

A VUELTAS CON EL BINOMIO CREACIÓN-APLICACIÓN DE NORMAS EN LA TEORÍA JURÍDICA

“7. Sobre lo que no se puede hablar;
se debe callar.” (Ludwig Wittgenstein,
Tractatus logico-philosophicus)

*Guillermo Gabino Vázquez Robles**

Sumario:

I. La teoría jurídica en el ámbito de la teoría científica; II. El giro lingüístico; III. Del enfoque aplicativo al modelo interpretativo; IV. Estructura, persuasión y sentido: tres ejes para una teoría jurídica; V. Bibliografía.

I. La teoría jurídica en el ámbito de la teoría científica

Las teorías científicas (del verbo griego *théoría* y éste del verbo *théoreo*, observar) constituyen conjuntos de enunciados relacionados entre sí cuyos propósitos básicos son: a) explicar el modo en que un cierto dominio de fenómenos se comporta; b) establecer una herramienta que permita prever cómo se comportarán los fenómenos en el futuro. Para lograr estos propósitos, las teorías se sirven de conceptos, postulados, axiomas, hipótesis, leyes científicas, etcétera, cuyo propósito es describir lo general o típico en un conjunto de fenómenos así como lo invariable en medio del cambio.

El empleo de teorías no es exclusivo de la teoría jurídica como disciplina ni tampoco de la filosofía del derecho. Sin embargo, en la doctrina suelen distin-

* Licenciado y Doctor en Derecho por la UNAM, Doctor en Ciencias Políticas por la Universidad de París, Profesor de asignatura definitivo de la Facultad de Derecho y Profesor en la Universidad Panamericana, Tutor de maestría y doctorado en la División de Estudios de Posgrado de la UNAM, Miembro del Claustro de doctores y del Colegio de Profesores de Filosofía del Derecho y de Derechos Constitucional y Amparo de la Facultad de Derecho de la UNAM. Correo: gvrdocencia@gmail.com

guirse ambas disciplinas en función de su enfoque. Así, algunos reservan a la filosofía del derecho los problemas de fundamentación, los “por qué y para qué” del derecho, en tanto que la teoría jurídica debería rendir cuenta de los “qué y cómo”.

En nuestra consideración, estimamos que tal intento de división absoluta es arbitrario, ya que en la teoría jurídica puede plantearse una cuestión de fundamentación o justificación del derecho. Asimismo, en la filosofía del derecho es imprescindible contar con una sólida teoría de la norma, del ordenamiento jurídico, de las fuentes jurídicas y de los conceptos jurídicos fundamentales. Todos ellos constituyen el arsenal mínimo para operar el derecho en la cotidianidad. En palabras de Kaufmann,

La distinta naturaleza de la filosofía del derecho y la dogmática jurídica se revela [...] en la diferencia de objeto. En el marco de la teoría de la ciencia se entiende por objeto material el objeto concreto del que se ocupa una determinada ciencia, considerándolo en su totalidad fenoménica, mientras que por objeto formal se entiende la especial perspectiva desde la que se investiga esa totalidad (por lo que a veces también se le llama ‘objeto de investigación’). Lo que caracteriza a cada ciencia es su objeto formal, habida cuenta de que el objeto material puede ser común a una pluralidad de ellas [...]

Lo característico de las ciencias particulares es [...] que se dirigen siempre a lo particular [...] y nunca a un ente considerado en su totalidad. Por el contrario, la filosofía se caracteriza por la totalidad de su objeto formal.

[...] al intentar definir la teoría del derecho nos encontramos ante una situación embarazosa... no hay verdaderamente una diferencia de naturaleza entre la filosofía del derecho y la teoría del derecho. También sucede que en la teoría del derecho se abordan los problemas capitales de éste y que se adopta para ello un punto de vista trascendente al sistema; y asimismo, el pensamiento teórico-jurídico es un pensamiento metadogmático. En cuanto a la función crítica, tampoco se revela diferencia alguna. La crítica siempre ha formado parte de la filosofía [...]

[...] todo lo más se puede establecer una cierta orientación aproximativa[...] diciendo que la teoría del derecho se ocuparía más de los aspectos formales y estructurales mientras que la filosofía del derecho en sentido estricto o restringido se encargaría más de los contenidos materiales. Pero de todas formas todo lo que hemos expuesto en relación a la filosofía del derecho es aplicable igualmente a la teoría del derecho [...]¹

Ahora bien, desde el punto de vista epistémico, constituye un aspecto polémico determinar cuál es el parámetro definitivo para juzgar la fuerza, verdad o validez de las teorías científicas. Pese a ello, existen algunos criterios: a) que los enunciados que las conforman describan exactamente el aspecto de realidad al que se refieren; b) que representen fielmente un conjunto de leyes; c) que logren hacer efectivos los postulados o axiomas en las que descansan, cumpliendo las funciones para las que fueron creadas; d) que nos auxilien a prever la toma de decisiones; e) que contribuyan a la valoración crítica de nuestras prácticas sociales.

