideas, pienso que tal vez no sea necesario, a los fines de explicar el fundamento de una sentencia, que se formule completamente la regla tomada como premisa, sino que sería suficiente con mencionar aquellas propiedades que son relevantes para la subsunción del caso en consideración, ya que la ley de refuerzo del antecedente es inocua si se deja de lado la idea de que la aplicación de una regla para resolver un caso implica el compromiso de dar la misma solución a todos los casos que presenten las características mencionadas en el antecedente de la regla.

Para aclarar esta idea tomemos como ejemplo dos artículos de un hipotético código penal:

Artículo *k*: Será penado con prisión de 8 a 25 años quien mate a otro/a.

Artículo *l*: No es punible quien mata a otro/a para defender su propia vida.

En el caso del asesinato de Juan por Pedro, quien no lo mató en defensa propia, la regla que justifica la condena de Pedro no requiere incluir en el antecedente la condición de que no haya matado en defensa propia, ya que la cuestión ni siquiera se planteó. Es cierto que la regla: "si alguien mata a otro debe ser condenado a prisión de 8 a 25 años" (llamémosla "regla 1") implica, por obra de la ley de refuerzo del antecedente, la regla 2: "si alguien mata a otro y lo hace para defender su propia vida debe ser condenado a prisión de 8 a 25 años", lo cual se encuentra en contradicción con lo que dispone el artículo *l*. Pero esto no tiene relevancia alguna pues la regla 2, si bien es consecuencia lógica de la regla 1, no es equivalente a ella, y la que aplicó el juez para resolver el caso fue la regla 1, no la regla 2. Si se presentara luego un caso en el que se prueba que el homicidio fue cometido en defensa de la propia vida, el juez no necesitaría invocar la regla 2 para resolver el caso, ni el mero hecho de que esta sea consecuencia lógica de la regla 1 involucra compromiso alguno en ese sentido ya que la regla 2 nunca fue usada para fundamentar una decisión. Es cierto que si absuelve al acusado que mató en defensa de la propia vida el juez está interpretando que el artículo *l* introduce una excepción a la regla derivada del artículo *k*, pero pienso que no era necesario mencionar la excepción al fundar lo

resuelto en el primer caso. El hecho de que el artículo *k* tenga excepciones es relevante y debe ser considerado si lo que se intenta es reconstruir sistemáticamente, con fines expositivos, todo el sistema jurídico, o una parte del sistema que lo incluya, pero no lo es si solo se trata de reconstruir el argumento en que se funda una decisión particular.

Paso ahora a considerar el argumento (*ii*), según el cual el deductivista de reglas debería dar cuenta de todos los contraejemplos en que en el uso común de los juristas se considera que se ha aplicado una disposición y que no encajan claramente en su modelo.

Pienso que está equivocado por las siguientes razones.

Como señala Carnap (1950), la *elucidación* consiste en reemplazar un concepto dado más o menos inexacto, el *explicandum*, por otro exacto, el *explicatum*. Uno de los requisitos que debe satisfacer el *explicatum* es que las reglas de su uso deben darse en forma *exacta*, de manera de introducirlo en un sistema bien conectado de conceptos científicos.

Puesto que el *explicatum* debe ser tan exacto como sea posible, en tanto que el *explicandum* es vago, no es posible esperar una coincidencia total. Incluso pueden aceptarse apartamientos considerables, como en el caso del concepto científico de "pez", que excluye de su alcance a algunas especies que eran consideradas peces en el uso común, como las ballenas y las focas. Tal apartamiento puede estar justificado si se cumplen otros requisitos, como la conexión con otros conceptos dentro de una teoría, la fertilidad y la simplicidad.[4]

En ese orden de ideas cabe destacar que el modelo del deductivista de reglas es estructuralmente igual a otros modelos de explicación por subsunción legal. Más precisamente, el silogismo jurídico tiene la misma estructura que la explicación científica en el modelo nomológico-deductivo. En efecto, tal como señala Hempel, la explicación puede concebirse como un razonamiento deductivo de la forma:

$C_1, C_2, \ldots, C_k$
$L_1, L_2, \ldots, L_r$
E

[4] La satisfacción de estos requisitos por la concepción deductivista de reglas puede apreciarse en (Alchourrón y Bulygin (1971).

donde C_1, C_2, …, C_k son oraciones que describen los hechos particulares aducidos y L_1, L_2, …, L_r son las leyes generales sobre las que reposa la explicación (Hempel, 1979). Afirma el autor que los modelos de explicación que presenta no pretenden describir la manera como los científicos formulan realmente sus descripciones explicativas.

