



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

Actas de Teoría del Derecho

ATeDer

- :: Método jurídico en la obra de Savigny
- :: Teoría de los principios jurídicos
- :: Dogmática jurídica
- :: Bibliografía

Actas de Teoría del Derecho

ATeDer

Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica de Chile

Director

Alejandro Vergara Blanco

Secretaria de Redacción

Daniela Rivera Bravo

Coordinación de Redacción

Rosa Gómez González

Ayudantes de Redacción

Gloria Campusano Morales
José Tomás Lisboa Morales
Diego Pérez Lasserre

Comité Asesor

Jaime Alcalde Silva (Pontificia Universidad Católica de Chile), Juan Pablo Alonso (Universidad de Buenos Aires, Argentina), Pierre Brunet (Universidad de París I, Francia), Alejandro Fariás Kanacri (Pontificia Universidad Católica de Chile), Joaquín García Huidobro (Universidad de los Andes), Juan Antonio Gómez García (Universidad Nacional de Educación a Distancia, España), Luis Lloredo Alíx (Universidad Autónoma, Chile), José Juan Moreso (Universidad Pompeu Fabra, España), Álvaro Núñez Vaquero (Universidad Austral de Chile), Joachim Ruckert (Goethe-Universität Frankfurt am Main, Alemania), Guillaume Tusseau (SciencesPo, Francia), Rodrigo Valenzuela Cori (Universidad de Chile), Cristián Villalonga Torrijo (Pontificia Universidad Católica de Chile) y Adolfo Wegmann Stockebrand (Pontificia Universidad Católica de Chile)

Actas de Teoría del Derecho (ATeDer)

Las Actas de Teoría del Derecho (ATeDer) es una publicación anual del Programa de Derecho Administrativo Económico de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Su principal objetivo es la difusión del conocimiento jurídico en el área de Teoría del Derecho, a través de la publicación de estudios y ensayos vinculados a las principales temáticas de la ciencia del Derecho: teoría de la ley, hecho jurídico, fuentes del Derecho, interpretación y hermenéutica, jurisprudencia, principios y doctrina; junto a los trabajos y artículos presentados en las Jornadas de Teoría del Derecho que cada año se realizan en Chile.

Convocatoria

La convocatoria para publicar en las Actas de Teoría del Derecho está abierta, de manera permanente, a todos los autores nacionales y extranjeros, ya sea que pertenezcan a la comunidad académica de la Pontificia Universidad Católica de Chile, como a otras universidades o centros de investigación. Para ser admitida, toda colaboración debe cumplir con las normas editoriales del programa: <http://derechoadministrativoeconomico.uc.cl/Instrucciones-a-los-autores/instrucciones-a-los-autores>.

Selección de trabajos: arbitraje anónimo por pares

Toda colaboración es objeto, al menos, de dos arbitrajes u opiniones del equipo editorial o árbitros designados al efecto. Las pautas de evaluación y criterios aplicados por cada árbitro, y por el Comité Editorial, dicen relación con el contenido, calidad, pertinencia, carácter científico, interés del tema, tratamiento, desarrollo y metodología científica empleada en la elaboración; y, en fin, con el uso actualizado de fuentes y bibliografía. El sistema de arbitraje por pares es anónimo.

ISSN 0719-8124 (versión papel)

ISSN en trámite (versión electrónica)

Av. Libertador Bernardo O'Higgins 340, Santiago, Chile. 4º piso de la Facultad de Derecho, oficina 426.

Teléfonos: +56 (2) 223542961, +56 (2) 223542761

Correo electrónico de la Redacción: pdae@uc.cl

Página web: <http://derechoadministrativoeconomico.uc.cl/Publicaciones/ateder>

Ventas y suscripciones: pdae@uc.cl

Impresión: Ediciones e Impresiones Copygraph

[Santiago de Chile, 2015]

Índice

Nº 1/2015

EDITORIAL

VERGARA BLANCO, *Alejandro*

Los juristas y el método5

I. Método jurídico en la obra de Savigny

GÓMEZ GARCÍA, *Juan Antonio*

Vigencia y alcance de la metodología jurídica de F.K. von Savigny dos siglos después (1815-2015)7

PEREIRA FREDES, *Esteban*

Savigny y Dworkin: ¿Es posible la Teoría del Derecho?29

II. Teoría de los principios jurídicos

ARRIAGADA CÁCERES, *María Beatriz*

Principios jurídicos y activismo judicial57

BENFELD ESCOBAR, *Johann*

Principios lógico-jurídicos para la resolución de casos difíciles69

CHANDÍA OLIVARES, *Sebastián*

Algunos elementos para una teoría general de los principios jurídicos. Estado de la cuestión y crítica87

LEÓN REYES, *José Julio*

La jurisprudencia como fuente del Derecho (y los principios implícitos como normas jurídicas de origen judicial)113

QUINTANA BRAVO, *Fernando*

Función hermenéutica de los principios del Derecho143

III. Dogmática jurídica

GUZMÁN BRITO, *Alejandro*

Exégesis, dogmática e historia en la ciencia jurídica163

VILLAVICENCIO MIRANDA, *Luis*

La naturaleza jurídica de las naturalezas jurídicas179

IV. Bibliografía

VERGARA BLANCO, *Alejandro* [Edit.]: Dogmática y Sistema. Estudios de Teoría del Derecho (Santiago, LegalPublishing, 2014)

Recensión de Rosa Gómez González.189

Editorial

Los juristas y el método

Con el objeto de promover la investigación y difusión de trabajos sobre método jurídico y poner en evidencia la relevancia académica y práctica de la Teoría del Derecho, presentamos esta iniciativa editorial de unas *Actas de Teoría del Derecho*.

Actualmente no existe una publicación dedicada únicamente a esta materia; por lo que esta publicación puede ser también un vehículo que materialice el diálogo que necesariamente debe producirse entre los juristas que a la vez son teóricos del derecho con los otros especialistas que también abordan el fenómeno jurídico, desde perspectivas muy diversas, como la filosofía del derecho, la sociología del derecho, o la historia del derecho, entre otras.

i) Los juristas y el método. Los juristas no pueden sino usar un método en sus análisis de las fuentes del derecho; ya sea para identificar tales fuentes, o para delimitar y distinguir su saber de otros campos fronterizos. Esto es teorizar; realizar análisis de Teoría del Derecho. Las *Actas* no pretenden ser una instancia para discutir y resolver aquellas disputas que se desenvuelven en el vasto (y al parecer irreconciliable) terreno de las doctrinas filosóficas, sino que tiene por finalidad motivar a los juristas (y también a los filósofos, sociólogos o historiadores del derecho) a ofrecer análisis sobre cuestiones propias de la *praxis* jurídica, en la que, aun cuando en general pase inadvertido, subyacen asuntos de carácter teórico que requieren ser pensados a ese nivel. Ello, empero, no implica que cuestiones de carácter meta-teórico han de ser excluidas *a priori* de toda indagación teórica del derecho; por el contrario, investigaciones de tal índole pueden ser de gran utilidad para la teoría y *praxis* del derecho. Lo que se pretende abarcar en las *Actas* es toda aquella zona del fenómeno jurídico conectada con la *empiría* de las fuentes del derecho.

Las *Actas* constituyen una publicación dirigida principalmente a los juristas, esto es, a aquellos que se dedican a los análisis doctrinarios de cada disciplina especializada del derecho; a la dogmática jurídica (Derecho civil, penal, administrativo, etc.). Pero su perspectiva es el método que utilizan los juristas, y no las instituciones particulares de cada disciplina dogmática. En ese sentido, las *Actas* están dirigidas a todo especialista del Derecho, del mismo modo que la Teoría del Derecho, como disciplina universal para el estudio del método de todas las ciencias particulares del Derecho, interesa a todo especialista.

ii) Vigencia y actualidad de la Teoría del Derecho. Las *Actas* pretenden, además, ser una especie de actualización académica ante la inclusión de dicha cátedra en el currículo de la carrera de Derecho. En efecto, en los últimos años se ha tendido a reemplazar los cursos dedicados a introducir a los alumnos al fenómeno jurídico (*Introducción al Derecho*) por la asignatura de *Teoría del Derecho*, la cual entrega las herramientas necesarias para enfrentarse a lo que son las cuatro sedes en que surgen las fuentes del Derecho; a saber, i) las reglas o el derecho legal, positivo o legislado, el que cabe interpretar; ii) la costumbre, en donde anida aquello que Savigny llamó el espíritu del pueblo, y lo que hoy llamamos principios; iii) la jurisprudencia; y, en fin,

iv) la dogmática o doctrina jurídica. Así, esta publicación persigue que las discusiones que hoy se están produciendo en las aulas de clases, mantengan su vigencia a nivel académico.

iii) Sobre las Actas y su primer número. Las *Actas* constituyen una publicación especializada que recoge estudios y ensayos vinculados con la Teoría del Derecho, que son producto de la investigación científica, y que son sometidos a un proceso de revisión de pares.

Este primer número incorpora trabajos presentados en las I y II *Jornadas de Teoría del Derecho*, llevadas a cabo en Santiago, en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, los días 23 de junio de 2014 y 5 de junio de 2015, respectivamente. Las *Jornadas* convocan a ponentes nacionales y extranjeros, en un espacio interdisciplinario de reflexión sobre el método jurídico. Esperamos que con el tiempo se consoliden como una instancia de encuentro académico plural, en que se produzca una viva confluencia de experiencias de juristas, jueces, abogados y especialistas de las diversas disciplinas que observan el fenómeno jurídico.

En el inicio de esta publicación nos acompaña un *Comité Asesor nacional e internacional*, el que asegurará la revisión de las colaboraciones, en cuanto a su carácter científico, lo que es esencial para la solidez y continuidad de una publicación que pretende ese carácter. Agradezco a quienes han querido integrar desde ya dicho *Comité*, con el cual podremos definir en lo sucesivo la ruta de esta publicación, promoviendo una integración más amplia y una invitación abierta a todos quienes estén interesados en publicar en estas páginas.

Alejandro Vergara Blanco
Director

Actas de Teoría del Derecho (ATeDer)

Vigencia y alcance de la metodología jurídica de F.K. von Savigny dos siglos después (1815-2015)

Validity and scope of legal methodology of F.K. von Savigny two centuries later (1815-2015)

Juan Antonio Gómez García*

Dos siglos después de la publicación de su célebre opúsculo *De la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la ciencia del derecho*, la huella de Savigny en la iusfilosofía, en la teoría, en la ciencia y en la doctrina jurídica contemporánea se ha revelado indeleble. No obstante, si hay un ámbito en el cual se siente, en especial, la enorme influencia del jurista alemán, es en el de la metodología jurídica, puesto que sus tesis han venido marcando las principales propuestas y desarrollos iusmetodológicos de los dos últimos siglos. De ahí que la dimensión más importante de la figura de Savigny, a nuestro juicio, sea, por encima de las demás, la de uno de los padres fundadores de la metodología jurídica contemporánea. El objetivo fundamental de este trabajo estriba en mostrar las principales líneas de fuerza que atraviesan la metodología jurídica savigniana, y sus proyecciones concretas en la ciencia jurídica de las dos últimas centurias.

Palabras clave: Friedrich Karl von Savigny, epistemología jurídica, metodología jurídica, ciencia jurídica, historicismo jurídico

Two centuries after the publication of his famous treatise *Of the Vocation of our Age for Legislation and the Legal Science*, Savigny's footprint in Legal Philosophy, Legal Theory, Legal Science and in contemporary Legal Doctrine has proved indelible. However, if there is one area in which the huge influence of the german jurist is especially felt, it is in Legal Methodology, since his theses have been marking the main proposals and legal-methodological developments of the last two centuries. Hence the most important dimension of the figure of Savigny, in our view, that is, above the others, one of the founding fathers of contemporary Legal Methodology. The main objective of this work is to show the main lines of force passing through Savigny's Legal Methodology, and specific in legal science of the last two centuries projections.

Keywords: Friedrich Karl von Savigny, legal Epistemology, legal Methodology, legal science, legal historicism

RESUMEN / ABSTRACT

* Profesor Titular del Departamento de Filosofía jurídica de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED, Madrid, España).
E-mail: jagomez@der.uned.es

I. Friedrich Karl von Savigny: del conocimiento filosófico al conocimiento científico del Derecho

La ciencia, en sentido moderno, está indisolublemente ligada a la cuestión del método. Epistemología y metodología no se entienden una sin la otra. La ciencia moderna se legitima y se articula, lógicamente y epistemológicamente, por responder a un determinado método de conocimiento: el *método científico*; el único método de conocimiento que, de entrada al menos, puede garantizar la verdad de sus conclusiones. El ejercicio de un método científico da como resultado, así, conocimiento *científico*; un conocimiento caracterizado por su objetividad, su sistematicidad, su precisión, su naturaleza crítica, su cualificación específica en cuanto a sus instrumentos y resultados, y su trascendencia social en el ámbito de la comunidad de científicos: en suma, un conocimiento *metodológicamente validado*. El método científico, pues, como criterio metodológico fundamental que condiciona y determina la noción de conocimiento científico.

A este presupuesto epistemológico general responde también el conocimiento científico-jurídico. La construcción y el desarrollo de una auténtica *ciencia jurídica* precisan necesariamente de una adecuada *metodología jurídica*, y, por lo tanto, de una reflexión, podríamos decir, *de segundo grado* sobre el objeto que se pretende conocer. Este tipo de reflexión crítica es de carácter eminentemente *epistemológico* y consiste, entre otras cosas, en sentar las bases de aquello que se pretende conocer (en este caso, lo jurídico), sus perfiles, sus límites, su alcance, su sentido, etc., con el fin de desarrollar toda una estrategia metodológica que lo haga posible, tanto con un adecuado rigor, como con unas mínimas condiciones de verdad y de validez.

He aquí uno de los aspectos fundamentales para entender el significado del muy influyente pensamiento jurídico de Savigny, el célebre jurista alemán es, ante todo, un epistemólogo, un metodólogo del derecho. No es casual que, de hecho, sea a partir de la obra de Savigny cuando se difunde el uso de la expresión *Rechtswissenschaft* (*ciencia del derecho*). Precisamente, la cuestión de la cientificidad de la ciencia jurídica irrumpe con fuerza en el siglo XIX, de la mano del surgimiento de los positivismos en el ámbito de los estudios jurídicos, motivado en gran medida por un pensamiento como el de Savigny.

No voy a entrar aquí en los procelosos debates doctrinales en torno a la naturaleza epistemológica de la ciencia jurídica (si es propiamente una ciencia, una técnica, un saber, una *doxa*, un arte, etc.); podemos hacernos una idea cabal de su complejidad por el hecho evidente de que se trata de un tema que aún sigue latiendo en el marco de la reflexión epistemológica en torno al derecho, sin que se haya llegado a soluciones pacíficamente aceptadas por todo el mundo. En todo caso, apoyándome en mayoritarias razones doctrinales y académicas que atesoran un consenso favorable a su cientificidad específica, admito aquí la tesis de que el derecho (en cualquiera de los sentidos en que quepa pensarse) es un objeto susceptible de ser conocido

científicamente y de que, por lo tanto, la ciencia jurídica es eso, *ciencia*; más en concreto, *ciencia social*; y, en este sentido, es innegable que Savigny constituye una figura clave para la íntegra comprensión de toda esta problemática de índole metodológica.

La razón fundamental para que consideremos a Savigny uno de los grandes forjadores de la metodología jurídica contemporánea se relaciona con varios factores. En primer lugar, el contexto ius filosófico en que vive y piensa el autor. Aquí es fundamental su célebre opúsculo, publicado en 1814, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*¹ (*De la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la ciencia del derecho*), ya que fue un producto directo –aun cuando se encontrase ya muy pensado y sedimentado en la reflexión del autor– de toda esta coyuntura filosófico-jurídica, absolutamente marcada por la epistemología iusracionalista moderna (el título de la obra es ya suficientemente elocuente: *De la vocación de nuestro tiempo...*). El texto constituye una *reacción* (en este sentido Savigny es un pensador *reaccionario*) desde ciertos postulados filosóficos que flotaban en el ambiente intelectual y jurídico-académico de la Alemania de entonces. Para el racionalismo iusnaturalista moderno de tradición francesa (en la que se inserta el famoso código civil napoleónico de 1804), el derecho era un principio de razón que articula un sistema de normas, bajo el criterio fundamental de la subjetividad individualista y liberal burguesa, que se relacionan, conectan y unifican mediante un proceso lógico de deducción y de subsunción de unas en otras, de tal modo que las causas se resuelven en las razones lógicas de las normas. Savigny, sin embargo, parte de que el derecho es, originariamente, un *hecho* que vive y se desarrolla en la historia de cada pueblo (un *hecho histórico*, pues: *derecho popular*, lo llama el autor) y que constituye un aspecto *necesario* de su vida colectiva. En consecuencia, la investigación histórico-causal se impone como una exigencia teórica y práctica de toda ciencia jurídica que, en verdad, se precie de *científica* (he aquí uno de los postulados metodológicos fundamentales de Savigny), y, por lo tanto, la investigación del derecho debe realizarse mediante procesos metódicos de carácter inductivo y heurístico. Tal concepción supone el primer ejemplo de consideración *científica* (autoconscientemente *científica*) del derecho en la historia del pensamiento jurídico contemporáneo, y los juristas pasarían a considerarse así como unos auténticos *científicos del derecho* que llevan a cabo una actividad propiamente científica.

Un segundo factor viene dado por el hecho de que la metodología jurídica savigniana es el resultado de un largo proceso intelectual desarrollado

¹ Publicado por vez primera en Heidelberg (edición de Mohr und Zimmer), hay varias traducciones al español: *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del Derecho* de Adolfo Posada (Madrid, La España Moderna, s.a., y reproducida también en Buenos Aires, Atalaya, 1946; en Buenos Aires, Heliasta, 1977; en Valparaíso, Edeval, 1978; y en Granada, Comares, 2008), y la de José Díaz García (incluida en el volumen *Thibaut-Savigny. La Codificación. Una controversia programática basada en sus obras*, con selección y prólogo de Jacques Stern, Madrid, Aguilar, 1970).

prácticamente durante toda la extensa vida del autor, y en el que, además, su biografía estuvo muy ligada a su pensamiento² –de ahí que la literatura crítica sobre Savigny esté muchas veces desenfocada por visiones excesivamente tópicas o parcialistas, especialmente la publicada en lengua española–. La amplia obra del autor se desarrolló durante la primera mitad del siglo XIX, época en que el racionalismo moderno e historicista comienza a verse sometido a profundas refutaciones desde perspectivas historicistas de cuño romántico. Savigny ejemplifica señeramente esta tendencia crítica, en el ámbito de los estudios jurídicos, desde sus primeros escritos hasta el final de sus días con una coherencia y una honestidad intelectual difícilmente parangonables con otros juristas de su tiempo. No exageramos cuando afirmamos que, con Savigny, tiene lugar el definitivo tránsito de la manera clásica de comprender el derecho, de impronta esencialmente *filosófica*, a la forma contemporánea, la cual lo contempla como un objeto susceptible de un conocimiento propiamente *científico*.

Podemos señalar dos hitos fundamentales en todo este devenir: un primer momento marcado por la publicación en 1814 del mencionado *Vom Beruf*, el cual constituye el primer planteamiento acabado de los presupuestos epistemológicos generales de su metodología jurídica; y un segundo hito, que podríamos considerar como de síntesis reflexionada de toda su metodología jurídica, y que coincide con la aparición en 1840 del *System des heutigen römischen Rechts*³, en el que Savigny dio a esta su forma definitiva.

Toda esta dilatada trayectoria se articula sobre tres presupuestos epistémicos fundamentales: la investigación histórica del *derecho popular*, su noción de sistema jurídico y el estudio del derecho romano, en tanto que modelo históricamente validado de *derecho científico*. Veamos con cierto detalle.

II. El derecho popular y el derecho científico: del *Volksgeist* a la *Rechtswissenschaft* (o de lo político a lo científico)

El origen primero de lo jurídico, según Savigny, reside en el *Volksgeist* o espíritu del pueblo. Se trata de un concepto nuevo en su época, aunque (tal vez por ello) muy ambiguo y bastante oscuro, no solo en el historicismo savigniano, sino también en el contexto histórico-cultural de entonces. Frente a la concepción racionalista moderna de pueblo, que lo entendía bien como una simple agregación o suma de existencias individuales, bien como una suerte de síntesis derivada de una determinada serie de ficciones y abstracciones,

² Ver, en general, FERNÁNDEZ-CREHUET 2008.

³ SAVIGNY 1840-1851. Hay traducción al castellano del volumen I (basada, a su vez, en la traducción al francés del alemán realizada por Ch. Guenoux, *Traité de Droit romain*. Paris, 1840), con el título *Sistema del Derecho romano actual*, llevada a cabo por Jacinto Mesía y Manuel Poley, con prólogo de Manuel Durán y Bas, editada por Centro Editorial Góngora, Madrid, s.a. (también parcialmente reproducida en Granada, Comares, 2005).

por la cual se erige en una construcción autoconsciente que se autoafirma, a su vez, como soberano en sus relaciones con el Estado; el incipiente historicismo romántico alemán de principios del siglo XIX (el cual lo empleó además como argumento político fundamental para legitimar la insurrección alemana contra Napoleón y los ideales revolucionarios franceses en las llamadas Guerras de Liberación) lo entendió como un hecho histórico-psicológico (por ello, natural, necesario), como una unidad espiritual con una vida y un alma particulares, sometidas a procesos históricos llenos de sentido, que escapan a cualquier tentativa de dominio por parte de ninguna racionalidad sistemática. Se vindica así la particularidad histórica de cada pueblo, legitimándose, de este modo, su idiosincrasia propia frente a toda pretensión de absorber su propia individualidad psicológica e histórica por parte de cualquier otro pueblo extranjero, aun cuando este último (como el francés, a principios del siglo XIX en Alemania) se amparase en sacrosantos ideales revolucionarios como los derechos del hombre y una concepción liberal-constitucional de lo político.

Ciertamente, ya Montesquieu había hablado del *Esprit Général*⁴. Sin embargo, a diferencia del romántico *Volksgeist*, lejos de constituir una realidad histórica y psicológica, una individualidad concreta y un principio activo del que emanan el arte, la lengua, las costumbres, etc., de un pueblo, para el francés no es más que una resultante, mero efecto derivado de ese conjunto de elementos que lo componen. De hecho, el predominio de uno u otro elemento condiciona el carácter que finalmente adquiere *l'esprit*, en contraposición con el *Volksgeist*, en el cual no es posible discernir analíticamente tales relaciones entre sus componentes. Esto deriva en una consecuencia fundamental para el legislador, según Montesquieu: necesita conocer, tener en cuenta y respetar el espíritu general de su pueblo para el desempeño satisfactorio de su tarea, pero ello no implica en absoluto que no tenga derecho a transformarlo si presentaba rasgos políticamente nocivos, con lo que, en última instancia, se viene a proclamar la racionalidad jurídica de legislador por encima del espíritu general del pueblo.

Por el contrario, tras la doctrina savigniana en torno al origen del derecho se afirma una óptica eminentemente culturalista, en la medida en que Savigny entiende lo jurídico como un producto cultural del pueblo, al igual que, por ejemplo, su lengua, sus costumbres o su Constitución Política. Tal culturalismo jurídico se sustenta sobre una interpretación psicologista de la historia, en la medida en que es el pueblo, como entidad espiritual y consciente y, en segundo término, el individuo como conciencia integrada en esa entidad superior pueblo, quienes le sirven de soporte gnoseológico frente al dogmatismo historicista y la visión uniforme y racionalista del hombre, propios del pensamiento ilustrado moderno. Ciertamente, estos postulados cuadraban muy bien con la coyuntura política que Savigny vivió durante los años de conflictos bélicos contra Napoleón, ya que permitía también reivindicar el

⁴ MONTESQUIEU 1919, 330.

carácter peculiar de la nación alemana y de aunar fuerzas frente a la invasión napoleónica –y particularmente, frente a su producto jurídico por excelencia: el Code Civile de 1804– y frente a los partidarios de la codificación civil en Alemania, de tal modo que la cuestión del origen del Derecho adoptaba así una clara dimensión política⁵.

Este componente político del derecho está explícitamente reconocido por Savigny, y se expresa en lo que el jurista alemán denomina como derecho popular (*Völkerrecht*): el derecho, al igual que su lengua, nace de manera espontánea e inmediata en el espíritu del pueblo y se manifiesta primordialmente en la costumbre, en tanto que este representa la fase primitiva del desarrollo del derecho, a partir de la cual se desarrolla incesantemente, como elemento propio que el pueblo lleva en sus propias entrañas, en distintas fases, progresivamente más complejas. Tal es, dice literalmente Savigny, el elemento político del Derecho (*das politische Element des Rechts*). Savigny es claro, pues, desde el primer momento, al afirmar la necesaria y primaria politicidad de su concepción jurídica.

Sin embargo, el derecho no se agota en la costumbre; según Savigny, el derecho está sometido a un permanente e ineludible proceso de tránsito hacia una fase posterior, más reflexiva e intelectual –científica, dice Savigny– por la mediación de otro elemento esencial en su desarrollo (en sus propias palabras, el elemento técnico del Derecho –*das technische Element des Rechts*–): la intervención de los juristas, los cuales vienen a sustituir, personificándola, a la natural y espontánea conciencia popular, adquiriendo el derecho así unos perfiles progresivamente más científicos. El resultado de esta intervención técnica es lo que Savigny denomina como Derecho científico (*wissenschaftliches Recht*):

“Se puede observar –escribe el autor– cómo en una civilización creciente, las varias actividades del pueblo se van constantemente separando, y cómo cuanto en un principio era un mismo conjunto, se divide en múltiples ramas distintas: ahora bien, una de esas ramas toca a los juristas. En esta condición, el Derecho se perfecciona del lado del lenguaje y toma un aire científico, y lo que antes vivía en la conciencia popular, conviértese en adelante en materia de la competencia de los juristas, que en tal concepto vienen a representar al pueblo. La existencia del derecho, a partir de aquí, se hace cada vez más artificiosa y más complicada, porque, sin dejar de vivir de la vida del pueblo, se produce al par otra vida, como obra especial de la ciencia, en manos de los juristas”⁶.

⁵ Es archiconocida su polémica en torno a la pertinencia de una codificación civil para Alemania (en el seno de la cual escribió Savigny su *Beruf*), con el jurista Anton Friedrich Justus Thibaut, a raíz de la publicación de su *Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland* (THIBAUT 1814). Sobre la polémica con Savigny, ver mi trabajo: GÓMEZ GARCÍA 2001.

⁶ SAVIGNY 1977 [1814], 18-19, en la edición alemana SAVIGNY 1814, 12. Ver también: SAVIGNY 1878 [1840], 87. En la edición alemana SAVIGNY 1840-1851, 45.

Así pues, del espíritu del pueblo a los juristas en tanto personificación de la conciencia jurídica de ese pueblo, del derecho popular al derecho científico, en tanto producto jurídico del pueblo tamizado por su cientificidad esencial merced a la ciencia jurídica. Es ahora, pues, cuando Savigny arriba directa y frontalmente a la cuestión del método jurídico. En este aspecto, voy a partir del siguiente texto de Savigny (tomado de su recensión del libro de Gönner, *Sobre legislación y jurisprudencia en nuestro tiempo*, dado a la imprenta un año después de la publicación del Beruf), que sintetiza con suma claridad y precisión las bases epistemológicas de su metodología jurídica:

“Según el método que estimo justo, debe investigarse en la variedad de los hechos que la Historia ofrece la suprema unidad, el principio de vida que ha de explicar los fenómenos particulares y espiritualizar, por tanto, el dato material. Lo vario existente tiene, sin embargo, una doble naturaleza, a saber: es en parte simultáneo y en parte sucesivo, y de aquí nace necesariamente una doble actividad científica. El referir lo vario simultáneo a la unidad que en él reside, es lo que constituye el procedimiento sistemático, cuya expresión no debe reservarse, como lo hacen muchos [...] para aquel definir tan solo en vista de consideraciones formales y lógicas”⁷.

Para Savigny, así, el método jurídico está articulado por dos aspectos esenciales: lo vario sucesivo (la sincronía) constituiría la manifestación de la historia, en tanto que lo vario simultáneo (la diacronía) sería expresión del sistema. Es en la suprema unidad (articulación del principio de vida con la variedad y pluralidad de lo dado) donde se vinculan y adquieren auténtico sentido propio cada uno de estos términos en su relación con el otro. Estos son los polos cardinales de la metodología jurídica savigniana: la historicidad del derecho y la sistematicidad del derecho.

III. La actividad de los juristas como actividad científica: la investigación histórica del derecho

Los juristas, según Savigny, confieren al derecho popular, al derecho propio de cada pueblo, las cualidades de objetividad y de universalidad, en suma, de *cientificidad*, transformándolo así en *derecho científico*. De este modo, en el proceso de desarrollo del derecho popular al derecho científico, no existe realmente una quiebra o una censura que implique la contraposición dialéctica entre ambos momentos del desenvolvimiento del derecho de cada pueblo, sino una continuidad esencial. El derecho científico no reviste una naturaleza distinta al derecho popular del pueblo en cuestión, sino que constituye su perfeccionamiento adecuado a la intrínseca complejidad que define los procesos generales de desarrollo de dicho pueblo.

Tal proceder metodológico viene expresado por Savigny en las siguientes palabras tomadas del *Sistema del derecho romano actual*:

⁷ SAVIGNY 1908a, 52. En la edición alemana: SAVIGNY 1850, 140-141.

“Los jurisconsultos ejercen sobre el derecho una doble acción: la una creadora y directa, pues reuniendo en sí toda la actividad intelectual de la nación, desenvuelven el derecho como representantes de esta nación; la otra, puramente científica, pues se apoderan del derecho, cualquiera que sea su origen, para recomponerlo y traducirlo en una forma lógica. Esta última función de los jurisconsultos, nos los presenta en una especie de dependencia y obrando sobre una materia determinada. Pero la forma científica que ellos le imprimen, y que tiende siempre a desenvolver y a completar su unidad, reobra sobre el derecho mismo, le proporciona un procedimiento orgánico, y la ciencia llega a ser un nuevo elemento constitutivo del derecho⁸”.

He aquí la tesis metodológica fundamental que atravesará todo el pensamiento jurídico contemporáneo desde Savigny, ya que abre las bases de varias tematizaciones fundamentales en la teoría jurídica posterior. Por una parte, la clásica discusión en torno a la tarea supuestamente creativa de los juristas en su interpretación del derecho, o meramente reproductiva de la norma. No es difícil advertir que esta doctrina de Savigny constituyó una poderosa reacción iusfilosófica frente al mecanicismo y al abstractismo de los exégetas franceses del código de Napoleón, los cuales no contemplaron estos matices, llegando a erigirse en el punto central de discusión, años más tarde, entre las concepciones jurídicas formalistas y antiformalistas que han atravesado la filosofía jurídica hasta hoy. Por otra parte, la discusión en torno a la intrínseca politicidad de lo jurídico y al modo en que se integra tal politicidad en su científicidad; y, por último, la reactualización del viejo debate en torno a la legitimidad de la doctrina jurídica (de la actividad científica de los juristas) como auténtica y verdadera fuente del derecho.

En efecto, en relación con la cuestión de la supuesta creatividad de la actividad del jurista en su tarea comprensiva de lo jurídico, Savigny plantea –a mi juicio, con gran intuición, ya que adelanta, en buena medida, cuestiones centrales después a propósito de las concepciones hermenéuticas en torno al derecho– la cuestión de la consideración del papel atribuido a los hechos como elementos consustanciales a lo jurídico. Ciertamente, el jurista alemán se preocupa por determinar efectivamente lo que ha llamado antes *elemento político del derecho* en su exigencia de que los jurisconsultos dominen los hechos, la materia jurídica; que sepan apreciarlos y ponderarlos, ya que son expresión de las necesidades y tendencias de la conciencia jurídica popular. La politicidad de lo jurídico se halla, pues, en su materia, en los hechos que contienen virtualmente la juridicidad de un determinado pueblo.

En este sentido, como señalé antes, la postura de Savigny es clara: la investigación del jurista debe centrarse en la indagación y descubrimiento de sus nexos causales hasta arribar al principio que los articula y fundamenta, con el fin de reducirlos a unidad orgánica. La necesaria concurrencia de los juristas en tal tarea, introduce un argumento de peso en favor de su interven-

⁸ SAVIGNY 1878 [1840], 87-88. En la edición alemana: SAVIGNY 1840-1851, 46.

ción creativa en la conformación de lo jurídico para cada pueblo y para caso particular. El modo en que se produce tan ineludible intervención es a través de la reducción del material fáctico (de naturaleza eminentemente histórica, según Savigny) a un producto inteligible dotado de una forma jurídica, esto es, mediante su sistematización por la vía de su tratamiento técnico adecuado, que permita su verbalización clara y precisa. La lógica de la facticidad y de la historicidad de lo jurídico se presenta aquí como el factor metodológico clave para llevar a cabo esta tarea, frente a la lógica fría y calculística preconizada por los juristas formalistas dieciochescos, los cuales entendían este proceso lógico de manera excesivamente abstracta o aplicándolo a conceptos vacíos de contenido fáctico. Así lo expresa el propio Savigny:

“Los juristas necesitan, ciertamente, una doble capacidad: capacidad histórica para recoger con acierto todo cuando hay de característico en cada época y en cada forma del Derecho, y capacidad, que llamaremos sistemática, para considerar toda idea y todo principio en íntima relación y en acción recíproca con el conjunto, que es tanto como decir, en su posición natural y verdadera⁹”.

En suma, el jurista desempeña un papel inicialmente pasivo de la conciencia jurídica colectiva al sustituir al pueblo en este aspecto, pero también es un elemento activo al personificarlo y representarlo. Por lo tanto, se le puede considerar como un verdadero creador del derecho, no en el sentido de que su tarea se desarrolle arbitrariamente, o en el sentido de que cree *ex nihilo* lo jurídico, sino en el sentido de que se ubica en el centro neurálgico de la realidad jurídica, la entiende, y entendiéndola, la produce. La acción lógica de los juristas constituye la extensión reflexiva de la lógica inconsciente inherente a la naturaleza de las cosas: es la reflexión jurídica de la realidad. En este sentido, es productiva e inventiva su actividad, y no solo explicativa y extensiva, ya que pone de relieve los nexos que conforman la trama de la vida jurídica y el principio originario de donde procede. Así, según el jurista alemán, la materia jurídica penetrada y elaborada por la mente del jurista en su unidad profunda da lugar a una nueva vida orgánica que reacciona sobre la materia, volviéndola capaz de nuevos y más amplios desarrollos y producciones (este hecho, por ejemplo, se manifiesta más claramente, según Savigny, en lo relativo al problema de las lagunas del derecho). El límite natural a esta actividad se halla en la historicidad del derecho de cada pueblo, la cual impone al jurista la conciencia del proceso histórico de formación del derecho como algo necesario que condiciona el fin y el resultado de su actividad: la ciencia jurídica. Esta última constituye así una barrera infranqueable a la acción del legislador, el cual debe moverse dentro de los límites, y según lo establecido, por la propia ciencia jurídica. Queda así legitimada la doctrina jurídica como auténtica y fundamental fuente del derecho, a la luz de su historicidad natural.

⁹ SAVIGNY 1977[1814], 52. En la edición alemana, SAVIGNY 1814, 48.

En este sentido, la metodología jurídica savigniana supone una importante novedad con respecto a su precedente más inmediato décadas atrás en Alemania: la llamada *Jurisprudencia culta* (*Elegante Jurisprudenz*), la cual había reivindicado el estudio de la historia del derecho, si bien como simple y mera erudición o como saber subsidiario; en el fondo como algo ya muerto, o a lo sumo como un ámbito de posibilidades que podían resultar útiles para el jurista en un momento dado para su actividad presente. Con Savigny –lo hemos visto antes–, la historia del derecho pasaba a constituirse, sin embargo, en un medio para captar la propia esencia del derecho, y el *sentido histórico* en una cualidad metodológica imprescindible para el jurista, ya que le permite comprender el sentido y las relaciones de lo particular con lo universal y de la parte con respecto al todo, con el fin de entender los procesos históricos de cara a extraer normas para lo que ha de acontecer en el futuro. De esta manera, la historia del derecho y el sentido histórico en torno al derecho pasan a convertirse en los criterios fundamentales de objetividad y de universalidad para el jurista, llegando a cobrar así un protagonismo metodológico central¹⁰.

Tal metodología historicista –y esta es la auténtica novedad del método histórico savigniano– consistía básicamente en la indagación y en la formulación, mediante la interpretación de los hechos, del principio que los genera y los unifica, en la reducción a unidad de lo múltiple existente en la historia, *haciendo vivir al pasado*. Se va más allá, pues, de la simple recolección y elaboración del material histórico; por el contrario, se pretende dominarlo mediante su *espiritualización*, investigándolo y estudiándolo genéticamente en sus principios y en sus desarrollos¹¹.

IV. La actividad de los juristas como actividad científica: la investigación sistemática del derecho

He aquí el segundo presupuesto epistemológico de la metodología jurídica de Savigny, íntimamente ligado al presupuesto anterior, en tanto que –lo acabamos de ver– la investigación y el conocimiento histórico del derecho constituyen la condición primera y fundamental de la ciencia jurídica.

De aquí se deduce una primera característica esencial de la metodología jurídica savigniana: la ciencia del derecho es fundamentalmente *ciencia del derecho positivo*, entendiendo por derecho positivo, el derecho popular investigado históricamente, sobre la base del proceder metodológico que lo *espiritualiza*, de tal manera que tal positividad viene a marcar el ámbito del conocimiento científico-jurídico¹². A diferencia del iuspositivismo de corte formalista clásico (al modo rudimentario en que lo representa, por ejemplo, la escuela exegética francesa), tiene razón Legaz cuando afirma que, para

¹⁰ WILHELM 1980, 17.

¹¹ SAVIGNY 1908b, 56.

¹² ZULETA PUCEIRO 1981, 16-17.

Savigny, la *positividad* del derecho no era *posición* en razón de *causas* o normas fundamentales hipotéticas que constituyen fundamentos abstractos de validez jurídica; sino que el derecho tenía en sí *fuentes*, y por ello no era tanto *positum* (establecido de manera autoritaria), cuanto *datum*¹³. De ahí también su consideración del *Derecho científico* como auténtica fuente del Derecho.

Esta es la clave hermenéutica fundamental, a mi juicio, para comprender el alcance de otro gran postulado metodológico de Savigny: la necesidad del elemento sistemático del derecho para poder hablar de una verdadera ciencia jurídica. Ante todo, debemos indicar que el interés de Savigny por esta dimensión de su metodología jurídica se acentuó, sobre todo, a partir del segundo lustro de la década de los treinta; ciertamente, desde sus inicios estuvo presente esta preocupación en la doctrina savigniana¹⁴, pero no con tanta presencia como la investigación histórica. A ello contribuyó, sin duda, el ambiente académico de aquellos años en la universidad alemana, puesto que fue una época en la que *la cuestión del sistema* se erigió en dominante en el ámbito de la literatura jurídico-científica, especialmente en la romanista¹⁵.

El elemento sistemático, en términos muy generales, consiste para Savigny en la necesidad, que preside toda elaboración científico-jurídica, de actuar sobre los hechos mediante su ordenación lógica, no bajo categorías abstractas, sino según su propio principio informador, indagando en todos los vínculos, lazos y afinidades que existen entre todas las nociones jurídicas, de cara a poner de manifiesto su íntima unidad¹⁶. El sistema, por lo tanto, constituye una totalidad sustentada sobre una racionalidad inmanente y consustancial a tal sistema. A diferencia de la sistemática iusnaturalista racionalista tradicional (y que va a servir de paradigma metodológico para los codificadores), donde el jurista construía el sistema sobre la base de la elección de los principios que consideraba fundamentales por su objetividad (por ejemplo, la idea de naturaleza), a partir de los cuales deducía todos sus elementos, en la sistemática savigniana, por el contrario, la sistematicidad de lo jurídico brota naturalmente de los hechos ordenados bajo el principio ínsito que les dota de unidad y autonomía propias. A partir del *datum* (el *Volksgeist* y la conciencia jurídica del pueblo), el jurista elabora el *constructum*, y no al contrario, de tal modo que no se produce un reencuentro *a posteriori* entre sistema y realidad jurídica, sino que, de tal realidad *mana* –por así decirlo– el sistema. El sistema no fuerza, ni encorseta, a la realidad, sino que la propia realidad lleva en sí el sistema, de tal manera que la actividad científica del jurista se ocupa

¹³ LEGAZ Y LACAMBRA 1979, 109.

¹⁴ Ver la explícita formulación de esta idea en: SAVIGNY 1979, 9 y en SAVIGNY 1977 [1814], 52.

¹⁵ Así, por ejemplo, en 1838 aparecieron las *Pandekten* de Puchta, y un año después la *Theorie des Gemeinen Civilrechts* de Kierulff. Esta tendencia al tratamiento dogmático-sistemático del Derecho vigente se extendió rápidamente por toda la ciencia del derecho privado alemana, dominando los estudios científico-jurídicos.

¹⁶ Ver SAVIGNY 1878 [1840], 53.

de algo que ya es en sí mismo un sistema, en este caso bajo la forma de *organismo*, como algo vivo que se autodetermina *per se*. Su función será, pues, eminentemente heurística (buscar, preguntarse por, hallar, etc. el sistema que preexiste en la realidad que constituye su objeto), tratando de *reconstruirlo* – no *construirlo* desde la nada– mediante una labor de análisis y de síntesis, de descomposición de lo dado y de recomposición en el sistema¹⁷.

Este *realismo sistemático* de Savigny se sustenta sobre tres aspectos. En primer lugar, su epistemología holística, *organicista* (característica del Romanticismo de su época), en virtud de la cual todo lo real que tiene vida, adopta la forma de un organismo. En segundo lugar, todo lo que se piensa y concibe tiene automáticamente valor de realidad, de modo que el sistema no es solo una mera construcción teórica, ideal, sino una condición real de las cosas, ya que las ideas se piensan porque son reales, siendo la tarea del pensamiento sistemático el indagarlas, explicitarlas y comprenderlas. En tercer lugar, el sistema se legitima porque surge desde la realidad jurídica más profunda (la realidad representada por el *Volksggeist*), la cual es más profunda incluso que el propio sistema, y que conforma el derecho popular en la conciencia jurídica del pueblo. Su naturaleza sistemática tiene aquí su origen primero, y la sistematicidad que debe revelar el jurista responde lógicamente, en último término, a la naturaleza unitaria, total, simultánea y coherente del pensamiento colectivo del pueblo.

Así pues, el sistema deja de ser un simple producto racional, para pasar a ser un producto natural e histórico; ya no es metalenguaje científico, sino propiamente lenguaje que tiene su relación y su correspondencia directa y necesaria con las cosas que nombra. La ciencia jurídica ya no actúa en el derecho configurándolo, sino que se confunde con él en un discurso común. En consecuencia, la *idea sistemática* no se reduce a la mera *exposición de las formas exteriores del derecho*, ya que no hay cesura entre el sistema jurídico y el objeto de la ciencia jurídica, aunque sea en el nivel de la ciencia donde se manifieste exteriormente. De esta manera, el sistema compromete el origen, la esencia y el contenido mismo del derecho.

¿Qué elementos articulan el sistema jurídico, según Savigny? Según su grado de abstracción, estos serían la relación jurídica, la institución jurídica (el instituto jurídico) y la norma jurídica. Ciertamente, la metodología heurística e inductivista del jurista alemán no podía partir de otro elemento que la *relación jurídica*: si lo dado es el punto de partida para conocer el derecho, el elemento primero y básico en que se le manifiesta empíricamente no puede ser otro que la relación jurídica. Esta es, para Savigny, una relación vital, de

¹⁷ Se ha visto aquí, con razón, una poderosa influencia del racionalismo kantiano en la metodología jurídica savigniana, ya que la materia jurídica comporta, de suyo, la necesidad de una forma racional que la dote de una mínima inteligibilidad, de tal modo que la relación entre materia y forma no se entienda bajo patrones tan radicalmente idealistas, sino bajo una relación de dependencia mutua, mucho más *realista*, más apegada a las cosas. (Ver HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS 1979, 293-303.)

naturaleza orgánica, que se da, de forma inmediata e inescindible, en la propia realidad jurídica. La relación jurídica surge orgánicamente, se desarrolla orgánicamente y se compone, a su vez, de dos elementos que la integran orgánicamente: el *material*, como *una materia dada, la relación misma*, dice Savigny, como *un simple hecho*; y el *formal*, como *la idea de derecho que regula esta relación, el elemento plástico que ennoblece el hecho y le impone la forma del derecho*¹⁸, y que es expresado por la norma jurídica. Por lo tanto, la relación jurídica constituye una especie de microsistema de naturaleza orgánica, compuesto de elementos que se equilibran y limitan mutuamente, y que reproducirían –y presupondrían– el orden jurídico general. Lo real concreto y lo ideal abstracto se conjugan equilibradamente en la relación jurídica y, por ello, la relación jurídica representa el elemento sistemático esencial para entender la idea de sistema jurídico en la metodología savigniana.

En el seno de la relación jurídica es donde se contiene también el elemento de juridicidad que había sido clave en toda la teoría jurídica moderna: el derecho subjetivo. Esto es muy importante porque, en Savigny, el derecho subjetivo debe entenderse bajo el modelo sistémico representado por la relación jurídica –y no al revés, como en el iusnaturalismo racionalista liberal–, y dándose además en su dimensión más realista: *como un poder del individuo* donde reina su voluntad y el consentimiento de todos con respecto a ella. Fiel a la tradición romanista en la que pretende inscribirse Savigny, tal derecho subjetivo aparece, en toda su extensión, en el momento judicial del derecho: cuando, ante su ataque o negación (ante un conflicto jurídico), es reconocido y delimitado por un juez, como una cara diversa, abstractamente considerada, de la relación. Como digo, esta concepción del derecho subjetivo es muy importante para entender la metodología jurídica savigniana, ya que el jurista alemán no concibe la ciencia jurídica como un sistema de derechos subjetivos ordenados con arreglo a un criterio epistémico determinado (por ejemplo, el de jerarquía), al modo iusnaturalista moderno, sino como un sistema que, epistemológicamente, se autoconcibe como más *realista*, más apegado a la vida y a la realidad jurídica. Abstractar de la relación jurídica el derecho subjetivo, como una faz de la misma (abstractarlo del mundo, en suma), supone quebrar, en cierto modo, ese realismo, mediante tal operación de abstracción que la aísla y la extrae de aquella conceptualizándola en la forma de derecho subjetivo. Esta fue la dirección que, por ejemplo, tomó Puchta en el seno de la Escuela histórica del derecho heredando la concepción de Wolff, y que derivó en un determinado conceptualismo que daría lugar, como uno de sus resultados paradigmáticos, al formalismo kelseniano. Sin embargo, considerar el sistema jurídico desde el derecho subjetivo es, para Savigny, mistificarlo, puesto que, en tanto elemento aislado conceptualmente de la relación jurídica, no permite dar cuenta de la sistematicidad del derecho en su totalidad orgánica; a lo sumo, puede servir como criterio sistematizador en el orden de los principios, y de manera bastante limitada.

¹⁸ SAVIGNY 1878 [1840], 258 y 259. En la edición alemana, SAVIGNY 1840-1851, 333.

Por ello el derecho subjetivo no es, en la metodología jurídica savigniana, un elemento esencial del sistema, denotando así, ya desde sus mismas bases, su inclinación hacia lo histórico, hacia lo concreto, más que hacia lo abstracto y lo conceptual. En este aspecto, en relación con toda la tradición iusnaturalista moderna y bajo ciertos límites, la metodología jurídica savigniana resulta sugestivamente audaz e innovadora. Savigny muestra aquí una paradoja fundamental que atraviesa todo el pensamiento jurídico de la Modernidad: cómo un retorno a las fuentes clásicas romanas al modo tan ortodoxo en que es realizado por Savigny puede significar un replanteamiento novedoso en un contexto presidido por ideas declaradamente *modernas*.

Ubicada en el siguiente nivel de abstracción, con respecto a la relación jurídica, la *institución jurídica* no es, para Savigny, algo que se dé empíricamente en lo real, sino una determinada aprehensión conceptual de tal realidad que permite comprenderla. En este sentido, como concepto, es *real*, y no por ser más abstracta que la relación jurídica, deja de ser real, sino que ostenta una naturaleza ontológica distinta. Constituye el primer punto de determinación de las diversas materias que regula el derecho y que, además, permite ordenar las distintas relaciones jurídicas en las normas. Lo abstracto (la institución jurídica), dice Savigny, es susceptible más fácilmente de ser manejado arbitrariamente que lo concreto (la relación jurídica), lo cual se nos presenta ya de una determinada manera¹⁹. Esto es muy importante para entender el rumbo posterior que siguió la Escuela histórica alemana durante todo el siglo XIX, escindida básicamente en dos tendencias, la historicista y la conceptualista, en la medida en que una y otra tendencia tomaban a la relación o a la institución jurídica como punto de referencia principal en su elaboración histórico-sistemática del derecho.

Sin embargo, la institución jurídica, como concepto, no era pensada por Savigny en un sentido analítico, sino también holísticamente, como un concepto de naturaleza orgánica, en consonancia con la organicidad que caracteriza a la relación jurídica. No obstante, su condición abstracta la diferencia aquí también claramente de la concreción que es propia de la relación jurídica, puesto que, en esta última, sus partes se articulan en función de los elementos reales, contingentes y concretos que se dan en ella, mientras que en la institución la ordenación es puramente conceptual. En todo caso, tanto relación como institución conforman un sistema en sí mismas –un sistema de relaciones y un sistema de instituciones–, aun cuando las relaciones se integren en las instituciones. Ello supone que el sistema es uno y único, tanto para unas como para las otras, aunque se trate de dos realidades de distinto tipo: la relación se encuentra en lo real, en lo concreto; y la institución en lo racional, en lo abstracto.

El siguiente elemento sistemático es la *norma jurídica*. Savigny entiende que la institución jurídica preexiste, preconditiona a la norma jurídica, ya

¹⁹ SAVIGNY 1878 [1840], 67. En la edición alemana, SAVIGNY 1840-1851, 10.

que esta última no es otra cosa que una conceptualización (una abstracción, en suma) de la realidad y, por lo tanto, depende de la institución o la presupone²⁰. Ambas, institución y norma jurídica, comparten pues su naturaleza abstractiva, si bien (como digo) aquella presupone a esta, ya que la norma ha de tener en cuenta, en su regulación concreta, a la institución, la cual le otorga su naturaleza abstracta y le indica el tipo (o tipos) de relación jurídica que subyace a tal regulación²¹, ya que las instituciones constituyen tipos que se refieren a las relaciones de vida, las relaciones jurídicas. Por lo tanto, en relación con la norma, la institución jurídica constituye una suerte de esquema conceptual, en virtud del cual una relación preordenada pasa a convertirse, por la mediación de la norma, en una relación ordenada jurídicamente en base a los ámbitos específicos de correspondencia con la realidad que les indican y asignan las instituciones. La norma rige relaciones jurídicas, las cuales se encuentran dominadas, en sus elementos, por la institución, de tal manera que la institución domina a la norma, puesto que el legislador debe contemplar la sistematicidad orgánica de la institución y tomar de esta los conceptos básicos de los que se nutre el lenguaje de las normas. En efecto, se entiende así, desde una perspectiva epistemológica, que la ciencia del derecho, para Savigny, simplemente se limite a descubrir o reconstruir, más que a añadir nada nuevo. De este modo, la integración de la norma en el sistema se efectúa mediante su incardinación en las instituciones, ya que estas no designan al conjunto de normas, sino que establecen la propiedad o cualidad común que hace de tales normas un conjunto; esto es, la razón que individualiza y dota de unidad a una misma materia como objeto de normas jurídicas diversas.

La institución es –dije antes– *conceptual*, lo cual, en la epistemología savigniana, explica que la institución preexista a la norma, y que esta última, aún sin tener capacidad para agotar la naturaleza orgánica de aquella, deba responder a su organicidad y tomarla como base. Así pues, en Savigny, el sistema de instituciones precede epistemológicamente al sistema de normas.

Así pues, ¿qué papel juega en la concepción sistémica savigniana el *concepto*? A Savigny se le ha tildado frecuentemente de *conceptualista*, y en última instancia, de ser un iusnaturalista más en la tradición de los grandes iusnaturalistas sistemáticos alemanes modernos. A diferencia del principal representante de la tendencia conceptualista de la Escuela histórica alemana, Georg Friedrich Puchta, para quien el sistema jurídico constituye una *pirámide de conceptos* derivada de una suerte de *genealogía de los conceptos* y sustentada sobre una pura lógica formal (prefigurando, como dije, el formalismo conceptualista que sería la base, décadas más tarde, del formalismo kelseniano)²², para Savigny el concepto no tiene entidad en sí mismo, como

²⁰ SAVIGNY 1878 [1840], 66. En la edición alemana, SAVIGNY 1840-1851, 9.

²¹ SAVIGNY 1878 [1840], 66-67. En la edición alemana, SAVIGNY 1840-1851, 9-10.

²² Ver PUCHTA 1841, 101.

elemento particular del sistema jurídico, sino que representa el medio metodológico ineludible para comprender y nombrar las cosas. Pues, qué son las nociones fundamentales de relación jurídica e institución, sino conceptos. Así pues, el concepto jurídico es algo implícito, tanto a la relación como a la institución jurídica, algo que –podríamos decir– *va de suyo*, ya que, como he dicho, tanto una como la otra presuponen al sistema, en la medida en que constituyen abstracciones conceptuales derivadas de lo real (directamente la relación jurídica, e indirectamente la institución) que, finalmente, vienen a otorgar su forma orgánica al propio sistema. La lógica propia de los conceptos (esto es, aquello que les confiere su abstracción y su universalidad) es la que constituye formalmente al sistema a través de sus relaciones y conexiones.

A partir de aquí, para Savigny, la sistematicidad jurídica, como digo, es de naturaleza orgánica, holística, por encima de cualquier consideración particularizada de un sistema jurídico. Asimismo, entre los diversos sistemas jurídicos existe una vinculación sistemática, ya que sus elementos participan de su sistematicidad jurídica, de tal modo que en la totalidad del sistema se manifiesta la naturaleza de cada parte. Esto no significa que el sistema jurídico no se desarrolle en el tiempo y no mute en cuanto a sus características y perfiles particulares, debido al incremento y a la transformación de sus relaciones, de sus instituciones y de sus normas jurídicas; lo que no varía (aquí reside la condición *natural* del sistema) es la naturaleza orgánica de sus conexiones, su *esencia sistemática*, que permanece inalterada cualquiera que sea la dimensión y perspectiva con que se considere su sistematicidad; en suma, los conceptos jurídicos que articulan y manifiestan tal sistematicidad. En este sentido, se explica que exista una diferencia de proporción entre relación jurídica y sistema jurídico: el sistema no es una *macro-relación jurídica*, sino que la relación es, muestra o lleva implícito un *microsistema jurídico*, de tal modo que el sistema es algo real, con una naturaleza ontológica propia. Tenemos aquí el argumento principal que legitimará, décadas más tarde, la articulación de una disciplina referencial para la dogmática jurídica como la *teoría general del derecho*.

Por esta vía se produce la total vinculación metodológica, en Savigny, entre derecho y ciencia del derecho –entre la ciencia y su objeto–, al tener ambos una naturaleza ontológica en sí misma que los conecta. Así se explica la célebre afirmación savigniana, contenida ya en el *Beruf*, de que *los juristas calculan con sus conceptos*:

“Cada parte del derecho –escribe Savigny– tiene tales o cuales puntos, de los que se derivan los demás, y los cuales se pueden denominar teoremas fundamentales. Señalar estos, y a partir de ellos descubrir la íntima relación y la afinidad que tienen con todos los principios y teoremas jurídicos; he ahí lo más difícil de nuestra ciencia, y esto es lo que da a la obra de los juristas un carácter científico²³”.

²³ SAVIGNY 1977 [1814], 28. En la edición alemana, SAVIGNY 1814, 22.

En suma, el objetivo principal del método sistemático de Savigny es comprender, como un todo coherente, la totalidad de las normas jurídicas y de las instituciones jurídicas que le sirven de base. Tan alta importancia del sistema en la epistemología savigniana habilita para afirmar, sin temor a caer en imprecisiones, que con Savigny el sistema se erige y consolida plena y definitivamente en la terminología y en el lenguaje de la ciencia del derecho, constituyéndose como tópico fundamental de la misma.

V. La actividad de los juristas como actividad científica: el estudio y la actualización científica del derecho romano

He aquí el tercer presupuesto epistemológico que indicábamos en la concepción metodológico-jurídica savigniana. El derecho romano constituye el auténtico modelo de la epistemología jurídica de Savigny y, en consecuencia, resulta imprescindible su estudio desde un punto de vista *científico* porque, a juicio del jurista alemán, representa el modelo ejemplar, históricamente validado, de *derecho científico*; es más, es el derecho científico por excelencia, ya que responde a la brillante y aquilatada tarea metodológica desarrollada, hace siglos, por parte de los juristas romanos. A esto se une una razón de carácter histórico: el carácter expansivo del derecho romano al constituirse en el derecho común en su desarrollo histórico posterior, participando así en la formación y desarrollo del derecho vigente en Alemania, lo cual, a la luz de una metodología jurídica historicista como la savigniana, hacía inexcusable su conocimiento y estudio²⁴.

Por ello, se puede decir que Savigny es un verdadero *clasicista* (o *neoclasicista*, según determinados intérpretes de su doctrina), al ir a beber directamente de las fuentes jurídicas clásicas y de su tratamiento metodológico por parte de los juristas romanos, para nutrirse en su elaboración metodológica. De ahí que tenga razón Aldo Schiavone cuando afirma que, con Savigny, se da una recuperación *en clave acentuadamente metodológica y ejemplar* de la ciencia jurídica romana²⁵.

En efecto, en el derecho romano se halla, según el jurista alemán, el núcleo fundamental de la ciencia jurídica moderna. Los modos de trabajo, la elevada perfección de sus métodos y la elaboración conceptual de los juristas romanos representaban un modelo *metahistórico* que toda ciencia jurídica que se pretendiese madura debería esforzarse en reproducir. La impersonalidad del trabajo de los juristas romanos, cuya ciencia jurídica era resultado de una labor lenta y progresiva de generaciones, bajo un mismo espíritu y método, admiraba mucho a Savigny por lo que tenía de gran obra común de un pueblo, y por aunar ejemplarmente historicidad y sistematicidad (en definitiva, por su científicidad)²⁶.

²⁴ SAVIGNY 1908a, 32.

²⁵ SCHIAVONE 1986, 61.

²⁶ SAVIGNY 1977 [1814], 35. En la edición alemana, SAVIGNY 1814, 29.

Tan alta consideración no era meramente circunstancial o arbitraria, sino que respondía a una notable coherencia metodológica acorde con los presupuestos epistemológicos que presidían su concepción jurídica general. Una primera razón de tal reivindicación del derecho romano clásico era, para Savigny, la gran capacidad de los juristas romanos para atenerse a los *principios fundamentales* del derecho y para tratarlos científicamente:

“En nuestra ciencia –escribe Savigny– toda verdad emana de un cierto número de principios fundamentales: ahora bien; estos son los que verdaderamente constituyen la grandeza de los jurisconsultos romanos [...]. La idea y los teoremas del derecho no aparecen en ellos como creación arbitraria, antes bien, son verdaderos seres reales, cuya existencia y genealogía se les ha manifestado en virtud de un hábito familiar muy prolongado. Así nació en ellos una seguridad en todo su procedimiento, que se parece a las Matemáticas; puede decirse, sin temor de exagerar, que calculan con sus ideas²⁷”.

La analogía con la Matemática no es baladí, ya que, en el seno de la cultura jurídica germana de la época, esta representaba el modelo fundamental de ciencia, tan ansiado por el jurista alemán para el derecho: metodológicamente, lo que eran los números y el cálculo en la Matemática, venían a ser los conceptos en la ciencia jurídica; y el derecho romano representaba el saber jurídico donde, por primera vez y para siempre, esta conciencia de *cálculo* por parte de sus cultivadores, había devenido patrimonio colectivo de la tradición científico-jurídica.

A la anterior se une una segunda razón para considerar al derecho romano como referencia metodológica fundamental: la excelencia técnica del lenguaje de los juristas latinos, el cual era capaz de dar cuenta sintéticamente de toda la riqueza y variedad de manifestaciones del derecho en una unidad comprensiva, facilitando así la exigencia metodológica de certeza científica que toda ciencia que se precie debe atesorar²⁸. Por lo tanto, el derecho romano disponía ya de un lenguaje técnico-jurídico suficientemente apto para llevar a cabo una ciencia jurídica digna de tal consideración.

Asimismo, una tercera razón (muy importante) era la indistinción, en la actividad de los juristas romanos, entre elaboración teórica y aplicación práctica del derecho, de tal modo que la relación entre teoría y praxis de lo jurídico era plena y armónica, debido a la gran y muy viva intuición jurídica del pueblo latino, la cual tenía la capacidad para obtener siempre un resultado científico partiendo desde el caso práctico²⁹. Esta actividad consistía, según Savigny, en la objetivación del principio teórico en el caso particular y, a su vez, cada caso constituía la objetivación de un principio, logrando así la coexistencia e integración recíproca de lo particular en lo universal. Mediante

²⁷ SAVIGNY 1977 [1814], 34. En la edición alemana, SAVIGNY 1814, 28-29.

²⁸ SAVIGNY 1977 [1814], 35. En la edición alemana, SAVIGNY 1814, 29-30.

²⁹ SAVIGNY 1977 [1814], 36. En la edición alemana, SAVIGNY 1814, 30.

la delimitación y objetivación del caso particular, con el posterior y minucioso análisis de sus elementos, su confrontación con otros casos y su estudio final en relación con todo el organismo jurídico, los juristas romanos lograban dotarle de sentido y criterio, de manera que cada caso particular constituía el núcleo del que podía derivarse teóricamente toda la ciencia jurídica: la actividad teórica se revelaba en la comprensión del todo (expresado en la sustancia psicológica e histórica de la que nace el derecho), mientras que la actividad práctica era la contemplación del caso particular en la unidad del todo, en sus relaciones con los diversos y múltiples aspectos de la vida colectiva. De esta manera, teoría y práctica se relacionaban entre sí como el todo y la parte, como lo uno y lo múltiple, y como lo idéntico y lo diverso.