Desde el punto de vista lógico y metodológico, podemos advertir que las teorías jurídicas no son ni exclusivamente empíricas ni únicamente analítico-sintéticas. Esto conduce a sostener que los medios que se empleen para confirmarlas tienen que ser, a su vez, empíricos y analíticos. Asimismo, podemos señalar que, de algún modo, las diversas teorías jurídicas guardan conexión con elementos descriptivos y prescriptivos. Por supuesto, en el ámbito de la investigación jurídica, pueden enfatizarse aspectos de uno u otro tipo de dichos elementos.

Es importante resaltar que toda afirmación en torno al derecho tiene, como tela de fondo, una determinada teoría jurídica. A su vez, la exposición de una determinada teoría jurídica descansa sobre postulados ontológicos acerca del derecho (es decir, qué es y cómo existe ese aspecto de la realidad que llamamos “el derecho”). Así, tener en claro cuál es nuestro modelo de teoría jurídica auxilia a pensar, coherente y consistentemente, acerca del derecho.

Toda teoría debe distinguir entre enunciados empíricos, descriptivos u observacionales y enunciados analíticos, prescriptivos e interpretativos. Consideramos que una teoría del derecho puede conjuntar ambos niveles de enunciados, pero no deberán confundirse entre sí. En suma, desde el punto de vista del tipo de enunciados que construyen las teorías, éstas pueden clasificarse en teorías descriptivas y teorías prescriptivas. En la práctica, las teorías jurídicas no son puramente una o la otra cosa.

¹ KAUFMANN, Arthur, coord., *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Madrid, Debate, 1992, pp. 29-36, *passim*.

Cualquier modelo de teoría jurídica puede emplear el análisis del lenguaje jurídico como herramienta para comprender el derecho. El análisis del lenguaje no es exclusivo de los positivistas, como tampoco la argumentación moral lo es de los iusnaturalistas.

Inspirados inicialmente en el esquema piramidal empleado por Rolando Tamayo, planteado en su obra *Elementos para una teoría general del derecho*, así como en Riccardo Guastini, en su libro *Distinguiendo*, podemos mostrar en qué nivel del conocimiento se ubica la teoría jurídica: a) en el nivel “0” están los hechos sociales o institucionales que se asocian al derecho; b) en el nivel “1” las fuentes de derecho positivo, esto es, los hechos y actos jurídicos productores de normas típicamente jurídicas que responden a la pregunta “¿qué es derecho?” en una determinada sociedad; c) en el nivel 2 situamos dos subniveles: primero, el subnivel justificativo del derecho; segundo, el subnivel descriptivo del derecho. El primero es propio de la filosofía del derecho y el segundo de la teoría jurídica. Por supuesto, reiteramos que no deben deslindarse las cuestiones filosófico-críticas de las teórico-descriptivas. En todos los casos, la teoría es una herramienta fundamental que no resulta exclusiva de las teorías jurídicas.

En el nivel 1 del modelo piramidal antes descrito se encuentra lo que denominamos el “discurso jurídico” o discurso de las fuentes del derecho positivo. En cambio, el nivel 2 expresa un “metadiscurso” respecto al discurso de las fuentes jurídicas. Es el nivel en el que el jurista-jurista o jurista-filósofo reflexiona sobre el papel del derecho en la sociedad, los conceptos fundamentales, etcétera. La distinción entre discurso-objeto y metadiscurso fue planteada por el lógico Tarski a principios del siglo XX.

Con frecuencia se usan de manera intercambiable “teoría jurídica” y “ciencia jurídica”. Las herramientas empleadas por la teoría jurídica como disciplina contribuyen a establecer un enfoque científico acerca del derecho (o bien a negar tal posibilidad). Por tanto, la teoría jurídica no es igual a la ciencia jurídica o jurisprudencia. La teoría, como el método, son herramientas de la ciencia. Por otro lado, conviene distinguir entre una “teoría del derecho” o “teoría general del derecho” y las diversas teorías jurídicas. Cuando los autores plantean una teoría del derecho o, incluso, una teoría general del derecho, tienen la pretensión de construir un modelo universal de explicación del derecho como fenómeno social.

En cambio, las teorías jurídicas, en plural, explican al derecho, pero acentúan la dimensión descriptiva o prescriptiva y no persiguen, de inicio, ser la teoría del derecho definitiva. Para algunos autores, especialmente los positivistas, la

teoría del derecho por antonomasia tiene dos cualidades: es general y descriptiva. General, por cuanto explica al derecho en todos sus aspectos relevantes, sin importar el tipo de sociedad. Es descriptiva ya que separa las ideologías o valoraciones de lo que “el derecho es efectivamente”. En contraste, las teorías jurídicas de corte iusnaturalista explican al derecho a partir de su dimensión axiológica, justificativa y valorativa. Ello no quiere decir que se desprece una correcta descripción de lo jurídico en el mundo. Sin embargo, una teoría jurídica puramente descriptiva es insuficiente. Asimismo, la teoría jurídica iusnaturalista aspira a explicar al derecho en su totalidad, es decir, también persigue una aspiración de generalidad.