> Su propósito es más bien indicar en términos razonablemente precisos la estructura lógica y la justificación de diversos modos en que la ciencia empírica responde a las preguntas que piden una explicación. La construcción de nuestros modelos, pues, supone cierto grado de abstracción y de esquematización lógica (Hempel, 1979, p. 405).

Y agrega que

> no tiene objeto quejarse de que los modelos de leyes inclusivas no se ajustan exactamente a la forma en que los científicos presentan realmente sus explicaciones. Por lo general se eligen esas formulaciones teniendo en cuenta un auditorio determinado y, por ende, determinados requisitos pragmáticos (Hempel, 1979, p. 420).

Creo que las observaciones de Hempel son aplicables, *mutatis mutandis*, al modelo del deductivista de reglas. Por ello, aun cuando su noción de aplicación de reglas no cubra todos los supuestos en que los juristas afirman que se ha aplicado una disposición, esto no es una razón suficiente para descartarla, a menos que se ofrezca una noción alternativa que, además de ser más cercana al uso común, sea al menos tan exacta y fértil como aquella que se pretende reemplazar.

Finalmente, con relación al argumento (*i*) cabe señalar que Duarte d'Almeida no suministra criterios para distinguir aquellos casos en que una disposición fue mal aplicada de aquellos en que simplemente no fue aplicada. Sostiene que no caben dudas de que en el caso *Luffe* el tribunal aplicó la disposición que menciona, aunque haya pasado por alto la restricción relativa a que la mujer fuera soltera, pero no veo qué razón puede haber para asegurar esto, aparte del hecho de que fue esa la disposición mencionada en el fallo. Sin embargo, Duarte d'Almeida aclara que no pretende sugerir que cada vez que un tribunal afirma que aplica una disposición,

se sigue de ello que nos encontramos ante una instancia de aplicación de esa disposición; pero no aclara qué otros elementos deberíamos tener en cuenta para decidir la cuestión.

3.2. El silogismo jurídico no expresa que la disposición se aplica al caso

En esto tiene razón Duarte d'Almeida, y también le asiste razón en que para expresar esa idea se requieren enunciados de segundo orden. Sin embargo, no es claro por qué debería expresarse esa idea en las premisas.

Lo que la reconstrucción del deductivista de reglas esquematiza es la relación lógica que debe haber entre una regla y el contenido conceptual de la decisión para que se pueda sostener que la regla se aplicó a un caso o que la decisión tiene fundamento en la regla. La aplicación de la regla no se afirma, sino que se muestra. En este punto, la objeción de Duarte d'Almeida parece asemejarse a la de quien criticara el teorema de Pitágoras sobre la base de que en ninguna premisa se afirma que los principios de Euclides son aplicables a los triángulos rectángulos.

Por otra parte, la regla efectivamente aplicada puede no coincidir literalmente ni ser una consecuencia lógica de las disposiciones invocadas. La reconstrucción del argumento que realiza el deductivista de reglas permite apreciar tales diferencias y discutir si la regla efectivamente aplicada constituye una interpretación o derivación aceptable de las disposiciones que se invocan, lo cual dependerá, obviamente, de la doctrina de la interpretación a que se adhiera.

Aquí también puede encontrarse una analogía con otros modelos de fundamentación, como muestra este pasaje de la ya recordada obra de Carl Hempel:

> En realidad, las formulaciones que los matemáticos ofrecen habitualmente se apartan en cierta medida de los patrones metamatemáticos rigurosos y, por así decir, 'ideales'. Sin embargo, puede decirse que esos patrones exponen la estructura lógica y la justificación de la demostración matemática, y brindan criterios para la estimación crítica de las pruebas particulares que puedan

> proponerse. Puede hallarse, pues, que una prueba propuesta se aparta de una pauta teórica determinada sólo en aspectos poco importantes; por ejemplo, omitiendo ciertos pasos intermedios del razonamiento por considerarlos obvios, o no mencionando ciertas premisas, que se dan por supuestas pero que pueden ser especificadas de manera explícita si ello es necesario… Por otra parte, los defectos pueden ser fundamentales... Los modelos analíticos de explicación científica, creo yo, pueden servir a propósitos similares, aunque en una escala mucho más modesta (Hempel, 1979, p. 407).