Para un historicista como Savigny, esta idea resultaba enormemente sugestiva, ya que resolvía epistemológicamente la tensión entre la nacionalidad y la particularidad del derecho alemán, y la universalidad y generalidad que son propias de todo conocimiento jurídico científico. De ahí, también (esta es la cuarta razón), su vindicación del gran valor educativo y formativo del derecho romano, ya que los juristas romanos habían ya experimentado, en su actividad, el proceso de conciliar las exigencias de la ciencia con las de la práctica jurídica, frente a quienes consideraban al derecho romano como una especie de *ratio scripta*, que, a lo sumo, servía como objeto de erudición a partir del estudio dogmático de sus principios supremos y generales de justicia. El derecho romano es el ejemplo clásico de formación de un derecho que se sustenta, no solo sobre criterios teóricos, sino también teniendo en cuenta la realidad jurídica, lo cual muestra la posibilidad de someter la práctica jurídica a un tratamiento científico, restaurando la unidad perdida, efectuada con el racionalismo jurídico moderno, entre teoría y praxis jurídicas.

En suma, Savigny ve en el estudio y cultivo del derecho romano, a la luz de su metodología historicista, el principal motor de progreso de la ciencia jurídica alemana de su tiempo, hasta el punto de erigirse en uno de los grandes postulados metodológicos del historicismo jurídico alemán, representado por su principal tendencia durante prácticamente todo el siglo XIX: la romanista³⁰.

Conclusiones

Desde un punto de vista epistemológico, para Savigny, el derecho es simultáneamente *historia* y *sistema*; es un producto *histórico* de un determinado pueblo y su naturaleza es *sistemática*, responde a un orden natural que lo determina históricamente. Asimismo, la historia jurídica es, en sí misma, siste-

³⁰ La tendencia germanista de la Escuela histórica alemana estuvo ejemplarmente representada por Georg von Beseler. Compartiendo los presupuestos básicos savignianos sobre el origen del derecho en el *Volksgeist*, sin embargo la discrepancia fundamental con la tendencia romanista residía en su más baja consideración del papel de los juristas en el desarrollo del mismo, ya que para los germanistas seguía siendo el pueblo el auténtico protagonista, por encima incluso de los juristas, y la costumbre la principal fuente del derecho (BESELER 1843, 59 y 82-84).

ma, y el sistema jurídico, del mismo modo, historia. En consecuencia, el método jurídico, en lo que tiene de histórico, debe ser sistemático si aspira realmente a comprender la historia, su evolución y sus procesos; y viceversa: el sistema es asimismo algo inserto en las entrañas de la historia y, por lo tanto, no debe olvidarlo, ya que forma parte de ella. De ahí que el sistema jurídico sea, para Savigny, holístico, orgánico; y el método deba ser, pues, organicista, si quiere ser *realista*; esto es, si quiere adecuarse a su objeto.

¿Cómo comprender y explicar metodológicamente tales presupuestos? La historicidad del derecho se muestra, según Savigny, en la relación jurídica; su sistematicidad en la institución jurídica. Ambos elementos esenciales se conjugan y manifiestan modélicamente en un producto histórico concreto: el derecho romano. En efecto, en la Roma antigua eran los juristas los verdaderos intérpretes de la historia jurídica y, sobre la base de este trabajo hermenéutico, fueron quienes forjaron y desarrollaron la ciencia jurídica romana.

Así pues, Savigny es, ante todo, un jurista, no un filósofo, ni un teólogo, ni un moralista que en su reflexión se vea obligado a pensar lo jurídico: es uno de los primeros ejemplos, en la historia del pensamiento jurídico, de jurista que reflexiona filosóficamente sobre su objeto, *desde dentro del derecho* –como diría Bobbio– para comprenderlo y explicarlo, adoptando un punto de partida y una perspectiva inequívocamente jurídica (en su caso, *histórico-jurídica*). Esta es una de las innovaciones más claras que introduce Savigny en la epistemología jurídica contemporánea: la valorización de la historia jurídica como medio de comprensión de lo jurídico. Es evidente que el desarrollo de la historia del derecho, como disciplina, está totalmente marcada por la figura de Savigny, de la cual es uno de sus padres fundadores.

Asimismo, la sistemática jurídica experimenta con Savigny una profunda reformulación y desarrollo. La historicación del sistema jurídico efectuada por el jurista alemán, supone abrir incipientemente la puerta a perspectivas ius filosóficas más empiristas y menos toscamente formalistas, si entendemos por formalismo jurídico concepciones como la de la Escuela de la exégesis francesa o la sistemática alemana de un Puffendorf o de un Wolff. Quedan, de algún modo, legitimados así metodológicamente, para la ciencia jurídica, los procedimientos gnoseológicos inductivos, frente a los puramente deductivos; los sintéticos, frente a los analíticos.

Sigue habiendo, obviamente, un alto grado de conceptualismo jurídico, pero con Savigny, el conceptualismo iusnaturalista precedente se tamiza, en buena medida, por lo histórico, de tal modo que ciencia e historia se relacionan ahora de modo distinto a como lo hacían bajo el iusnaturalismo anterior, es decir, no bajo una dialéctica en la cual los dos polos resultan irreconciliables, sino bajo una perspectiva más integradora que pretende dotar a la ciencia jurídica de un cierto *sentido histórico*, deudora de la historicidad natural y existencial de lo jurídico.

A partir de la metodología jurídica de Savigny, la ciencia jurídica y los juristas ostentan la tarea y la función de determinar los verdaderos principios jurídicos, de desarrollarlos y de aplicarlos, adquiriendo una importancia y una fuerza obligatoria que trascienden el hecho de ser o no reconocidos por el legislador positivo de turno, lo cual ha implicado la afirmación del estatus epistemológico propio e irrenunciable de la ciencia jurídica y de los juristas, con independencia de cualquier coyuntura política y jurídica concreta.

De algún modo, Savigny es el embrión de una tendencia en la ciencia jurídica contemporánea que abre nuevos espacios de reflexión a lo histórico, a lo psicológico y a lo sociológico, forjando así las bases de un nuevo positivismo jurídico que ve la *ratio iuris* en lo real, en la vida, en la mutabilidad de la historia, en un cierto sentido de la diferencia, de lo diverso y de lo plural. De alguna manera, la figura de Savigny se inscribe en una tradición de pensamiento germana, que se acentúa a partir del siglo XIX, que vino a acelerar el proceso de *historización* de aquellas disciplinas que más tarde se llamaron *Geisteswissenschaften* o *ciencias del espíritu*, y que vendrían a tematizar y problematizar todas las cuestiones epistemológicas fundamentales de la ciencia jurídica de todo el siglo XX hasta nuestros días.

Bibliografía citada

- BESELER, Georg von (1843): *Volksrecht und Juristenrecht* (Leipzig, Weidmannsche Buchhandlung), 364 pp.
- FERNÁNDEZ-CREHUET LÓPEZ, Federico (2008): *La perspectiva del sistema en la obra y vida de Friedrich Karl von Savigny* (Granada, Comares), 252 pp.
- GÓMEZ GARCÍA, Juan Antonio (2001): *El historicismo filosófico-jurídico de F.K. von Savigny* (Madrid, UNED), 303 pp.
- HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, Antonio (1979): "La noción de sistema en Savigny", en: *Revista de Ciencias Sociales*, N° 14, pp. 273-408. Número monográfico dedicado a Savigny y la Ciencia del Derecho (Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales de la Universidad de Chile, Valparaíso).
- LEGAZ Y LACAMBRA, Luis (1979): *Filosofía del Derecho* (Barcelona, Bosch), 836 pp.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat (1919): *De l'esprit des lois* (Paris, Ernest Flammarion editeur), T. I, 432 pp.
- PUCHTA, Georg Friedrich (1841): *Cursus der Institutionen* (Leipzig, Breitkopf und Härtel) T I, 720 pp.
- SAVIGNY, Friedrich Karl von (1908a): "Recensión del libro de N. Th. Gönner sobre legislación y jurisprudencia en nuestro tiempo (Erlangen, Palm, 1815)", en: SAVIGNY, EICHHORN, GIERKE, STAMMLER, *La Escuela histórica del Derecho. Documentos para su estudio* (trad. de Rafael Atard, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez), pp. 29-82.
- _____ (1908b): "Sobre el fin de la Revista de la Escuela Histórica", en: SAVIGNY, EICHHORN, GIERKE, STAMMLER: *La Escuela histórica del Derecho. Documentos para su estudio* (trad. de Rafael Atard, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez), pp. 11-27.
- _____ (1814): *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (Heidelberg, Mohr und Zimmer), 162 pp.
- _____ (1840-1851): *System des heutigen römischen Rechts* (Berlin, Veit) 8 vols. Bd. I-III (1840), Bd. IV-V (1841), Bd. VI, 1 Abt. (1846), 2 Abt. (1847), Bd. VII (1848), Bd. VIII (1849, mit Quellenregisterband 1851).
- _____ (1850): *Vermischte Schriften* (Berlin, Aaelen Acientia Verlag) T. 5, 414 pp.
- _____ (1878 [1840]): *Sistema del Derecho romano actual* (trad. de M.Ch. Genoux, Jacinto Mesía y Manuel Poley, con prólogo de M. Durán y Bas, Madrid, Centro Editio-

- rial Góngora, S.A.) T. I. (también parcialmente reproducida en Granada, Comares, 2005).
- _____ (1977[1814]): *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho* (trad. de Adolfo Posada, Buenos Aires, Heliasta), 172 pp.
- _____ (1979): *Metodología jurídica* (trad. de J.J. Santa-Pinter, Buenos Aires, Depalma), 89 pp.
- SCHIAVONE, Aldo (1986): *Los orígenes del derecho burgués. Hegel contra Savigny* (Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado), 112 pp.
- THIBAUT, Anton Friedrich Justus (1814): *Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland* (Heidelberg, Mohr und Zimmer), 67 pp.
- WILHELM, Walter (1980): *Metodología jurídica en el siglo XIX* (trad. de Rolf Bethmann, Madrid, EDERSA), 152 pp.
- ZULETA PUCEIRO, Enrique (1981): *Paradigma dogmático y Ciencia del Derecho* (Madrid, Editorial Revista de Derecho privado, Editoriales de Derecho reunidas), 302 pp.

Savigny y Dworkin: ¿Es posible la Teoría del Derecho?

Savigny and Dworkin: Is the Legal Theory possible?

Esteban Pereira Fredes*

Este artículo evalúa el rendimiento que las teorías del derecho de Savigny y Dworkin alcanzan frente a los desafíos de la filosofía jurídica analítica. Se mostrará en qué sentidos la obra de Savigny sostiene una metodología más robusta al momento de satisfacer la teoría del derecho contemporánea.

Palabras clave: F.K. von Savigny, Ronald Dworkin, teoría del derecho, teoría jurídica analítica, metodología jurídica.

This article aims to discuss how Dworkin's and Savigny's legal theories meet the challenges of the analytical legal philosophy. It will be shown in what sense Savigny's work employs a methodology more robust to satisfy the contemporary theory of law.

Keywords: F.K. von Savigny, Ronald Dworkin, legal theory, analytical legal theory, legal methodology.

RESUMEN / ABSTRACT

Introducción

La obra de Friedrich Karl von Savigny es indispensable para los asuntos sobre metodología en teoría del derecho. Su lugar ahí es indisputado y debe aceptarse sin reservas porque sus recomendaciones acerca de cómo estudiar el fenómeno jurídico fueron fundacionales para la metodología jurídica. En lo que sigue, mostraré en qué sentidos sus coordenadas teóricas satisfacen las condiciones que hacen posible la Teoría del Derecho bajo la teoría jurídica analítica contemporánea. En primer lugar, se presentará la tradición analítica de la filosofía del derecho (I). En segundo término, se desarrollarán los momentos de autocomprensión que ha experimentado la teoría jurídica analítica durante las últimas décadas (II). Enseguida, se relacionará la teoría del derecho ofrecida por Savigny con la jurisprudencia analítica a partir de la relevancia del método en ambos prismas (III). Finalmente, se evaluará en forma crítica el rendimiento de las perspectivas de Savigny y Dworkin frente

* Profesor Instructor, Facultad de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago, Chile.
Correo electrónico: esteban.pereira@uai.cl

al desafío esgrimido por el segundo momento de autocomprensión de la filosofía analítica del derecho, sugiriendo que la metodología jurídica propuesta por Savigny puede paradójicamente enfrentar de manera más satisfactoria el desafío contemporáneo de la reflexión jurídica, pese a anteceder en una centuria a la teoría dworkiniana (IV).

I. Tradición analítica de la filosofía del derecho

La construcción de la teoría jurídica analítica enfrenta las dificultades heredadas desde la filosofía analítica configurada desde inicios del siglo XX. Esta línea de reflexiones, cuyos orígenes se sitúan en las obras de Gottlob Frege, Bertrand Russell y G.E. Moore, está marcada por la existencia de gruesas tensiones y el déficit de una identidad consolidada¹. La filosofía analítica se diseñó a la luz de concepciones acerca de la filosofía en constantes disputas, que se han extendido hasta años recientes. Tales controversias pueden identificarse en las siguientes: i) disputa sobre la relación entre ciencia y filosofía, afirmando la subordinación de la segunda a favor de la primera, o bien su legitimidad e independencia de la racionalidad científica; ii) El conflicto entre la búsqueda de un lenguaje perfecto destinado a resolver los asuntos filosóficos y la valoración del lenguaje natural que a diario empleamos en nuestras prácticas lingüísticas; y iii) La apelación a postulados del monismo o asociados a la diversidad del escenario filosófico, procurando configurar una imagen única del mundo o bien la aceptación de su fragmentación y riqueza natural.

Bajo estas coordenadas, la filosofía analítica se vincula no tanto a certezas como a desacuerdos entre las diversas sensibilidades que conviven en el seno de esta tradición en filosofía. Una cuestión similar ocurre en la tradición analítica de la filosofía del derecho. Su construcción intelectual apela a una continuidad de los conflictos de la reflexión filosófica bajo la jurisprudencia analítica. La teoría analítica del derecho no es sino una proyección del cúmulo de preocupaciones a las cuales se abocaron filósofos como Russell, W.V.O. Quine, el Wittgenstein tardío y J. L. Austin. De manera tal que tanto su falta de identidad como las tensiones presentes entre sus distintas aproximaciones fueron reproducidas en la parcela de lo jurídico².

El momento fundacional en la filosofía analítica del derecho de comienzos del siglo XIX, se constituyó gracias a las contribuciones de Jeremy Bentham y John Austin. Sus esfuerzos estuvieron focalizados en controvertir categorías básicas de lo que había sido buena parte de los estudios en teoría del derecho de raigambre anglosajona. En espe-

¹ En este sentido, véase, GLOCK 2008, 204-230.

² Esta tesis se encuentra defendida en PEREIRA FREDES 2015, 283-322.

cial, los influyentes trabajos de *sir* William Blackstone que informaron el *common law* durante los siglos XVIII y XIX. Mientras este entremezcló cuestiones del ser con el deber ser de lo jurídico, Bentham y Austin las separaron categóricamente. Ambos abrazaron tanto un monismo normativo como una metodología empirista. El monismo normativo apuntó a delimitar el ámbito de los análisis sobre el derecho en únicamente aquello que puede calificarse propiamente como parte de *lo* jurídico. Es decir, un conjunto de normas jurídicas o un derecho positivo organizado en términos de sus sanciones y hábitos de obediencia. Como célebremente lo catalogó Hart, hablamos de un modelo imperativista del derecho, reduciendo la complejidad del fenómeno jurídico a un conjunto de órdenes respaldadas por amenazas³. Suscribieron una metodología empirista para dar cuenta de los problemas jurídicos, sugiriendo que la descripción externa del derecho gozaba de un genuino rendimiento teórico. A través de la observación se pretendió explicar lo que el derecho es sin apelar a criterios metafísicos.

El parámetro común de tales posiciones es su expectativa de uniformidad. Un reflejo significativo de la influencia del monismo filosófico en los estudios constituyentes de la teoría analítica del derecho, está expresado en su interpretación de la diversidad del fenómeno jurídico como *un* grupo de mandatos de autoridades y los hábitos de obediencia de sus súbditos, junto a *un* método observacional bajo el cual es posible desplegar las investigaciones jurídicas. Más allá de la efectiva pertinencia de las propuestas teóricas de Bentham y Austin, estas arrojan luces acerca de dos cuestiones cruciales: comenzaba a configurarse la tradición analítica en filosofía del derecho y las discusiones sobre el método comenzaban a protagonizarla. La consolidación de la reflexión analítica con la repercusión ganada por la obra de Hart, no haría sino ratificar la proyección de la filosofía analítica en la teoría analítica del derecho.

El concepto de derecho ofreció un sinnúmero de observaciones críticas a la pertinencia de la filosofía del derecho de mayor atractivo hasta la primera mitad del siglo XX, esto es, el monismo imperativista y el punto de vista externo asumidos por Austin. No obstante lo cual, la evaluación de Hart no versaba *sobre* Austin. Su intento fue más generoso, pues agrupaba a la teoría austiniana del derecho, así como al *tipo* de teoría que el autor inglés encarnó; a saber, cualquier versión del monismo jurídico elaborado desde un prisma externo de las prácticas jurídicas. Esto permitía incluir obviamente a Bentham, pero también a Kelsen, quien se encontraba en una vereda contraria a las teorías inglesas del derecho. Su normativismo esgrimía la existencia de *una* supuesta estructura lógica de las normas jurídicas junto a su apuesta por *un*

³ HART 1963, 16 y 20.

estudio formal del fenómeno jurídico, desvinculándose de elementos tales como moral, ideología y política⁴.

Como se sabe, Hart desafió esta forma de comprender el derecho. Y ejemplificó su imagen en la teoría del derecho de Austin, ya que se trataba de “[...] la concepción que ha dominado en gran medida la teoría jurídica inglesa desde que Austin la expuso”⁵. Al entender el derecho como un complejo de prácticas sociales y lingüísticas, Hart comprometió su análisis con directrices opuestas a aquellas que pretendían descomponerlo a partir de sus elementos más simples y básicos. Su esfuerzo versó por mostrar las deficiencias que adolecía cualquier posición acerca del derecho que lo entendiere a la luz de un parámetro explicativo, junto a un prisma externo de análisis metodológico.

Uno de los rasgos más destacados en el planteamiento hartiano es su apuesta por la diversidad del fenómeno jurídico, traducido como prácticas sociales cuyo sentido y significado es definido por quienes participan en ellas. Lo jurídico está asociado a reglas que cumplen funciones sociales radicalmente distintas entre sí. Un sistema jurídico maduro está conformado por reglas primarias y reglas secundarias⁶. Mientras unas imponen obligaciones y establecen sanciones correlativas a su infracción, otras otorgan facilidades para que los individuos materialicen sus planes personales de vida. A su vez, el derecho como fenómeno social es ininteligible *solo* desde una perspectiva externa, en que quien observa y describe las reglas y las acciones de los agentes, no las acepta como pautas de sus comportamientos. Un estudio robusto del derecho no puede prescindir del punto de vista de los participantes en las prácticas jurídicas, ya que son estos, y no quienes simplemente las observan, quienes definen el significado del derecho.

Tales consideraciones resultan decisivas si el propósito es develar en qué consiste el derecho, explicado como un sistema jurídico propiamente tal y no un mero régimen de reglas, reorientando así la teoría del derecho contemporánea. Desde Hart es pertinente hablar de la jurisprudencia analítica en términos de una tradición en filosofía del derecho. Ya existen desacuerdos y propuestas rivales en controversia⁷. Se trata de esquemas de estudio que, a su vez, fueron informados por las concepciones que generaron las tensiones fundantes de la filosofía analítica. Sitúo mi interés en la historia intelectual de la teoría jurídica

⁴ Según Kelsen, su teoría pura del derecho, “[...] intenta dar respuesta a la pregunta de qué sea el derecho, y cómo sea; pero no, en cambio, a la pregunta de cómo el derecho deba ser o deba ser hecho. Es ciencia jurídica; no, en cambio, política jurídica”. KELSEN 1982, 15.

⁵ HART 1963, 20.

⁶ HART 1963, 99-123.

⁷ Al respecto, véase PEREIRA FREDES 2014b, 391-402.

analítica porque, según se desprende de este proceso, el problema metodológico es clave en su interpretación. Numerosos desacuerdos suscitados en la reflexión filosófica analítica aluden a cuestiones metodológicas y, bajo este contexto, la filosofía analítica del derecho se constituyó en base a una fuerte preocupación sobre el método que sería idóneo para brindar explicaciones acerca del derecho. En la segunda sección revisaré los procesos de autocomprensión de la teoría jurídica analítica que han revitalizado el papel del método en las investigaciones sobre lo jurídico.

II. Momentos de autocomprensión de la teoría jurídica analítica

Al sugerir la presencia de estadios de autocomprensión en la tradición analítica del derecho, aludo a momentos en que la reflexión sobre el derecho se ha ubicado a sí misma como objeto de estudio. A nivel teórico se trata de procesos de segundo orden, en el sentido de que las distintas teorías sobre el derecho en lugar de formular concepciones de este, se preocupan de clarificar el objeto de estudio al cual les corresponde conducir sus esfuerzos teóricos, así como la identificación de una metodología idónea para tal propósito y, finalmente, las explicaciones que debemos esperar de su quehacer teórico. En estos ejercicios de auto-reflexión la teoría jurídica analítica ha procurado definir y redefinir la eventual identidad de la filosofía analítica del derecho. Una cuestión que estuvo en disputa al momento de enfrentarse los esquemas monistas y externos de comprensión de lo jurídico con los parámetros del cotidianismo hartiano⁸.

A mi juicio, hay dos procesos de autocomprensión en la teoría jurídica analítica sobre los cuales vale la pena detenernos. El trabajo póstumo de Hart, elaborado gracias a Penelope A. Bulloch y Joseph Raz que dio fruto al *Post Scriptum*, constituye el primer momento de autocomprensión. De igual modo, los estudios a los cuales Joseph Raz ha enfocado su reflexión teórica, pueden admitirse como el segundo proceso, en que la jurisprudencia analítica se ha puesto a sí misma a prueba como centro de las reflexiones contemporáneas.

1. Post Scriptum

Solo la segunda edición de *El concepto de derecho* publicada en 1994 arrojó al debate la respuesta de Hart a las críticas que Ronald Dworkin le esgrimió casi dos décadas atrás⁹. Entre ambos existían comprensiones rivales acerca de un puñado de preocupaciones centrales en teoría

⁸ Sobre esta reconstrucción, puede consultarse PEREIRA FREDES 2015, 283-322.

⁹ En relación con las objeciones dworkinianas, véase DWORKIN 1984, especialmente, 61-101; 146-208.

del derecho, tales como la conexión entre reglas y principios o la pertinencia de la regla de reconocimiento en los sistemas jurídicos, y de la discreción judicial en los denominados casos difíciles que enfrentaban los jueces en la aplicación del derecho. La aclaración inaugural de Hart es reveladora para dar cuenta de lo que estaba en juego en la discusión entre Hart y Dworkin. En dicho lugar, Hart sugirió que las críticas de Dworkin eran tributarias de un entendimiento sobre la teoría del derecho que era sustantivamente distinto al suyo expuesto en 1961. De ahí que la sección inicial del Post Scriptum se titule "Naturaleza de la Teoría Jurídica". Precisamente, esta observación es un fuerte indicio de que Hart y Dworkin discuten sobre lo que es el derecho, porque ambos proclaman comprensiones sobre la teoría del derecho que se encuentran en abierta contraposición.

La teoría jurídica propuesta por Hart fue general y descriptiva. Su generalidad se explica al no focalizar sus explicaciones en un sistema jurídico o arreglo institucional determinado, sino en abocarse a clarificar la estructura general del pensamiento jurídico¹⁰. Su talante descriptivo, en tanto, descansa en su renuncia a desarrollar un ejercicio justificativo del derecho mediante alegaciones evaluativas. Su estudio del derecho ratificaba la fractura metodológica entre el ser y el deber ser del derecho, marginando a consideraciones valorativas propias de la filosofía moral o filosofía política, que pudieren desarrollarse sobre el derecho. Desde la filosofía del derecho dworkiniana las coordenadas de la teoría del derecho son bastante distintas. Bajo la lectura de Hart, las objeciones de Dworkin subyacen de la teoría del derecho que él suscribió en *Los derechos en serio* de 1977, en términos de una reflexión jurídica particular y evaluativa o interpretativa. Es particular puesto que estuvo dirigida a una cultura jurídica determinada, destinada a dar cuenta de las prácticas judiciales de la comunidad anglonorteamericana. No buscó explicar el fenómeno jurídico en su conjunto. A su vez, se trata de una teoría del derecho evaluativa porque "[...] consiste en la identificación de los principios que 'calzan' o concuerdan mejor con el Derecho establecido y con las prácticas jurídicas de un sistema legal y que, al mismo tiempo, proveen su mejor justificación moral, por lo que muestran al Derecho 'bajo su mejor luz'¹¹.

La contraposición entre ambos prismas sobre la teoría del derecho se transparenta en la explicación acerca del por qué ambos sostienen un desacuerdo sobre el derecho. Hart y Dworkin plasmaron en sus obras de 1961 y 1977 una distinta identidad de la teoría analítica del derecho. Una preocupación importante es la determinación de la metodología bajo la cual entender la filosofía jurídica. Después de todo, las

¹⁰ HART 1963, xi.

¹¹ HART 1997, 228-229.

disputas entre generalidad y particularidad, tal como entre descripción y valoración son propiamente debates metodológicos y en ellos se ha concentrado buena parte de la filosofía analítica del derecho contemporánea. En la óptica hartiana de la teoría del derecho cabe esperar explicaciones generales y neutrales acerca del derecho, mientras tanto, bajo el prisma dworkiniano corresponde exigir a las investigaciones jurídicas proposiciones particulares sobre la aplicación del derecho en ciertas prácticas jurídicas, junto a una empresa justificativa de tales prácticas. Para Hart el teórico del derecho explica al fenómeno jurídico sin modificar las prácticas jurídicas en las cuales participa. Pero en Dworkin el jurista no puede renunciar a modificar el objeto de estudio que interpreta, ejerciendo un proceso de mejoramiento al dotarlo de su mejor justificación posible¹².

2. Condiciones de posibilidad de la teoría del derecho

A partir de la última década del siglo XX, Joseph Raz desplegó un programa de investigación que responde a un nuevo estadio de auto-reflexión de la teoría analítica del derecho. Su *Can There be a Theory of Law?*, originalmente publicado en 2005, sistematizó un conjunto de reflexiones que Raz había desarrollado en trabajos previos. Ahí propuso reformular los objetivos de la teoría analítica del derecho en torno a sustituir la búsqueda de una explicación acerca del concepto del derecho por la explicación de la naturaleza del derecho, esto es, las propiedades que hacen ser al derecho lo que es. El texto de Raz admite ser leído como un esfuerzo hermenéutico para que la jurisprudencia analítica reabra el análisis sobre sí misma. Ello explica el desafío que el autor nos plantea en la pregunta que sirve de título para su artículo. Desde luego que puede haber teoría del derecho, pero para ello es necesario satisfacer condiciones de posibilidad que quizás no se han verificado.

Raz apuntó a las dificultades que el análisis conceptual heredado de la teoría del derecho hartiana enfrenta para proporcionar una explicación acerca de lo jurídico. Influida directamente por autores como J.L. Austin y P.F. Strawson, Hart recomendó el estudio de nociones y usos lingüísticos cruciales para el fenómeno jurídico. De modo que conceptos indispensables para dar cuenta del derecho, como obligación, regla o sanción, constituyen la primera palabra para reforzar nuestra comprensión del fenómeno que subyace a las prácticas jurídicas¹³. La relevancia de *El concepto de derecho* ayudó a la consolidación del

¹² Acerca del debate entre Hart y Dworkin y su relevancia para posicionar la cuestión metodológica en el centro de las discusiones en la filosofía analítica del derecho, pueden revisarse los análisis de LEITER 2012, 209-243 y SHAPIRO 2012a, 143-194.

¹³ AUSTIN 1989, 177.

análisis conceptual como una metodología apropiada para los estudios sobre el derecho. Ese legado es puesto a prueba por Raz.

Bajo su perspectiva, el carácter teórico de la reflexión jurídica exige que esta brinde explicaciones necesarias y universales sobre el derecho, como suele hacerlo cualquier teoría científica respecto de su objeto de estudio. Sin embargo, ese desafío no puede enfrentarse a partir del estudio semántico de cualquier término, incluyendo al de derecho, porque ello supone una explicación contingente y cultural, como lo es todo concepto. Si bien Hart mostró una acabada conceptualización sobre el derecho, nada señaló acerca de lo que es el derecho. Esto último corresponde a la naturaleza del derecho y no así a un estudio meramente semántico.

La pregunta central en Raz es si es posible la teoría del derecho. Y efectivamente lo es, pero verificando ciertas condiciones que la hacen pertinente como una empresa propiamente teórica. Dichos criterios consisten en que la teoría del derecho formule, en primer lugar, “[...] proposiciones acerca del derecho que sean necesariamente verdaderas y, en segundo término, que ellas expliquen qué es el derecho”¹⁴. Por tanto, del modo en que lo entiende Raz, una teoría del derecho exitosa necesariamente provee una explicación de la naturaleza del derecho.

En el panorama de la filosofía analítica del derecho se alteró la primacía que tuvo el análisis conceptual hartiano. Su rendimiento para hacer posible la filosofía jurídica y conseguir lo que pretende, esto es, ser exitosa, fue cuestionado. Julie Dickson recogió este debate metodológico en clave raziana. De acuerdo a su postura, la cuestión central es determinar cuál es el propósito de la filosofía del derecho y la labor de la filosofía jurídica analítica. En efecto, “[...] el interés en la metodología de la filosofía del derecho aumenta cuando no existe progreso en las explicaciones sustantivas sobre la naturaleza del derecho”¹⁵. De manera tal que, bajo el alero de Raz, la teoría del derecho debe formular explicaciones acerca de la naturaleza del derecho. Y es una necesidad urgente desarrollar explicaciones acertadas sobre lo que el derecho es, frente al peligro de descrédito de este proyecto teórico.

Del mismo modo, Scott Shapiro ha clarificado que una teoría analítica del derecho es aquella que “[...] analiza la naturaleza del derecho y las entidades jurídicas [...]”¹⁶. Su propósito es indagar acerca de la naturaleza fundamental del objeto de estudio, es decir, el derecho entendido como una importante institución social que preexiste a todo intento de conceptualización. De ahí que las discusiones metodológicas en la filo-

¹⁴ RAZ 2005, 324.

¹⁵ DICKSON 2006, 15.

¹⁶ SHAPIRO 2012b, 281.

sofía analítica del derecho evidencian el reemplazo de la pregunta central sobre su objeto de estudio. Se trata de preguntas distintas "¿qué es el derecho?" y "¿qué es 'derecho'?". Pero únicamente la primera de ellas es propia de la jurisprudencia analítica. Cuando nos preguntamos por la naturaleza del derecho, procuramos averiguar sobre el objeto referencial al cual se le designa lingüísticamente como 'derecho'. Ello supone explicaciones en términos necesariamente verdaderos y universales que hagan al derecho ser el objeto que es.

Pareciera que el escenario contemporáneo de la reflexión jurídica analítica se articula en base a estas coordenadas. Gracias a este giro metodológico se admite que la naturaleza del derecho constituye el verdadero objeto de estudio de la filosofía del derecho, afirmando que su propósito radica en elaborar explicaciones adecuadas sobre lo que el derecho es, en términos de propiedades esenciales o fundamentales, que no se encuentran sujetas a restricciones contextuales¹⁷. En la tercera sección, insertaremos a Savigny en este cúmulo de propuestas metodológicas de la filosofía jurídica anglosajona.

III. Savigny y la jurisprudencia analítica: el problema del método

Un estudio acerca del método en las investigaciones sobre el derecho no puede desatender la influencia de Savigny. Por supuesto, su rol es independiente de la evolución del debate metodológico en la teoría jurídica analítica, así como tampoco su obra es parte de alguno de los momentos de autocomprensión que antes he descrito.

La filosofía alemana del derecho desarrollada durante el siglo XIX, no posee una conexión conceptual con la filosofía jurídica analítica inaugurada en dicho siglo, y cuyo auge se alcanzó durante la segunda mitad del siglo XX. Sin embargo, de ello no se sigue que ambas tradiciones se encuentren totalmente desconectadas.

Al respecto, un trabajo posterior de Hart puede colaborar con la recepción de los estudios de la filosofía alemana del derecho en la jurisprudencia analítica. En su ensayo "Jhering's Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence", Hart develó la evaluación positiva que bajo su óptica merecían los planteamientos de Rudolf von Ihering, junto a su lamento que tan pocas de sus obras se hubieren traducido al inglés hasta ese momento. Savigny e Ihering son insignes representantes del pensamiento jurídico alemán del siglo XIX. De modo que la recepción hartiana de Ihering sirve para allanar la entrada al análisis de Savigny, pese a la escisión que está presente entre ambas doctrinas sobre el derecho. Según Hart, Ihering criticó con acierto una serie de ras-

¹⁷ Una evaluación crítica sobre la propuesta de Raz en PEREIRA FREDES 2012, 83-104.

gos del estilo de hacer teoría del derecho según el cual los conceptos jurídicos son precisos y cerrados, suponiendo que es posible definirlos en términos de condiciones necesarias y suficientes de aplicación. Bajo tales observaciones, la aplicación de un concepto a un determinado caso consistiría en una simple operación de deducción lógica.

Esto queda patente al apreciar el catastro de contribuciones que de acuerdo a Hart decantan del prisma de Ihering. Sus logros fueron advertir: i) una excesiva preocupación por los conceptos considerados en abstracto sin atender a sus condiciones de aplicación en la vida real; ii) su ceguera frente a los intereses individuales y sociales que son relevantes en el uso y desarrollo de los conceptos jurídicos; iii) la demarcación entre la esencia y las consecuencias jurídicas que se siguen de una regla jurídica o de un concepto jurídico; iv) una ignorancia respecto de los fines y propósitos del derecho; y v) la asimilación errónea entre los conceptos jurídicos a los conceptos y métodos de la ciencia y las matemáticas¹⁸.

Hart también participaba de su diagnóstico crítico, combatiendo la teoría del derecho que Ihering atacó. Ella afirmaba una creencia según la cual los conceptos jurídicos y reglas jurídicas están dotados de un rigor y exactitud que elimina la necesidad de algo distinto al razonamiento deductivo. Mediante el congelamiento del significado de una regla jurídica o de un concepto jurídico, a partir de sus elementos necesarios y suficientes, es posible prejuzgar los casos de aplicación, resolviendo por adelantado cuestiones que solo podemos determinar cuándo sus circunstancias son conocidas¹⁹. Este vicio asociado al *Begriffshimmel* o conceptualismo en el proceso judicial, marca la coincidencia entre Ihering y la filosofía analítica del derecho en la cual Hart insistió en insertarse. Curiosamente, durante las dos etapas de la jurisprudencia analítica que Hart muestra, la primera asociada a Bentham y Austin y, en tanto, la segunda diseñada tras los postulados de la filosofía del lenguaje acerca de los conceptos lingüísticos, se preservan estos criterios comunes.

Esta segunda expresión es deudora de Wittgenstein y J.L. Austin y por esta vía se internalizaron dos reveladoras conclusiones en la esfera del derecho. De un lado, la tesis según la cual los conceptos empíricos y no solo los de carácter jurídico carecen de reglas lingüísticas para prever todas las posibilidades imaginables, de modo que constituye un sinsentido buscar definiciones concluyentes y exhaustivas de los conceptos. De otro, el uso realizativo del lenguaje que fue desconocido por los partidarios del viejo dogma conceptualista. A través de esta función

¹⁸ HART 1983, 265-266.

¹⁹ HART 1963, 161-169.

del lenguaje los hablantes crean obligaciones a partir de las emisiones lingüísticas que formulan. Bajo el sistema jurídico, es frecuente que emisiones lingüísticas generen efectos jurídicos, como ocurre paradigmáticamente cuando una persona promete, testa, o acepta contraer el vínculo matrimonial.

De acuerdo a estos términos, Hart sostuvo que “[...] existe una gran afinidad entre el juicio de Ihering relativo a la necesidad de acercarse al uso concreto y a la aplicación de nuestros conceptos, y el espíritu y las nuevas doctrinas de la filosofía analítica contemporánea”²⁰. Resulta interesante la cercanía teórica que bajo la óptica hartiana existe con la obra de Ihering. Desde luego, Savigny e Ihering defendieron teorías jurídicas adversarias y la admiración de Hart por el trabajo de Ihering no tiene por qué traspasarse al de Savigny, sin incorporar premisas adicionales de análisis. Solo rescato el punto de que la filosofía alemana del derecho del siglo XIX no fue desconocida para la teoría jurídica analítica contemporánea y, asimismo, una parte sustantiva de sus postulados son coincidentes con el segundo período de esta, en que Hart tuvo un rol preponderante. Tal consideración puede servir de justificación preliminar para evaluar a Savigny desde la teoría jurídica analítica. Pese a la indiscutible distancia entre Ihering y Savigny, en el segundo también hay signos de consideraciones finalistas y sensibles al contexto real de aplicación de sus conceptos, así como a los intereses privados y públicos involucrados en un concepto jurídico. La posesión es una generosa imagen de aquello.

Su entendimiento sobre la posesión es uno de los de mayor repercusión en los estudios de teoría del derecho y derecho privado. A diferencia de la perspectiva de Ihering, según la cual la posesión debía conceptuarse en términos de un hecho, para Savigny fue a la vez un derecho y un hecho. En sus palabras, “[...] la posesión en sí misma y según su naturaleza primitiva no es más que un hecho: es igualmente indudable que produce ciertos efectos legales. Es, pues, al mismo tiempo hecho y derecho, y este doble carácter es de gran importancia para el desenvolvimiento de esta teoría”²¹. Esto podría ser objeto de cuestionamientos al agotar el análisis en el logro iii) que Hart recogió de Ihering. La tensión entre un *factum* que genera consecuencias jurídicas y la lectura de la posesión como simultáneamente hecho y derecho, implica incurrir en la creencia de que es posible diferenciar entre la esencia y las consecuencias jurídicas de un concepto.

No obstante lo anterior, debemos recordar que la comprensión de la posesión en Savigny también tuvo ribetes justificativos. Dichas

²⁰ HART 1983, 277.

²¹ SAVIGNY 2005b, 16.

exigencias estaban relacionadas a los fines sociales que aspiraba la institución posesoria, es decir, sugiriendo que la protección de la posesión se justificaba en la evitación de la autotutela. Conviene resguardar la posesión en atención al significado social y jurídico de esta, en la medida que su protección está fundamentada en el respeto a la esfera jurídica de las personas y su vocación de eliminar la violencia entre los particulares. De modo que no es cristalina la participación de Savigny de los defectos intelectuales consagrados en las proposiciones i); ii); iv); y v) del sumario desarrollado por Hart. Tal vez también corresponde insertarlo en la lectura de Hart, como parte de una distancia compartida hacia el conceptualismo reduccionista que esgrimió con diversas variantes el pensamiento jurídico alemán del siglo XIX.

Para nuestros propósitos, la cuestión central es el método en la teoría del derecho. Y ahí la ubicación de Savigny es indisputada. Aun cuando la recepción analítica de la obra de Savigny no hubiere tenido la misma suerte que la de Ihering, no se celebra gratuitamente el segundo centenario de su obra²². Durante el transcurso de la cuarta sección examinaré el rendimiento de las propuestas metodológicas de Savigny y Dworkin, a la luz del segundo momento de autocomprensión de la teoría jurídica analítica.

IV. La posibilidad como desafío: Savigny y Dworkin

Es inevitablemente arriesgado construir un diálogo entre dos filósofos del derecho cuyas obras están situadas en tradiciones jurídicas diversas y desarrolladas durante una centuria de diferencia. Incluso puede castigarse como un esfuerzo derechamente anacrónico. El ejercicio es muchísimo más modesto: pretendo examinar ambas propuestas metodológicas de acuerdo a los parámetros heredados de la reciente auto-reflexión de la tradición analítica del derecho. Según se indicó más arriba, este corresponde al estadio ulterior en que la jurisprudencia analítica nuevamente ha definido su objeto de estudio, metodología y explicaciones que es posible exigirle. Sus conclusiones arrojaron que las condiciones de posibilidad de la teoría del derecho se ajustan a proponer una investigación sobre el fenómeno jurídico que brinde explicaciones necesarias, descriptivas, generales y versen sobre la naturaleza del derecho²³.

²² En la clásica presentación de su método, Savigny indica que una metodología completa y absoluta, comprende tres partes: i) ¿cómo es posible una interpretación de la jurisprudencia?, que corresponde a la parte filológica; ii) la historia, relativa a la parte histórica; y, finalmente, iii) el sistema, el cual constituye la parte sistemático-filosófica. Sobre esto, véase, SAVIGNY 1979, 11.

²³ Cabe advertir que la recomendación raziana conjuga las explicaciones necesariamente verdaderas, universalmente válidas y que expliquen la naturaleza del derecho. La exigencia de descripción, si bien no está explícitamente presente en la obra de Raz,

Si esto fuere correcto, puede haber teoría del derecho si efectivamente la filosofía jurídica elabora proposiciones acerca del derecho que reúnan tales caracteres. La paradoja se devela porque la metodología expuesta por Savigny puede enfrentar de un modo más satisfactorio que las directivas dworkinianas, el desafío de las condiciones de posibilidad de la teoría jurídica analítica contemporánea. La tradición analítica de la filosofía del derecho, tal como su antecesor en las reflexiones filosóficas, está comprometida con las discusiones sobre el método que se estima necesario implementar para afrontar con éxito su explicación de lo jurídico. A continuación, contrastaré las aproximaciones de ambos autores en torno a las condiciones de posibilidad de la teoría analítica del derecho. No sostengo el valor epistémico de estos parámetros, más bien mi interés es evaluar en qué sentidos la propuesta de uno de los padres fundadores de la metodología en teoría del derecho, conserva su fortaleza frente a los desafíos que contemporáneamente ocupan el quehacer de los filósofos analíticos del derecho.

La evaluación respecto de ambos autores puede anotarse según los caracteres que debe poseer la teoría del derecho para que fuere efectivamente exitosa. Así, la implementación de este marco teórico está diseñada a partir de términos bifrontes. A continuación, se revisará cómo ambas posturas se acercan o distancian de las exigencias de construir una teoría del derecho, cuyas explicaciones sean (1) necesarias; (2) descriptivas; (3) generales; y, finalmente, (4) responda la pregunta sobre “¿qué es el derecho?”, es decir, afrontando el problema de la naturaleza del derecho. En estos términos, una teoría jurídica robusta será aquella que satisfaga dichos parámetros, encontrándose apta para sortear las vallas de los recientes debates metodológicos.

1. Necesaria

La teoría del derecho dworkiniana se ajusta a un programa focalizado de investigación. Como acertadamente lo apuntaba Hart, la explicación trazada por Dworkin acerca de lo jurídico es correlativa a la actividad judicial que efectúa y debe realizar una comunidad de jueces en concreto; a saber, la concatenada mediante la participación de jueces ingleses y norteamericanos. Ellos son quienes realizan la subsunción lógica de las reglas jurídicas en los casos y, principalmente, son quienes comprometen sus convicciones morales y políticas en sus decisiones, procurando robustecer el derecho de un mejor sentido. Desde luego, al

es presupuesta en su planteamiento. El positivismo excluyente de Raz es incompatible con la tesis según la cual el concepto de derecho requiere incorporar consideraciones evaluativas, de forma que su alegación sostiene una separación entre derecho y moral que requiere necesariamente de una teoría del derecho descriptiva, ajena a cualquier esfuerzo justificativo o interpretativo. No existe una mayor discrepancia entre las posturas del segundo Hart y Raz en cuanto a la necesidad de una metodología descriptiva.

situar su estudio sobre el fenómeno jurídico en dicho campo de análisis, así como en los insumos provistos por cualquier otro grupo de jueces, sus conclusiones son necesariamente contingentes. No solo los factores relativos a la composición de los integrantes de la comunidad generan variaciones, sino que también los criterios y justificaciones que ellos deben esgrimir en sus resoluciones apelan a su constante mejoramiento. De manera tal que el reemplazo de consideraciones por otras estimadas como mejores, no significa una dificultad para la teoría jurídica dworkiniana.

Al situar su énfasis en la interpretación del concepto de derecho, entendiéndolo como uno de los tantos conceptos interpretativos de que disponemos, los resultados que arroje este proceso no pueden ser distintos a consideraciones contingentes²⁴. Las prácticas jurídicas constituyen actividades sociales complejas que se desenvuelven bajo limitaciones espacio-temporales estándar. Estas no responden a una estructura inalterable de composición, ya que se dibujan mediante un ejercicio hermenéutico de sus participantes así como por parte de quienes las estudian, procurando también mejorarlas. Para Dworkin una versión de la teoría del derecho que concentra sus esfuerzos en explicar el fenómeno jurídico, renunciando a su modificación, es insuficiente. Dicha observación es deudora de su creencia según la cual el intérprete de la práctica social está implicado en refinarla, otorgándole el mejor sentido interpretativo posible.

Si bien la aproximación de Dworkin acerca de lo jurídico presupone su contingencia, la tesis de Savigny sospecha de tal carácter. Su comprensión del sistema de derecho se anticipa como una oposición a la variabilidad de sus proposiciones. Así es posible explicar buena parte de sus dudas con el proceso de codificación alemana en la ardua disputa que protagonizó con Anton Friedrich Justus Thibaut²⁵. Esta desconfianza estuvo acrecentada por su conexión con el pensamiento romántico y su rechazo por los postulados centrales de la Ilustración y que se explicitaron en la Revolución Francesa²⁶. Ambos procesos pusie-

²⁴ "El derecho es un concepto interpretativo [...]. Por lo general, para los jueces es un deber continuar en lugar de descartar la práctica que han elegido. De modo que desarrollan, en respuesta a sus propias convicciones e instintos, teorías rivales sobre la mejor interpretación de sus responsabilidades bajo dicha práctica". DWORKIN 1988, 72. Por consiguiente, la contingencia de sus explicaciones es irremediable.

²⁵ Al respecto, conviene tener presente las filosas palabras de Ihering, aludiendo a la consistencia teórica de la crítica savigniana y sus conductas efectivas. "Savigny es de la opinión que la época no posee aún la madurez necesaria para la redacción de un Código y previene contra las consecuencias necesarias de una extemporánea fijación y codificación del derecho. Menos de treinta años después, Savigny era ministro de Legislación en Berlín. ¿Los tiempos habían madurado o Savigny no se había mantenido leal a sus convicciones?". IHERING 1994, 37.

²⁶ Sobre este punto, véase DUF0UR 1981, 16-26.

ron al individuo en el centro de la configuración del sistema jurídico y la codificación se alzó como una expresión individualista del derecho, en que este se consagraba en un cuerpo jurídico unificado que encarna el ideal del autogobierno. Los códigos civiles expresan un inequívoco acto de voluntad según el cual los individuos deciden regirse bajo reglas jurídicas comunes convencionalmente constituidas. Las reglas pueden modificarse y sustituirse por otras consideradas como más adecuadas por la decisión de los agentes y legisladores²⁷.

Esta dimensión abierta del derecho en que la voluntad legislativa determina tanto su contenido como sus orillas, se opone al pensamiento de Savigny. Dicho acto de voluntad crea un derecho nuevo, racionalmente desligado del anterior y que puede barrer con las reglas existentes con anterioridad de la actuación legislativa. Según lo afirma M.J. Detmold, el proceso legislativo de determinación del derecho es genuinamente un proceso de creación de lo jurídico. El estado de cosas que antecede a este acto carece de una conexión intrínseca con el estado posterior de cosas, porque “[...] no hay dicha base o bien esta es irrelevante para el proceso [...]”²⁸. Su incompatibilidad se explica por la influencia del espíritu del pueblo en la constitución del fenómeno jurídico bajo el prisma savigniano²⁹. Como mostraré al revisar la generalidad de su teoría del derecho, el derecho no puede dejar de existir o sencillamente alterar su contenido por directivas autoritarias de los legisladores de turno, ya que el espíritu del pueblo impide entender contingentemente a lo jurídico. De ahí que “[...] la actuación del espíritu, insiste Savigny, es lo que permite que el Derecho posea un contenido necesario, común para todos los miembros de aquel”³⁰.

Bajo estas observaciones, la teoría del derecho ofrecida por Dworkin apuesta por concebir al fenómeno jurídico en términos contingentes, afirmando que el derecho debe ser interpretado a la luz de parámetros normativos para lograr dotarlo de su mejor lectura justificativa. No solo el derecho depende de los individuos, sino que los participantes de las prácticas jurídicas definen su sentido y están comprometidos

²⁷ Bajo el influjo del derecho romano, Savigny advirtió que encontrándose el derecho en progreso vivo no se siente la necesidad alguna de codificación, aun cuando existan condiciones favorables para llevarla a cabo. La consolidación de un derecho cierto cautela eventuales arbitrariedades e injusticias, pero en su visión no estaban las condiciones adecuadas para proceder a una codificación. En su reemplazo, propuso “[...] una organización progresiva de la ciencia del Derecho, la cual puede ser común a toda la nación”. SAVIGNY 2008, 101. Cursivas del original.

²⁸ DETMOLD 1989, 440.

²⁹ El pueblo supone una unidad persistente del derecho positivo, que no puede restringirse a la reunión de individuos de una misma época, recomendando entenderse “[...] como una unidad, en el seno de la cual se suceden las generaciones, unidad que enlaza el presente con el pasado y el porvenir”. SAVIGNY 2005a, 11.

³⁰ CONTRERAS 2001, 169.

con su mejoramiento. En cambio, los postulados de Savigny develan una teoría del derecho que apunta a una comprensión de lo jurídico como algo necesario. Su contenido y límites no son susceptibles de modificación por la intervención de la voluntad legislativa. El espíritu del pueblo sirve de un obstáculo insalvable al momento de intentar alterar arbitrariamente el derecho. Esto explica, concluye Savigny, “[...] por qué el derecho no depende de la existencia de individuos”³¹. Como se podrá apreciar, esta exigencia preliminar de formular proposiciones necesarias sobre lo jurídico, puede ser sorteada bajo la filosofía del derecho propuesta por Savigny durante el siglo XIX³².

2. Descriptiva

En su *Post Scriptum*, Hart estableció los lineamientos de la discusión metodológica que convoca a la teoría jurídica analítica contemporánea. La tensión presente entre los esquemas descriptivos y evaluativos sobre el derecho se expresa en el diálogo construido entre Dworkin y Savigny. El autor estadounidense emprendió un trabajo fuertemente justificativo sobre el derecho, sus instituciones y prácticas. No basta con solo estudiar y explicar cómo opera el fenómeno jurídico, sino que el jurista y sus participantes deben efectivamente influir en su configuración. Este posicionamiento sugiere que se requieren consideraciones evaluativas sobre las reglas y decisiones jurídicas, persiguiendo su reformulación y ajuste a favor de cánones interpretativos más robustos.

La necesidad de la actividad interpretativa sobre las prácticas jurídicas se predica del carácter interpretativo del concepto de derecho. Su formulación suscribe la creencia de que en su interior conviven diversas lecturas acerca de su contenido y, a su vez, el fenómeno jurídico está conformado por un cúmulo de conceptos valorativamente densos. Hay términos como libertad, igualdad, justicia y bien común, que están consagrados en reglas jurídicas y son objeto del estudio interpretativo de los juristas y jueces³³. Esos conceptos llevan arraigadas profundas disputas morales y políticas entre los participantes de las prácticas jurídicas. Tales dimensiones obstaculizan cualquier intento meramente descriptivo de la teoría del derecho. El derecho y los distintos conceptos interpretativos que poseemos exigen consideraciones evaluativas. Quienes se relacionan con estos, empleándolos en sus acciones, están comprometidos con hacer de la noción algo mejor de lo que es. Dicha

³¹ SAVIGNY 2005a, 11.

³² Frente a la historicidad de la filosofía hegeliana, Savigny forjó un gran número de sus intuiciones en la metafísica de Kant. La incidencia de los postulados kantianos en el pensamiento jurídico de Savigny en FRANKLIN 1953, 64-89.

³³ DWORKIN 2007a, 165-169.

pretensión es incompatible con una investigación descriptiva de lo jurídico.

El compromiso de los participantes de las prácticas jurídicas con la interpretación de sus nociones en el mejor sentido posible, es presentado por Dworkin bajo la analogía del trabajo formulado por un grupo de escritores en la confección colectiva de una novela³⁴. Si la obra se divide en partes, cada uno deberá no solo escribir su correspondiente sección de la mejor forma que pueda, sino también conjugarla con la parte del libro que le antecede, de modo tal que ellos logren mejorar progresivamente los capítulos precedentes, dotando a la obra en su conjunto del sentido más significativo posible. Tanto los jueces como los juristas actúan como este grupo de novelistas. Desde luego, Dworkin no sugiere que los teóricos del derecho se ocupen de escribir novelas, pero sí entiende que ambas tareas comparten esta actitud interpretativa. Su postura evaluativa acerca del fruto de su desempeño presupone que es posible modificar el objeto sobre el cual trabajan, sean reglas jurídicas, decisiones judiciales o novelas, permitiendo exigirles que alcancen el mejor significado global disponible de la obra literaria, así como de las prácticas jurídicas que ellos conforman. La interacción entre la novela en cadena y la cadena del derecho arroja luces acerca de la necesidad de una teoría del derecho diseñada como una empresa justificativa.

Desde Savigny las reflexiones acerca del derecho no presentan esta conexión con observaciones evaluativas. La validez de las reglas jurídicas no está disuelta en su contenido valorativo. En efecto, parte de la buena sintonía que existe entre la filosofía del derecho savigniana y la teoría jurídica analítica se explica por un presupuesto compartido entre ambos prismas. Como se indicó en la primera sección, la reflexión analítica suscribió la escisión entre los asuntos del ser y los asociados al deber ser de las cosas. Esa división entre las consideraciones descriptivas del derecho y sus alegaciones valorativas es replicada por Savigny. El esfuerzo demarcatorio devela la adopción de una metodología que paralelamente al pensamiento alemán, fue consagrada durante el origen de la tradición analítica en la filosofía del derecho.

Dado que los objetivos de Savigny pueden entenderse como explicativos, sin atender a alegaciones normativas sobre el derecho, es evidente que las prácticas jurídicas tampoco desencadenan pretensiones interpretativas, conduciéndolas a su mejoramiento. Lo jurídico se encuentra constituido por el espíritu del pueblo como un proceso necesario y atemporal de afirmación del derecho. La configuración de ese proceso altamente complejo no requiere de su refinamiento en térmi-

³⁴ DWORKIN 1990, 25-27.

nos valorativos³⁵. Son las propias directrices de necesidad y generalidad de esta noción, las que prescinden del objetivo de hacer del espíritu del pueblo algo mejor y más robusto de aquello que es y ha sido. En el caso del espíritu del pueblo, a diferencia de las prácticas jurídicas en Dworkin, no corresponden las tareas interpretativas de sus participantes y juristas, porque no se trata de algo que pueda mejorarse mediante los compromisos morales y políticos, que contingentemente defienden los individuos bajo el escenario jurídico.

3. General

A través de las líneas precedentes se ha sugerido que el proyecto teórico dworkiniano se encuentra localizado en un particular espectro de análisis. Si el centro de atención para Dworkin radica en las prácticas jurídicas desplegadas por las comunidades de jueces y juristas ubicadas en el contexto inglés y estadounidense, se da cuenta de una empresa inevitablemente particular o local. Su metodología jurídica se preocupa de un concepto imbricado bajo condiciones restringidas. Mientras la teoría del derecho debiere perseguir brindar explicaciones sobre el fenómeno jurídico, Dworkin ofrece un enfoque que, en su versión más satisfactoria posible, solo podría dar cuenta de las prácticas jurídicas adoptadas por las comunidades a las cuales su investigación se circunscribió desde sus inicios³⁶.

Acerca de este aspecto de la posición dworkiniana sobre lo jurídico, la imagen argüida por Raz es particularmente reveladora. Al momento de presentar las condiciones de posibilidad de la teoría del derecho, Raz advirtió que la perspectiva de Dworkin no podía afrontar el desafío de otorgar explicaciones universales sobre el derecho, cuya validez se consolidaba en cualquier lugar sin distinciones. La razón se

³⁵ Esto pone de manifiesto la importancia del derecho romano, en tanto modelo de los métodos jurídicos, y la desconfianza que sentía Savigny por las modificaciones que el derecho privado romano pudiere tener producto de los ánimos particulares de su mejoramiento. En sus términos, “[...] lo más perjudicial, está en los cambios prontos y arbitrarios que puede sufrir el derecho civil, aunque sea ganando éste a veces en sencillez y facilidad de aplicación, ya que cuanto se hace ante nuestra vista, por obra de los hombres, será mirado siempre por la opinión popular de un modo distinto de aquello cuyo origen no es tan claro y patente; y cuando, con celo, por lo demás condenable, se quiera reprobear aquella distinción como un ciego prejuicio, recordándonos que toda creencia o sentimiento relativo a aquello que está por encima de nuestro alcance es también un efecto de la misma causa, acaso nos sintamos menos inclinados a rechazar la indicada separación”. Véase, SAVIGNY 2008, 34-35.

³⁶ El filósofo del derecho está estrechamente comprometido con las prácticas que constructivamente interpreta, participando de dicha comunidad. Así, este “[d]ebe abrazar la práctica que propone para entenderla; sus conclusiones no son informes neutrales sobre lo que piensan los ciudadanos [sobre la práctica] sino postulados sobre la [práctica] que compiten con los de ellos”. DWORKIN 1988, 57.

encuentra en que su teoría del derecho es de carácter parroquiana³⁷. Dworkin acostumbraba a acudir al mismo cúmulo de prácticas judiciales, a partir del cual extrajo decisiones y lecturas morales, que servían de insumos para desarrollar la actitud interpretativa de esta comunidad jurídica. Una metodología localista se encuentra por definición impedida de dar cuenta de la naturaleza del derecho, si esta última noción conlleva identificar propiedades que hacen al derecho ser lo que es, con independencia de un lugar y momento determinado.

Al situar la óptica de Savigny bajo las coordenadas de necesidad y descripción, adelanté que tales dimensiones se explican en razón del lugar de privilegio que en su esquema posee el espíritu del pueblo. La generalidad de su teoría jurídica también se justifica por dicha noción. Pese a que su comprensión es indispensable para ocuparse de la filosofía del derecho savigniana, esta no está conceptualmente clausurada en sus obras. Se ha entendido en términos de una conciencia o convicción común del pueblo³⁸. Esa conciencia no centra su atención en cuestiones psicológicas de los agentes, ya que el pueblo tampoco es una mera agregación contingente de individuos particulares. De manera que ambas nociones responden a una lectura universal y necesaria. Quizás más importante que la definición de pueblo es su papel en la constitución del derecho. El pueblo, piensa Savigny, es la única fuente de creación del derecho. Por ello no es cierto que el derecho nazca de las leyes dictadas por los legisladores. Hay una totalidad generadora de derecho que concentra íntegramente el origen de lo jurídico.

Lo anterior transparenta el hecho de que el espíritu del pueblo no actúa en virtud del arbitrio legislativo. En Savigny el derecho debe ser estudiado reconociendo que solo existe una causa que lo genera. Son las fuerzas internas que movilizan el desenvolvimiento del pueblo en los asuntos jurídicos, el verdadero objeto de estudio de los juristas. No así el individualismo de uno o más legisladores en particular. El espíritu del pueblo dice relación con una necesidad inmanente que desplaza contingencias y variaciones localistas. Su abstracción no requiere de una definición acabada. Solo basta con saber que el fenómeno jurídico se formula a partir de una conciencia o convicción del pueblo que existe, desmarcándose de las restricciones propias de un acto de creación legislativa de derecho.

³⁷ Según Raz, la propuesta teórica de Dworkin fue parroquiana desde que fuera formulada. Su ambición nunca residió en mostrar una teoría universalmente verdadera, ya que “[d]esde el comienzo vio a su teoría como una teoría del derecho de los Estados Unidos y el Reino Unido”. RAZ 2005, 332.

³⁸ Así se desprende de las inspiradoras palabras de Savigny, “[s]i nos preguntamos ahora cuál es el sujeto, en cuyo seno tiene su realidad el derecho positivo, encontraremos que este sujeto es el pueblo. En la conciencia común de éste, vive el derecho positivo, por lo cual puede ser llamado *derecho del pueblo*”. SAVIGNY 2005a, 8. *Cursivas del original*.

Savigny nota con acierto que el pueblo “[...] es el sujeto en el que y para el que el derecho existe”³⁹. Tal conceptualización puede discutirse al preguntarnos cómo pueden existir tantas vacilaciones en su propuesta de definirla, si está ubicada en el centro de la teoría del derecho que el autor defendió. Pero algo indiqué con anterioridad sobre la buena recepción de la filosofía analítica del derecho con su par alemán del siglo XIX. Una de las semejanzas más interesantes que Hart apuntaba en la obra de Ihering era su renuncia a analizar los conceptos jurídicos en términos de condiciones necesarias y suficientes de aplicación. El espíritu del pueblo, como el concepto más decisivo de la nomenclatura jurídica savigniana, no está al margen de este diagnóstico. Es posible acercarse filosóficamente a esta noción, enfatizando su desempeño en el origen de lo jurídico, sin detenernos a clarificar los elementos y caracteres sin los cuales no podría verificarse esta única y exclusiva causa del derecho⁴⁰. No es necesario hacerlo para develar su relevancia en el ámbito jurídico.

4. Naturaleza del derecho

A partir de los criterios de contingencia, evaluación y particularidad que trazaron el diseño de la teoría del derecho dworkiniana, difícilmente pudiere obtenerse una respuesta a la pregunta sobre “¿qué es el derecho?”. Hablar de las propiedades esenciales del derecho de las cuales no puede carecer sin dejar de ser lo que es, exige precisamente abandonar tales directrices. No puede estimarse como una novedad que la teoría del derecho de Dworkin no satisfaga las condiciones de posibilidad de la teoría analítica del derecho, definidas en su segundo momento de autocomprensión. Lo revelador radica en que tampoco procuró responder la pregunta que la teoría raziana reconoció como el rival a rechazar, es decir, “¿qué es ‘derecho’?”. Dworkin advirtió que los estudios asociados al positivismo jurídico hartiano adolecían de un conjunto de deficiencias. El análisis conceptual fue identificado como una teoría semántica sobre el derecho. Según se sabe, este tipo de posturas incurre en el agujón semántico, de ahí que Dworkin denuncie su insuficiencia⁴¹. Por su parte, la tesis de la naturaleza del derecho fue entendida como un nuevo síntoma del agujón semántico positivista. Revisemos ambos órdenes de observaciones.

³⁹ Relectura de CONTRERAS 2001, 169, respecto del pasaje precedentemente citado de Savigny.