Sea cual sea la posición ontológica e ideológica que se asuma respecto al derecho, lo cierto es que al construir un modelo de teoría jurídica el jurista debe ser capaz de dar cuenta de la estructura formal de éste. Es decir, que el derecho expresa la idea de un orden sistematizado cuyas partes guardan relaciones lógicas entre sí. Esta cualidad estructural amerita ser descrita y comprendida con independencia del contenido de las normas jurídicas.

En el mundo de los fenómenos naturales se afirma la existencia de leyes que los rigen de manera constante, necesaria e independiente de la acción humana. Sin embargo, en el mundo jurídico no ocurre así. La conexión entre los hechos y las normas o entre éstos y los valores no expresa un vínculo de necesidad causal, sino más bien uno de posibilidad. En la teoría jurídica es factible afirmar la existencia de enunciados que expresen la relación constante entre los fenómenos que describen. Así, puede pensarse que el enunciado que sostiene que: en todo sistema jurídico hay siempre una norma para cada caso, expresa formalmente una propiedad de todo sistema jurídico. Es evidente que, en la realidad, existen las lagunas normativas. Sin embargo, al afirmarse tal enunciado como una ley o postulado se aspira a lograr que, en la práctica, el derecho siempre aporte una solución.

II. El giro lingüístico

En el ámbito filosófico, el siglo XX puede caracterizarse como el “giro copernicano” hacia el lenguaje. Partimos de la premisa de que todo lo que puede ser pensado y expresado requiere de un lenguaje. Éste se compone de un conjunto de signos usados conforme a ciertas reglas para transmitir un sentido. De hecho, el lenguaje es más amplio que la lengua. En efecto, la lengua es un hecho

humano que resulta posible gracias a la facultad del lenguaje. Es la parte social del lenguaje y, en síntesis, constituye una institución. Como tal, la lengua reposa sobre ciertas reglas. Comprende un sistema de signos, entendiendo por “signo” un objeto material que está en lugar de otra cosa. Los signos son los elementos de un lenguaje y nos auxilian a situar las ideas en el mundo.

En la historia de la filosofía se oponen dos teorías que explican la relación entre significante y significado, sonidos y sentidos. La primera sostiene que dicha relación es natural y que, para descubrir la verdad, los nombres que damos a las cosas deben representarlas fielmente. En cambio, otra teoría sostiene que dicha relación es relativa o arbitraria, es decir depende de las convenciones sociales. Estas dos posiciones aparecen en la filosofía griega antigua y se hacen presentes en el diálogo platónico conocido como *Cratilo*.

Cuando estudiamos el lenguaje desde el punto de vista de la ciencia jurídica, resulta evidente su relevancia como vehículo de comunicación. Si bien el derecho sería impensable sin el lenguaje; aquel, no equivale a éste. A través del lenguaje jurídico, el derecho describe y prescribe. El lenguaje jurídico puede ser visto desde el ángulo de quien posee autoridad normativa y lo emplea para comunicar un mandato, pero también desde el punto de vista de quien hace efectivo dicho mandato en el acto de aplicación. En la determinación de lo que es debido (entendiendo “deber” en un sentido amplio), figura la prescripción del legislador dirigida al sujeto jurídico. Es, en este punto, donde podemos concebir el acto de legislar como uno donde el lenguaje, en su modalidad informativa y directiva, orienta la conducta humana.

Plantear los límites de un lenguaje y, particularmente, de la corrección de nuestros pensamientos, es el objetivo mayor de la lógica, concebida como una ciencia y un arte. Es una ciencia, por cuanto “[...] versa sobre el acto de la razón, y es arte porque indica, según la razón, la manera por la que ella puede proceder con orden, con facilidad y sin error”.² En términos de Raymundo Morado, la Lógica como arte debe aportarnos elementos para “[...] saber cuándo es adecuado o incluso necesario ofrecer razones, cómo construirlas y evaluarlas”.³ De manera más puntual, contribuye a: organizar una discusión; apoyar con razones; aceptar consecuencias; saber cuándo y qué preguntar; clarificar el discurso; tomar en cuenta el contexto de discusión; reconocer la estructura de un argumento; saber cuándo la evidencia es insuficiente y buscar alternativas. En tanto ciencia,

² BEUCHOT, Mauricio, *Introducción a la lógica*, México, UNAM, 2004, p. 12.

³ MORADO, Raymundo, *Compendio de lógica*, México, Torres, 2009, p. 10.

la Lógica forma al individuo en el reconocimiento de los principios lógicos supremos; las reglas de inferencia, equivalencia y cuantificación; las funciones de verdad.

