

Fernando Atria

**«DEL DERECHO
Y EL RAZONAMIENTO
JURÍDICO»**

DOXA 22 (1999)

DEL DERECHO Y EL RAZONAMIENTO JURÍDICO

Fernando Atria*

Universidad de Talca (Chile)

No es raro ver en algunos grandes espíritus dos concepciones distintas y hasta incompatibles confundirse debido a la imprecisión inevitable del lenguaje; absorbidos por la elaboración de nuevas ideas, les falta tiempo para examinar críticamente las que han descubierto.

Simone Weil, *Opresión y Libertad* (1934)

Cuando H. L. A. Hart publicó *El Concepto de Derecho*, el razonamiento jurídico no estaba en la agenda filosófica. Es por eso que, como él mismo reconocería más tarde, en ese libro había «dicho muy poco sobre el problema [...] del razonamiento jurídico» (1994: 259). Las cosas cambiaron, sin embargo, poco después, y ese aspecto del libro de Hart fue pronto criticado. Para esos críticos (el más conocido de los cuales es, desde luego Dworkin, 1977), la teoría expuesta en *El Concepto de Derecho* tenía importantes consecuencias para una teoría del razonamiento legal. Esas consecuencias, a su vez, eran incompatibles con lo que los jueces y abogados entendían que estaban haciendo cuando aplicaban el derecho. Estas críticas mostraron la necesidad de un complemento al libro de Hart, un examen de la forma en que una teoría del derecho tan poderosa como la de Hart podía ser usada no sólo para «promover la comprensión del derecho» (Hart, 1963: xi), sino también la comprensión de cómo el derecho funciona, o de cómo la gente funciona con el derecho. Una teoría, en pocas palabras, de la aplicación del derecho (*i.e.* del razonamiento jurídico). Ahora sabemos que *Legal Reasoning and Legal Theory*, de Neil MacCormick, intentó llenar ese vacío (MacCormick, 1994: xiv). Antes de referirme a este libro, sin embargo, me gustaría explicar dónde, a mi juicio, yace la tensión entre una teoría del derecho y una del razonamiento legal. Para esto, conviene comenzar por la tesis de la textura abierta desarrollada en el capítulo VII de *El Concepto de Derecho*.

* Licenciado en Derecho (Universidad de Chile, 1994); Ph. D. (University of Edinburgh, 1999); Profesor Asistente, Universidad de Talca (Chile). Estoy en deuda con Zenon Bankowski, Neil MacCormick, Kevin Walton, Claudio Michelon, Emilios Christodoulidis and Burkhard Schafer por sus incisivos comentarios a una versión previa de este artículo. Ellos no tienen, desde luego, responsabilidad alguna por los errores que han quedado. Este artículo es una versión traducida y corregida de mi «Legal Reasoning and Legal Theory Revisited», aparecido en *Law and Philosophy*, 18: 537-577, © Kluwer Academic Publishers. La aparición de esta versión es posible gracias a la amable autorización de Kluwer Academic Publishers.

Para nuestros propósitos no es necesaria una exposición completa de la tesis de la textura abierta. Es suficiente decir que Hart intentó encontrar una vía media entre dos extremos igualmente inaceptables, que él llamó «formalismo» y «escepticismo ante las reglas». Para ello Hart usó la idea de textura abierta formulada por F. Waismann (Waismann, 1951). El argumento era que, dado que el significado está dado por el uso, las palabras (conceptos) no pueden tener significado alguno sin que al mismo tiempo y por eso ellas se apliquen claramente a ciertas instancias. La capacidad de reconocer esas instancias como referentes de esas palabras (conceptos) es la capacidad de entender el significado de la palabra (concepto) en cuestión. Del mismo modo, sin embargo, en muchas instancias la aplicación de esas palabras (conceptos) a ciertos eventos en el mundo distará de ser obvia, y ello generará desacuerdo entre hablantes competentes. En esta última circunstancias el hecho de no reconocer a un evento como una instancia de la palabra (concepto) en cuestión no constituye evidencia de que el hablante ignora su significado (al contrario de lo que ocurre en los casos claros, en los cuales ese hecho sí constituye tal evidencia). Estos eventos están en lo que Hart llamó la «penumbra» del significado de la palabra (concepto) relevante, donde diferentes opiniones acerca de su aplicabilidad pueden existir entre usuarios competentes del lenguaje en cuestión. Para hacer un famoso pasaje más famoso aún,

Si hemos de comunicarnos unos con otros y si, como en las formas más elementales de derecho, hemos de expresar nuestras intenciones de que ciertos tipos de comportamiento sean regulados por reglas, entonces las palabras genéricas que usamos [...] deben tener instancias standard en las cuales no hay dudas en cuanto a [su] aplicación. Debe haber un núcleo [*core*] de significado asentado, pero habrá también una penumbra de casos discutibles en los cuales las palabras no son ni obviamente aplicables ni obviamente inaplicables (Hart, 1958: 63; 1980: 46)¹.

Entendido así, la tesis de Hart es una sobre los límites a la certeza que términos clasificadores genéricos pueden tener en los lenguajes naturales: «[la textura abierta es] *una característica general del lenguaje humano*; la falta de certeza en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho» (Hart, 1994: 128, *mis cursivas*; 1963: 159). Es una nota distintiva de los lenguajes naturales (a diferencia de los artificiales) como los conocemos, y como tal forma parte del predicamento

¹ En la medida de lo posible, las referencias a las obras traducidas al español son indicadas a continuación de la referencia a la versión original. Por lo general he seguido la traducción de Genaro Carrió de *El Concepto de Derecho*, pero me he apartado de las traducciones de otras obras (como, sin ir más lejos, de la de Javier Sáinz de «El positivismo y la separación entre el derecho y la moral»).

humano: no hay nada que podamos hacer para excluirla, al menos si queremos usar términos clasificatorios generales:

mi opinión era (y es) que el uso de *cualquier* lenguaje que contenga términos clasificatorios generales se encontrará, al aplicarlos, con casos marginales que requieren nueva regulación. Esta es la característica del lenguaje que yo llamé «textura abierta» (Hart, citado por Bix, 1994: 24).

De acuerdo a esta primera lectura, la tesis de la textura abierta es una tesis sobre el lenguaje (o, mejor dicho, los lenguajes naturales), y sólo de forma derivativa sobre el derecho. «Textura abierta» no es una característica del derecho sino, como Hart dice explícitamente en la cita anterior, una de los lenguajes naturales. Desde luego, dado que (o: sólo porque) las reglas jurídicas son expresadas en lenguajes naturales la textura abierta de los segundos se comunica, por así decirlo, a las primeras. Así, no es extraño escuchar de Hart que «cualquiera que sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que éstos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestione las pautas resultarán ser indeterminadas» (Hart, 1994: 127-8; 1963: 159).

Inmediatamente después de presentar la noción de textura abierta, y en un aparente esfuerzo por consolar al lector, Hart explica que la falta de certeza en los casos marginales no es nada que haya que lamentar. Pero en el curso de esa explicación la naturaleza de la tesis de la textura abierta cambia: ella se convierte en una tesis no ya sobre características inescapables de los lenguajes naturales como nosotros los conocemos, sino sobre la *conveniencia* de tener reglas con textura abierta (*i.e.* reglas que no son completamente ciertas y predecibles). La tesis deja de ser una sobre el lenguaje para convertirse en una sobre el derecho.

No hay, desde luego, razón alguna por la cual no puede decirse primero que *x* es el caso y luego argumentar que es bueno que *x* sea el caso, que es aparentemente la forma en que los pasajes relevantes de *El Concepto de Derecho* son interpretados. Pero Hart dio un paso más: en sus argumentos para mostrar la conveniencia de la textura abierta de las reglas jurídicas, y contradiciendo sus afirmaciones en el sentido de que ésa era una característica inescapable del predicamento humano, él concedió que *es posible*, para nosotros aquí y ahora, eliminar la falta de certeza en la zona marginal, *i.e.* «congelar el significado de la regla, de modo que sus términos generales tengan que tener el mismo significado en todos los casos en que su aplicación está de por medio» (Hart, 1994: 129; 1963: 161).

Él incluso nos explica cómo hacerlo:

Para asegurar esto podemos aferrarnos a ciertas características presentes en el caso obvio, e insistir en que ellas son a la vez necesarias y suficientes para que todo aquello que las posea quede comprendido por la regla, cualesquiera que se-

an las restantes características que pueda tener o que puedan faltarle, y cualesquiera que sean las consecuencias sociales que resulten de aplicar la regla de esa manera (Hart, 1994: 129; 1963: 161-2).

Y si seguimos ese consejo,

Así *habremos conseguido, por cierto*, resolver por adelantado, pero también a oscuras, cuestiones que sólo pueden ser razonablemente resueltas cuando se presentan y son identificadas (Hart, 1994: 130; Hart, 1963: 162, mis cursivas).

Si es posible *conseguir, por cierto*, resolver por adelantado que los casos de penumbra no sean casos de penumbra, se sigue de esto que la explicación de la existencia de esos casos debe estar en por qué esos casos «sólo pueden ser razonablemente resueltos cuando se presentan y son identificados». En otras palabras, si podemos eliminar la falta de certeza en la zona marginal, es simplemente incorrecto decir que la falta de certeza en la zona marginal existe porque no puede ser eliminada; la razón por la cual el derecho es incierto en casos difíciles (o penumbrales) es *no* alguna característica de los lenguajes naturales (incluido el lenguaje del derecho), sino la muy diferente razón que no es *razonable* intentar resolver «por adelantado, pero también a oscuras» cuestiones que no podemos identificar.

Siguiendo esta segunda línea de argumentación, Hart explica que la causa del problema no radica en los límites a los niveles de certeza a la que los seres humanos pueden acceder usando los lenguajes que ellos (nosotros) de hecho tienen, sino en la necesidad de encontrar un balance adecuado entre dos «necesidades sociales» que compiten entre sí, *i.e.*

por un lado, la necesidad de reglas dotadas de certeza [...] y, por otro lado, la necesidad de dejar abiertas para su solución ulterior, mediante una elección oficial informada, cuestiones que sólo pueden ser adecuadamente apreciadas y resueltas cuando se presentan en un caso concreto (Hart, 1994: 130; 1963: 162).

Y esta tensión es una que «*de hecho*, todos los sistemas, de maneras diferentes», solucionan conciliando ambos bienes de alguna manera (*ibid*, mis cursivas). La textura abierta, entonces, no es un límite externo que restringe los niveles de certeza que el derecho puede tener, sino la *consecuencia de una decisión*, una decisión acerca de cómo conciliar los requerimientos de certeza con los de adecuación².

Es importante enfatizar que, como hemos visto, qué es un caso difícil (o claro) varía según cuál de las interpretaciones de la tesis de la textura abier-

² Algunas estipulaciones resultarán útiles aquí: (a) llamaré «certeza» (o: «predecibilidad») a la primera de las necesidades sociales distinguidas por Hart, y (b) «adecuación» a la segunda (uso la palabra «adecuación» en el sentido de «appropriateness» o «Angemessenheit»); (c) hablaré de «aplicación» cuando quiera referirme al problema de cómo aplicar una regla al caso particular, y (d) de «significado» cuando el problema sea el de determinar el significado de una regla general, sin necesariamente tener un caso concreto a la vista.

ta utilizada. En la primera interpretación, un caso será difícil cuando los hechos sean tales que ellos no calcen natural y obviamente en uno o más de los términos clasificativos generales de la regla a aplicar, *i.e.* cuando es lo que podríamos denominar un caso difícil en sentido *semántico* (cuando, *e.g.* la regla prohíbe los vehículos en el parque y de lo que se trata es de decidir si pueden usarse patines en él). En la segunda interpretación, sin embargo, el problema no es falta de certeza en el margen. Como podemos «por cierto conseguir» eliminar la falta de certeza en el margen (a pesar de las características de los lenguajes naturales), un caso será difícil cuando de lo que se trata es no de la clasificación de hechos o eventos en el mundo, sino la muy diferente cuestión de decidir si *éste* es uno de esos casos que fue «dejado abierto para su solución ulterior, mediante una elección oficial informada», aunque esos hechos o eventos pueden estar cubiertos por el significado semántico de la regla en cuestión (aquí uno puede pensar en casos como el imaginado por Fuller, 1958, de los veteranos que quieren usar un camión militar en un monumento a los caídos a ser levantado en el parque: ¿fue ese caso decidido cuando la regla que prohíbe los vehículos en el parque fue dictada, o fue «dejado abierto»?).

Derecho y razonamiento jurídico

Con estas consideraciones en mente podemos volver a la tensión entre teoría del derecho y razonamiento legal mencionada al principio. Una explicación hartiana del razonamiento legal ha de fluir de, o al menos ser consistente con, las tesis centrales de la teoría madre. Una de esas tesis es que a un nivel conceptual el derecho es independiente de la moralidad, esto es, que la pregunta por *qué es* el derecho es conceptualmente distinta a la pregunta por *qué debe ser* el derecho³. Estas dos cuestiones son, desde el punto de vista de Hart, no sólo diferentes, sino *lógicamente* diferentes: es posible establecer qué es el derecho sin preguntarse qué debe ser el derecho; ninguna conclusión acerca de lo que el derecho es se sigue de argumentaciones acerca de lo que el derecho debe ser. Al mismo tiempo, sin embargo, Hart vio que cualquier explicación teórica plausible de la naturaleza del de-

³ Hay cierta discusión en relación al contenido preciso de lo que es llamado la «tesis de la separación» (véase, entre otros, Fűßer, 1996; Coleman, 1996). Es necesario tener esto en mente, dado que el argumento que desarrollaré no afectaría algunas versiones de la tesis. Considérese, por ejemplo, la versión (calificada por su autor como «cruda» ofrecida por Shiner: «la existencia del derecho es una cosa y su mérito o demérito es otra» (Shiner, 1992). Yo creo (junto a muchos positivistas, naturalistas y realistas de diversas denominaciones) que en este sentido la tesis es verdadera. Creo, sin embargo, que puedo esquivar este problema, porque quiero sostener la tesis de que para establecer qué *es* el derecho debe previamente establecerse qué *debe ser* el derecho. Creo que esta última tesis es incompatible con el positivismo hartiano en cualquier lectura plausible.

recho debía explicar cómo y por qué abogados, jueces y otras personas están en desacuerdo no sólo acerca de lo que el derecho *debe ser* (lo que es escasamente sorprendente), sino también acerca de lo que el derecho *es*. Ahora, la explicación para este segundo tipo de desacuerdo no puede estar basada en la existencia de desacuerdos del primer tipo, dado que si eso fuera el caso no podría decirse que el problema de determinar lo que el derecho *es* sea conceptualmente diferente del de determinar lo que el derecho *debe ser* (esto es, no puede ser el caso que estamos en desacuerdo sobre lo que el derecho es *porque* estamos en desacuerdo sobre lo que el derecho debe ser, si estas dos son cuestiones separadas e independientes una de otra). Es entonces donde la tesis de la textura abierta entra en juego.