⁴⁰ El déficit de una conceptualización exhaustiva, no impide ver la relevancia del pueblo en el desenvolvimiento del derecho, permitiendo conjugar el conjunto de postulados que hemos revisado. De acuerdo a Savigny, “[...]o que forma un solo todo es la universal creencia del pueblo, el sentimiento uniforme de necesidades íntimas, que excluye toda idea de un origen meramente accidental y arbitrario”. SAVIGNY 2008, 13.

⁴¹ Respecto de la noción de agujón semántico, véase DWORKIN 1988, 44 y ss.

Las teorías semánticas acerca del derecho pretendían, a juicio de Dworkin, describir el fenómeno jurídico a partir de criterios lingüísticos compartidos. Los positivistas desarrollan sus estudios sobre una suposición común: todos los participantes de las prácticas jurídicas, como abogados y jueces, comparten un conjunto de reglas respecto de cómo debe ser utilizado el término 'derecho'. Es tarea de los filósofos del derecho elucidar tales criterios mediante un examen sustantivo de nuestras prácticas lingüísticas cotidianas. De acuerdo a Dworkin, a la luz de esos supuestos lingüísticos convencionales, estas versiones de la teoría del derecho se encuentran incapacitadas para dar cuenta de los genuinos desacuerdos en el derecho; a saber, los desacuerdos teóricos. Estos corresponden a discrepancias interpretativas en que los jueces "[d]isienten, en gran parte o en detalles, acerca de la interpretación más sólida de algún aspecto pertinente de la práctica judicial [...]"⁴².

Para esas teorías, en cambio, el desacuerdo real debe ser de carácter empírico ya que se apoyan en la visión del hecho evidente, según la cual es necesario buscar los fundamentos del derecho en hechos históricos. Un esquema semántico conduce al jurista al agujón semántico, en que los supuestos acuerdos que tenemos en los criterios sobre el uso de los conceptos, los hace víctimas del agujón⁴³. Aparentemente el desacuerdo es solo empírico, cuando en realidad los abogados y juristas discuten acerca de los fundamentos teóricos del derecho. Bajo estos términos, el positivismo jurídico está impedido de dar cuenta de los desacuerdos teóricos, en circunstancias de que se trata de los verdaderos desacuerdos que existen entre los participantes.

La crítica de Dworkin a las aproximaciones semánticas sobre el derecho está dirigida al análisis conceptual inspirado en las investigaciones hartianas. El problema es que sus observaciones fueron velozmente proyectadas a la reformulación sostenida por Raz. Según Dworkin, ubicar la naturaleza del derecho como la labor principal de la teoría jurídica, constituye otro signo de la presencia del agujón semántico en la teoría analítica del derecho⁴⁴. Desde luego, es discutible la conexión entre el análisis conceptual de Hart y la pretensión de explicar la naturaleza del derecho. En efecto, ambos propósitos intentan responder preguntas distintas. Pero la consecuencia que ambas propuestas acarrearán sería similar. Si hay posturas sobre las propiedades sin las cuales el derecho no podría ser aquello que es, ellas pudieran disentir respecto de aspectos empíricos, pero no sobre los fundamentos del fenómeno jurídico. Sus acuerdos en los criterios semánticos sirven para simular el

⁴² DWORKIN 1988, 72.

⁴³ En los términos de Dworkin, "[l]as personas que tienen una cierta imagen de cómo es el desacuerdo y cuándo es posible, son su presa". DWORKIN 1988, 44.

⁴⁴ DWORKIN 2007b, 247-253.

tipo de discrepancia que entre ellos existe. No obstante lo cual, el desacuerdo que creen tener no es el verdadero.

De esta manera, en base al vínculo entre los enfoques semánticos sobre el derecho y el aguijón semántico, Dworkin forzó su rechazo a los planteamientos rivales que conviven en la filosofía analítica del derecho contemporánea. Tanto la interrogante sobre “¿qué es el derecho?” como la relativa a “¿qué es ‘derecho’?” no permiten dar cuenta, de una forma satisfactoria, de los desacuerdos teóricos en el derecho. Después de todo, las alegaciones dworkinianas alcanzan a toda perspectiva positivista que proponga una metodología descriptiva para estudiar el derecho. Mientras no discutan las discrepancias teóricas sobre el derecho solo serán versiones estériles, reduciendo sus apuestas a un examen meramente superficial de lo jurídico.

La indiscutible implicación de ambos desafíos con el escenario contemporáneo de la reflexión jurídica, insta a tener reservas al momento de adscribir una de las preguntas a la teoría del derecho articulada por Savigny. Sin embargo, uno de sus trabajos más relevantes contribuye a efectuar ese esfuerzo interpretativo. Hago referencia a “Sobre el fin de la Revista de la Escuela Histórica”, originalmente publicado en 1815. Cuando Savigny proclamó los célebres postulados de la Escuela Histórica del Derecho, realizó una demarcación entre dos esquemas de comprensión del ámbito jurídico. Ninguno de estos se ocupa, en realidad, de resolver preguntas esgrimidas en términos semejantes a los derivados gracias al segundo proceso de auto-reflexión de la filosofía analítica del derecho. Pero admiten interpretarse según alguna de las orientaciones metodológicas en disputa. Así, encontramos metodologías diferenciadas que resultan pertinentes según la posición que sea adoptada sobre lo que el Derecho es.

La relación entre el pasado y el presente del derecho en Savigny está encarnada en su idea del espíritu del pueblo⁴⁵. El devenir se conjuga con el ser de lo jurídico, conformando una realidad totalizante en la cual es posible pensar el derecho según parámetros de necesidad, descripción y generalidad. De ahí que la dimensión histórica parezca ser irrenunciable para cualquier propuesta metodológica sobre el derecho. Por supuesto, hablo de historia bajo la especial acepción que Savigny otorga al término⁴⁶. En ese ensayo se presenta el contraste decisivo en los estudios sobre el derecho. Me refiero a la Escuela Histórica y la escuela no histórica del derecho. La primera alternativa metodológica, a la cual Savigny defendió, alzándose como una de sus figuras más des-

⁴⁵ SAVIGNY 1994, 23.

⁴⁶ Para SAVIGNY, “[s]e llama saber histórico todo saber de algo *objetivamente dado*”. SAVIGNY 1979, 7. Énfasis mío. Bajo tales términos se explica por qué todo el carácter de la ciencia legislativa debe ser histórico.

collantes, centra su atención en la esencia y ser inmutable del fenómeno jurídico. Si, más allá de su oscuridad, el espíritu del pueblo se devela como una realidad inmanente, un estudio histórico apunta a fortalecer tal identidad⁴⁷. La Escuela Histórica del Derecho asegura explicaciones sobre lo jurídico, de acuerdo a los cánones que este reviste para Savigny.

Veamos, entonces, las directivas que inspiran a la Escuela Histórica del Derecho. En palabras de Savigny, “[l]a Escuela Histórica admite que la materia del derecho está dado por todo el pasado de la nación; pero no de una manera arbitraria y de tal modo que pudiera ser esta o la otra accidentalmente, sino como procediendo de la íntima esencia de la nación misma y de su historia”⁴⁸. Dicho prisma impide ver el derecho como algo contingente y sensible a variaciones locales. Estudiar el derecho conlleva analizar su ser distintivo que se despliega mediante el espíritu del pueblo. Lejos de asociarse a cualquier arbitrio particular, el derecho excede todo intento de investigación focalizada. Su comprensión histórica hace justicia a la creencia según la cual lo jurídico está unido de un modo inseparable con su esencia forjada por el pasado del pueblo, como un agente unívoco de creación del derecho.

Pues bien, frente a los intereses en que se dividen las concepciones en la tradición analítica del derecho, la metodología jurídica de Savigny comparte importantes rasgos con la tesis de la naturaleza del derecho. Según ya lo sostuve, dicha empresa explicativa exige proveernos de proposiciones acerca del derecho en términos de necesidad y universalidad. Ambos caracteres se alcanzan desde una perspectiva cuya fuerza apelativa es dar cuenta de la esencia del derecho, desvinculándola de las arbitrariedades legislativas de turno.

Esta asociación debe cerrarse con un modelo antagónico de análisis del derecho. Se trata de una aproximación sobre el fenómeno jurídico que favorece su construcción arbitraria, cultural y contingente. Tal propuesta es la formulada por la escuela no histórica del derecho. De acuerdo a Savigny, esta concepción, a diferencia de la Escuela Histórica del Derecho, “[...] admite que el derecho puede ser creado en cada momento por el arbitrio de las personas investidas del poder legislativo, con completa independencia del derecho de los tiempos pasados y

⁴⁷ El derecho que vive en la conciencia del pueblo tiene un origen que se remonta más allá de los tiempos históricos, y de ahí que el derecho positivo no sea una cuestión de arbitrio o casualidad. Según lo expuesto por el autor, “[l]a base del derecho positivo tiene su existencia y su realidad en la conciencia general del pueblo. ¿Y esta conciencia, invisible de su naturaleza, dónde la reconocemos? En los actos exteriores que la manifiestan, en los usos, en los hábitos, en las costumbres. Una serie de actos uniformes, acusa un origen común: la esencia del pueblo; lo más contrario, precisamente, a la arbitrariedad y al acaso”. Al respecto, véase SAVIGNY 2005a, 17.

⁴⁸ SAVIGNY 1994, 25.

solamente según sus convicciones, tal y como las produce el presente momento histórico"⁴⁹.

Esta manera de ver el fenómeno jurídico presupone que este sufre constantes mutaciones generadas por procesos de creación legislativa de derecho. Antes se mostró con Detmold que tal acto legislativo se encuentra racionalmente desconectado con el estado de cosas que le precede, sea porque no existe o bien por considerársele irrelevante. De ahí que la asimilación entre derecho y voluntad, bajo un contexto culturalmente situado de creación, se acerca bastante al propósito de explicar el concepto de derecho. Su búsqueda consiste en una empresa inevitablemente contingente. El compromiso del concepto de derecho con el marco bajo el cual logró su formulación a través de la respectiva instancia legislativa, transparenta el hecho de que la escuela no histórica del derecho sostiene una buena sintonía con el objetivo de dar cuenta de un concepto de derecho, contextualmente construido. A lo menos, la metodología que suscribe otorga pistas en tal dirección.

Si las observaciones anteriores fueren acertadas, la posición de Savigny en las discusiones metodológicas en teoría del derecho es paradójica. Por supuesto, puede ser considerado sin reparos como uno de los padres de la metodología jurídica. Precisamente, esa cuestión nos convocó en esta instancia. Sin embargo, debemos prestar atención a que su propuesta teórica conserva en numerosas dimensiones su pertinencia epistémica. Este diagnóstico se obtiene a partir de su desempeño en las directrices formuladas por el segundo momento de autocomprensión de la filosofía analítica del derecho. Su actual ejercicio hermenéutico ha arrojado un puñado de exigencias para que la teoría del derecho sea lo que pretende ser, esto es, exitosa. En este sentido, una teoría jurídica será posible si satisface las condiciones de posibilidad de proporcionar explicaciones necesariamente verdaderas, desarrolladas en términos descriptivos y generales, y otorgando una adecuada explicación acerca de la naturaleza del derecho. Por ende, un método robusto en la teoría del derecho contemporáneo está enfocado en responder la pregunta "¿qué es el derecho?". Y tal es la cuestión de la cual parece hacerse cargo la aproximación savigniana.

Esto explica por qué Savigny es un autor indispensable en la teoría del derecho. Su papel fundacional se refuerza por lo certero de sus conclusiones metodológicas. No solo ofrece una teoría del derecho que logra, no sin complicaciones, satisfacer las condiciones que hacen posible la reflexión jurídica, según las coordenadas de la tradición analítica de la filosofía del derecho. De igual modo, permite que, al contrastar su perspectiva con la defendida por Dworkin, quien según vimos originó

⁴⁹ SAVIGNY 1994, 25.

el debate metodológico en la jurisprudencia analítica durante su primer estadio de autocomprensión, la balanza parezca inclinarse a su favor⁵⁰. Se trata de un insigne representante del fecundo pensamiento alemán del siglo XIX que arrojó luces sobre buena parte de las cuestiones disputadas en nuestros días.

Su obra tiene la particularidad de mostrarse diseñada en mejores condiciones que la teoría dworkiniana, desarrollada una centuria después, para enfrentar los desafíos de la teoría jurídica contemporánea. Bajo estos términos, no deja de tener razón Hart al lamentarse por el escaso acceso que tuvieron los filósofos ingleses del derecho de mediados del siglo XX a la traducción de los escritos de Ihering y sus coetáneos. La tradición jurídica analítica, de cuyo auge es enteramente responsable Hart, mostró un peculiar desenvolvimiento que la ha acercado cada vez más con la tradición de la cual Savigny e Ihering fueron parte, pese a su centuria de distancia.

Conclusiones

1. Nuestra revisión sugiere que Savigny, como padre del método en la teoría del derecho perfilada durante el siglo XIX, puede afrontar satisfactoriamente el desafío de la teoría jurídica analítica contemporánea, relativo a construir una metodología capaz de proporcionar explicaciones acerca del derecho que sean necesarias, descriptivas, generales y den cuenta de la naturaleza del derecho. Su teoría del derecho se muestra más robusta a la luz de las coordenadas de análisis de la reciente jurisprudencia analítica. Este resultado se devela con cierta claridad al contraponer su examen con el enfoque defendido por Dworkin. Paradójicamente, la centuria que media entre ambas propuestas metodológicas no cede a favor de la pertinencia explicativa del prisma dworkiniano. Si las alegaciones del segundo estadio de autocomprensión en la teoría jurídica analítica fueren correctas, entonces, Savigny refuerza su vigencia en los asuntos metodológicos.

2. Desde luego, puede resultar temerario sugerir el vínculo entre Savigny y Raz, pero ambos concuerdan en explicar el fenómeno jurídico en términos de necesidad, descripción y, si se quiere, generalidad o universalidad. A su vez, la búsqueda de los elementos esenciales y fundamentales del derecho está, de un modo u otro, presente en sus posiciones. Es decir, ellos apuestan a que es efectivamente posible la teoría

⁵⁰ Un cuestionamiento sobre la pertinencia de ubicar a la obra de Dworkin bajo la tradición analítica de la filosofía del derecho y su validación de una comprensión premoderna de lo jurídico, en términos de las pesadillas que afectarían a su teoría del derecho, se encuentra en PEREIRA FREDES 2013, 291-312.

del derecho. Dicha condición de posibilidad descansa en la implementación de una metodología jurídica que ambos coinciden en diseñar.

3. Ahora bien, pensar acerca del método en las investigaciones sobre el derecho, no es una cuestión necesariamente moderna ni contemporánea. De hecho, el lugar común entre estos autores, es que tanto Savigny como Raz acaban conduciendo sus tesis a postulados premodernos del derecho; a saber, las ideas de necesidad y universalidad, junto a la desconfianza por la artificialidad y voluntariedad del derecho. De ahí que si queremos asegurarnos de mantener la discusión sobre el método en teoría del derecho bajo parámetros de comprensión moderna, quizás la teoría del derecho de Hart, formulada en el primer momento de autocomprensión, es decir, la plasmada en su *Post Scriptum*, sea suficiente para hacer teoría del derecho. Sin embargo, la evaluación del desempeño del enfoque hartiano en las actuales condiciones de posibilidad será, con toda seguridad, una ineludible apuesta para un encuentro futuro⁵¹.

Bibliografía citada

- AUSTIN, J.L. (1989): "Un alegato en pro de las excusas", en AUSTIN, J.L., *Ensayos Filosóficos* (trad. Alfonso García Suárez, Madrid, Alianza) pp. 169-180.
- CONTRERAS, Francisco J. (2001): "La idea de espíritu del pueblo en F.C.V. Savigny", en: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, No. 35, pp. 161-187.
- DETMOLD, M.J. (1989): "Law as practical reason", en: *The Cambridge Law Journal*, Vol. 48, N° 3, pp. 436-471.
- DICKSON, Julie (2006): *Evaluación en la teoría del derecho* (trad. Juan Vega Gómez, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México), 191 pp.
- DUFOUR, Alfred (1981): "Savigny y el pensamiento del siglo XVIII", en: *Persona y Derecho*, Vol. 8, pp. 11-32.
- DWORKIN, Ronald (1984): *Los derechos en serio* (trad. Marta Guastavino, Madrid, Ariel), 508 pp.
- _____ (1988): *El imperio de la justicia* (trad. Claudia Ferrari, Barcelona, Gedisa), 328 pp.
- _____ (1990): "Retorno al Derecho 'natural'", en: BETEGÓN, Jerónimo y DE PÁRAMO, Juan Ramón [dir. y coord.], *Derecho y Moral: ensayos analíticos* (trad. Santiago Iñiguez de Onzoño, Barcelona, Ariel) pp. 23-45.
- _____ (2007a): "El Postscriptum de Hart y el sentido de la filosofía política", en: DWORKIN, Ronald: *La justicia con toga* (trad. María Iglesias Vila y Iñigo Ortiz Urbina Gimeno, Madrid, Marcial Pons) pp. 159-204.
- _____ (2007b): "Los conceptos de derecho", en: DWORKIN, Ronald, *La justicia con toga* (trad. María Iglesias Vila y Iñigo Ortiz Urbina Gimeno, Madrid, Marcial Pons) pp. 243-262.
- FRANKLIN, Mitchell (1953): "The Kantian Foundations of the Historical School of Law of Savigny", en: *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, No. 22, pp. 64-89.

⁵¹ En relación al contraste entre una comprensión premoderna y otra moderna acerca del fenómeno jurídico, junto al rendimiento que ella alcanza tanto en la reflexión estética como bajo los asuntos jurídicos, véase, PEREIRA FREDES 2014a, 109-151.

- GLOCK, Hans-Johann (2008): *What is Analytic Philosophy?* (Cambridge, Cambridge University Press), 292 pp.
- HART, H.L.A. (1963): *El Concepto de Derecho* (trad. Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot), 332 pp.
- _____ (1983): "Jhering's Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence", en: HART, H.L.A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Oxford, Clarendon Press) pp. 265-277.
- _____ (1997): "Post Scriptum", en: *Estudios Públicos*, No. 65, pp. 225-263.
- IHERING, Rudolf von (1994): "Savigny", en: CASANOVAS, Pompeu y MORESO, Juan José [eds.], *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo* (trad. Norberto Gorostiaga, Barcelona, Crítica) pp. 32-48.
- KELSEN, Hans (1982): *Teoría Pura del Derecho* (trad. Roberto J. Vernengo, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México), 364 pp.
- LEITER, Brian (2012): "Más allá del debate Hart-Dworkin: El problema de la metodología en la teoría del derecho", en LEITER, Brian, *Naturalismo y Teoría del Derecho* (trad. Giovanni Battista Ratti, Madrid, Marcial Pons) pp. 209-243.
- PEREIRA FREDES, Esteban (2015): "Tradición analítica de la filosofía del derecho", en: VERGARA CEBALLOS, Fabiola [ed.], *Problemas Actuales de la Filosofía Jurídica* (Santiago de Chile, Librotecnia) pp. 283-322.
- _____ (2014a): "Dos versiones sobre el fenómeno jurídico", en: *Revista de Estudios de la Justicia*, No. 21, pp. 109-151.
- _____ (2014b): "Reglas primarias y teoría analítica del derecho", en: FIGUEROA RUBIO, Sebastián [ed.], *Hart en la Teoría del Derecho Contemporánea: A 50 años de El Concepto de Derecho* (Santiago de Chile, Ediciones Universidad Diego Portales), pp. 391-402.
- _____ (2013): "Contra Dworkin. El noble sueño y la nueva pesadilla", en: *Derecho y Humanidades*, No. 22, pp. 291-312.
- _____ (2012): "La teoría del derecho como posibilidad. Reflexiones en torno a la naturaleza y el concepto de derecho", en: *Revista de Estudios de la Justicia*, No. 17, pp. 83-104.
- RAZ, Joseph (2005): "Can there be a theory of law?", en: GOLDING, Martin y EDMUNDSON, William [eds.], *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory* (Oxford, Blackwell) pp. 324-342.
- SAVIGNY, Friedrich Karl von (2008): *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la Ciencia del Derecho* (trad. Adolfo Posada, Granada, Comares), 102 pp.
- _____ (2005a): *Sistema del derecho romano actual* (trad. Jacinto Mesía y Manuel Poley, Granada, Comares), 1882 pp.
- _____ (2005b): *Tratado de la posesión según los principios del derecho romano* (trad. José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares), 322 pp.
- _____ (1994): "Sobre el fin de la Revista de la Escuela Histórica", en: CASANOVAS, Pompeu y MORESO, Juan José [eds.], *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo* (trad. R. Atard, Barcelona, Crítica) pp. 22-31.
- _____ (1979): *Metodología Jurídica* (trad. J. J. Santa-Pinter, Buenos Aires, Ediciones Depalma), 99 pp.
- SHAPIRO, Scott J. (2012a): "El debate 'Hart-Dworkin': Una breve guía para perplejos", en: MELERO DE LA TORRE, Mariano C. [ed.], *Dworkin y sus críticos. El debate sobre el imperio de la ley* (trad. Mariano C Melero de la Torre, Valencia, Tirant lo Blanch) pp. 143-194.
- _____ (2012b): "¿Qué es el derecho (Y por qué debería importarnos)?", en: FERRER BELTRÁN, Jordi et al. [eds.], *Neutralidad y Teoría del Derecho* (trad. Lorena Ramírez Ludeña, Madrid, Marcial Pons) pp. 279-311.

Principios jurídicos y activismo judicial

Legal principles and judicial activism

María Beatriz Arriagada Cáceres*

El objetivo de este trabajo es mostrar un modo específico en el cual la reflexión en torno a lo que los jueces hacen (y deben hacer), al interpretar los principios jurídicos que tienen que aplicar, puede contribuir al debate actual sobre activismo judicial.

This paper aims to show a specific way in which the reflection on what the judges do (and should do) to interpret the legal principles that must be applied, can contribute to the current debate on judicial activism.

Palabras clave: Principios jurídicos, activismo judicial, discreción judicial, conceptos morales y políticos.

Keywords: Legal principles, judicial activism, judicial discretion, moral and political concepts.

Introducción

El objetivo de este trabajo es reflexionar en torno a la labor que realizan los jueces (y deben hacer) al interpretar los principios jurídicos que tienen que aplicar, ello con el propósito de contribuir al debate actual sobre activismo judicial.

Parto de la base que tanto la expresión “principios jurídicos” como la expresión “activismo judicial” se usan en diferentes sentidos.

Por esta razón, luego de ejemplificar brevemente la heterogeneidad del campo de significación de estas dos expresiones, optaré por considerar un uso bastante extendido de la expresión “principios jurídicos”.

Esta opción me permitirá distinguir dos situaciones que, pese a ser opuestas, han sido calificadas como activismo judicial; la primera en tono de defensa y la segunda en tono crítica.

* Profesora e investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago, Chile. Correos electrónicos: maria.arriagada@udp.cl; mbeatriz.arriagada@gmail.com

Descartada fundadamente la primera, me concentraré en el análisis de la segunda, procurando rescatar un significado plausible para la expresión activismo judicial y, en esa medida, contribuir al debate sobre el tema.

I. Sobre los principios jurídicos

Sabido es que la expresión principios jurídicos se usa en muchos y muy diferentes sentidos¹. En este contexto, un criterio útil para avanzar es el que permite distinguir entre principios implícitos y explícitos.

Según Wróblewsky, los “principios implícitos de derecho” son reglas que se consideran premisa o consecuencia de otras normas, y los “principios explícitos” o “principios positivos de derecho” son normas explícitamente formuladas en el texto jurídico².

En palabras de Guastini, los principios implícitos no están explícitamente formulados en ninguna disposición, pero son elaborados o construidos por los intérpretes, quienes asumen que el principio está implícito o latente en el discurso de las fuentes. No son fruto de la interpretación (esto es, de la adscripción de sentido a textos normativos específicos), sino de la *integración* del derecho por obra de los intérpretes. Son derivados por los operadores jurídicos, algunas veces a partir de normas concretas, otras a partir de conjuntos más o menos vastos de normas, otras del ordenamiento jurídico en su conjunto. A su turno, los principios explícitos son expresamente formulados en una o más disposiciones o enunciados normativos y, en consecuencia, se obtienen a través de la interpretación del texto en que son formulados³.

Circunscribiendo el examen a los principios explícitos, se suele afirmar que ellos son diferentes de las reglas⁴. Sin embargo, se debe aclarar que estos dos tipos de estándares no son distinguibles por el modo de obtener su validez puesto que ambos han debido superar, para decirlo en términos dworkinianos, el llamado *test del pedigree* u origen⁵. Por esta razón, los principios explícitos ofrecen un marco inmejorable para contrastar las diferencias entre reglas y principios⁶.

¹ Ver por ejemplo, CARRIÓ 1994, 203-212 y ALEXY 2007 [1984], 65-66.

² WRÓBLEWSKY 2001, 206-208.

³ GUASTINI 2014, 195-196.

⁴ En general hoy existe acuerdo en cuanto a que los principios no se contraponen a las normas puesto que son, tanto como las reglas, una especie de norma. La distinción entre reglas y principios es así una distinción entre normas. Robert Alexy es claro en este sentido cuando sostiene que tanto las reglas como los principios son normas, porque ambos establecen lo que es debido; ambos pueden ser formulados, con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, el permiso y la prohibición, y ambos son razones para llevar a cabo juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente; Alexy 2007 [1984], 64-65.

⁵ DWORKIN 1984 [1977], 65.

⁶ GARCÍA FIGUEROA 1998, 50 y 52.

Sobre la distinción entre principios y reglas, es posible identificar dos tesis. De acuerdo con la tesis de la separación débil, las normas son configuradas como reglas o como principios en función de la manera de su interpretación y aplicación, y de la manera de argumentar a partir de ellas o de solucionar los conflictos entre ellas. Al negarse que existan rasgos distintivos con independencia del sujeto que opera la configuración, de quien en definitiva esta depende, un mismo enunciado identificado como norma es, contingentemente, un principio o una regla según la elección hecha por el sujeto al momento de interpretar, aplicar, argumentar o solucionar conflictos. La tesis de la separación débil presupone, en cambio, una ontología de las normas, de modo que una norma jurídica es, desde su producción, un principio o una regla. Al existir características estructurales o funcionales capaces de diferenciar algunas normas de las demás, la actividad de configuración –que forma parte del proceso interpretativo– puede ser concebida simplemente como cognoscitiva, y, por tanto, la diversidad en la tipología de las normas es condición necesaria y suficiente de la diversidad en la interpretación y aplicación de principios y reglas, y en la argumentación a partir de principios y reglas⁷.

Con independencia de si la configuración de las normas como principios o reglas es una actividad cognoscitiva o (al menos parcialmente) discrecional⁸, para efectos del análisis que pretendo realizar, me parece posible convenir en que los principios jurídicos pueden ser definidos como normas explícitamente formuladas en disposiciones que se consideran vagas o imprecisas, e incluso indeterminadas, porque contienen apelaciones a conceptos morales y/o políticos, como libertad, igualdad, felicidad, crueldad o ilegitimidad.

Esta definición captura, por una parte, la idea no controvertida de que los principios son normas que se expresan en disposiciones a las que afecta cierto grado de indeterminación⁹ y, por otra, la idea de que esta indeterminación tiene su origen en alusiones que pertenecen al discurso evaluativo de la moral y la política.

Aunque cualquier norma jurídica puede llegar a ser el vehículo para la entrada de elementos morales a la hora de la aplicación a través de la labor del intérprete en el momento de su interpretación¹⁰, el uso de la expresión principios tiene un evidente componente axiológico¹¹. Particularmente, las constituciones contemporáneas están llenas de disposiciones de principio en

⁷ COMANDUCCI 2010, 79 y ss.

⁸ De la respuesta a esta cuestión depende la adhesión a la tesis de la separación fuerte o a la tesis de la separación débil; COMANDUCCI 2010, 79 y ss.

⁹ Como observa Guastini, aunque el concepto de principio es muy controvertido, tal vez la única idea que todos los autores parecen compartir es que los principios son normas indeterminadas; GUASTINI 2014, 184 (nota N° 3 de esa página).

¹⁰ GARCÍA FIGUEROA 1998, 53-54.

¹¹ GARCÍA FIGUEROA 1998, 53-54.

cuya formulación se usan evocaciones a valores morales o políticos como la dignidad, la igualdad, la justicia, la solidaridad, el progreso o la paz¹².

II. Sobre los activismos judiciales

La expresión “activismo judicial” es, en nuestros días, un auténtico lugar común. Se lee, de hecho, con frecuencia en los diarios¹³, y con muy diversas connotaciones en las opiniones de académicos y jueces.

Se afirma, por ejemplo, que bajo lo que la literatura ha denominado activismo judicial, “los jueces se transforman en defensores de causas que se estiman convenientes y que (según sus subjetivas opiniones personales) no están siendo satisfechas por el sistema político”¹⁴; que el activismo judicial “es un eslogan para afectar la independencia del Poder Judicial”¹⁵; que una forma de prevenir el activismo judicial es “reconocer la validez de la premisa de la ‘no justiciabilidad de las cuestiones políticas’, que deben ser resueltas por otros órganos del Estado y no por los tribunales”¹⁶; y que “las causas en que se basan quienes hablan de ‘judicialización’ o ‘activismo judicial’ no superan las 30, una cifra ínfima [...] y que parece injusta la crítica porque no son los tribunales los que generan la litigiosidad, son las diferentes legislaciones que se dictan las que posibilitan a las personas recurrir a los tribunales”¹⁷.

Incluso entre los expertos y en espacios estrictamente académicos, la expresión activismo judicial se usa en muy diversos sentidos, con significado poco claro y a menudo con una carga emotiva que oculta o al menos perjudica su significado descriptivo.

En el examen del amplio y heterogéneo campo de significación de esta expresión, lo primero que llama la atención es que ella ni siquiera es empleada siempre para referirse a lo que hacen o deben hacer los jueces.

Abramovich y Pautassi, por ejemplo, la utilizan para referirse tanto al uso estratégico de los tribunales por organizaciones dedicadas al litigio de interés público, como al mayor uso de los tribunales por los particulares para canalizar demandas al Estado o a empresas prestadoras de servicios de salud¹⁸.

En otras ocasiones, la expresión activismo judicial se emplea de un modo en que se confunde con ciertas condiciones o circunstancias que favo-

¹² GUASTINI 2014, 207.

¹³ Así, por ejemplo, EL MERCURIO 2013 informó que más de la mitad de los encuestados en el encuentro pensaba que habría más “activismo judicial” en 2014 y que ello afectaría el clima económico y social.

¹⁴ Ver la opinión GARCÍA y VERDUGO, Sergio 2013.

¹⁵ Ver la opinión del Ministro de la Corte Suprema, Milton Juica en JUICA 2013.

¹⁶ Ver carta al Director BASSA 2014.

¹⁷ Ver entrevista realizada al Presidente de la Corte Suprema, en MUÑOZ 2014.

¹⁸ ABRAMOVICH y PAUTASSI 2008, 261.

recen su aparición, como la judicialización¹⁹. Y a veces también se usa para designar una doctrina, opuesta a la de la restricción judicial, acerca de lo que los jueces deben hacer²⁰.

Cuando, en cambio, se refiere a lo que los jueces hacen, la comentada expresión suele cumplir una función fundamentalmente emotiva. Toulmin, por ejemplo, se refiere a la pérdida de activismo judicial que el Tribunal Supremo había manifestado con anterioridad, como la consecuencia (obviamente negativa) de la jubilación de algunos jueces constructivistas y el nombramiento por *Reagan* de jueces profundamente conservadores²¹.

Nuevamente sin explicitar su significado, pero, esta vez explotando su carga emotiva negativa, la expresión activismo judicial es comúnmente empleada con el propósito de provocar una actitud positiva hacia otra cosa con la cual aquel se contrapone. Laporta, por ejemplo, sugiere que a los problemas de degradación de la legislación hay que hacerles frente con la vista puesta en el perfeccionamiento del contenido, el alcance y los procedimientos de elaboración de la ley misma, mucho más que recurriendo a otros mecanismos del sistema institucional, como el fomento del activismo judicial²². En la misma línea, pero describiendo la actitud de otros, Atria se refiere a la preocupación, típicamente norteamericana, de la "objeción contramayoritaria" al activismo judicial y Prieto Sanchís al Tribunal Constitucional kelseniano como el invento de un positivista convencido y, sobre todo, de un defensor a ultranza del legislador democrático frente al activismo judicial y a la autonomía del gobierno²³.

A la inversa, a veces se procura provocar una actitud favorable hacia al activismo judicial cuando, sin definir su sentido y alcance, aquel es identificado como la causa o el efecto de lo designado por ciertas palabras que poseen carga emotiva positiva. Vásquez, por ejemplo, afirma que los principios éticos regulativos de un derecho liberal (autonomía, dignidad e igualdad de las personas que), exigen la intervención decidida del estado que, entre otras cosas, se manifestaría en un activismo judicial que garantice y promueva tales principios en el marco de un estado democrático²⁴.

El panorama recién expuesto evidencia que para realizar cualquier análisis con rendimiento explicativo resulta indispensable circunscribir el tema. Me interesa entonces considerar el activismo judicial como una determinada forma de conducta de los jueces, particularmente a la hora de interpretar las disposiciones que expresan principios jurídicos.

¹⁹ HENNIG 2012, 430. La misma confusión es implícitamente denunciada por el Presidente de la Corte Suprema en MUÑOZ 2014.

²⁰ GUASTINI 2014, 379-380.

²¹ TOULMIN 1993, 336.

²² LAPORTA 2001, 459.

²³ Ver ATRIA 2003, 65 y PRIETO SANCHÍS 2000, 167-168.

²⁴ VÁSQUEZ 1996, 151.

III. Dos formas de activismo de los jueces frente a los principios jurídicos que deben aplicar

Entendiendo que a los jueces toca aplicar principios jurídicos y que estos pueden ser definidos como normas explícitamente formuladas en disposiciones que se consideran vagas o imprecisas, e incluso indeterminadas, porque contienen apelaciones a conceptos morales y/o políticos, distinguiré dos situaciones que, a pesar de ser opuestas, han sido consideradas, para su respectiva defensa y crítica, como formas de activismo judicial.

1. Un juez es activista cuando, al interpretar los principios jurídicos que debe aplicar, es capaz de resolver correctamente cuestiones morales y políticas

De acuerdo con Dworkin, los jueces deben ser activistas, en el sentido que deben estar preparados para formular y resolver cuestiones de moralidad política cuando se enfrentan a cláusulas difíciles o vagas que apelan a conceptos morales, tales como legalidad, igualdad o crueldad, puesto que la aplicación de estas cláusulas solo es posible decidiendo entre las concepciones concurrentes de moralidad política²⁵. Ello no implica, sin embargo, que los jueces deban o puedan interpretar discrecionalmente este tipo de cláusulas. En sentido contrario, una de las tesis defendidas por Dworkin es, como es sabido, la de la respuesta correcta²⁶.

Desde esta perspectiva, los jueces son activistas cuando, al interpretar los principios que deben aplicar, son capaces de resolver correctamente cuestiones morales y políticas.

No puedo detenerme, como quisiera, en este punto, pero al menos es importante enunciar que, de acuerdo con muchos, la presencia en los textos jurídicos de cláusulas vagas, que Dworkin entendería como apelaciones a conceptos morales, no disminuye, sino que aumenta la discreción judicial²⁷, es decir, se traduce en un mayor margen de legítima libertad interpretativa²⁸.

Esta conclusión suele obtenerse a partir del hecho que el pluralismo ético de las sociedades actuales impide la existencia de una moral positiva compartida por todos los jueces²⁹. Los principios podrían disminuir la indeterminación *ex ante* del derecho si, como sostiene Comanducci, existiera una moral positiva objetiva, conocida y observada por los jueces y estos observaran siempre las prescripciones de Dworkin y construyeran un sistema integrado de derecho y moral, de modo que, con la ayuda de los principios, pudieran elegir para cada caso la única solución justa o correcta, o al menos la mejor. Pero estas condiciones no se dan, no tanto por razones metaéticas,

²⁵ DWORKIN 1984 [1977], 215-216 y 230-231.

²⁶ DWORKIN 1984 [1977], 396-411 y 475-512.

²⁷ GUASTINI 2010, 223-225 y 228-231.

²⁸ GARCÍA AMADO 2004, 72.

²⁹ Ver, por ejemplo, COMANDUCCI 2010, 90 y GUASTINI 2014, 209-210.

sino por razones fácticas: *i)* suponiendo que existiere una moral objetiva esta no es conocida ni compartida por todos los jueces; *ii)* en nuestras sociedades caracterizadas, cada día más, por un pluralismo ético, no existe una moral positiva compartida por todos los jueces; *iii)* los jueces no son coherentes en el tiempo con sus decisiones y no construyen un sistema consistente de derecho y moral para resolver los casos; y *iv)* los jueces no siempre argumentan y deciden racionalmente³⁰. No obstante, la presencia de este tipo de cláusulas puede ser vista incluso como una ventaja, precisamente porque ellas tienen la aptitud para ser adaptadas en su significado y alcance a nuevas necesidades, expectativas, opiniones y concepciones de lo justo³¹.

Junto con llamar a Dworkin “el más noble de los soñadores”, Hart predijo que el principal punto contra el cual iba a dirigirse la crítica a su obra iba a ser la tesis según la cual, para cada caso siempre hay una respuesta correcta que espera ser descubierta³². Y tanto acertó que incluso los continuadores del llamado “noble sueño”, que hoy suelen ser agrupados bajo el rótulo de “neoconstitucionalistas”, han matizado esta tesis, aclarando que ella puede ser menos fuerte de lo que a primera vista pudiera parecer³³.

Si se tiene en cuenta el creciente empleo de terminología poco precisa en los textos jurídicos, especialmente en las constituciones, no parece razonable desconocer que el propósito de ciertas normas es, como sugiere Schauer, precisamente conferir potestad a los intérpretes para elaborar los resultados sobre la base de factores que no se hallan contenidos en la norma, atendido que la norma regla exige desde su núcleo que el intérprete precise aquello que no ha sido determinado por ella³⁴.

En este contexto, frente a la tesis según la cual siempre existe una respuesta correcta que el juez debe descubrir, parece imponerse la tesis de que cierto margen de discreción judicial es siempre inevitable³⁵. Y ello hace aconsejable descartar que la expresión activismo judicial signifique, plausiblemente, lo que Dworkin y sus continuadores pretenden defender.

³⁰ COMANDUCCI 2010, 90.

³¹ GARCÍA AMADO 2004, 72.

³² HART 1994, 343-344.

³³ Atienza, por ejemplo, sostiene que, en Derechos del Estado constitucional, casi siempre hay una única respuesta correcta. No la hay siempre, pero no porque exista más de una respuesta que pueda considerarse correcta, sino más bien porque no hay ninguna que lo sea, esto es, porque no puede excluirse la existencia de casos trágicos, en relación con los cuales no cabe tomar ninguna decisión que no suponga vulnerar algún elemento esencial de un valor fundamental; y aunque probablemente en esos casos pueda pretenderse todavía que hay una respuesta que, sin ser buena, sin ser correcta, es menos mala que las otras; ATIENZA 2010, 68-70.

³⁴ Encadenar al intérprete a otras reglas parece autoderrotante, puesto que considerar a una regla que confiere potestades como sujeta a las exigencias privativas de potestades de otras reglas equivale a considerar de potestades como necesariamente sujetas a la privación de potestades; SCHAUER 2004 [1991], 292-293.

³⁵ Sobre esta tesis, ver, por ejemplo, KELSEN 1991 [1960], 349-354 y HART 1980.

2. Un juez es activista cuando cuando interpreta los principios jurídicos que debe aplicar sobre la base de sus propias creencias o convicciones ideológicas, morales y políticas, en lugar de ser neutral

Esta segunda situación, en la que me interesa detenerme, es inmejorablemente sintetizada por Kennedy, según quien los jueces son activistas cuando interpretan las normas influidos de manera semiconsciente por sus preferencias o motivaciones ideológicas (liberales o conservadoras)³⁶.

En la misma línea, esta situación es referida críticamente cuando se habla del activismo que convierte las preferencias de los jueces en el criterio relevante a la hora de interpretar normas³⁷, o del activismo de los jueces que interpretan la Constitución a la luz de sus preferencias personales, con una lectura coyuntural de sus derechos y principios³⁸.

Entre nosotros, por ejemplo, García y Verdugo sostienen que: "Para el juez activista, el principal criterio para motivar sus decisiones no es el ordenamiento jurídico en sí, sino que su compasión y su sentido individual y subjetivo de justicia, sus preferencias y convicciones políticas, morales o de política pública o regulatoria"³⁹.

Asumiendo entonces que los jueces siempre cuentan con un margen más o menos amplio de discreción y que entonces en alguna medida crean derecho, estas opiniones sugieren que los jueces son activistas cuando interpretan las disposiciones jurídicas poco claras sobre la base de sus propias creencias o convicciones ideológicas, morales y políticas⁴⁰, en lugar de ser neutrales.

De hecho, por ejemplo, de acuerdo con Kennedy, la actividad de creación de derecho y, por tanto, la influencia ideológica en la decisión judicial tiene lugar cuando los jueces resuelven problemas interpretativos en el contexto de una estructura de normas jurídicas, particularmente frente a una determinada laguna, conflicto o ambigüedad en esta estructura⁴¹. Y uno de los supuestos que condicionan la perspectiva de García y Verdugo, como ellos mismos lo admiten, es que, si bien es posible conocer con relativa certeza el contenido de las normas del derecho, a veces dicho contenido es relativo y no entregará respuestas objetivas muy claras⁴².

³⁶ KENNEDY 2010, 27-45.

³⁷ ZAPATERO 1994, 781.

³⁸ TORRES 2013, 66.

³⁹ GARCÍA y VERDUGO 2013, 18.

⁴⁰ Las ideologías, si se la entiende como amplias visiones unificadoras del mundo, no se limitan a las doctrinas políticas puesto que pueden incluir la religión, la cultura y el conjunto de valores morales subyacentes a una sociedad; FUKUYAMA 1999 [1988], 6. Por otra parte, la política no es sino una parte de la moral, referida específicamente a lo que es correcto desde el punto de vista de las relaciones de poder al interior de una colectividad.

⁴¹ KENNEDY 2010, 29.

⁴² GARCÍA y VERDUGO 2013, 26.

IV. Un significado plausible para la expresión “activismo judicial”

A la mirada crítica del activismo judicial recién expuesta puede, sin embargo, responderse que, a falta de una moral común, los jueces pueden decidir los casos en que debe aplicar principios jurídicos haciendo referencia a sus propias y subjetivas concepciones de justicia⁴³, e incluso que no tienen más alternativa que entender que los conceptos jurídicos indeterminados apelan a las doctrinas morales y/o las ideologías políticas de los intérpretes⁴⁴.

Entre nosotros, por ejemplo, Fernando Atria sostiene que frente a normas como las del art. 19 de la Constitución chilena, los jueces no podrían sino ser activistas (liberales, conservadores, socialistas, etc.) disfrazados de jueces, pues se trata de normas cuya aplicación no adjudica el conflicto precisamente porque, al decir de Dworkin, no expresan concepciones sino conceptos que los jueces deben complementar⁴⁵.

Desde esta perspectiva, y dicho en términos muy sencillos, ¡La culpa no sería de los jueces! Ellos no podrían (en sentido modal) ser neutrales y, por tanto, no activistas. En palabras de Jorge Correa: “La queja debe entonces dirigirse no al Poder Judicial, que tiene poca responsabilidad en el nuevo fenómeno, sino al poder político, el que, paralizado como está, por temor a las mayorías, viene hace tiempo haciendo como que resuelve sin resolver nada, prescribiendo principios o vaguedades, en vez de resolver con reglas (...)”⁴⁶.

En un escenario como este, me parece urgente rescatar la idea de que el activismo judicial implica: *i)* algo negativo, en el sentido que constituye un exceso en las atribuciones judiciales y, por tanto, una especie de invasión en las del legislador; y *ii)* algo evitable.

Ocurre, en cambio, que una vez admitido que los jueces tienen discreción a la hora de interpretar los principios que deben aplicar, la solución sugerida es insistir en que deben resolver conforme a derecho y evitar dar razones políticas⁴⁷. Es más, para defenderse de la crítica, los propios jueces esgrimen que ellos no dan este tipo de razones: “No veo ningún juez que se suba a una tribuna política, que asuma una posición ideológica-política ni tampoco uno que declare en su sentencia, una posición política respecto de un tema judicial”⁴⁸.

Pero si justamente porque los textos jurídicos no son claros es que no hay derecho claramente aplicable, la sugerencia anotada es el mejor camino para que, bajo el pretexto de resolver conforme a derecho, y por tanto

⁴³ COMANDUCCI 2010, 91.

⁴⁴ GUASTINI 2014, 209-210.

⁴⁵ ATRIA 2005, 27-29.

⁴⁶ Ver opinión del profesor CORREA 2013.

⁴⁷ CORREA 2013.

⁴⁸ Ver la opinión del Ministro de la Corte Suprema en JUICA 2013.

neutralmente, los jueces encubran sus opciones ideológicas, morales y políticas⁴⁹.

Si como ocurre muchas veces, el legislador ha renunciado a legislar y, en consecuencia, los materiales jurídicos obligan a tomar una opción entre varias posibles, un juez activista es, en mi opinión, aquel que invade la competencia del legislador precisamente porque, en lugar de argumentar moral o políticamente, esforzándose por fundamentar su elección justificando que lo decidido es aplicable a todas las situaciones similares⁵⁰, finge que no se trata en realidad de su elección sino de la única respuesta correcta que da el derecho. Se trata, sin más, de un legislador encubierto.

Y así definido, el activismo judicial no solo es algo negativo; es también algo que puede, sinceramente, evitarse.

Bibliografía citada

- ABRAMOVICH, Víctor y PAUTASSI, Laura (2008): "El derecho a la salud en los tribunales. Algunos efectos del activismo judicial sobre el sistema de salud en Argentina" en: *Salud Colectiva*, Buenos Aires, Vol 4, N°3, pp. 261-282.
- ALEXY, Robert (2007 [1984]): *Teoría de los derechos fundamentales* (Trad. Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 601 pp.
- ATIENZA, Manuel (2010): "Sobre la única respuesta correcta" en: AARNIO, Aulis [autor-editor]: *Bases teóricas de la interpretación jurídica* (Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo), pp. 47-67.
- ATRIA, Fernando (2003): "La hora del derecho: 'Los derechos humanos'. Entre la política y el derecho", en: *Estudios Públicos*, N° 91, pp. 45-89.
- _____ (2005): "El derecho y la contingencia de lo político", en: *Revista Derecho y Humanidades*, N° 11, 2005, pp.19-39.
- BASSA, Jaime (2014): "Fallo contra la toma del Instituto Nacional". Disponible en: <http://diario.latercera.com/2014/08/22/01/contenido/opinion/11-171384-9-fallo-contra-la-toma-del-instituto-nacional.shtml> [Fecha de Consulta: 22 de agosto de 2014].
- CARRIÓ, Genaro (1994): *Notas sobre derecho y lenguaje* (Buenos Aires, Abeledo Perrot), 416 pp.

⁴⁹ Kennedy, por ejemplo, considera crucial identificar las estrategias mediante las cuales el juez puede mantener la creencia de su audiencia e incluso la suya propia de que está cumpliendo con su deber de fidelidad interpretativa, pese a que sus acciones "moldean" o "mueven" el derecho en una dirección ideológica o en otra.; KENNEDY 2010, 30.

⁵⁰ Aunque la cuestión nos remite al imperativo categórico kantiano ("¡obra según una máxima que pueda valer a la vez como ley universal!"); KANT 2007 [1797], 31-31, párrafo 225), se puede explicar más sencillamente señalando que forma parte de la lógica de los enunciados prescriptivos (como las decisiones de los jueces) el ser universalizables. Esto significa que, dado que estos enunciados se formulan por una razón (en virtud de algo acerca de la acción a la cual el enunciado se refiere), forma parte de las reglas que gobiernan estos enunciados, que cada vez que se presente la misma razón debe aplicarse la misma prescripción. Cualquier enunciado prescriptivo, así, lleva implícito el principio de que lo que ese enunciado prescribe debe aplicarse a todas las situaciones similares. De ahí que, si no se puede mostrar, con argumentos, que lo que se considera correcto también lo es para todas las situaciones semejantes, el juicio es inválido. Sigo en esto la explicación que de la lógica de los enunciados morales y de los enunciados prescriptivos en general hace HARE 1999 [1997]. Y lo dicho resulta sin duda aplicable a las ideologías, en la medida en que ellas son entendidas como proyectos de universalización.

- COMANDUCCI, Paolo (2010): *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 264 pp.
- CORREA SUTIL, Jorge (2013): "Judicialización, activismo y otros males". Disponible en <http://www.elmercurio.com/blogs/2013/10/26/16414/Judicializacion-activismo-y-otros-males.aspx> [Fecha de Consulta: 26 de octubre de 2013].
- DWORKIN, Ronald (1984 [1977]): *Los derechos en serio* (Trad. Marta Gustavino, Barcelona, Ariel), 508 pp.
- _____ (1994 [1977]): "Realmente no hay una respuesta correcta en los casos difíciles", en: *El ámbito de lo jurídico* (Barcelona, Crítica), pp.475-512.
- EL MERCURIO (2013): "Editorial: Anticipos Enade 2013". Disponible en: <http://www.elmercurio.com/blogs/2013/10/17/16156/Anticipos-de-Enade-2013.aspx> [fecha de Consulta 17 octubre 2013].
- FUKUYAMA, Francis (1999 [1988]): "¿El fin de la historia?", en: *Estudios Públicos*, N° 37, pp. 5-31.
- GARCÍA, José Francisco y VERDUGO, Sergio (2013): "Los peligros del activismo judicial". Disponible en <http://www.latercera.com/noticia/opinion/ideas-y-debates/2013/09/895-540465-9-los-peligros-del-activismo-judicial.shtml> [Fecha de Consulta: 1 de septiembre de 2013].
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio (2004): "La interpretación constitucional", en: *Revista jurídica de Castilla y León*, N°2, pp. 31-73.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso (1998): *Principios y positivismo jurídico* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 444 pp.
- GARCÍA, José Francisco y VERDUGO, Sergio (2013): *Activismo judicial en Chile ¿Hacia el gobierno de los jueces?* (Santiago, Ediciones LYD), 301 pp.
- GUASTINI, Riccardo (2010): *Interpretación, Estado y Constitución* (Lima, Ara), 237 pp.
- _____ (2014): *Interpretar y argumentar* (Trad. Silvina Álvarez Medina, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 381 pp.
- HARE, Richard (1999 [1997]): *Ordenando la ética. Una clasificación de las teorías éticas* (Trad. Joan Vergés Gifra, Barcelona, Ariel), 205 pp.
- HART, H.L.A. (1980): "El nuevo desafío al Positivismo jurídico", en: *Sistema*, N°36, pp. 3-18.
- _____ (1994 [1977]): "Una Mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericano. La pesadilla y el noble sueño", en: *El ámbito de lo jurídico* (Barcelona, Crítica), pp. 327-350.
- HENNIG, M.C. (2012): "La jurisdicción constitucional entre judicialización y activismo judicial: ¿Existe realmente 'un activismo' o 'el activismo'?", en: *Estudios Constitucionales*, año 10 N°2, pp. 429-454.
- JUICA, Milton (2013): "Es un Slogan para afectar la Independencia del Poder judicial". Disponible en: <http://www.elmostrador.cl/pais/2013/09/02/milton-juica-y-el-activismo-judicial-eso-es-un-eslogan-para-afectar-la-independencia-del-poder-judicial/> [Fecha de Consulta: 2 de Septiembre de 2013].
- KANT, Immanuel (2007 [1797]): *La metafísica de las costumbres* (Trad. Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, Madrid, Tecnos), 374 pp.
- KELSEN, Hans (1991 [1960]): *Teoría pura del Derecho* (Trad. Roberto Vernengo, México D.F, Porrúa), 364 pp.
- KENNEDY, Duncan, (2010): "El comportamiento estratégico en la interpretación jurídica" en: *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica* (Trad. Guillermo Moro, Buenos Aires, Siglo XXI), 154 pp.
- LAPORTA, Francisco (2001): "El ámbito de la Constitución", en: *Doxa*, N° 24, pp. 459-483.
- MUÑOZ, Sergio (2014): "¿De cuántos fallos estamos hablando? Hay cierta exageración". Disponible en: <http://www.terram.cl/2014/11/27/sergio-munoz-y-criticas-por-judicializacion-de-cuantos-fallos-estamos-hablando-hay-cierta-exageracion/> [Fecha de Consulta: 27 de noviembre de 2014].
- PRIETO SANCHIS, Luis (2000): "Tribunal Constitucional y Positivismo Jurídico", en: *Doxa*, N° 23, pp. 161-195.

- SCHAUER, Frederick (2004 [1991]): *Las reglas en juego* (Trad. Claudina Orunesu y Jorge. L Rodríguez Madrid, Marcial Pons), 311 pp.
- TORRES, L.F. (2013): "El Activismo Judicial en la era Neoconstitucional", en: *Iuris Dictio*, año 13, Vol., 15, pp. 65-80.
- TOULMIN, Stephen (1993): "Entrevista con Stephen E. Toulmin", en: *Doxa* N°13, pp. 329-353.
- VÁSQUEZ, Rodolfo (1996): "Comentarios sobre algunos supuestos filosóficos del análisis económico del derecho", en: *Isonomía*, N°5, pp. 143-152.
- WRÓBLEWSKY, Jerzi (2001): *Sentido y hecho en el derecho* (Trad. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas y Juan Igartua Salaverría, México D.F., Fontamara), 335 pp.
- ZAPATERO, Virgilio (1994): "De la jurisprudencia a la legislación", en: *Doxa*, N° 15-16, pp.769-789.

Principios lógico-jurídicos para la resolución de casos difíciles*

Logical-legal principles for the resolution of difficult cases

Johann Benfeld Escobar**

Esta ponencia expone de manera sistemática la respuesta que frente al problema de los llamados "casos complejos" dio G. W. Leibniz en su *De casibus Perplexis*. Comenzando por una breve exposición del debate Hart-Dworkin y el trasfondo teórico de la discusión sobre los casos difíciles, avanza hacia la exposición del *De Casibus Perplexis* de Leibniz, como una tercera vía de solución a las aporías en el derecho, mediante la aplicación de principios lógicos y jurídicos. Una vez expuesta la teoría, precisa las diferencias entre ella y las propuestas de Hart y Dworkin, mostrando su irreductibilidad y el valor actual que, en esta materia, se le puede asignar a las ideas de Leibniz.

Palabras clave: Casos difíciles, Leibniz, Hart, Dworkin.

This paper presents the answer to the problem of so-called "complex cases" gave by G. W. Leibniz in his *De casibus Perplexis*. Starting with a brief presentation of the Hart-Dworkin debate and the theoretical background of the discussion on difficult cases, advances to the exposure of Leibniz's *De Casibus Perplexis*, as a third way to solve the paradoxes in law, by applying logical and legal principles. After exposing the theory, precise differences between it and the proposed Hart and Dworkin, showing its irreducibility and the current value in this field can be assigned to the ideas of Leibniz.

Keywords: Hard cases, Leibniz, Hart, Dworkin.

RESUMEN / ABSTRACT

* Algunas de las ideas y pasajes de este artículo han sido expuestas en un trabajo de mayor extensión titulado "Una Aproximación al *De Casibus Perplexis* de Leibniz como Estrategia de Solución al Problema Contemporáneo de los Casos Difíciles", actualmente en prensa REHJ 2015. Un borrador de este escrito ha sido previamente leído y discutido por los profesores Patricio Lazo y Enzo Solari. Muchas de sus observaciones y sugerencias han sido recogidas en esta versión final. A ellos pues mis agradecimientos. A don Alejandro Guzmán Brito, además de las conversaciones que hemos tenido sobre este tema, le debo una adecuada orientación sobre la bibliografía pertinente para escribir este trabajo. Vaya a él también mi más sincero agradecimiento.

** Profesor de Teoría y Filosofía del Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, España. Dirección postal: Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Avda. Brasil 2950, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: johann.benfeld@cv.cl

Introducción

Un caso puede ser jurídicamente difícil por muchas razones. Algunas veces lo será porque no existe una norma expresa que resuelva el problema; otras, en cambio, porque hay más de una norma jurídica susceptible de ser aplicada. También puede ser que un caso sea difícil porque no se tiene claridad sobre el sentido y alcance de la norma o, habiendo acuerdo en torno al sentido de la misma, no hay claridad sobre la calificación de los hechos. En fin, en la práctica jurisdiccional muchas veces los jueces se enfrentan a “casos difíciles”.

Afortunadamente, los llamados “casos difíciles” constituyen para los operadores jurídicos una excepción, y, por lo mismo, nunca han de funcionar como paradigmas para la generación de derecho; de ahí el sentido del aforismo “hard cases make bad law”, tan conocido por los jurisconsultos del mundo anglosajón. Sin embargo, para la teoría del derecho estos casos excepcionales sí tienen una gran importancia, pues a propósito de ellos se discute algo más que la controversia particular que los suscita.

En el dominio anglosajón la cuestión teórica tras los llamados “casos difíciles” ha quedado indisolublemente ligada al debate Hart-Dworkin. De modo tal que la textura abierta del lenguaje normativo y la discrecionalidad del juez, para uno, y el conjunto de valores políticos-morales y la sabiduría de un juez ideal, para otro, constituyen los elementos a poner en juego para la resolución de estos casos de suyo inevitables y de competencia siempre jurisdiccional.

Scott Shapiro, yendo al fondo de la controversia, ha fijado los límites del debate Hart-Dworkin en los siguientes términos: “hay una importante unidad en el debate Hart-Dworkin que puede ser descrita en una forma relativamente simple. Propondré en lo que sigue, que el debate está organizado en torno a uno de los asuntos más profundos de la filosofía del derecho, a saber, la relación entre legalidad y moralidad. La estrategia básica de Dworkin a través del curso del debate ha sido argumentar que, de una forma u otra, la legalidad está determinada últimamente no solo por hechos sociales, sino también por hechos morales. En otras palabras, la existencia y contenido del derecho positivo está, en el análisis final, gobernada por la existencia y contenido del derecho moral. Esta afirmación, por tanto, directamente desafía e intenta destruir la imagen positivista sobre la naturaleza del derecho, para la cual la legalidad nunca está determinada por la moralidad sino, más bien, por la práctica social. Pues si los jueces deben considerar lo que la moralidad demanda en ordena a decidir qué requiere el derecho, los hechos sociales solos no pueden determinar el contenido del derecho. Como era de esperar, la respuesta de Hart y sus seguidores ha sido argumentar que dicha dependencia de la legalidad respecto de la moralidad o es meramente aparente o no tiene la aptitud, en los hechos, para socavar los fundamentos sociales del derecho y el sistema legal¹”.

¹ SHAPIRO 2007, 5.

Si Shapiro acierta en su diagnóstico, la cuestión de los casos difíciles en el debate Hart-Dworkin esconde una discusión entre las tesis de la conexión o desconexión entre moral y derecho, y el tipo de argumentos que el juez puede esgrimir para la solución de un caso difícil. Pese a sus evidentes diferencias, las posiciones de Hart y Dworkin son, en un sentido, inconmensurables, y en otro, convergentes. Inconmensurables porque uno desconecta conceptualmente la moral del derecho y entrega al juez un grado significativo de discrecionalidad para resolver estos casos, mientras que el otro inscribe al derecho dentro del registro moral y supone que, teniendo en consideración todos los elementos disponibles en el sistema político jurídico en el que se suscita la controversia, solo cabe una sola decisión adecuada y correcta para el juez.

Así las cosas, en el debate actual sobre los casos difíciles la cuestión parece ser qué tipo de argumentos puede esgrimir el órgano jurisdiccional para resolver una controversia debida a la falta de previsión legal del supuesto de hecho constitutivo de la pretensión o a la ambigüedad propia del lenguaje de las normas jurídicas. Sin embargo, el problema de los casos difíciles no se inaugura con el debate entre Hart y Dworkin y tampoco se clausura con sus propuestas. De hecho, W.G. Leibniz escribió en 1666 un pequeño texto titulado *De Casibus Perplexis* destinado precisamente a resolver el problema de estos casos desde una perspectiva muy diferente a la de Hart y Dworkin.

En lo que sigue de estas páginas veremos en qué consiste la propuesta de Leibniz y en qué sentido ella nos conduce por un camino diferente para la resolución de los casos difíciles.

I. Leibniz y su *De Casibus Perplexis*

Cuando Leibniz escribió el *De Casibus Perplexis* faltaba poco más de un siglo para que Europa Continental viera nacer los primeros códigos legales de inspiración racionalista; por tanto, este escrito temprano no trata de la codificación ni de los problemas asociados a ella, sino de las cuestiones vinculadas a la interpretación y aplicación del derecho común en el contexto alemán de la época. En este escenario, el propósito del opúsculo es determinar, por una parte, conceptualmente la noción de "caso complejo" en el derecho, específicamente en la etapa de aplicación del mismo, y, por otra, los criterios racionales para la resolución de los dichos casos de una forma *necesaria, predecible y universalizable*.

Para lograr su cometido, Leibniz rápidamente advirtió que debía aplicar al estudio de lo jurídico el método lógico-matemático, que tanto éxito tenía en el desarrollo de otros campos del saber. Sin embargo, el panorama que a la sazón ofrecía el derecho alemán no era alentador. No había suficiente claridad respecto al sistema de fuentes: el derecho común, el derecho regio, el derecho canónico, los estatutos municipales, etc., se disputaban la primacía los unos respecto de los otros. Y en la confusión, las sentencias judiciales paso a paso ganaban terreno, pero sobre un suelo nada seguro: a discrecio-

nalidad de los jueces. En resumen, la ciencia jurídica carecía de una materia clara y distinta sobre la cual trabajar.

No obstante la dificultad de la empresa, Leibniz confiaba en la posibilidad de la misma, toda vez que creía haber dado con un método de indagación adecuado: el arte de la combinación. De tal suerte que para la realización de su proyecto era menester simplemente unir lo que al momento se hallaba separado: la metodología y el lenguaje de las ciencias (lógico-matemático) con el derecho. En tal sentido, los esfuerzos intelectuales del joven Leibniz en 1666 pueden ser vistos como un intento por mostrar la unidad intrínseca de la ciencia. De forma tal que el *De Arte Combinatoria* y el *De casibus Perplexis*, ambos escritos el mismo año, se pueden leer como partes de un mismo relato: uno muestra el método y el otro la aplicación del mismo al estudio de lo jurídico. Por lo anterior, antes de revisar el opúsculo jurídico de Leibniz es menester que nos detengamos, aunque sea brevemente, en algunas de las ideas presentes en el *De Arte Combinatoria*.