La lógica suele dividirse en dos partes: formal y material. Es formal por cuanto centra su atención en las estructuras racionales del pensamiento correcto. Su fin es la demostración. En este punto, destacan los razonamientos apodícticos o analíticos. Desde Aristóteles, la lógica se centra en el pensamiento racional y correcto, no en cualquier producto mental. Para saber qué es “correcto”, la lógica formal se fundamenta en ciertos principios y reglas establecidos desde antaño. Uno de dichos principios es el de identidad, el cual afirma que todo objeto es igual a sí mismo y distinto a los demás. Ejemplo de una regla, es la de inferencia del llamado *modus ponens*. En suma, lo que busca la lógica formal es mostrar las relaciones entre pensamientos con independencia de su verdad o falsedad, esto es, de su contenido o significado. Por supuesto que, idealmente, nuestros razonamientos deben ser correctos y verdaderos, pero la lógica formal sólo se ocupa de la corrección de dichos razonamientos.

La lógica establece los fundamentos de la argumentación. La primera expone los cimientos de la segunda y constituye su condición de posibilidad. Así, no cabe argumentar fuera del ámbito de la razón. A su vez, la razón, asociada a criterios de corrección, instituye la lógica. Ahora bien, sostenemos que una investigación en torno a los problemas lógicos debe contribuir, también, a la búsqueda de la verdad, entendida ésta en sentido aristotélico: “adecuación del pensamiento con las cosas” (teoría de la verdad como correspondencia entre lo que se dice de un objeto y lo que el objeto es). En otros términos, consideramos indispensable referirnos a lo que algunos entienden por lógica material, para la cual es relevante la verdad de lo que afirmamos.

¿Cómo influye este ángulo de la lógica en el derecho? Piénsese en las reglas de la carga de la prueba, que persiguen mostrar los hechos relevantes del caso, o bien en el principio de presunción de inocencia, que impone a la autoridad la carga de acreditar la responsabilidad de un individuo. Así, no basta con formular demostraciones válidas. Debemos, en el derecho, mostrar que ciertos hechos han tenido (o no) efectivamente lugar en la realidad. En suma, nuestras proposiciones son verdaderas cuando son congruentes con los hechos (o falsas, si acontece el caso contrario). Entendemos por “hecho” un acontecimiento que tiene lugar en el mundo, sujeto al espacio y tiempo, perceptible por los sentidos.

Es indudable que los juristas pensamos en el derecho como un orden organi-

zado. Lo que le brinda identidad a tal orden son los principios que lo distinguen frente a otros sistemas normativos. Desde la lógica miramos al derecho construido sobre un sistema axiomático de enunciados, es decir, como “un punto de partida para las deducciones”, en palabras de González Ibarra y Díaz Salazar.⁴ Todo lo que puede decirse acerca del derecho, en sentido formal, parte de un conjunto de proposiciones normativas que le imprimen identidad al sistema, permiten correlacionar casos con soluciones y persigue la consistencia o ausencia de contradicción interna.

Debemos puntualizar que, en nuestro concepto, la lógica guarda relación con la argumentación. En efecto, juzgamos necesario enfatizar la relación estrecha entre lógica y argumentación, donde la primera establece los fundamentos y estructuras válidos del pensamiento racional y la segunda centra su atención en cómo empleamos el raciocinio para explicar y justificar. En el derecho argumentamos de manera constante apoyándonos en los hechos y en las normas. Si bien las reglas de la deducción son útiles para establecer, desde el punto de vista estructural, la conexión entre premisas y conclusión de un argumento, creemos que la lógica jurídica no puede ser enteramente deductiva. Ello se debe a que el objeto de investigación del derecho es, además de normativo, de cuño empírico y valorativo. Por tanto, la teoría jurídica debe rendir cuenta de esta doble dimensión: la formal y material.

Aun cuando los conceptos jurídicos expresen propiedades ideales, lo que hacemos con ellos se relaciona directamente con las cosas del mundo. El derecho tiene un impacto en el mundo real, ahí donde opera la voluntad del legislador o de quien detenta la autoridad normativa, pero dicha voluntad es falible, ya que puede incurrir en antinomias o lagunas. A su vez, un esquema puramente formal de la lógica jurídica nos brinda pautas para establecer la validez de nuestras deducciones, pero no nos auxilia en la identificación y solución de los llamados casos difíciles, entendidos como aquéllos en los cuales varios juristas, igualmente competentes, proponen soluciones distintas sobre un caso, todos apoyándose en normas jurídicas válidas.

Análogamente, un modelo puramente formal no será útil para superar un conflicto entre principios y determinar a qué valor, en el caso, debe otorgársele mayor peso y por qué. Tampoco define lo que la jurisprudencia comprende por “reglas de la experiencia” empleadas para la valoración de las pruebas. Finalmente,

⁴ GONZÁLEZ IBARRA, Juan de Dios y José Luis Díaz Salazar, *Lógica simbólica para abogados*, México, Fontamara, 2013.

las reglas del silogismo no pueden explicar los alcances del ejercicio de una facultad discrecional en el caso de la individualización de una pena o al otorgar una medida cautelar. En suma, la dimensión material de la lógica jurídica es, a su vez, empírica por cuanto está conectada con los hechos, pero también es prudencial-valorativa, dada su conexión con la razón práctica. Así, defendemos la tesis de que una concepción general de la lógica ha de asociarse a tres dimensiones: formal, empírica y valorativa. Nótese que, de hecho, estos ejes son los que puntualizan nuestra definición de lo que concebimos por derecho.