La importancia de esta tesis es que ella cumplía la función de proveer una explicación normativamente neutra del desacuerdo jurídico, una explicación del desacuerdo sobre lo que el derecho es que no implicaba que esta forma de desacuerdo era parasitaria del desacuerdo sobre lo que el derecho debe ser. Era, en consecuencia, la explicación (al menos el tipo de explicación) que Hart necesitaba para darle consistencia a su teoría del derecho. Pero Hart notó (creo, por las razones expresadas más arriba) que la idea (semántica) de textura abierta, aunque importante, no explicaba el problema del desacuerdo legal considerado desde el punto de vista del razonamiento legal, es decir, clarificación del significado de un término no es, en la mayoría de los casos difíciles verdaderamente importantes, el tipo de información que disuelve los problemas interpretativos de jueces y abogados. Hart notó que en muchos de estos casos lo que se discutía no era si un x particular era una instancia de un X general, sino más bien la cuestión de si una regla (clara y no ambigua) estaba diseñada para ser aplicada a los hechos que configuraban un caso concreto. Es por esto que él ofreció, en las mismas páginas de *El Concepto de Derecho*, una segunda explicación del hecho del desacuerdo jurídico, una basada en la idea de que el derecho tiene una tensión interna entre (lo que yo he llamado) certeza y adecuación.

Es en mi opinión una cuestión crucial que las consecuencias para la teoría del derecho de esta segunda interpretación de la tesis de la textura abierta son inconsistentes con la tesis hartiana identificada más arriba de la separación conceptual entre derecho y moral. En la primera explicación, lo que hacía difícil a un caso era una característica normativamente neutra, *i.e.* la textura abierta de las palabras (conceptos) de la regla. Es por esto que Hart podía decir (Hart, 1994: 135; 1963: 169) que en los casos claros la aplicación de la regla no exige de los funcionarios que deciden «una nueva valoración» [«fresh judgment»]. De todos los casos que las cortes deberán resolver, algunos de ellos estarán marcados por el hecho bruto de que ellos se encuentran en el área en la cual el acuerdo en torno a la aplicabilidad de las palabras (o conceptos) de las reglas pertinentes no se extiende (*i.e.* en el

área de «penumbra»); la identificación de esos casos como difíciles no requerirá más que la capacidad de reconocer este hecho bruto, y así no exigirá que ideas normativas acerca de lo que el derecho debe ser sean contrabandeadas en la determinación de lo que el derecho es. Cuando la «marca» de la textura abierta es descubierta la corte habrá encontrado los límites del derecho. Ahora consideraciones evaluativas podrán ser utilizadas, pero sólo porque lo que está en cuestión no es establecer que *es* el derecho sino qué derecho debe la corte crear *ex novo*. Nótese que no estoy afirmando que la «marca» de la textura abierta será un hecho *obvio*, sólo que es un hecho bruto. Puede haber desacuerdo en torno a la cuestión de si los patines son instancias obvias de la palabra «vehículo». En otras palabras, creo que Raz tiene razón cuando afirma que es falso «que todos los asuntos de hecho son no-controversiales» y que «todas las proposiciones morales son controversiales» (Raz, 1985: 218). Lo que es importante aquí no es que la tesis de la textura abierta hace de la aplicación del derecho una cuestión no controversial (aunque aquí parece haber leña que picar), sino la diferente cuestión de que el desacuerdo legal, *i.e.* el desacuerdo sobre lo que el derecho *es*, no es explicado por el desacuerdo *moral* sino por desacuerdo de *hecho* (o conceptual, o verbal): ¿son los patines, *de hecho*, vehículos?

La segunda interpretación (desacuerdo legal como la consecuencia de la tensión entre certeza y adecuación) no funciona tan agradablemente, aunque representa de modo más fiel la realidad del razonamiento legal. En ella, la «marca» que distingue un caso como difícil no es un hecho bruto (como en la primera interpretación) sino una cuestión evaluativa: el caso es (será) marcado como difícil si la demanda por certeza es, en el caso, superada por la demanda por adecuación, es decir, si la solución ofrecida por la regla es suficientemente inadecuada como para ser derrotada en el caso. Nótese que en esta interpretación es necesario, para «descubrir» la «marca» de la textura abierta, hacer una «nueva valoración» [«fresh judgment»]. Ello porque esa «marca» está constituida por la respuesta al problema de cuán inadecuada debe ser la solución ofrecida por una regla para un caso para que la demanda por certeza sea derrotada, y la respuesta a esta pregunta depende, claramente, del valor relativo de cada una de estas «necesidades sociales». Desde este punto de vista la cuestión de qué es el derecho no puede ser completamente distinguida de la cuestión de qué debe ser el derecho. En otras palabras, *para la corte* la cuestión ¿son estos patines un vehículo? está vinculada a la pregunta «¿deben estos patines ser considerados como un vehículo?» (consi-

⁴ El hecho de que Hart mismo a veces (e.g. 1967: 106) plantea el problema de esta manera (*i.e.* como el problema de determinar si un *x* particular es una instancia de un *X* general para los propósitos de una ley dada) muestra que él no notó que estaba ofreciendo dos expli-

dérese la común manera judicial en que este problema es planteado: «¿deben ser los patines considerados como vehículos *en el sentido de esta ley?*»⁴).

Si esto es correcto, entonces no es posible decir que hay una distinción lógica o conceptual entre estas dos cuestiones. Para ver de modo más claro cómo esta conclusión se sigue de las consideraciones anteriores, es útil dividir la explicación hartiana de los casos difíciles en dos partes (esta distinción, desde luego, es puramente analítica): una que contiene un criterio que permite distinguir casos claros de casos difíciles, y otra que explica lo que verdaderamente ocurre en los casos difíciles. Hemos visto que en *El Concepto de Derecho* Hart ofreció dos respuestas para la primera parte. Pero para la segunda Hart siempre tuvo *una* respuesta, *i.e.* que en los casos difíciles no hay derecho para el caso, y por consiguiente el juez debe crearlo, para lo cual tiene discreción. Las cosas, como hemos visto, funcionan relativamente bien cuando la primera interpretación de la tesis de la textura abierta es utilizada. Los problemas comienzan al considerar la segunda, *i.e.* la idea de que los casos difíciles son difíciles por la especial manera en que la tensión entre certeza y adecuación se presenta en ellos. Si, habiendo modificado la primera parte, retenemos la segunda, *i.e.* la tesis de que las cortes tienen discreción para resolver casos difíciles, la conclusión no es reconocible como hartiana: en esta versión, la tesis de Hart sobre casos difíciles sería: (i) un caso es difícil cuando la aplicación de la regla (*i.e.* de la regla aplicable *prima facie*) es normativamente problemática, es decir, cuando la solución ofrecida por la regla *prima facie* aplicable es tal que la demanda por adecuación es más poderosa que la demanda por certeza: (ii) cuando el caso es difícil, las cortes tienen discreción. En suma, cuando la aplicación de una regla semánticamente clara a un caso claramente cubierto por su significado produce un resultado cuestionable, el derecho *es* que no hay derecho para el caso. Lo que el derecho *es* depende de lo que el derecho (*i.e.* el balance entre adecuación y certeza) debe ser para el caso. Cuando el derecho *debe* ser diferente, *es* diferente. *lex iniusta non est lex!*

¿Es este «debe ser» un «debe ser» moral? Parece que la respuesta es obviamente afirmativa: el tema es por qué es la certeza importante, o cuál es la razón por la cual deberíamos preocuparnos acerca de la adecuación. Como Raz ha sostenido, esos valores no pueden ser sino morales, porque «no hay otra justificación para el uso de un cuerpo autónomo de consideraciones por las cortes» (Raz, 1993: 318). Pero debemos ser cuidadosos en este punto. Hart prolijamente evita, al menos en *El Concepto de Derecho*, referirse a lo que él llama «necesidades sociales» como valores morales. Y en

caciones para el fenómeno de la textura abierta. Si la tesis de la textura abierta (en su primera interpretación) es verdadera, entonces hay instancias paradigmáticas de *X* que lo son con prescindencia del propósito de cualquier ley (véase Schauer, 1991: 212ss).

su artículo «Positivism and the Separation of Law and Morals» (Hart, 1958) él explícitamente niega que sea un «debe ser» moral: «debemos recordar que el envenenador perplejo puede decir: “debí haberle administrado una segunda dosis”» (Hart, 1958: 69; 1980: 56). Hart también sostiene que «en el régimen Nazi algunas personas fueron sentenciados por las cortes por criticar al régimen. Aquí la elección de la sentencia puede ser guiada exclusivamente por consideración de lo que es necesario para mantener la tiranía del Estado de modo mas efectivo» (Hart, 1958: 70; 1980: 57).

De modo que Hart creía que la solución al conflicto entre adecuación y certeza puede ser basado en consideraciones puramente instrumentales. Pero la cuestión obvia es: ¿instrumentales para qué? En el caso del envenenador, son instrumentales para obtener un fin previa e independientemente dado, *i.e.* matar a la mujer. En el caso de la Alemania Nazi, el fin es también previa e independientemente dado, el de mantener la capacidad represiva del aparato estatal.

Que el fin es *previa e independientemente* dado quiere decir, desde luego, que no puede haber consideraciones instrumentales antes de definir dicho fin. Por esto, cuando de lo que se trata es de aplicar el derecho, el fin no puede ser algo así como «aplicar el derecho», dado que la corte está precisamente tratando de establecer qué es el derecho para el caso (esto sería equivalente a decir que el fin para el envenenador es administrar el veneno, un fin obviamente inútil como guía para resolver la cuestión de *cuánto* veneno administrar). El punto importante aquí es: ¿cómo puede la corte establecer cuál es ese fin?

Nótese que la respuesta no puede estar dada por otra regla o grupo de reglas jurídicas, por la misma razón por la cual Hart sostuvo que los «cánones de interpretación» no podían eliminar la impredecibilidad (1994: 126; 1963:158): porque esas reglas estarían también comprendidas dentro del problema.

¿Es, sin embargo, un «debe ser» moral? Espero que a estas alturas sea posible apreciar que no es necesario contestar esta pregunta afirmativamente (aunque yo creo que la respuesta es positiva: véase Atria, 1999). Para ello es necesario recordar el contexto en el cual Hart escribió estas líneas sobre textura abierta, mencionado al principio. Lo que él quería era encontrar una vía media entre formalismo y escepticismo ante las reglas. La tesis de la textura abierta proveía esa vía porque negaba que las cortes debían realizar una «nueva valoración» [fresh judgment] en todos los casos. Cuando esa valoración es requerida, las cortes tienen discreción. Cuando no es requerida, no la tienen. Pero ésta es una respuesta que funciona sólo si la primera versión de la tesis de la textura abierta es aceptada. La razón es simple: en la segunda versión una «nueva valoración» [fresh judgment] es requerida *en*

todos los casos, incluso en los casos claros, dado que el caso es claro solamente después de que se ha constatado, en concreto, que la demanda por certeza es suficientemente importante para vencer a la demanda por adecuación (esta formulación, desde luego, incluye el caso en que la solución ofrecida por la regla *prima facie* es también adecuada). Sólo la primera versión permite distinguir un caso claro de un caso difícil sin que la diferenciación misma esté basada en una «nueva valoración», dado que sólo esta versión no hace que la diferenciación misma sea una tal valoración. En la segunda versión, en consecuencia, Hart no tiene respuesta para el escéptico que alega que las reglas *nunca* pueden ofrecer soluciones a casos concretos que no requieran una nueva valoración por parte del organismo que decide. Independientemente de que esa valoración sea o no controversial, y dado que no está contenida en regla alguna, es una decisión para la cual el juez, en términos hartianos, no puede sino tener discreción⁵.

En resumen, el hecho de que el derecho *deba ser* diferente a veces *lo hace* diferente. Para referirme a lo que Hart llamó «nueva valoración» [fresh judgment] sin dar la impresión de que mucho peso argumentativo es puesto sobre el hecho de que sea un juicio *moral*, usaré la expresión citada de Hart, o alguna otra expresión suficientemente vaga como «juicio evaluativo» o «normativo».

La tensión, ahora, entre teoría del derecho y razonamiento legal es explicada, al menos en parte, por una diferencia de perspectiva entre ambas. Cuando de lo que se trata es de montar una teoría del derecho, lo que está al centro de la cuestión son preguntas como ¿qué es el derecho? ¿cuándo puede decirse que un sistema jurídico existe (es válido)? ¿cómo puede saberse si una regla es parte de este o aquel sistema jurídico? (véase Raz, 1980: 1s, para una útil tipología de los problemas que una teoría del derecho debe resolver para ser una teoría «completa» del derecho). En este nivel es difícil negar la diferencia entre del derecho que es y el derecho que debe ser. El solo hecho de que muchas personas puedan razonablemente pensar, en ciertas circunstancias, que el derecho que los rige es injusto, esto es, que no es como debe ser, muestra que alguna distinción existe.

⁵ Uno podría incluso ir más lejos, aunque para el argumento de este artículo ello no es necesario. La afirmación de Hart de que el «debe ser» puede ser instrumental en alcanzar algún fin (independientemente fijado) parece acercarlo más de lo que es normalmente apreciado a la posición de Dworkin: dado que la pregunta por cuál es la finalidad y cómo ella debe ser alcanzada es lo que determinaría el punto en el cual el balance entre certeza y adecuación es fijado en relación con el caso particular, qué es el derecho para el caso dependerá de la identificación de esa finalidad, y entonces la elección de la finalidad a ser servida tendrá un impacto en el contenido del derecho (es importante recordar que no es posible saber qué es el derecho para el caso antes de resolver la tensión). Esto parece una manera diferente de plantear la tesis dworkiniana de que el derecho es un concepto interpretativo (véase Dworkin, 1986: 46ff).