II. El proyecto lógico-matemático y jurídico de Leibniz: la ciencia como unidad del saber

En el *De Arte Combinatoria* es posible advertir el proyecto intelectual vital de Leibniz. La idea básica de este pequeño texto, simplificando mucho las cosas, es desarrollar una suerte de cálculo aritmético que admite poner en relación conceptos simples y complejos a través de la formulación de unos cuantos teoremas que permiten la clasificación de los conceptos y su adscripción a diferentes campos del saber humano. Así las cosas, el arte de la combinación permite afirmar, según Leibniz, que “las demostraciones perfectas son posibles en todas las disciplinas²”, y el derecho, por cierto, no escapa a esta realidad. Leibniz incluso va más lejos, y afirma que los puntos de contacto de la matemática y el derecho son mucho más profundos de lo que generalmente se piensa. “La jurisprudencia es similar a la geometría en otras cosas, es también similar en que ambas tienen elementos y ambas tienen casos. Los elementos son simples; en geometría figuras: triángulo, círculo, etc.; en jurisprudencia una acción: una promesa, una venta, etc. Los casos son aplicaciones de aquellas, las cuales son infinitamente variables en cada campo. Euclides compuso los Elementos de Geometría; los elementos del derecho están contenidos en el Corpus Juris; pero en ambos trabajos se han agregado los casos más difíciles. Los términos simples en el derecho, sin embargo, a partir de cuya combinación surge el resto, por así decirlo, constituyen los lugares comunes y más generales, han sido recogidos por Berhard Levintheta, un monje franciscano, en su comentario sobre el Arte Magna de Lully. Para nosotros parece que: los términos de los cuales surge la complejidad de la diversidad de los casos del derecho son personas, cosas, actos, y derechos³”.

² LEIBNIZ 1989a, 74.

³ LEIBNIZ 1989a, 82.

De esta forma, en el derecho la combinación de los elementos (personas, cosas, actos y derechos), en sus formas simples, interpretados a la luz de ciertos principios de justicia⁴ puede, en teoría, dar respuesta a cualquier caso, por complejo que este parezca.

Estas ideas Leibniz las repite y reformula en diferentes momentos de su vida. Así, por ejemplo, en su Nuevo Método para el Aprendizaje y la Enseñanza de la Jurisprudencia nos indica que para avanzar en una "lógica del descubrimiento"⁵, en el ámbito propio de las ciencias del derecho, es preciso comenzar trabajando con ciertos tópicos, es decir, "ciertas relaciones trascendentes, tales como todo, causa, materia, similitud, etc. Tal como hemos mostrado en nuestra disertación Del Arte de las Combinaciones, las proposiciones están hechas a partir de tales relaciones de acuerdo al arte de la combinación"⁶. A partir de ellos, se puede proceder a un análisis, es decir, a realizar juicios. Estos, según Leibniz, "se reducen casi completamente a la aplicación de dos reglas: (1) ningún término a de ser aceptado sin ser explicado, y (2) ninguna proposición ha de ser aceptada sin ser probada"⁷ (sic). Y, estas reglas, finalmente, de forma deductiva, conducen mediante las sucesivas combinaciones a verdades necesarias⁸.

El corolario de todas estas ideas es que el derecho puede ser conocido gracias a una adecuada aplicación del método lógico-matemático, pues "la doctrina del derecho pertenece a aquellas ciencias que dependen de definiciones y no de la experiencia; de las demostraciones racionales y no del sentido; tratan de problemas de derecho y no de hechos, por decirlo de algún modo. Puesto que la justicia consiste en una clase de congruencia y proporcionalidad, nosotros podemos entender que algo es justo incluso si no hay nadie que la practique o nadie sobre quien se practique"⁹.

De alguna manera muchas de estas ideas ya estaban presentes en el joven Leibniz, y por ello no nos debe extrañar que su *De Casibus* avance en una dirección de reforma metodológica de la manera en cómo ha de enten-

⁴ En el *De Arte Combinatoria* Leibniz señala que el principio de justicia que ha de ingresar al cálculo reza de la siguiente manera: "dar a otro (o a uno mismo) todo cuanto no dañe a una tercera persona (o a otro)" LEIBNIZ 1989a, 75.

⁵ Leibniz no usa, por cierto, esta expresión, pero nos parece que es congenial con su proyecto de uso de la lógica deductiva como motor de nuevo conocimiento y no meramente como una propedéutica del lenguaje. La idea parece haberla tomado de Peter Ramus quien desarrolló en el siglo XVI un ataque a la lógica aristotélica por considerarla desconectada de lo real. Frente a ella, Ramus propuso una lógica del descubrimiento a partir de ciertas categorías. Ver LEIBNIZ 1989d, 464. Para una explicación simple de la significación técnica de la expresión "lógica del descubrimiento", véase POPPER 2002 [1974], 126-139.

⁶ LEIBNIZ 1989b, 88.

⁷ LEIBNIZ 1989b, 88.

⁸ De esta forma, para Leibniz, "el problema fundamental de la lógica del descubrimiento es, dado un concepto como sujeto o predicado, encontrar todas las proposiciones en las cuales este se usa. Ahora, una proposición es una combinación de dos términos, un sujeto y un predicado. Así el problema se reduce al problema de la combinación". JOURDAIN 1916, 504-523.

⁹ LEIBNIZ 1989c, 133.

derse el derecho, estudiarse y aplicarse. “Sus escritos estaban todo marcados con la inequívoca esperanza del joven –la convicción de que los problemas de una disciplina pueden ser resueltos recurriendo a las ideas de otros dominios, y una creencia en la aptitud de la razón, discurriendo a través de una metodología formal, para enfrentar la tarea de cualquier investigación–¹⁰”.

III. Una noción rigurosa del concepto

Pues bien, como hemos señalado unas líneas más arriba, el *De Casibus Perplexis* busca la determinación conceptual de la noción de “caso complejo” (en este contexto también llamado “caso difícil” o “caso dudoso”) en el derecho, específicamente en la etapa de interpretación y aplicación del mismo; y de los criterios racionales para la resolución de los dichos casos de una forma *necesaria*, *predecible* y *universalizable*. Para lograr su propósito Leibniz aplica al estudio de los casos complejos un análisis lógico matemático que, como veremos, lo conduce de manera predecible a la formulación de una solución única.

El pequeño opúsculo de Leibniz se inicia con una depuración conceptual del término “*casus perplexus*”. Se trata de un término complejo compuesto de dos elementos: la idea de “caso” y la idea de “perplejidad”. Todo caso es para Leibniz en este contexto un hecho. Originalmente el término fue empleado por la ciencia física y por los geómetras para referirse a la concreción de una forma, y de ahí pasó a la moral y al derecho. En este último, específicamente, para designar al hecho ordenado por el derecho¹¹, o lo que es igual, al supuesto de facto que opera como elemento de activación de las consecuencias normativas previstas en el derecho. La idea de perplejidad, a su vez, Leibniz la circunscribe a la noción de “nudo”, en cuanto todo nudo está plegado sobre sí y, a la vez, posee la suficiente fuerza y elasticidad para

¹⁰ HUNTINGTON 1946, 200-232. En este interesante trabajo de Huntington, además, es posible advertir los resortes teóricos generales del pensamiento de Leibniz en su ideario racionalista. De acuerdo a Leibniz toda la realidad ha de comparecer ante el tribunal de la razón y a este ha de someterse. En su sistema, la naturaleza, la sociedad e incluso Dios mismo se hallan sujetos a las leyes de la razón que, en un sentido profundo, son capaces de captar las verdades eternas y absolutas, necesarias e inmutables, en el difuso horizonte del devenir de los hechos y pensamientos en el tiempo. En tal sentido, en el campo de lo jurídico, “una de las primeras tareas de Leibniz fue situar al derecho natural sobre base racionales, y divorciar tanto de la teología como del absolutismo político”. Y en lo que a la teología toca, Leibniz afirma que si en el dominio matemático es imposible que Dios voluntariamente puede hacer que un triángulo tenga cuatro ángulos, en el dominio propio de la moral y la jurisprudencia esto es aún más evidente. “Esto está completamente más allá de su poder mudar lo bueno en malo lo correcto e incorrecto y viceversa. Las verdades eternas, insiste Leibniz, están por encima de la voluntad de Dios; aunque ellas no estén por sobre su entendimiento, de otra manera Dios no podría ser el más perfecto. La razón de dichas verdades eternas no se funda en la comprensión de Dios. Ellas no son verdades porque Dios las comprenda, sino más bien él debe entenderlas, gracias a su más perfecto conocimiento, porque ellas son verdades”. HUNTINGTON 1946, 214.

¹¹ LEIBNIZ 2013 [1666], 133. Para efectos del presente artículo, tendremos a la vista el texto original de Leibniz y la traducción del mismo al inglés contenida en este libro y nos referiremos al él con la expresión *De Casibus*.

mantener elementos dispares unidos entre sí. De modo tal que un caso complejo para Leibniz, resumiendo mucho las cosas, es un hecho que aparece frente al derecho como una especie de nudo, pero un nudo ciego. De esta condición (la de caso perplejo) se sigue la imposibilidad para el derecho de atribuir de manera simple las consecuencias jurídicas que de ordinario se aplicarían al hecho (de no generar una perplejidad).

Con estas primeras aclaraciones, Leibniz quiere circunscribir su análisis a un problema de interpretación y aplicación del derecho frente a un hecho. No se trata, en consecuencia, de una discusión sobre las antinomias entre normas que eventualmente pueden afectar a cualquier sistema u orden jurídico¹².

Los casos perplejos, nos dice Leibniz, son aquellos que tienen la aptitud de generar una "duda" real en el operador jurídico; aunque la noción de duda tenga lógicamente hablando mayor extensión que la de "perplejidad". La perplejidad es así una especie de duda, pero una duda que consiste en la disyuntiva de tener que aplicar una regla de derecho positivo¹³ a favor o en contra de una posición de facto que tiene el mismo peso relativo que su contraria y de cuya aplicación (de la regla de derecho) se sigue la desactivación de otra regla de derecho que no es su contradictoria, y que en otras circunstancias admitiría una aplicación conjunta. Lógicamente hablando, la idea de "perplejidad" se puede hacer equivalente, en este contexto, a las ideas de aporía, dilema o paradoja¹⁴, dependiendo del tipo de perplejidad que produzca.

¹² Las antinomias son contradicciones entre normas que para efectos del *De Casibus* no entran en el análisis, pues en ellas no hay un problema propiamente de subsunción de un "hecho" a una norma de derecho, sino más bien dos normas que por su estructura lógica se desintegran mutuamente.

¹³ "De acuerdo a Leibniz las perplejidades reales no pueden pertenecer al derecho natural, pues este es el trabajo de Dios, sino solo al derecho positivo. Tales perplejidades derivan del hecho de que la ley puede no ofrecer herramientas para resolver una contradicción en casos particulares". ARTOSI et al. 2013, 75. Sin embargo es preciso advertir inmediatamente que, desde el enfoque de Leibniz, incluso Dios mismo se encuentra ligado a la "racionalidad" del derecho natural (con lo que la afirmación precedente se inscribe en un registro ius racionalista absoluto). "Está completamente más allá de su poder (el de Dios) trocar lo bueno en malo, lo incorrecto en correcto, y viceversa. Las verdades eternas, insiste Leibniz, están por sobre la voluntad de Dios, aunque no sobre su entendimiento; de otra forma él no sería el más perfecto". HUNTINGTON 1946, 214. Ahora bien, esta racionalidad, a los ojos de Leibniz, había sido bien captada por el derecho romano clásico y, más específicamente, en la formulación de sus principios generales. "Tomando como base el derecho romano, propone rehacer las colecciones de decisiones jurídicas y reducir a principios todo el derecho vigente en el imperio –tanto el derecho privado como el público–, de forma que la legislación, la jurisprudencia y la doctrina queden expuestas en cuadros metódicos simples y fáciles de ser estudiados y aplicados de forma casi automática. Y, lo que es más importante todavía, mediante ese trabajo de reducción y corrección podía descubrirse en el mismo derecho romano justinianeo los principios de un Derecho verdaderamente racional y universal, que en el fondo no es sino el derecho natural, pues el derecho romano expresa el derecho natural". MARTÍNEZ TAPIA 1996, 149-176.

¹⁴ No se trata, por cierto, de conceptos equivalentes. Lógicamente estos conceptos tienen un diferente contenido y los lógicos han sido cuidadosos en su tratamiento. Con todo, la breve síntesis que ofrece A. Guzmán a este respecto puede ser muy útil para clarificar el punto. "Llamare-

IV. De los diversos tipos de perplejidad

En el *De Casibus* los casos perplejos pueden tener por causa ya un acto de voluntad individual o colectiva (actos jurídicos unilaterales, contratos y convenciones en general), ya unas pretensiones irreconciliables respecto a un bien o posición en relación a una regla de derecho. En este último caso, la cuestión es determinar jurídicamente el orden de prelación entre las partes. A los primeros Leibniz los llama casos perplejos por disposición y a los segundos casos complejos por concurso¹⁵.

Leibniz, principalmente recurriendo al derecho romano, a modo ejemplar ofrece una serie de 25 casos que producen un grado de perplejidad objetiva en los operadores jurídicos (especialmente los jueces). Algunos de estos casos pueden ser resueltos a la luz de principios meramente lógicos, con lo que en definitiva se trata de pseudos problemas jurídicos. Otros, en cambio, no admiten una solución simplemente lógica, sino jurídica.

Usando una nomenclatura actual¹⁶, es posible sostener que Leibniz distingue, no siempre de manera sistemática, entre "paradojas verídicas"; "falsas paradojas" y "paradojas antinómicas". Las "paradojas verídicas" se producen a propósito de una opinión verdadera pero contraintuitiva. Leibniz ilustra este punto con el caso de la esclava Arescua. Por disposición testamentaria se había dispuesto que esta esclava fuera dejada en libertad una vez que diera a luz a su tercer hijo. Sucedió que la esclava primero dio a luz a un hijo, y tiempo después tuvo trillizos. Pero no pudiendo determinarse cuál de los trillizos era el último en nacer y, en consecuencia, cuál la liberaba y se liberaba, resultó que Arescua habiendo dado a luz a cuatro hijos podría seguir siendo esclava. Leibniz resuelve la paradoja mostrando que es perfectamente posible pensar que Arescua, por raro que parezca, habiendo dado a luz a cuatro aún no logre su libertad. Jurídicamente, además, la solución la entregaba el propio derecho romano para estos casos (*De fideicommissariis libertatibus*, l. 16 C.), prefiriendo la libertad de Arescua y sus tres hijos al cautiverio de los cuatro (cuestión reñida con la voluntad del testador).

Las "falsas paradojas" se presentan en razonamientos imperfectos generalmente falaces. Así, cuando un caso difícil es tal porque, por ejemplo, se han introducido en el razonamiento paralogismos (un paralogismo del cuarto término, por ejemplo), falacias de composición o división (que en el opúsculo de Leibniz se pueden asociar a los problemas de "transitividad"), etc. Estos casos también pueden y deben ser resueltos a la luz de un esclarecimiento

mos aporía al razonamiento circular, que en su conclusión torna a las premisas o las contradice, sin que sea posible salir de esta circularidad. Por paradoja entenderemos a la conclusión de un razonamiento que contradice a la opinión ordinariamente recibida y aceptada, al sentido común, a la evidencia inmediata, pero que dentro de las premisas del sistema en que fue formulada es verdadera (a menos que sea un sofisma)". GUZMÁN BRITO 2000, 501-548.

¹⁵ "*sed distinctiones rem expediemus: in casu perplejo vel est dispositio, vel concursus*", LEIBNIZ 2013 [1666], 137.

¹⁶ Sigo en esto a BREWER 2013, 212-224.

lógico. El caso de Protágoras y su discípulo Evatlo, que Leibniz introduce en el capítulo XVI sirve para ilustrar esta estrategia.

Evatlo y Protágoras habían llegado al siguiente acuerdo: Protágoras instruiría a Evatlo en el arte de litigar y aquel, una vez que ganara su primer juicio, pagaría al maestro sus honorarios. Sin embargo, listo como era, Evatlo decidió no iniciar ningún procedimiento judicial a fin de no verse obligado a pagar a Protágoras. Esto llevó al maestro a demandar a su ex discípulo. Pero si Protágoras demandaba y ganaba, Evatlo no habría ganado su primer juicio, y por tanto nada debía. Por el contrario, si Protágoras resultaba vencido en el litigio, Evatlo, por sentencia judicial tampoco estaría obligado a pagar. Luego, si Protágoras demanda, gane o pierda nunca podrá cobrar lo que Evatlo le debe. Lógicamente hablando se trata de un enunciado condicional del modo: "si Ganas tu primer juicio, entonces Pagas mis honorarios". Luego, de la realización de la condición se sigue la activación de lo condicionado; pero de la falsedad del condicionado lo único que se infiere lógicamente es la no realización del condicionante. Esto explica por qué razón Leibniz lógicamente insiste en que este caso se resuelve, primero a favor de Evatlo (mediante la figura de una excepción dilatoria), pues al momento de accionar Protágoras la condición no se había cumplido; pero luego, una vez vencido, a Protágoras le asiste el derecho en contra de Evatlo de exigirle el pago de sus honorarios¹⁷.

Finalmente, encontramos las "paradojas antinómicas" respecto de las cuales los rudimentos meramente lógicos, a diferencia de las anteriores, no son suficientes, aunque siguen siendo necesarios. Son estas las paradojas que representan un verdadero desafío para el joven Leibniz y respecto de las cuales el *De Casibus* pretende ser un aporte novedoso.

En el orden de los casos complejos por disposición encontramos, a modo ejemplar, la paradoja antinómica de la Lex Falcidia.

Leibniz en el párrafo XIII del *De Casibus* comenta un pasaje del jurista Africano referido a la aplicación de la Ley Falcidia. Conforme a esta ley, el testador no podía disponer a título de legado de más de dos tercios de su herencia (con la finalidad de preservar como mínimo un cuarto al conjunto de los herederos testamentarios). De haber un exceso en el legado, debía este ser reducido a los dos tercios referidos.

Pues bien, a Africano se le pregunta por el siguiente caso: uno que teniendo en su acervo hereditario 400 y que ya había dispuesto de 300 (a título de legado), lega a un tercero, con la condición de que no se aplique la Ley Falcidia, un fundo cuyo valor es de 100. Si no se hace efectivo el legado del fundo; no se aplica la Ley falcidia y el legado debe realizarse; pero si se realiza el legado, se cumple la condición señalada en la Ley Falcidia y el legado

¹⁷ Ver LEIBNIZ 2013 [1666], 88. En la misma dirección avanza Leibniz en los casos de los párrafos XXII a XXIII, en los cuales, a propósito de la historia propuesta por Schwenter y de los casos de la dote matrimonial y la hipoteca, muestra como en muchos casos de perplejidad ella se deriva simplemente de falacias a *secundum quid ad simpliciter*. Ver LEIBNIZ 2013 [1666], 95-98.

debe ser dejado sin efecto. Como se puede advertir, *este es un típico caso de paradoja antinómica*; pues la condición del legado del fundo está llamada a cumplirse y no cumplirse simultáneamente; o lo que es igual, cuando la condición se cumple se activa la ley y el legado cae; y si se activa la ley y el legado no se realiza, nada obsta al cumplimiento de la condición y por tanto el legado del fundo se hace exigible. Leibniz resuelve este caso mediante la aplicación de una regla jurídica: toda disposición compleja se tendrá por inválida, y quien pretenda aprovecharse de ella nada obtendrá.

Leibniz inicia a continuación el tratamiento del orden concursal o de prelación de derechos (a partir del parágrafo XIX). La perplejidad en estos casos consiste en establecer un orden de preferencias entre las partes respecto de unos determinados derechos. Leibniz advierte que si en estos casos es posible aplicar el principio de transitividad ha de estarse a este como criterio de solución y la perplejidad desaparece. Así, si A precede a B; y B a C; pero por una especial disposición C precede a A; en virtud del principio de transitividad, en el caso en cuestión B precede a C y también a A. Sin embargo, hay casos en los que no es posible aplicar el principio de transitividad. Así, por ejemplo, un orden de prelación que estableciera que los ascendientes tienen derecho sobre los bienes de sus descendientes; y otra que señalara que los padres tienen derecho sobre los bienes de sus hijos, no daría lugar a la aplicación del principio de transitividad. En clave simbólica: A (ascendiente-abuelo); B (descendiente hijo-padre); C (descendiente-hijo). La regla primera dice: los ascendientes tienen derecho sobre sus descendientes, en razón de ella: A precede a B y B precede a C. La segunda regla señala que B precede a A y, por lo mismo el orden queda B precede a A y a C; pero C (que no es padre), no puede nunca preceder a A.

En esta dirección el parágrafo XXIX nos entrega un ejemplo de esta perplejidad en el derecho romano. Un abuelo manumite a su nieto (quien ahora tiene un patrimonio propio). El nieto muere poco después, pero lo sobreviven su abuelo, su padre y su madre. El problema consiste en que el propio Digesto, bajo el mismo título prescribe tres reglas incompatibles entre sí: una da la preferencia al abuelo, la otra al padre y la tercera a la madre, con lo que hay una circularidad de prelación legal: A-B-C-A. En estos casos, como veremos, habrá que distinguir si el bien en disputa es o no divisible para saber el resultado de la pretensión de las partes.

V. Estrategias de solución ante la perplejidad

Ante los casos perplejos (paradojas antinómicas) caben diferentes alternativas de solución. A partir del parágrafo VI del *De Casibus*, Leibniz comienza a delinear las diferentes estrategias de solución que, en su tiempo, había ofrecido la doctrina a propósito de estos casos. En términos muy esquemáticos el cuadro que presenta Leibniz es el siguiente:

Para algunos los casos perplejos no tienen solución y, por lo mismo el juez debe abstenerse de su conocimiento y solución. Esta primera idea es re-

chazada por Leibniz por la sencilla razón de que, como veremos más adelante, los casos complejos dejan de serlo cuando a ellos se aplica la recta razón bajo el método adecuado y conforme a los principios necesarios del caso.

Otros afirman que los casos complejos sí admiten solución; aunque varían significativamente en el criterio que proponen para tal fin. De modo tal que, unos sostienen que la solución se encuentra en ciertas estrategias de facto: por efecto del azar (lanzando una moneda al aire, por ejemplo); y otros proponen el criterio del juez. El juez, a su vez, para algunos puede resolver mirando a la ley (discrecionalidad reglada) y para otros de espaldas a esta (discrecionalidad libre). Y, en uno u otro caso, podrá o no apelar a elementos religiosos, morales y políticos. Leibniz, rechaza también esta alternativa, pues los problemas jurídicos, según él, han de resolverse conforme a criterios jurídicos.

Finalmente, hay quienes afirman (entre ellos el propio Leibniz) que los casos complejos hay que resolverlos desde el propio derecho, es decir, ellos requieren una solución de *iure*.

Esta primera determinación conceptual de las estrategias que es posible adoptar frente a un caso complejo, de inmediato pone de manifiesto la diferencia de la propuesta de Leibniz en relación al debate Hart-Dworkin. En efecto, aunque los tres están de acuerdo en que los casos complejos han de ser resueltos, en el esquema de Leibniz las posiciones de Hart y Dworkin se encuentran dentro de las estrategias de facto que miran a la actividad del juez. En el caso de Hart se trata de un juez cuya discreción se encuentra en parte reglada y en parte liberada por el propio derecho positivo y la naturaleza de sus reglas (textura abierta de la norma); en el caso de Dworkin se trata de un juez que ha de buscar la solución en el extrarradio jurídico, teniendo en consideración su *background culture* específico (moral y político).

VI. Las estrategias de solución propuestas por Leibniz

Leibniz insiste en la idea de que los casos complejos han de ser resueltos desde el derecho y por el derecho. Llegado a este punto formula su teoría de la única solución correcta para este tipo de casos. Por la importancia del texto lo citaremos de manera íntegra:

“En cuanto nosotros, esperamos que todos los casos puedan ser decididos sobre fundamentos de mero derecho”, como ha sido establecido en la Gosa del Landrecht, l. 33, nota 2 (*wenn es ist kein Sache, do thu das Rect. Zu, als die Ertzen zu der Geuche*, i.e., “no hay caso respecto del cual el derecho no se pueda aplicar, tal como no hay enfermedad que rechace absolutamente cualquier medicina”) y por Treuler en la mencionada ley.

Bachov no está de acuerdo, argumentando que la interpretación de las leyes positivas es bastante incierta, y frecuentemente hay demasiada incertidumbre en saber qué opinión es la más aceptada en la práctica, porque hay una enorme cantidad de opiniones comúnmente compartidas.

Sin embargo, las leyes positivas descansan en la razón civil, la cual limita la ley de la naturaleza y las naciones a modo de excepción, y más particularmente una restricción. Por tanto, la ley de la naturaleza y las naciones se mantendrá en un caso dado tanto como no se pruebe que lo contrario ha sido introducido mediante un estatuto, como un acuerdo general del pueblo (incluso la aptitud del Príncipe de hacer leyes deriva del consentimiento que el pueblo le ha dado a él). Y en efecto, si la interpretación es incierta, nosotros debemos recurrir a las reglas de interpretación de la razón natural, e incluso si tales reglas y presunciones dan igual fuerza a las posiciones de ambas partes, debemos fallar en contra de la parte que funda su demanda en una ley de derecho positivo pero que no puede establecer suficientemente que esa ley ha sido promulgada.

Así se hace claro que todo puede en efecto siempre ser decidido sobre las bases del mero derecho natural y de las naciones, bajo el cual nada es incierto, como el mismo Bachov reconoce. Teniendo así por establecido que tales casos pueden decidirse de acuerdo al derecho, todas las opiniones previas fallan, pues lo primario, en virtud de su existencia, prima sobre lo secundario, de acuerdo a I.1&3 De dolo et malo" (sic)¹⁸.

Puede parecer extraño que Leibniz afirme que los casos perplejos se resuelven solo desde el derecho (*de iure*) y luego, en el mismo párrafo, introduzca nociones, en principio, ajenas al derecho (razón natural, por ejemplo). Sin embargo, dentro de su pensamiento no hay contradicción alguna, pues la idea de "derecho" en este contexto no se limita al ámbito del derecho positivo. Este último (el derecho positivo) es ya una determinación ya una restricción (razonada excepción) de los principios de la razón natural y el derecho de gentes. Y estos últimos, por cierto, no son nada más que aquellos principios de interpretación racional (lógico-matemáticos) de la ley positiva o, mejor aún, principios contenidos en el derecho común alemán de la época (básicamente derecho romano) que son congeniales con dicha racionalidad natural. En esta dirección, ya lo hemos señalado, el derecho es para Leibniz un principio formal de acción racional eterno, inmutable e independiente incluso de Dios mismo¹⁹.

Así, la determinación de los principios jurídicos parece avanzar en dos etapas. Primero ha de haber una suerte de depuración lógica de los enunciados (con contenido de facto) que son sometidos al arbitrio del juez (o del jurista). En este caso el análisis lógico busca aclarar la naturaleza y secuencias de las razones que se introducen en una discusión jurídica. En segundo lugar, ha de aplicarse el método deductivo a la formulación de categorías jurídicas o principios explicativos o regulativos en el derecho.

Leibniz advierte con lucidez que su estrategia no es nueva, pues era el modo propio de proceder de los jurisconsultos romanos. En efecto, si se si-

¹⁸ LEIBNIZ 2013 [1666], 82-83.

¹⁹ Ver LEIBNIZ 2001 [1703], 81-87.

que paso a paso el razonamiento que realiza Africano a propósito de la *Lex Falcidia* (el pasaje que comenta Leibniz se encuentra en Libro V de las Cuestiones del jurista Africano, reproducido también en el Digesto, 35, 2, 88 pr.) se advierte claramente un riguroso procedimiento que va desde la identificación del problema a su solución jurídico. La solución de Africano consiste en apelar a la voluntad del testador, la que en la especie parece orientarse por la idea de que no se perjudique a los otros legados con la eventual entrega del fundo (legado que vale por 100), la solución de derecho propuesta consiste en tener por no cumplida la condición del legado del fundo.

Comentando con detalle este pasaje, Guzmán ha reconducido la solución de Africano a la aplicación de un principio general de interpretación de los testamentos en el derecho romano, según el cual “estos deben entenderse a la luz de la *sententia* o *mens testatoris*, vale decir, de aquello efectivamente querido o pensado por el testador²⁰”. Así las cosas, “la conclusión que obtenemos del examen de este caso es que bien puede ser que un caso sea aporético desde el punto de vista lógico y otra que lo sea desde el punto de vista jurídico. Aquel nos demuestra que un caso lógicamente aporético puede encontrar perfecta solución merced a la aplicación de los cánones jurídicos²¹”.

El tránsito que propone Leibniz desde una solución conforme a los principios de la lógica hacia una solución jurídica de acuerdo a los principios del derecho es perfectamente coherente dentro de su teoría de la única solución adecuada. Leibniz, una y otra vez vuelve sobre casos concretos extraídos del derecho romano (derecho común de su época) y del derecho nacional y muestra cómo los juristas construyen sus soluciones a partir de unos procesos deductivos bien definidos, aunque no siempre totalmente comprendidos. El caso paradigmático lo presenta el derecho romano y la actividad de sus juristas y, por lo mismo, Leibniz prefiere exponer su teoría dentro de la tradición romanista, pero aclarada desde una perspectiva racional. Esto explica por qué “en muchas de sus cartas y trabajos académicos Leibniz comparó el trabajo de los juristas romanos clásicos al de los antiguos matemáticos y geómetras. En una carta a Georg Graevius él comentó: creo que ni Euclides ni Descartes, si ellos mismos se hubiesen dedicado a esta doctrina, habrían sido capaces de escribir con más profundidad o extensión que Ulpiano y Papiniano²²”.

En otros términos, lo que Leibniz advierte con fuerza en el derecho romano clásico (aunque no solo en él) es la protoforma de un derecho racional de cuño lógico deductivo capaz de extraer principios de justicia universales a la luz de los cuales puede resolverse cualquier tipo de perplejidad en el derecho. No se trata, claro está, de principios meramente lógicos, sino de verda-

²⁰ GUZMÁN 2000, 514.

²¹ GUZMÁN 2000, 515.

²² HOEFELICH 1986, 95-121.

deros principios jurídicos que, sin estar reñidos con la lógica, van más allá de esta y representan la *ultima ratio* de solución.

Leibniz, con todo, advierte que el trabajo de los juristas clásicos tuvo un fuerte componente intuitivo, pues dichos juristas no tuvieron del todo conciencia del método adecuado para el análisis de su objeto. Y este es, en gran medida, el problema que el *De Casibus* pretende solucionar. De ahí que de manera natural, Leibniz nos ofrezca la solución de los casos complejos (especialmente de las paradojas antinómicas por disposición o concurso) mediante la formulación de principios y, al final del escrito, nos indique con claridad el propósito último de la implementación de un método racional lógico deductivo para el análisis de lo jurídico y de la formulación de principios propiamente jurídicos.

Los principios que Leibniz propone en este trabajo temprano son tres. Uno referido a las perplejidades que suponen las disposiciones y dos para las perplejidades por concurso. Respecto a la *dispositio* Leibniz señala que el principio es “toda disposición que produzca perplejidad ha de ser inválida, y quien pretenda fundar su pretensión en ella no ha de obtener nada²³”. En cuanto al *concursum*, Leibniz agrega otros dos principios: primer principio: cuando el contenido de una pretensión concursal no pueda ser dividido y no se admita un dominio común respecto a la misma, todas las partes en competencia se entenderá que pierden²⁴. Por el contrario, segundo principio: cuando la cosa objeto de la pretensión concursal pueda ser dividida o susceptible de dominio compartido, todas las partes en competencia han de tener algún derecho a prorrata²⁵.

Con razón, alguno²⁶ ha criticado el opúsculo de Leibniz por su poca sustentividad. Los principios propuestos en el *De Casibus* para la solución de los casos complejos no son nuevos, dado que de una u otra forma ya estaban presentes en la tradición romanista. Además, en su número y posibilidad, el propio Leibniz lo advierte, dichos principios son, por cierto, insuficientes para

²³ Así, por ejemplo, la disposición testamentaria que liberaba a Arescua y a su tercer hijo, cuyo sujeto obligado era el sucesor (uno o varios) del causante, ante la perplejidad (no especificación de la condición de “tercer hijo”), queda sin efecto para el titular de la sucesión que pretenda, fundándose en ella, mantener en la condición de esclavitud a Arescua y a sus trillizos.

²⁴ Leibniz desde el párrafo XXIV a XXVI entrega ejemplos de esta situación. En palabras simples, el caso propuesto en el párrafo XXVI nos puede servir para esclarecer la aplicación de este principio. Trátase ahí de determinar el orden de prelación para la titularidad de un privilegio (indivisible). El problema se produce cuando dado el orden de prelación A antecede a B y B a C; conforme al derecho común, una disposición especial altera la preferencia de C respecto de A; pero no la de A respecto de B, ni la de B respecto de C. De modo tal que ahora tenemos que C precede a A; pero A precede a B, pero B precede a C. Luego, ¿quién de los tres es el titular del privilegio? En un caso así, y no siendo posible establecer un orden de prelación concursal de acuerdo a ninguna regla, Leibniz sostiene que el privilegio no ha de ser diferido a ninguno (A, B o C).

²⁵ Si el caso anterior, por el contrario, se produjese a propósito una masa hereditaria, Leibniz señala que no pudiendo establecerse un orden de prelación determinado entre los herederos todos llevarían igual cuota, o dominio sobre los bienes (regla 2).

²⁶ Ver ARTOSI 2013, 29-31.

dar cuenta de todos los casos complejos. Sin embargo, no debemos buscar en estos tres principios, propuestos a modo ejemplar, el valor del *De Casibus*, sino en el sentido y alcance que tiene la estrategia de Leibniz. En efecto, el *De Casibus* concluye con una lista de seis corolarios y dentro de ellos, es el número tres el que da cuenta del proyecto general del opúsculo.

“El vicio primario de un escritor –dice Leibniz en el corolario número tres– es dividir en innumerables fragmentos aquellas cuestiones que caen dentro de la extensión de una única comprensión (Cujas, IX, observación 38), i.e., introducir bajo subcategorías separadas lo que puede ser comprendido de un vistazo desde una regla general, solo para hacer los libros más largos. De ahí que los pesados trabajos de Menochius, *De praesumptionibus*, y de mascardi, *De probationibus*, puedan ser cada uno reducidos a seis cortas páginas, de manera tal que dichas páginas contengan toda la verdad que de tales trabajos se puede derivar²⁷”.

En este pequeño fragmento, Leibniz, por una parte, da cuenta de uno de los propósitos del *De Casibus* (la determinación de principios básicos del derecho) y, por otra, anticipa su proyecto teórico jurídico futuro: la reforma metodológica y sustantiva de la forma en que el derecho se genera, aprende, interpreta y aplica. Posteriormente estas ideas las desarrollará, fundamentalmente en su Nuevo Método para el Aprendizaje y la enseñanza de la Jurisprudencia. Así, en el ideario de Leibniz, una vez que la razón lógico deductiva haya sido consistentemente introducida en el análisis de lo jurídico necesariamente ha de descubrir ciertos principios propios del derecho que, en número finito y racionalmente aplicados, tengan la aptitud de disolver a través de una única interpretación todo caso complejo, o, lo que es igual, sirvan para demostrar que a la luz de los tales principios no existen, en estricto rigor, casos complejos para el derecho.

Conclusiones

Al comienzo de este trabajo indicamos que la discusión actual sobre los casos difíciles en el mundo anglosajón ha quedado inevitablemente ligada al debate Hart-Dworkin. Y, de alguna forma, también de él ha extraído tanto el planteamiento del problema como su solución. El problema consiste en resolver controversias jurídicas sustantivas generadas por una posición de facto que demanda ya la aplicación simultánea de dos reglas de derecho que, sin ser contradictorias entre sí, en el caso particular se excluyen mutuamente, ya la aplicación de una nueva regla de derecho, en el evento de no existir ninguna disposición jurídica que dirima el conflicto. La solución, que en este contexto se propone para los casos difíciles, consiste bien en una suerte de “discrecionalidad reglada” (Hart), bien en una actividad jurisdiccional “reglada pero abierta a un conjunto de valores morales y políticos” (Dworkin).

²⁷ LEIBNIZ 2013 [1666], 117-118.

Más allá de las diferencias entre Hart y Dworkin es posible advertir un registro común en la discusión: el caso difícil es de naturaleza sustantiva; inevitable en todo ordenamiento jurídico, y de resolución jurisdiccional. Son precisamente estas ideas las que no forman parte de la aproximación al problema que realiza Leibniz. Para él los casos complejos evidencian una deficiente actividad intelectual en la identificación de principios lógicos y jurídicos al momento de aplicar el derecho; en estricto rigor la aplicación del modelo deductivo lógico matemático y los principios sustantivos de justicia muestra que los casos complejos no existen, y, por cierto, en la solución de los mismos muy poco tiene que hacer el juez y mucho (de manera previa) el jurista.

Sin embargo, Leibniz y Dworkin comparten una idea importante: la de la solución única frente a estos casos. Pero aunque las palabras son las mismas (una única solución) el concepto es diferente. Como ha señalado Ben-Menaheh "advertimos un número de diferencias entre Leibniz y Dworkin. Dichas diferencias indican que la afirmación de una única solución dentro del derecho es insuficiente para caracterizar una teoría legal en general. Leibniz y Dworkin difieren en sus concepciones sobre el proceso legal (gobernado por reglas de final abierto), y en sus concepciones del material legal (exclusivo-inclusivo), aunque ellos están de acuerdo en la existencia de una única solución dentro del derecho y niegan (de manera contundente) la discreción judicial. Pero aunque ellos coinciden en esto, arriban a sus conclusiones por unos caminos muy diferentes: Leibniz minimizando el ámbito de la intervención judicial, Dworkin maximizándolo²⁸".

Así, aunque Leibniz y Dworkin hablan de lo mismo no dicen lo mismo. En el proyecto ilustrado de Leibniz es inaceptable pensar que estos casos sean resueltos a la luz de principios no jurídicos, cualquiera sea la naturaleza de ellos; que la solución adecuada para estos casos se derive de un proceso reconstructivo de valores morales y políticos de un régimen particular en curso y no de la razón pura, y que la formulación de estos principios resolutivos sea de competencia de un juez, aunque se trate del juez Hércules.

Con todo, el mérito del *De Casibus* hay que buscarlo no tanto en las soluciones de fondo que propone frente al problema de los casos difíciles, sino más bien en la estrategia de cuño racional que ofrece: considerar como punto de partida de todo razonamiento jurídico la interna coherencia lógica del mismo y, en el evento de que aún persista el problema, centrar la mirada en los principios jurídicos recogidos por la tradición. De alguna forma, las teorías contemporáneas de la argumentación jurídica han comenzado a transitar nuevamente este camino, aunque, a diferencia de Leibniz, con una mayor confianza en el criterio de los jueces, que sin necesidad de ser el juez Hércules de Dworkin, mediante el uso de su razón, buscan soluciones *necesarias, predecibles y universalizables* y no meramente reconstructivas.

²⁸ BEN-MENAHEM 1993, 198-215.

Bibliografía citada

- ARTOSI, A.; PIERI, B.; SARTOR, G. (2013): *Logico-Philosophical Puzzles in the Law* (N.Y, Springer), 226 pp.
- BEN-MENACHEM, Hanina (1993): "Leibniz on Hard Cases", en: *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, N° 79, pp. 198-215.
- BREWER (2013): "Law, Logic, and Leibniz" en: Artosi, A.; Pieri, B.; Sartor, G [Editores], *Logico-Philosophical Puzzles in the Law* (N. Y., Springer), pp. 212-224.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2000): "Aporías, Paradojas, Antinomias y Dilemas en el Derecho", en: *Revista de Ciencias Sociales*, N° 45, pp. 501-548.
- HOEFLICH, M.H. (1986): "Law and Geometry: Legal Science from Leibniz to Langdell", en: *The American Journal of Legal History*, Vol. 30, N° 2, pp. 95-121.
- HUNTINGTON, Cairns (1946): "Leibniz's Theory of Law", en: *Harvard Law Review*, Vol. 60, N° 2, Dec., 1, pp. 200-232.
- JOURDAIN, Philip (1916): "The Logical Work of Leibniz" en: *The Monist*, Vol. 26, N° 4, pp. 504-523.
- LEIBNIZ, G. W. (1989a [1666]): *De Arte Combinatoria* (Trad. Leroy E. Loemker), en: G.W. *Leibniz, Philosophical Papers and Letters* (Dordrecht, Kluwer Academic Publishers) Second edition.
- _____ (1989b [1667]): *New Method for Learning and Teaching Jurisprudence* (Trad. Leroy E. Loemker), en: G.W. *Leibniz, Philosophical Papers and Letters* (Dordrecht, Kluwer Academic Publishers) Second edition.
- _____ (1989c [1670-71]): *Elements of Natural Law* (Trad. Leroy E. Loemker), en: G.W. *Leibniz, Philosophical Papers and Letters* (Dordrecht, Kluwer Academic Publishers) Second edition.
- _____ (1989d [1696]): *Letter to Gabriel Wagner on the Value of Logic* (Trad. Leroy E. Loemker), en: G.W. *Leibniz, Philosophical Papers and Letters* (Dordrecht, Kluwer Academic Publishers) Second edition.
- _____ (2001 [1703]): *Meditación sobre la noción común de justicia* (trad. José María Atencia, Madrid, Editorial Biblioteca), 81-87 pp.
- _____ (2013 [1666]): *Disputatio Inaguralis De Casibus Perplexis in Jure* (Trad. Artosi, A; Pieri, B; Sartor), en: *Leibniz: Logico-Philosophical Puzzles in the Law* G. (N.Y, Springer), pp. 71-150.
- MARTÍNEZ TAPIA, Ramón (1996): "Leibniz y la Ciencia Jurídica", en: *Anales de Derecho, Universidad de Murcia*, N° 4, pp. 149-176.
- POPPER, Karl (2002 [1974]): *Búsqueda sin Término* (Trad. Carmen García Trevijano, Madrid, Alianza Editorial), 255 pp.
- SHAPIRO, Scott J. (2007): "The 'Hart-Dworkin' Debate: A Short Guide for the Perplexed", en: *Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, N° 77, 55 pp.

Algunos elementos para una teoría general de los principios jurídicos. Estado de la cuestión y crítica

Some elements for a general theory of legal principles. The state of question and critique

Sebastián Chandía Olivares*

El presente trabajo analiza algunos elementos que debe considerar una teoría que tenga por objeto de estudio a los principios jurídicos. En este sentido se identifican como elementos, al menos, los siguientes: la aproximación al concepto, su aplicabilidad, el rol de la doctrina en la construcción de los principios, entre otros.

This paper analyzes some elements that should be considered by any theory which has as aim of study the legal principles. In this sense, at least, the following elements are identified: the approach to the concept of legal principles, its applicability, the role of doctrine on the construction of principles, inter alia.

Palabras clave: Principios jurídicos, fuentes del derecho, concepto de principio jurídico, aplicabilidad de los principios jurídicos, teoría estructurante del derecho.

Keywords: Legal principles, source of law, concept of legal principles, applicability of legal principles, structuring theory of law

RESUMEN / ABSTRACT

Introducción

De un tiempo a esta parte se ha venido señalando en la doctrina –nacional y comparada– la relevancia de los principios jurídicos. De la misma forma, se observa una profusa utilización de ellos en la praxis institucional. Pero no obstante el interés doctrinal y práctico, se echa en falta el desarrollo de una teoría que trate de explicar los aspectos básicos del fenómeno principialista.

Una “teoría”, en términos sintéticos, es un conjunto de conocimientos con pretensión de sistematicidad. Más completamente “teoría”

* Egresado de derecho, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Correo electrónico: sebastian.chandia.olivares@gmail.com

puede definirse como “una construcción mental simbólica, verbal o icónica, de naturaleza conjetural o hipotética, que obliga a pensar de un modo nuevo al completar, integrar, unificar, sistematizar o interpretar un cuerpo de conocimientos que hasta el momento se consideraban incompletos, imprecisos, inconexos o intuitivos”¹.

Estas últimas características describen adecuadamente el estado de la cuestión en materia de principios jurídicos y justifica las pretensiones de elaboración de una teoría que los convierta en objeto de estudio. Ahora bien, una vez que se encuentra firme la decisión de elaborar una teoría en relación a los principios, cabe discutir qué aspectos, qué preguntas y qué problemas deben discutirse, responderse y elucidarse. El presente trabajo no pretende formular teoría alguna, sino solo mencionar algunos elementos mínimos que debiera contemplar un estudio cabal del fenómeno principialista.

I. La problemática aproximación al concepto de principios jurídicos

1. Consideraciones preliminares

La primera tarea que debe asumir quien estudie a los principios jurídicos será la de elucidar su concepto. Pero esta labor conceptualizadora, básica en toda investigación, resulta particularmente compleja tratándose de los principios; máxime si se ponen de relieve ciertas dificultades que surgen en una primera aproximación.

a) *La tríada conceptual: reglas, normas y principios.* De entrada los teóricos sitúan a los principios dentro de la tríada conceptual: reglas, normas y principios. De lo que se trata es elucidar la naturaleza de los principios relacionándolos con estas entidades lógicas y discutir la diferenciación, similitud, especificidad o no especificidad de los principios en relación a aquellos². Y, por supuesto, dependerá de cada teórico, autor y trabajo de que se trate, el concepto que trasuntará a cada una de dichas nociones.

b) *El concepto de “norma jurídica” subyacente.* Por otra parte se observa una dificultad metodológica, que quizás es evidente, pero por evidente suele olvidarse. Esta dificultad estriba en determinar el “concepto de norma” y la “teoría de la norma jurídica” que subyace a cada investigación. Con todo, es posible partir del sustrato más básico de la idea de “norma” entendida como un juicio deóntico que señala lo que debe ser y que puede ser formulado bajo las expresiones básicas del mandato, la permisión y la prohibición; y de “norma jurídica”, como aquella específica norma que reviste ciertos caracteres especiales cuales son la exterioridad, la bilateralidad, la coactividad y la heteronomía.

¹ MARTÍNEZ 2000, 87-88.

² Ver ESSER 1961, 45.

Sobre esta base, es importante determinar si, para quien investiga y a los teóricos cuyo trabajo investiga: *i)* la *norma jurídica existe como una realidad preconfigurada*, que es creada por ciertos órganos y miembros de la comunidad jurídica con poder, en cada caso para ello y que –al menos en el derecho moderno– se entiende se plasma o se contiene en ciertos textos³; *ii)* o bien podría entenderse que la *norma jurídica no existe ex ante*, no es una realidad que preexista, sino que es algo que solo puede concebirse como resultado de un proceso de construcción llevado adelante por un operador jurídico, sobre la base de una interpretación que considerará elementos de distinta naturaleza, y que arrojará un juicio deóntico concreto, diferente y actualizable en cada caso, indicando qué es lo debido para cada situación⁴.

2. Sentidos atribuibles a la expresión “principios jurídicos”

Superadas –o al menos observadas– las dificultades anteriores es posible constatar la existencia de una multiplicidad de sentidos atribuidos a la expresión “principios jurídicos”. En efecto, el jurista argentino Genaro Carrió señalaba que podían identificarse distintas acepciones de la palabra “principio” ya en el lenguaje usual, ya en el lenguaje jurídico. En el lenguaje usual distinguía siete significados atribuibles posibles o, como él prefiere denominar, siete “focos de significación”. Mientras que en el lenguaje jurídico, era posible distinguir al menos diez “focos de significación”^{5,6}.

Ahora bien, a partir de un somero barrido de los principales trabajos sobre la materia, esquematizando las propuestas conceptuales y vinculándolas con las relaciones entre los principios, las normas y las reglas, es posible señalar que:

³ Esta es la teoría de la norma jurídica tradicional que se ha venido desarrollando –en nuestra doctrina, al menos– desde la teoría de Hans Kelsen y su posterior desarrollo. Ver KELSEN 1971, 44- 49.

⁴ Esta es la idea subyacente a la denominada “teoría estructurante del derecho” del alemán Friedrich Müller. Ver MÜLLER 1989 y 2006. El trabajo de Müller ha influido en la doctrina ibérica y latinoamericana. En España, destaca la labor de Luis Villacorta Mancebo en la traducción (“Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas”, 1980) y difusión de las obras del jurista alemán (“Postpositivismo”, 2008); asimismo, destaca el trabajo sistematizador de Salvador Gómez de Arteche y Catalina en la traducción de los “Métodos de trabajo del derecho constitucional” (2006). En Brasil, desde 2000, se vienen traduciendo las obras de Müller al portugués destacando las traducciones de Peter Naumann (*Métodos de trabalho do direito constitucional*, 2000; *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*, 2007 y *Teoria estruturante do direito*, 2008) y la difusión del trabajo del jurista alemán por Paulo Bonavides (*Curso de Direito Constitucional*, 1994). En Colombia, destacan los trabajos de Luis Castaño Zuluaga (“La hermenéutica y el operador jurídico en el nuevo esquema constitucional. Pautas a considerar para el logro de una adecuada interpretación jurídica”, 2009). En Chile, aunque Francisco Zúñiga Urbina en un artículo de 1992 (“Tendencias contemporáneas en la interpretación constitucional”) había tomado nota del método estructurante, es Eduardo Aldunate Lizana el principal difusor de las ideas de la teoría estructurante del derecho de Müller. Ver ALDUNATE LIZANA 1998a, 1998b, 2002a, 2002b y 2009.

⁵ CARRIÓ 1970, 32 y ss.

⁶ BASCUÑÁN 1953, 66-67.

i) Algunos autores entienden a los *principios jurídicos como entidades lógicas distintas de las reglas*. En este grupo podrían ubicarse autores tan variados como Ronald Dworkin (que entiende a los principios como ciertos “estándares de comportamiento que aportarían razones para una decisión”)⁷ y Enrique Barros (que entiende a los principios como “pautas de conducta”)⁸.

ii) Otros autores entienden a los principios como norma. Y en este sentido: ya como norma jurídica (aquí podrían ubicarse las propuestas de Prieto Sanchís⁹, Comanducci¹⁰ y Atienza y Ruiz Manero¹¹), ya como norma jurídico-moral (en la que cabe mencionar la tesis de Robert Alexy y sus “mandatos de optimización”¹²).

3. “Principios jurídicos” y otras expresiones afines

Finalmente, es necesario distinguir a los principios de otras entidades o expresiones afines con las cuales suele identificarse como son las de “aforismos”, “máximas”, “axiomas” y “adagios”¹³.

II. La caracterización de los principios jurídicos como fuente del derecho

1. ¿Consecuencias de la consideración de los principios jurídicos como “fuente del derecho”?

Otro elemento, o temática, a considerar por una teoría de los principios jurídicos es la de su consideración como fuente del derecho. Desde ya existe meridiano consenso sobre la dificultad que entraña en sí misma la noción de “fuente del derecho” y, particularmente, de su aplicación a los principios jurídicos. Ello ha merecido un análisis particular¹⁴. No obstante cabe aquí señalar algunos aspectos:

i) La pregunta acerca de la consideración de los principios jurídicos como “fuente del derecho” debe ir aparejada de su consecuencia inmediata; en otras palabras, es necesario que quien se pregunte si los principios son “fuente del derecho” deba tener meridiana claridad, primero, respecto de la finalidad última de la formulación de la pregunta y, segundo, respecto de cuál sería el alcance de responder positivamente dicha interrogante; si no hay claridad sobre la finalidad, o si respondiendo la pregunta no se genera

⁷ DWORKIN 1984, 72-73.

⁸ BARROS BOURIE 1984, 270.

⁹ PRIETO SANCHÍS 1992, 62-64.

¹⁰ COMANDUCCI 1998, 21.

¹¹ ATIENZA Y RUIZ MANERO 1993, 329-332.

¹² ALEXY 1993, 86 y ss.

¹³ ESSER 1961, 123-132

¹⁴ VER CHANDÍA 2012B, 184-188.

ninguna consecuencia en ningún plano, lo mejor sería dedicar los esfuerzos intelectuales a otros lugares.

ii) Lo anterior se pone de relieve porque frecuentemente los autores se ocupan de determinar si los principios jurídicos serían o no "fuentes del derecho" pero sin tener claridad del paso siguiente: habiendo afirmado que los principios jurídicos son "fuente del derecho" no hay certezas de las consecuencias de la atribución de tal carácter. Y esa es, quizás, la gran debilidad de la pregunta misma acerca de la consideración de cualesquiera cosa como "fuente del derecho", que explicaría además la notoria esterilidad de las conclusiones doctrinarias. Precisamente, en algún momento se señaló que "decir que unos actos normativos son fuentes (del derecho), y otros no, no significa en modo alguno decir que el ordenamiento confiere a los primeros una virtualidad que no confiere a los segundos, porque el ordenamiento jurídico no prevé unas consecuencias específicas que solo concurren en los actos llamados fuentes, en todos ellos, y no en los demás"¹⁵.

2. Lo que importa sobre los principios jurídicos como "fuente del derecho"

No obstante, para alguien que considere un concepto amplio de fuente del derecho y una adecuada concepción de la norma jurídica, el ejercicio intelectual de preguntarse si los principios son o no "fuentes del derecho" pareciera ser, no necesariamente más fecundo, pero al menos más sincero.

a) Un concepto amplio de "fuentes del derecho" entiende a los principios como todas aquellas instancias a partir de las cuales se puede afirmar la existencia de ciertas normas como normas vigentes en el ordenamiento jurídico. Y aquí la expresión instancia quiere ser lo suficientemente amplia como para recoger la pluralidad de fenómenos sociales a los cuales, en distintos tiempos y lugares, se les otorga o reconoce, la cualidad de servir de base a una afirmación sobre una norma jurídica como vigente en un ordenamiento y que ordenará qué es lo debido en cada caso¹⁶. En este sentido son fuentes del derecho los textos normativos vigentes promulgados por la autoridad (leyes, reglamentos), los actos reiterados de una comunidad realizados con la convicción de ser jurídicamente obligatorios (costumbre), los actos jurídicos entre particulares (actos jurídicos unilaterales, bilaterales, y en particular, los contratos); pero también serían fuentes del derecho, las teorías propias de una rama o sector del derecho (o incluso, de una particular institución dentro de un sector determinado) y, por supuesto, los principios jurídicos.

b) Ahora bien, para una teoría que entiende que la norma jurídica será el resultado de un proceso de construcción normativa llevado adelante por un operador jurídico, sobre la base de la interpretación de hechos, actos y textos normativos; que entiende a dicha interpretación como el proceso intelectual tendente a atribuir significado a hechos, actos y textos; y que en-

¹⁵ DE OTTO 1988, 70-74.

¹⁶ ALDUNATE LIZANA 2010, 8; CUETO RÚA 1961, 33 Y ROSS 1974, 75.

tiende a las fuentes del derecho como todos aquellos elementos que van a permitir determinar la norma jurídica de decisión en cada caso concreto, la discusión acerca de la consideración de los principios jurídicos como “fuente del derecho” resulta ser una actividad intelectual inútil y su resultado irrelevante, por cuanto entender que los principios gocen (o no) del título de “fuentes del derecho” no dice nada por sí mismo: gozar de esa calidad, no le otorga ni le resta, más o menos protagonismo en el proceso construcción normativa. Ello obliga a poner el foco de atención en otro lugar: específicamente, en la identificación de los principios jurídicos en cada sector, disciplina o rama del derecho y en su manejo y uso disciplinado por los operadores jurídicos, tarea que le compete en último término a la doctrina y dogmática en general¹⁷.

III. El rol de los principios jurídicos en un ordenamiento jurídico

1. La creación del derecho en el Estado contemporáneo

El Estado contemporáneo organiza el sistema jurídico a través de un derecho puesto, de producción estatal, y comunicado a través de textos normativos (derecho que podría denominarse “legislado” en un sentido amplio). De esta forma, el derecho que deriva de la organización del poder público pertenece al derecho escrito, es decir, al racional y conscientemente establecido como tal por los centros en cada caso con capacidad para ello. No obstante, subsiste aún hoy el derecho no escrito. Esto deja abierta la puerta, no solo a regulaciones producidas por fuentes orgánicas no estatales (v.gr., la costumbre) sino que también a los principios del derecho. Así entonces adquiere relevancia conocer el rol que juegan esos principios en un ordenamiento jurídico y, del mismo modo, determinar cómo se relacionan con el derecho legislado.

2. Textos normativos estructuradores del sistema jurídico y principios jurídicos

En primer lugar, es necesario señalar que el derecho moderno –caracterizado fundamentalmente por ser un derecho escrito y puesto por el Estado– se estructura sobre la base de las decisiones tomadas por los órganos que ejercen funciones estatales –fundamentalmente, una función nomogenética o legislativa– que se plasman en textos normativos; y dentro de ellos, adquiere importancia, en cuanto estructurador del sistema de fuentes del derecho de cada Estado, la constitución. Bajo lo dispuesto por la constitución, adquirirán relevancia otros textos normativos (ya sean códigos, leyes o reglamentos) que van a estructurar cada sector, rama o disciplina jurídica. Así las cosas, la pregunta acerca del rol, posición o funciones que cumplen los principios en un ordenamiento jurídico determinado, estará condicionada por lo que prescriban los textos normativos que estructuran el sistema jurídico, en general, y

¹⁷ Ver infra, acápite V.

por los textos normativos que estructuren cada sector, disciplina o rama del derecho, en particular.

Ilustrativo resulta el tratamiento doctrinario sobre el rol específico que jugarían los principios jurídicos en un ordenamiento jurídico y su calificación, ya sea como fuente del derecho, como parte integrante de los mecanismos de integración del derecho o como elemento de interpretación. Esta calificación generalmente está condicionada por lo determinado o resuelto por el propio ordenamiento jurídico. Piénsese, por ejemplo, en lo prescrito por el capítulo primero, del título preliminar del Código Civil español, el cual dentro de la regulación de las “fuentes del derecho” sitúa a los “principios generales del derecho” como “fuente del ordenamiento jurídico español” (artículo 1.1). Ilustrativo resulta también lo prescrito por el título preliminar del Código Civil y Comercial argentino –modificado el año 2014– que establece una regla general de interpretación que menciona expresamente a los principios jurídicos: “[l]a ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento” (artículo 2); del mismo modo, en materias particulares, se remite expresamente a principios jurídicos del derecho privado general y civil o comercial¹⁸, pero también a principios de otros sectores o disciplinas como parte integrante de la regulación que resultará aplicable: tal es el caso del artículo 1765 y 1766 que hacen aplicables los “principios de derecho administrativo” en materia de responsabilidad del Estado y responsabilidad del funcionario y empleado público¹⁹.

En fin, a partir de lo establecido por los respectivos textos normativos para cada ordenamiento jurídico, la apreciación doctrinaria –respecto del rol, posición y funciones de los principios– pareciera estar más limitada o dirigida si se quiere; no así, en aquellos ordenamientos jurídicos para los cuales sus respectivos textos normativos estructuradores nada establezcan expresamente en relación a la posición y función de los principios jurídicos, como es el caso de algunos sistemas jurídicos latinoamericanos, y el propio caso chileno. Así las cosas, este dato necesariamente debe ser considerado para efectos de determinar el rol de los principios en un ordenamiento jurídico como elemento de una teoría principialista.

¹⁸ Así los artículos 528 (“principios generales relativos al enriquecimiento in causa, interposición de personas y otros que resulten aplicables”), 706 (“principios generales de los procesos de familia”), 945 (“principios de los contratos onerosos”), 1061 (“principio de la buena fe”), 1094 (“principio de protección del consumidor y del acceso al consumo sustentable”), 1678 (“principios generales” –en materia de fideicomiso–), 2600 y 2651 (“principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino”).

¹⁹ Artículo 1765: “Responsabilidad del Estado. La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda”. Artículo 1766: “Responsabilidad del funcionario y del empleado público. Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda”.

3. El rol y la posición de los principios jurídicos en el caso chileno: bases para una propuesta

Específicamente para el caso chileno podría sostenerse, de entrada, que no existe texto normativo alguno que prescriba el rol, posición y funciones de los principios para el ordenamiento jurídico general.

a) Por de pronto, en la Constitución nada se expresa respecto de los principios jurídicos, de su posición y su relación con las demás fuentes del sistema, de manera que mal puede predicarse, *ope constitutione*, una determinada función que deban cumplir los principios jurídicos de un modo general en todas las ramas y en todos los ámbitos del derecho.

b) Por otro lado, analizando la configuración de los distintos sectores del derecho en particular, puede señalarse que en ellos participan de modo más o menos intenso, los principios jurídicos.

En efecto, una aproximación intuitiva lleva a estimar que los principios no cumplirían un mismo rol, y con una misma intensidad, en todas las ramas o sectores del derecho. Así por ejemplo, nadie podría negar la existencia de principios propios del derecho penal pero, al mismo tiempo, no podría aceptarse una sentencia condenatoria sobre la base de la aplicación exclusiva de un principio no positivado en una ley; en este mismo sentido, ningún administrativista podría negar la existencia y la importancia de los principios en el derecho administrativo, pero a la vez, y considerando la capital y estricta vigencia del principio de juridicidad, no podría justificarse actuación alguna de cualquier autoridad pública fundada únicamente en un principio que no tenga asidero en algún texto normativo atributivo de competencias.

c) Ahora bien, analizando los textos normativos que sirven de base para la estructuración de cada sector del derecho, se aprecia en ellos una presencia expresa o implícita de los principios jurídicos que ha variado durante los años. Así, y como postulado general, puede decirse que en los textos normativos de más reciente data –como en las reformas introducidas al derecho codificado y legislado general– se observa una utilización más intensa (y en forma expresa) de los principios jurídicos, ya declarando, cristalizando o constituyendo el punto de partida de principios del derecho²⁰.