Desde nuestra consideración, el ángulo desde el cual se imbrican la lógica, la interpretación y la argumentación es, justamente el de la razón, concebida en su doble matiz: teórica y práctica. La distinción entre razón pura y razón práctica es clásica en la filosofía, notablemente en el pensamiento kantiano. La primera equivale a la razón especulativa. La segunda es una razón que procede de la experiencia. La razón práctica es una facultad que permite adoptar decisiones con fundamento en un sistema de principios y reglas. Conviene recordar que tanto en la ética como en el derecho formulamos juicios prácticos. De hecho, la noción de razón práctica subyace en el corazón de la retórica, la argumentación y la interpretación. Hoy en día, es común aceptar que la argumentación jurídica es uno de los ámbitos de la argumentación práctica.

De especial interés resulta distinguir entre razonamientos apodícticos y razonamientos dialécticos. Sobre los primeros, hemos expuesto su conexión directa con la lógica formal. Ahora bien, observemos que los segundos se mueven en la órbita de lo verosímil y probable. No siempre es dable, en el derecho, justificar de manera apodíctica nuestras conclusiones. Siempre habrá un espacio para la discusión en torno a la mejor interpretación posible. A su vez, nuestra comprensión más o menos clara de los acontecimientos nos acercará (o alejará) proporcionalmente de la realidad de las cosas. Ello exige, por tanto, concebir al fenómeno jurídico bajo la premisa retórica basada en la persuasión, o verosímil y probable.

La razón y el lenguaje posibilitan el surgimiento tanto de la retórica como de la argumentación. La retórica se concibe como el “arte de elaborar discursos gramaticalmente correctos, elegantes y [...] persuasivos”.⁵ En efecto, no basta con la perfección formal, estructural o gramatical. El discurso ha de persuadir, lo que entraña impulsar a alguien a tomar decisiones. Como lo recuerda Gerardo Dehesa, el término “retórica” evoca la actividad oratoria. Sin embargo, la retórica

⁵ BERISTÁIN, Helena, *Diccionario de retórica y poética*, 8a. ed., México, Porrúa, 2003, p. 426.

no se limita a la oratoria. El arte de hablar con elocuencia es solo una parte de la retórica conocida como la elocución. En la Antigüedad, la retórica se estudiaba en cinco partes conocidas por sus nombres latinos: *inventio*, *dispositio*, *elocutio*, *memoria* y *actio*.⁶

En los años cincuenta del siglo pasado, emerge la corriente denominada “nueva retórica” en Europa, la cual se extiende a todos los campos en los que se desenvuelve la razón práctica, con especial referencia al Derecho. La obra de Chaim Perelman es un referente clave al respecto, tal y como lo describe Michel Meyer en el prefacio de la obra *Tratado de la argumentación*: “Entre la ontología, poco flexible, pero infinita, y la racionalidad apodíctica, matemática o silogística, pero limitada, Perelman ha optado por una tercera vía: la argumentación, que razona sin oprimir, pero que no obliga a renunciar a la Razón en beneficio de lo irracional o de lo indecible”.⁷

Retórica, argumentación e interpretación están necesariamente vinculadas, tal y como lo explica Dehesa:

La interpretación no puede estar al margen de la retórica, la estructura de aquella y algunas de sus reglas están bajo el imperio directo de la retórica. Si se parte de una idea básica de interpretación en la cual ésta no es otra cosa que la asignación de significado, ésta se hace mediante un discurso, que puede ser más o menos convincente [...] la retórica es la ciencia que rige el discurso, desde este punto de vista, no puede existir una disociación entre retórica e interpretación.⁸

III. Del enfoque aplicativo al modelo interpretativo

De lo hasta aquí descrito, puede afirmarse que hemos sentado los prolegómenos de una teoría jurídica situada más allá de la mera aplicación formal. Conviene, ahora, ahondar en sus fundamentos. Para ello, exponemos someramente el punto de vista de tres iusfilósofos contemporáneos: el jurista mexicano Imer Flores (n. 1970), el británico H.L.A. Hart (1907-1992) y el estadounidense Ronald Dworkin (1931-2013).

⁶ Vid. DEHESA DÁVILA, Gerardo, *Introducción a la retórica y la argumentación*, 4a. ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2007, pp. 51 y 81.

⁷ PERELMAN, Chaim y L. Olbrechts-Tyteca, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, trad. de Julia Sevilla Muñoz, Madrid, Gredos, 1989, p. 29.

⁸ DEHESA DÁVILA, Gerardo, *op. cit.*, p. 26.