Sin embargo, cuando el foco de atención es dirigido sobre el problema del razonamiento legal, esta clara diferencia es alterada. Es todavía posible, desde luego, aplicar un derecho que es diferente del que debiera ser, y muchas veces los jueces deciden una cosa pensando al mismo tiempo que una diferente conclusión habría sido la correcta, todas las cosas consideradas⁶. Pero hemos visto que, para aplicar el derecho *como es* las cortes deben decidir cuál es el balance correcto entre los bienes de certeza y adecuación. El hecho obvio de que a veces las cortes se sienten obligadas a decidir de maneras que no consideran completamente satisfactorias, muestra que las reglas de hecho excluyen algunas consideraciones que serían en principio relevantes. Pero el hecho igualmente obvio de que las reglas no excluyen *todas* las consideraciones contrarias a la solución contenida en la regla (*e.g.* la consideración de que el hombre que derramó sangre en las calles de Bologna era un barbero, y que lo hizo cuando estaba afeitando a un cliente), aun cuando la regla *prima facie* parece hacerlo (es decir, la regla no contenía una excepción para barberos, y especificaba que sus palabras debían ser entendidas literalmente, sin interpretarlas. Véase el caso en Pufendorf, 1688: 5.12.8, pp. 802-3) muestra que es necesario algo más que solamente determinar el *significado* de una regla para poder aplicarla. Y es en algún sentido irónico (o prueba de su genialidad) que Hart mismo ofreciera una descripción tan certera de qué es ese «algo más», es decir, la solución al conflicto entre los bienes de predecibilidad de las decisiones judiciales y su adecuación al caso concreto a la vista. Antes de resolver este problema no hay cómo saber qué es el derecho para el caso, para ningún caso.

Uno podría, supongo, insistir en que éste no es un problema, y una manera de hacerlo es insistir que la respuesta a la pregunta «¿qué es el derecho?» no tiene consecuencias para la respuesta a la pregunta «¿qué es el derecho para este caso?». Si pudiera sostenerse que la respuesta a la primera pregunta no implica (al menos parte importante de) la respuesta a la segunda, entonces el argumento de este artículo fracasaría. Y de hecho, se ha sostenido que «ha sido una presuposición [de la teoría analítica del derecho] que hay una distinción clara entre la pregunta filosófica, «¿qué es el derecho?» y la pregunta del abogado, ¿qué es el derecho para este o aquel caso?» (Marmor, 1995: v).

Hay desde luego un sentido obvio en el cual estas dos preguntas son distintas, *i.e.* en el mismo sentido en el cual la pregunta «¿qué es cáncer?» es diferente de la pregunta «¿tiene esta persona cáncer?». Pero esto no signifi-

⁶ Luego la frase en cursivas al final del párrafo ocho párrafos más atrás fue, en algún sentido, un exceso retórico. Pero dicha frase es sólo exagerada, no completamente falsa: algunas veces, reglas que producen resultados inadecuados cuando son aplicadas a casos concretos no son tales reglas después de todo y por eso.

ca que una respuesta a la primera pregunta no implica (parte importante de) la respuesta a la segunda, en la misma manera en que una respuesta a la primera de las preguntas de Marmor implica (parte importante de) la respuesta a la segunda (de hecho, al decir que x tiene importantes consecuencias para y uno está tácitamente afirmando la existencia de una más o menos «clara distinción» entre x e y).

Uno podría, sin embargo, argüir que la relación no es *tan* cercana. Considérese, por ejemplo, la posición de Hans Kelsen:

Esta determinación, sin embargo [de una norma de grado inferior por una norma de grado superior] no es nunca completa [...]. Hasta la orden más minuciosa tiene que dejar al ejecutor una cantidad de determinaciones. Si el órgano A dispone que el órgano B ponga en prisión al súbdito C , el órgano B tendrá que resolver a su criterio cuándo y dónde y cómo se pondrá en efecto la orden de prisión, decisiones que dependen de circunstancias externas que el órgano que dio la orden no previó y que, en buena parte, no pudo prever (Kelsen, 1960: 350).

Que una sentencia judicial esté fundada en una ley no significa, en verdad, sino que se mantiene dentro del marco que la ley despliega; que es *una* de las normas individuales –y no *la* norma individual– que pueden ser producidas dentro del marco ofrecido por la norma general (Kelsen, 1960: 352).

Uno podría interpretar a Kelsen en estos pasajes como afirmando que la Teoría Pura del Derecho no será nunca capaz de contestar «la pregunta del abogado» si esa pregunta es «¿cuándo, cómo y dónde debe ser arrestado C ?» pero esto no necesariamente implica que la respuesta a la primera de las preguntas de Marmor no es también, por eso mismo, una respuesta a la segunda. En el ejemplo de Kelsen, una respuesta completa a la primera pregunta (algo así como «un sistema jurídico es el conjunto de todas las reglas que pueden ser referidas, directa o indirectamente, a una *grundnorm*...») implica parte importante de una respuesta a la segunda («...entre las cuales está una que impone al órgano B la obligación jurídica de poner en prisión al súbdito C »).

No me parece claro si Marmor pretende afirmar que las dos cuestiones son diferentes en el sentido de que una pregunta a una no implica (parte importante de) una respuesta a la otra, o que ellas son distintas sólo en el sentido de que son diferentes (*e.g.* en que para formularlas es necesario usar diferentes palabras), sin ninguna consecuencia ulterior. En este (último) caso, él está claramente en lo cierto, pero es difícil ver muchas consecuencias substantivas fluyendo de ello; en el primer caso, la posición de Marmor sería claramente incompatible con el argumento de este artículo, pero en ese sentido la tesis de Marmor es falsa tanto como descripción de la «teoría analítica del derecho» como en sus propios términos.

Razonamiento deductivo, casos claros, argumentación jurídica

El desafío para una teoría hartiana completa (esto es, una teoría hartiana del derecho y del razonamiento legal) es, entonces, armonizar estas dos perspectivas. Quiero ahora considerar con algún detalle lo que es, a mi juicio, el intento más sofisticado por responder a ese desafío, *i.e.* *Legal Reasoning and Legal Theory* de Neil MacCormick (1994).

Que el de MacCormick es un intento por responder a este desafío es explícito en el nuevo prólogo a la reimpresión de 1994 de su libro: «la teoría del derecho analítica positivista abrazada por Hart está abierta al desafío, y ha sido desafiada, por su supuesta incapacidad de dar una explicación satisfactoria del razonamiento legal especialmente del razonamiento en sede adjudicativa. Este libro intentó responder a ese desafío» (MacCormick, 1994: xiv). En particular, creo que su argumento en relación al rol del razonamiento deductivo en derecho constituye el mejor análisis positivista disponible de la aplicación del derecho en casos claros.

Ésta es la razón por la cual, antes de considerar ese argumento de MacCormick, es necesario decir algo sobre el problema del razonamiento silogístico (o deductivo) en la teoría del derecho de Hebert Hart. Él mismo mostró poca simpatía por la idea de que la aplicación de reglas podía ser deductiva: él sostuvo que «la lógica es silenciosa respecto del problema de cómo clasificar particulares» (Hart, 1958: 67). Comentando éste y otros pasajes similares de la obra de Hart, Andrei Marmor sostiene que nada podría estar más lejos de la intención de Hart que sostener la tesis de que la aplicación de reglas en casos fáciles puede ser un asunto de lógica o analiticidad⁷. Marmor cree que «es fácil discernir que lo que conecta a una regla con su aplicación no puede ser lógica [...]»⁸ para luego sostener,

como Hart dijo, «la lógica es silenciosa respecto del problema de cómo clasificar particulares» pero es precisamente a esta cuestión a lo que su distinción entre *core* y penumbra se refiere. En otras palabras, debemos mantener separado lo que podría ser llamado la relación «regla-regla» de la relación «regla-mundo». La lógica [...]⁹ se refiere sólo a la primera, no a la segunda relación (Marmor, 1994: 128).

⁷ Como veremos, MacCormick no menciona la idea de que el silogismo judicial es analítico. Por supuesto todo silogismo es analítico, pero eso no es necesariamente sostener que lo que conecta a una regla con su aplicación es analiticidad (o «lógica»). Intentaré alegar que (en la versión hartiana tradicional) lo que conecta a una regla con su aplicación es «lógica» *más* la distinción entre *core* y penumbra. Por esta razón, seguiré a MacCormick y no discutiré el problema en términos de analiticidad.

⁸ Siguiendo la nota anterior «y analiticidad» omitido.

⁹ «y analiticidad» omitido.

Y él así concluye diciendo que «ni Hart ni ningún otro positivista debe suscribir a la opinión de que la aplicación de reglas jurídicas es un problema de inferencia lógica» (*ibid*).

Marmor está en lo correcto, desde luego, cuando insiste que la distinción entre *core* y penumbra no es un asunto de lógica; pero la cuestión es, ¿por qué es la distinción entre *core* y penumbra importante? Y la respuesta es: porque, además de la distinción entre *core* y penumbra para (casi) todos las palabras (conceptos), Hart creía (al menos en la interpretación tradicional de la tesis de la textura abierta, la que aquí he llamado la «primera» interpretación) que un caso es jurídicamente *claro* cuando en alguna de sus descripciones es abarcado por el núcleo (*core*) de significado de una regla válida, y difícil cuando no lo es. Es con esta tesis adicional (e independiente de la distinción misma) que se abre un espacio para el razonamiento deductivo: para decirlo con las palabras de Marmor, *una vez que* la relación «regla-mundo» ha sido establecida, una vez que los particulares que constituyen un caso concreto han sido reconocidos como pertenecientes al *core* de significado de la regla en cuestión, entonces sólo queda establecer una relación «regla-regla», y para eso lo único que queda por hacer es un razonamiento silogístico¹⁰. Esto es así por cuanto cuando la relación «mundo-regla» ha sido establecida entonces una relación «regla-regla» debe ser establecida, *i.e.* una relación entre una regla general (como «será una falta, sancionable con multa de \$5, dormir en cualquier estación de ferrocarriles») y una particular (como «el acusado, que ha sido sorprendido durmiendo en una estación de ferrocarriles a las 3:00 AM mientras esperaba por su tren retrasado, debe pagar \$5») debe a su vez ser establecida. La lógica es, desde luego, silenciosa en relación a la pregunta de si un Cadillac es un vehículo; este se sigue de la definición de «vehículo» de modo tal que si honesta-

¹⁰ Hay una diferencia significativa en la manera en que el lenguaje de la lógica es utilizado por logicistas y abogados: para éstos «silogismo», «deducción» y «lógica» son, en términos generales, sinónimos, mientras para aquéllos ellos son cosas diferentes (aunque relacionadas). Véase Kneale and Kneale (1962). Sigo el uso de los abogados.

¹¹ Para ver que la afirmación de Marmor de que Hart «no suscribe la tesis de que la aplicación de reglas jurídicas es un asunto de inferencia lógica» (Marmor, 1994: 128) es falsa como exégesis de Hart, basta leer los párrafos en los cuales Hart se refiere a los casos difíciles, y sacar las conclusiones que implican esas afirmaciones para los casos claros: «el progreso humano y los procesos naturales continuamente arrojan tales [«penumbrales»] variantes de lo familiar [«core»], y si hemos de decir que *esos hechos* son o no cubiertos por reglas existentes, entonces el que clasifica debe tomar una decisión que no le es dictada» (Hart, 1958: 63, con la implicación obvia, diría yo, de que en los otros casos, en el «core», la decisión sí es dictada al que clasifica); «Si una penumbra de falta de certeza debe rodear a todas las reglas jurídicas, entonces su aplicación a casos concreto *en el área de penumbra* no puede ser un problema de deducción lógica, y así el razonamiento deductivo no puede constituir un modelo para lo que los jueces, o de hecho cualquiera, deben hacer para aplicar reglas generales a casos particula-

mente no reconozco este Cadillac como un vehículo eso sólo puede ser atribuido a mi ignorancia del español. Pero una vez que esa cuestión es solucionada, una vez que ese Cadillac es clasificado como vehículo, la lógica debe ser capaz de (en la versión hartiana que estamos comentando) responder a la pregunta de si él puede o no entrar en el parque¹¹.

¿Una teoría de la argumentación o una teoría del razonamiento legal?

En su *Legal Reasoning and Legal Theory*, Neil MacCormick presentó un poderoso argumento por la importancia del razonamiento deductivo en derecho, esto es, por la tesis de que el *modus ponens* solamente, en algunos casos, puede justificar completamente ciertas decisiones judiciales. Con esta tesis él se oponía a quienes parecían negarlo (MacCormick no menciona referencias):

Si esta negación [de la posibilidad de que el razonamiento jurídico sea deductivo] es formulada en sus sentido estricto, implicando que el razonamiento jurídico nunca es, o nunca puede ser, solamente deductivo en cuanto a su forma, entonces esa negativa es manifiesta y demostrablemente falsa. Es a veces posible mostrar de modo conclusivo que una determinada decisión es justificada jurídicamente a través de un razonamiento puramente deductivo (1994: 19).

La importancia de esta tesis debe ser a estas alturas evidente. Si puede ser mostrado que en *algunos* casos el razonamiento jurídico es *sola y puramente* deductivo, entonces todo lo que quedará por hacer será especificar (lo que de hecho MacCormick intenta hacer en el capítulo 3 de su libro) los presupuestos y límites del razonamiento deductivo. Una vez conocidos dichos límites y presupuestos, uno podrá simplemente decir que cuando esos presupuestos no se obtienen (o cuando esos límites han sido transgredidos) el caso en cuestión es *difícil*. Una vez establecido esto no hay problema en decir que el problema de qué es (o mejor: que *será*) el derecho para el caso está relacionado con la cuestión de qué debe ser el derecho para el caso. Ésta es la razón por la cual el argumento de MacCormick, si tiene éxito, puede ser usado en defensa de una teoría hartiana del derecho y del razonamiento jurídico.

Antes de examinar ese argumento con cierto detalle, sin embargo, creo que sería útil detenerse por un momento en la cuestión de qué es lo que MacCormick sostiene cuando alega que la justificación de algunos casos en

res. *En esta área* los hombres no pueden vivir por deducción solamente» (Hart, 1958: 64. Esta afirmación puede parecer más cercana a la tesis de Marmor: después de todo, Hart parece estar diciendo que la aplicación de reglas generales no es un asunto de inferencia lógica. Sin embargo, si se mira con atención la cosa es distinta. Hart está diciendo que el razonamiento deductivo no es un modelo explicativo de la labor de aplicar reglas generales en todos los casos, dado que ello no es así en casos penumbrales. Pero la razón por la cual no es así es que esos casos son penumbrales, con la implicación obvia de que en los casos no penumbrales (core) es posible vivir por deducción solamente. Todas las cursivas en esta nota son mías).

derecho puede ser puramente deductiva. Esto es importante porque, como espero poder mostrar, la tesis de MacCormick puede recibir una interpretación que la haría trivial. De hecho, MacCormick mismo a veces ha ofrecido esa interpretación de su tesis.