²⁰ En este sentido, en cuanto a la legislación codificada reciente, por ejemplo, el Código Procesal Penal, se observa una técnica legislativa que declara principios (v.gr. artículos 67 y 98 en relación al “principio de objetividad” del Ministerio Público), cristaliza otros (v.gr. artículo 449, lit. [b], en relación a los “principios generales del derecho internacional”) y establece un conjunto de preceptos que el propio texto entiende como “principios generales” (v.gr. el título I, del libro primero, denominado “principios generales”; del mismo modo, el título V, del mismo libro). En cuanto a la legislación no codificada, paradigmática resulta la Ley 20.285 del 20.8.2008 en sus artículos primero (y en él, los artículos 1 –referido al “principio de transparencia en la función pública” –, 4 y 11 –que establece, a su vez, 11 principios expresamente, entre ellos el “principio de la relevancia”, “de la libertad de información”, “de máxima divulgación”, “de gratuidad”–), quinto, sexto, noveno y décimo establecen expresamente “principios”. Incluso, si se observa rápidamente la legislación dictada en los últimos dos años, se sigue plasmando en ella esta técnica legislativa principalista; así, por ejemplo, en la Ley 20.850 del 6.6.2015 que crea un sistema

4. La función de los principios jurídicos en el derecho privado a partir del Código Civil

Se ha dicho, pues, que no existe un precepto que establezca, en general, y para todo el ordenamiento jurídico, un rol que deban cumplir los principios en el sistema, de manera que el rol que en particular los principios cumplirán (o debieran cumplir) en cada sector o rama del derecho estará determinado por lo que dispongan los textos que estructuran cada sector o rama del derecho de que se trate. En ese sentido, por ejemplo, es bastante claro el panorama que establece el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia para el ámbito del derecho internacional público²¹ o el artículo 6 del Código Aeronáutico para el derecho aeronáutico²². No obstante lo anteriormente señalado, no se analizará aquí, ni aun someramente, el panorama para cada sector²³. Interesa, no obstante, por su alcance, el panorama establecido por el Código Civil para el derecho privado general.

El Código de Bello no ofrece preceptos expresos que se refieran a los principios jurídicos. No obstante en alguno de sus proyectos se preveía expresamente el rol de los principios jurídicos (en cuanto “principios generales del derecho”) en una función integradora; en efecto, el artículo 4 del proyecto de Código Civil de 1853 expresaba que: “[e]n materias civiles, a falta de lei escrita o de costumbre que tenga fuerza de lei, fallará el juez conforme a lo que dispongan las leyes para objetos análogos, i a falta de éstas, conforme a los principios jenerales del derecho i de equidad natural”²⁴. Finalmente,

de protección financiera para diagnósticos y tratamientos de alto costo, en su artículo 8, i. VI, establece que “[l]a elección de los integrantes –de la Comisión de Recomendación Priorizada que crea la ley– el funcionamiento y el proceso deliberativo de dichas comisiones se regularán a través del reglamento que dicte, al efecto, el Ministerio de Salud, considerando los “principios de participación social, probidad, independencia, ética y transparencia”; también se aprecia en la Ley 20.805 del 29.1.2015 que perfecciona el sistema de licitaciones de suministro eléctrico para clientes sujetos a regulaciones de precios, que modificó el artículo 131 de la Ley General de Servicios Eléctricos estableciendo en su nuevo inciso cuarto que las licitaciones públicas (que deben llevar adelante las concesionarias de servicio público de distribución eléctrica para celebrar contratos de suministro en virtud del inciso primero del mismo artículo) deberán cumplir con los “principios de no discriminación arbitraria, transparencia y estricta sujeción a las bases de licitación”; por su parte, la Ley 20.775 del 13.11.2014 que establece el 1 de octubre de cada año como día del adulto mayor, ordena que ese día se programen diversas actividades en todo el país para celebrar y realzar los “principios y derechos de los adultos mayores”; la Ley 20.766 del 23.7.2014 que establece un procedimiento de toma de razón y registro electrónicos, modifica la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República declarando el “principio de probidad” estableciendo que su infracción, en un supuesto, generará responsabilidad administrativa (nuevo inciso tercero del artículo 10 B).

²¹ Artículo 38: “La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”.

²² Artículo 6: “En lo no previsto en este código ni en los convenios o tratados internacionales aprobados por Chile, se aplicarán las normas del derecho común chileno, los usos y costumbres de la actividad aeronáutica y los principios generales de derecho”.

²³ Para un mayor análisis, ver CHANDÍA 2012b, 196-201.

²⁴ GUZMÁN BRITO 1981, 161.

esa disposición fue rechazada en la Comisión Revisora por estimarse que se trataba “de un artículo más propio del Código de Enjuiciamiento”, aún en contra de la oposición de Bello²⁵.

Se descarta, entonces, el rol de los principios jurídicos como medios de integración de los vacíos o lagunas legales. No obstante, aún es posible sostener que el Código Civil prevé un rol para los principios jurídicos; específicamente, les encomendaría una función interpretativa, función que podría inferirse a partir de un precepto: el artículo 24 del Código Civil.

a) El artículo 24 se ubica en el § 4, del título preliminar del Código Civil, a propósito de las reglas de interpretación de las leyes, y establece que: “[e]n los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural”.

b) Se ha discutido el carácter “subsidiario” de esta regla de interpretación, esto es, si el supuesto que trasunta al artículo 24 es el hecho de haber aplicado el intérprete las “reglas de interpretación precedentes” no pudiendo encontrar con ellas un sentido que atribuir al precepto que interpreta²⁶. Si bien es cierto que a este artículo 24 subyace una lógica de ordenación de la labor hermenéutica²⁷, el sistema de interpretación previsto por el § 4 del título preliminar funciona sobre la base de criterios que deben aplicarse en contraste, los unos con los otros, y no en modo supletorio. Precisamente, de acuerdo con él, la interpretación comienza con el espíritu particular de cada ley, sigue con el general de la legislación y termina con la equidad natural²⁸. Utilizándose así todos los criterios y herramientas otorgadas por los artículos 19 al 24 para atribuir sentido a un determinado precepto.

c) Entendiendo, entonces, la forma contrastante y conjunta en que operan las reglas de interpretación, el intérprete, a fin de determinar un sentido que atribuir a un precepto en su labor de construcción normativa, podrá recurrir al “espíritu general de la legislación” y a la “equidad natural”. Ambos conceptos tienen un específico contenido, que es distinto y distinguible de los principios jurídicos. No obstante, puede sostenerse que ellos pueden dar cabida a los principios del derecho.

i) Se ha señalado por la doctrina que el “espíritu general de la legislación” es algo diferente de los “principios jurídicos” o los “principios generales del derecho”²⁹. Guzmán Brito sostiene que el término “espíritu” significaría razón o finalidad objetiva, en cuanto razón de una cierta generalidad de la

²⁵ GUZMÁN BRITO 1981, 116- 117.

²⁶ Sobre la discusión del carácter supletorio del precepto, ver. ALCALDE RODRÍGUEZ 2009, 472.

²⁷ Acusada por la oración inicial del artículo 24: “[e]n los casos a que no pudieran aplicarse las reglas de interpretación precedentes...”.

²⁸ GUZMÁN BRITO 2007, 189.

²⁹ DUCCI 1977, 152-153; GUZMÁN BRITO 2007, 192 y ALCALDE RODRÍGUEZ 2009, 476-478.

legislación; esta generalidad, podría ser más acotada por instituciones o figuras, pudiendo alcanzar incluso a toda la legislación chilena³⁰. Así entendido, no podría identificarse sin más al “espíritu general de la legislación” con los “principios generales del derecho” que siguen siendo –para el autor– principios objetivos y no razones o finalidades adoptadas³¹. No obstante el propio Guzmán reconoce que en ciertos casos el “espíritu de la ley” puede consistir en insertar un principio general, y que, en otros, a partir de razones de la legislación se pueda construir un principio³². De esta forma es dable concluir que, si bien “espíritu general de la legislación”, en cuanto criterio o herramienta interpretativa, tiene un contenido específico, puede dar cabida a los principios jurídicos (como entidad diferenciable) en una función interpretativa en los casos mencionados.

ii) Por su parte, “equidad natural” ha sido un concepto históricamente controvertido y con una particular evolución³³. Se ha señalado que esta “equidad natural” sería distinta de una “*æquitas bursalis*” (como equidad –analogándola a un dicho popular– sacada “debajo de la manga³⁴”), una “*æquitas de corde suo inventa*” (como equidad “encontrada en su corazón³⁵”), una “*æquitas qui excogitat quis ex ingenio*” (como equidad que “alguien imagina a partir de su ingenio³⁶”), una “*æquitas cerebrina*” (como iniquidad o injusticia o, en decir de los glosadores medievales, equidad fingida o hechizada³⁷). En fin, se trata de diferenciar a la “equidad natural” del artículo 24 de una falsa *æquitas*, arbitraria y aparente o fantástica, forjada con la imaginación o el sentimiento³⁸, esto es, una equidad fundada en meras posiciones subjetivas del intérprete que a duras penas pueden encontrar asidero en el texto que se trata de interpretar. De esta manera, la equidad subyacente al artículo 24, debe asimilarse a una equidad que tenga “forma de derecho”, aunque no sea derecho vigente, ni deba consistir en normas positivas y que sea lo suficientemente razonada, apoyada y justificada³⁹.

Así las cosas, bien podría preguntarse dónde hallar esa equidad. Para algunos autores, como Guzmán Brito, la equidad implica la utilización de criterios ciertos y verificables; y, en materia jurídica, no puede haber nada

³⁰ GUZMÁN BRITO 2007, 192. El autor, en un trabajo previo, parecía ser más restrictivo con el alcance atribuido al “espíritu general de la legislación” al señalar que se trataría del espíritu “(...) general de toda la legislación chilena. Precisamente, porque el espíritu específico de la ley singular no pudo servir de conjetura para descubrir su verdadero sentido, es que el artículo 24 autoriza un recurso al espíritu general de la legislación”. GUZMÁN 1992, 76.

³¹ Ver GUZMÁN BRITO 2007, 185.

³² GUZMÁN BRITO 2007, 185.

³³ GUZMÁN BRITO 1981, 111- 143; GUZMÁN BRITO 1992, 75- 76; GUZMÁN BRITO 2005, 24- 27; y GUZMÁN BRITO 2007, 183- 211.

³⁴ GUZMÁN BRITO 2007, 199.

³⁵ GUZMÁN BRITO 2007, 199.

³⁶ GUZMÁN BRITO 2007, 200.

³⁷ GUZMÁN BRITO 2007, 200.

³⁸ GUZMÁN BRITO 2007, 201.

³⁹ GUZMÁN BRITO 2007, 202.

más cierto y verificable que un texto escrito dotado de autoridad –no necesariamente de potestad–, y tal era y es el caso del *Corpus Iuris Civilis*, acaso el libro más autorizado de todos los tiempos⁴⁰. Por una inveterada tradición la ciencia jurídica occidental ha visto en el *Corpus* el depósito más seguro de la equidad y ninguna razón habría para abandonar tal tradición⁴¹. Pero el mismo autor reconoce que, a esa “cantera inagotable”, es necesario agregar el inmenso patrimonio de ciencia jurídica acumulada en los siglos que van desde la época de las codificaciones a nuestros días, y que se llama Civilística, y lo propio hay que hacer, en sus circunstancias, en las demás ramas del derecho, sin limitaciones espaciales ni temporales⁴². Y esto enlaza precisamente con el contenido mismo de los principios jurídicos: adelantando conclusiones, en este trabajo se propondrá que cuando los operadores jurídicos recurren a los principios, en realidad, recurren a dos ideas, una de las cuales identifica a los principios jurídicos con la expresión que asumen las ideas propias del acervo común de conocimientos acuñado por cada rama, sector o disciplina jurídica, que se ha forjado durante los años. De manera que, la “equidad natural” así entendida, da espacio a los principios jurídicos, o si se quiere, forma parte de su contenido; en efecto, la ciencia jurídica acumulada durante los siglos se conforma de un sinnúmero de teorías, postulados y también de principios jurídicos: ellos son la base y el núcleo más identificable de cada sector o disciplina jurídica.

IV. La aplicabilidad de los principios

1. La dimensión de aplicabilidad de los principios jurídicos

Los principios jurídicos tienen una dimensión de aplicabilidad. Esto quiere decir que los principios son más que meras entelequias intelectuales: una vez formulados, están destinados a ser aplicados por los operadores jurídicos en los procesos de construcción normativa. Y las complejidades de esa labor de aplicación debe ser considerada por una teoría de los principios jurídicos.

2. ¿Qué aplican realmente los operadores jurídicos cuando dicen aplicar “principios jurídicos”?

Mirando fundamentalmente la forma que asume la aplicación de los principios, a partir de un análisis de las diversas propuestas conceptuales formuladas por diversos autores⁴³ y teniendo presente la realidad de la praxis institucional, bien puede sostenerse que cuando los operadores jurídicos dicen recurrir y/o utilizar los principios jurídicos, en realidad recurren y/o utilizan ya ideas conclusivas extraídas directa o inmediatamente de aquello que constituye derecho en un sistema jurídico determinado, ya ideas propias del acervo

⁴⁰ GUZMÁN BRITO 2007, 206.

⁴¹ GUZMÁN BRITO 2007, 207.

⁴² GUZMÁN BRITO 2007, 207.

⁴³ Ver CHANDÍA 2012a, 5-38.

común de conocimientos acuñado y desarrollado en cada rama, sector o disciplina jurídica forjado durante los años.

a) Los principios pueden ser considerados como ideas conclusivas que son extraídas mediata o inmediatamente de lo que constituye derecho en un sistema jurídico determinado. En este sentido, los principios jurídicos serían ideas conclusivas que se extraen ya de los textos normativos producidos por el Estado, ya de las reglas de derecho construidas a partir de hechos y actos a los cuales el Estado les reconoce fuerza normativa (como la costumbre y los actos jurídicos en un sentido amplio).

Piénsese, por ejemplo, en el principio de juridicidad (o legalidad) estimado una base fundamental del derecho público. El principio de juridicidad aparece como una concreción del –también– principio del imperio de la ley (o, en general, del sometimiento del poder al derecho⁴⁴) y consiste en el postulado en virtud del cual el derecho es la fuente y límite de toda potestad pública: las potestades públicas existen y actúan en la medida que el derecho las consagra⁴⁵. Este principio, se dijo, es parte del acervo del derecho público contemporáneo y la doctrina estima que se encuentra consagrado fundamentalmente en el artículo 7 CPR⁴⁶. A partir de este precepto se ha estimado que el principio de juridicidad delimita el espacio jurídico que pueden ocupar los órganos públicos: la validez de su actuar no solo está supeditada a que su constitución se conforme al derecho (investidura regular de sus integrantes) sino a que se desarrolle en el espacio jurídico que el ordenamiento permite (ámbito de su competencia), y de acuerdo a los procedimientos, formas, y modo que señale este ordenamiento⁴⁷.

Pues bien, más allá de su contenido, el principio de juridicidad es un principio que la doctrina extrae –en este caso– directamente de un texto normativo que constituye derecho en el sistema jurídico nacional –la constitución– y bajo cuya consagración y redacción discute su contenido y su alcance. Lo mismo sucede con muchos otros principios propios del derecho público, como el principio de eficacia directa de la constitución (a partir del artículo 6 CPR), el principio de probidad (a partir del artículo 8 CPR, artículo 13, inciso primero y artículo 52, inciso segundo, LOCBGAE), el principio de transparencia y publicidad de los actos de los órganos del Estado (a partir del artículo 8 CPR; en particular respecto de los órganos de la Administración del Estado; artículo 3 inciso segundo, LOCBGAE; y, en general, la Ley 20.285). Pero también con principios de diversa índole y naturaleza, como el principio de irretroactividad de la ley (a partir del artículo 9, inciso primero CCCh.), el principio de inexcusabilidad procesal (a partir del artículo 76, inciso segundo CPR y artículo 10, inciso segundo COT), el principio de la primacía de la realidad en materia laboral (a partir de los artículos 8, inciso primero, 507, 183 A,

⁴⁴ BRONFMAN *et al.* 2012, 40 y SOTO KLOSS 1996, 24.

⁴⁵ ALDUNATE LIZANA 2008a, 1.

⁴⁶ VERDUGO *et al.* 2005, 134.

⁴⁷ ALDUNATE LIZANA 2008b, 2. Cfr. BERMÚDEZ SOTO 2011, 64 y ss.

183 U y 183 AA del Código del Trabajo) o el principio de reparación integral propio del ámbito de la responsabilidad civil aquiliana (a partir del artículo 2314 del Código Civil).

A todos estos principios subyace la siguiente lógica: se identifica “algo” como un “principio”; ese “algo” es considerado por el operador como un “principio jurídico” propio de una rama del derecho o institución de que se trate; se entiende que ese determinado “principio jurídico” tiene un cierto contenido que puede ser expresado mediante un cierto postulado; dicho postulado (en cuanto a su extensión y alcance) se extrae de un determinado texto normativo; el texto normativo, entonces, para los operadores jurídicos, aparece “consagrando” o “precisando” un cierto principio y su contenido. Esos principios, entonces, no son otra cosa que ideas conclusivas extraídas por los operadores jurídicos a partir de lo establecido en ciertos textos normativos o actos que constituyen derecho (en cuanto derecho positivo y vigente) en un ordenamiento jurídico⁴⁸.

b) Por otro lado, cuando los operadores jurídicos no se están refiriendo a ideas conclusivas que pueden extraerse de lo que constituye derecho en un sistema jurídico determinado, están recurriendo a las ideas propias del acervo común de conocimientos de cada rama, sector o disciplina jurídica, que se ha forjado históricamente en forma conjunta con el desarrollo mismo de esa rama, sector o disciplina jurídica⁴⁹.

Para nadie es un misterio la formación, en el medioevo, del *ius commune*. Después de un período de decaimiento, el Derecho Romano es (re)descubierto en la Europa Medieval, a partir del siglo XI. De la unión entre este Derecho Romano, el Derecho Canónico, las costumbres (fundamentalmente de origen germánico) y doctrinas más difundidas surge un “derecho común”⁵⁰. Diversas razones determinaron el fin del *ius commune*: por un lado, el surgimiento de un movimiento que generó un nuevo paradigma en la concepción y forma del derecho, cual es, el movimiento codificador⁵¹; por otro lado, este

⁴⁸ Aquello no significa que, necesariamente, ese principio se funda o se identifique completamente en su continente (un texto normativo) y que carezca de un desarrollo particular (y/o paralelo) en la dogmática particular de un cierto sector, rama o disciplina jurídica: porque es precisamente esa doble existencia la que permite entender que los operadores jurídicos puedan (o pretendan) juzgar la calidad de la “consagración” en un texto normativo de un determinado principio, en términos de sostener que dicha consagración es óptima, buena, regular, insuficiente, etc. Del mismo modo, es perfectamente posible pensar en un principio que solo exista en cuanto idea conclusiva extraída de un texto normativo y que luego pase a formar parte del acervo común de conocimiento de una disciplina jurídica particular. Lo dicho puede observarse más claramente en el análisis de las interacciones de los principios jurídicos con el derecho legislado a través de los “efectos” que produce dicho derecho en relación a los principios jurídicos, ya como efecto declarativo, cristizador o constitutivo, ver CHANDÍA 2012a, 51- 55.

⁴⁹ Sobre el rol de las disciplinas jurídicas y su autonomía, ver ESSER 1961, 61- 62, 103.

⁵⁰ Ver GUZMÁN 2011b, 6 y ss.

⁵¹ Ver GUZMÁN 1984, 14 y ss. La Codificación se basó, fundamentalmente, en un doble trabajo: primero, una operación técnica de abstracción, generalización y depuración del derecho romano común y de exposición a través de principios generales y de proposiciones axiomáticas y apodí-

ius commune, al poco andar, y de la mano de los cambios en la organización política y económica, va a sufrir una diferenciación que dará paso al fenómeno de la especialización de las ramas del derecho. De esta forma, se fueron perfilando, en el derecho y la ciencia jurídica, diversos sectores, ramas, disciplinas, verdaderos “microsistemas”, que fueron adquiriendo fisonomía y contenido propios. Así, se dio paso a la formación del derecho mercantil, tributario, aduanero, administrativo, penal, laboral, etc., que se plantaban, como disciplinas autónomas, frente a la clásica Civilística. Contemporáneamente, esto puede identificarse con lo que Vergara Blanco denomina “núcleos dogmáticos”: sintéticamente, el núcleo dogmático aparece como una masa básica tri-frente de relación jurídica, instituciones y principios, que constituye y, a la vez, delimita cada disciplina jurídica. Opera este núcleo dogmático, como técnica, en la médula de cada disciplina jurídica, conformándola: pues cada rama del derecho es tal por tener, en sí, un núcleo; sin esa médula no se sostiene; y es la apariencia externa lo que permite observar su existencia (como un fenotipo) a través de esas (tres) huellas⁵².

De manera tal que en cada rama, sector, disciplina o núcleo dogmático se desarrollan principios específicos y singulares a lo largo de los años⁵³; es este, el lugar más propio de los principios jurídicos: los principios, de esta forma, no constituyen otra cosa que la forma que asume la expresión de las máximas de la ideología jurídica asentada de un cierto sector del derecho, en un determinado momento y lugar⁵⁴.

Piénsese por ejemplo en el principio de buena fe –quizás el más paradigmático de todos los principios– en materia civil⁵⁵ (e incluso, con alcance general) o en el principio de enriquecimiento sin causa; también en el principio de culpabilidad del derecho penal, en el principio pro operario que rige

ticas, con solo la expresión de la regla, pero sin indicación de las razones de por qué esa regla y sin ejemplos, ni discusiones, por un lado; y, por otro, en una operación ideológica, que consistió en reformular ese mismo derecho común proveniente de la época medieval y mantenido durante la época moderna, en términos de eliminar toda figura, institución o concepto que se considerara atentatoria a la libertad personal, GUZMÁN 1984, 23- 24.

⁵² VERGARA BLANCO 2014, 976.

⁵³ VERGARA BLANCO 2014, 983. Sobre los principios jurídicos, ver. VERGARA BLANCO 2007, 2010a, 2010b y 2011.

⁵⁴ Esto permite precisar dos aspectos: i) En primer lugar, los principios jurídicos, así concebidos pueden plasmarse en un determinado texto normativo o en aquello que constituya derecho en un determinado tiempo y lugar. Pero perfectamente podrían no plasmarse en ellos, podrían no coincidir unos y otros, e incluso podrían oponerse; de esta forma, podrían producirse tensiones entre la ideología jurídica asentada y lo dispuesto por un texto normativo. La resolución de esa disputa quedará entregada, en último término, a los órganos encargados de pronunciarse de manera vinculante y definitiva sobre las consecuencias jurídicas de hipótesis fácticas entregadas a su conocimiento, vale decir, los tribunales de justicia (ver. Sentencia de la Corte Suprema del 29 de octubre de 1949, considerandos sexto al décimo). ii) En segundo lugar, los principios jurídicos aun a pesar de formar parte del acervo común de conocimiento propio de cada sector o disciplina, expresan la ideología jurídica asentada en un determinado tiempo y lugar; lo cual no quiere decir necesariamente que expresen la ideología jurídica más depurada o la mejor: expresarán la ideología de aquellas teorías que tengan, en definitiva, más adeptos. Ver ATRIA 2011.

⁵⁵ FUEYO LANERI 1990, 143-168.

en materia laboral o el principio de proporcionalidad en el ámbito de derechos fundamentales.

La lógica que trasunta a los principios así entendidos es: existe un determinado principio propio de una disciplina jurídica que tiene un cierto contenido; ese contenido es tal contenido porque así se ha entendido en su desarrollo, como parte del acervo común de conocimientos de la disciplina jurídica, y así lo entiende la ideología jurídica asentada de aquella disciplina; el principio, y su contenido, existen en sus respectivos sectores con independencia de su consagración en textos normativos.

3. La forma que adoptan los principios jurídicos

Ahora bien, los principios jurídicos, entendidos en cualquiera de los sentidos indicados supra, pueden manifestarse o expresarse por los operadores jurídicos por medio de las dos formas básicas del pensamiento: ya mediante una proposición deóntica, ya mediante una proposición óntica.

a) Los principios pueden expresarse mediante una proposición deóntica y ello es lo que ocurre en la gran mayoría de los casos: la mayor parte de las veces los principios se expresan como un juicio que señala que algo debe ser.

Piénsese por ejemplo en el llamado principio de enriquecimiento sin causa. Tal principio, en su formulación común y mayormente extendida, entiende que no debe admitirse un enriquecimiento (o aumento) patrimonial, de una persona, a costa de un empobrecimiento (o disminución) patrimonial, de otra, sin que ese cambio patrimonial experimentado tenga una causa (entendido como antecedente jurídico) que justifique el beneficio obtenido y el perjuicio sufrido⁵⁶. Así las cosas, en una primera mirada, el principio se expresaría bajo la expresión deóntica de la prohibición: no se permiten empobrecimientos y enriquecimientos patrimoniales recíprocos sin causa justificada. Pero el principio, según el entender de la doctrina, iría aún más allá, manifestándose, también, bajo la expresión deóntica del mandato: si se verifican empobrecimientos y enriquecimientos patrimoniales, entre dos personas, sin causa justificada, quien se enriqueció a causa del otro, debe restituir lo adquirido ilegítimamente con la operación o, en su caso, debe indemnizar el empobrecimiento ajeno⁵⁷. Este principio no se encuentra reconocido expresamente en ningún texto normativo de aquellos sobre los cuales se estructura el derecho privado⁵⁸. Pero no obstante fundaría (o estaría detrás de) ciertas soluciones legislativas, por ejemplo, aquella prevista en materia de prestaciones mutuas (artículos 908 y ss. CCCH) que ordena al reivindicante pagar las mejoras necesarias aún al poseedor de mala fe: si no las indemni-

⁵⁶ Ver ABELIUK MANASEVICH 2014, 229-230.

⁵⁷ ABELIUK MANASEVICH 2014, 226.

⁵⁸ Sí se reconoce en otras legislaciones como el artículo 62 del Código Civil suizo o el artículo 2041 del Código Civil italiano.

zare, obtendría un enriquecimiento sin causa. Por lo tanto, en virtud de este principio, el operador jurídico que se encontrare en situación de resolver un asunto en que se verifica un enriquecimiento injustificado, de acuerdo a la formulación deóntica del principio determinada por la ideología jurídica asentada, en el proceso de construcción normativa debe procurar construir una norma jurídica individual que ordene la restitución de lo obtenido ilegítimamente o la indemnización del empobrecimiento ajeno.

b) Los principios también pueden expresarse bajo una proposición óptica, esto es, como un juicio que señala lo que algo es. Los principios jurídicos expresan los postulados de las teorías que estructuran un sector, rama o disciplina jurídica.

Piénsese, por ejemplo, en el ámbito del derecho privado, en todos los postulados propios de la teoría del acto jurídico, la teoría de los derechos reales, o la teoría de los bienes: ellos tienen una existencia independiente de los textos normativos que estructuran dicha disciplina y conforme a ellos se estudia y se juzga el derecho legislado, todos los días, en todas las facultades de derecho y a nadie causa extrañeza o sorpresa⁵⁹. Así, en la teoría del derecho real de dominio, se sostiene que las características clásicas del "dominio" son su carácter absoluto, exclusivo y perpetuo, caracteres que se definen en su alcance y extensión⁶⁰. Evidentemente esas explicaciones se expresarán en proposiciones ópticas. En cuanto tales, dichas explicaciones, no prohíben, mandan o permiten cosa alguna; solo entregan al operador jurídico un marco conceptual.

No obstante, aún en este caso, es posible apreciar que los principios así expresados, tienen una virtualidad para generar un juicio deóntico futuro (esto es, una norma jurídica de decisión en virtud de un proceso de construcción normativa): el operador jurídico enfrentado a una hipótesis de eventual limitación del derecho de dominio, tendrá presente las características clásicas del dominio y sobre la base de ellas adoptará una decisión que se traducirá en un juicio deóntico concreto.

4. Consideración final

De esta forma, una teoría general de los principios jurídicos debe ocuparse de la dimensión de aplicación propia de los principios, de la forma como los operadores jurídicos los utilizan, de las operaciones intelectuales que realiza el operador jurídico que trabaja con principios jurídicos (de identificación, de descifre y de construcción) y de los problemas prácticos que se generan en

⁵⁹ En este sentido, Maitland señaló: "Derecho enseñado es derecho resistente" ("Taught law is tough law"). "Este cuerpo de ideales, transmitido en los libros de derecho, leído por los estudiantes y enseñado consciente o inconscientemente por los maestros como parte de los fundamentos del pensamiento jurídico, tiene una vida mucho más larga que las reglas particulares de la ley, y los ideales llegan mucho más lejos que éstas en sus efectos". Esser 1961, 169-170.

⁶⁰ ALESSANDRI *et al.* 2001, 37-39.

dicha aplicación. Ello solo se logrará analizando la forma particular que asume el trabajo con principios jurídicos en cada disciplina jurídica.

V. El rol de la dogmática y la argumentación jurídica en la construcción de los principios jurídicos

1. Doctrina y dogmática

Entendidos los principios como ideas conclusivas que se extraen directa o indirectamente de lo que constituye derecho en un sistema jurídico o ideas propias del acervo común de conocimiento de un sector o rama del derecho el foco de atención debe estar puesto en aquellos operadores jurídicos encargados de identificarlos, descifrarlos y construirlos, esto es, en la doctrina y en la dogmática.

En efecto, se ha estimado que la doctrina se manifiesta a través de la labor de los juristas quienes se abocan a la construcción de cada disciplina dogmática, y formulan teorías y principios que son utilizados en la aplicación del derecho⁶¹. Según Vergara Blanco, a esta doctrina le corresponden ciertas tareas esenciales, cuales son: diseñar cada disciplina jurídica, formular teorías e instituciones y formular principios jurídicos⁶².

La adecuada valoración de la actividad del jurista permitirá entender el rol de la dogmática. Según Aldunate Lizana, se entiende por dogmática el desarrollo de una serie de afirmaciones articuladas sobre el origen, contexto y función del texto normativo, destinadas a permitir su manejo por los operadores jurídicos dentro de un marco de racionalidad. Incorpora elementos teóricos y prácticos en una función orientadora, ya sea que esta se dirija a una modalidad establecida de comprensión del texto, ya sea que asuma respecto de dicha modalidad una posición crítica. La dogmática configura y evalúa institutos jurídicos, establece relaciones entre textos normativos y articula construcciones argumentales destinadas a permitir la comprensión y aplicación de dichos textos o, en un sentido más amplio, el manejo de las fuentes del derecho⁶³. Ahora bien, dentro de la función normativa de la dogmática jurídica⁶⁴ es relevante enfatizar, siguiendo a Friederich Müller⁶⁵, la función de control que cumple la dogmática jurídica respecto de la praxis judicial. Aquí, la dogmática se alza como una forma de control no institucionalizado, único control que la sociedad puede ejercer sobre los garantes de la racionalidad

⁶¹ VERGARA BLANCO 2014, 962. Sin perjuicio de reconocer en otro lugar que, al mismo tiempo, habría un constante flujo y reflujo de esos principios e instituciones de una disciplina o rama a otra, en especial de algunas ramas del derecho al derecho administrativo, VERGARA BLANCO 2011, 331.

⁶² VERGARA BLANCO 2014, 963- 964.

⁶³ ALDUNATE LIZANA 2008a, 103.

⁶⁴ Ver ALEXI 1993, 29 y ss.

⁶⁵ En el caso de este autor, la idea de un método jurídico, o de una ciencia del método jurídico (*juristische Methodik*), implica una determinada forma de aproximación al trabajo con textos normativos y, por tanto, se incorpora a una noción amplia de dogmática. En particular: Müller 1993, citado en ALDUNATE 2008a, 104.

del sistema jurídico –la judicatura–, para disciplinar su actuar de acuerdo a las demandas de racionalidad que, a su vez, el sistema social plantea al derecho.

2. La identificación, construcción y juzgamiento de los principios jurídicos por los juristas: sus riesgos

Aparece de manifiesto, entonces, la importancia de la labor de los juristas en la identificación y construcción de los principios. Pero al mismo tiempo, es necesario poner de relieve los riesgos: el principal riesgo es que esa actividad de identificación y construcción de principios jurídicos se desarrolle en condiciones de precariedad y con escaso rigor científico; en otras palabras, se corre el riesgo de que se identifiquen y construyan principios que difícilmente puedan justificarse racionalmente. Es por ello que debe estimarse que, en esta actividad, los juristas están sujetos a dos límites: la dogmática jurídica del respectivo sector o rama del derecho de que se trate y los textos normativos sobre los cuales se estructuran dichas disciplinas; unos y otros deben ser tenidos como cartabón a la hora de evaluar un principio jurídico que se dice identificado, formulado o construido; si el principio no puede fundarse en la dogmática particular de que se trate –o, en último caso, en el acervo común de conocimientos de la rama del derecho respectiva–, o no puede encontrar racional asidero en textos normativos –presuponiendo un racional manejo de dichos textos–, ese principio no puede considerarse como un principio existente (o, si se quiere, “válido”). Corresponde, por tanto, a la propia doctrina dar solidez a su labor y, a su vez, juzgar su propia actividad.

3. La identificación, construcción y juzgamiento de los principios jurídicos por los juristas: un ejemplo

Ilustrativo de este ejercicio de identificación/construcción/juzgamiento ha sido el desarrollo del principio de “protección a la confianza legítima” en el derecho administrativo chileno. Alguna parte de la doctrina⁶⁶ ha estimado que la potestad invalidatoria de actos administrativos (atribuida a los órganos de la Administración del Estado por el artículo 53 LBPA) no solo estaría limitada por las circunstancias establecidas expresamente en la ley, sino que, además, ella no podría afectar a los interesados que tienen una confianza legítima en la estabilidad de la decisión administrativa presuntamente ilegal. Se entiende que existiría en el ordenamiento jurídico una especie de necesidad de permanencia en la regulación y aplicación de las normas jurídicas la cual obligaría a la Administración a actuar de manera que no provoque una alteración en la interpretación que ella misma viene dando a las normas o un cambio en la manera de regular o de resolver. A este respecto, la Administración solo estaría legítimamente autorizada para realizar esos cambios si respeta, entre otros, la confianza que los administrados tienen en su forma o dirección de la actuación. Para afirmar la vigencia del principio se ofrecen un cúmulo de argumentos, incluida su consagración “desde los principios

⁶⁶ Por todos, BERMÚDEZ 2005.

constitucionales de Estado de Derecho (artículos 5, 6 y 7 CPR) y de seguridad jurídica (art. 19 N° 26 CPR)⁶⁷.

Años más tarde, recientemente en 2014, se publicó un artículo del profesor Raúl Letelier denominado "Contra la confianza legítima como límite a la invalidación de actos administrativos". En ella, el autor, ofrece un conjunto de argumentos para rebatir lo postulado –fundamentalmente– por Bermúdez, entre ellos: la utilización de conceptos jurídicos indeterminados establecidos en la Constitución ("Estado de derecho" y "seguridad jurídica") para justificar una determinada opción regulatoria (en la discusión: la vigencia del principio antedicho)⁶⁸; el empleo de principios constitucionales cuya vigencia (o construcción a partir del texto constitucional) puede ser cuestionable (particularmente, el "principio de seguridad jurídica")⁶⁹; y otros argumentos que atacan, ya no la consagración del principio, sino su contenido, fundados en elementos de dogmática administrativa nacional y comparada⁷⁰.

Interesan, no obstante, tres objeciones de Letelier que miran particularmente las críticas que pueden formularse a la labor de identificación/construcción de principios por parte de los juristas. Una de ellas, es la constatación de la generación de una especie de fábrica de principios cuyo objetivo primordial es la solución de casos concretos mediante una norma a la medida de la solución a la que se quiere deliberadamente arribar; así, si lo se quiere previamente es disminuir los efectos de una norma administrativa nada mejor que considerar como instalado en el ordenamiento jurídico un principio "pro administrado" o uno de "primacía de la persona humana" que hace que una norma administrativa pueda ser interpretada de manera restrictiva⁷¹. La segunda de las objeciones, es la que denomina un "sesgo de selección" de las razones que sirven de fundamento a la formulación del principio: señala Letelier que el problema de la construcción inductiva de este tipo de principios (esto es, a partir de un conjunto de preceptos de un determinado texto normativo a los cuales subyacería el principio cuya vigencia se afirma) es que no se encuentra claramente justificado que ese cúmulo de razones comunes pueda luego servir como razón para otro tipo de situaciones⁷². La tercera de

⁶⁷ Ver BERMÚDEZ 2005, 84, 96.

⁶⁸ LETELIER 2014, 615- 612.

⁶⁹ Letelier señala que "... [a] su turno, se indica que la fuente constitucional de aquel principio sería el art. 19 N° 26 de la CPR. Sin embargo, esta conclusión solo tiene su base en el uso explícito –incluso con el ya conocido defecto de redacción de la norma– del concepto de seguridad. Si se observa con detención, la norma solo hace referencia a los límites impuestos a la ley en lo que respecta a su tarea de regulación, limitación o complementación de las garantías constitucionales. La norma, en efecto, establece que esa facultad que posee el legislador en ningún caso podrá afectar la esencia del derecho a regular ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan el libre ejercicio de aquellos derechos. Como se observará hay una gran diferencia con el contenido que se predica como perteneciente al principio de seguridad jurídica con lo que realmente dispone esta regla". LETELIER 2014, 618.

⁷⁰ LETELIER 2014, 623-631.

⁷¹ LETELIER 2014, 619-620.

⁷² LETELIER 2014, 621.

las objeciones, lo constituyen los “vicios en la construcción de un principio”: un operador jurídico puede reconocer que a ciertos preceptos de un texto normativo subyacen determinados principios; pero no puede señalar con generalidad que, en todos los casos concretos en que se dé una situación similar, cobrará vigencia ese supuesto principio; Letelier señala que, mal que mal, una recolección de normas tendrá siempre la objeción metodológica de que tal vez el hecho de haberse regulado expresamente una situación es precisamente por el hecho de que la misma regla no se aplica en otros casos⁷³.

VI. Colofón

Se han expuesto en este trabajo diferentes elementos que debiera considerar una teoría general de los principios jurídicos, incluyendo algunas propuestas iniciales, para su posterior desarrollo. Al mismo tiempo quiere ponerse de relieve determinadas actitudes frente al material con que se encontrarán los teóricos que asuman la labor de formulación de una teoría general. Se observa en el trabajo de los estudiosos un escaso análisis crítico y un sesgo en la selección de los materiales a estudiar.

Efectivamente se observa cómo gran parte de los teóricos se refieren con beneplácito y aceptación a las principales posiciones doctrinarias en materia de principios: los postulados de Ronald Dworkin y los postulados de Robert Alexy. Un análisis crítico de la obra de ambos parece exceder los límites de este trabajo⁷⁴. Por de pronto, y respecto de la obra de Dworkin⁷⁵ se pasan por alto algunos aspectos: (i) se trata de una obra que se refiere a los principios pero como parte de una serie de argumentaciones cuyo objeto no es esclarecerlos o elucidarlos, sino más bien acumular argumentos que parezcan convincentes contra las teorías positivistas⁷⁶ y (ii) las afirmaciones que se refieren a los principios jurídicos se construyen sobre la base exclusiva de dos casos aislados de la jurisprudencia norteamericana⁷⁷.

Por otra parte, resulta llamativo que obras importantes en materia de principios jurídicos se les reste importancia o, lisa y llanamente, queden

⁷³ LETELIER 2014, 622.

⁷⁴ Sobre algunas críticas al trabajo de Alexy y su recepción por la doctrina nacional, ver. ALDUNATE 2008a, 117 y ss.

⁷⁵ Particularmente de su obra “*Taking rights seriously*”.

⁷⁶ En este sentido: BARTH 2005, 182; PRIETO SANCHÍS 1992, 67.

⁷⁷ En uno de aquellos casos, se presenta una dificultad que se explica en el específico caso del sistema norteamericano, pero que carece de relevancia práctica en otros sistemas. En efecto, el problema y la solución planteada para el caso *Riggs v. Palmer* (1889) es comprensible en el contexto de un sistema sucesorio basado en la libertad absoluta de testar –como el anglosajón– en el cual no juegan las incapacidades o indignidades para suceder por regla general; pero es necesario considerar que un sistema sucesorio basado en la libertad restringida para testar, en cambio, muy probablemente contemplará en forma expresa en la ley la existencia de incapacidades e indignidades para suceder al *de cuius*. Así, si el mismo problema se hubiese planteado en un sistema como el último, el juez podría haber resuelto el asunto sin necesidad de recurrir a principios jurídicos.

fuera del análisis. Tal es el caso de la obra del alemán Josef Esser quien fue uno de los primeros juristas en reflexionar sobre los principios jurídicos, sus funciones, su inserción en el sistema de derecho privado y público, así como en aportar elementos de crítica a su manejo en *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts* de 1956. En la misma obra, además Esser ya tomaba nota de la distinción doctrinaria –frecuente en la época– entre “reglas”, “normas” y “principios”⁷⁸, muchas décadas antes de los trabajos de Dworkin y Alexy. De manera que, al menos *prima facie*, puede polemizarse la novedad en la discusión actual entre “reglas”, “normas” y “principios”⁷⁹.

Conclusiones

La profusa utilización de los principios jurídicos en la praxis institucional, la falta de prolijidad y manejo conceptual de los mismos y nuevas corrientes de pensamiento que se nutren y valen de ellos, justifican la elaboración de una teoría que explique globalmente a los principios jurídicos. Este trabajo considera que, una teoría que tenga por objeto de estudios a los principios jurídicos, debe considerar al menos:

1. *La conceptualización de los principios jurídicos*, sobre la base de la gran cantidad de material provista por los teóricos y teniendo presente que, en cuanto a metodologías y aspectos conceptuales, entre ellos existe gran discrepancia.

2. *La caracterización de los principios como fuente del derecho*, debiendo analizarse la importancia que se atribuye a esa categoría y su actual utilidad en los procesos de construcción normativa.

3. *El rol de los principios jurídicos en un ordenamiento jurídico*, considerando su posición y relación con las demás fuentes del sistema jurídico. Este trabajo entiende que, en el derecho contemporáneo, escrito y de producción estatal, la posición de los principios vendrá determinada por los textos normativos que estructuren cada sector, rama o disciplina de que se trate. De manera que no puede predicarse, en general, una misma y única función a los principios proyectable a todos los sectores o disciplinas jurídicas. El trabajo, además, propone que en el sector del derecho privado estructurado sobre la base del Código Civil, las reglas de interpretación establecidas en el § 4 del título preliminar (particularmente el artículo 24) amparan a los principios jurídicos en una función interpretativa.

⁷⁸ ESSER 1961, 119- 120.

⁷⁹ Para mayor abundamiento, en estas Jornadas sobre los principios –que dan lugar a la obra colectiva que recoge este trabajo– se puso de relieve que la discusión sobre “reglas” y “principios” puede encontrarse ya, al menos, en el pensamiento de Leibniz. Ello dio pie para que su autor, Johann Benfeld, con toda razón, calificara a la discusión actual sobre esos temas como “vieja” y “añeja”.

5. *La aplicabilidad de los principios jurídicos*, considerando que se trata de entidades que tienen una dimensión de aplicación (quizá la dimensión de análisis más importante). Esa dimensión de aplicación lleva a considerar a los principios jurídicos como ideas extraídas directa o indirectamente de lo que constituye derecho en una comunidad jurídica o ideas propias del acervo común de conocimientos del sector o rama del derecho de que se trate. Entendiendo además que estos principios pueden formularse como proposiciones deónticas u ónticas pero que, en todo caso, demuestran una virtualidad de incidir en la construcción de un enunciado deóntico, esto es, una norma jurídica individual.

6. *Finalmente, debe considerarse el rol definitorio que tiene la doctrina y las dogmáticas particulares en las operaciones de identificación y construcción de los principios jurídicos*, entendiendo que corresponde a la propia doctrina dar solidez a su núcleo de conocimientos y juzgar su propia actividad.

Bibliografía citada

- ABELIUK MANASEVICH, René (2014): *Las obligaciones, tomo I* (Santiago, Editorial Thomson Reuters- La Ley, 6ª edición actualizada), 495 pp.
- ALDUNATE LIZANA, Eduardo (1998a): "Consideraciones preliminares para una teoría de la interpretación jurídica", en: *Revista Chilena del Derecho*, N° especial, pp. 27- 31.
- _____ (1998b): "Categorías para el análisis de la argumentación jurídica del Tribunal Constitucional. Los argumentos sobre la base del tenor literal y la interpretación armónica", en: *Revista Chilena de Derecho*, N° especial, pp. 115- 120.
- _____ (2002a): "Interpretación, valores y sistema constitucional", en: *Cuadernos de Derecho Público*, N° 15, Madrid, pp. 77- 90.
- _____ (2002b): "Reformulación de las reglas o elementos de interpretación para una práctica de la interpretación constitucional", en: *Revista de Derecho de la Universidad de Piura*, Vol. 3, pp. 259- 273.
- _____ (2008a): *Derechos Fundamentales* (Santiago, Editorial LegalPublishing), 439 pp.
- _____ (2008b): *Principio de juridicidad* (inédito).
- _____ (2009): "La fuerza normativa de la constitución y el sistema de fuentes del derecho", en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 32, 1er semestre, pp. 443- 484.
- _____ (2010): *Curso Introducción al estudio del derecho* (inédito).
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique (2009): "El 'espíritu general de la legislación' como elemento de interpretación ante la ciencia jurídica y la jurisprudencia nacional" en: Alcalde Rodríguez, Enrique y Fábrega, Hugo [coord.], *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Pablo Rodríguez Grez* (Santiago, Universidad del Desarrollo) pp. 478-479.
- ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel; VODANOVIC, Antonio (2001): *Tratado de los derechos reales. Bienes. Tomo I* (Editorial Temis- Editorial Jurídica de Chile, Santiago), 359 pp.
- ALEXY, Robert (1993): *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales), 602 pp.
- ATRIA LEMAITRE, Fernando (2011): "Lo que importa sobre los principios", en_ Carbonell, Flavia, Letelier, Raúl y Coloma, Rodrigo [coord.] *Principios Jurídicos. Análisis y crítica* (Santiago, Editorial Abeledo- Perrot LegalPublishing), pp. 63 y ss.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan (1993): "Tres enfoques de los principios jurídicos", en: *Revista de Ciencias Sociales*, N° 38, pp. 141- 162.
- BASCUÑÁN VALDÉS, Aníbal (1953): *Introducción al estudio del derecho y de las ciencias jurídicas* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 281 pp.

- BARROS BOURIE, Enrique (1984): "Reglas y principios en el Derecho", en: *Anuario de Filosofía Jurídica y Social de la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social*, N°2, pp. 125-121.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2005): "El principio de confianza legítima en la actuación de la Administración como límite a la potestad invalidatoria" en: *Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile*, Vol. 18, N°2: pp. 83-105.
- _____ (2011): *Derecho administrativo general* (Santiago, Editorial Abeledo- Perrot, Legal Publishing, 2ª edición), 794 pp.
- BRONFMAN VARGAS, Alan, Martínez Estay, José Ignacio y Núñez Poblete, Manuel (2012): *Constitución política comentada: parte dogmática* (Santiago, Editorial Abeledo- Perrot, LegalPublishing), 925 pp.
- CARRÍO, Genaro (1970): *Principios jurídicos y positivismo jurídico* (Buenos Aires, Editorial Abeledo- Perrot), 75 pp.
- CHANDÍA OLIVARES, Sebastián (2012a): *Concepto y funciones de los principios jurídicos: estado de la cuestión* (Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas, Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso).
- _____ (2012b): "Principios jurídicos y ordenamiento jurídico. Bases para una teoría general de los principios jurídicos en el sistema constitucional chileno", en: *Revista Derecho y Humanidades de la Universidad de Chile*, N° 20, pp. 183-239.
- COMANUCCI, Paolo (1998): "Principios jurídicos e indeterminación del derecho" en: *Revista Doxa*, N° 21, pp. 89-104.
- CUETO RÚA, Julio (1961): *Fuentes del derecho* (Buenos Aires, Editorial Abeledo- Perrot), 220 pp.
- DE OTTO PARDO, Ignacio (1988): *Derecho constitucional: sistema de fuentes* (Barcelona, Editorial Ariel), 325 pp.
- DUCCI CLARO, Carlos (1977): *Interpretación jurídica: en general y en la dogmática chilena* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 266 pp.
- DWORKIN, Ronald (1984): *Los derechos en serio* (Barcelona, Editorial Ariel), 512 pp.
- ESSER, Josef (1961): *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, trad. Valtí Fiol, Eduardo (Barcelona, Bosch casa editorial) 498 pp.
- FUEYO LANERI, Fernando (1990): *Instituciones de derecho civil moderno* (Santiago, Editorial Jurídica), 602 pp.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (1981): "El Significado Histórico de las Expresiones 'Equidad Natural' y 'Principios de Equidad' en el Derecho Chileno", en: *Revista de Ciencias Sociales*, N° 18-19, pp. 43-74.
- _____ (1984): "La Codificación del derecho", en: *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, N° 8, pp. 11- 30.
- _____ (1992): "La historia dogmática de las normas sobre interpretación recibidas por el Código Civil de Chile", en: Universidad de Chile- Universidad Adolfo Ibáñez, *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), pp. 41-88.
- _____ (2005): "El significado histórico de las expresiones 'equidad natural' y 'principios de equidad' en el derecho chileno" en GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Estudios dogmáticos de Derecho Civil* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso), pp. 24-27.
- _____ (2007): *Las reglas del "Código Civil" de Chile sobre interpretación de las leyes* (Santiago, Editorial LexisNexis), 543 pp.
- _____ (2011a): *Las reglas del "Código Civil" de Chile sobre interpretación de las leyes* (Santiago, Editorial Abeledo- Perrot LegalPublishing, 2a edición), 562 pp.
- _____ (2011b): *Codificación del Derecho Civil e Interpretación de las Leyes. Las normas sobre interpretación de las leyes en los principales códigos civiles europeo-occidentales y americanos emitidos hasta fines del siglo xx*. Versión disponible en <http://agora.ucv.cl> (versión para el uso exclusivo de alumnos de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso).

- KELSEN, Hans (1971): *Teoría pura del Derecho* (Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, décima edición), 245 pp.
- LETELIER, Raúl (2014): "Contra la confianza legítima como límite a la invalidación de los actos administrativos", en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, Vol 41, N°2, pp. 609-634.
- MARTÍNEZ, Miguel (2000). *La investigación cualitativa etnográfica en educación* (México, Trillas) 152 pp.
- MÜLLER, Friedrich (1989): "Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas", en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 9, N° 27, pp. 111- 126.
- _____ (2006): *Métodos de trabajo del Derecho Constitucional (Fundamentación general de una concepción de los métodos en el trabajo jurídico* (Madrid, Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales), 485 pp.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (1992): *Sobre principios y normas problemas del razonamiento jurídico* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales), 186 pp.
- ROSS, Alf (1974): *Sobre el derecho y la justicia* (Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires), 375 pp.
- SOTO KLOSS, Eduardo (1996): *Derecho Administrativo. Bases fundamentales, tomo II* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 966 pp.
- VERDUGO, Mario; Pfeffer, Emilio y Nogueira, Humberto (2005): *Derecho Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), T I, 375 pp.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2007): "El Código Civil como supletorio de las demás leyes. Crítica a una tesis excesiva", en: *La semana Jurídica*, N°359, pp. 6-7.
- _____ (2010a): El derecho administrativo como sistema autónomo: el mito del código civil como derecho común (Santiago, Editorial Abeledo- Perrot, LegalPublishing), 136 pp.
- _____ (2010b): "Transparencia, secreto, acceso a la información y datos personales: doble dicotomía de estándares y derechos públicos subjetivos. Crítica al uso de la expresión 'principios' por el legislador", en: Letelier, Raúl y Rajevic, Enrique [coord.] *Transparencia en la administración pública* (Santiago, Editorial Abeledo-Perrot, LegalPublishing) pp. 191-207.
- _____ (2011): "Los principios jurídicos y la tarea de construir el Derecho Administrativo en clave científica" en Carbonell, Flavia, Letelier, Raúl y Coloma, Rodrigo [coord.] *Principios Jurídicos. Análisis y crítica* (Santiago, Editorial Abeledo- Perrot LegalPublishing), pp. 315- 339.
- _____ (2014): "Sistema y autonomía de las disciplinas jurídicas. Teoría y técnica de los 'núcleos dogmáticos'", en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, Vol 41, N°3, pp. 957- 991.

Jurisprudencia citada

Corte Suprema, 29 octubre 1949 en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia* de 1949, T XLVI.

La jurisprudencia como fuente del Derecho (y los principios implícitos como normas jurídicas de origen judicial)

Case law as a source of Law (and implicit principles as legal standards of judicial origin)

José Julio León Reyes*

¿Es la jurisprudencia una fuente secundaria del Derecho? ¿Es solo un conjunto de normas jurídicas concretas y singulares que producen los jueces, en ejercicio de la función jurisdiccional? ¿Son los principios (generales del Derecho) una fuente formal, si bien supletoria? En este trabajo discuto esas tres afirmaciones que han sido, hasta hora, dominantes en nuestra doctrina. Para tal efecto, sostengo que se debe adoptar un concepto mixto de fuente del Derecho antes que uno meramente formal. Seguidamente, propongo que la jurisprudencia, tal como es entendida por abogados y jueces, se refiere a los estándares o definiciones que los tribunales utilizan para justificar sus decisiones particulares. Concluyo que, dado que los principios son normas, los tribunales introducen dichos estándares al emplearlos como "garantía" en la fundamentación de sus fallos; los que se hacen obligatorios por la costumbre judicial o por decisión de un Tribunal Superior en ejercicio de una competencia.

Palabras clave: Fuentes del Derecho, jurisprudencia, principios (implícitos).

Is case law a secondary source of law? Is it a mere assemblage of concrete, singular norms produced by judges in the discharge of their jurisdictional functions? Are the (general) principles of law a formal, albeit supplemental source of law? This article examines these three questions, foremost in the doctrine to this day. To this effect, I hold that a mixed rather than a merely formal concept of source of law ought to be adopted. Next, I argue that case law, as understood by lawyers and judges, pertains to standards or definitions used by the courts to substantiate specific decisions. My conclusion is that, as principles are norms, by using them as "warrants" in substantiating their rulings the courts help introduce these standards, which then become mandatory by judicial practice or by the decisions of higher courts of competent jurisdiction.

Keywords: Sources of law, case law, (implicit) principles.

* Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile.
Contacto: jose.leon@udp.cl

Introducción

Existe una cierta reticencia en nuestra Doctrina para reconocer el rol de la jurisprudencia de los tribunales como fuente de normas jurídicas generales. Solo a modo de muestra, que considero suficientemente representativa, se pueden citar los siguientes ejemplos:

1. “La jurisprudencia de los tribunales nacionales al resolver las controversias sometidas a su decisión se transforman en fuente constitucional indirecta, en cuanto el derecho que se aplica en el fallo envuelve interpretación de alguno de los preceptos de la Carta. Ciertamente es que, según nuestro sistema de jurisprudencia, el contenido de una sentencia tiene valor jurídico directo exclusivamente *inter partis*, en relación con el caso que se decide en ella...”¹;

2. “la jurisprudencia, si bien no se configura como fuente *formal* del derecho, juega un importante papel como fuente material de este. No se configura como fuente formal, porque [...] no obliga ni al tribunal que la formó ni a los tribunales inferiores, aunque juega un papel importante como fuente material, puesto que, de seguro, va a influir en las decisiones futuras del mismo tribunal y en las de los de carácter inferior”²;

3. “la jurisprudencia no podrá constituir en teoría una fuente formal del derecho, porque ella solo tendrá valor general en cuanto los tribunales libremente decidan ajustar su criterio en determinadas materias a la jurisprudencia establecida”³.

Hay dos tipos de razones que explican este punto de vista, una de tipo formal y otra de tipo sustantiva. La primera tiene que ver con el concepto formal de fuente del Derecho, propia del positivismo, que se ha mantenido, como se observa, hegemónico en nuestra doctrina, aunque no todos los autores abracen esa concepción del Derecho⁴. La segunda es una cuestión de actitud frente al rol de los jueces y la creación judicial del Derecho⁵, que cuestiona el “activismo judicial” como un vicio en el contexto de los sistemas jurídicos democráticos y que releva los valores de certeza y estabilidad en la aplicación de las normas positivas⁶.

Nótese que ambos argumentos son políticos, pues tienen que ver con la distribución del poder –en específico, el de crear normas– en la sociedad.

¹ SILVA BASCUÑÁN 1997, 260. En similar sentido, aunque con algunos matices respecto al positivismo que ello entraña, CEA 2008, 150-151.

² SQUELLA 2000, 264.

³ DUCCI 2005, 105.

⁴ Se fundamenta en la letra del art. 3 del Código Civil, que señala: “Solo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio. Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren”.

⁵ Un “desacuerdo valorativo encubierto”, como lo califica CARRIÓ 2006, 103-114.

⁶ Un buen ejemplo de esta actitud lo constituyen García y Verdugo; para quienes un juez activista pone menor énfasis en el “Derecho objetivo conocido” y opera con más flexibilidad en “la selección de fuentes”; entre otros criterios de identificación. Ver GARCÍA y VERDUGO 2013, 45.

Ello, de cierta forma, parece dar la razón a Dworkin, en cuanto a que nuestros desacuerdos acerca de lo que es el Derecho, antes que empíricos, son teóricos y remiten finalmente al tipo de razones que pueden justificar (mejor) nuestra práctica y, en ese contexto, cada decisión dotada de autoridad⁷.

Alexy aborda el tema de la creación judicial del Derecho con la siguiente cita de un fallo del Tribunal federal alemán: "El derecho no es idéntico a la totalidad de las leyes escritas. Frente a las disposiciones positivas del poder estatal puede, circunstancialmente, existir un plus en derecho, que posee su fuente en el orden jurídico constitucional en tanto un todo dotado de sentido y puede actuar como correctivo frente a la ley escrita"⁸. Así, para el no positivista la decisión judicial *contra legem* y, principalmente, la decisión en los casos dudosos (más frecuentes) siguen estando determinadas por el Derecho. Para el positivista, en cambio, esas decisiones, cuando se adoptan, están determinadas por factores extrajurídicos (y, en Chile, eso llevaría a abogar por que sus estándares de justificación solo valgan para el caso particular).

Veamos dos ejemplos recientes de nuestra "jurisprudencia", para analizar desde el "derecho en acción" cómo surgen esos estándares (principios implícitos) y el rol que pasan a tener –o que deberían jugar– desde su incorporación en el sistema jurídico:

a) La Sentencia definitiva referida a la "toma" del *Instituto Nacional*, resolvió que no puede ordenar a los estudiantes del Instituto abstenerse de "organizar o llamar a votaciones sobre tomas y paralizaciones" –como había hecho la Sentencia de primera instancia– pues ello equivaldría a decretar por vía judicial una prohibición absoluta de incluso deliberar acerca de las movilizaciones, esto es, un acto de censura carente de todo valor legal y efecto vinculante. Para el Supremo Tribunal, dada la licitud de la protesta social" –que "puede ser relevante para generar debates en la opinión pública"– y en virtud del mandato constitucional que prohíbe la censura previa, "(e)l derecho a manifestarse libremente, la libertad de opinión y de reunión no pueden ser objeto de limitación alguna antes que sean ejercidas"⁹. Para un comentarista, esto equivale a reconocer el "derecho a protesta" de los estudiantes (que sería en rigor un principio implícito derivado de la libertad de expresión)¹⁰.

b) El Tribunal Constitucional, al examinar la constitucionalidad del proyecto de ley que crea el administrador provisional y administrador de cierre

⁷ DWORKIN 2005, 44 y 71. Acorde a la opinión de Dworkin, "el valor de integridad que deberíamos atribuir a la práctica jurídica fluye del nivel doctrinal al de la aplicación judicial", ya que la integridad requiere que en algunos casos "los jueces atiendan a la moral para decidir tanto cuál es el derecho aplicable como la manera de cumplir sus responsabilidades como jueces". DWORKIN 2007, 31.

⁸ ALEXY 2004, 18.

⁹ Llaguel Figueroa, Carlos y otros con Municipalidad de Santiago (2014).

¹⁰ El fallo "construye el estatus constitucional de la protesta", que es "manifestación del ejercicio legítimo de derechos constitucionales", con una claridad que no se había presentado en decisiones anteriores. Así lo afirma LOVERA 2015, 595.

de instituciones de educación superior¹¹, señaló que el derecho a la educación y la libertad de enseñanza están vinculados y se deben ponderar, pero aquel es el centro del proceso de aprendizaje (pues la educación es la base de otros derechos); que el derecho a la educación es un derecho social e implica que la enseñanza que proporcionen las instituciones de enseñanza reconocidas oficialmente debe ser de calidad (en cuanto permita efectivamente el avance a otros niveles o el acceso al mundo del trabajo); y que la autonomía es una garantía institucional, configurada por la ley. La facultad de “mantener” una institución educacional –parte del contenido esencial de la libertad de enseñanza según el propio texto constitucional– tiene límites y está sujeta, incluso, a la revocación del reconocimiento oficial; por ello, el derecho de otorgar educación con reconocimiento oficial (la libertad de enseñanza) implica normas de organización y procedimiento que velen por los derechos de todos los miembros de la comunidad educativa¹². Esta doctrina, inequívocamente, ha sido aplicada con posterioridad por el Tribunal Constitucional¹³.

Estamos claramente ante casos de “derechos implícitos derivados por las cortes constitucionales de principios constitucionales textualmente vagos y radicalmente abstractos”, que no representan “instancias de *interpretación* constitucional” sino que “*construcciones* normativas”¹⁴. Entenderlo así contribuye, ciertamente, a poner luz sobre el rol que los jueces cumplen en la evolución del sistema jurídico, los poderes que detentan y ejercen, y sus métodos de razonamiento. Ahora bien, el punto es si estos principios, una vez incorporados en una decisión judicial, son o no obligatorios para la decisión de casos similares que se presenten a futuro. Ello implica, entre otras cosas, preguntarse acerca de la “utilidad del estudio de la jurisprudencia”, esto es, de los criterios relevantes y uniformes que los jueces utilizan para justificar sus fallos (un tipo de estudios que, lamentablemente es aún escaso en nuestro medio). Y relevar la dimensión argumentativa del Derecho.

Con ese propósito, haré un breve recuento acerca de la noción de “principios implícitos” en el Derecho (I); del mismo modo, analizaré a continuación el concepto de “fuente del Derecho”, proponiendo adoptar un concepto mixto antes que uno meramente formal (II). Seguidamente, analizaré la expresión “jurisprudencia”, tal como es entendida por abogados, juristas y jueces en su trabajo cotidiano, argumentando que se refiere a los estándares o definiciones que los tribunales utilizan para justificar sus decisiones particulares, y no a la mera recopilación de estas (III). En el entendido que los principios son normas del sistema, los tribunales utilizan o introducen dichos estándares para respaldar sus decisiones, esto es, los emplean como “garantía” en la fundamentación de sus fallos (y en ocasiones se trata inequívocamente de

¹¹ Hoy Ley N° 20.800, de 2014.

¹² Sentencia TC rol N° 2.731 (2014), en especial, considerandos 16°, 17°, 20°, 21°, 27°, 41° y 95°.

¹³ Ver la Sentencia TC Rol N° 2787 (2015).

¹⁴ CANDIA 2014, 506.

una construcción normativa de los jueces). Concluiré que estos estándares se hacen obligatorios por la costumbre judicial o por decisión de un Tribunal Superior en ejercicio de una competencia (IV).