En su artículo “¿Es el Derecho un modelo aplicativo?”, Imer Flores destaca las relaciones de complementariedad existentes entre la interpretación y argumentación. El autor mexicano expresa que las razones de autoridad se vinculan con las de corrección material, construyendo una concepción acerca del derecho. Destacamos la relación sinérgica existente entre la dimensión formal que aportan las razones de autoridad, por una parte, y la dimensión material soportada en las razones materiales o axiológicas, por otra parte. Como lo sustentaba el juez Oliver Wendell Holmes, citado por Imer Flores, tendremos en consideración que podemos dar forma lógica a cualquier conclusión, pero lo más relevante es porqué defendemos una posición en lugar de otra.

Apunta Imer Flores que, en las relaciones entre el derecho y el lenguaje, aparece de manera constante una oscilación entre un modelo aplicativo y otro interpretativo-argumentativo.⁹ Dichos modelos reposan no solamente sobre una forma de concebir el lenguaje sino, sobre todo, sobre una concepción teórica en torno a la forma en que debemos operar el derecho. Ciertamente, el estudio del derecho permite apreciar que, a la par de concebirlo especulativamente, resulta imprescindible describirlo “en marcha”, tal y como lo acentuaron, entre otros, Ihering y Holmes. Puesto que el derecho existe para guiar la conducta humana fundado en justificaciones, aparece entonces la necesidad de ocuparnos en torno al papel que la lógica, la interpretación y la argumentación asumen en la realización de dicha tarea.

En el caso de H.L.A. Hart, centramos nuestra atención en el capítulo VII de su obra *El concepto de derecho*. Consideramos de especial interés dicho texto en razón de que, precisamente, se ocupa de cuestiones de lenguaje e interpretación jurídica. En su oportunidad, integramos las ideas de dicho texto con las del *Post scriptum al concepto de derecho*. De especial relevancia son las tesis de la indeterminación del Derecho, la textura abierta del lenguaje jurídico, el peso de las reglas, la posibilidad de una respuesta única para cada caso y, finalmente, el ejercicio de discrecionalidad en la decisión judicial. Finalmente, uno de los textos de mayor raigambre en el pensamiento iusfilosófico actual es el de Ronald Dworkin intitulado “La lectura moral de la Constitución y la premisa mayoritaria”.

Como en todos los campos donde existen las reglas, estas sirven para guiar imperativamente nuestra conducta con arreglo a fines. En su conocida obra *El concepto de derecho*, particularmente en el capítulo VII, H.L.A. Hart acota que

⁹ FLORES, Imer, “¿Es el Derecho un modelo aplicativo?”, en: Juan Federico Arriola Cantero, y Víctor Amandi Rojas, coords., *La filosofía del derecho hoy*, México, Porrúa, 2010, p. 193.

debemos optar por un punto intermedio entre quienes dudan del peso de las reglas, por un lado, y quienes sacralizan su existencia, por otro lado. Se trata, en síntesis, de hallar un equilibrio entre formalismo y escepticismo en la comprensión del derecho. Si el escéptico es un “absolutista desilusionado”, el formalista es, en un paralelismo terminológico, un relativista obcecado.

En contra de lo sostenido por los realistas, Hart apunta que la inobservancia de las reglas no invalida su fuerza obligatoria. Al apelar a ellas justificamos decisiones y, sobre todo, criticamos la conducta de quienes se han desviado de lo jurídicamente ordenado. Al presentar el ejemplo del árbitro (*scorer*), Hart muestra cómo las reglas orientan la conducta de las personas aun cuando el juego se desarrolle sin su presencia. En efecto, los jugadores reconocen la existencia y fuerza de las reglas de manera que, aun cuando estemos ante la presencia de casos difíciles e, incluso, de lo que Hart designa como “textura abierta” del lenguaje, es posible identificar un “núcleo de significado establecido”.¹⁰

Al referirse a la “textura abierta” del derecho, Hart plantea una de las tesis más polémicas expuestas en la obra en comentario. De hecho, no solo el derecho está afectado de indeterminación sino, en un sentido más radical, lo está el lenguaje mismo. Así, el lenguaje de las leyes, como el de las sentencias, no puede escapar a cierto grado de indeterminación: “[...] 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. Los lenguajes naturales [...] muestran [...] una irreductible textura abierta [...]”.¹¹ El fenómeno de la indeterminación del derecho torna inviable un formalismo jurídico pleno o absoluto. Así, lo que la teoría jurídica debe explicar es cómo se enfrenta el operador jurídico a la indeterminación y de qué forma se justifica la toma de decisiones en ese caso. Como acota Imer Flores en otro texto, podemos aceptar cierto grado de indeterminación, pero ello no soslaya que “[...] el derecho requiere de determinación [...] para poder funcionar como tal [...]”.¹² A su vez, la teoría jurídica ha de ser sensible tanto a la necesidad de orden como a “[...] dejar abiertas para su solución ulterior, mediante una elección oficial informada, cuestiones que sólo pueden ser adecuadamente apreciadas y resueltas

¹⁰ HART, H.L.A., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 179.

¹¹ *Ibidem*, p. 159.