Uno podría empezar recordando la distinción, ofrecida entre otros por Alexy, entre justificación interna y justificación externa:

En los discursos jurídicos se trata de la justificación de un caso especial de proposiciones normativas, las decisiones jurídicas. Pueden distinguirse dos aspectos de la justificación: la justificación *interna* y la justificación *externa*. En la justificación interna se trata de ver si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación; el objeto de la justificación externa es la corrección de estas premisas (Alexy, 1989b: 221; Alexy, 1989a: 213-4).

Para Alexy, el problema de la justificación interna *es* el del silogismo jurídico: «los problemas ligados con la justificación interna han sido ampliamente discutidos bajo el rótulo “silogismo jurídico”» (Alexy, 1989b: 222; Alexy, 1989a: 214). Lo importante, sin embargo, es que desde el punto de vista de una teoría de la argumentación una decisión *nunca* está suficientemente justificada a menos que esté justificada interna y externamente. La justificación externa requiere típicamente de razonamiento no-deductivo. Una vez que ciertas proposiciones han sido (externamente) justificadas (usando cualquier criterio apto para justificar externamente una proposición: razonamiento consecuencialista, interpretación intencional, razones de autoridad, etc), entonces es posible decir que la decisión está completamente justificada si la decisión se sigue silogísticamente de esas proposiciones consideradas como premisas.¹²

Nótese que para Alexy (a diferencia de MacCormick), la posibilidad de una justificación deductiva en un caso jurídico no tiene relación alguna con el hecho de ser ese caso claro o difícil. La diferencia, normalmente, tendrá que ver con el hecho de que la justificación (externa) de las premisas será usualmente más controvertida en casos difíciles que en casos claros. Con independencia de cuán polémica sea la justificación externa de las premisas, sin embargo, una vez que ella ha sido realizada la justificación interna procede en la misma manera. Así, en el contexto de una teoría de la argumentación jurídica, preocupada con «resolver el problema de la fundamentación

¹² Ejemplo: en el caso propuesto por Hart, de un automóvil de juguete propulsado eléctricamente, el problema era el de determinar si la regla que prohibía «vehículos» en el parque excluía ese automóvil. La premisa «este juguete es un vehículo» (o su contraria, desde luego) tendría que ser justificada externamente. Una vez, sin embargo, que esa cuestión es decidida (y otras, como las cuestiones de hecho etc) todo lo que resta es realizar un silogismo con la premisa (así justificada) «este juguete (no) es un vehículo» y la regla «prohibido entrar vehículos al parque» para justificar la decisión «este juguete no puede (puede) ser usado en el parque».

de las decisiones jurídicas» (Alexy, 1989b: 2; Alexy, 1989a: 24), el razonamiento deductivo es usado en todos los casos.

Ahora podemos ver la interpretación que hace de la tesis de MacCormick una tesis trivial: en esta interpretación, MacCormick sólo dice que una forma de razonamiento deductivo es de alguna manera importante para el razonamiento legal. En cualquier caso razonamiento silogístico puede jugar algún rol. Para esto, basta imaginarse la madre de todos los casos difíciles y solucionar (conforme a las intuiciones morales o jurídicas de uno) los aspectos difíciles del mismo y listo! Uno ya pude solucionar el caso con «el razonamiento deductivo jugando un rol» en la decisión.

Estas son las razones por las cuales creo que no sería correcto entender a MacCormick de esta manera. Pero si esta interpretación es incorrecta, ¿cómo debe ser entendido su argumento? Para responder a esta pregunta es posible utilizar la distinción de Raz (sobre la que volveré más adelante) entre lo que él llama la versión «estrecha» y la versión «amplia» de la tesis de las fuentes (Raz, 1985: 214-15)¹³. La versión amplia de la tesis de las fuentes «sostiene que la verdad o falsedad de enunciados jurídicos [puros y aplicados] depende sólo de hechos sociales que pueden ser establecidos sin utilizar argumentos morales» (Raz, 1985: 214). Si la versión amplia es correcta, todo lo que es necesario para aplicar una regla a un caso concreto es verificar la ocurrencia de ciertos hechos (una decisión que aplica una regla a un caso concreto expresa, por definición, un enunciado jurídico «aplicativo» para Raz. Sobre esta distinción, véase Raz, 1980b: 71). La versión «estrecha» de la tesis de las fuentes se refiere sólo a los enunciados puros (esto es, un enunciado tal que «la existencia de ciertas normas es suficiente para hacerlo verdadero», *ibid*). La versión estrecha, en consecuencia, es silenciosa respecto a la aplicación de las reglas. Creo que la tesis de MacCormick, como su análisis de *Daniels* lo deja en claro, puede ser explicada diciendo que es sobre la corrección de la versión amplia de la tesis de las fuentes, al menos en muchos casos. En éstos, la justificación de una decisión sólo requiere la formulación de un silogismo en el cual las premisas mayores son reglas jurídicas (y las menores afirmaciones de hecho): «todas las premisas mayores envueltas en el argumento [en *Daniels*], no todas las cuales fueron expresamente afirmadas, son reglas de derecho para las cuales una fuente podría citarse» (MacCormick, 1994: 29) o, como él alega algunas páginas más abajo,

Podrá observarse que en el análisis del argumento ofrecido más arriba cada etapa del argumento es un argumento hipotético válido, las premisas del cual

¹³ No es mi intención minimizar las diferencias entre autores como MacCormick y Raz, sino simplemente utilizar una distinción ofrecida por el segundo para esclarecer un aspecto de las ideas del primero.

son afirmaciones de proposiciones jurídicas que al tiempo relevante eran verdaderas para propósito jurídicos, o determinaciones de hecho que son también para propósitos jurídicos considerados verdaderos, o conclusiones intermedias derivadas de esas premisas. (MacCormick, 1994: 32).

Así, el argumento de MacCormick no es uno acerca de qué hace a una buena justificación jurídica buena, como lo era el de Alexy, sino acerca de la existencia de casos en los cuales la justificación externa es innecesaria. La justificación externa es innecesaria por cuanto las premisas no resisten dos posibles interpretaciones, de modo que no hay decisión [*fresh judgment*] que deba ser justificada. Acerca, creo que ahora podemos decir, la verdad (al menos parcial) de la versión amplia de la tesis de las fuentes¹⁴.

De hecho, más adelante en el libro MacCormick parece aceptar que en el primer sentido (silogismo judicial como justificación interna) «momentos» de razonamiento deductivo aparecen incluso en los casos difíciles, los que se caracterizan porque «la deducción opera sólo después de que la parte interesante de la controversia, *i.e.* la decisión de un problema jurídico, ha concluido» (MacCormick, 1994: 197).

En términos de Alexy, la justificación interna empieza solamente después de que la justificación externa ha terminado, por cuanto la primera supone la utilización de premisas que son proveídas por las segunda (lo que MacCormick en la pág. 197 llama «la decisión de un problema jurídico»). La tesis del capítulo 2 de MacCormick, entonces, equivale a decir que en algunos casos (como *Daniels*) la justificación externa no es necesaria más allá de lo que él denomina «el mandamiento judicial fundamental»: «no violarás reglas jurídicas establecidas y válidas» [«*thou shalt not controvert established and binding rules of law*»] (MacCormick, 1994: 195). Estos son los casos que en la terminología de la teoría del derecho se denominan «claros», los casos que Hart caracterizó sobre la base de que en ellos las reglas, para ser aplicadas, «no exigen de [los oficiales que deciden] una nueva valoración de caso a caso» (Hart, 1994: 135; 1963: 169): Interpreto aquello de «no exigen de [los oficiales que deciden] una nueva valoración de caso a caso» como significando aquí «sin premisas que requieran justificación externa (más allá del mandamiento judicial de MacCormick)»¹⁵.

¹⁴ Para volver al ejemplo de Hart (*supra*, n. 12): si yo quiero viajar en mi FIAT Regatta a través del parque con el objeto de entretenerme con los pajarillos que allí juguetean (o para ahorrar unos minutos de mi viaje, etc), sería todavía verdadero decir, desde el punto de vista de Alexy, que la premisa «este FIAT Regatta es un vehículo» debe ser justificada externamente. Pero la tesis hartiana de la textura abierta y la distinción entre *Core* y penumbra conciben a cualquier discusión de la verdad de esa proposición como un asunto de ignorancia del lenguaje. La razón por la cual la proposición en cuestión no requiere ser externamente justificada es que nadie que sepa hablar español *puede* seriamente cuestionar su valor de verdad.

¹⁵ Para el sentido en que estoy usando la expresión «nueva valoración» [*fresh judgment*], véase *supra*, 6.

Esto puede parecer una pérdida de tiempo (o de tinta) en establecer lo obvio, y de hecho creo que es así. Mi única justificación para ello es que el propio MacCormick es equívoco entre la versión trivial (la deducción es importante en derecho) y la importante (la decisión de los casos claros puede ser estricta y solamente deductiva en cuanto a su forma) de su propia tesis. Volveré a este punto más adelante, pero por el momento es suficiente comparar las dos siguientes afirmaciones:

Algunas personas han negado que el razonamiento judicial es, en algún caso, estrictamente deductivo. Si esta negación es entendida en sus sentido más estricto, implicando que el razonamiento deductivo no es, ni puede nunca ser, *solely deductive* en cuanto a su forma [*solely deductive in form*], entonces la negativa es manifiesta y demostrablemente falsa. Es a veces posible mostrar conclusivamente que una decisión jurídica dada es jurídicamente justificada a través de un razonamiento *puramente deductivo* (MacCormick, 1994: 19, mis cursivas).

El razonamiento deductivo a partir de reglas *no puede ser* una forma auto-suficiente, auto-sustentable de justificación jurídica. Está *siempre* envuelto en una red de principios y valores ulteriores y anteriores, aun cuando desde un punto de vista puramente pragmático revelaría muchas situaciones en las cuales nadie piensa que ir más allá de las reglas es necesario para fines prácticos. (MacCormick, 1994: xiii, mis cursivas).

Daniels v Tarbard

Estamos ahora preparados para examinar el argumento de MacCormick con cierto detalle. Su ejemplo de un caso en el cual la justificación completa de una decisión judicial puede ser estricta y solamente deductiva es, como está dicho, *Daniels and Daniels v R. White & Sons and Tarbard* (1938 4 All ER 258). Aunque MacCormick ha hecho este caso famoso, parece apropiado dar una breve descripción de los hechos del litigio. Daniels compró una botella de limonada (limonada de R White) en el bar de la demandada (*i.e.* Tarbard). Él luego llevó la botella a su casa, donde bebió de su contenido junto a su cónyuge. Como consecuencia de eso ambos enfermaron porque, como se estableció posteriormente, la limonada estaba contaminada de ácido carbólico. Los Daniels demandaron a la dueña del bar y al

¹⁶ MacCormick probablemente no quiere decir implicación material en su sentido técnico. En lógica simbólica ($p \supset q$) «es verdadero si «no- p o q » es verdadero. Pero «no- p o q » es verdadero en cualquiera de los siguientes casos: (1) p es verdadero y q verdadero; (2) p es falso y q es verdadero; (3) p es falso y q es falso [...]. Mientras p sea falso, no importa lo que q sea, « p implica q » es verdadero; y mientras q es verdadero, no importa lo que p sea, « q es implicado por p » es verdadero» (Cohen y Nagel, 1934: 127). Esto es así porque «implicación material es el nombre que damos al hecho de que una de dos proposiciones resulta ser falsa o la otra resulta ser verdadera» (*ibid* p. 128). Pero MacCormick quiere decir, creo, que ($p \supset q$) significa algo más que esto, es decir, que *porque* p entonces q . MacCormick menciona este problema, y sostiene (correctamente, a mi juicio) que «nada depende de esto» (MacCormick,

productor de la limonada. Mientras el segundo fue absuelto la primera fue condenada a indemnizar los daños sufridos por (sólo por) el señor Daniels. La tesis de MacCormick es que esta decisión se sigue de modo deductivo de los hechos como fueron descritos y las reglas jurídicas vigentes en 1938.

De hecho, sin embargo, MacCormick no podría fundar su tesis sin usar la relación de implicación material, «É». «É» es usada en vez de la expresión «para todo caso, si ... entonces ...»¹⁶. Pero las reglas jurídicas no se refieren a todos los casos, incluso cuando su lenguaje podría inducirlo a uno a pensar eso. Las reglas no dicen «Si en cualquier caso ... entonces...», sino «Si, en casos normales, ... entonces...». Este punto no debería ser particularmente polémico en relación a MacCormick, quien siempre ha defendido la tesis de que las reglas jurídicas se refieren a los casos «normales» solamente, estableciendo sólo lo que es «presuntivamente» el caso (MacCormick, 1995; MacCormick, 1974: 71). Además en su libro (1994) MacCormick explícitamente se distancia de autores que explican el fenómeno de la derrotabilidad de las reglas jurídicas sobre la base de que en esos casos (*i.e.* en los casos en que las reglas son derrotadas) de lo que se trata es de argumentos dirigidos a convencer al órgano que decide de que su deber *moral* es decidir contrario a derecho. MacCormick cree que en estos casos de lo que se trata no es de responder a la pregunta de si debe o no el que decide violar el derecho, sino de establecer qué *es* el derecho para el caso:

Una descripción positivista del sistema como funciona *no puede* responder a una pregunta que puede ser formulada *internamente* a ese sistema: la cuestión que puede surgir para un juez en un caso difícil: «¿por qué debemos *nosotros* tratar a cada decisión de acuerdo a una regla que es válida de acuerdo a nuestro criterio de validez como suficientemente justificada? Y ésta es una cuestión que puede ser, y de hecho es, formulada de vez en cuando [...] Por mi parte *no creo en la conveniencia de tratar tales cuestiones como extra-jurídicas simplemente sobre la base de un fiat definicional* [...]. Tratar *a priori* a esas discusiones como ideológicas-pero-no-legales (que es lo que Kelsen y, en los hechos, Hart hicieron) me parece insatisfactorio (MacCormick, 1994: 63; sólo las cuartas cursivas son mías).