I. Los principios implícitos como “creaturas jurídicas”

Se suele atribuir a Dworkin¹⁵ el mérito por el reconocimiento definitivo acerca del rol que juegan los principios en la argumentación jurídica y en la teoría del Derecho; aunque estos –al menos los “principios generales del Derecho”– como apuntan Atienza y Ruiz Manero “son viejos conocidos” de los juristas¹⁶. De hecho, el caso *Riggs v. Palmer* fue comentado por el juez Cardozo en 1921¹⁷, señalando que dos principios o precedentes pueden llevar a conclusiones distintas. En ese caso, según Cardozo, prevaleció la lógica más general del principio que se consideró más básico, más representativo del interés social y que estaba arraigado en un “sentimiento universal de justicia: el principio según el cual ninguna persona debe obtener beneficio de su propia inequidad o sacar provecho de su mal proceder”. Así, se hizo coincidir un resultado que es concebido como correcto y justo con el equilibrio del sistema jurídico; los jueces llegaron a ese resultado echando mano a la historia, la costumbre, el bienestar social, la equidad o una “apreciación cuasi-intuitiva del espíritu que rige nuestro Derecho¹⁸”.

Dworkin planteó que las tesis positivistas de “las fuentes sociales del derecho” (test del linaje) y de la “discrecionalidad judicial” no daban cuenta adecuadamente de la existencia de los estándares o principios derivados –vía interpretación “constructiva”– del sistema jurídico, que los jueces y juristas utilizan frecuentemente para resolver casos “difíciles”. Lo que Dworkin quiere decir, en realidad, cuando señala que los principios y directrices políticas no se pueden identificar por su origen (o *pedigree*, como las reglas)¹⁹, no es que la moral sea una fuente independiente del derecho, sino que los principios *valen* por su contenido y fuerza argumentativa; esto es, que los principios exigen la deliberación. Dado que el Derecho es una práctica interpretativa, el lenguaje de las normas está en constante revisión y reelaboración para

¹⁵ DWORKIN 2002. El foco polémico de la obra de Dworkin, como es bien sabido, es el trabajo de HART 2004.

¹⁶ ATIENZA y RUIZ MANERO 1991, 101. Los autores señalan que, de *principios generales del Derecho*, hablaba ya el código civil austríaco de 1811, y siguieron hablando luego el código civil italiano de 1865 y el español de 1889. Cabe apuntar que también lo hizo el Código argentino de Vélez Sarsfield de 1871.

¹⁷ CARDOZO 1996, 17-19

¹⁸ Y aquí encontramos una conexión con la expresión empleada por don Andrés Bello en nuestro Código Civil (art. 24) que la doctrina ha usado como base para sostener que los “principios generales del Derecho” (el “espíritu general” de la legislación) constituyen una fuente formal, supletoria, en nuestro sistema.

¹⁹ DWORKIN 2002, 72, distinguió las “directrices políticas” (estándares que proponen un objetivo que ha de ser alcanzado o protegido de cambios adversos) de los “principios propiamente tales”, esto es, estándares que han de ser observados, no por sus consecuencias deseables, sino porque son “una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”.

decidir cómo continuamos de mejor manera nuestras prácticas políticas; asignamos valor y finalidad a la práctica, y deliberamos sobre las “condiciones de verdad” de las tesis que se sostienen dentro de la práctica guiados por los principios de integridad y coherencia. Los principios de moral personal y política se utilizan para construir la “mejor interpretación” de otras proposiciones jurídicas generalmente consideradas verdaderas (¿podemos decir reconocidas?) por la práctica jurídica vigente²⁰.

Dworkin hace hincapié –mediante una serie de ejemplos, de sobra conocidos– en el hecho que los juristas y los jueces invocan principios, no solo a falta de reglas, sino también en contra de ellas, esto es, para dejar de aplicarlas cuando conducen a una decisión incoherente con los principios. Ahora bien, si las reglas pueden ser modificadas o derrotadas, debe existir algún otro *estándar* –que también es jurídico– que hace que las normas solo obliguen *prima facie*. Si estos estándares –los principios– no son obligatorios, ninguna norma lo es²¹. Y Dworkin concluye, contra Raz: “los estándares pueden tener autoridad aunque para determinar qué requieren sea necesario acudir a una interpretación apoyada en la convicción moral”²² (pues, en efecto, el Derecho siempre requiere la interpretación).

Carrió²³, anticipando la respuesta de Hart²⁴, señaló que la tesis positivista de las fuentes sociales aún se mantiene firme, a pesar de la crítica de Dworkin, en cuanto existe un fenómeno social que se traduce en la aceptación de una regla de reconocimiento que, como parte del sistema jurídico, especifica los criterios para identificar las otras normas del sistema (y que, a veces, atiende al contenido de las normas, incluyendo a los principios como parte del sistema). En cualquier caso, hoy es claro que el sistema jurídico es un agregado de reglas (más específicas), *estándares* y principios. Pero queda todavía pendiente la pregunta acerca de cuál es la “fuente” de los principios implícitos. Según yo la entiendo, incluso la tesis de Dworkin los sitúa al interior de la práctica jurídica, asignando un rol relevante a los juristas y los jueces en su formulación (sin olvidar que, en el contexto de la práctica específica que describe Dworkin, se reconoce a la jurisprudencia un rol de fuente formal). No hay principios jurídicos, cabe señalar, que valgan *exclusivamente* por su peso moral²⁵. Esto queda claro cuando Dworkin se refiere a la “etapa

²⁰ Esa es la tesis central de DWORKIN 2005 y 2007 según el propio autor (DWORKIN 2007, 22 y 24).

²¹ La tesis de discrecionalidad en sentido fuerte implica que no hay derecho ni obligación jurídica que el juez deba imponer; en tal sentido, la regla de reconocimiento es una regla incierta, lo que no concuerda con el concepto de norma social (DWORKIN 2002, 90, 100 y 122).

²² DWORKIN 2007, 43.

²³ CARRIÓ 1970.

²⁴ HART 2000.

²⁵ El propio Dworkin (un igualitarista) dice que sería mala tesis jurídica sostener que la Constitución obliga a establecer un sistema de salud o educacional único, obligatorio. Lo que distingue al Derecho del resto de la moral política es su “institucionalización”, lo que va de la mano de las reglas que Hart denominó “secundarias” (DWORKIN 2014, 491). Y ha señalado más expresamente: “debemos rechazar la idea simplista de que todo derecho injusto es inválido”; “ambas partes ar-

preinterpretativa”, donde “se identifican las reglas y normas que proporcionan el contenido provisorio de la práctica y en la que se requiere, para que sea fructífera, un alto “grado de consenso”²⁶.

Volviendo a Alexy (y el “plus” de Derecho), cabe recordar que el jurista alemán define el derecho como un sistema de normas y procedimientos. Alexy distingue tres tipos de procedimientos jurídicos: El primero y más importante es el de la creación estatal de normas jurídicas, cuyo sentido es el de limitar el campo de lo discursivamente posible. Dado que ningún sistema jurídico puede determinar completamente la decisión jurídica, mediante el uso de normas vigentes y de información sobre los hechos (por la vaguedad del lenguaje jurídico, la posibilidad de conflictos normativos, imposibilidad de prever todos los casos posibles y la posibilidad de decidir en ciertos casos contra el tenor literal de la norma); resulta justificado introducir “formas y reglas especiales de la argumentación jurídica, su institucionalización como ciencia jurídica, y su inclusión en el contexto de los precedentes”²⁷. Atendidos esos límites del discurso jurídico se hace necesario un tercer procedimiento, el de adjudicación, que selecciona solo una de las respuestas discursivamente posibles. En similar sentido, Aguiló sitúa al “método jurídico” en medio de los procedimientos de creación y aplicación del Derecho objetivo –que tienen como grandes protagonistas al legislador y al juez– y lo define como “el conjunto de operaciones que permiten pasar de las normas generales a las soluciones de los diferentes casos”. Más que descubrir, dice Aguiló, se trata de un método para justificar decisiones, en el contexto de “la elaboración racional del Derecho”²⁸.

Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, a su turno, han profundizado en la distinción entre principios y reglas²⁹. Desde un punto de vista estructural, para Atienza y Ruiz Manero, los principios pueden formularse siempre como enunciados que correlacionan casos con soluciones (igual que las reglas)³⁰. La diferencia con respecto a las reglas estriba en que los principios configuran

gumentan basándose en aquello que dice el derecho, no en lo que este debería decir” (DWORKIN 2007, 16-18).

²⁶ DWORKIN 2005, 58. MORESO y QUERALT 2014, 154, señalan que de lo anterior se deriva que hay ciertas reglas necesarias para que el Derecho funcione como base de acuerdo, que no pueden remitir a la argumentación moral. Ellas son: las reglas sustantivas contenidas en las decisiones judiciales y administrativas individuales; las reglas procesales que definen las instituciones jurídicas y las reglas procesales que definen la *res iudicata*.

²⁷ ALEXY 2007, 273-274. El fundamento del uso de los precedentes lo constituye el principio de universalidad (regla formal de justicia); endosando la *carga de la argumentación* a quienquiera apartarse del precedente, por aplicación del principio de inercia perelmaniano (ALEXY 2007, 262-263).

²⁸ AGUILÓ 2000, 127-129.

²⁹ ATIENZA y RUIZ MANERO 1991, 105-113; y, de modo más completo: ATIENZA y RUIZ MANERO, 1996.

³⁰ Alchourrón y Bulygin plantean que “norma” es un enunciado que correlaciona un caso con una solución normativa; una solución normativa está compuesta por la descripción de una acción y su calificación mediante una modalidad deóntica (prohibido, obligatorio, facultativo y permitido). Un conjunto normativo es un conjunto de enunciados entre cuyas consecuencias (lógicas) hay enunciados que correlacionan casos con soluciones; y un conjunto normativo es un sistema

el caso de forma abierta, mientras que las reglas lo hacen de forma cerrada. Los *principios en sentido estricto* son mandatos de optimización únicamente en el sentido de que, al estar configuradas de forma abierta sus condiciones de aplicación, la determinación de su prevalencia o no en un caso individual determinado exige su ponderación con principios y reglas que jueguen en sentido contrario, según el caso; pero una vez determinado que en ese caso prevalece el principio, este exige un cumplimiento pleno (igual que las reglas). Las directrices, por el contrario, al estipular la obligatoriedad de utilizar medios idóneos para perseguir un determinado fin, dejan también abierto el modelo de conducta prescrito; las directrices sí pueden, en ese sentido, ser cumplidas en diversos grados³¹. Ellos también distinguen entre *principios explícitos*, esto es, principios formulados expresamente en el ordenamiento jurídico, y *principios implícitos*, esto es, principios extraídos a partir de enunciados presentes en el ordenamiento jurídico (por ejemplo, derecho a la protesta y el derecho a la calidad de la educación reconocida oficialmente). Estas dos distinciones son, para estos autores, exhaustivas y excluyentes.

Para Wróblewski los principios son normas del sistema de derecho en vigor, consecuencias o premisas de un razonamiento sobre un conjunto de normas, o construcciones que poseen una naturaleza distinta de los anteriores; que sirven para calificar ciertas normas como más importantes que otras, por la estructura del sistema, su relación con una institución jurídica o por valoraciones sociopolíticas. Distingue el autor polaco entre principio positivo del derecho, principio implícito del derecho (una regla que es considerada premisa o consecuencia de disposiciones legales o normas), principios extrasistémicos; principio-nombre del derecho y principio-construcción del derecho (una construcción del legislador racional presupuesto en la interpretación jurídica)³².

Lo cierto es que los principios cumplen una función explicativa al menos en dos niveles: Uno, los principios sirven para realizar una descripción económica de un conjunto de normas; en segundo lugar –y quizás más importante– los principios permiten entender el Derecho como un conjunto ordenado y dotado de sentido. Por ello, conocer los principios de una institución o de un determinado sector de un ordenamiento jurídico nos permite predecir –con relativa seguridad– las soluciones a problemas jurídicos emergentes a partir de las pautas específicas conocidas. En cuanto a la función justificativa que juegan los principios, también se da en dos planos: pues el Derecho impone

normativo cuando contiene todas sus consecuencias (ALCHOURRÓN y BULYGIN 1974, en especial, 72, 79 y 92).

³¹ Esto distingue la posición de Atienza y Ruiz Manero de la sostenida por Alexy, para quien “los *principios* son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Por ello, los principios son *mandatos de optimización*” que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado por reglas y sobre todo por principios que juegan en sentido contrario (ALEXY 2007, 350).

³² WRÓBLEWSKI 2003, 206-207.

a los órganos jurisdiccionales, por un lado, el deber de efectuar un balance de razones basadas únicamente en pautas jurídicas (principios y reglas), siendo admisible tomar en consideración otras razones (principios extrasistémicos) solo cuando las propias pautas jurídicas lo permitan. De modo que, cuando tal balance de razones remite a adoptar como base de la resolución una regla jurídica (caso *fácil*), ello ocurre porque la subsunción es *coherente* –no resulta controvertible– a la luz del sistema de principios que dotan de sentido a la institución o sector normativo de que se trate³³.

Los principios, entonces, son normas; pero cumplen una función principalmente interpretativa. No respaldan por sí mismos una decisión. Para justificar una decisión (mediante el silogismo práctico) se requiere una regla y los principios (que están ahí, en el Derecho –como decía Carnelutti– “como el alcohol en el vino”) ayudan a construirla. En ocasiones, en los llamados casos difíciles, los jueces son llamados por el Derecho a formular esa regla. Como se sabe, el artículo 24 del Código Civil trata indirectamente de los principios generales del Derecho –habla del “espíritu general de la legislación”– y de la equidad (a la que califica de “natural”), asignándoles una función bastante restrictiva como elemento supletorio para interpretar “los pasajes oscuros o contradictorios de las leyes”, cuando no se pudiere obtener un resultado recurriendo a los otros elementos de interpretación que el mismo Código consagra en sus artículos 19 al 23³⁴. Por lo anterior, no cabe –incluso por una razón formal– considerar a los principios generales del Derecho y la equidad como fuentes supletorias de nuestro orden jurídico, máxime cuando se trata de tipos especiales de normas (la equidad puede ser vista como principio) y no de un método de producción normativa. Desde el punto de vista de la Teoría de las Fuentes del Derecho, al estar implícitos en la legislación podría pensarse que su fuente mediata es esta; son fruto de la elaboración racional del Derecho (en ese sentido la Doctrina es una importante fuente material) y son parte de las normas generales que los jueces reconocen y aplican al decidir un caso (Jurisprudencia)³⁵.

Además, una vez que forman parte del sistema, su aplicación no es siempre supletoria (piénsese nada más en los principios fundamentales, de jerarquía constitucional). Bastante ha evolucionado el sistema jurídico, junto con nuestras concepciones acerca del Derecho y los métodos de interpretación, desde la promulgación del Código Civil, ampliándose las funciones asignadas a los principios generales del Derecho y la equidad. Así, dado el reconocimiento a nivel constitucional de las lagunas jurídicas y el principio de

³³ ATIENZA y RUIZ MANERO 1991, 113-119.

³⁴ Sobre este carácter triplemente restrictivo del art. 24 del Código Civil, véase SQUELLA 2000, 288.

³⁵ AGUILÓ 2000, especialmente, 125-131 y 144-148.

inexcusabilidad judicial³⁶, hoy se les asigna también una función integradora del ordenamiento jurídico³⁷.

Podemos, así, concebir a los principios generales del derecho como estándares normativos básicos y generales, dotados de relevancia jurídica, que se entienden formar parte del ordenamiento jurídico pues están implícitos en él. En tanto “principios”, son propiamente normas del sistema que cumplen una función explicativa y justificativa de otras normas jurídicas (como las reglas), de modo que orientan su *interpretación* y delimitan su ámbito de aplicación. Si una regla cae fuera del ámbito de justificación que le provee un principio, puede originarse una laguna axiológica y el juez está facultado para decidir que el caso queda fuera del ámbito de aplicación de la regla³⁸. Y a la inversa, hay casos no cubiertos por las reglas que, sin embargo, pueden ser solventados por un principio, mediante la decisión judicial³⁹.

II. La noción de “Fuentes del Derecho” (con algo de “realismo”)

La teoría general de las fuentes es parte de la teoría del Derecho. La pregunta por el origen de las normas jurídicas está relacionada con la pregunta acerca de qué es el Derecho; y la respuesta está ciertamente condicionada por la perspectiva o concepción acerca del Derecho que se adopte. Si se adscribe al positivismo jurídico, abordando el problema de las fuentes exclusivamente desde un punto de vista “interno”, se preferirá una definición formal de “fuente del Derecho”, referida a los métodos de producción de normas jurídicas *autorizados* por el ordenamiento⁴⁰. Según esta concepción, las fuentes del Derecho constituyen un tipo especial de normas (las “cons-

³⁶ El art. 76 de la Constitución se refiere a la competencia de los tribunales y, en su inc. 2º, señala: “Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión”.

³⁷ El art. 170 N°5 del Código de Procedimiento Civil (que establece los requisitos que deben contener las sentencias) se refiere a los “principios de equidad” como fundamento de la decisión judicial (en defecto de ley).

³⁸ Desde Aristóteles se entiende que la equidad es la justicia en el caso particular; “una corrección de la justicia legal”. La ley es siempre general, y “hay casos en los que no es posible tratar las cosas rectamente de un modo universal”; por tanto, “cuando sobrevienen circunstancias que quedan fuera de la fórmula universal, entonces está bien [...] que se corrija esta omisión” tal como el legislador la habría hecho si lo hubiere conocido (ARISTÓTELES 1998, 265). Asimismo, “(es propio de) la equidad ser indulgente con las cosas humanas. Y mirar no a la ley, sino al legislador; no a la letra, sino a la inteligencia del legislador; no al hecho sino a la intención; no a la parte, sino al todo; no a cómo es ahora uno, sino a cómo era siempre o la mayoría de las veces” (ARISTÓTELES 2000, 153).

³⁹ Fue Viewheg quien volvió a relevar la utilidad de los tópicos en la argumentación, como premisas para llegar a la solución correcta de un problema (el autor razona contra la posibilidad de concebir el Derecho como un sistema lógico-deductivo y sostiene, en cambio, que la Jurisprudencia se estructura totalmente desde el problema). El Derecho positivo “es un conjunto de problemas que se conectan con la cuestión de la justicia como preocupación fundamental” (VIEWHEG 1986, 144).

⁴⁰ Por ejemplo, SOUELLA 2000, 215-216.

titutivas”) que indican como se puede producir un determinado resultado institucional. Se elude de esta forma la cuestión política o moral acerca de la *corrección* o legitimidad del orden jurídico; la validez de las normas no se hace depender del contenido de las mismas⁴¹. La respuesta del positivista presupone una cierta idea del Derecho como un conjunto de normas, todas ellas establecidas de acuerdo a un determinado procedimiento *reglado* y *sus consecuencias*⁴². Si se tiene una imagen del Derecho más abierta, en conexión con la ideología, conductas y motivaciones de los jueces, o con la moral política de la sociedad, se optará por una definición material de fuente del derecho, haciendo alusión a los factores de diversa índole que efectivamente influyen en la producción –y en el contenido– de las normas jurídicas. La cuestión por las fuentes, en este segundo enfoque, tiende a diluirse en la pregunta más general acerca del funcionamiento del Derecho, pues se centra en la interpretación, poniendo el foco en la decisión judicial (así como las de otros operadores jurídicos) y su estructura de justificación, o bien, en el proceso que da lugar a ella⁴³.

Desde un punto de vista práctico, sin embargo, la solución del problema conceptual no parece importar demasiado. Sea que se clasifique o no como “fuente” a un determinado acto o hecho jurídico que tiene –según el ordenamiento– la virtualidad de producir normas jurídicas, su realización seguirá produciendo los efectos que el ordenamiento le atribuye. Una sentencia judicial, un acto administrativo o un contrato –en tanto normas particulares– seguirán produciendo los efectos normativos que el ordenamiento les atribuye, sea que (por ese mismo motivo) las consideremos “Fuentes del Derecho”, o las excluyamos de la categoría por no producir normas generales que sirvan a la resolución de nuevos casos. De otro lado, las definiciones, los principios y demás normas implícitas –que son fruto de la elaboración racional del Derecho– así como la legislación *irregular* seguirán siendo importantes como premisas que los jueces utilizan en el razonamiento justificatorio de sus sentencias, aunque el ordenamiento jurídico “positivo” no les atribuya ese rol⁴⁴.

Para que la cuestión semántica no nos paralice, propongo adoptar una definición mixta de Fuente del Derecho, que incluya el elemento formal (actos y hechos jurídicos productores de normas jurídicas según el ordena-

⁴¹ KELSEN 2004, 112.

⁴² Desde la perspectiva del positivismo normativista, la noción de fuente formal es equivalente a la noción de *regla de cambio* en HART 2004, 119. En tal sentido queda expuesta a la crítica contra el “convencionalismo” que formula DWORKIN 2005, 100 ss.; fuentes tan importantes como las que introducen normas implícitas no son consideradas fuentes formales, por lo que la teoría no concuerda con la práctica que intenta describir. El convencionalismo, dice Dworkin, rechaza “la coherencia como fuente de derechos legales” (DWORKIN 2005, 103).

⁴³ Las fuentes serían las directivas de carácter general que sirven a los jueces como premisas en la fundamentación de sus fallos [o que guían el razonamiento de los demás operadores jurídicos]; o –para un realista– los factores, motivos o razones que influyen en la formulación o selección, que hace el juez, de las premisas que le llevan a decidir en un sentido u otro.

⁴⁴ Por estas razones, DE OTTO 2008, 74-75 atribuye un “valor meramente académico” al concepto de fuentes del Derecho.

miento positivo), así como algunos elementos materiales que, de hecho, son productores de normas jurídicas y resultan relevantes para una mejor comprensión del funcionamiento del Derecho⁴⁵. Además, para que tenga sentido la distinción –bastante extendida, y sobre la que habremos de volver más adelante– entre producción y aplicación del Derecho, el estudio de las fuentes como métodos de producción normativa debe centrarse en aquellos mecanismos que dan como resultado institucional normas generales y abstractas (principios, estándares, reglas o definiciones). Las normas jurídicas particulares no introducen, en sentido relevante, un cambio al sistema jurídico; este solo se produce cuando se introducen, modifican o derogan normas de carácter general. Por lo mismo, no es la sentencia judicial, sino las razones que usan los jueces para decidir, lo que resulta relevante para construir el concepto de jurisprudencia, según veremos.

Se entiende que autores profundamente analíticos insistan en adoptar un concepto de “fuente formal” (como lo hace Guastini), pero carece de consistencia que otros, adoptando ese concepto, nieguen a la jurisprudencia el carácter de fuente formal, al mismo tiempo que no tienen dificultades en clasificar como tales a los Autos Acordados –desde antes de 2005– y los principios generales del Derecho (como fuente supletoria), aunque el Derecho positivo chileno no les asignara expresamente ese carácter⁴⁶. Esa reticencia a considerar la jurisprudencia como fuente solo puede explicarse, en las palabras de Carrió, como un “desacuerdo valorativo encubierto”.

Es relevante, asimismo, al hablar de las “fuentes”, recordar la distinción entre enunciado normativo y “norma”. Como sugiere Guastini, podemos llamar “disposición” a los enunciados pertenecientes a una fuente del Derecho y “norma” a su contenido de significado, con lo cual queda claro que la “norma” es una variable dependiente de la *interpretación*⁴⁷. En el caso de las llamadas fuentes formales, salvo en el caso bastante notable y excepcional de las “fuentes hecho”, el resultado institucional es un texto dotado de autoridad o un conjunto de enunciados normativos. Para pasar a la norma necesitamos realizar un “trabajo” de interpretación/argumentación. Por ello, y dado que nuestro tema de análisis es la Jurisprudencia, nos centraremos en el estudio de las “fuentes” que son efectivamente utilizadas por los jueces como

⁴⁵ GUASTINI 1999, 88.

⁴⁶ El art. 93 inciso primero, N° 2, de la Constitución vigente, indirectamente reconoce –desde la reforma constitucional de 2005– la potestad de los Tribunales Superiores (y del Tribunal Calificador de Elecciones) para dictar autos acordados a fin de regular materias de funcionamiento de los tribunales y de procedimiento. Antes de esa reforma, la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones de hecho lo hacían, y la doctrina solía justificar esa competencia en las facultades “económicas” de esos Tribunales (art. 79, actual art. 82, de la Constitución y Código Orgánico de Tribunales). Una visión crítica de esa justificación doctrinal, en ALDUNATE 2009, 381 ss.

⁴⁷ GUASTINI 1999, 100-101.

“respaldo” de la premisa general del argumento que “garantiza” el paso de los datos (hechos) a la conclusión⁴⁸.

La perspectiva realista de Ross nos permite, incluso, clasificar las fuentes según su grado de “elaboración” o –como le llama Ross– el grado “de objetivación”, que alude al grado en que ellas presentan al juez una regla formulada, lista para su aplicación o, a la inversa, solo un material que el propio juez va a transformar en regla en el proceso de justificación de la sentencia. Es decir, las distintas fuentes producen normas con diferente grado de elaboración con vistas a su aplicación y, por ende, admiten diferentes grados de “intervención” judicial. El mayor grado de objetivación se da en la legislación en sentido amplio, que entrega una regla formulada y revestida de autoridad (lo que, en cualquier caso, no suprime los problemas de interpretación); en una segunda grada, “parcialmente objetivada”, se ubican la costumbre (que exige un juicio de relevancia jurídica) y el precedente (donde lo que obliga, según veremos, es la *ratio decidendi* del fallo, y hay un margen para “distinguir”). Por último, el mayor grado de libertad para los jueces tiene que ver con la elaboración “racional” del Derecho, que incluye –según hemos visto– la formulación de definiciones y principios implícitos⁴⁹.

Los principios implícitos, en la medida que carecen de disposición, son en cierta medida elaborados o “construidos” por los intérpretes; si bien “se entiende que los intérpretes, cuando formulan un principio no expreso, no se convierten en legisladores, sino que asumen que tal principio está implícito, latente, en el discurso de las fuentes”⁵⁰. La doctrina de las fuentes del Derecho contribuye a sustentar el discurso y la creencia general de que los jueces fallan –o deben hacerlo– “conforme a Derecho”, aunque su decisión no venga siempre determinada por una regla jurídica.

El criterio decisivo, entonces, para distinguir una fuente del Derecho es que ella es “reconocida” por el sistema (por la práctica legal) como un método de justificación de normas, estándares y principios que los jueces utilizan como premisa general de su razonamiento, y que ellos consideran –al menos al nivel del discurso– como “obligatorias”. Es en tal sentido que las fuentes se pueden mirar como equivalentes al fundamento de validez de las normas particulares creadas por los jueces.

⁴⁸ Empleo conclusión, datos, garantía y respaldo en el sentido que les atribuye Toulmin. El modelo general del argumento de TOULMIN 2007, 132-153, está basado en la práctica judicial y ofrece un esquema que permite reconstruir la decisión judicial, a partir de sus premisas, y evaluar la estructura de justificación.

⁴⁹ ROSS 2006: 108 ss. Dice Ross: “El positivismo, por lo tanto, tiene que ser rechazado, porque le falta comprensión respecto de la influencia de la atmósfera cultural en la aplicación del derecho (ROSS 2006, 132).

⁵⁰ GUASTINI 1999, 155-156. Los operadores jurídicos obtienen los principios no expresos “a veces de normas concretas, otras de grupos más o menos amplios de normas, en ocasiones del ordenamiento jurídico en su conjunto” (GUASTINI 1999, 156).

III. El concepto de jurisprudencia

No es casual que “Jurisprudencia”, en el sentido etimológico, se refiere a la actividad de identificar, describir y sistematizar el derecho vigente de un Estado, y –sobre todo en los países de habla inglesa– la de clarificar el significado de los conceptos generales que se utilizan en el Derecho, de modo de facilitar la comprensión del fenómeno jurídico en sus diversas manifestaciones⁵¹.

La jurisprudencia, en nuestro ámbito, es el conjunto o serie concordante de decisiones de los Tribunales de Justicia, que revelan criterios uniformes y constantes de interpretar y aplicar el Derecho, frente a una *clase* de casos; sea: i) de un mismo Tribunal, o bien, ii) de los Tribunales Superiores de justicia⁵². Estas acepciones son –a mi juicio– las relevantes para el estudio de las Fuentes del Derecho, tal como las hemos definido, e implica que los tribunales inferiores están en algún sentido vinculados por la jurisprudencia de los Tribunales Superiores, mientras que un mismo Tribunal (de cualquier jerarquía) resulta también vinculado por sus anteriores criterios de interpretación del Derecho, por el principio de igualdad (art. 19 N° 3 de la CP)⁵³. Algunos autores llaman también jurisprudencia –y le asignan el carácter de fuente particular– al conjunto de normas jurídicas concretas y singulares que producen los jueces, en ejercicio de la función jurisdiccional y a través de la Sentencias Judiciales que resuelven los casos que se les presentan⁵⁴. Ese no es el sentido que nos interesa aquí.

⁵¹ Este es el sentido en que deben leerse las obras de J.L. Austin: *El objeto de la jurisprudencia* y *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*.

⁵² SQUELLA 2000, 260-269. SCHAUER 2013, 51-52, distingue –en el contexto del *common law*– entre precedentes *verticales* y *horizontales*, según el Tribunal que resulta obligado por la decisión anterior sea un Tribunal inferior o el mismo Tribunal que la ha dictado.

⁵³ Se considera que un conjunto concordante de fallos tiene eficacia predictiva sobre la forma en que un mismo Tribunal resolverá casos futuros (porque permite conocer sus criterios de interpretación y decisión, así como por la natural tendencia a la estabilidad de dichos criterios); de modo análogo, las decisiones de los Tribunales Superiores, máxime si son constantes, influyen –de hecho– y son reconocidos en los fallos de los Tribunales inferiores. Los “recursos procesales” (como el de apelación y el de casación) que permiten que la sentencia de un Tribunal sea revisada ante un Tribunal de mayor jerarquía, tienen por objeto enmendar los errores y –por esa vía– uniformar los criterios de interpretación y de aplicación de las normas jurídicas. Esta acepción coincide con la noción de jurisprudencia más utilizada en el lenguaje jurídico y que ha sido, incluso, recogida por algunos ordenamientos explícitamente. Así, el art. 1.6 del Código Civil español dice que la jurisprudencia complementa el ordenamiento jurídico con “la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”. Para SCHAUER 2013, 57-58, la fuerza vinculante del precedente vertical tiene que ver con la estructura jerárquica del poder judicial, en tanto que el *stare decisis* (precedente horizontal) otorga las ventajas de eficiencia cognitiva y decisoria.

⁵⁴ Es la acepción que adopta Squella, para quien el Derecho tiene una estructura escalonada, que va de normas generales y abstractas a normas concretas y singulares, como las que los jueces producen por medio de sus fallos. Squella sigue a KELSEN 2004, 118 y ss., adoptando una perspectiva dinámica del Derecho, en cuanto orden que se autorreproduce permanentemente y va de una norma superior a una inferior. La sentencia judicial es la continuación del proceso de producción del Derecho; tanto ella como la legislación implican, a la vez, aplicación y producción de Derecho (la diferencia, nada más, es de grado). La sentencia tiene carácter constitutivo, según Kelsen, ya que la función del juez no es mero descubrimiento de un Derecho preexistente,

Existen dos modelos principales de incorporación de normas de origen judicial al Derecho: el del *Common Law* y el *Civil Law* o modelo continental. En ambos casos se trata de un proceso institucionalizado, en mayor o menor grado:

1. Precedente

Como apunta Ross el modelo del precedente se relaciona muy estrechamente con la noción formal de justicia, de que todos los casos análogos (en sus propiedades relevantes) deben ser resueltos de la misma forma, y de que toda decisión debe basarse en una premisa o regla general. Se basa en la doctrina del *stare decisis* (lo decidido debe mantenerse). En el ámbito del *common law* el precedente es "reconocido" como fuente de Derecho, en cuanto que: a) Un Tribunal está obligado por las decisiones de los tribunales superiores, y el Tribunal Superior está obligado por sus propias decisiones; b) en todo caso, la decisión es obligatoria en cuanto a su *ratio decidendi* (la razón que la justifica), y no respecto de otras consideraciones o "comentarios marginales" (*obiter dicta*); y c) un precedente antiguo no pierde vigencia, pero podría no ser aplicable a circunstancias modernas⁵⁵.

La razón, criterio o norma que sirve de premisa general para resolver el caso, vincula al Tribunal Superior y a los de inferior jerarquía. Se denomina también "doctrina del precedente individual obligatorio" porque un precedente constituye derecho (tiene autoridad) y genera obligación. Pero la libertad del juez para decidir no es completamente delimitada o suprimida, sino que le deja un amplio margen para su propia valoración, pues: a) respecto de la *ratio decidendi* o norma general que justifica la decisión, el juez no está limitado por las declaraciones del Tribunal que estableció el precedente, sino que puede interpretar la decisión "a la luz de su propia razón"; además, aun cuando no exista discusión sobre la norma general, b) puede distinguir el caso presente respecto del anterior para apartarse de lo decidido, justificando que hay diferencias en sus propiedades relevantes (*distinguish*); y, finalmente, c) el Tribunal que ha establecido el precedente podría derogarlo (*overrule*) si las nuevas circunstancias sociales así lo ameritan⁵⁶.

pues la norma superior solo determina parcialmente el contenido de la norma inferior (KELSEN 2004, 130).

⁵⁵ Ross 2006, 115 ss.

⁵⁶ Podría distinguirse entre el "precedente" en su sentido técnico, obligatorio, y el "precedente persuasivo" que, aunque no vincula al juez, influye en su decisión (y este lo cita porque comparte la estructura de justificación como una interpretación coherente del Derecho). Un precedente persuasivo podría operar, en mi opinión, en relación con los principios extrasistémicos (cuando un Tribunal cita un fallo de otra jurisdicción).

2. Jurisprudencia

Corresponde a la tradición del Derecho europeo continental o civilista, en que de una serie de fallos concordantes de los Tribunales Superiores se extraen (infieren) normas jurídicas generales que justifican la decisión⁵⁷. En este caso, no se trata de mirar las sentencias como meras fuentes de conocimiento acerca del Derecho vigente, ni como fuentes de normas individuales; la reiteración de decisiones que recurren a un mismo estándar o criterio, por parte de los Tribunales Superiores, va configurando el “Derecho en acción” (no solo por exigencias de igualdad y racionalidad en la interpretación del Derecho –a lo que ya nos vamos a referir– sino en ocasiones también en virtud de reglas que confieren este poder o competencia⁵⁸).

Aguiló, partiendo de una clasificación muy importante de las fuentes formales del Derecho, que está relacionada con la distinción entre “reglas que confieren poder” y “reglas puramente constitutivas”⁵⁹, se pregunta a qué categoría se acerca más la jurisprudencia, que en todo caso solo sería explicable como una combinación de hechos y actos jurídicos (en tanto que la elaboración racional del Derecho –como “método de producción” del “Derecho implícito– no sería ni una cosa ni la otra). El modelo del Precedente se asimila, sostiene Aguiló, a las fuentes acto, pues en este caso la creación de normas jurídicas está bajo el control del agente (el Tribunal Superior). El Tribunal tiene, en este modelo, competencia para producir el resultado normativo⁶⁰. El modelo de Jurisprudencia, en cambio, en cuanto las normas son introducidas en virtud de una práctica judicial, esto es, la reiteración de una

⁵⁷ Dado que hemos incorporado los elementos de reiteración y estabilidad de los criterios de justificación en el concepto, no cabría distinguir entre jurisprudencia “uniforme” y “contradictoria” (solo es posible hablar de la segunda si se entiende Jurisprudencia meramente como serie de sentencias). Los fallos disonantes tendrían que ser entendidos, o bien como una “desviación” de la doctrina, o como el virtual inicio de una nueva línea jurisprudencial.

⁵⁸ En el Derecho español, por ejemplo, se considera que dos sentencias del Tribunal Supremo sientan jurisprudencia (AGUILÓ 2000, 115). En Louisiana (Estado que sigue una tradición civilista) los tribunales no están obligados por la doctrina de *Stare decisis*, pero reconocen la doctrina de la *Jurisprudence constant*: “cuando, a través de repetidas decisiones en una larga línea de casos, una regla de derecho ha sido aceptada y aplicada por los tribunales” [*Johnson v. St. Paul Mercury Insurance Co.*, 236 So. 2d 216, 218 (La. 1970)].

⁵⁹ Mientras que las “fuentes acto” son disposiciones –documentos normativos públicos, dotados de eficacia general– resultantes del ejercicio de una competencia (y su paradigma es la legislación en sentido amplio); las “fuentes hecho” se refieren a normas jurídicas (a una conducta que se considera obligatoria) que surgen directamente de un hecho social, sin mediar su formulación por una determinada autoridad (y su paradigma es la costumbre). La fuente acto supone una regla que confiere poder (e implica un acto deliberado de crear, modificar o derogar normas jurídicas) mientras que la fuente hecho supone la existencia de una norma puramente constitutiva (AGUILÓ 2000, 62 y ss.).

⁶⁰ Conviene tener presente que el Tribunal Superior puede tener la función de unificar la doctrina jurisprudencial (así ocurre en Chile con el recurso de casación en el fondo, que conoce el pleno de la Corte Suprema. Véase el art. 780 del Código de Procedimiento Civil). Algo análogo ocurre con la atribución asignada al Tribunal Constitucional (art. 93 N° 6 y 7) para conocer los recursos de inaplicabilidad e inconstitucionalidad de preceptos legales estimados contrarios a la Constitución. En este último caso, a primera vista, la declaración de inconstitucionalidad se parece al modelo del precedente en cuanto es generalmente obligatoria; pero –me parece– no

conducta por varios agentes, se parece más a las fuentes hecho. La producción normativa escapa del control de un solo y mismo juez, pues él solo posee competencia para producir una norma particular (aunque, de otro lado, el acto-sentencia contribuya a producir el resultado normativo).

La Jurisdicción, en sentido estricto, es la potestad que tienen los jueces de conocer y decidir determinados conflictos sociales con arreglo a criterios o estándares jurídicos. Etimológicamente, *jurisdictio* es la potestad de "decir" (interpretar y aplicar) el Derecho, especialmente frente a controversias que requieren una solución institucional⁶¹. Por tanto, se trata de una potestad distinta de la legislativa, pues la resolución del conflicto por parte del juez debe fundarse en razones de Derecho válido; esto es, respaldada en fuentes reconocidas por el sistema.

Los realistas han llamado la atención sobre el papel central que juegan los jueces en el Derecho, pues este depende en buena medida de lo que los jueces dicen que es. Para saber qué es un "juez" o un "tribunal", con todo, es necesario recurrir a normas jurídicas, una regla que confiere poder para resolver las contiendas que se produzcan entre los particulares (aquellas a las que Hart llamó "reglas de adjudicación"). Normalmente, dichas reglas establecen también límites a la potestad, pues uno de los fines que persigue el Derecho es limitar el poder, erradicar la arbitrariedad y las situaciones de dominación, asegurando ciertos derechos y libertades a las personas. Por eso, el Estado de Derecho exige de los jueces que sean "imparciales" frente a las partes en conflicto, "independientes" frente al poder político (el propio Estado podría ser parte en el juicio) y que justifiquen sus decisiones en premisas generales reconocidas (aceptadas) o aceptables⁶².

Pues bien, ¿en qué sentido puede considerarse que los jueces crean Derecho, en el sentido que las normas que ellos introducen son obligatorias? Ello es lo que, en definitiva nos permitiría conceptualizar a la Jurisprudencia como fuente del Derecho; en la medida que verifiquemos que, en la práctica o en virtud de ciertas competencias asignadas a determinados Tribunales, los fundamentos utilizados en las decisiones judiciales, son vinculantes, sea para el mismo tribunal o para los Tribunales inferiores.

hay que confundir las categorías de *precedente/ jurisprudencia* con las de *efecto general (erga omnes)/relativo de las sentencias*. Volveremos sobre el punto más adelante.

⁶¹ Ver SAAVEDRA 2000, 221.

⁶² La generalidad de las normas es condición de la "igualdad" ante el Derecho. Según Saavedra, la ciencia jurídica es una "garantía epistemológica" de esta función instrumental de los jueces, pues desarrolla criterios y cánones de interpretación del Derecho, que proporcionan un criterio para evaluar (e influir en) las decisiones judiciales; las garantías políticas, centradas en el concepto de "independencia", se traducen en mecanismos tales como la "carrera judicial" y la "inamovilidad" de los jueces; y las procesales, centradas en el concepto de "imparcialidad" conllevan la bilateralidad, contradicción y publicidad del proceso, e igualdad de las partes, así como un sistema de recursos (SAAVEDRA 2000, 225-227).

IV. Los jueces, en ocasiones, crean Derecho (las normas de origen judicial)

Una cuestión altamente polémica en teoría del Derecho se refiere a la creación judicial de normas generales. El desacuerdo acerca de si los jueces crean Derecho, según Carrió, más que una disputa verbal o de creencias acerca de los hechos, revela una diferencia de actitud⁶³. Se trata de un desacuerdo acerca de lo que deberían hacer los jueces (el Modelo ideal de juez) y sobre lo que deberían hacer los juristas al teorizar acerca de lo que hacen los jueces. Tiene que ver –una vez más– con la tensión entre Derecho y Justicia; con la cuestión política de distribución de poder entre el legislativo y el judicial; así como con la cuestión práctica de vinculación del juez al Derecho. Ciertamente, la creación judicial de normas tiene que ver con que el proceso de aplicación del derecho contribuye a la conformación del Derecho. Nadie podría, sensatamente, negar este rol a los jueces; asimismo, resulta difícil no distinguir conceptualmente entre el proceso de creación y el de aplicación del Derecho (legislación y jurisdicción).

Hay dos posturas extremas que deberían darse por superadas: Por un lado, la doctrina de Montesquieu de que el poder de juzgar –“tan terrible para los hombres”– debe hacerse “invisible y nulo”; de manera que las sentencias “deben corresponder siempre al texto expreso de la ley”⁶⁴. Del otro, el judicialismo o realismo extremo, que es escéptico frente a las normas jurídicas en cuanto directivas capaces de guiar la decisión judicial. La primera conduce al “deductivismo”, que concibe el Derecho como un sistema pleno y coherente, que suministra todos los criterios para resolver todos los casos y donde la conclusión de los jueces no aporta nada a las premisas (la argumentación –como observa Aguiló– es inútil); la segunda sostiene que la decisión es pura voluntad (y, por ende, que la justificación es imposible).

Kelsen, como vimos, sostuvo que los tribunales producen derecho (por regla, derecho particular); aplicando un derecho general creado previamente por vía legislativa o consuetudinaria. De este modo pretendía eludir ambos extremos, tanto la teoría de que solo los tribunales producen derecho (según la cual únicamente hay normas individuales), como aquella que sostiene que los tribunales solo aplican un derecho ya creado (donde solo hay normas ge-

⁶³ CARRIÓ 2006, 110-114. Citando un ejemplo de Perelman, Carrió dice que entre los enunciados “los jueces dictan sentencias” y “los jueces crean Derecho” existe la misma relación que media entre los enunciados “Fulano fabrica tornillos” y “Fulano contribuye a la economía nacional”; los segundos son enunciados que van perdiendo significado descriptivo y adquiriendo un mayor nivel de significado emotivo. El uso de expresiones con alta carga emotiva es característica del discurso político (CARRIÓ 2006, 113).

⁶⁴ MONTESQUIEU 1984, 145. CORREA 2004, 12-13, intenta rescatar este punto de vista, señalando que, entre otros factores, la ciencia del derecho contribuye a vincular el poder de juzgar y la ley democrática: al proveer al legislador representativo de la voluntad popular de conceptos técnicos para expresar las leyes, y al atribuir un sentido al texto legal recurriendo a ese mismo marco de referencia conceptual. La vinculación del juez a la ley democrática, debe ser mediada por “tradiciones argumentativas relativamente autónomas”.

nerales). De modo similar, Hart se ubica a sí mismo entre dos "ilusiones": la "pesadilla" de los realistas –que enfatizan la indeterminación del Derecho y la función creadora del Juez– y el "noble sueño" de quienes, como Dworkin, creen que el derecho es completo y contiene una solución correcta para todos los casos, incluso los más difíciles⁶⁵. "La verdad –dice Hart– tal vez trivial, es que a veces los jueces hacen una cosa y otras veces otra"⁶⁶.

Alf Ross desarrolla una teoría realista, aunque moderada: "Derecho vigente", para él, significa el conjunto abstracto de ideas normativas que sirven como un esquema de interpretación para los fenómenos del "derecho en acción"; lo que a su vez significa que estas normas son efectivamente obedidas, puesto que "son vividas como socialmente obligatorias". El conocimiento del derecho vigente y de su interpretación ofrece la mejor base posible para predecir el resultado de las decisiones jurídicas futuras: Si es posible predecir las premisas jurídicas, es también posible predecir la conclusión. El grado de probabilidad –siempre relativa– depende del material de experiencia sobre el que descansa la predicción (lo que se conecta con la teoría de las fuentes del derecho)⁶⁷. El concepto de "derecho vigente", agrega Ross "se refiere, en realidad, al grado de probabilidad con que puede predecirse la influencia motivadora de una fuente sobre el juez"⁶⁸.

El propio Dworkin –que define el Derecho como una práctica social interpretativa– asigna un lugar relevante en su teoría al tema de la adjudicación judicial. La interpretación tiene lugar a partir del propósito de las reglas y del sentido de la práctica, y en ella ocupa un lugar principal la noción de *integridad*⁶⁹.

Los jueces dictan sentencias (y tienen el deber de justificarlas "conforme a Derecho"). La sentencia judicial es un acto jurídico; es el resultado institucional del ejercicio de un poder (competencia) que tiene, por ende, consecuencias jurídicas. La sentencia es también un documento normativo, que consta de 2 partes: el *fallo* (la decisión particular y concreta que resuelve la controversia sometida al conocimiento del Tribunal, que está dirigida a las partes y a los órganos de ejecución; corresponde a la "parte dispositiva") y su justificación (fundamentación, de hecho y de Derecho, que se desarrollan en las partes "expositiva" y "considerativa" del fallo, respectivamente). En relación con la fundamentación, generalmente se acepta que el Juez tiene el deber de aplicar el Derecho preexistente (esto se conecta con las funciones que el Derecho cumple en la sociedad, en especial la "certeza jurídica" y la

⁶⁵ HART 1994, 327-350.

⁶⁶ HART 1994, 348.

⁶⁷ ROSS 2006, 60 y ss.

⁶⁸ ROSS 2006, 133.

⁶⁹ Dice Dworkin: "las personas pueden ganar o perder más por el asentimiento de un juez que por cualquier acto general del Congreso"... Si el juicio no es justo, la comunidad infringe un daño moral a uno de sus miembros; "El daño es aún mayor cuando se condena por un crimen a una persona inocente". DWORKIN 2005, 15.

justicia como igualdad) y que las sentencias siguen la estructura del silogismo judicial (premisa general, caso y solución). Pero ante el juez se presentan casos respecto de los cuales el Derecho está en silencio, es oscuro (problemas de ambigüedad o vaguedad del lenguaje) o es contradictorio; y el juez no puede excusarse de resolver la contienda ni aun por falta de norma aplicable al caso⁷⁰. Y aunque el Juez siempre tiene la alternativa de fallar a favor del demandado (en virtud de una supuesta “regla de clausura” que declara permitido todo lo que no está prohibido), en la práctica muchas veces no lo hace de esa manera. Entender cómo razonan los jueces en este margen de indeterminación permite comprender el modo y la medida en que los jueces “crean” Derecho (y la Jurisprudencia es fuente de Derecho objetivo) en un sentido relevante.

Eugenio Bulygin explica que: a) las sentencias judiciales son entidades complejas que contienen tanto normas jurídicas individuales como generales; b) en un sentido relevante, el juez “crea” en ocasiones normas jurídicas generales; c) estas normas generales de origen judicial no son *obligatorias*, pero pueden adquirir *vigencia*⁷¹; d) una contribución importante que hacen los jueces es formular definiciones de los conceptos jurídicos; y e) la Jurisprudencia es “el conjunto de normas generales vigentes creadas por los jueces y definiciones vigentes creadas por ellos⁷²”.

En la sentencia judicial, entonces, el razonamiento normativo va de las premisas a la conclusión (donde las primeras sirven de justificación a la segunda). Los considerandos (premisas) incluyen: enunciados normativos generales (fundamento normativo, generalmente anterior a la decisión judicial); definiciones y enunciados empíricos (descripción de los hechos del caso). La resolución (conclusión del argumento) es una norma individual que, en la me-

⁷⁰ Para MacCormick un caso es “difícil” cuando presenta problemas de interpretación, de relevancia, de prueba o de calificación. Los dos primeros afectan a la premisa normativa, y los dos últimos a la premisa fáctica. Tenemos un *problema de interpretación* cuando la norma aplicable es ambigua, es decir, admite más de una lectura. Los *problemas de relevancia* se plantean especialmente en relación con los precedentes, pues acá se discute si en realidad la norma fue diseñada para el caso. Los *problemas de prueba* se refieren a la ocurrencia de los hechos que configurarían la premisa menor. Finalmente, los *problemas de calificación, clasificación* o de *hechos secundarios* se plantean cuando los hechos primarios se consideran probados; pero se discute si los mismos constituyen o no un caso que sea instancia del término general desplegado por la norma (MACCORMICK 1995; 68, 70, 87 y 93).

⁷¹ Una norma es “válida” si ha sido producida por una autoridad competente siguiendo el procedimiento establecido para ello (y en la medida que no contradiga una norma superior); es “obligatoria” cuando los jueces tienen el deber de aplicarla (una ley inconstitucional –inválida– es obligatoria mientras no se declare su inaplicabilidad o inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional); está “vigente” si hay buenas razones para afirmar (predecir) que será aplicada en caso que se den sus condiciones de aplicación, y es “eficaz” si es obedecida por los sujetos a los cuales se dirige. Nótese que solo las normas generales (incluidas las definiciones) pueden tener vigencia, pues solo estas pueden ser “aplicadas”, i.e., ser usadas para la “justificación de decisiones judiciales”. Si la ciencia jurídica tiene por objeto describir el derecho vigente (como decía Ross), “la obligatoriedad –sostiene Bulygin– no puede servir de criterio definitorio” (BULYGIN 1991, especialmente 355 y 363-366).

⁷² BULYGIN 1991, en especial, 367-369.

didada que está lógicamente implicada por las premisas, “no es creada por el juez, sino deducida de la norma general fundante, las definiciones en juego y los hechos del caso”. Por esta razón, no considero que la sentencia judicial en tanto norma singular sea relevante para el estudio de las Fuentes del Derecho; son los estándares –los enunciados normativos generales y las definiciones– que el juez utiliza para fundar la norma singular que pronuncia, los que se erigen en candidatos idóneos para ser considerados normas jurídicas generales de origen judicial.

En el Derecho chileno, la mayoría de la doctrina, siguiendo una disposición del Código Civil, estima que las sentencias son fuente de normas particulares y solo tienen fuerza obligatoria en las causas en que se dictan. Esta es una concepción restrictiva de la labor de los jueces. No hay que olvidar, en primer lugar, que el Código se redactó bajo la influencia del ideal napoleónico y de la escuela de la “exégesis”⁷³. A lo sumo, se le reconoce valor a la jurisprudencia como fuente material, aunque no obligatoria, por sus efectos persuasivos o disuasivos para la resolución de conflictos futuros. En efecto, Pfeffer señala que hoy se acepta, incluso en los sistemas de derecho codificado, que se deben tener en cuenta los fallos de los Tribunales superiores de justicia, pues estos tienen “relevancia jurídica”⁷⁴.

Nuestra opinión es distinta y va más allá en función del reconocimiento explícito de la función (institucional, a veces política) que cumplen los jueces. Como admite Bobbio, la doctrina del imperio de la ley, la concepción mecanicista de la interpretación judicial (el juez “autómata” que se limita a descubrir el Derecho establecido en otras fuentes, mediante el método jurídico) y la subestimación del derecho judicial han cedido terreno, incluso dentro de las huestes positivistas, debido a la realidad del sistema mismo; “de hecho el juez crea derecho”⁷⁵. Tal doctrina hace invisible al sujeto y al poder de que dispone; lo cual, en definitiva, es inconveniente en el contexto del Estado de Derecho. Los jueces, incluso en casos en que existen lagunas normativas (ausencia de normas emanadas de fuentes formales), deben resolver los casos que conocen, estableciendo el principio (de equidad) que fundamenta el fallo. Esto viene a corroborar que los jueces –en los casos difíciles– establecen normas generales, definiciones y argumentos interpretativos para fundamentar sus fallos. Esas normas generales pueden adquirir vigencia, en la medida que son utilizadas reiteradamente por los jueces para resolver nuevas contro-

⁷³ BARAONA 2010, 433, lo expresa así: El Código entiende “la legislación en general bajo el criterio francés, en donde a la ley se le reconoce como la principal y fundamental expresión de la voluntad general [...]. Por lo mismo, es la ley lo que se aplica y el juez debe ser un mero replicador de la misma”. Esto se traduce en una aproximación reduccionista a las fuentes (preeminencia de la ley escrita); una comprensión rígida de su interpretación, apegada a la literalidad, siguiendo la regla inicial del artículo 19 CC, y una tendencia a privilegiar más la seguridad (aplicación apegada al tenor literal de la ley) por sobre la búsqueda de una solución de justicia material.

⁷⁴ PFEFFER 2006, 190.

⁷⁵ BOBBIO 1965, 57.

versias, y el conjunto de ellas configura la “jurisprudencia de los Tribunales” como fuente del Derecho.

De partida, en nuestro ordenamiento hay casos de sentencias con efectos generales o *erga omnes*: El artículo 102 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional establece: “La sentencia que se pronuncie sobre la inconstitucionalidad de todo o parte de un precepto legal, será publicada en la forma y plazo establecidos en el artículo 40. El precepto declarado inconstitucional se entenderá *derogado* desde la fecha de la publicación en el *Diario Oficial*, sin efecto retroactivo”. La sentencia que declara la inconstitucionalidad es, en realidad, una sentencia anulatoria de un precepto legal que había nacido con un vicio de validez (formal o material)⁷⁶. Análogamente, el artículo 51 de la misma ley, dispone: “Habiéndose pronunciado el Tribunal sobre la constitucionalidad de las normas de un tratado o de un proyecto de ley orgánica constitucional o de ley que interprete algún precepto de la Constitución Política, en los términos señalados en los artículos anteriores, no se admitirá a tramitación en el Tribunal ningún requerimiento para resolver cuestiones sobre constitucionalidad de dichos proyectos o de uno o más de sus preceptos. Resuelto por el Tribunal que un precepto legal es constitucional, no podrá declararse inaplicable por el mismo vicio materia del proceso y de la sentencia respectiva”. Lo mismo se señala para otros proyectos, de ley o de reforma constitucional, que tienen control previo eventual, en el artículo 71 de la citada ley. Estos artículos confieren a las sentencias del TC que declaran constitucional un proyecto de ley en el trámite de control preventivo, el valor de “precedente”, aunque el legislador no haya querido expresarlo de esa forma.

Figuroa, desde antes, plantea que el modelo de precedente tiene aplicación en nuestro sistema jurídico, por aplicación del principio de igualdad ante la ley. En efecto, se trata de una exigencia básica de igualdad (otra vez se recurre al principio de justicia formal de Perelman) aplicar el mismo criterio a casos análogos. Resolver un caso de un modo distinto a otro, si comparten las mismas propiedades relevantes, equivale a incurrir en discriminación⁷⁷.

La uniforme aplicación de las normas jurídicas, la previsibilidad de las decisiones, la seguridad jurídica, constituyen también elementos de la “garantía del debido proceso”, que es otro imperativo constitucional⁷⁸. Luego,

⁷⁶ El precepto legal declarado inconstitucional es expulsado del sistema y, desde esa fecha, deja del todo de producir efectos jurídicos (a diferencia de la derogación, en que la ley puede seguir aplicándose). Lo que esta disposición quiere decir es que tal sentencia del Tribunal Constitucional tiene efectos generales, análogos a los de una disposición legislativa (el TC opera, según la fórmula kelseniana, como un “legislador negativo”).

⁷⁷ FIGUROA 2000, 50-58, argumenta a partir de las funciones sociales del precedente: este (i) asegura la igualdad ante la ley y evita la discriminación; (ii) contribuye a la seguridad jurídica, favoreciendo la predictibilidad y estabilidad del sistema legal; (iii) resulta además deseconómico tratar cada caso como si fuera uno nuevo, y (iv) legitima (justifica) las decisiones judiciales (Si la primera decisión es correcta la segunda también lo será).

⁷⁸ PFEFFER 2006, 190.

“la unidad de la jurisprudencia” también constituye un mecanismo de garantía, pues permite –a un nivel razonable– anticipar (predecir) el contenido de la decisión judicial futura –para los casos análogos– controlando la arbitrariedad judicial. El cambio de justificación (el reemplazo de la garantía) no está prohibido por el principio de igualdad, pero exigiría un deber de justificación adicional (una especial “carga de la prueba”)⁷⁹.

La unidad de la Jurisprudencia parece ser, por lo demás, la tendencia en el Derecho Procesal chileno. Así, el artículo 780 del Código de Procedimiento Civil permite a cualquiera de las partes solicitar a la Corte Suprema que el recurso de casación en el fondo sea conocido y resuelto por el Pleno y no por una Sala de ese Tribunal, si es el caso que la Corte Suprema –en fallos diversos– haya sostenido distintas interpretaciones sobre la misma materia del recurso. También se tiende a la uniformidad de la Jurisprudencia en el proceso penal vigente, en cuanto permite interponer para ante la Corte Suprema (y no, como es la regla general, ante la Corte de Apelaciones) el recurso de nulidad fundado en una errónea aplicación del Derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo (artículo 373 letra b del Código Procesal Penal), cuando respecto de la materia objeto del recurso “existieren distintas interpretaciones sostenidas en diversos fallos emanados de los tribunales superiores” (artículo 376 inciso 2°, Código Procesal Penal). Por su parte, el artículo 483 del Código del Trabajo establece que, excepcionalmente, contra la resolución que falle el recurso de nulidad, podrá interponerse el recurso de unificación de jurisprudencia, para que sea conocido por la Corte Suprema, “cuando respecto de la materia de derecho objeto del juicio existieren distintas interpretaciones sostenidas en uno o más fallos firmes emanados de Tribunales Superiores de Justicia”. Si bien el artículo 483-C del Código del Trabajo señala el efecto relativo de esta sentencia, agrega que el fallo, “en ningún caso afectará a las situaciones jurídicas fijadas en las sentencias que le sirven de antecedente”. Es decir, ese –la no retroactividad– es el objeto principal de esta disposición.

Por último, en el ámbito del Derecho Administrativo, la Corte Suprema ha señalado que la Contraloría General de la República, “debe inclinarse frente a la jurisprudencia de los tribunales, lo que es fundamental para el orden institucional y particularmente válido cuando esta es uniforme y permanente en el tiempo, por cuanto la jurisprudencia, con mucho mayor énfasis que en otras ramas del derecho, es *fuente del derecho administrativo*”⁸⁰.

¿Qué otro sentido puede tener que nuestra legislación, en distintas ramas, establezca un recurso de unificación de “jurisprudencia”, si no se considerara a esta como una fuente relevante del Derecho? Si el recurso

⁷⁹ FIGUEROA 2000, 63-64, cita casos en que el Tribunal Constitucional español ha acogido recursos de amparo contra tribunales que, frente a casos análogos, modificaron sus propios criterios sin justificarlo, violando la exigencia de igualdad en la aplicación de la ley (STC 2/83, 63/84, 101/87, 134/90).

⁸⁰ Sentencia de la Corte Suprema Rol 2791-2012, de fecha 3 de julio (cursivas nuestras).

existe para unificar criterios discordantes, ¿qué destino tendría un fallo de tribunales inferiores que quisiera perseverar en un criterio distinto? Para un abogado, es evidente que un argumento respaldado por un fallo de “unificación” tiene un peso distinto (mayor) que el respaldado por cualquier otra sentencia. Por lo demás, la práctica de nuestros tribunales –análoga a la que se da en otros contextos– es recurrir explícitamente a la técnica de “distinguir”, esto es, justificar las diferencias con el caso anterior, o la necesidad de un cambio de doctrina, para eludir la aplicación del “precedente”⁸¹. El aparente conflicto con el artículo 3° del Código Civil (con el principio de “efecto relativo de las sentencias”) se resuelve, de modo sencillo, si recordamos la distinción entre la parte considerativa y la resolutive del fallo. La parte decisoria (la “norma jurídica individualizada”) tiene efecto relativo según lo establecido en el Código. La parte considerativa (la *ratio decidendi* del fallo) debe ser obligatoria para casos análogos, salvo que se justifique el cambio, por aplicación del artículo 19 N° 2 de la Constitución.

V. CODA: Argumentación jurídica, rol de los jueces y Estado de Derecho

Hay una diferencia fundamental entre la función del legislador y la del juez: mientras que el legislador –en tanto poder político– no está obligado a justificar sus decisiones, el juez (en tanto poder técnico) sí lo está. Como observa Bulygin: “una sentencia que carece de justificación es una sentencia arbitraria, sujeta a la anulación o revocación”⁸². En el Derecho, todo caso debe tener un juez competente (la competencia del conjunto de los jueces es exhaustiva); toda decisión judicial debe basarse en una norma general (que se considera jurídica) y los jueces siempre deben resolver la contienda, aunque no haya ley aplicable al caso. Ahora bien, las normas jurídicas que el Juez debe aplicar son condicionales (correlacionan casos genéricos con soluciones genéricas, supuestos de hecho con consecuencias jurídicas); mantienen relaciones sistemáticas entre sí (genéticas, jerárquicas, cronológicas, semánticas, etc.) y son “obligatorias *prima facie*” (i.e., “consideradas todas las circunstancias” pueden ser “derrotadas”, por esas múltiples relaciones que las normas guardan entre sí)⁸³.

Normalmente, los jueces son facultados por el derecho para solucionar los problemas de interpretación de las leyes (incluso suplir el silencio de ley), recurriendo a otras leyes que traten materias similares (analogía, argumento sistemático), a los principios generales del Derecho o a la equidad. Esto nos ofrece una imagen del Derecho que se acerca a la que presenta Dworkin, para quien el material jurídico reunido en la “etapa preinterpretativa” podría presentar problemas de indeterminación y contradicciones; pero luego, en

⁸¹ Véase SCHAUER 2013, 71-75. Es el caso de la citada Sentencia TC rol N° 2.731 (2014), cuyo capítulo IV se titula, precisamente “El cambio del *precedente*” (Considerandos 36° a 44°, cursivas nuestras).