¹² FLORES, Imer, “¿Ensueño, pesadilla y/o realidad? Objetividad e (in) determinación en la interpretación del Derecho”, en: Enrique Cáceres Nieto e Imer Flores, coords., *Problemas contemporáneos de filosofía del derecho*, México, UNAM, 2005, p. 193.

cuando se presentan en un caso concreto [...]”.¹³

En consideración de Hart, las leyes creadas por el legislador se enfrentan a dos límites conocidos: a) nuestra “relativa ignorancia de los hechos” y b) nuestra “relativa indeterminación de propósitos”.¹⁴ El postulado del legislador racional es solo eso, un postulado o ideal racional muchas veces contrastado en la práctica. El legislador no puede anticiparlo todo, ni tampoco puede comprender a plenitud el sentido de los fines que postula en sus leyes. De esta concepción de la legislación emerge una consecuencia para la interpretación y argumentación jurídicas: no es dable un modelo aplicativo mecánico. Así, siempre será dable hallar, a la par que “casos paradigmáticos”, los denominados “casos difíciles”.

Conforme al profesor Flores, en el marco actual el juez ha abandonado el rol de funcionario por cuya boca se pronuncian, impasiblemente, las palabras de la ley tal y como fueron dispuestas por el legislador. En el paradigma argumentativo (que preferimos designar interpretativo-argumentativo), se preconiza la tarea del juez como un agente estatal que contribuye a fijar el sentido de la constitución. Aquí hemos de referirnos a la tesis que Ronald Dworkin apunta en torno a una lectura moral de la constitución.

En efecto, para Dworkin nuestra interpretación de la constitución es, medularmente, moral. De hecho, se trata de conducir una lectura de ésta que exponga, del mejor modo posible, el enfoque dominante de moral política. Así como Imer Flores plantea que nos alejamos del modelo puramente aplicativo para ingresar, de lleno, en un modelo argumentativo; en el caso de Dworkin transitamos de un modelo “originalista” (o de la “intención original”) de interpretar la constitución a otro eminentemente moral. El juez, entonces, es un eslabón fundamental en la cadena de interpretaciones de la misma que ha de responder a un ideal de integridad. Este ideal descansa en los principios históricos contenidos en el constitucionalismo estadounidense y que, en buena medida, han encontrado eco en otras latitudes: igualdad política y jurídica, tratar a toda persona como un fin en sí mismo y respetar las libertades básicas.

El modelo de la lectura moral de la constitución, contra lo que pudiera pensarse, no abre las puertas a la discrecionalidad judicial, ni tampoco preconiza la asunción de una actitud antidemocrática. Antes bien, la lectura moral es el planteamiento esencial si lo que se desea, honestamente, es realizar la demo-

¹³ Hart, H.L.A., *op. cit.*, p. 162.

¹⁴ *Ibidem*, p. 160.

cracia como forma política de vida.¹⁵ En este marco, el juez debe adherirse a las interpretaciones que mejor reflejen la constitución. Por tanto, el enfoque moral “[...] les pide [a los jueces] encontrar la mejor concepción de principios morales constitucionales [...] que encuadre en el amplio relato del récord histórico de Estados Unidos de América. No les pide seguir los susurros de su propia conciencia o las tradiciones de su propia clase o secta [...]”.¹⁶

Llegados a este punto, Dworkin puntualiza que no vale cualquier interpretación como una interpretación jurídica correcta del material constitucional o legislativo. No podemos, ni debemos ser neutrales en materia constitucional. Así, hay interpretaciones que respetan cabalmente la integridad constitucional y las hay que la quebrantan, justamente por esgrimir un esquema fallido de la lectura moral de la Constitución. Sobre este punto, Hart concibe, como sabemos, que la indeterminación del lenguaje así como el margen de libertad que, en ocasiones, confiere el legislador a la autoridad judicial favorecen la posibilidad de diversas respuestas en los casos difíciles.

IV. Estructura, persuasión y sentido: tres ejes para una teoría jurídica

De lo dicho hasta aquí, ¿acaso Hart supone que valga lo mismo cualquier interpretación del material proporcionado por las fuentes jurídicas? ¿Entraña que definamos como “derecho” cualquier cosa? Creemos que no. Hart reconoce que aun cuando el lenguaje en el que se expresa el material jurídico sea indeterminado, ello no significa que la indeterminación sea radical, esto es, que torne imposible toda decisión. Así, asume que no resulta contradictorio aceptar, por una parte, la textura abierta del lenguaje jurídico y, por otra parte, la existencia de un núcleo constante de significado que es posible elucidar. Las reglas, expresadas necesariamente a través del lenguaje, no son indeterminadas en todos los puntos.