Para ponerlo en las palabras usadas más arriba: si las reglas deben ser entendidas como refiriéndose a los casos *normales*, entonces es simplemente imposible aplicarlas correctamente sin establecer de modo previo que el caso en cuestión es normal. Es todavía posible sostener (con Kelsen y Hart) que desde el punto de vista del derecho todos los casos son normales (o, lo que es lo mismo y probablemente más cercano a lo que Kelsen y Hart habrían dicho, que las reglas deben ser aplicadas a *todos* los casos, y no

1994: 28n). Supongo que MacCormick está ofreciendo una estipulación del significado de « \supset », de modo tal que significa «si, en cualquier caso, *p*, entonces (porque *p*) *q*».

sólo a los normales) pero esto implica un *fiat* definicional que escabulle el problema: el *fiat* de decir que el derecho exige que las reglas sean aplicadas a todos los casos como un asunto de verdad conceptual, con independencia de cuán absurdo sea el resultado. Sólo después de este *fiat* definicional la decisión de declarar que una regla ha sido derrotada en un caso se convierte en una decisión «ideológica-pero-no-legal». MacCormick no cree en la conveniencia de adoptar esta solución, y en consecuencia él debe apoyar la tesis de que, desde el punto de vista jurídico (y no sólo desde el punto de vista ideológico o político) las reglas jurídicas se aplican a los casos normales solamente (lo que no es extraño, ya que ésta es, de hecho, la tesis que MacCormick efectivamente apoya: véase MacCormick, 1995; MacCormick, 1974: 71).

Pero si MacCormick acepta que las reglas jurídicas se refieren a los casos normales, y no a todos lo que son cubiertos por su significado, entonces es difícil ver cómo eso se compatibiliza con su tesis de que la decisión en *Daniels* fue justificada siguiendo un razonamiento estricta y solamente deductivo. Lewis J falló en contra de la señora Tarbard «con algunas aprehensiones, porque es más bien duro con la señora Tarbard, que es una persona perfectamente inocente en este asunto» (citado por MacCormick, 1994: 21). Él pensaba que la aplicación de la regla era inadecuada para este caso. Es fácil ver por qué: Lewis J creyó que en un caso de responsabilidad civil es normalmente el caso (al menos en 1938) que si el demandado es una persona «perfectamente inocente en el asunto» ella no debe ser condenada. En otras palabras, la «inocencia» del demandado es usualmente una consideración substantiva relevante. Dado que en la interpretación adoptada por el tribunal en ese caso la regla en cuestión excluía esa consideración, su aplicación a ese caso producía cierta inadecuación. Pero esta inadecuación no era, en opinión de Lewis J, suficientemente importante como para derrotar la demanda por predecibilidad¹⁷. En otras palabras, él consideraba que las reglas eran suficientemente formales como para derrotar la inadecuación producida por fallar en contra de una persona «perfectamente inocente en el asunto», que esta consideración no era suficientemente poderosa como para hacer el caso «anormal». Esta «nueva valoración» [fresh judgment] era, para Kelsen y Hart (como dice MacCormick) extra-jurídica: era «ideológica-pero-no-legal». Pero MacCormick razonablemente rechaza esta respuesta co-

¹⁷ Es importante recordar que he legislado más arriba (n. 2) sobre el significado de la palabra «predecibilidad» (o «certeza»), de modo tal que incluye todos los valores que son servidos por una aplicación formalista de las reglas jurídicas. Predecibilidad en su significado no estipulado es normalmente el más importante de ellos (aunque no el único: hay también valores políticos sobre distribución del poder etc, para poner sólo un ejemplo): de ahí la estipulación.

mo basada en un *fiat* definicional que de hecho escabulle el problema. En consecuencia, para MacCormick esta «nueva valoración» es *jurídica*, es decir, lo que *el derecho es* para el caso no puede ser establecido antes de decidir este problema. En consecuencia el silogismo de MacCormick no será válido a menos de que sea formulado como una premisa. Esto puede verse claramente por la vía de atender a la traducción del razonamiento del tribunal hecha por MacCormick:

- (16) Si el vendedor ha violado una condición de un contrato que él debía cumplir, el comprador tiene derecho a que el vendedor le indemnice por una cantidad equivalente a la pérdida directa y naturalmente resultante de la violación de la condición por el vendedor;
- (15) En el caso en cuestión, el comprador ha violado una condición del contrato que él debía cumplir;
- (17) ∴. En el caso en cuestión, el comprador tiene derecho a que el vendedor le indemnice por una cantidad equivalente a la pérdida directa y naturalmente resultante de la violación de la condición por el vendedor (MacCormick, 1994: 31-2)¹⁸.

Esto es traducido como (la columna izquierda es la de MacCormick, mientras la de la derecha es mi semi-traducción de MacCormick de vuelta al lenguaje natural, de acuerdo a sus estipulaciones en las pp. 23 and 28s. Usaré mi semi-traducción en lo sucesivo, con el fin de facilitar la exposición):

- (16) y É z (16) En cualquier caso, si y entonces z;
- (15) y (15) En el caso en cuestión, y;
- (17) ∴.z. (17) Por lo tanto en el caso en cuestión z.

MacCormick está en lo correcto al sostener que (17) se sigue de (16) y (15). Pero el tema es que (16) no es una descripción correcta del derecho como era en ese momento, y hemos visto que MacCormick está de acuerdo con esto. Si corregimos (16) para introducir la idea de que las reglas jurídicas se aplican sólo a los casos «normales», resulta

- (16') En casos normales, si y entonces z;
- (15) En el caso en cuestión, y;
- (17) Por lo tanto en el caso en cuestión z

¹⁸ El silogismo de MacCormick es, por supuesto, considerablemente más largo. (cf. 1994: 30ff). La objeción que estoy presentando ahora podría, sin embargo, ser dirigida en contra de cualquiera de sus partes, por lo que es suficiente citar sólo una de las secciones del mismo. Es también importante recordar que aunque MacCormick ahora cree que el silogismo judicial de un caso como *Daniels* debe ser representado usando lógica de predicados en vez de lógica proposicional, he mantenido la presentación original de MacCormick. Nada de sustancia, creo, depende de esto. (véase MacCormick, 1994: xv; el cambio de opinión de MacCormick fue gatillado por White, 1979).

Y esta no es una inferencia válida: para serlo requiere una premisa adicional:

(18) El caso en cuestión es normal

La opción preferida por MacCormick (que las reglas jurídicas establecen lo que debe ser «presuntivamente» el caso) hace este problema más notorio:

(16'') En cualquier caso, si y entonces presuntivamente z;

(15) En el caso en cuestión, y;

(17) Por lo tanto en el caso en cuestión z

De nuevo, (17) no se sigue. Lo que sí se sigue es

(17'') Por lo tanto, en el caso en cuestión, presuntivamente z.

Pero (17'') no justifica, desde luego, decisión judicial alguna. No le dice a nadie que es el derecho para el caso: sólo establece lo que el derecho «presuntivamente» es.

Lo que MacCormick llama «la pragmática del derecho» (1994: xiii; 1995) no sería de mucha utilidad aquí. Hart tenía ciertamente razón cuando decía que «una regla que concluye con la expresión “a menos que...” es también una regla» (Hart, 1994: 139; Hart, 1963: 174), pero no puede ser aplicada a menos que las circunstancias excepcionales no estén presentes. La regla puede ser tal que la solución «por defecto» es que la excepción no existe, pero incluso en ese caso la justificación de su aplicación a un caso concreto requeriría, desde el punto de vista de la corrección formal del razonamiento, que dicha circunstancia fuera afirmada:

(16''') En cualquier caso, si y entonces z, a menos que el tribunal sea convencido de w;

(15) En el caso en cuestión, y;

(17) Por lo tanto en el caso en cuestión z

De nuevo, (17) no se sigue. Para que el argumento sea formalmente válido, una premisa como la siguiente es necesaria:

(19) w no ha sido probado (o: el tribunal no ha sido convencido de w).

Siguiendo a Hart, ya hemos visto que «w» representa, en este contexto, una «valoración» de que la inadecuación de la regla aplicada al caso concreto no es suficientemente importante como para derrotar el valor de certeza que requiere que las reglas sean literalmente aplicadas. (19), en consecuencia, no es ni una regla jurídica ni una constatación de hecho, sino un «fresh judgment»: «en este caso la solución ofrecida por la regla *prima facie* aplicable no es inadecuada, o no es suficientemente inadecuada». En

¹⁹ Cf. MacCormick, 1994: 29, donde MacCormick correctamente llama la atención sobre el hecho de que a las premisas mencionadas por Lewis J una debe ser agregada, una «que es tan trivialmente obvia que su omisión de las afirmaciones expresas de Lewis J es completamente natural —es decir, que la intención de las partes al realizar la transacción descrita en (i)

otras palabras, incluso un caso claro como *Daniels* e incluso asumiendo que la corte tiene una obligación (jurídica) de aplicar el derecho, una decisión no puede ser alcanzada a través de un argumento «pura» y «estrictamente» deductivo en el cual las premisas son o consideraciones de hecho o reglas de derecho vigentes. El hecho de que la ausencia de *w* no necesite ser argumentada, importante como puede ser desde el punto de vista pragmático (no se requiere justificar externamente su negación) es irrelevante desde el punto de vista formal¹⁹.

Uno podría solucionar este problema diciendo que el problema de establecer si el caso es normal (o si *w* está presente, o si la presunción por el resultado ofrecido por la regla es correcta en definitiva) no es un problema jurídico, sino uno moral o político sobre si el derecho debe ser obedecido. Pero esta vía no está abierta para MacCormick, que (correctamente, a mi juicio) rechaza esa posibilidad como un mero *fiat* definicional. En breve, la única manera en que MacCormick podría rescatar su argumento del capítulo 2 sería por la vía de asumir ese *fiat* definicional que él rechaza en el capítulo 3.

Podría argumentarse en contra de lo anterior que he errado el blanco, que la aplicabilidad de la regla al caso concreto es uno de los presupuestos de la justificación deductiva. En *Legal Reasoning and Legal Theory*, MacCormick sostiene que uno de los presupuestos de la justificación deductiva es que

cada juez tiene en virtud de su oficio un deber de aplicar a cada una de esas reglas que son «reglas jurídicas» siempre que sea relevante y aplicable a cualquier caso que se le presente [every judge has in virtue of his office a duty to apply each and every one of those rules which are «rules of law» whenever it is relevant and applicable to any case brought before him]. Y esa formulación revela un segundo presupuesto, sin el cual el término «deber» carecería de referencia identificable: que es posible para el juez identificar esas reglas que son «reglas jurídicas» (MacCormick, 1994: 54).

En consecuencia, la contra-objeción continua, si se cuestiona la aplicabilidad de la regla a *este caso* particular, entonces el juez está traspasando los límites de la justificación deductiva, mientras la tesis de MacCormick está formulada para aquellos casos en los cuales esos presupuestos son satisfechos. Pero esto no puede ser un réplica a mi objeción, dado que estoy asumiendo que el juez tiene una obligación (jurídica) de aplicar el derecho.

más arriba era realizar una compra por el señor D a la señora T y una venta de ésta a aquel». Quizás la premisa que afirma la normalidad del caso (o la inexistencia de *w*, o que la presunción en favor de la solución ofrecida por el significado de la regla aplicable *prima facie* no es derrotada en el caso) es trivialmente obvia en el mismo sentido, pero como MacCormick reconoce el hecho de que una premisa sea «trivialmente obvia» no significa que no sea requerida por la validez formal de la inferencia, aunque puede justificar al tribunal en no mencionarla.

Lo que estoy cuestionando es que al decidir *qué es el derecho* que el juez tiene el deber de aplicar el juez tendrá que pronunciarse sobre la «normalidad» del caso si reglas como las de *Daniels* han de ser aplicadas (nótese que el deber del que habla MacCormick es el de «aplicar las reglas relevantes y aplicables al caso en cuestión»). Esto, nuevamente, sólo puede ser usado para defender la tesis de MacCormick si uno fuera a adoptar la posición que MacCormick se niega a adoptar, *i.e.* si uno creyera que las reglas son aplicables a *todos* los casos cubiertos por su significado lingüístico, sin perjuicio de una eventual justificación (desde un punto de vista «ideológico-pero-no-jurídico») para fallar contra derecho. Sólo bajo este supuesto podría MacCormick decir que el proceso de justificar jurídicamente una decisión en casos como *Daniels* es puramente deductiva: dadas las reglas como eran en 1938 y los hechos como fueron acreditados en el juicio, la conclusión se seguirá silogísticamente. Del mismo modo, sin embargo, uno debería decir que, dado el reporte hecho por Pufendorf del derecho de Bologna (y los hechos como él los describía), uno podría obtener la conclusión de que el barbero debía ser sancionado con gran severidad. Lo que uno añadiría a este último juicio sería un argumento «ideológico-pero-no-jurídico» en el sentido de que la corte debería fallar contra derecho y liberarlo por razones morales. El argumento de MacCormick no puede tener éxito si esta distinción *a priori* entre lo jurídico y lo ideológico, una distinción que MacCormick mismo (y por buenas razones) considera injustificada.

Deseo ahora volver al principio, a la tensión entre teoría del derecho y razonamiento jurídico, sobre la base de las consideraciones mencionadas en el análisis del argumento de MacCormick²⁰. Sabemos que *Legal Reasoning and Legal Theory* fue concebido como una explicación hartiana del razonamiento legal. Por consiguiente, debía basarse sobre la idea de que había algunos casos que en el sentido hartiano eran *claros*. Sabemos que decir de un caso que es *claro* en este sentido implica que para resolverlo basta con aplicar de modo más o menos mecánico una regla válida a una situación de hecho determinada. Si la solución a estos casos está determinada por las reglas, debe ser posible reconstruir la justificación de su decisión de acuerdo

²⁰ Me refiero aquí a la teoría del derecho de MacCormick que puede ser encontrada en su *Legal Reasoning and Legal Theory*. Su posición es ahora diferente: «ya no acepto todo lo que en 1978 aceptaba de sus [*i.e.* de Hart] tesis» (1994: xv). Mis comentarios acerca de *Legal Reasoning and Legal Theory* no deben ser vistos como una crítica a la posición actual de MacCormick, dado que su obra actual puede acomodar muchas de las tesis defendidas en este artículo (precisamente porque MacCormick ha abandonado muchas de las tesis hartianas), sino acerca de la tensión entre las explicaciones dadas por MacCormick a la teoría del derecho y al razonamiento jurídico. Dado que esta tensión es producida por el marco (hartiano) de referencia, no es extraño que su obra actual esté libre de estas tensiones.

al modelo deductivo (usando como premisas sólo las reglas y las descripciones de los hechos). En otras palabras, si es verdad que

la vida del derecho consiste en muy gran medida en la orientación o guía, tanto de los funcionarios como de los particulares, mediante reglas determinadas que, a diferencia de las aplicaciones de *standards* variables, *no* exigen de aquéllos una nueva valoración de caso a caso (Hart, 1963: 169; 1994: 135)

entonces en esos casos la decisión puede ser justificada de un modo silogístico, en el cual figuran como premisas sólo reglas jurídicas y enunciados de hecho, en el cual la única presuposición necesaria es que el derecho debe ser aplicado, y en el cual ninguna premisa contiene una «nueva valoración». Esta es la significación del argumento del capítulo 2 de *Legal Reasoning and Legal Theory* como un análisis de la justificación de la decisión judicial en casos claros de acuerdo a una perspectiva hartiana. Pero en los capítulos sucesivos, cuando MacCormick se dio a la tarea de presentar una teoría del razonamiento legal, él fue llevado a posiciones que eran incompatibles con las pretensiones de la teoría del derecho.