⁸² BULYGIN 2003, 12.

⁸³ AGUILÓ 2000, 106.

la “etapa postinterpretativa” y gracias a la mejor teoría política que integre los principios, el Derecho surge como un conjunto de normas (reglas y principios) si no completo, al menos coherente. No obstante, en la práctica se da un margen de discrecionalidad para el juez. En efecto, hay ocasiones en que el Juez es quien elige las premisas para justificar la decisión del caso (de entre varias alternativas que compiten para proveer la solución, incluso yendo más allá de los argumentos propuestos por las partes) o selecciona uno de los varios sentidos posibles en que las premisas pueden ser entendidas. Es así que puede darse el caso que el Juez extienda la aplicación de normas legisladas a supuestos inicialmente no previstos por el legislador⁸⁴.

Por ello es importante distinguir entre el contexto de descubrimiento y de justificación; y entre la justificación interna y externa (o de “segundo orden”) de la decisión⁸⁵. Son múltiples los factores que pueden “explicar” qué es lo que lleva al juez a adoptar una determinada decisión (en eso, los realistas estaban en lo cierto; pero es un tema que tiene que ver con el contexto de descubrimiento); ahora bien, en el proceso de justificación lo que los jueces hacen (y deben hacer) es basar la decisión en alguna premisa general derivada de las fuentes del Derecho.

A veces basta con la justificación interna (el silogismo judicial); en otras, es necesario justificar la selección de las premisas (justificación externa). En tal caso, el juez debe exhibir las razones adicionales que fundan la decisión: mostrar cómo resolvió los problemas de prueba (hechos) y las imprecisiones lingüísticas (por ejemplo, mediante enunciados interpretativos o definiciones); las cuestiones sistemáticas (por ejemplo, resolución de antinomias; derogación vs. interpretación armónica); explicitar los principios implícitos que permiten apartarse de una regla; ponderar los valores en conflicto y emitir juicios de relevancia jurídica fundados en la idea de “coherencia”, etc.

La argumentación jurídica cumple así, esencialmente, una función de justificación: Se logra una justificación conforme a Derecho si los argumentos están en conformidad con los hechos establecidos y con las normas vigentes⁸⁶. El modelo del argumento de Toulmin y, especialmente, su noción de

⁸⁴ Por ejemplo, el famoso caso *Brown v. Board of Education* [347 U.S. 483 (1954)] en que la Corte Suprema de los Estados Unidos estableció el deber de los Estados de poner fin a la segregación racial en las escuelas públicas, para asegurar el derecho de los niños de grupos minoritarios a una igualdad de oportunidades educacionales, desechando la doctrina de “separados pero iguales” establecida en *Plessy v. Ferguson* [163 U.S. 537 (1896)].

⁸⁵ Sobre contexto (o proceso) de descubrimiento y de justificación, véase MACCORMICK 1995, 15 / ATIENZA 2013, 114-116; sobre justificación interna y externa (o de segundo orden), véase ATIENZA 2013, 103-106 / ALEXI 2007, 213 ss. / MACCORMICK 1995, 100 ss.

⁸⁶ El silogismo por sí solo no puede determinar el resultado de un caso difícil, pero proporciona el marco dentro del cual los otros argumentos cobran sentido como argumentos jurídicos; las “razones” del caso son razones a favor o en contra de una determinada lectura del silogismo. (MACCORMICK 2007, 332).

warrant (garantía) sirven para explicar la idea de justificación (y evaluar si esta es o no adecuada)⁸⁷.

Nada de esto quiere decir que las conclusiones sean un derivado “lógico” de las premisas; basta que la justificación permita mantener el propósito de “certeza derrotable” que el Derecho debe perseguir⁸⁸. Como criterio general, una decisión está justificada si se deriva de una premisa que sea una norma o proposición “universal”, capaz de suscitar la adhesión o compromiso del juez en términos que otros casos similares tendrán que resolverse de la misma forma⁸⁹. La universalidad significa un compromiso del juez con su emisión normativa; todos los casos que compartan las propiedades relevantes del caso resuelto deben ser tratados igual. Es decir, la razón que justifica la decisión ha de ser *universalizable*, en el sentido de la regla de justicia de Perelman⁹⁰. El deber del juez de actuar “conforme a Derecho” implica, pues, coherencia hacia el pasado (al basar su decisión en premisas generales derivadas de Fuentes reconocidas) y hacia el futuro (se impone la igualdad de trato, so pena de incurrir en arbitrariedad o discriminación). Justificar una decisión jurídica quiere decir, nada más y nada menos, dar razones que muestren que las decisiones en cuestión aseguran *la justicia de acuerdo con el derecho* y la imparcialidad del juez⁹¹.

Las normas del Derecho objetivo cambian una vez que el juez toma la decisión; pero la función básica del juez no es modificar el Derecho vigente sino hacerlo coherente, eficaz y aplicable. La sentencia judicial sintetiza el paso de la diversidad de normas jurídicas (y de fuentes del Derecho) a la unidad del Derecho en la solución del caso⁹². Este paso está mediado (y parcialmente controlado) por el método jurídico y la teoría de la argumentación.

⁸⁷ TOULMIN 2007, 132-153, distingue seis elementos en un argumento. Los cuatro elementos básicos son: la *conclusion*, significa tanto el punto de partida como el punto de destino de la argumentación; los hechos o *data*, son instancias de los descritos genéricamente en el supuesto de hecho de la(s) norma(s) aplicable(s) al caso; la garantía o *warrant* alude a los enunciados generales que autorizan el paso de los hechos a la conclusión; y el respaldo o *backing* se refiere al campo general de información, i. e., la “fuente” que da soporte a la garantía. Cuando la conclusión se sigue de las premisas, hay una “garantía” en términos lógicos; el respaldo –en la argumentación jurídica– está dado por fuentes del Derecho. En los casos difíciles, normalmente hay que proveer argumentos adicionales para justificar la garantía y/o los respaldos (justificación externa o de segundo orden).

⁸⁸ MACCORMICK 1999, 21. Frente a un caso difícil es necesario argumentar a favor de la selección de las premisas, de modo que la decisión jurídica pueda “hacer sentido” en el mundo y en el contexto del sistema jurídico (MACCORMICK 1995, 103). Aquí juegan los argumentos *consecuencialistas*, en que se *evalúan* los efectos de las decisiones alternativas, en términos de “justicia”, “sentido común”, “política pública” y “conveniencia”; de *consistencia*, cuando se basa en premisas normativas que no entran en contradicción con otras normas válidas establecidas, y de *coherencia*, cuando se basa en la analogía o en principios y valores que configuran un conjunto dotado de sentido (MACCORMICK 1995, 105-108, 152).

⁸⁹ MACCORMICK 1995, 99.

⁹⁰ PERELMAN 1964, 32.

⁹¹ MACCORMICK 1995, 17.

⁹² AGUILÓ 2000, 108.

El fallo de primera instancia, en el caso de la *toma del Instituto Nacional*, representa una perspectiva conservadora del positivismo (el convencionalismo "estricto" en palabras de Dworkin): para esos sentenciadores, las personas no tienen más derechos que los que las pautas generales de derecho legislado les reconocen. Ellos no consideran que deban hacer una interpretación del Derecho pasado para decidir qué principios lo justifican mejor y son requeridos para resolver un nuevo caso; no están interesados en hacer la mejor interpretación posible de la práctica jurídica, como un todo. Desde la concepción interpretativa o argumentativa del Derecho, a la que adscribo, la fidelidad a los valores de integridad y legalidad del orden jurídico se alcanza con una perspectiva sustantiva de la igualdad ante la ley.

Los ciudadanos no tropiezan en sus vidas con principios implícitos; los abogados a veces los formulan en sus argumentos, pero no están seguros de que esas proposiciones constituyen Derecho hasta la decisión del juez; el legislador normalmente no los ve como un límite a su accionar. Son los jueces los que introducen estos estándares, sea para delimitar la potestad legislativa, a partir del texto constitucional, o para resolver contiendas sometidas a su jurisdicción, buscando dar con la mejor interpretación del material jurídico.

Una solución basada en un principio general del Derecho, en una norma implícita o en la equidad (aunque se trate de un estándar formulado por el Tribunal) es perfectamente universalizable. No se trata de una solución casuística ni enteramente discrecional; por el contrario, tiene por propósito insertar la decisión en el sistema jurídico. Una solución basada en principios puede resultar más acorde con los cambios que vive nuestra sociedad, que requieren nuevas formas de interpretar el Derecho para alcanzar, en cada decisión judicial, un resultado justo "o, por lo menos, razonable"⁹³.

Bibliografía citada

- AGUILÓ, Josep (2000): *Teoría General de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)* (Barcelona, Ariel), 217 pp.
- ALDUNATE, Eduardo (2009): "La distribución de potestades normativas en la Constitución: potestades reglamentarias administrativas, autos acordados y facultades del Fiscal Nacional", en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° XXXIII, pp. 371-390.
- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio (1974): *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales* (Buenos Aires, Astrea), 277 pp.
- ALEXY, Robert (2004 [1992]): *El concepto y la validez del derecho* (trad. Jorge M. Seña, Barcelona, Gedisa), 211 pp.
- _____. (2007 [1983]): *Teoría de la Argumentación Jurídica* (trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 374 pp.
- ARISTÓTELES (1998[sine die]): *Ética Nicomáquea* (trad. Julio Pallí Bonet, Madrid, Gredos), 561 pp.
- _____. (2000[sine die]): *Retórica* (trad. Quintín Racionero, Madrid, Gredos), 463 pp.
- ATIENZA, Manuel (2013): *Curso de argumentación jurídica* (Madrid, Trotta) 870 pp.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan (1991): "Sobre Principios y Reglas", en: *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 10, pp. 101-120.

⁹³ PERELMAN 1979, 97.

- _____ (1996): *Las Piezas del Derecho. Teoría de los enunciados Jurídicos* (Barcelona, Ariel), 207 pp.
- BARAONA, Jorge (2010): "La cultura jurídica chilena: apuntes históricos, tendencias y desafíos", en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° XXXV, pp. 427-448.
- BOBBIO, Norberto (1965): *El problema del positivismo jurídico* (versión castellana de Ernesto Garzón Valdés, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires - EUDEBA) 113 pp.
- BULYGIN, Eugenio (1991): "Sentencia Judicial y creación de Derecho", en: ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio [eds.], *Análisis Lógico y Derecho* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales), pp. 355-369.
- _____ (2003): "Los jueces ¿crean derecho?", en: *Isonomía*, N° 18, pp. 6-25.
- CANDIA, Gonzalo (2014): "Analizando la tesis de los derechos implícitos: Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el requerimiento de inaplicabilidad Rol N° 2.408-2013 de 6 de marzo de 2014", en: *Revista de Derecho (Coquimbo)*, Vol. 21, N°1, 497-521.
- CARDOZO, Benjamín (1996 [1921]): *La función judicial* (trad. Victoria Cisneros y Leonel Perezniето, México, Perezniето editores), 90 pp.
- CARRIÓ, Genaro (1970): *Principios Jurídicos y Positivismo Jurídico* (Buenos Aires, AbeledoPerrot), 75 pp.
- _____ (2006): *Notas sobre Derecho y Lenguaje* (Buenos Aires: AbeledoPerrot), 424 pp.
- CORREA, Rodrigo (2004): "Poder judicial y democracia: a rescatar el espíritu del espíritu". Disponible en: http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/38/ fecha de consulta de 17 julio de 2015].
- CEA, José Luis (2008): *Derecho constitucional chileno* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile) T I, 406 pp.
- DE OTTO, Ignacio (2008): *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes* (Barcelona, Ariel), 315 pp.
- DUCCI, Carlos (2005): *Derecho Civil Parte General* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 448 pp.
- DWORKIN, Ronald (2002 [1977]): *Los Derechos en serio* (trad. Marta Guastavino, Barcelona: Ariel), 509 pp.
- _____ (2005 [1986]): *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica* (trad. Claudia Ferrari, Barcelona, Gedisa), 328 pp.
- _____ (2007 [2006]): *La justicia con toga* (trad. Marisa Iglesias e Íñigo Ortiz de Urbina, Madrid, Marcial Pons), 288 pp.
- _____ (2014 [2011]): *Justicia para erizos* (trad. Horacio Pons, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica), 591 pp.
- FIGUEROA, Rodolfo (2000): "Igualdad y Discriminación", en: GONZÁLEZ, Felipe y VIVEROS, Felipe [eds.], *Igualdad, Libertad de Expresión e Interés Público* (Santiago, Universidad Diego Portales), pp. 9-64.
- GARCÍA, José Francisco y VERDUGO, Sergio (2013): *Activismo judicial en Chile ¿Hacia el gobierno de los jueces?* (Santiago de Chile, Ediciones LYD), 301 pp.
- GUASTINI, Riccardo (1999): *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho* (Barcelona, Gedisa), 416 pp.
- HART, Herbert (1994): "Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño", en: CASANOVAS, Pompeu y MORESO, Juan José, [eds.], *El ámbito de lo jurídico* (Barcelona, Crítica), pp. 327-350.
- _____ (2000 [1997]): *Post Scriptum al Concepto de Derecho* (trad. Rolando Tamayo y Salmorán, México, Universidad Nacional Autónoma de México), 75 pp.
- _____ (2004 [1961]): *El concepto de Derecho* (trad. Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo - Perrot), 334 pp.
- KELSEN, Hans (2004 [1934]): *Teoría pura del Derecho* (trad. Moisés Nilve, Buenos Aires, Eudeba), 183 pp.
- LOVERA, Domingo (2015): "Toma de colegios (y protestas): Comentario de la Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 23.540-2014, de 4 de noviembre de 2014", en: *Revista de Derecho (Coquimbo)*, Vol. 22, N°1, pp. 585-595.

- MACCORMICK, Neil (1995): *Legal Reasoning and Legal Theory* (New York, Oxford University Press), 298 pp.
- _____ (1999): "Retórica y Estado de Derecho", en: *Rev. Isegoría*, N° 21, pp. 5-21.
- _____ (2007): "La argumentación silogística: una defensa matizada", en: *Doxa*, N° 30, pp. 321-334.
- MONTESQUIEU (1984): *Del Espíritu de las leyes* (trad. Mercedes Bázquez y Pedro de Vega, España, Orbis) T I, 270 pp.
- MORESO, José Juan y QUERALT, Jahel (2014): "Bosquejo de Dworkin: la imbricación entre el Derecho y la moralidad", en: *Isonomía* N° 41, octubre 2014, pp. 143-174.
- PERELMAN, Chaim (1964 [1945]): *De la Justicia* (trad. Ricardo Guerra, México, Universidad Nacional Autónoma de México), 78 pp.
- _____ (1979): *La lógica jurídica y la nueva retórica* (trad. Luis Díez-Picazo, Madrid, Civitas) 249 pp.
- PFFFER, Emilio (2006): "La introducción del "precedente"; un cambio revolucionario en nuestra cultura jurídica". Disponible en: http://www.cecoc.cl/docs/pdf/revista_ano4_1/revista_ano4_1_8.pdf [fecha de consulta de 17 julio de 2015].
- ROSS, Alf (2006 [1953]): *Sobre el Derecho y la Justicia* (trad. Genaro Carrió, Buenos Aires, Eudeba), 468 pp.
- SAAVEDRA, Modesto (2000): "Jurisdicción", en: GARZÓN VALDÉS, Ernesto y LAPORTA, Francisco [eds.], *El Derecho y la Justicia* (Madrid, Trotta), pp. 221-230.
- SCHAUER, Frederick (2013 [2009]): *Pensar como un abogado* (trad. Tobías Schleider, Madrid, Marcial Pons), 264 pp.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (1997): *Tratado de derecho constitucional. Tomo III. La Constitución de 1980. Antecedentes y génesis* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 395 pp.
- SQUELLA, Agustín (2000): *Introducción al derecho* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 576 pp.
- TOULMIN, Stephen (2007 [1958]): *Los usos de la argumentación* (trad. María Morrás y Victoria Pineda, Barcelona, Península), 330 pp.
- VIEWHEG, Theodor (1986 [1963]): *Tópica y Jurisprudencia* (trad. Luis Díez-Picazo, Madrid, Taurus), 157 pp.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy (2003 [2001]): *Sentido y hecho en el Derecho* (trad. Javier Ezquiaga y Juan Igartúa, México, Fontamara), 340 pp.

NORMAS CITADAS

- Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2002 (fija texto refundido del Código del Trabajo), *Diario Oficial* 16 enero 2003.
- Decreto con Fuerza de Ley N° 5 de 2010 (fija texto refundido de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional), *Diario Oficial* 10 agosto 2010. Ley N° 20.800, *Diario Oficial* 26 diciembre 2014.
- Constitución Política de la República 1980
- Código Civil
- Código de Procedimiento Civil
- Código de Procedimiento Penal
- Código Orgánico de Tribunales

Jurisprudencia citada

- Ilustre Municipalidad de Zapallar con la Contraloría Regional de Valparaíso* (2012): Corte Suprema, 3 julio 2012.
- Llaguel Figueroa Carlos y otros con Ilustre Municipalidad de Santiago y otros* (2014): Corte Suprema, 4 noviembre 2014.
- Sentencia TC rol N° 2.731 (2014): Tribunal Constitucional, 26 noviembre 2014.
- Sentencia TC Rol N° 2787 (2015): Tribunal Constitucional, de 1 abril 2015.
- Riggs versus Palmer* 115 N.Y. 506 (1889).
- Plessy versus Ferguson* 163 U.S. 537 (1896).
- Brown versus Board of Education* 347 U.S. 483 (1954).
- Johnson versus St. Paul Mercury Insurance Co.*, 236 So. 2d 216 (La. 1970).

Función hermenéutica de los principios del Derecho

The hermeneutical function of Law pinciples

Fernando Quintana Bravo*

El propósito de este trabajo es exponer cómo los principios del Derecho se hacen presentes en la interpretación jurídica, la que será entendida como un proceso articulado en tres partes: objeto, método y justificación o validación.

The purpose of this article is to expose the function of Law Principles in legal interpretation, which will be considered as a process articulated in three parts: object, method and justification or validation.

Palabras clave: Principios del Derecho, interpretación jurídica, objeto, método, justificación.

Keywords: Law principles, legal interpretation, object, method, justification.

Introducción

Los Principios del Derecho se muestran mayormente en dos momentos: en la creación del Derecho y en su aplicación a las distintas situaciones.

La creación de Derecho implica el empleo de diferentes potestades por parte de distintos sujetos a través de formas variadas. Así, por ejemplo, por parte del Estado, la potestad legislativa la poseen el Congreso y el Presidente de la República, que producen Derecho en la forma de leyes, Decretos con Fuerza de Ley y tratados internacionales. Existiendo, además, otras potestades, como la reglamentaria del Presidente de la República, o la de los órganos autónomos. En todas esas formas se encuentran principios de distinta clase, que pasan a formar un trasfondo teórico que sirve de informador y sustento del Derecho creado, como, por ejemplo, el principio de división de poderes o el de legalidad en la definición de las competencias. En cambio, cuando se trata de creación de Derecho por parte de los sujetos particulares, se hacen presentes los principios de la libertad de celebrar actos y contratos y de la autonomía de la voluntad, entre otros. Todos estos principios

* Profesor de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, Chile. Correo electrónico: fquintan@derecho.uchile.cl

son informadores del Derecho producido en el ejercicio de estas potestades privadas. Y así, también, sucede con el Derecho creado por el ejercicio de las potestades públicas. Tomando otra perspectiva, la de la aplicación, se puede anotar que los principios se manifiestan en las dos formas que adopta la aplicación: la aplicación por subsunción y la aplicación por interpretación. La primera presenta dificultades serias en el tema de la significación y en la constitución del objeto y la metodología, como lo anotaré más adelante; por eso, me dedicaré a desarrollar la segunda forma, que es la aplicación del Derecho por medio de la interpretación. En esta última, se puede mostrar que la subsunción, como actividad lógica, se absorbe por la aplicación considerada como proceso, constituyendo uno de sus momentos. Los principios concurren aquí de diferentes maneras y en distintas partes.

En la aplicación del Derecho también se presenta una situación muy especial, que es la de las lagunas, que permiten la acción de los principios, pero de una manera diferente que en la aplicación por interpretación.

En la cultura jurídica actual pueden señalarse tres grandes concepciones que ofrecen teorías sobre la interpretación. Una, es la que deriva de planteamientos originados en las tesis hermenéuticas; otra, es la vinculada a la matriz de pensamiento analítico, y la tercera, es continuadora de la doctrina proveniente de la Escuela de la Exégesis. Para un estudio adecuado de estas concepciones, acudiré al siguiente diagrama:

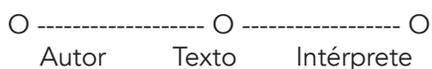


Figura 1.

Lo que aquí se denomina autor es la persona o entidad que hace uso de una potestad creadora de Derecho; el texto es más bien la forma expresiva, esto es los enunciados o palabras que *expresan* lo que el autor piensa y quiere decir, y el intérprete es la persona que enfrenta el texto y busca captar su significado. Se tiene así dos relaciones distintas, que es preciso considerar separadamente. De un lado, la relación entre el autor y lo que expresa como texto, y de otra la relación entre el intérprete y el texto que enfrenta y cuyo significado busca establecer. Las tres concepciones son maneras diferentes de entender estas relaciones y los términos vinculados en ellas.

I. Concepción hermenéutica

La interpretación, entendida como la "reconstrucción del pensamiento del legislador" y que exige que el intérprete adopte el punto de vista de aquel, posesionándose de su pensamiento, no es la identificación del intérprete con los procesos psicológicos del autor. El legislador se alimenta del *Volksggeist* y lo que recoge de ahí lo vierte en sus regulaciones, y lo que el intérprete tiene que hacer es introducirse en ese trasfondo, que se convierte

en la raíz originaria del Derecho. Una idea similar la encontramos después en Dilthey, que habla de un “espíritu objetivo”, en sentido diferente de Hegel, por el cual entiende esa matriz de ideas y conocimientos que forman una cultura y que es el trasfondo común tanto del autor como del intérprete y que habilita para que ambos se reconozcan como pertenecientes a una misma comunidad cultural y puedan entenderse¹. Esta dimensión es muy importante pues indica la existencia de un fondo común que sirve de apoyo a la comunicación entre los sujetos de una misma comunidad cultural. La teoría de la comprensión que desarrolla Dilthey en la elaboración de las “ciencias del espíritu” (*Geisteswissenschaften*) no es nunca la apertura de una mente en blanco del intérprete; este de alguna manera posee un saber previo, que extrae de ese “espíritu objetivo”, que le habilita para entender la “manifestación vital” en que consiste el objeto de la interpretación. Este objeto, visto como objeto cultural, muestra una dimensión externa perceptible por los sentidos, y una dimensión interna no perceptible por los sentidos, sino captable por el intelecto y la sensibilidad del intérprete.

En Dilthey se encuentra ya en ciernes la doctrina de la significación, basada en una noción de *signo*, que después tomará Saussure, y echará las bases de la moderna lingüística. El signo es algo material, perceptible, como los sonidos, las formas, los gestos las palabras escritas o habladas, y tiene un significado, algo noético, que el espíritu del intérprete capta, en cuanto “manifestación vital” de un autor. Todo signo es obra humana. Si nos volvemos al diagrama dibujado más atrás, se puede decir que en Savigny y en Dilthey hay un trasfondo común al autor y al intérprete, que asegura que se produzca la comprensión. El texto u objeto de la actividad interpretativa, por el lado del intérprete, se muestra como signo, cuyo significado se busca establecer en ese proceso que es la comprensión. El objeto recoge y expresa el “espíritu” del autor, en cuanto partícipe de una cultura o “espíritu objetivo”, y lo manifiesta en ese objeto que pasa a ser un signo para el intérprete. Aun cuando los estudiosos de esta hermenéutica romántica acusan de una carga de psicologismo elevada, especialmente en Dilthey, esta doctrina contiene elementos de objetividad suficientes para plantearse el tema del conocimiento del Derecho y, en general, de las ciencias humanas o culturales. El conocimiento humano del mundo exterior se divide, para este autor, en dos grandes ramas: el conocimiento causal explicativo de las ciencias naturales, y el conocimiento comprensivo de las ciencias humanas. Las primeras tienen como objeto los fenómenos, las segundas los objetos culturales, que son obra humana. Los objetos y los métodos de ambas especies de conocimiento se diferencian y determinan los rasgos de las respectivas disciplinas científicas.

Un punto de inflexión importante en el curso histórico del pensamiento hermenéutico lo constituye Emilio Betti, y su extensa obra sobre interpretación, no solo jurídica, sino general de las ciencias del espíritu². Su con-

¹ DILTHEY 1978, 430.

² BETTI 2009, 217.

tribución al estudio de la teoría de la interpretación es considerable. Uno de sus aportes es la introducción de la interpretación evolutiva, que quiere decir que el intérprete es decididamente no una mente vacía, sino plena de conocimientos y elementos culturales propios de su formación, por lo cual enfrenta el objeto no como una mente en blanco en la que el objeto imprime su significado, sino como un espíritu que manipula y moldea ese significado, para adaptarlo a las necesidades de su situación histórica. El objeto que nace en un momento histórico determinado es posteriormente adaptado por el intérprete a la nueva situación histórica que vive el intérprete. Para que esto tenga lugar, es preciso que el intérprete se remonte a los principios que constituyen la *ratio* de la ley. En el modelo de este autor, el intérprete adquiere protagonismo, como lo refleja en los cánones de la interpretación, especialmente el relativo a la adecuación a la situación presente. Se prepara así el paso al mundo actual, en que se reconoce la actividad que desempeña el intérprete, ya no un receptor pasivo de un significado listo y dado en el objeto. El objeto de interpretación no es una voluntad o un contenido psicológico, sino lo que denomina *forma representativa*, que es el análogo del signo o *manifestación vital* de Dilthey. Con esto se aparta completamente de las posiciones de los autores partidarios de la Escuela de la Exégesis y del positivismo de comienzos del siglo XX, que propiciaban una vinculación del juez a la letra de la ley, a través de la cual se captaba, según creían, la verdadera voluntad o pensamiento del legislador.

El paso siguiente está dado por autores como Umberto Eco³, Paul Ricoeur⁴ o Hans-Georg Gadamer⁵, que defienden la autonomía del objeto de interpretación. La obra una vez creada, se independiza de su autor y adquiere en el curso histórico identidad propia. No se requiere de la asistencia de su autor para comprenderla. Esto facilita la revisión del concepto de aplicación, que, siguiendo a Betti, se adecua a las nuevas situaciones. El concepto de aplicación relacionado con la subsunción ya no tiene cabida en este modo de pensar. Llevando estas posiciones al terreno jurídico, resulta que las normas son los significados de los enunciados legales, y no se encuentran listas y preparadas para ser aplicadas mecánicamente, sino deben ser establecidas considerando diversos aspectos. En los estudios de Eco y Ricoeur se muestra que la interpretación es un proceso, en el que en cada etapa cabe formular conjeturas acerca del significado posible de los enunciados que enfrenta el intérprete. Si la actividad del intérprete se manifiesta en la formulación de conjeturas acerca del significado, es necesario validar esas conjeturas. Esto relaciona el tema con la argumentación, como actividad justificadora.

Las posiciones hermenéuticas defienden el carácter cognoscitivo de la comprensión de textos, que conciben como un proceso, que habilita la formulación de conjeturas sobre el significado posible, que hay que validar

³ ECO 1992, 404.

⁴ RICOEUR 1998a y RICOEUR 2008b.

⁵ GADAMER 1997, 687.

mediante estructuras argumentales. Pero antes de proseguir en esta línea de desarrollo, hay que considerar someramente las posiciones analíticas y las que son afines a la Escuela de la Exégesis.

La construcción de la teoría jurídica analítica enfrenta las dificultades heredadas desde la filosofía analítica configurada desde inicios del siglo XX. Esta línea de reflexiones, cuyos orígenes se sitúan en las obras de Gottlob Frege, Bertrand Russell y G.E. Moore, está marcada por la existencia de gruesas tensiones y el déficit de una identidad consolidada⁶. La filosofía analítica se diseñó a la luz de concepciones acerca de la filosofía en constantes disputas, que se han extendido hasta años recientes. Tales controversias pueden identificarse en las siguientes: i) disputa sobre la relación entre ciencia y filosofía, afirmando la subordinación de la segunda a favor de la primera, o bien su legitimidad e independencia de la racionalidad científica; ii) El conflicto entre la búsqueda de un lenguaje perfecto destinado a resolver los asuntos filosóficos y la valoración del lenguaje natural que a diario empleamos en nuestras prácticas lingüísticas; y iii) La apelación a postulados del monismo o asociados a la diversidad del escenario filosófico, procurando configurar una imagen única del mundo o bien la aceptación de su fragmentación y riqueza natural.

II. La concepción analítica de la interpretación

Lo característico de estas posiciones es la adopción del concepto de "atribución de significados". Este concepto está inserto en la teoría de la significación que han impulsado los partidarios de este modo de pensar. Sin duda, están en lo cierto estos autores cuando destacan la significación como una dimensión insoslayable en la comprensión de los lenguajes. El gran defecto de la doctrina proveniente de la Escuela de la Exégesis del XIX es precisamente la ausencia de una noción de significado elaborada para servir a sus propósitos. El pensamiento analítico ha tomado el tema de la significación y lo ha estudiado con detenimiento. La atribución de significados quiere decir que los lenguajes son convenciones sociales, cuyos significados se atribuyen de acuerdo con las reglas de significación de ese lenguaje. Si se presentan dudas sobre el uso de tal o cual regla de significación, entonces se procede a la interpretación. Esta posición la encontramos ampliamente repartida en autores como Jerzy Wróblewski⁷, Riccardo Guastini⁸ y José Juan Moreso⁹, para solo citar algunos. Esta manera de asignarle a la interpretación un rol secundario, que solo tiene cabida en caso de duda es característico de un modo de pensar heredero de la doctrina de la claridad de Descartes. Desde esta perspectiva, estos autores pueden sostener que el viejo adagio jurídico *in claris non fit interpretatio* significa esta dualidad de situaciones. En una, una

⁶ En este sentido, véase, GLOCK 2008, 204-230.

⁷ WRÓBLEWSKI 1985, 114.

⁸ GUASTINI 2010, 104.

⁹ MORESO 1997, 265.

palabra o expresión no suscita dudas y entonces se procede a atribuirle un significado, por un mecanismo simple de asociación; en cambio, si se presentan dudas, hay que proceder a "interpretar", es decir generar un proceso de indagación o exploración de significados para atribuirle uno que esté justificado. Nada más contrario a la forma de pensar de los autores hermenéuticos, para los cuales hay siempre interpretación. Para los autores analíticos, la comprensión cuando no hay dudas sería una de carácter inmediato o instantáneo, y la comprensión en caso de dudas se aproximaría a la comprensión procesal de los autores hermenéuticos. Creo que los autores analíticos podrían admitir las conjeturas que proponen Ricoeur, Eco o Derrida, sin caer en lo que esos autores denominan la "tesis escéptica", que quiere decir: como las normas son los significados de los enunciados legales, y estos significados pueden ser variados, las normas no preexisten sino son establecidas en el acto de la sentencia por el juez, como lo quiere el realismo norteamericano. Para enfrentar estas dificultades, he propuesto en otra parte la aproximación asintótica a la verdad, es decir, al adoptar una perspectiva propiamente gnoseológica, las normas jurídicas se muestran como el objeto a buscar o construir, pero con elementos verdaderos, y este es el sentido más verosímil en último término, no el puramente gramatical o lexical.

El proceso que se genera a partir de la duda toma el nombre de "interpretación operativa" en la obra de Wróblewski, y está marcado por la operación de las directivas o reglas de interpretación, que son el recurso metodológico. El significado que se establece por el uso de las directivas requiere ser justificado, no verificado, sino apoyado en premisas, que lógicamente le sirven de fundamento. Aquí lo único que cabe señalar es la corrección formal de las argumentaciones que sostienen la aceptación de un determinado significado. No cabe la "única respuesta correcta", como se denomina al "verdadero sentido" (*verum sensum*) de la tradición hermenéutica.

El objeto de interpretación en esta perspectiva es uno de carácter lingüístico, que solo considera la *ratio legis*, los contextos, los antecedentes históricos, y otros factores, solo como recursos metodológicos, y no partes integrantes del objeto. La diferencia con el pensamiento hermenéutico en cuanto al objeto resulta así evidente. Pues para esta doctrina el objeto es uno compuesto de distintas partes, sobre cada una de las cuales se ejerce el método adecuado. Por eso Savigny defendía la operación conjunta de los cuatro elementos. No se puede separar la dimensión gramatical y tomarla aisladamente de las otras dimensiones, como ocurre en esta visión analítica.

III. La interpretación según los partidarios de los postulados de la escuela de la exégesis

En esta sección consideraré las afirmaciones centrales de los primeros comentaristas chilenos sobre la interpretación en la reglamentación del Código Civil. Enrique Cood, José Clemente Fabres y Paulino Alfonso, que son los primeros autores que han dejado obra escrita con sus comentarios al Código

Civil, y han recibido una fuerte influencia de autores franceses exponentes de la Escuela de la Exégesis. Esta Escuela se manifiesta como una metodología, pero presupone una serie de definiciones esenciales sobre el Derecho y su aplicación.

Enrique Cood y José Clemente Fabres en sus *Explicaciones de Código Civil*¹⁰, de 1882, señalan que las reglas de interpretación contenidas en el párrafo 4º del Código están “encaminadas al descubrimiento de la verdad en la inteligencia de las leyes”, con lo cual fijan una posición teórica sobre la interpretación, que es asignarle a la interpretación como finalidad “el descubrimiento de la verdad”. Las reglas son la garantía de este *verum sensum*. Se advierte con esto la diferencia con las posiciones analíticas, que dejan de lado el tema de la verdad, no así con el pensamiento hermenéutico, en donde he sostenido, como indiqué antes, la aproximación asintótica a la verdad.

La verdad que se presenta aquí corresponde a la vieja *adaequatio*, y se establece entre lo que el intérprete piensa como significado y el pensamiento y propósito del legislador. Para que esto tenga lugar se requiere que las palabras de la ley recojan fidedignamente ese pensamiento del legislador. Como las palabras expresan fielmente el pensamiento de su autor, el intérprete capta que lo significado es ese pensamiento, y se produce así la *adaequatio* en que consiste el *verum sensum*. El intérprete se identifica así con el pensamiento auténtico del legislador. Por eso, la consecuencia que se va extraer es la de dar primacía a la literalidad, es decir los significados literales o lexicales de las palabras. Y estos significados se captan a partir de las palabras mismas, con lo cual se admite el disputado principio de la suficiencia de la sola letra, planteado por el protestantismo, y que hizo suyo este movimiento de la Exégesis.

Hay otro elemento que está presente en esta posición y que completa el cuadro, cual es la doctrina de la claridad. La claridad fue introducida por Descartes para exhibir la característica de la intuición infalible en la verdad. El espíritu humano tiene la capacidad de captar de manera indubitable y evidente la verdad de las ideas. Esta manera de pensar es la que asoma en esta noción de claridad. Y siguiendo en esa dirección, se llega a defender que las palabras en su literalidad expresan con claridad lo que el legislador quiso decir en ellas. Lo que equivale a instalar la intuición infalible en la captación de significados. Como la evidencia es un estado de conciencia, el intérprete la certifica en sí mismo, de manera que lo que él entiende como significado coincide y se identifica con lo efectivamente pensado por el legislador.

De esta suerte, la interpretación que estos autores dan del inciso 1º del artículo 19 del Código Civil es la de establecer la ecuación entre “tenor literal” y “sentido claro”, oponiéndose a la indagación de la intención o espíritu, puesto que la letra es suficiente para captar el sentido verdadero. La vieja dualidad letra y espíritu se inclina por el lado de la letra. Estos autores escriben que “el primer inciso de este artículo prescribe la interpretación *literal*, *mosaica* o *judaica*”, la cual había sido precisamente defendida por el autor

¹⁰ COOD y FABRES 1882, 698.

francés François Laurent, uno de los exponentes más destacados del movimiento exegético francés, según declara Gény.

El objeto de la interpretación es uno lingüístico, pues gira en torno a las palabras y expresiones. Pero esta posición no se confunde con la versión analítica de la interpretación. Es cierto que ambas adoptan un objeto lingüístico, pero la concepción analítica no admite que lo que se quiere decir coincide y es idéntico a lo que se dice en palabras, al menos en Wróblewski. Y no admite tampoco el trasfondo del pensamiento de la Ilustración, con su fuerte énfasis en la separación de poderes y el juez vinculado, que solo aplica lo que el legislador ha establecido en forma clara e indubitable.

El otro autor nacional Paulino Alfonso en su trabajo sobre interpretación, de 1892, también adopta la definición de interpretación por la verdad¹¹. Interpretar es la "determinación del verdadero sentido" de la ley, nos dice, y a continuación, adopta un punto de vista similar al de Cood y Fabres sobre el artículo 19 del Código Civil.

En estos autores el modelo de interpretación que se acoge es uno en el que tenemos que considerar la dualidad claro/oscura, de manera que en la parte clara, cuando el objeto lingüístico entrega con claridad su significado, es decir en forma evidente, indubitable, el intérprete simplemente registra en su mente en blanco el significado. Pero cuando no es así, y enfrentamos un objeto oscuro, se abre una indagación de significados considerando la *ratio legis* y la historia fidedigna. El objeto es uno lingüístico, que tiene estos dos modos de ser: uno claro y otro oscuro.

La visión hermenéutica es la única que entrega una concepción del objeto en la perspectiva del conocimiento. Las otras dos, la analítica y la vinculada a la Escuela de la Exégesis, ofrecen un objeto lingüístico, lo que hace dificultoso el acceso a la totalidad de dimensiones que se hacen presente en el proceso interpretativo, entre ellas el dominio de los principios.

Desde esta concepción hermenéutica, la interpretación se concibe como un proceso que comienza con los significados de los enunciados legales y remata en el establecimiento de un sentido, que no puede considerarse como idéntico con los significados literales o lexicales. Hay tres partes que deben considerarse aquí. Una, relativa al objeto, otra concerniente al método y la última vinculada a la validación o justificación de las interpretaciones. Los principios del Derecho se manifiestan en estas tres partes de manera particular. Hay principios que inciden en la constitución del objeto, otros que configuran la metodología y otros, por último, que le dan soporte a la justificación. En el siguiente diagrama se ilustra lo que se viene diciendo:

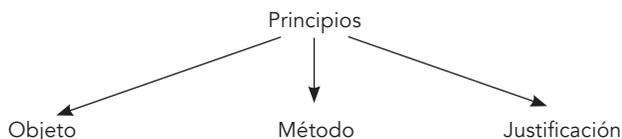


Figura 2.

¹¹ ALFONSO 1892, 9-26.

IV. Principios en cuanto al objeto

En una visión hermenéutica, el objeto no es solo un conjunto de palabras o enunciados legales. El objeto es complejo, esto es integrado de varias dimensiones. Toda la historia de la interpretación jurídica –y no solo jurídica, sino también la interpretación bíblica y de textos literarios– ha sido un intenso debate en torno a cómo acceder a las diferentes dimensiones del objeto. Cuando se adopta el modelo del objeto lingüístico hacemos frente a una situación anómala. El objeto primeramente se nos da como palabras o enunciados cuyo significado se extrae de ellas, bajo el imperio de la claridad, pero si esta desaparece e interviene la duda, y el objeto se torna oscuro, hay que buscar un significado y aquí aparecen las otras dimensiones, la *ratio legis* o *ratio iuris*, la contextualidad, los antecedentes históricos, otras circunstancias. Se trata de otro objeto. Esto ocurre porque se disocia la dimensión de los significados literales o lexicales de las otras dimensiones, por lo cual se producen toda suerte de dificultades, por ejemplo, no es posible asignar un mayor valor a uno sobre otro, si, por ejemplo, hay que considerar de mayor peso la *ratio legis* sobre la historia fidedigna, o la inversa.

Además de esto, hay que tener presente que la claridad es una cualidad de los conceptos, que se manifiesta en relación con el sujeto que los piensa, de manera que un concepto puede ser claro para un sujeto y no serlo para otro. La dificultad de objetivar la claridad hace que la declaración de claridad que hace una persona solo tenga valor para ella, pero no para los demás, que pueden ser de otro parecer.

Los principios funcionan en este campo posibilitando la constitución del objeto. Así, se definen las áreas temáticas conforme ciertos principios, los que determinan las características propias de cada una. Cada área de conocimiento del Derecho, se constituye conforme la operación de grupos de principios. Las áreas del Derecho público se definen por la acción de principios distintos a los de las áreas de Derecho privado. Los objetos de interpretación que se encuentran ubicados en cada una de estas áreas consideran estos principios como presupuestos cognoscitivos. Un objeto de interpretación no se aísla ni se desprende del conjunto. Por eso, cuando se piensa en un objeto lingüístico, y se busca establecer el sentido solamente en el dominio semántico del lenguaje, en el fondo se considera esta dimensión como la única determinante en el establecimiento de ese sentido, desatendiendo las otras dimensiones que lo insertan en un conjunto más amplio. Para las posiciones hermenéuticas el conocimiento del objeto se va adquiriendo gradualmente, como por capas, a medida que se incorporan las diferentes dimensiones. Esta gradualidad es esencial para hacer visible el carácter procesal que tiene la interpretación, en la cual el acceso a la literalidad es solo un comienzo. Tan solo así puede tener realidad el principio de la unidad y coherencia de los sistemas jurídicos. Cada parte se relaciona con las otras, formando un conjunto. De ahí que Betti consideró, en su momento, como un *canon* de la interpretación el principio del todo y la parte, es decir que ninguna parte puede

aislarse y separarse del conjunto en que está inserta. Idea muy antigua y que la encontramos en la filosofía griega y en los jurisconsultos romanos.

Ha ocupado la atención de los estudiosos de la teoría del Derecho la distinción entre regla y principio, buscando tomar posiciones en el debate Hart-Dworkin sobre esa distinción. Pero nuestra cultura jurídica ya enfrentó esa distinción y las consecuencias que se siguen. Al revisar los primeros comentarios que hicieron los autores nacionales sobre la reglamentación del Código Civil en materia de interpretación, encontramos que fijaron una posición con respecto al artículo 24, que cierra esa reglamentación. Este artículo 24 dice: "En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural".

El modelo interpretativo que estos autores defendieron es uno en el cual "el espíritu general de la legislación" y la "equidad natural" intervienen en carácter supletorio, cuando las reglas de interpretación han fallado. Jaime Mans Puigarnau, en su obra *Los Principios Generales del Derecho*, que en realidad es un Repertorio sobre reglas, máximas y aforismos jurídicos, señala algo bastante importante sobre la cultura jurídica imperante en las postrimerías del siglo XIX y primera mitad del siglo XX¹². En la Introducción recoge el planteamiento de Bacon en torno a las fuentes de incertidumbre en el conocimiento del Derecho: las lagunas y la ambigüedad e imprecisión del lenguaje. La primera se enfrenta con un sistema de reglas supletorias, que entran a operar en defecto de la legislación existente, la segunda, en cambio, es materia de interpretación, cuya finalidad sería la de encontrar o establecer un significado indubitable. Este modelo habría sido recogido por el Código Civil español del siglo XIX, así como por el de Italia y de otros países de la misma época. Los autores nacionales, ya citados anteriormente, Enrique Cood, José Clemente Fabres y Paulino Alfonso, acogen este modelo, por lo cual junto con reconocer el carácter supletorio, comentan separadamente el "espíritu general de la legislación" y la "equidad natural". Sobre la primera Cood y Fabres escriben en sus *Explicaciones*:

"El espíritu general de la legislación no puede ser conocido sino después de estudiarla toda, o al menos, aquellas partes que tengan relación con la materia de que se trate; a veces es mui difícil percibirlo, i entonces naturalmente son débiles los argumentos que en él se funden. Constituyen, por ejemplo, espíritu general de la legislación el que la mujer casada deba estar bajo la potestad de su marido, dar amplias garantías a los intereses de los menores, facilitar la división de la propiedad i la circulación de los capitales, evitar que los terceros sean perjudicados por actos que no hayan conocido ni debido conocer, ejecutados por otras personas, etc."¹³.

¹² MANS PUIGARNAU 1957, 523.

¹³ COOD y FABRES 1882, 698.

Estas nociones que señalan los autores son, de una parte, categorías del entendimiento y cumplen la función ordenadora de toda categoría, de manera de articular sistemáticamente un conjunto, y de otra parte, son principios del conocimiento, pues hacen posible conocer el significado de las diversas regulaciones. Estos principios se pueden proponer también como fines del Derecho, que es lo que hace Alejandro Guzmán en su estudio de las reglas de interpretación del Código Civil¹⁴. No hay oposición, en realidad, entre una noción como categoría y como fin, pues como categoría es el fundamento o razón de ser (*ratio essendi*) de una regulación, y como fin es aquello que se busca alcanzar o realizar a través de cierta regulación. Pero lo interesante es que esos principios del Derecho no se encuentran formulados, sino en carácter de implícitos o subyacentes.

Estos autores, que han recibido influencia positivista, conciben el Derecho como un sistema integrado de reglas expresas y de principios implícitos o subyacentes. Y esto es también lo que Mans Puigarnau destaca en el Código Civil de España anterior al actual Código.

Con respecto a la equidad, estos autores señalan lo siguiente:

“La equidad natural es la base de todas las legislaciones, verdad reconocida por la inmensa mayoría, sino por la totalidad de los autores i juriconsultos. I el Derecho Natural no solo es fuente, sino complemento de la legislación, porque en los casos no previstos o no resueltos claramente por la lei positiva, la solución dependerá muchas veces de la justa aplicación de la lei natural. Adviértase, pues, que al hablar este artículo de la *equidad natural*, no se ha referido a la virtud que templada o suaviza el rigor de la lei, pues si esta existe, el juez es obligado a aplicarla, sino a la virtud que, inspirándose en los principios de justicia natural i eterna, suple el silencio de la lei escrita, i complementa, por decirlo así, la obra del Lejislador”¹⁵.

En los casos no resueltos con claridad o simplemente no previstos, se acude a la equidad natural, la cual nos conduce a su vez a aquellos principios de justicia natural y eterna. En realidad, estos autores reconocen dos clases de principios: los principios implícitos o subyacentes y los principios complementarios. Estos últimos principios, según declaran, *complementan* el Derecho positivo. De acuerdo con esta visión, objeto de conocimiento son no solo las reglas expresas, sino también los principios implícitos y los principios complementarios o extra sistemáticos. Se reconoce así la función integradora de estos últimos. Los principios implícitos, en cambio, cumplen en lo inmediato una función de esclarecimiento, de mayor información para establecer un sentido. Pero también se pueden emplear para suplir vacíos mediante una construcción analógica.

¹⁴ GUZMAN BRITO 2007, 258.

¹⁵ COOD y FABRES 1882, 698.

Posteriormente, a lo largo del siglo XX estas ideas se han puesto bajo la óptica de la oposición Derecho Positivo/Derecho Natural, haciendo prevalecer el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil que autoriza acudir a los “principios de equidad” en defecto de ley expresa, con lo cual la complementariedad se pierde. Así, por ejemplo, Carlos Ducci en su obra sobre interpretación, ve en la expresión “espíritu general de la legislación”, no los Principios Generales del Derecho –que suplen en ausencia de ley, según la concepción del siglo XIX– sino los principios implícitos o subyacentes¹⁶.

V. Los principios en cuanto al método

Como se indicó más atrás, la metodología está dominada por las directivas o reglas de interpretación. De manera general, puede decirse que se trata de definir los caminos de acceso a la diversidad de dimensiones que ofrece el objeto de conocimiento. Es la estrategia para resolver las dificultades interpretativas.

Cuando se concibe el objeto como uno lingüístico, la metodología parece reducirse a la indagación semántica de significados. Esta clase de exploración se distancia de la investigación y acceso a las otras dimensiones. Se produce en este modelo la situación que provoca la dualidad claro/oscuro, la que determina una división dicotómica en dos dominios. En el lado claro se tiene un objeto lingüístico en donde se comprende lo que dice capturando el significado en forma inmediata o instantánea, en forma indubitable. El estado de conciencia correspondiente sirve al mismo tiempo de verificación. En cambio, si se presenta la duda, otro estado de conciencia, que no es controlable ni se somete a ninguna reglamentación, pues la duda surge por mecanismos que no pueden preestablecerse, el objeto es otro. Aquí se trata de un objeto complejo, que se abre a la exploración de significados en diversas direcciones. Pero esta es una situación anómala. Para evitarla el modelo hermenéutico postula que el objeto es uno solo, y que desde un comienzo ofrece una dimensión lingüística, que abre paso a las otras dimensiones. La comprensión de los significados lexicales o literales es una primera comprensión, que tiene carácter conjetural, en el sentido de la hermenéutica de Ricoeur, y a medida que se penetra en las otras dimensiones se tiene una comprensión mayor y mejor. El principio que postula este autor, al que sigo en esto, es el de que explicar más para comprender mejor. En efecto, cuando se hacen visibles las relaciones contextuales, la *ratio*, los antecedentes sociales e históricos, se llega a entender más y mejor el *sentido*. Este sentido no se confunde con los significados literales o lexicales. En la teoría hermenéutica la dimensión gramatical abre hacia las otras dimensiones. Por eso, letra y espíritu no son dos términos antagónicos, como lo pensó la Escuela de la Exégesis, sino complementarios. La consecuencia de adoptar la dualidad letra y espíritu como términos no complementarios sino antagónicos, es la de establecer la ecuación entre *sentido claro* y *tenor literal*, para oponerlo a la *intención* o es-

¹⁶ Ducci 1977.

píritu, en la interpretación que se hace del inciso 1º del artículo 19 del Código Civil, que contiene, en realidad, un enunciado que venía repitiéndose en los círculos de la Escuela de la exégesis, según relata Gény¹⁷.

Hay que tener presente, en general, dos principios metodológicos. El primero es el principio de la adecuación del método a su objeto, que quiere decir que no hay un monismo metodológico, sino que según la estructura y caracteres del objeto se trabaja con la metodología correspondiente. De esta manera, los objetos culturales no se trabajan con la metodología de los objetos matemáticos.

El segundo principio es el siguiente, que yo derivó de la interpretación operativa de Wróblewski, y consiste en que la metodología para establecer un significado es al mismo tiempo la que permite justificar la adopción de ese significado. Y así, por ejemplo, si un intérprete adopta como sentido de un enunciado jurídico la significación literal, apoyándose en argumentos de autoridad, como los Diccionarios o Enciclopedias u otras opiniones, para validar su interpretación tendrá que defender la fuerza de esos argumentos de autoridad, que le sirven de justificación, frente a posibles cuestionamientos.

Ahora bien, la indagación o exploración de significados se cumple por medio de metodologías que se expresan en argumentos. La búsqueda de significados es argumentativa, y es importante considerarlo así, pues la objetividad de la interpretación que se adopte se logra a través de los procedimientos argumentativos. Si, como se ha indicado, la interpretación es un proceso dirigido a establecer un sentido, cada etapa, que corresponde a alguna dimensión del objeto, determina un significado que tiene carácter conjetural. Hay que salir al paso de las simples ocurrencias que carecen de un respaldo metodológico y que pueden tentar al intérprete a asumir una cierta versión. En el modelo hermenéutico se reconoce al intérprete una participación activa, que se recogen en estas conjeturas, las cuales podrá presentarlas como objetivas y fundadas. Por eso, la necesidad e importancia del método. No se plantea aquí que la tarea del intérprete es indagar el pensamiento o voluntad del autor real o empírico, como sucede en Escuela de la Exégesis.

Se ha planteado más atrás que la metodología se pone en acción frente a una "dificultad interpretativa". Es necesario explicar esta noción. En general, los autores que estudian el tema de la interpretación concuerdan en que las dificultades interpretativas tienen su origen principalmente en las imprecisiones de los lenguajes y en las contextualidades, como lo hace, por ejemplo, Wróblewski. La atención que se ha prestado a la significación en el siglo XX ha permitido superar la limitada elaboración de los autores vinculados a la Escuela de la Exégesis, que pudieron creer que la sola lectura de un texto es suficiente y que podía existir algo así como una comprensión inmediata o instantánea evidente, fuera de toda duda. Ya hemos planteado que la dimensión gramatical, como se la suele llamar, entrega tan solo una aproximación

¹⁷ GÉNY 1919, 422.

conjetural, que tiene que ser concordada con otras dimensiones y tiene que ser asimismo validada.

Volviendo a la "dificultad interpretativa", hay que decir que los lenguajes son más o menos imprecisos, en que los significados, es decir los conceptos significados, plantean dos situaciones diferentes. De una parte, la referencia del concepto a los objetos puede ser más o menos vaga e indeterminada, y de otra parte, el concepto mismo significado puede ser dudoso, cuando un mismo término puede significar conceptos distintos, provocando ambigüedad. En Lógica clásica se estudia la intensión y extensión de los conceptos. En esta última se considera la referencia a las cosas o estados de cosas que refiere el concepto, la cual puede ser más o menos precisa. Este es el problema que Aristóteles consideró en su breve tratado *Perí Hermeneías*, y que después recogió en su *Ética Nicomaquea*, Libro V, Capítulo X, al examinar la equidad (*epieikeia*). De lo que se trata, nos dice Aristóteles, es que la relación entre lo general y lo particular es problemática, por causas que son inherentes a la relación misma. En estas condiciones, al relacionar el concepto con una cosa o estado de cosas determinado, puede surgir la cuestión de que la cosa concreta no pueda incluirse en la referencia del concepto, porque faltan notas características en aquella que harían posible la inclusión. Si esto ocurre, el sentenciador, *por equidad*, produciría la regla que el legislador habría establecido si estuviera presente. Se mantiene así el mandato de hacer justicia, aun en caso de defecto del enunciado general.

La equidad no es el único problema, lo es también la vaguedad o indeterminación, la otra causa de "dificultad interpretativa". El concepto contiene un número de notas que dejan muy abierta la extensión, por lo cual se plantea la duda de si tal o cual caso está incluido, como el que menciona Hart en su *El Concepto de Derecho*, cuando recuerda la textura abierta de los enunciados jurídicos. Si se prohíbe la entrada de vehículos a un parque se plantea la duda de saber qué clase de vehículos están impedidos, el problema de la referencia en la zona de penumbra.

Wróblewski agrega a los problemas de lenguaje esta otra que tiene como causa las relaciones de contextualidad. Si el significado de una expresión se pone en relación con el conjunto al cual pertenece, puede ocurrir que el significado habitual de aquella expresión entre en conflicto con otros significados, lo que mueve a buscar significados compatibles. No es la única causa que provoca esta revisión, puede ser también la consideración de la *ratio legis*, que suele arrastrar tras sí los significados de las expresiones contenidas en enunciados legales que son como los medios para esa *ratio*.

La dificultad interpretativa se presenta, como se ha dicho, al entrar el intérprete en contacto con la dimensión de lenguaje. La comprensión inicial que se produce aquí puede ser mantenida o alterada al establecerse contacto con otras dimensiones. Puede suceder que el propio lenguaje sea ambiguo o impreciso, por lo cual no puede producirse una comprensión adecuada, sin recurrir todavía a otras dimensiones, y puede suceder que al abrirse

a otras dimensiones se presente la dificultad. Todo esto se traduce en que la indagación o exploración de significados tenga lugar por diversas vías, las que determinan metodologías distintas.

1. Una primera vía para explorar significados es el recurso a Diccionarios o Enciclopedias, o estudios etimológicos. Esto da origen a argumentos de autoridad, cuyo valor depende del reconocimiento y prestigio que se otorgue a esas fuentes. Nada impide, entonces, cuestionar las aseveraciones o conclusiones de esas fuentes. Como ha sido señalado muchas veces, los usos de los lenguajes determinan a veces significados diferentes a los recogidos en Diccionarios.

2. Como se ha señalado antes, una comprensión inicial de una expresión lingüística puede modificarse al relacionarse con otras expresiones del mismo texto u otros. Como trasfondo se encuentra la idea de la unidad y coherencia del sistema jurídico, por lo cual habrá que buscar la forma de dar realidad a ese principio. El tema de los contextos, o si se piensa en la larga tradición histórica del principio del todo y las partes, es uno que tiene que ser considerado cuidadosamente en el establecimiento de los significados.

3. La *ratio legis* abre otro capítulo en el establecimiento de significados. Aquí se admite una visión del Derecho como medio para el logro de ciertos fines. La noción de *ratio* es la de finalidad, aunque también de razón de ser, dependiendo del punto de vista que se adopte. Considerando el fin, las normas jurídicas, que son los significados de los enunciados legales, se toman como medios más o menos adecuados a la finalidad propuesta. Esto introduce todas aquellas nociones de idoneidad y proporcionalidad. Lo interesante es que el fin tiene el poder de determinar el significado que sea el más conveniente para sí mismo. En la llamada interpretación finalista los significados se adaptan a los fines.

4. Hay un grupo de expresiones lingüísticas en Derecho que adolecen de lo que se denomina vaguedad o indeterminación, y que produce la dificultad de no poder referir con precisión el caso o casos incluidos en el referente. La manera de trabajar con esas expresiones es acudir a otro dominio, por ejemplo, el de los fines o el de los principios del Derecho, para hacerlas operantes. Me interesan, en particular, aquellas expresiones tales como orden público, buena fe, dignidad de la persona, derechos esenciales de la persona humana, y tantas otras semejantes en su generalidad, que provocan dificultades de significación. Estas expresiones tienen que enfrentarse con principios y doctrinas que proporcionan una orientación general.

5. También pueden introducirse consideraciones relativas a circunstancias sociales o económicas, momentos históricos, en suma, aquellos factores que suelen considerarse como las fuentes materiales del Derecho, y que ilustran convenientemente la razón de ser de una legislación determinada.

La exploración de significados a través de estas diferentes vías proporciona una diversidad de reglas o directivas de interpretación. Ha llamado la

atención a muchos juristas que algunas reglas se oponen a otras, es decir, se llega con ellas a resultados diferentes. Esto ocurre porque se consideran esas directivas aisladamente unas de otras. Se disocian las dimensiones del objeto y se pierde su unidad. No resulta así extraño que los significados lexicales de una expresión lingüística se oponga muchas veces a los significados que resultan de considerar la *ratio*. Se desconoce el objeto en su conjunto y se toma cada parte por separado.

Se ha buscado un criterio para establecer preferencias de unas reglas sobre otras. Tal empeño significa imponer una determinada manera de ver y conocer el Derecho. Una posición que confiera primacía a la literalidad, en el fondo, asume un literalismo que otorga a la dimensión lingüística suficiencia para establecer un sentido, lo que tiende a provocar el problema de la disociación del objeto, que hemos conocido en la Escuela de la Exégesis.

En la exploración de significados los principios del Derecho funcionan normalmente como las premisas de las estructuras argumentales que conducen al establecimiento de un determinado significado. Los principios aparecen involucrados en cada una de las dimensiones que son materia de la exploración de significados.

En la medida en que se mantenga que la interpretación es un proceso y que sus diversas etapas se corresponden con las diferentes dimensiones del objeto, la validación de las conjeturas es una exigencia de la interpretación misma. La aplicación del segundo principio metodológico, relativo a que las vías de acceso a los significados son las que sirven para justificarlo, puede conducir a la validación de cada dimensión por separado. Estas validaciones se pueden conjugar en una concepción unitaria del *sentido* del Derecho, lo que nos lleva a temas por excelencia de la Filosofía del Derecho, como el fin y el fundamento del Derecho.

VI. La necesidad de las justificaciones y los principios del derecho

Las justificaciones se expresan en estructuras argumentales. A mediados de siglo XX Karl Engisch mostró que la subsunción como forma de aplicación del Derecho era insuficiente. Los enunciados legales significan las normas, lo que se traduce en que el intérprete no “descubre” una norma allí oculta, sino que colabora en su construcción a través de la interpretación. Pero esto requiere de justificación. Los estudios posteriores de Alexy y de Wróblewski han completado el cuadro. El viejo silogismo de subsunción se absorbe en una estructura amplia, que contiene ahora una justificación interna y una justificación externa. Esta última contiene las premisas que materialmente sostienen la interpretación. Como lo sostiene Atienza¹⁸, hay una justificación formal y una justificación material. Esto quiere decir que las premisas tienen que ser lógicamente consistentes con la conclusión, y, por otra parte, las premisas deben ser la *razón* en que se apoya el argumento justificatorio.

¹⁸ ATIENZA 2006, 320.

Tataré de exhibir en dos ejemplos lo que se viene diciendo.

1. Un ejemplo de vaguedad

El caso se toma de una sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1.656-2010, sobre requerimiento de inconstitucionalidad del artículo 206 del Código Civil, que violentaría el artículo 5° de la Constitución. Los hijos nacidos fuera de matrimonio tienen el derecho a reclamar la filiación a la sucesión del difunto padre presuntivo, pero sujeta a ciertos plazos. Se reclama que esta limitación infringe aquella disposición constitucional, según la cual se protegen "los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana". La petición la formuló el juez del Tribunal de Familia de Pudahuel¹⁹.

El problema aquí radica en entender si el derecho de reclamar la filiación se encuentra incluido o no en esa expresión amplia de la frase constitucional. Los términos vagos refieren sus objetos de manera amplia, de manera que la dificultad consiste en poder exhibir satisfactoriamente los casos o situaciones que quedan comprendidas. Como ello no es posible desde los conceptos o expresión misma, hay que recurrir a la adopción de una doctrina o concepción que permita fijar los límites y casos incluidos. Es lo que ocurre en esta sentencia. Un grupo de jueces disidentes acogen una doctrina de la personalidad, y fundan en ella el derecho a reclamar de la identidad, el que conciben como un derecho esencial de la persona, base del reclamo de filiación. Citan al efecto opiniones de varios autores e incluso sentencias del Tribunal Constitucional de Colombia, haciendo ver que esas citas son los elementos de una construcción doctrinaria, que otorga significado más preciso a la expresión vaga de que partió. Esta construcción doctrinaria incluye principios y valoraciones, todo lo cual pasa a ser la base para acceder a un significado más preciso. De otra parte, esa misma elaboración teórica sirve de fundamento, en la forma de premisas de las que se deriva el razonamiento que conduce a aseverar que el reclamo de filiación es un derecho esencial que emana de la naturaleza humana, por consiguiente protegido por la Constitución, y que las limitaciones a su ejercicio son inconstitucionales.

En esta misma sentencia, otros jueces acuden al principio de igualdad ante la ley, recogido en la Constitución, por lo cual, aceptando la inaplicabilidad por inconstitucionalidad, ven más bien un trato discriminatorio en el hijo que reclama la filiación fuera de los plazos establecidos. La igualdad es una relación que exige definir los términos que se vinculan en esa relación, y aquí el problema radica en los términos o situaciones que se ponen en relación.