4. La propuesta de Duarte d'Almeida

Como se dijo, en el artículo "On the Legal Syllogism" quedó pendiente de explicación la noción de aplicabilidad, esto es, en qué condiciones es dable afirmar que una disposición es aplicable a un caso. Cabía esperar que esto fuera develado en el artículo aquí publicado. Veamos si es así.

La noción de aplicabilidad aparece en la etapa de aplicación inferencial.

Nos explica Duarte d'Almeida que la aplicación inferencial consiste en un acto mental por el que se razona hacia la conclusión de que cierta proposición acerca de un objeto es verdadera sobre la base de que alguna parte del derecho existente, como una disposición legal por ejemplo, es aplicable a ese objeto.

Pero, ¿qué significa que una disposición es aplicable a un objeto? Esta es la respuesta de Duarte: "decir que una disposición *p* se aplica a un objeto *x* es decir que hay una consecuencia jurídica específica (o consecuencias jurídicas específicas) que la existencia misma de p tiene para x como cuestión de derecho. Es, por lo tanto, decir que hay una afirmación específica sobre x que es verdadera como cuestión de derecho, y que no podría, dada p, ser falsa".

Con respecto a la pregunta sobre cómo justificar las pretensiones de aplicabilidad, señala que se puede hacer sobre la base de razones de distintos tipos. En tal sentido observa que los términos exactos de la disposición de que se trate constituyen sin duda una razón importante, pero la concordancia del objeto, por clara que sea, con los términos de la disposición no es necesaria ni suficiente para justificar la afirmación de que la disposición se aplica al objeto relevante. Todo depende de qué otras razones puedan

gravitar en el tema, incluyendo la consideración de cuáles serían las consecuencias de aplicar la disposición. "La aplicación del derecho es, en cierto sentido, un asunto particularista".

No encuentro que las explicaciones precedentes suministren una idea, siquiera aproximada, de lo que significa que una disposición es aplicable a un objeto, es decir, cuales son las condiciones necesarias y conjuntamente suficientes que deben estar presentes para juzgar si una disposición es o no es aplicable al objeto de que se trate.

Los puntos de la explicación que resultan, en mi opinión, particularmente oscuros son los siguientes:

(a) Señala Duarte d'Almeida que "decir que una disposición p se aplica a un objeto x es decir que hay una consecuencia jurídica específica (o consecuencias jurídicas específicas) que la existencia misma de p tiene para x como cuestión de derecho. Es, por lo tanto, decir que hay una afirmación específica sobre x que es verdadera como cuestión de derecho, y que no podría, dada p, ser falsa". E inmediatamente agrega:

> se puede saber que una disposición *p se* aplica a un objeto *x* y no saber exactamente cuál es la consecuencia que tiene *p* para *x* como cuestión de derecho. Uno puede saber que existe alguna afirmación sobre x que, dada p, debe ser verdadera como cuestión de derecho y, sin embargo, no saber exactamente cuál es esa afirmación. Y lo inverso también es posible. Uno puede saber que si p es aplicable a x, entonces una afirmación c sobre x es verdadera; pero no saber si p se aplica a c. Aplicar p a x es resolver estas dos cuestiones. Es formarse una opinión razonada sobre la consecuencia (o consecuencias) que p tiene para x como cuestión de derecho.

Tal vez esta idea pueda clarificarse con el siguiente ejemplo: sea A la disposición: "está permitido contraer matrimonio si y solo si ambos contrayentes son solteros", B la proposición: "Juan y Marta son ambos solteros" y C la proposición: "está permitido que Juan y Marta contraigan matrimonio". La conjunción (A.B) implica C, en tanto que la conjunción (A.¬B) implica ¬C. Podemos saber que la disposición A es aplicable al caso del matrimonio entre Juan y Marta, en el sentido de que tiene consecuencias acerca de la verdad de C, pero no saber cuál es esa consecuencia, ya que

esto depende del valor de verdad de B. Aplicar inferencialmente la disposición sería resolver esa cuestión, esto es, determinar cuál es el valor de verdad de B y, en consecuencia, si es verdadera C o ¬C.

Sin embargo, en los ejemplos que presenta el autor para ilustrar la estructura del argumento con que el juez documenta su línea de razonamiento para arribar a la conclusión que ya alcanzó mediante el acto mental en el que consiste la aplicación inferencial, la conclusión ya aparece mencionada en la primera premisa como consecuente del condicional, es decir que ya aparece determinado desde el comienzo del argumento cuál sería la proposición que resultaría verdadera en el caso de que la disposición fuera aplicable. De modo que no aparece en ningún lugar explicitada la línea de razonamiento que lleva, de saber que la existencia de la disposición tiene cierta consecuencia para el objeto de que se trata a saber cuál es exactamente esa consecuencia. Si la aplicación inferencial consiste, como él señala, en resolver cuál es la consecuencia, esto queda totalmente en tinieblas en el argumento que supuestamente explicita la línea de razonamiento que justifica la conclusión, ya que se parte de una premisa en la que ya está explicitada la consecuencia.