En el caso de los tribunales, lo que éstos deciden, en particular los de última instancia, prevalece porque las reglas del sistema así lo disponen autoritativamente. Un ejemplo de cómo las decisiones de los jueces pueden adoptar una función regulativa que trasciende al caso es el precedente, el cual opera hacia el futuro. El precedente mantiene su fuerza hasta en tanto el legislador lo anule

¹⁵ DWORKIN, Ronaldo, “La lectura moral de la Constitución y la premisa mayoritaria”, trad. de Imer B. Flores, en: *Cuestiones constitucionales*, núm. 7, julio-diciembre, México, UNAM, 2002, p. 11.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 16 y 17.

tácitamente en virtud de reformas legales o incluso cuando el propio órgano jurisdiccional lo abandone o modifique, fruto de nuevas consideraciones.

En nuestra consideración, Hart reconoce el papel de los principios (a los que designa como *standards*) cuando se refiere al caso de circunscribir que ha de entenderse por “tarifa o precio justo”.¹⁷ En su obra *Post scriptum al concepto de derecho* recuerda que nada en su obra capital permite concluir, válidamente, que los órdenes jurídicos consistan, únicamente, de reglas. Así, apunta que en su obra mayor consideró lo que denomina “estándares jurídicos variables”, mismos que puntualizan los factores que deben considerarse unos frente a otros en ciertos casos.

Lo que parece quedar claro, al examinar los textos aquí comentados, es que el paradigma actual en la teoría jurídica es aquél que rechaza un enfoque puramente aplicativo de las disposiciones del legislador. Dworkin y Hart enfatizan, cada uno a su manera, el papel del juez, ora insertándolo dentro de una larga cadena en la que figuran todos los jueces cual “socios en una empresa conjunta” de corte interpretativo, ora como agente creador de reglas, peculiarmente en los casos difíciles, respectivamente. En efecto, resulta claro que el juzgador no es, a la manera de Montesquieu, la “boca que pronuncia las palabras de la ley”. En abundamiento a esta constatación, importa señalar que, en el caso de Dworkin, el modelo interpretativo de la lectura moral descansa, también, en la posibilidad de defender posiciones contrarias a las sostenidas por la mayoría, sobre todo cuando ésta, a través de la publicación de una ley inconstitucional, se opone al principio de integridad que ordena considerar a todo individuo humano con igual consideración y respeto. Se está, por tanto, ante una forma “correctora” del principio democrático de la mayoría. Se reconoce que la mayoría puede, incluso, votar leyes contrarias a sus propios intereses, así como a los intereses de los demás.

De lo expuesto podemos concluir que el trabajo argumentativo no puede quedar limitado al juzgador. Si como lo apunta Dworkin, el principio de integridad exige que nuestra visión de la interpretación constitucional sea eminentemente moral, ello debe comprender tanto en el momento de creación como el de aplicación de las normas jurídicas. En otros términos, el trabajo justificativo que entraña legislar debe considerar cómo y en qué forma el dictamen de ley presentado, refleja (o no) de la mejor manera posible el ideal regulativo de integridad.

La lectura moral de la constitución es, a nuestro entender, una “lectura moral

¹⁷ HART, H.L.A., *op. cit.*, pp. 163 y ss.

del derecho”. El legislador, por tanto, debe comprender que forma parte de una cadena de creadores de disposiciones entre las cuales hay una línea de continuidad: hacer prevalecer la dignidad de toda persona. En esta senda, la razón jurídica encuentra diversas y amplias vías de realización: estructura (lógica y argumentación), persuasión (retórica) y sentido (interpretación). Estos ejes configuran, en suma, los tres motores que orientan la práctica del derecho.

V. Bibliografía

- BERISTÁIN, Helena, *Diccionario de retórica y poética*, 8a. ed., México, Porrúa, 2003.
- BEUCHOT, Mauricio, *Introducción a la lógica*, México, UNAM, 2004.
- DEHESA DÁVILA, Gerardo, *Introducción a la retórica y la argumentación*, 4a. ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2007.
- DWORKIN, Ronaldo, “La lectura moral de la Constitución y la premisa mayoritaria”, trad. de Imer B. Flores, en: *Cuestiones constitucionales*, núm. 7, julio-diciembre, México, UNAM, 2002.
- FLORES, Imer, “¿Es el derecho un modelo aplicativo?”, en: Juan Federico Arriola Cantero, y Víctor Amandi Rojas, coords., *La filosofía del derecho hoy*, México, Porrúa, 2010, pp 193-210.
- , “¿Ensueño, pesadilla y/o realidad? Objetividad e (in) determinación en la interpretación del Derecho”, en: Enrique Cáceres Nieto e Imer Flores, coords., *Problemas contemporáneos de filosofía del derecho*, México, UNAM, 2005, pp. 173-194.
- GONZÁLEZ IBARRA, Juan de Dios y José Luis Díaz Salazar, *Lógica simbólica para abogados*, México, Fontamara, 2013.
- HART, H.L.A., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998.
- KAUFMANN, Arthur, coord., *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Madrid, Debate, 1992.
- MORADO, Raymundo, *Compendio de lógica*, México, Torres, 2009.
- PERELMAN, Chaim y L. Olbrechts-Tyteca, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, trad. de Julia Sevilla Muñoz, Madrid, Gredos, 1989.