Así, al discutir la cuestión de los casos claros y difíciles, él comienza alegando que «en realidad no hay una clara línea divisiva entre los casos claros y los difíciles» (MacCormick, 1994: 197). Lo que hay es un espectro de casos, que va desde el más fácil hasta el más difícil, y en ese espectro «no puede nunca ser establecido más que vagamente en qué punto» las dudas interpretativas son suficientemente importantes como para concluir que la corte que debe decidir tiene discreción. Sin embargo, en vez de ofrecer (como Hart intentó con su tesis de la textura abierta en su primera interpretación) un test evaluativamente neutro para distinguir entre casos claros y difíciles, MacCormick encuentra la explicación de esta falta de certeza sobre la línea divisoria entre esos tipos de casos en «diferencias en el estilo dominante de diferentes períodos en la historia de los sistemas jurídicos» (1994: 198). Después él sostiene que «cuando hablamos de diferencias entre estilos judiciales [...] de lo que hablamos es o incluye el grado de facilidad con que un juez permite que esa presunción [*i.e.* la presunción de que «el significado obvio debe ser preferido»] sea vencida» (1994: 207).

Desde este punto de vista, cuán absurdo debe ser el resultado producido en el caso por la aplicación de una regla conforme a sus sentido literal para que el juez juzgue correctamente que la presunción en favor de ese significado es vencida no es una cuestión que la regla puede responder; es un problema generado por las demandas competitivas de adecuación y predecibilidad, y cuánto impacto tiene cada una de esas demandas no es una cuestión que las reglas (o, en general, el material jurídico) estén en una posición de responder. Y un caso no puede ser decidido antes de decidir si será tratado como un caso «normal» o como uno en que consideraciones substantivas

muestran que el caso es anormal, es decir, uno en que esa presunción es vencida.

Me gustaría enfatizar este punto: si lo que hace a un caso difícil o claro es un *juicio* acerca del balance correcto de dos valores (*i.e.* un «fresh judgment») entonces al menos *algunos* casos *son* difíciles porque *deben ser* difíciles.

La razón por la cual MacCormick cree que él puede sostener la tesis de que la decisión en casos claros puede ser completamente justificada usando como premisas sólo reglas y enunciados que describen hechos *junto a* la tesis de que las reglas se aplican sólo a casos «normales» (o que ellas establecen sólo lo que es «presuntivamente» debido desde el punto de vista jurídico) parece ser que, como he insinuado, él es equívoco entre dos diferentes tesis en relación a lo que podríamos llamar el «elemento deductivo» en el razonamiento jurídico.

El argumento de MacCormick fue originalmente presentado en contra de aquellos que sostenían la tesis de que «el razonamiento jurídico nunca es *estrictamente* deductivo» (1994: 19). Él sostuvo, como hemos visto, que «si esta negación es entendida en su sentido más estricto, implicando que el razonamiento deductivo no es, ni puede nunca ser, *solamente deductivo* en cuanto a su forma [*solely deductive in form*], entonces la negativa es manifiesta y demostrablemente falsa. Es a veces posible mostrar conclusivamente que una decisión jurídica dada es jurídicamente justificada a través de un razonamiento *puramente deductivo* (MacCormick, 1994: 19). Más adelante en el libro, sin embargo, el argumento del capítulo 2 es recordado como dirigido contra «quienes niegan que la lógica deductiva *es relevante* para la justificación de decisiones judiciales» (1994: 45), y en el nuevo prefacio a la impresión de 1994 la tesis ha cambiado definitivamente: ahora se presenta contra «personas capaces que, en forma recurrente, niegan que el derecho *permite una esfera* para el razonamiento deductivo, o incluso para la lógica a secas» (1994: ix). En el mismo prefacio MacCormick parece rechazar la tesis original del capítulo 2 de que «es a veces posible mostrar conclusivamente que una decisión jurídica dada es jurídicamente justificada a través de un razonamiento *puramente deductivo*» cuando él ahora sostiene que «el razonamiento deductivo a partir de reglas *no puede* ser una forma auto-suficiente y auto-sustentable de justificación jurídica. Está *siempre* envuelto en una red anterior y ulterior de razonamiento a partir de principios y valores» (1994: xiii; todas las cursivas en este párrafo son mías).

En mi opinión, las citas del nuevo prefacio reflejan la visión actual de MacCormick sobre la «centralidad del razonamiento deductivo para el razonamiento jurídico» y deben ser entendidas junto a la distinción de Alexy entre justificación interna y externa. Entendidas de este modo esas afirma-

ciones se refieren a la posibilidad de reconstruir una decisión dada en un esquema silogístico como la mejor y normalmente más segura manera de saber si la decisión fue justificada, si la justificación interna es completa (es decir, si el silogismo es formalmente válido) y qué premisas requieren ser justificadas conforme a los requerimientos de la justificación externa.

Pero en este sentido el capítulo 2 no responde al desafío que se supone debía responder. Si ha de proveer una respuesta, debe ser entendido como significando que es posible que decisiones jurídicas sean completamente justificadas a través de un razonamiento deductivo que use como premisas sólo reglas válidas y enunciados de hecho debidamente probados. Sólo en este sentido la tesis podría ayudar a Hart a mostrar que en algunos casos no es necesaria una nueva valoración para aplicar las reglas. Pero para ser así entendido el argumento requiere una distinción *a priori* entre lo jurídico y lo ideológico, una distinción que esquivada por definición el problema. Como MacCormick se niega a hacer esta distinción, su argumento no es exitoso como una demostración de que algunas veces la justificación de una decisión jurídica puede ser «sola y puramente» deductiva.

* * *

Las razones para considerar en algún detalle el argumento de MacCormick, como sostuve al principio, no están únicamente relacionadas con el valor intrínseco del mismo; esa consideración también ayuda a ilustrar el predicamento contemporáneo de la teoría del derecho: dependiendo del punto de partida, uno puede llegar, a través de pasos plausibles y razonables, a conclusiones contradictorias. Cuando MacCormick (o Hart) adoptó la perspectiva de la teoría del derecho, es decir, la perspectiva de una empresa dirigida a entender qué es el derecho, cuándo un sistema jurídico existe etc, él llegó a una postura hartiana en la cual las reglas están allí, por así decirlo, para ser «simplemente aplicadas» en un número significativo de casos.

Cuando adoptó la perspectiva del razonamiento legal, es decir, una que trata de entender cómo el derecho es aplicado a casos concretos (hasta donde yo sé, su libro es todavía uno de los pocos, si no el único reconocidamente positivista en el cual el análisis de decisiones producidas en casos reales juega un rol metodológico importante) él fue arrastrado a posiciones incompatibles: las conclusiones que para el razonamiento jurídico se seguían de la teoría del derecho eran simplemente demasiado implausibles, demasiado *ad hoc*.

El problema no es de MacCormick, sino de la teoría del derecho en cuestión. Hemos visto que Hart tuvo el mismo problema: comenzó el tratamiento del tema con una tesis sobre la distinción entre casos claros y difíciles compatible con su teoría del derecho (lo que denominé la «primera in-

interpretación» de la tesis de la textura abierta), pero a poco andar esa tesis había mutado a una diversa, en la cual la determinación del derecho que *es* era dependiente en una determinación del derecho que *debía ser*, contradiciendo así uno de los puntos centrales de su teoría del derecho. Creo que el problema es más generalizado, y aparece de una forma u otra en la obra de muchos de los autores positivistas más sofisticados que se dedican al tema hoy por hoy. Quiero terminar este artículo mostrando la forma en que este problema aparece en la teoría del derecho de Joseph Raz. La conclusión natural de este artículo, en la medida en que mis observaciones sobre Hart, MacCormick y Raz son correctas, será que la teoría positivista que los llevó a la posición incómoda en que terminaron es la responsable de ello, y que eso muestra un problema importante para dicha teoría: no es capaz de dar al razonamiento jurídico una explicación adecuada sin distorsionarlo.

Razonamiento jurídico, reglas y fuentes

Contrariamente a lo que uno podría pensar, Joseph Raz cree que «aceptar la tesis de las fuentes no implica aceptar la tesis del formalismo o de la autonomía del razonamiento legal» (Raz, 1993: 317). Lo que aquí Raz llama «formalismo» o la tesis de la «autonomía del razonamiento jurídico» es la idea de que «el arte de la legislación, y de modo más general el de creación del derecho, es razonamiento moral. Pero razonamiento jurídico es razonamiento acerca del derecho como es. Como tal está libre de infección por el razonamiento moral. Uno puede razonar moralmente acerca del razonamiento jurídico pero no como parte de éste» (Raz, 1993: 314).

El argumento de este artículo lleva a restringir severamente el contenido de la tesis de la autonomía del razonamiento jurídico (véase Atria, MS), aunque no a negarla completamente. Raz cree que esa tesis es incorrecta (o que debe ser severamente restringida) por lo que en ese sentido su posición es la misma que la sostenida en este artículo. Lo que quiero alegar, sin embargo, es que aceptar la tesis de las fuentes sí implica aceptar la tesis de la autonomía del razonamiento jurídico en una forma inaceptable para Raz. En otras palabras, el problema que quiero discutir en Raz es el mismo que hemos visto en Hart y en MacCormick: la teoría del derecho a la que suscribe lo obliga a aceptar una teoría del razonamiento jurídico inaceptable. Para mostrar esto en el caso de Raz debo mostrar por qué las razones ofrecidas por Raz para sostener que la aceptación de la tesis de las fuentes no implica la autonomía del razonamiento jurídico no funcionan, que es lo que espero hacer en esta sección (el lenguaje que Raz usa en distintas piezas cambia, por lo cual en esta sección el lenguaje también irá cambiando. Intentaré hacer presente estos cambios de lenguaje a medida que se vayan produciendo).

Para comenzar quiero retroceder 8 años desde el momento en que Raz afirma de modo tan categórico la tesis citada al inicio de esta sección. En 1985, en un importante artículo titulado «Authority, law and morality» (Raz, 1985) Raz presentó un argumento que podría hacerlo aparecer como apoyando la tesis de la autonomía del razonamiento jurídico. El argumento se basaba en la distinción entre las dos versiones de la tesis de las fuentes que ya hemos mencionado, pero que conviene enunciar ahora con más detalle:

Hay que distinguir lo que el derecho basado en fuentes explícitamente establece y lo que establece por implicación. Si una ley en el país A dice que el ingreso ganado en el extranjero está sujeto al impuesto a la renta, entonces ella sólo implícitamente establece que yo debo pagar ese impuesto. Eso porque mi obligación no es establecida por la ley sino es inferida de ella (y otras premisas). Similarmente, si los ingresos ganados fuera del país tributan a una tasa diferente de los tributos ganados en el país, el hecho de que las ganancias por ventas de exportación están sujetas a la tasa doméstica es implicado más que establecido. Puede ser inferido de la ley y otras reglas sobre la ubicación de varias transacciones.

Los dos ejemplos se diferencian en que el enunciado de que yo debo pagar el impuesto a una cierta tasa es un enunciado jurídico aplicado, cuya verdad depende tanto del derecho como de los hechos. El enunciado de que los ingresos producto de ventas de exportación están sujetos a impuestos a una cierta tasa es un enunciado jurídico puro, cuya verdad depende sólo del derecho (*i.e.* de actos de legislación y otros actos productores de derecho). La tesis de las fuentes que fuera formulada al principio soporta una interpretación estrecha y una amplia. La tesis estrecha se refiere sólo las condiciones de verdad de los enunciados jurídicos puros. Los enunciados jurídicos puros son los que expresan el contenido del derecho, *i.e.* de reglas jurídicas, principios, doctrinas, etc. La tesis amplia se refiere a las condiciones de verdad de todos los enunciados jurídicos, incluidos los aplicados. Sostiene que la verdad o falsedad de los enunciados jurídicos depende de hechos sociales que pueden ser establecidos sin recurrir a argumentos morales (Raz, 1985: 214-15).

Usando el lenguaje de Raz, el razonamiento legal es el razonamiento acerca de cuáles enunciados jurídicos aplicados son verdaderos (o válidos). Bajo la versión estrecha, en consecuencia, la tesis de las fuentes es silenciosa en relación al problema del razonamiento jurídico, dado que ella es silenciosa en relación a los enunciados jurídicos aplicados. Como en 1993 (*cf.* la cita al inicio de esta sección) encontramos a Raz categóricamente negando que la tesis de las fuentes implique la autonomía del razonamiento jurídico, ello parece como una manera de sostener que sólo la versión estrecha de la tesis (pero no la amplia) es correcta.

Sin embargo, para Raz ambas versiones de la tesis se sostienen o caen juntas, al menos si los hechos morales no son contingentes, dado que (según él dice hacia el final de «Authority, law and morality»):

Todos los argumentos hasta aquí se refieren a la tesis estrecha de las fuentes. No se ha dicho nada acerca de su aplicación a enunciados jurídicos aplicados. Tiendo a sentir que se aplica a ellos también, dado que ellos son enunciados jurídicos cuyos valores de verdad dependen de hechos contingentes y del derecho. Esto es, lo que se requiere es el supuesto de que lo que hace contingentemente verdadero que una persona actuó equitativamente en una ocasión particular no es el estándar de equidad, que no es contingente, sino el «hecho bruto» de que realizó cierta acción que puede ser descrita en términos evaluativamente neutrales. Si este supuesto es sostenible en todos los casos, entonces la tesis vale también respecto de los enunciados jurídicos aplicados (Raz, 1985: 218).

En suma, la interpretación estrecha, junto a la tesis de que los hechos morales no son contingentes, implica la versión amplia, y la versión amplia implica la autonomía del razonamiento jurídico. Dado que Raz ahora cree que la tesis de las fuentes no implica la autonomía del razonamiento jurídico, él parece creer que sólo la versión estrecha es defendible, con lo cual él parece debernos una explicación de cómo los hechos morales son contingentes.