(b) En la segunda premisa del esquema argumentativo se afirma que la disposición es aplicable al objeto, pero no se sabe por qué. Recuérdese que este es, conforme la cita anterior, uno de los puntos que puede ser ignorado y la aplicación inferencial debería elucidar. Cabía esperar que Duarte d'Almeida ofreciera una explicación alternativa a la del silogismo jurídico acerca del vínculo que debe haber entre una disposición legal y un caso para que la disposición sea aplicable al caso, pero él nos dice que esto es "en cierto sentido, un asunto particularista". Teniendo en cuenta que el particularismo es lo opuesto a la aplicación de normas generales y que el derecho está compuesto esencialmente por normas generales, la afirmación no me parece inteligible. Si no hay criterio alguno para determinar en qué circunstancias una norma general se aplica a un caso, las normas resultan superfluas.

5. El rechazo de reglas universales

Una de las razones por las que Duarte d'Almeida rechaza la reconstrucción de los argumentos judiciales que propicia el deductivismo de reglas

es que él no admite que se atribuya a los jueces el compromiso con reglas universales como las que entiende que esa teoría requiere, ni que sea posible formularlas. Así, por ejemplo, dice al referirse al caso del contrato de transporte que utiliza como ejemplo en su artículo:

> Podría ser tentador reconstruirlo [el argumento del juez Denning] de la siguiente manera:
> (1) Para todo x, si x es una cláusula de un contrato de transporte que atenúa la responsabilidad del porteador por los daños a las mercancías de forma distinta a la prevista en las Reglas de La Haya-Visby, entonces x es nula y sin efecto.
> (2) La cláusula 2 del conocimiento de embarque expedido por los demandados es una cláusula de un contrato de transporte que atenúa la responsabilidad del porteador por los daños a las mercancías de forma distinta a la prevista en las Reglas de La Haya-Visby.
> Por lo tanto (de (1) y (2)),
> (3) La cláusula 2 del conocimiento de embarque emitido por los acusados es nula y sin efecto.
> (...) Pero no hay razón para atribuir a Denning un compromiso con la verdad de algo parecido a lo que se dice en … premisa [(1)]. Denning no dice, ni tiene necesidad de decir, y con toda probabilidad no querría decir, que todas las cláusulas que atenúan responsabilidad en contratos de transporte son nulas y sin efecto: todas ellas, independientemente del contexto o de las circunstancias, sin lugar a posibles calificaciones o cláusulas adicionales de ningún tipo

Y más adelante agrega que no excluye que para cualquier conclusión correctamente alcanzada sobre la base de que cierta disposición *p* se aplica a un objeto *x* pueda haber un principio universal que captura todos y solo aquellos aspectos de *x* que son relevantes para esa conclusión,

> un principio que *podría* utilizarse para construir una inferencia que se ajustara a un esquema idéntico al del silogismo jurídico. Lo que quiero decir es que nosotros -y los tribunales en particular- no nos comprometemos (de hecho, ni siquiera podría esperarse que lo hiciéramos) con formulaciones de principios de ese tipo como un paso necesario, típico o incluso mínimamente frecuente en nuestro razonamiento o en nuestros argumentos hacia tales conclusiones

Sobre la primera cuestión me parece que es necesario aclarar cuál es el propósito de la teoría del silogismo jurídico. Si lo que se pretendiera fuera reconstruir el proceso mental por el que el juez arriba a la decisión del caso, tendría razón Duarte d'Almeida. Pero, si lo que se pretende es, como creo, mostrar la estructura lógica del razonamiento en que debe fundarse la solución que, de acuerdo con las reglas relevantes, correspondería dar al caso —donde por "razonamiento" no se hace referencia a un proceso mental sino a una relación entre enunciados—, lo que haya estado en la mente del juez es totalmente irrelevante. En ese sentido, es aplicable lo señalado por Bertrand Russell (1973, pp. 87-93). Con relación a su teoría de las descripciones:

> Mi teoría de las descripciones nunca pretendió ser un análisis del estado de la mente de aquellos que pronuncian oraciones en las que figuran descripciones (...) a mí me importaba encontrar un pensamiento más exacto y analizado para reemplazar los pensamientos algo confusos que la mayoría de la gente tiene muchas veces en la cabeza.

Las reglas efectivamente aplicadas pueden tener distintas relaciones con las disposiciones que se invocan y pueden aplicarse reglas distintas en diferentes casos con fundamento en las mismas disposiciones, como muestra el siguiente ejemplo:

Tomemos los siguientes artículos de un hipotético código civil:

Artículo *i*: Son nulos los contratos celebrados por personas menores de edad.

Artículo *j*: Son menores de edad quienes no han cumplido 18 años.

En el caso de un contrato celebrado por una persona de 17 años, la regla que fundamentaría la decisión del juez de declararlo nulo es: "son nulos los contratos celebrados por personas de 17 años", la cual es una consecuencia lógica de los artículos *i* y *j*.

En el caso de un contrato celebrado por una persona de 15 años, la regla que fundamentaría la decisión del juez de declararlo nulo es: "son nulos los contratos celebrados por personas de 15 años", la cual es distinta de la anterior pero también es consecuencia lógica de los artículos *i* y *j*.

Por último, en el caso de un contrato celebrado por dos personas mayores de edad, una de las cuales tiene un importante retraso madurativo, la

regla que justificaría la decisión del juez para declararlo nulo es: "son nulos los contratos celebrados por personas mayores de edad cuando alguna de ellas tiene un retraso madurativo que la equipara a un menor de edad", la cual, a diferencia de las anteriores, no es consecuencia lógica de los artículos *i* y *j* sino el producto de una extensión analógica de esas disposiciones.

En los tres supuestos las disposiciones legales que invocaría el juez serían las mismas, pero la reconstrucción racional del argumento requiere usar reglas distintas como premisas. Mostrar esas diferencias, que no siempre son expresadas en las sentencias judiciales, es un aspecto importante del enfoque del deductivista de reglas.

En cuanto a la supuesta necesidad de incluir en el antecedente de la regla utilizada como premisa todas las posibles excepciones y limitaciones, el punto ya fue analizado en el apartado 3.1, al que me remito.

4. Conclusiones

a) La distinción entre un aspecto inferencial y uno pragmático en la decisión judicial es, en mi opinión, acertada.
b) Sin embargo, creo que no lo es el tratamiento del aspecto inferencial, ya que no hay una explicación inteligible de la noción de aplicabilidad de una disposición a un caso.
c) No se presenta ningún criterio para distinguir las decisiones que aplican el derecho de las que no lo aplican.
d) Los argumentos en que se funda el rechazo de la concepción del deductivista de reglas (silogismo jurídico) no son concluyentes ni se ha propuesto una teoría superadora.

Bibliografía

Alchourrón C. y Bulygin, E. (1971). *Normative Systems*. Viena: Springer-Verlag.

Carnap, R. (1950). *Logical Foundations of Probability.* Chicago: University of Chicago Press.

Duarte d'Almeida, L. (2019). On the Legal Syllogism. En D. Plunkett, S. Shapiro y K. Toh (eds), *Dimensions of Normativity: New Essays on Metaethics and Jurisprudence* (pp. 335-364). New York: Oxford University Press.

Hempel, C. (1979). *La explicación científica*. Buenos Aires: Paidós.

Lewis, D. (1973). *Counterfactuals.* Oxford: Basil Blackwell.

Oller, C. (2006). Obligaciones *prima facie* y derrotabilidad. *Análisis Filosófico*, 26(1), 147-155.

Rodríguez, J. (2012). Against Defeasibility of Legal Rules. En J. Ferrer Beltrán y G.B. Ratti (eds.), *The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility* (pp. 102-120). Oxford: Oxford University Press.

Russell, B. (1973). Sobre la teoría de Strawson acerca del referir. En T. M. Simpson (ed.), *Semántica filosófica: problemas y discusiones* (pp. 87-93), Buenos Aires: Siglo XXI.

Schauer, F. (2012). Is Defeasibility an Essential Property of Law? En J. Ferrer Beltrán y G. B. Ratti (eds.), *The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility* (pp. 90-101), Oxford: Oxford University Press.

Zuleta, H. (2005). La fundamentación de las sentencias judiciales. Una crítica a la teoría deductivista. *Isonomía*, 23, 59-95.

Zuleta, H. (2008). *Normas y justificación*. Madrid: Marcial Pons.

Sentencias

R v Luffe (1807) 8 East 193