El problema es que la versión estrecha de la tesis de las fuentes no cumple la función que Raz quiere que la tesis de las fuentes cumpla. De hecho, ¿qué quiere decir la afirmación de Raz de que «todos los argumentos hasta aquí se refieren a la tesis estrecha de las fuentes» (1985: 218)? Los argumentos «hasta aquí»²¹ se basaban en la idea de que el derecho reclama autoridad, luego el derecho debe ser capaz de tener autoridad (*i.e.* el reclamo de autoridad del derecho puede ser injustificado en las circunstancias, pero no puede ser absurdo); la «capacidad para tener autoridad» («authority-capacity») implicaba dos condiciones: que las directivas de la autoridad son presentadas como la visión de alguien sobre qué debe hacerse y que pueden ser identificadas y su contenido establecido sin necesidad de usar consideraciones evaluativas. Quiero centrarme en la segunda condición. ¿Por qué era requerida? La respuesta es: porque si para identificar una directiva de la autoridad o su contenido uno siempre tuviera que revisar las consideraciones substantivas que se supone la autoridad evaluó, entonces la autoridad no cumpliría su rol mediador, y uno sería incapaz de beneficiarse de la existencia de la autoridad: los súbditos «pueden beneficiarse de las decisiones [de la autoridad] sólo si pueden establecer su existencia y contenido en formas que no dependen de considerar las mismas cuestiones que la autoridad se supone que decidió» (Raz, 1985: 203). Sólo si esta condición es cumplida una putativa directiva dotada de autoridad sería capaz de satisfacer la «tesis de la justificación normal» (por supuesto, otro problema es si una direc-

²¹ «Todos los argumentos hasta aquí» debe ser entendida como una referencia al argumento principal de «Authority, law and Morality». La afirmación está al final de la penúltima sección, y la última sección (de tres páginas) discute el rol de los valores en la teoría del derecho con referencia a la obra de Ronald Dworkin.

tiva «capaz de» satisfacer la tesis de la justificación normal la satisface de hecho). Al final del artículo, sin embargo, resulta que «los argumentos hasta aquí» se refieren a la versión estrecha de la tesis de las fuentes, con la implicación obvia de que la capacidad para tener autoridad requiere sólo esa versión. Esto significa que el argumento resulta ser que el derecho tiene capacidad para tener autoridad, incluso si la tesis amplia es insostenible, *i.e.* incluso si los súbditos no pueden *nunca* obtener *ningún* enunciado jurídico aplicado sin reabrir todas las consideraciones morales que se suponen fueron decididas por la autoridad, *incluso si la autoridad es legítima*.

En otras palabras: si aceptamos lo que Raz dice, aquello de que «todos los argumentos (expuestos en las primeras cuatro secciones de «Authority, law and morality») se refieren a la versión estrecha de la tesis de las fuentes solamente», entonces el hecho de que el derecho reclame autoridad deja de ser un argumento en favor de la tesis de las fuentes. La razón es la siguiente: Raz sostiene que «una decisión es usable [serviceable] sólo si puede ser identificada por medio de consideraciones que no son las consideraciones cuyo peso e importancia la decisión debía determinar» (Raz, 1985: 203). Usable [serviceable] ¿para qué? Para que los súbditos puedan *actuar* sobre la base de la decisión en vez de depender de su propio juicio²². Pero para ser usable [serviceable] en estos términos lo que es requerido es la versión *amplia* de la tesis de las fuentes, porque sólo ésta implica que los súbditos pueden actuar sin necesidad de determinar el peso y la importancia de todas esas consideraciones y simplemente actuar como la autoridad exige. Para actuar como el derecho exige (o decidir como el derecho exige) lo que es necesario es formular un enunciado jurídico aplicado. El enunciado puro «en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por una de las partes lo pactado» no me dice a mí, la parte cumplidora, qué hacer ante el incumplimiento de mi contraparte. Tampoco le dice al juez qué hacer en esas circunstancias, a menos que yo o el juez podamos extraer, de ese enunciado puro, el enunciado aplicado «Atria tiene derecho a demandar la resolución de su contrato de compraventa con Fuentes» ante el incumplimiento de Fuentes. Pero bajo la versión estrecha de la tesis de las fuentes este último enunciado no está cubierto.

Ahora podemos volver a la afirmación de Raz con la que esta sección comenzó. En «The autonomy of legal reasoning» la distinción entre estas dos formas de la tesis de las fuentes no es mencionada. ¿Implica ese artículo-

²² Por supuesto, el problema de si esto es alguna vez justificado es otro: a eso Raz dedica una parte importante de sus escritos sobre autoridad, es decir, al problema de mostrar que hay muchas circunstancias en las cuales es razonable para las personas descansar en las instrucciones de una autoridad y no en su propio juicio.

lo que Raz ha abandonado la distinción? Ésta es una pregunta que no recibe respuesta.

En vez Raz intenta ofrecer dos razones diferentes por las cuales el razonamiento jurídico no es autónomo en relación con el razonamiento moral. La primera tiene que ver con el hecho de que «si nuestra única preocupación es decidir qué debemos hacer en orden a obedecer las intenciones, propósitos o metas de los creadores del derecho, a menudo enfrentaremos directivas conflictivas» (Raz, 1993: 315). En este caso, una decisión es necesaria, y esa decisión no puede ser guiada por consideraciones basadas en fuentes. Se sigue, de acuerdo a Raz, que ellas deben ser consideraciones morales²³. Pero esto, de nuevo, no es compatible con el núcleo del argumento desplegado por Raz en favor de la tesis de las fuentes. Es importante recordar que el argumento era que si el derecho *reclama* autoridad se sigue que *puede tenerla* (no se sigue, desde luego, que necesariamente la tenga). Si puede tenerla, se sigue que posee las dos condiciones no-morales para tener autoridad mencionadas más arriba. Una de esas condiciones era que las directivas deben ser el tipo de cosas cuya «existencia y contenido pueden ser establecidos de formas que no dependan de abrir los mismo problemas que la autoridad debía solucionar» (Raz, 1985: 203). Pero ahora Raz parece estar alegando que cuando aplicamos directivas dictadas por la autoridad nuestra «única preocupación» no es aplicar las directivas así reconocidas, sino decidir qué debe hacerse «en orden a obedecer las intenciones, propósitos o metas de los creadores del derecho». Raz parece estar diciendo que nuestra única preocupación debe ser tratar de corregir a la autoridad, es decir, ir más allá de las directivas para determinar si esas directivas son correctas desde el punto de vista de las intenciones, metas y propósitos de

²³ Raz sostiene que las consideraciones no basadas en fuente no pueden sino ser consideraciones morales: «porque no hay otra justificación para el uso de un cuerpo autónomo de consideraciones por las cortes» (Raz, 1993: 318). En consecuencia, la cuestión de la autonomía del razonamiento jurídico sólo puede ser la cuestión de su autonomía en relación con el razonamiento moral. Nótese que la distinción entre la versión amplia y la estrecha de la tesis de las fuentes no es mencionada en este artículo.

²⁴ Raz podría decir que estoy errando el blanco, que el problema es que el derecho presenta una «pluralidad de valores en conflicto [...] debido al hecho de que es un producto de la actividad humana» (Raz, 1993: 315n). Pero considérese un caso como el descrito por Fuller, del hombre que arriesga una multa por haberse dormido en la estación mientras esperaba su tren atrasado (o el de Pufendorf descrito más arriba, del barbero en Bologna). En estos casos podría decirse que el derecho contiene una «pluralidad de valores» (cada uno puede elegir el par que desee: predecibilidad contra adecuación, mantener las estaciones limpias y seguras contra equidad, etc), pero el hecho es que el material basado en fuentes ofrece una solución, que es multar a todo aquél que duerme en la estación (o que derrama sangre en la vía pública). La pluralidad de valores sólo será percibida por la corte si ella hace lo que no debe hacer, es decir, si «considera las mismas cuestiones que la autoridad debía resolver». Los conflictos son invisibles si la corte sigue el derecho como éste es identificado por la tesis de las fuentes.

la autoridad²⁴. Pero la autoridad no debe ser corregida, si la teoría de la autoridad raziana es verdadera.

Puede ser útil detenerse en el significado de este «deber» que parece en la última frase. Dado que nuestro problema es el de determinar si el razonamiento jurídico es autónomo del razonamiento moral, parece razonable entender ese «deber» en sentido moral. La última frase del último párrafo, en este sentido, asume que la autoridad es legítima.

Obviamente en muchos casos esto no será así. Algunas veces la autoridad sólo será *de facto*, y las cortes podrán carecer de razones para seguir sus directivas. Pero esto es irrelevante para nuestra discusión de la autonomía del razonamiento jurídico, dado que, desde el punto de vista de Raz, ésta es una cuestión puramente moral (¿«como, tomando todas las cosas en cuenta, debe este caso ser decidido?»). El hecho de que las cortes tengan a veces la obligación moral de desobedecer el derecho y decidir un caso contraviéndolo no muestra nada acerca del razonamiento jurídico, dado que éste no tiene que ver con el problema (moral) de si el derecho debe ser aplicado, sino con el problema de qué es el derecho para el caso (Raz, 1993: 312). Por supuesto que ambas preguntas deberán ser respondidas antes de que el juez puede decidir justificadamente, pero ello no niega la autonomía del razonamiento jurídico. Del mismo modo, habrá ocasiones en las cuales un árbitro de fútbol deba decidir si debe aplicar las reglas del fútbol, pero eso no niega la autonomía del razonamiento de acuerdo con las reglas del fútbol del razonamiento puramente moral. Si éste es el único modo en que el razonamiento jurídico y el razonamiento moral están conectados, el primero todavía puede ser autónomo del segundo.

Pero Raz quiere negar esto, dado que él quiere negar la autonomía del razonamiento jurídico. Él cree que «el razonamiento jurídico es una instancia del razonamiento moral». Él debe, en consecuencia, mostrar por qué el razonamiento jurídico es razonamiento moral, aun cuando la pregunta por la obligatoriedad moral del derecho es dejada de lado. Esto nos lleva al segundo argumento de Raz, que distingue entre «razonar sobre el derecho» y «razonar de acuerdo al derecho». El primero («razonar sobre el derecho») «está gobernado por la tesis de las fuentes» (Raz, 1993: 316), por lo que si nosotros restringimos nuestra mirada sólo a ese aspecto una forma de autonomía para el razonamiento jurídico emergerá. Pero no debemos dejar de lado el segundo aspecto, *i.e.* «razonar de acuerdo al derecho», y si prestamos atención a este aspecto veremos que él es «normalmente puro razonamiento moral» (Raz, 1993: 317). Que razonar de acuerdo al derecho es diferente de razonar sobre el derecho es mostrado por el hecho de que

El derecho frecuentemente instruye a las cortes a aplicar consideraciones extralegales. El derecho italiano puede instruir a las cortes para aplicar el derecho

comunitario, o derecho internacional, o derecho chino a un caso. [...] En todos estos casos el razonamiento legal, entendido como razonamiento de acuerdo al derecho, envuelve mucho más que simplemente establecer qué es el derecho (Raz, 1993: 317).

Esto podrá ser así, pero eso no basta para mostrar que el razonamiento jurídico es una forma de razonamiento moral. Lo más que podría mostrar es que razonamiento jurídico italiano es una forma de razonamiento jurídico europeo (no es que esto tenga mucho sentido). De modo que consideremos mejor si las referencias a la moralidad más que al derecho chino ayudarían a Raz a establecer su tesis.

Creo que la respuesta debe ser negativa, aunque comience con una afirmación: en la medida en que las reglas basadas en fuentes se remiten a la moral, entonces es verdadero que «razonar de acuerdo al derecho» es más que «razonar sobre el derecho». Pero este argumento no es suficiente para sostener la tesis de que el razonamiento jurídico *es* razonamiento moral, así como del hecho de que algunas veces los ingenieros deban tomar en cuenta consideraciones estéticas no hace del «razonamiento ingenieril» razonamiento estético sin más. Del hecho de que un árbitro de fútbol deba aplicar nociones de sentido común para determinar si una jugada es o no peligrosa no se sigue que el razonamiento del árbitro sea puro razonamiento-conforme-al-sentido-común.

En suma, Raz no quiere extraer de su teoría del derecho (donde la tesis de las fuentes y su teoría de la autoridad juegan un rol destacado) sus consecuencias naturales para el razonamiento jurídico. Él trata de mostrar que la tesis de las fuentes no implica la autonomía del razonamiento jurídico, y para hacer eso él debe mostrar cómo después de que se ha establecido la existencia y el contenido de una fuente queda algo por hacer. Al final, él sólo puede indicar el pequeño espacio constituido por el hecho de que a veces el derecho instruye a las cortes para aplicar consideraciones extrajurídicas y ofrece esto como la base para fundamentar su gran tesis de que el razonamiento jurídico *es* razonamiento moral. Mi posición es que esta última afirmación es de hecho verdadera, pero incompatible con la tesis de las fuentes, o al menos con una versión de la tesis de las fuentes que tenga alguna relevancia.

Para clarificar más este punto, me gustaría considerar un esfuerzo más reciente de Raz para mostrar que la tesis de las fuentes no implica lo que él llamaba (en 1993) «formalismo». En su «On the nature of law» (Raz, 1996) él intenta defender su versión del positivismo de la objeción de que repre-

²⁵ Raz, de modo incidental, expresa algunas reservas acerca de lo que él cree que es el supuesto tácito de esta objeción: «creo que el problema es exagerado, y que el razonamiento jurídico no es todo de un tipo» (p. 19). La objeción, sin embargo, no necesita alegar lo contra-

senta incorrectamente el razonamiento legal. La «objección standard» dice él, contra el positivismo jurídico en cuanto al razonamiento legal, es que

¿No deberíamos esperar dos etapas claramente separadas en el razonamiento jurídico: una interpretativa-fáctica y una (puramente) moral? Primero uno debería establecer lo que dice el derecho autoritativamente puesto en cuanto al problema en cuestión, y entonces o bien ese derecho no soluciona el caso, o si uno quiere determinar si la manera en que dispone de ese caso es moralmente correcta, uno debería moverse a la segunda etapa, puramente moral, del argumento. De hecho, sin embargo, el razonamiento jurídico no se divide de esa manera. El razonamiento jurídico muestra continuidad a través de todas sus etapas. (Raz, 1996: 19)²⁵.

Para mostrar cómo esta objeción refuerza más que refuta su posición, Raz nos invita a considerar el problema de la interpretación en el arte. Una buena interpretación de una obra dramática o de una sonata de piano es, nos dice, una interpretación que combina *tradición* con *innovación* de la manera correcta, y esto hace que una teoría general de la interpretación sea imposible: «la innovación desafía generalizaciones. Una teoría de la originalidad, en este sentido, es auto-contradictoria» (Raz, 1996: 20). Hacia donde la objeción apunta, dice Raz, es que una teoría del razonamiento jurídico debería explicar «los dos aspectos del razonamiento jurídico. Por un lado el razonamiento jurídico pretende establecer el contenido de las directivas autoritativas. Por el otro lado, pretende suplementarlas, y a menudo modificarlas, a la luz de consideraciones morales» (Raz, 1996: 19). Pero cómo debe ser alcanzada la combinación precisa no es un problema que la teoría pueda responder, por lo que no puede reprocharse al positivismo que sea incapaz de ofrecer una teoría «auto-contradictoria» de la interpretación.

Quiero aceptar, para los propósitos del argumento, que una teoría de la interpretación es imposible porque «tradición» e «innovación» desafían cualquier generalización. *Antes* de que Raz pueda usar este argumento en apoyo de su teoría, sin embargo, debe mostrar por qué «innovación» es im-

rio. De hecho, creo (aunque no puedo detenerme aquí) que, en la medida en que defiende la versión amplia de la tesis de las fuentes sería Raz, y no el objeto, el que estaría comprometido con una dudosa tesis de que el razonamiento jurídico es todo de un tipo (por cuanto la segunda etapa identificada en la cita no se abriría nunca, o si se abiera no sería razonamiento jurídico, sino razonamiento moral acerca de la obligación de la corte de obedecer al derecho).

²⁶ El párrafo completo dice: «Lo mismo es verdadero de la interpretación de una obra dramática y de otras obras literarias. Una obra puede ser celebrada y (en el caso de una obra dramática) montada como una celebración del mundo natural, o como una reflexión utópica sobre ideales sociales. O puede ser vista como una exploración de la diferencia entre generaciones o alternativamente como una crisis de adolescencia e inmadurez. Aquí, también, incluso interpretaciones en contraste pueden ser consistentes con el original. La interpretación es la actividad que combina reproducción y creatividad. De ahí su importancia para el derecho [Hence its importance in law]» (RAZ, 1996: 20).

portante en el razonamiento jurídico. En vez de explicar esto, sin embargo, él muestra lo importante que la innovación es cuando lo interpretado es una obra dramática o una sonata para piano y luego (y de modo sorpresivo y, diría yo, sorprendente) sostiene que «de ahí la importancia [de la interpretación] en el derecho» (Raz, 1996: 20)²⁶. No quiero emitir opinión alguna sobre las diferencias y similitudes de la interpretación en el derecho y las artes, pero es imposible no notar que, desde el punto de vista de Raz, debe haber una diferencia fundamental: *el derecho tiene autoridad*. Para Raz, que el derecho tenga autoridad implica, debe recordarse, que

las cortes no considerarán argumentos morales sobre la deseabilidad de considerar un hecho determinado (*e.g.* una promulgación previa) como una razón para la acción sino, una vez que la existencia de ciertos hechos relevantes sea establecida conforme a argumentos moralmente neutros, sostendrán que ese hecho constituye una razón que ellas están obligadas a aplicar (Raz, 1980a: 214).

Y esto debe significar, si significa algo, que las cortes no se supone que deban «combinar originalidad con tradición» cuando ellas están aplicando el derecho, ellas deben simplemente constatar la existencia y el contenido de una directiva autoritativa y luego aplicarla. En conclusión, la tesis de Raz de que el razonamiento jurídico tiene dos dimensiones puede servirle de apoyo sólo si elude el problema, que es que la tesis de las fuentes no permite que el razonamiento jurídico muestre esas dos dimensiones.

De hecho, ¿por qué habría de ser interpretativo el razonamiento jurídico? Las respuestas de Raz es

La explicación yace en la naturaleza autoritativa del derecho. Cuando estamos tratando de establecer el estatus jurídico de una acción, necesitamos determinar si alguna regla o doctrina autoritativamente válida se aplica a ella y si es así cómo. Esto significa establecer qué han hecho las autoridades, que decisiones han tomado y qué significan (Raz, 1996: 19).

Sin embargo, a menos que Raz quiera decir que determinar el significado de una directiva de autoridad (o su existencia como tal) es imposible sin considerar las razones morales que la directiva se supone aplica (en cuyo caso esa putativa directiva de autoridad no podría ser una directiva de autoridad), el *mero* hecho de que el razonamiento jurídico se refiere a identificar la existencia y determinar el contenido de directivas de autoridad no implica que el razonamiento jurídico debe tener esas dos dimensiones. Si recordamos la importancia que Raz daba a las dos condiciones no-morales de la autoridad legítima (a lo que más arriba fue identificado como «capacidad para tener autoridad»), yo creo que uno estaría tentado a decir que *precisamente* porque el razonamiento jurídico mira a establecer la existencia y determinar el contenido de directivas dotadas de autoridad no puede ser razonamiento moral, si la teoría raziana de la autoridad es correcta.

Hacia el final del artículo Raz nos recuerda que

La prominencia del razonamiento interpretativo en el razonamiento jurídico resulta del hecho de que en el derecho los dos aspectos del razonamiento jurídico, esto es establecer el contenido de las directivas jurídicas dotadas de autoridad y establecer las (otras) consideraciones morales que se aplican al caso, están inextricablemente vinculadas (Raz, 1996: 22).

¿Pero no son esas otras consideraciones excluidas (pre-empted) por las directivas dotadas de autoridad? No decía Raz (en *Practical Reason and Norms*) que desde el punto de vista jurídico las reglas jurídicas eran estándares «todos los cuales deben ser aplicados por los órganos primarios [i.e cortes], excluyendo *todas* las razones en conflicto» (Raz, 1992: 143, *mis cursivas*)?

Si la tesis de las fuentes es correcta, el razonamiento jurídico no puede mostrar estas dos dimensiones, porque las reglas jurídicas excluyen todas las consideraciones que podrían constituir el segundo aspecto. Puede ser el caso, por supuesto, que una vez que se haya establecido la existencia de una regla y determinado su contenido la cuestión diferente de si (por razones morales) esa regla debe ser infringida tenga que ser considerada, pero en ese caso ya no estaríamos ante una instancia de razonamiento jurídico, sino ante razonamiento moral puro y simple. El razonamiento jurídico habría concluido antes de comenzar a considerar esta cuestión. Y aquí podemos volver a la objeción que Raz intentó responder. El pensaba que podía responder a la objeción simplemente sosteniendo que no había teoría posible de la interpretación. Si mi argumento es correcto, el problema que Raz debe responder primero es por qué la interpretación es importante en el derecho, por qué el razonamiento jurídico tiene esas dos dimensiones.

Respondiendo a una objeción levantada por Gerald Postema (1996), Raz ha hecho recientemente una nueva y significativa concesión para defender la tesis de las fuentes y negar que ella implica alguna forma de «autonomía» para el razonamiento jurídico: él ahora «rechaz[a] cualquier tesis de la autonomía del razonamiento jurídico, al menos si incluye algo más que razonamiento hasta la conclusión de que el contenido del derecho es tal y cual [... N]ingún razonamiento de este tipo puede justificar una decisión judicial en países del *Common law*», porque en ellos las cortes pueden recurrir a un número de «mecanismos para asegurar que la aplicación del derecho a un caso particular no es demasiado injusto» (Raz, 1998: 4).

Aquí la versión amplia de la tesis de las fuentes parece ser definitivamente abandonada. En (al menos) países del *common law*, *ningún* enunciado jurídico aplicado puede ser obtenido de un enunciado jurídico puro sin revisar consideraciones morales. Pero esta concesión tiene un precio. Raz ha sostenido antes que «de acuerdo a la tesis de las fuentes las cortes tienen

discreción cuando se les requiere que apliquen consideraciones morales» (Raz, 1979: 75). De modo que lo que Raz en este artículo dice es, de hecho (a menos que Raz olvide esa afirmación suya de 1979 y elabore una teoría de la interpretación de modo que las cortes no tengan discreción cuando apliquen criterios morales, posibilidad que, a su vez, él todavía en 1996 negaba), que las cortes *siempre* tienen discreción. Uno podría preguntarse como esto encaja dentro de la teoría de la autoridad de Raz, o qué sentido tiene sostener cualquier versión de la tesis de las fuentes si en definitiva las cortes (al menos en sistemas jurídicos del *common law*) *siempre tienen discreción*.

De hecho, en su *The Morality of Freedom* Raz respondió una objeción que parece similar al problema aquí discutido. En ese libro, Raz se preguntaba si una autoridad puede ser autoridad y al mismo tiempo estar sometida a la condición general de que «en cada caso las directivas dotadas de autoridad pueden ser vencidas o derrotadas si ellas se desvían mucho de las razones que ellas deben reflejar». Esta parece ser la posición en que los jueces de los sistemas del *common law* se encuentran *siempre*, según Raz en 1998. Pero en 1986 Raz vio que una concesión de esa naturaleza «derrota la *pre-emption thesis*, dado que requiere de cada persona que considere los méritos del caso antes de decidir si aceptar una directiva dotada de autoridad» (Raz, 1986: 61). De este modo, parece que Raz ahora se aferra a la tesis de las fuentes aunque para ello deba reconocer la implausibilidad de su teoría de la autoridad. En realidad si la teoría de la autoridad es abandonada, la tesis de las fuentes podría bien ser confinada a una versión actualizada del *Begriffshimmel* de Ihering²⁷.

Referencias

- Alexy, R. (1989a): *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Traducido por Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (1989b): *A Theory of Legal Argumentation*. Traducido por Neil MacCormick and Ruth Adler. Oxford: Clarendon Press.
- Atria, F. (MS): «The powers of application», en *RATIO JURIS* (de próxima aparición).
- Atria, F. (1999): «Games and the Law: Two Models of Institution», en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 85: 309-347.
- Bankowski, Z. et al, eds. (1995): *Informatics and the Foundation of Legal Reasoning*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers.
- Bix, B. (1994): *Law, Language and Legal Determinacy*. Oxford: Clarendon Press.
- Cohen, M. R. y E. Nagel (1934): *An Introduction to Logic and Scientific Method*. London: Routledge and Kegan Paul.
- Coleman, J. (1996): «Authority and Reason», en George, ed. (1996).

²⁷ Ihering, 1900; véase Hart, 1970.

- Dworkin, R. (1977): *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Dworkin, R., ed. (1980): *La Filosofía del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Dworkin, R. (1986): *Law's Empire*. London: Fontana.
- Flew, A., ed. (1951): *Logic and Language*. Oxford: Basil Blackwell.
- Fuller, L. (1958): «Positivism and Fidelity of Law-A Reply to Professor Hart», en *HARVARD LAW REVIEW* 71: 630-672.
- Füßer, K. (1996): «Farewell to Legal Positivism», en George, ed. (1996).
- George, R., ed. (1996): *The Autonomy of Law*. Oxford: Clarendon Press.
- Hart, H. L. A. (1958): «Positivism and The Separation Between Law and Morals», en Hart (1983).
- Hart, H. L. A. (1963): *El Concepto de Derecho*. Traducido por Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Hart, H. L. A. (1967): «Problems of the Philosophy of Law», en Hart (1983).
- Hart, H. L. A. (1970): «Ihering's Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence», en Hart (1983).
- Hart, H. L. A. (1980): «El positivismo y la independencia entre el derecho y la moral», en Dworkin, R, ed. (1980).
- Hart, H. L. A. (1983): *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press.
- Hart, H. L. A. (1994): *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press.
- Ihering, R. (1900): *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*.
- Kelsen, H. (1960): *Teoría Pura del Derecho*. Traducido por Roberto J Vernengo. México: Porrúa (1991).
- Kneale, W. y M. Kneale (1962): *The Development of Logic*. Oxford: Clarendon Press.
- MacCormick, N. (1974): «Law as Institutional Fact», en MacCormick y Weinberger (1986).
- MacCormick, N. (1994): *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press.
- MacCormick, N. (1995): «Defeasibility in Law and Logic», en Bankowski et al, eds. (1995).
- MacCormick, N. y O. Weinberger (1986): *An Institutional Theory of Law*. Dordrecht: D. Reidel.
- Marmor, A. (1994): *Interpretation and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press.
- Marmor, A., ed. (1995): *Law and Interpretation*. Oxford: Clarendon Press.
- Patterson, D. M., ed. (1992): *Wittgenstein and Legal Theory*. Boulder, Co: Westview Press.
- Postema, G. J. (1996): «Law's autonomy and public practical reason», en George, ed. (1996).
- Pufendorf, S. (1688): *The Jure Naturae et Gentium Libri Octo*. Traducido por C. H. Oldfather y W. A. Oldfather. Oxford: Clarendon Press (1934).
- Raz, J. (1979): *The Authority of Law*. Oxford: Clarendon Press.

- Raz, J. (1980a): *The Concept of a Legal System*. Oxford: Clarendon Press.
- Raz, J. (1980b): *El Concepto de Sistema Jurídico*. Traducido por Rolando Tamayo. México: UNAM.
- Raz, J. (1985): «Authority, Law and Morality», en Raz (1994).
- Raz, J. (1986): *The Morality of Freedom*. Oxford: Clarendon Press.
- Raz, J. (1992): *Practical Reason and Norms*. Princeton: Princeton University Press.
- Raz, J. (1993): «On the Autonomy of Legal Reasoning», en Raz (1994).
- Raz, J. (1994): *Ethics in the Public Domain*. Oxford: Clarendon Press.
- Raz, J. (1996): «On the Nature of Law», en ARCHIV FÜR RECHTS-UND SOZIALPHILOSOPHIE, Bd. 82: 1-25.
- Raz, J. (1998): «Postema on Law»s Autonomy and Public Practical Reason: a critical comment», en LEGAL THEORY 4: 1-20.
- Schauer, F. (1991): *Playing by the Rules*. Oxford: Clarendon Press.
- Shiner, R. A. (1992): «The Acceptance of a Legal System», en Patterson, ed. (1992).
- Waismann, F. (1951): «Verifiability», en Flew, ed. (1951).
- White, P. (1979): «Review (of Neil MacCormick»s *Legal Reasoning and Legal Theory*)», en MICHIGAN LAW REVIEW 78: 737-42.



DOXA 22 (1999)