2. Caso de ausencia de disposición legal y función de equidad

El caso lo tomo de la sentencia de la Corte Suprema, de 7 de marzo de 2012, sobre compensaciones económicas en casos de convivencia²⁰. Aquí el tema

¹⁹ Sentencia TC Rol N° 1.656 (2010).

²⁰ *Sánchez Ponce, Rosa con Sucesión Parada Merino (2011)*.

es el de ausencia de disposición legal y el recurso a la equidad en su función de integración o creación de Derecho. La vaguedad y la equidad están próximas, porque ambas viven bajo la misma relación del concepto con su objeto. La historia de la equidad, en la forma de epiqueya en los escolásticos como San Alberto o Santo Tomás, exhibe los mismos elementos que encontramos en Aristóteles y que después se repiten parcialmente en los tiempos actuales.

La determinación de la ausencia de regulación es aquí la cuestión decisiva. En el caso de la vaguedad, al recorrer el término en toda su extensión, se hace dudosa la inclusión o exclusión de ciertas situaciones determinadas. Acá, en cambio, se establece que tal o cual caso no queda incluido en alguna regulación, lo que quiere decir que queda fuera del alcance o extensión de ella. La sentencia hace primero un breve consideración histórica, en cuanto a que el concubinato o unión de convivencia no ha recibido regulación legal, y que ello movía a los Tribunales a enfrentar esas uniones bajo la consideración de categorías patrimoniales, como una comunidad de bienes, o como prestación de servicios. Pero ahora, dice la sentencia, en su considerando 21°: "resulta palmario que la pretensión de la actora se ha fundado en la aplicación de la equidad al caso concreto, puesto que a su juicio, y no obstante no existir norma legal que así lo defina, es acreedora, entre otros, del derecho a ser compensada económicamente por el deterioro de sus posibilidades de ejercer una actividad lucrativa, en atención a la dedicación que debió emplear en el cuidado de su conviviente, derecho que dice le asiste, no por aplicación directa de las disposiciones que la legislación positiva contempla sobre la materia, particularmente en el artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil".

En el considerando 22° acude a la definición que proporciona Escriche en su *Diccionario de Legislación y Jurisprudencia*, del que extrae la doble función de la equidad: para una mejor comprensión de una regla ya existente, y para crear Derecho en caso de vacío legal. Apartándose de la opinión de los primeros comentaristas del Código Civil Cood, Fabres y Alfonso, adscribe la primera función al artículo 24 del Código Civil, y la segunda al artículo 170, N° 5 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto este último autoriza acudir a los principios de equidad en defecto de ley. La equidad es, como señaló en su momento Kant, una deidad muda, pues no tiene un principio único y constante, sino es más más bien habilitante de diversos principios. Aristóteles dio la regla de lo que el legislador haría si estuviera presente, idea que repite Escriche. Y esta sentencia acude al principio de igualdad, del artículo 19 N° 2 de la Constitución Política, como lo establece en el considerando 24°: "Que [...] resulta prístino que la fuente del Derecho a la que se viene en aludir ha sido traída a colación en estos autos por los sentenciadores del grado, en el segundo aspecto en análisis, esto es en su función integradora, cuyo sustento no es otro que la igualdad ante la ley, cuyo basamento garantiza el igual trato jurídico, evidenciado en la satisfacción a todo justiciable que reclama una solución jurisdiccional, sin que resulte procedente –en virtud además del principio de inexcusabilidad– que se le deniegue su

pretensión, so pretexto de inexistencia de norma que resuelva el conflicto. Así se consigna en la garantía constitucional del artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República”.

Otras veces se ha acudido al principio del enriquecimiento injusto. Sea este u otro principio, la función que cumplen estos principios es el de integrar vacíos, proporcionando la base para la creación de la norma que resuelve el caso concreto. En cambio, en la vaguedad los principios cumplen la función de posibilitar una mayor precisión.

En el dominio de la validación, los principios asumen una función fundamentadora, y se constituyen en las premisas y puntos de partida de argumentaciones justificatorias. No considero aquí el tema de los argumentos que derivan de tópicos, los cuales permiten fabricar argumentaciones, pero sin considerar la cuestión de la correspondencia material del principio con el contenido de la conclusión. Por ejemplo, el tópico “donde la ley no distingue, no es lícito al intérprete distinguir” adopta una perspectiva parcial.

Conclusiones

Los principios jurídicos son polifuncionales en el sentido de que cumplen funciones variadas. En el modelo hermenéutico, los principios se hacen presentes en el objeto, en el método y en la validación de las interpretaciones. Si se conciben los principios conforme la visión tradicional como fuentes, se oscurece la multiplicidad de funciones que desempeñan los principios en la constitución del objeto, en la operación metodológica y en la validación de las interpretaciones. La construcción del conocimiento jurídico no sería posible explicarla adecuadamente. La interpretación seguiría siendo una actividad auxiliar, sometida a una pluralidad de reglas establecidas pragmáticamente, para operaciones acotadas, sin una visión de conjunto que ofrezca una respuesta a la cuestión de qué es el saber jurídico.

Bibliografía citada

- ALFONSO, Paulino (1892): “De la Interpretación de la ley”, en: *Revista Forense Chilena*, tomo VIII (Imprenta Cervantes, Santiago), pp. 9-26.
- ATIENZA, Manuel (2006): *El Derecho como Argumentación* (Barcelona, Ariel), 2ª edición 320 pp.
- BETTI, Emilio (2009): *La interpretación jurídica* (LegalPublishing, Santiago). 217 pp.
- COOD, Enrique y FABRES, José Clemente [Cords.] (1882): *Explicaciones de Código Civil destinadas a los estudiantes del ramo en la Universidad de Chile*, Publicación de la Academia de Leyes y Ciencias Políticas (Santiago, Imprenta Cervantes). 698 pp.
- DILTHEY, Wilhelm (1978): *El Mundo Histórico* (México, Fondo de Cultura Económica), 430 pp.
- DUCCI, Carlos (1977): *Interpretación Jurídica* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 266 pp.
- ECO, Umberto (1992): *Los límites de la interpretación* (Barcelona, Editorial Lumen). 404 pp.
- GADAMER, Hans-Georg (1977): *Verdad y Método* (Salamanca, Ediciones Sígueme). 687 pp.
- GÉNY, François (1919): *Méthode d'interprétation et Sources en Droit Privé Positif (Essai Critique)* (Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence) 2ª edición 422 pp.
- GUASTINI, Riccardo (2010): *Teoría e ideología de la interpretación constitucional* (Madrid, Mínima Trotta e Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM), 104 pp.

- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2007): *Las reglas del "Código Civil" de Chile sobre interpretación de las leyes* (Santiago, LexisNexis,). 258 pp.
- MORESO, José Juan (1997): *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución* (Madrid, Centro de Estudios Públicos y Constitucionales). 256 pp.
- MANS PUIGARNAU, Jaime (1957): *Los Principios Generales del Derecho. Repertorio de Reglas, Máximas y Aforismos jurídicos* (Barcelona, Bosch), 523 pp.
- RICOEUR, Paul (1998): *Teoría de la interpretación* (México, Siglo Veintiuno) 2ª edición, 112 pp.
- _____ (2008): *El Conflicto de las interpretaciones* (Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica de Argentina), 462 pp.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy (1985): *Constitución y teoría de la interpretación jurídica* (Madrid, Cuadernos Civitas), 114 pp.

Jurisprudencia citada

- Sánchez Ponce, Rosa con Sucesión Parada Merino* (2011): Corte Suprema, 7 de marzo 2012.
- Sentencia TC Rol N° 1.656 (2010): Tribunal Constitucional, 1 de septiembre 2010.

Exégesis, dogmática e historia en la ciencia jurídica

Exegesis, dogmatic science and history in legal

Alejandro Guzmán Brito*

RESUMEN: El siguiente trabajo realiza un análisis de conceptos de origen griego utilizados en las ciencias jurídicas. El autor determina conceptos como "exégesis", "historia", "dogma" y "hermenéutica" haciendo un análisis etimológico de estas palabras, delimitando a su vez la aplicación que estas reciben en el mundo de las ciencias jurídicas.

Palabras clave: Exégesis, dogma, historia, ciencia jurídica

ABSTRACT: This paper presents a review of greek origin concepts that are used in legal science. The author defines concepts as "exegesis", "history", "dogma" and "hermeneutic" making etymological analysis of these words, defining their use in the legal science world.

Keywords: Exegesis, dogma, history, legal science

RESUMEN / ABSTRACT

Introducción

Las palabras "exégesis", "historia" y "dogma" ("dogmático/a") son de origen griego. El hecho no resulta extraño. Como es bien sabido, buena parte del vocabulario tradicional de las ciencias ofrece el mismo origen, y los científicos modernos, además, tienen por convención imponer nombres forjados con raíces y palabras griegas a los fenómenos que estudian, aunque la palabra no haya existido en el lenguaje heleno tradicional, porque obedece a una construcción lingüística de hoy.

Algo distinto ocurre en el vocabulario de la ciencia jurídica civilística, por la evidente razón de haber formado los romanos una nomenclatura técnica de derecho civil en idioma latino, que ha pasado a todas las lenguas modernas. Son pocas, en efecto, las palabras técnicas de aquella ciencia que no encuentran su correspondiente latina. En nues-

* Profesor de Derecho Romano y de Interpretación Jurídica, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Doctor en Derecho, Universidad de Navarra, España. Correo electrónico: aguzman@ucv.cl

tros días, hacen excepción los vocablos ingleses que designan contratos, negocios y operaciones aparecidos primeramente en el moderno mundo financiero desarrollado en los Estados Unidos de Norteamérica, y que se han extendido a todo el mundo en aras de la llamada "globalización", como "leasing", "factoring", "renting", etcétera.

La terminología técnica de origen griego, en cambio, ha influido en dos órdenes del derecho que no sea el privado¹.

Por un lado, en el derecho político y constitucional. Baste con recordar vocablos como "gobierno", "política"², "democracia"³, "oligarquía", "tiranía"⁴ y varios otros del género. Esto no impide que exista ahí alguna dosis de términos también de origen latino, como "república", "reino", "Estado"⁵, "imperio"⁶, "dictadura"⁷ o "constitución"⁸.

Por otro, y con esto ya venimos a nuestro tema, están aquellas voces del vocabulario de la teoría del derecho, al que pertenecen las mencionadas de "exégesis" y "dogmática", a las cuales se añade otra, como es "historia", que junto con designar a toda una ciencia distinta al derecho, encuentra, sin embargo, un valor técnico en este, según se ve, por ejemplo, en el artículo 19 inciso 2° del *Código Civil* de Chile (en adelante CCCh), bajo la forma de "historia fidedigna del establecimiento de la ley", aunque no sea esto a lo que hayamos de referirnos ahora. Todavía hay varias más, como "sistema" o "método", a las que tampoco nos referiremos.

Así, pues, y dejando a un lado las episódicas palabras de origen inglés, el vocabulario de nuestra ciencia se lo reparten Grecia y Roma. Eso, como adelanté, nada tiene de raro y no constituye ninguna novedad, pues las raíces de nuestra cultura pertenecen a Grecia y Roma. Eso es tan ostensible y sabido, que no necesito añadir nada más al respecto.

I. La palabra "historia"

Comenzaré con la palabra "historia", a la que, empero, no dedicaré mucho discurso, no porque no sea importante, mas porque su sentido ha permanecido invariado desde el comienzo de su uso, y porque más adelante volveré

¹ En el Derecho privado son de origen griego términos técnicos como "hipoteca", "anticresis" y "anatocismo" ("anatokismós": solo en Cicerón, ad Atticum 5,21,11), que los juristas denominaban *usurae usurarum* ("usuras de usuras"); así en Dig. 42,1,27.

² BISCARDI 1984, después en Scritti di diritto greco (Milano, Giuffrè, 1999), 221-238.

³ ROSANVALLON 1995 140-154 [traducción al castellano, pp. 9-28].

⁴ D'ORS 1979, 177-192.

⁵ Lit.: DOWDALL 1923, 98-125; CONDORELLI 1, 1923, 223-235; CONDORELLI 2, 1923, 77-112; KÖSTERMANN 1937, 225-240; DE FRANCISCI 1970, 107-109; DERATHÉ 1995, 380-382; PASSERIN D'ENTREVES 1962, 47-55; ISNARDI 1962, 372-379; MOHNHAUPT 1995.

⁶ SÜRBAUM 1977; LOMBARDI 1941, 192-214.

⁷ SCHMITT 1964.

⁸ Véase: GUZMÁN BRITO 2002, 267-313; SONDEL, 2003, 133-169.

sobre ella. Este término griego significa "búsqueda", "averiguación", "información"; y fue porque Heródoto (484-425 a. C.) lo usó para dar nombre a sus ya en la antigüedad célebres narraciones sobre el pasado de muchos pueblos de su época, que vino a designar para siempre todo lo relativo a los acontecimientos pretéritos y en especial, a la ciencia del mismo nombre.

II. Las palabras "exégesis" y "hermenéutica"

Paso rápidamente, pues, a la palabra "exégesis" (o exegesis), derivada del verbo griego "exegéistai", que significa "guiar hacia fuera". El término designa la actividad de los "exégetas" (o exegetas), como se denominaba a los miembros de un colegio oficial de Atenas, cuya función era interpretar el derecho sacro⁹, en todo lo relativo a los sacrificios y purificaciones¹⁰. El término "exégeta" aparece documentado por vez primera en el diálogo *Euthyphron* de Platón¹¹, escrito entre el 396 y el 395 a. C. Los exégetas atenienses eran, pues, los intérpretes del derecho sacro. Así que "exégeta" y "exégesis" se relacionan semántica, no etimológicamente por cierto, con otras dos palabras griegas como son "hermeneuta" y "hermenéutica". Ambas palabras nada tienen que ver con "Hermes" el nombre del dios mensajero y, por ende, intermediario, que al entregar verbalmente su mensaje lo interpreta. Solo la similitud de la raíz ha podido conducir al error de creer que nuestras palabras derivan de "Hermes". En realidad ellas tienen por base el verbo griego "hermeneúo"¹², que se usa para "traducir, interpretar, expresar"; de ahí viene "hermeneús" y "hermeneútes": "el que traduce, interpreta o expresa"; también "hermeneía", que significa "expresión", "explicación", "interpretación"; lo mismo que "hermeneutikós", lo relativo a la "expresión", "explicación", "interpretación". Aristóteles, por ejemplo, dejó un tratado bajo el título de *peri hermeneías*, que en la tradición medieval aparece bajo dos nombres: uno obedece a una simple transliteración de la expresión griega, con unión de la preposición y el sustantivo: *periermeneias*; el otro es de *interpretatione*. La traducción correcta, sin embargo, sería "de locutione" o "de sermone". En ese libro, Aristóteles no habla ni por asomo de la interpretación, sino de la expresión, del discurso, de la elocución, no en el sentido retórico, estético o poético, sino lingüístico. El *peri hermeneías* aristotélico es, por consiguiente, un tratado de lingüística y, más específicamente, de semántica. Pero es cierto que, en otros contextos, las antes dichas voces griegas pueden significar "interpretar", "intérprete" e "interpretación".

⁹ Ese colegio recuerda lejanamente al romano de los pontífices, con el cual, empero, tiene profundas diferencias, que no es el caso tratar aquí.

¹⁰ Sobre este colegio sacerdotal véase, desde luego el siempre útil: DAREMBERG 1926, 883-886; JACOBY 1988, 8-70, con indicación y transcripción de las fuentes conservadas sobre estos sacerdotes; JONES 1956, 98-101. La obra clásica sobre la materia es, empero: Oliver, James Henry, *The Athenian Expounders of the Sacred and Ancestral Law* (Baltimore, Johns Hopkins Press, 1950).

¹¹ Platón, *Euthyphron* 4 c-d.

¹² Cuya etimología se desconoce. Véase: Chantraine, Pierre, *Dictionnaire étymologique de la langue grecque. Histoire des mots* (Paris, Klincksieck, 1968), I, s. v. "Hermeneús", p. 373.

1. Generalización de los términos

Desde muy antiguo, sin embargo, las palabras “exégesis” y “hermenéutica” quedaron asociadas a la interpretación de la Sagrada Escritura. Todavía hoy hablamos indistintamente de “exégesis bíblica” y de “hermenéutica bíblica”. Pero el alcance de la palabra “hermenéutica” fue generalizada en los siglos XVIII y XIX, debido al trabajo de filósofos y filólogos como Georg Friedrich Meier (1718-1877), Martin Chladenius (1710-1759), Friedrich August Wolf (1759-1825), Georg Anton Friedrich Ast (1776-1841) y sobre todo, Friedrich Schleiermacher (1768-1834) y Wilhelm Dilthey (1833-1911) y también de muchos otros que fuera excesivo mencionar. En el siglo XX, “hermenéutica” es el nombre de la que puede considerarse una nueva ciencia general sobre la comprensión de la cultura, en la que han destacado Martin Heidegger (1889-1976), Hans Georg Gadamer (1900-2002), Jacques Derrida (1930-2004), Paul Ricoeur (1913-2005) o Jürgen Habermas (1929-), algunos, como se ve, fallecidos no hacen muchos años.

2. Surgimiento de la escuela de la exégesis

En 1904, un eminente historiador del derecho francés, Ernest-Désiré Glasson (1839-1907), en un discurso pronunciado con ocasión de celebrarse el primer centenario de la promulgación del *Code Civil*, llamó la atención sobre el hecho de que la mayoría de los grandes juristas-escritores franceses del siglo XIX “formaron una especie de escuela, que podría llamarse la Escuela de la exégesis”¹³. Este célebre nombre –“École de la exégèse”– fue, pues, impuesto al conjunto de las varias generaciones de esos juristas cuando ya habían desaparecido. Normalmente, cerramos la época de esa escuela con el apareamiento en 1899 del libro de François Génny (1861-1959), *Méthodes d'interprétation et sources en Droit privé positif*, que contiene una cerrada crítica a la metodología legalista de los juristas franceses del siglo XIX. El punto que indujo a Glasson a considerar “exegéticos” a tales juristas fue, sin duda, que ellos escribieron sobre derecho con la base muy preponderante del *Code Civil* de 1804. Su fuente era un texto normativo, al que reverenciaron y fuera del cual no consideraban la existencia de otro derecho (que no fuera el romano). Ellos solían abstraer de la historia de los textos y de los conceptos (a salvo, como ha quedado dicho el recurso al derecho romano), del derecho comparado e incluso de la jurisprudencia. Jean-Baptiste Proudhon (1758-1838), uno de estos juristas, sostenía: “C’est dans le Code Napoléon que il faut étudier le Code Napoléon”¹⁴, queriendo remarcar así, el carácter au-

¹³ “Discours de M. Glasson” 1904, 41: “Il est plus facile de suivre le développement de la doctrine dans les ouvrages publiés par les professeurs des Facultés ou par les jurisconsultes appartenant à la magistrature et au barreau. Presque tous ceux qui ont consacré leur vie scientifique à l’étude ou à l’enseignement du civil ont d’abord formé une sorte d’école qu’on pourrait appeler l’école de l’exégèse. Ce sont, avant tout, des commentateurs du Code civil, pleins de déférence pour son texte, suivant sa méthode pas à pas, article par article, s’inspirant sans cesse de ses intentions”. Fue el historiador de la “escuela de la exégesis”, BONNECASE 1918, 215, quien atribuyó a Glasson la paternidad de la designación colectiva.

¹⁴ Citado por BONNECASE 1918, 227.

tárquico y autónomo de ese cuerpo legal, cuya existencia hace innecesario recurrir a cualquier otra fuente. Otro de ellos mismos, Jean-Joseph Bugnet (1794-1866), decía: "*Je ne connais pas le Droit civil, je n'enseigne que le Code Napoléon*"¹⁵. Un tercero, Charles Demolombe (1804-1887), afirmaba: "*Ma devise, ma profession de foi est aussi: les textes avant tous!*"¹⁶, con referencia, por cierto, a los textos del Código Napoleón. Así que fue el apego intenso al texto de ese código defendido por los civilistas franceses del siglo XIX el que movió a Glasson a hablar de una "École de la exégèse". Glasson, a su vez, actuaba impulsado por la vieja tradición de la exégesis bíblica, que, por definición, tiene por objeto un único texto, precisamente la Biblia. Si ha habido exageración en tachar de (meros) "exégetas" a los juristas-escritores franceses del siglo XIX, y de entender algo nada de valioso bajo esa tacha, no es tema que nos deba ocupar ahora, aunque no me privaré de manifestar, no bien sea abstractamente, mis reservas a ese modo de ver las cosas y de expresar que esos autores en verdad fueron grandes juristas, cuyo estudio, libre de los prejuicios de principios del siglo XX, está por hacerse.

III. La palabra "dogma"

La palabra "dogma" es otro de los términos que ahora nos interesan. También tiene origen griego y viene del verbo "dokéo", que significa "creer, pensar, opinar", y sobrevenidamente también "resolver, decidir". "Dogma", en consecuencia, significa originalmente "creencia, parecer, opinión" como asimismo "doctrina".

1. Ese término empezó a ser usado en la Medicina. En nuestras fuentes, aparece por vez primera en ciertos escritos integrantes del *corpus Hippocraticum*, que empero no son de los más antiguos componentes de esa colección, para designar vaga y generalmente el saber médico teórico derivado, sin embargo, de la práctica y confirmado por ella, como si se dijera el conocimiento generalizado y abstraído a partir de la praxis¹⁷.

2. Platón usó el vocablo en ese mismo sentido, con el matiz de "verosimilitud" incorporado, para mentar, pues, un saber verosímil, generalizado desde la realidad, o lo que se tiene por correcto acerca de la realidad¹⁸. Pero en este filósofo, la palabra también es usada para denotar una "decisión" o "mandato". En un cuerpo de definiciones falsamente atribuido a Platón, pero que sí pertenece a los círculos de la escuela académica, encontramos una definición de ley ("*nómos*") como "un dogma político" ("*dógma politikòn*")¹⁹. En esta definición, el término "dogma" puede ser traducido tanto por "parecer" u "opinión" como por "orden" o "decreto". Lo más seguro es que se

¹⁵ Citado por BONNECASE 1918, 224.

¹⁶ Citado por BONNECASE 1918, 225

¹⁷ Sobre todo esto, véase: HERBERGER 1981, 6-14.

¹⁸ HERBERGER 1981, 19-20.

¹⁹ Pseudo Platon., defin. 415b: "un dogma político del pueblo establecido para más de un tiempo determinado".

trate de lo primero que se desliza hacia lo segundo. Una opinión que es juzgada como verosímil o correcta acerca de la realidad, cuando es votada por la asamblea del pueblo de acuerdo con el pertinente procedimiento constitucional, pasa a ser una "orden" o "mandato". La ley, en efecto, y siempre es así, antes de ser tal, vale decir, mientras es un mero proyecto, constituye la mejor opinión que se tiene sobre algo (supuesto que sea sincera y bien fundada la opinión, lo que no siempre es seguro); al convertirse en ley promulgada, aunque adquiriera un carácter normativo y obligante, no pierde su naturaleza original. Esta asociación de "opinión sobre lo verosímil" y "mandato" que se da en "dogma" también se puede documentar en el diálogo "Las leyes" (*Nómoi*) del propio Platón, en donde el *nómos* es definido como una "decisión general de la ciudad" (*dógma póleos koinòn*)²⁰.

3. En la filosofía helenística, es decir, en aquella desarrollada en el mundo mediterráneo oriental al mismo tiempo helenizado e internacionalizado después de las conquistas de Alejandro, la voz "dogma", de acuerdo con el sentido original del término, se usó para designar las doctrinas de las escuelas y de las artes. Cicerón tradujo "dogma" por *praeceptum*; después, a veces aparece como *perceptio*²¹. Existen, por ejemplo, preceptos, o sea, dogmas, del arte retórica o del arte médica; lo mismo que dogmas de los estoicos o de los epicúreos. Solo los escépticos carecían de dogmas y ponían en duda los de las otras escuelas; de donde que se haya generalizado la distinción entre filósofos "dogmáticos" (los estoicos llegaron a ser tales por antonomasia) y "escépticos". Pero, al igual a como ya antes Platón había establecido una aproximación entre *dógma* y *nómos* o ley, en este ambiente hay una cierta aproximación entre *dógma* y principio estimulante de la acción en orden a conseguir un fin. Los preceptos del arte médica, por ejemplo, no son obligatorios en sentido legal, pero condicionan la acción del médico en el sentido de que si él desea obtener determinado fin sanatorio, necesario es que siga al precepto, aunque no pueda hablarse de necesidad legal.

4) Es interesante hacer notar que algunas de estas tradiciones fueron recogidas por los juristas romanos. En el Digesto se nos conservan ciertas definiciones de ley que lo muestran. En Dig. 1,3,1 aparece la definición de tal que, en su libro *definitiones*, daba Papiniano, un jurista que floreció en el siglo III d. C. Dice él ahí que la *lex* es un "*commune praeceptum*", lo que en lenguaje griego significaría un "dogma común".

IV. Distinción entre "dogma" y "canon"

Hacia fines de la Antigüedad y durante la Edad Media y la Época Moderna, el uso, a decir verdad bastante extendido, de "dogma" y "dogmático" osciló entre los dos sentidos de "opinión" y "mandato". En el lenguaje teológico y canónico, por ejemplo, hasta cierto momento se habló de "dogma" en

²⁰ Platón. *leges*, 644d.

²¹ HERBERGER, 1981, 58-60.

el sentido de "opinión", que puede ser ortodoxa o herética. En el lenguaje que terminó por afirmarse, de enseñanza oficial que debe ser tenida por verdadera e indiscutible ("dogma de fe", que antes se decía "artículo de fe"), el sentido de "orden" o "mandato" prima por sobre aquel de "doctrina" u "opinión", aunque este último no está ausente, porque siempre se trata de una "doctrina", aunque oficial, cuya oficialidad deriva de la solemne proclamación del Papa, solo o en concilio. De todas maneras, en el lenguaje de la Iglesia se terminó por distinguir claramente el "dogma" del "canon"²², pues este último significa directamente la "regla"²³ que rige las conductas, relaciones y organizaciones eclesiásticas.

V. Uso jurídico de la "exégesis"

Las tres palabras griegas que hemos examinado también han venido a ser propias del lenguaje jurídico, aunque no exclusivamente, por cierto. En lo que sigue, me contraeré a su uso en derecho.

La palabra "exégesis" o "exegesis", quizá por haber sido la que más tardíamente penetró en nuestra terminología, debido a la ocurrencia de Glasson de extraerla desde las ciencias textuales, especialmente bíblicas, para designar a la escuela de los juristas-escritores franceses del siglo XIX, ha permanecido hasta nuestros días para designar lo mismo que aquel quiso designar, pero ya no solo con referencia a tales juristas, sino a cierto método de investigación jurídica atenido al texto de la ley. En ese sentido, también ha adquirido, en ciertos contextos, un matiz peyorativo y algo negativo o no valioso. Ya no se identifica, como durante siglos, con "hermenéutica" o "interpretación", sin más. Equivale a lo que en la Edad Media se llamaba *interpretatio mosaica, judaica o more judaico*²⁴, manera de expresarse esta inspirada en la práctica de ciertas escuelas rabínicas de interpretar literalmente o al pie de la letra los textos de la *Torá*, que en su mayor parte coincide con el por nosotros denominado "Viejo Testamento". En los Evangelios tenemos presentados algunos ejemplos de un tal modo de interpretación, como el

²² Para la historia de la palabra "canon" (= "caña"): OPPEL 1937, 1-108. Para el uso jurídico: WENGER 1942; y WENGER 1943, 495-505.

²³ En la Antigüedad, el gr. "cánon" se traduce al lat. como "regula". Aunque tardío (siglo V d. C.) el gramático Consentius, ars [en Keil 2002, 353] informa correctamente de la equivalencia, cuando escribe: "Nunc igitur de regulis, quas Graeci canones appellant, dicemus" ("Ahora hablemos de las reglas, que los griegos llaman cánones"). Ahora bien, según según Barwick 1922, 175; el texto transcrito proviene del gramático latino Pansa, que fue contemporáneo de Varrón en el siglo I a.C.

²⁴ Véase, por todos, la glosa "amplexus", tít. "De legibus et constitutionibus principum", Cod., l. non dubium (Cod. lust. 1,14,5), en ACCURSIUS 1968, 24. El texto glosado es la ley Non dubium (= Cod. lust. 1,14,5), que contiene una descripción del fraude a la ley, consistente en adaptar la conducta a las palabras de la ley con violación de su sentido. Ahí la idea de respetar el texto es dicha con la expresión "verba legis amplexus" ("abrazado o atenido a las palabras"); y entonces la glosa explica el término "amplexus así: "i. [d est] circumplectens, adeo ut a verbis tanquam ludei recedere nolit" ("esto es, el que circunvala, de tal modo de no querer apartarse de las palabras, como los judíos").

del reproche que los doctores fariseos de la ley en cierta ocasión dirigieron a los discípulos de Cristo por arrancar, en día sábado, espigas de trigo plantadas a la vera del camino para comer sus frutos porque sintieron hambre²⁵, lo que consideraron como violación de la ley de Jehová sobre el sábado. Evidentemente, esos fariseos interpretaban que los discípulos estaban recolectando los frutos del trigo, lo que el libro del *Exodus* prohíbe²⁶.

De paso, debo recordar que el concepto de la "interpretación judaica" aun era utilizado a fines del siglo XIX. Así –para ofrecer un ejemplo chileno–, en un libro editado anónimo, pero preparado por el abogado y profesor de derecho, político e intelectual Paulino Alfonso, que no era sino que apuntes de las clases de los profesores de derecho civil de la Universidad de Chile, señores Enrique Cood y José Clemente Fabres, a propósito del artículo 19 CCCh., en su parte que dice: "*Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu*", leemos el siguiente comentario: "*El primer inciso de este artículo prescribe la interpretación literal, mosaica o judaica: cuando la ley es clara, sería absurdo atribuirle una significación oculta, pues si esta hubiera constituido el propósito del legislador, lo habría manifestado*"²⁷. No necesito abundar sobre que los profesores Cood y Fabres, lo mismo que Paulino Alonso, estaban equivocados cuando entendían que el artículo 19 CCCh. establece la interpretación judaica o literal. Es precisamente todo lo contrario, pues ahí se habla, no de la letra clara, sino del sentido claro²⁸. Pero en este momento tan solo interesa presentar el texto como un ejemplo de conocimiento en Chile del concepto en examen. Los aludidos profesores hubieran dicho lo mismo si, en vez de acudir a los términos que efectivamente emplearon, hubiesen hablado de "interpretación exegética", cuando por tal se entiende la interpretación literal o al pie de la letra.

Pero la palabra "exégesis" admite ser empleada sin sentido peyorativo. Con ella podemos aludir a la primera fase de la operación interpretativa, y recalco eso de "primera", consistente en establecer el sentido de las palabras de la ley, a fin de conocer preliminarmente qué dice, lo cual no necesariamente coincide con lo que quiere decir. En otro lenguaje, también medieval, ello equivale a la operación denominada *significatio verborum*²⁹. En síntesis, consiste ella en fijar todos los sentidos, amplios o estrictos, propios e impropios, naturales o figurados, que soportan las palabras del texto legal. Si la ley, por ejemplo, emplea la palabra "prenda", la exégesis o significación implica verificar que esa palabra denota:

²⁵ Mt. 12, 1-8; Mc 2, 23-28; Lc.6, 1-5.

²⁶ Ex. 34,21: "Sex diebus operaberis; die septimo cessabis arare et metere" ("Seis días trabajarás; en el séptimo cesarás de arar y recolectar").

²⁷ ALFONSO 1882, 107.

²⁸ Sobre el punto: GUZMÁN BRITO 2007, 77-81 y 111-125.

²⁹ Acerca de este tema: PIANO MORTARI 1986, 6-73.

a) un término del lenguaje técnico del derecho que sirve para designar: *i)* el contrato prendario; *ii)* el derecho real de prenda; *iii)* la cosa misma dada en prenda; no menos que *iv)* la garantía prendaria en sí;

b) en el lenguaje extralegal mienta: *i)* las vestimentas de una persona; *ii)* la persona amada; *iii)* los hijos (“prenda del amor”); *iv)* cualquier cosa material o no con que se asegura una realidad moral, como la amistad, el amor, la veracidad de un dicho, etcétera (en prenda de amistad, de amor, de verdad).

Esta operación preliminar se justifica atendido el hecho de que, en la universalidad de los lenguajes, casi todas sus palabras son ambiguas o portadoras de más de un significado, como sostenían los estoicos³⁰; lo cual a veces acaece incluso con las técnicas, como en el precedente ejemplo de la palabra “prenda”. Así que, en rigor y propiamente hablando, la interpretación literal no existe. Porque, si generalmente las palabras son ambiguas, eso implica que ellas tienen varios sentidos literales; ahora bien, la interpretación no puede consistir en aceptar a todos ellos a la vez.

Cuando decimos que un texto es interpretado literalmente, en realidad queremos decir que una expresión metonímica, metafórica, simbólica o alegórica es interpretada según su sentido propio. Tal ocurriría si el inciso 2° del artículo 16 del Decreto con fuerza de ley N° 2, de 1959 (Chile), que dice: *“Las exenciones establecidas en el inciso anterior se aplicarán únicamente cuando los causantes o donantes hayan construido las viviendas económicas”*, después de haberse establecido en el inciso 1° que: *“Las viviendas económicas y los derechos reales constituidos en ellas, que se transmitan en sucesión por causa de muerte o sean objeto de donación, serán excluidos de la aplicación de impuesto de herencias, asignaciones y donaciones”*, fuera interpretado como que los causantes o donantes deban haber construido personalmente y con sus propias manos las viviendas económicas para dejar estas exentas del tributo que se señala, en circunstancias de ser evidente que la expresión *“cuando los causantes o donantes hayan construido las viviendas económicas”* es una metonimia de causa a efecto, y significa *“cuando los causantes o donantes hayan mandado construir las viviendas económicas”* o que estas hayan sido construidas por su cuenta y a su cargo.

También puede darse la interpretación literal cuando se está frente a una palabra con un sentido definido en la ley o en la ciencias, técnicas o artes, y se la interpreta según ese sentido en un contexto en que tiene otro, como si la palabra “niño” que emplea el artículo 65 de la Ley de menores

³⁰ Aulus Gellius, *Noctes atticae* XII, 12: *“Chryssipus ait, omne verbum ambiguum natura esse, quoniam ex eodem duo vel plura accipi possunt”* (“Dice Crisipo [sc. el escolarca del estoicismo] que toda palabra es ambigua por naturaleza, porque una misma puede ser entendida en dos o más sentidos”); Quintilianus, *Institutiones oratoriae* VII,9,1: *“[...] ut philosophorum quibusdam nullum videatur esse verbum, quod non plura significent [...]”* (“para algunos filósofos no parece haber palabra que no signifique muchas cosas [...]”); Augustinus., *De dialectica* IX: *“[...] a dialecticis dictum est ambiguum esse omne verbum”* (“[...] los dialécticos [sc. los estoicos] dicen que toda palabra es ambigua”).

(Chile), que expresa: “La facultad de corrección deberá ejercerse de forma que no menoscabe la salud o desarrollo personal del niño, conforme al artículo 234 del Código Civil”, la entenderíamos según el sentido que da a la palabra “niño” el artículo 26 CCCh., como sinónimo de “infante”, para denotar al que no ha cumplido los siete años de edad, cuando es manifiesto que en la primera disposición citada ella ha sido empleada en el sentido de menor de edad, vale decir, de menor de 18 años.

En todo caso, la exégesis o *significatio verborum*, como adelanté, es la primera operación componente de la interpretación de un texto. Aunque necesaria, no es la única, porque una vez que el intérprete tiene fijados todos los sentidos posibles de cierta palabra legal, debe avanzar a una etapa siguiente, destinada a establecer cuál fue el sentido en que efectivamente pudo ser usada la palabra de que se trate en esa concreta ley; y todavía a nuevas fases ulteriores, a nada de lo cual me refiero, porque escaparía al actual propósito, que es el de la exégesis.

Así que podemos convenir en denominar “exégesis” a la antigua *significatio verborum*, como el primer estadio de la hermenéutica legal, sentido en que, repito, pierde todo matiz peyorativo. Si se quiere evitar la menor sombra de este en el uso de la palabra sin aditamentos, podemos hablar de “exégesis literal”, como de hecho a veces hacemos para restarle valor; pero entonces preciso es tener claro que la palabra sin más, vale decir, sin adjetivos, la hacemos coincidir con “interpretación” o “hermenéutica”, lo que no es muy arreglado; por lo cual lo mejor es usar la palabra “exégesis” como sinónimo de “significación de las palabras” y desentenderse de cualquier sentido peyorativo que otros quieran atribuirle, sobre todo si se advierte o tiene claro que la exégesis representa solo la primera fase del completo acto hermenéutico y que no se confunde con este.

VI. Uso jurídico de “dogma”

En materia de derecho, las palabras “dogma” y “dogmático/a” quedan asociadas al sentido original de “pensar, opinar”, y no al otro de “orden” o “mandato”. Por ello, menester es enfrentar de inmediato la creencia de que “dogmático/a” en derecho se relaciona con el carácter normativo y obligante de sus disposiciones, en lo que influye la idea de “dogma” de la fe. Las proposiciones jurídicas serían dogmáticas en el mismo sentido que las verdades de la fe. No es así. Nunca ha sido así. El uso de “dogma” en el derecho se relaciona, acabo de recordarlo, con el sentido de “pensar, opinar”, y no con aquel de “orden” o “mandato”, que terminó por prevalecer en el dogma religioso, aunque, preciso es matizar, el primer sentido también está presente en esta última materia. Los vocablos “dogma” y “dogmático/a”, pues, pertenecen al ámbito de la ciencia y de la teoría, uso en el cual insistieron los

iusnaturalistas como Wolf³¹ y que terminaron por recibir los primeros pandectistas³², de quienes lo heredaron los posteriores de la misma escuela, desde los cuales se expandieron tales términos a la ciencia jurídica del resto de los países europeos y de ahí a los americanos.

En el moderno entendimiento, lo dogmático en el derecho se puede concebir bajo los siguientes conceptos.

En primer lugar, como opuesto a "histórico". Hablamos, así, por ejemplo, de un análisis dogmático de determinada figura jurídica frente a su análisis histórico. En este mismo sentido se podrían oponer lo "dogmático" a lo "filosófico" y a lo "sociológico". Por consiguiente, "dogmático" quiere destacar la especificidad de la ciencia jurídica, como tal, frente a las posibilidades de estudiar el fenómeno jurídico conforme con otras perspectivas.

En segundo lugar, "dogmático" se puede entender como opuesto a "legal" o "legislativo". Si alguien, por ejemplo, estudia cierta figura, pongamos por caso, la novación, su estudio legislativo consiste en conducir un análisis sobre la base de las disposiciones del Código Civil y eventualmente de otras leyes que la regulan, mientras que su estudio dogmático asume la figura con base en sus principios, sus estructuras y funciones según la lógica jurídica ordinaria, y con independencia de las normas legales. En este contexto, "dogmático" ya no diferencia a la ciencia del derecho frente a otras disciplinas, sino que introduce una separación en el interior mismo de aquella, entre dos métodos, ambos de naturaleza jurídica sin embargo. Cabe advertir que el estudio legislativo de cierta figura regulada por las leyes incluye su estudio exegético. La conexión entre lo "exegético" y lo "legislativo" está dada por el hecho de que todo estudio sobre leyes supone, como vimos, su interpretación, de modo que exponer las leyes significa exponer las leyes previamente interpretadas, una de cuyas fases iniciales es la "significación de las palabras" o "exégesis". Por consiguiente, el estudio legislativo incluye uno de tipo exegético, de guisa que la contraposición entre un estudio que se basa en leyes y otro que se basa en dogmas permite que "dogmático" también puede oponerse correctamente a "exegético".

Concluido el examen de la palabra "dogma", ahora podemos aclarar el sentido de la expresión "dogma jurídico". Ya hemos dicho que no significa "verdad jurídica indiscutible", como el dogma de la fe. Partiendo del vago y general sentido de "saber, doctrina", "dogma" es la palabra que usamos para designar los conceptos del derecho, en el más amplio sentido, aunque

³¹ Este filósofo definía "dogma" como una veritas universalis; véase: Wolf, Christian, *Philosophia rationalis sive logica methodo scientifica pertractata* § 750 (Francofurti et Lipsiae, In Officina Libraria Rengeriana, 1740), p. 540: "Liber dogmaticus a nobis dicitur, qui dogmata seu veritatis universales proponit" ("Llamamos 'libro dogmático' al que propone dogmas o verdades universales"). Wolf, *ibid.*, presenta como ejemplo los *Elementa* de Euclides, cuyo contenido está integrado por dogmas. Por lo demás, véase: HERBERGER 1981 330-336. También Kant adoptó esta visión de lo dogmático, *ibid.*, pp. 349-353.

³² HERBERGER 1981, 345-359.

suele reservársela para mentar los conceptos estructurales y fundamentales, incluidos los principios. Así, por ejemplo, hablamos del dogma de la autonomía de la voluntad o de la buena fe contractual, que bajo otros aspectos son considerados principios; hablamos también del dogma de la adquisición del dominio entre vivos por medio de un título y un modo; o del dogma de la voluntad declarada o manifestada frente al de la voluntad real; o del dogma del contrato real o del contrato consensual; el dogma del efecto relativo de los contratos y del efecto *erga omnes* de los modos de adquirir; o del dogma del objeto singular de los legados frente al objeto universal de la herencia. Pero no decimos el dogma de los cinco años de plazo de la prescripción adquisitiva ordinaria. En general, no aplicamos el término a los conceptos más dependientes de la libre prescripción legal, o que provienen de una decisión y suelen cambiar en el tiempo y en el espacio. Con los dogmas, en cambio, eso no sucede, aunque uno pueda ser sustituido por otro en los espacios que llamamos "países", y por ello el estudio del derecho comparado se basa en dogmas más que en el detalle de las leyes.

Por supuesto, la legislación también se basa en dogmas³³, y el intérprete debe reconocer la presencia de tal o cual dogma en la literalidad de cierta ley. Decimos que el artículo 1546 CCCh. recoge el dogma de la buena fe contractual³⁴. Al mismo tiempo reconocemos que no lo recoge totalmente, porque la exégesis muestra que en ese artículo solo se habla de la ejecución de buena fe de los contratos, mientras que el dogma atañe no solo a su ejecución o cumplimiento, mas también a su formación o negociación, a su celebración y a su interpretación, así que, en este caso, el dogma es más amplio que el dictado legal.

El dogma, pues, se enfrenta con el precepto, aunque, como antes recordamos, "precepto" fue el término escogido por Cicerón para traducir "dogma"; pero en el lenguaje castellano, esa palabra quedó tempranamente asociada a "mandato vinculante"³⁵; así que, para evitar confusiones, en vez de "precepto" podríamos decir "prescripción". Si definimos "dogma" como el "concepto científico" y "precepto" o "prescripción" como el "dictado de la ley" tenemos, pues, delimitados los campos.

Hasta el momento nos hemos ocupado en distinguir, aislar y separar. Quisiera terminar con la operación de relacionar. Podría quedar la impresión de que el estudio del derecho o es dogmático, o es legal, o es histórico. Naturalmente, el derecho se puede estudiar unilateralmente bajo solo algu-

³³ Sobre las relaciones entre dogmática y legislación, véanse los diferentes trabajos recogidos en: BEHRENDY y HENCKEL 1989.

³⁴ Artículo 1546 CCCh.: "Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella".

³⁵ Corominas 1973, 472, dice que la voz significa "mandato" desde el siglo XIV, y es la única acepción que recoge; el Diccionario de la Lengua Española 2001, 1.817, s.v. "Precepto", II, acepta la acepción de instrucción o regla de un arte (oficio habría que añadir) o facultad, que en castellano es sobrevenida.

no de esos respectos. Alguien puede querer limitarse a exponer el dictado interpretado de la ley. Alguien puede querer limitarse a estudiar un concepto jurídico con independencia de la ley. Alguien puede querer estudiar solo la historia, bien del dogma, bien de la ley. Pero la tarea del jurista completo debería ser al mismo tiempo dogmática, exegética e histórica. Solo así puede captar el fenómeno jurídico en su total dimensión.

La combinación de exégesis y dogmática es más fácilmente inteligible o comprensible y aceptable. Por eso quisiera dedicar unas palabras a la combinación de ambas con la historia.

Porque ocurre que las leyes, aun las más perfectamente concebidas y sabiamente elaboradas, como suelen ser muchos códigos civiles, aun así consisten en una *conceptio verborum* o, si se quiere, en una literalidad, que queda fija y permanece tendencialmente inmutable, o que está dotada de difícil mutación, hasta que se la reemplace por una nueva literalidad. La fijeza y permanencia de los textos legales, pues, ofrecen un punto seguro de partida y de llegada; y la tentación de creer que ellos agotan el derecho es muy grande. Fue eso lo que le ocurrió a la "École de l'exégèse".

Pero sucede que los dogmas se mueven mejor en la historia que en las leyes³⁶. Estas implican, por así decirlo, una selección potestativa de los dogmas disponibles, y de los diferentes aspectos de tales dogmas, en un doble sentido: en cuanto el legislador, en efecto, elige cuáles dogmas adoptar y cuáles desechar; y en cuanto los escogidos son expresados mediante una cierta fórmula literaria y no por otra. Pero esta discriminación legislativa no afecta en nada al dogma en sí, que sigue siendo el que es, y cuya consistencia y alcance pueden ser explicados bajo variadas formulaciones literarias.

Ahora bien, ¿de dónde proceden los dogmas? Por cierto esta pregunta se puede responder de varias maneras. Por ejemplo, se puede decir que la dogmática de la acción Publiciana, que en Chile no se diferencia de la acción reivindicatoria³⁷, proviene del pretor urbano de Roma correspondiente al año 67 a. C., Quinto Publicio, quien por primera vez la introdujo en el edicto anual, aunque, por ello, no como dogma sino como precepto. En este caso, el dato histórico es impresionante, pero no tiene mucha importancia o la tiene muy relativamente, para la historia del dogma de la Publiciana y más decisivamente importante es conocer los comentarios de los juristas romanos

³⁶ Para las relaciones entre dogmática e historia del derecho, véanse los trabajos reunidos en: ZIMMERMANN 1999.

³⁷ Artículo 889 CCCh.: "La reivindicación o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela"; artículo 893: "La acción reivindicatoria o de dominio corresponde al que tiene la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa"; artículo 894: "Se concede la misma acción, aunque no se pruebe dominio, al que ha perdido la posesión regular de la cosa, y se hallaba en el caso de poderla ganar por prescripción./ Pero no valdrá ni contra el verdadero dueño, ni contra el que posea con igual o mejor derecho". Es en este último artículo en donde se describe la acción Publiciana.

sobre el edicto Publiciano, tales cuales los encontramos en el Digesto³⁸. En otros casos no podremos fijar un nombre ni una fecha, como en el del dogma del efecto retroactivo de las particiones, que se desarrolló en la Francia del Antiguo Régimen como un medio de eludir los tributos que gravan las transferencias, porque si la partición no constituye transferencia de la comunidad al adjudicatario, como sí era en el derecho romano, y este adquiere directamente del causante el bien singular adjudicado, merced al citado efecto retroactivo se evita tener que pagar un impuesto más³⁹. Y aun habría otras respuestas. Pero lo importante es que, en todos los casos, los dogmas no nacen con las leyes, nacen en la historia, lo cual no excluye que alguno pueda tener origen en una ley del presente; solo que, con el transcurso de los años, eso también pasará a ser un dato histórico.

Nuestros códigos y leyes generales que no obedezcan a medidas de circunstancia o a políticas públicas o de organización, están cargados de dogmas del pasado histórico. Así que para saber bien lo que la ley dice y establece sobre los dogmas, menester es recurrir a la historia, en donde se encontrará su verdadera dimensión. La experiencia enseña que entender a fondo y correctamente lo que se lee, por ejemplo, en el *Código Civil* es posible solo después de averiguar la historia dogmática y legislativa de lo que ahí se lee. No es dable estudiar el código sin tener a la mano el Digesto, un buen tratado o artículo histórico sobre el punto, las fuentes medievales y modernas y los diferentes proyectos del código. Solo una vez examinada la tradición dogmática que desemboca en la redacción particular ofrecida por el código aprobado, se está en condiciones de creer haber comprendido lo que ahí se dice y por qué se dice. Si no se procede de esa manera, se permanece en la ignorancia o con un conocimiento incompleto e inseguro.

Por cierto, no es que todos los abogados deban hacer lo mismo, aunque mejor sería si lo hicieran, por lo cual se les debe ofrecer la posibilidad de hacerlo, si eligen ese método; y por ello debemos considerar imperfecta a la Facultad de Derecho que niegue a sus estudiantes la enseñanza del derecho romano y de la historia del derecho. Ahora bien, de lo que cabe estar seguro es de una cosa: que la ciencia jurídica y, por ende, los juristas que escriben sobre derecho y lo enseñan, no dejará de ser solo exegética, aun sin el sentido peyorativo de esta palabra, que antes discutimos, ni podrá llegar a ser correctamente dogmática, si no es también histórica.

Bibliografía citada

- ACCURSIUS (1968): *Glossa in Codicem* (Venetiis, B. de Tortiis, 1488, reimpresión en "Corpus Glossatorum Iuris Civilis", Augustae Taurinorum, ex Officina Erasmiana), vol X, fol. 24.
- ALFONSO, Paulino (1882): Explicaciones de Código Civil destinadas a los estudiantes del ramo en la Universidad de Chile publicadas por la Academia de Leyes y ciencias Políticas (Santiago, Imprenta Cervantes) tomo I, p. 107.

³⁸ Dig. 6,2: "De Publiciana in rem actione".

³⁹ Sobre el tema, véase: LEVY y CASTALDO 2002, 1338-1339.

- BARWICK, Karl (1922): Remmius Palaemon und die römische "ars grammatica" (Leipzig, Di-eterich).
- BEHREND, O. y HENCKEL, W. (1989): Gesetzgebung und Dogmatik. 3. Symposion der Kom-mission "Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart" am 29. und 30. April 1988 (editores; Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht).
- BONNECASE, Julien (1918): L'École de la Exégèse en Droit Civil, en *Revue Générale du Droit, de la Législation et de la Jurisprudence*, 42 p. 215.
- CONDORELLI, Orazio (1923): Per la storia del nome "stato" (Il nome "stato" in Machiavelli), en *Archivio Giuridico*, 89 pp. 223-235.
- COROMINAS, Joan (1973): *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana* (3ª edición, Madrid, Gredos, s.d) 640 pp.
- DE FRANCISCI, Pietro (1970): *Arcana imperii* (Roma, Bulzoni.), III/1, pp. 107-109.
- D'ORS, Álvaro (1979), *Ensayos de teoría política* (Pamplona, eunsa.), pp. 177-192.
- DERATHÉ, Robert (1995): *Questions de terminologie et notions fondamentales*, apéndice a Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps (Paris, Vrin) pp. 380-382.
- DOWDALL, H. C. (1923): *The Word "State"*, en *The Law Quaterly Review*, 39 pp. 98-125.
 _____ *Archivio Giuridico*, 90 (1923), pp. 77-112.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2002): "El vocabulario histórico para la idea de constitución polí-tica" en: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 24 (Valparaíso, Chile), pp. 267-313.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2007): *Las reglas del Código Civil de Chile sobre interpretación de las leyes* (2ª edición, LexisNexis, pp. 77-81 y 111-125.
- HERBERGER, Maximilian (1981): *Dogmatik. Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz* (Frankfurt am Main, Klostermann), 490 pp.
- KEIL, Heinrich (2002): *Grammatici Latini*, V: Artium scriptores minores (1868, reimpresión Hildesheim y otras, G. Olms) p. 353.
- KÖSTERMANN, Erich (1937): "Status" als politischer Terminus in der Antike, en *Rheinisches Museum*, 86 pp. 225-240;
- ISNARDI, Margherita (1962): "Appunti per la storia di État, République, Stato" en: *Rivista Sto-rica Italiana*, 74 vol 2(Italia), pp. 372-379.
- LEVY, Jean-Philippe y CASTALDO, André (2002): *Histoire du Droit civil* (Paris, Dalloz) 1640 pp.
- LOMBARDI, Gabrio (1941): "Su alcuni concetti del diritto pubblico romano: "civitas", "popu-lus", "res publica", "status rei publicae"" en *Archivio Giuridico*, 126/2 (Italia), pp. 192-214.
- MOHNHAUPT, Heinz y GRIMM, Dieter (1995): *Verfassung, I: Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zum Gegenwart. Zwei Studien* (Berlin, Duncker und Humblot) 144 pp.
- OPPEL, Herbert (1937): "Zur Bedeutungsgeschichte des Wortes und seiner lateinischen Entsprechungen" ("norma-regula") en: *Philologus* ("Supplementband"), 30 4, pp. 1-108.
- PASSERIN d'Entreves, Alessandro (1962[1970]): *La noción del estado* (trad. castellano, Centro de Estudios Universitarios, Madrid, s. d.), pp. 47-55.
- ROSANVALLON, Pierre (1995[2006]): The History of the Word "Democracy" in France, en *Journal of Democracy*, 6/4 pp. 140-154 [traducción al castellano de Isidro Vanegas: La historia de la palabra "democracia" en la época moderna, en *Estudios Políticos*, 28 (Instituto de Estudios Políticos, Medellín, Colombia, enero – junio de 2006), pp. 9-28].
- SCHMITT, Carl (1964[1968]): *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria* (traducción al castellano de José Díaz García, Madrid, Revista de Occidente, s.d.) 338 pp.
- SÜRBAUM, Werner (1977): Vom Antiken zum frühmittelalterlichen Staatsbegriff. Über Ver-wendung und Bedeutung von "res publica", "regnum", "imperium" und "status" von Cicero bis Jordanis (3ª edición, Münster) 796 pp.

- SONDEL, J. [editor] (2003): *Roman Law as Formative of Modern Legal Systems. Studies in Honour of Wieslaw Litewsky* (Krakow, Jagiellonian University Press), I, pp. 133-169.
- WENGER, Leopold (1942): "Canon" in den römischen Rechtsquellen und in den Papyri. *Eine Wortstudie* (Wien - Leipzig).
- WENGER, Leopold (1943): "Über "canon" und "regula" in den römischen Rechtsquellen" en: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung, kan. Abt.*, 63, pp. 495-505.
- PIANO MORTARI, Vincenzo (1986): Ricerche sulla teoría dell'interpretazione del diritto nel secolo XVI, I (único): Le premesse (Milano, Giuffrè), pp. 6-73.
- WOLF, Christian (1740): *Philosophia rationalis sive logica methodo scientifica pertractata* § 750 (Francofurti et Lipsiae, In Officina Libraria Rengeriana), 540 pp.
- ZIMMERMANN, Reinhard (1999): *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik* (editor; Heidelberg, C. F. Müller) 722 pp.

Normativa citada

- DFL N° 1, Código Civil de Chile. *Diario Oficial*, 30 mayo 2000.
- D.F.L. N° 2 del Ministerio de Obras Públicas que fija el texto definitivo del decreto con fuerza de ley N° 2 del año 1959 sobre plan habitacional. *Diario Oficial*, 18 de julio de 1960.
- Ley N° 16.618. Fija el texto definitivo de la Ley de Menores. *Diario Oficial* 8 de marzo de 1967.

La naturaleza jurídica de las naturalezas jurídicas

The juridical nature of the juridical natures

Luis Villavicencio Miranda*

Este trabajo explora cómo comprenden tradicionalmente los juristas la idea de naturaleza jurídica. Luego somete a crítica esa concepción. Por último, plantea una forma alternativa de comprender la estructura de los conceptos jurídicos más acorde con la comprensión del derecho como una práctica social y argumentativa de carácter institucional.

Palabras clave: Naturaleza jurídica, metodología jurídica, dogmática jurídica, concepto.

This paper explores how traditionally the jurists understands the idea of juridical nature. Then it subjected to critic this concept. Finally, it raises an alternative way to understand the structure of the juridical concepts more congruent with the understanding of law as a social and institutional practice argumentative.

Keywords: Juridical nature, legal methodology, legal doctrine, concept.

RESUMEN / ABSTRACT

Introducción

Hace ya 60 años José Lois Estévez –un filósofo del derecho que hoy sería clasificado como *sui generis*– se preguntaba por el concepto de “naturaleza jurídica”. Vale la pena aquí reproducir en parte cómo abría su reflexión: “La Ciencia jurídica es singularmente propicia a las paradojas. Si alguien aspira a convencerse de ello no tiene más que pasar revista a ciertos hechos desconcertantes. En concreto, el tema que vamos a tratarse presta sobremanera a reflexiones y extrañezas. Es fácil comprobarlo.

Si consultamos un tratado de cualquier disciplina jurídica y nos preocupamos de inventariar cuáles son las cuestiones más discutidas y más insistentemente replanteadas, llegaremos pronto a la persuasión de que el problema que más a menudo enfrenta a los juristas es el de la naturaleza de las instituciones investigadas [...].

* Académico e investigador de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso. Correo electrónico: luis.villavicencio@uv.cl

Nadie, que yo sepa, se ha preguntado hasta ahora, con el interés que el caso requiere, por qué deba uno proceder así; es decir, en virtud de qué necesidad de índole práctica o teórica se hace indispensable el estudio de una cuestión tan abstracta y embarazosa como esta. Solo la habituación producida por una ciega rutina es capaz de explicar el curioso fenómeno de que, sin más ni más, se hayan empleado tanto tiempo y tantas energías en la investigación de un tema cuya razón de ser y cuya trascendencia se desconocen. Lo cierto es que los juristas están continuamente intentando desentrañar la naturaleza de multitud de instituciones antes de haber resuelto qué hay que entender por naturaleza jurídica y de qué forma puede esta ser adecuadamente descifrada”¹.

El largo pasaje citado ilustra dos aspectos bien conocidos: por un lado, una porción muy relevante del oficio del jurista es buscar la naturaleza de las instituciones que estudia; y, por otro, esa tarea se asume como relevante y productiva sin mayor análisis crítico, solo porque así se viene haciendo desde hace mucho tiempo. Como bien plantea Núñez², la profesión de jurista ha gozado de prestigio. “Quienes se han dedicado al estudio de los textos jurídicos han sido considerados como eruditos, poseedores de un saber no accesible para los no iniciados”³. Y esta fama se había mantenido indisputada durante siglos pues era perfectamente funcional al paradigma racionalista de la ciencia: el “estudio del derecho positivo se regía mediante un método científico compartido con los filósofos morales del derecho natural, similar al de la lógica y de las matemáticas”⁴.

Sin embargo, esa cómoda posición varió radicalmente con el éxito del método empirista que permitió el desarrollo explosivo de las llamadas ciencias naturales colocando en jaque el método de los juristas como uno que admitiera la distinguida etiqueta de ser una actividad científica. “Este cuestionamiento de la actividad y el método para el estudio del derecho ha generado respuestas de todo tipo a lo largo de más de dos siglos, algunas de ellas furibundas e, incluso, virulentas”⁵. La más famosa, por lo lapidaria, es la de Von Kirchmann quien sostuvo en 1847 en su célebre conferencia “La jurisprudencia no es ciencia” el carácter acientífico de la ciencia del derecho y afirmó categóricamente –como nos recuerda Núñez– que “tres palabras del legislador podían mandar bibliotecas enteras a las llamas”⁶.

¹ ESTÉVEZ 1956, 159.

² NÚÑEZ 2014, 13-16.

³ NÚÑEZ 2014, 14.

⁴ NÚÑEZ 2014, 14.

⁵ NÚÑEZ 2014, 15.

⁶ NÚÑEZ 2014, 15.

Debo confesar que no puedo estar más de acuerdo con Von Kirchmann, pero el dato que a mí por lo menos me intriga es que los dogmáticos sigan buscando, con rigor escolástico, esas naturalezas. ¿Qué son esas "naturalezas"? ¿Por qué las seguimos buscando? ¿Deberíamos hacer otra cosa? ¿Cumplen alguna función? Son estas preguntas las que deseo explorar en esta ponencia. Su objetivo fundamental será problematizar la tradicional idea de que en la dogmática (por ejemplo la civil, la procesal y la constitucional) ha tenido el concepto de "naturaleza". Para lograrlo, esta comunicación se divide en dos partes. En la primera analizaré cómo comprenden los juristas la idea de naturaleza jurídica y la someteré a crítica. En la segunda, esbozaré una metodología alternativa a la idea de naturaleza jurídica, más correcta y productiva en mi opinión.

I. ¿Qué es la naturaleza jurídica para los juristas?

Lo primero que quisiera precisar es cómo usan los juristas la expresión "naturaleza jurídica". Apoyándome parcialmente en el análisis de Estévez⁷ distinguiré dos usos habituales de la expresión "naturaleza jurídica". La primera de ellas identifica a las naturalezas jurídicas con la "esencia" de alguna institución, o también su "estructura" o "configuración". La esencia, estructura o configuración sería, de la mano de la tradición escolástica, aquello que hace que una cosa sea lo que es y no otra cosa o, en otros términos, el elemento primordial de una cosa dada. La esencia así comprendida supone una relación necesaria entre las proposiciones lingüísticas y la realidad, independiente de nuestra experiencia, ya sea que pensemos, como Platón, que los conceptos son ideas que habitan en un reino desvinculado del mundo real o, como Aristóteles, que los conceptos viven *entre nosotros*, "entre las palabras que usamos y el mundo sensible al que hacemos mención"⁸. El punto es que en cualquiera de los casos estaríamos ante un *realismo verbal* que se caracteriza por defender que existe una "sola definición válida para una palabra, que esa definición se obtiene mediante intuición intelectual de la naturaleza intrínseca de los fenómenos denotados por la expresión, y que la tarea de definir un término es, en consecuencia, descriptiva de ciertos hechos"⁹.

La segunda aproximación entiende a las naturalezas jurídicas como "categoría", "tipo" o "género", es decir, un concepto es "una entidad compuesta de otros conceptos más básicos que constituyen las condiciones necesarias y suficientes para determinar si determinados obje-

⁷ Cfr. ESTÉVEZ 1956, 160-168.

⁸ BOUVIER, GAIDO y SÁNCHEZ 2007, 12.

⁹ NINO 1980, 12.

tos, sucesos o individuos caen bajo la referencia de dicho concepto”¹⁰. Como se ve, esta aproximación puede ser o no platónica, pero en cualquier caso se enfrenta a la demoledora crítica de que existen muchos conceptos que utilizamos que no pueden ser diferenciados por medio de un conjunto de propiedades necesarias y suficientes. Famoso es el ejemplo que propone Wittgenstein respecto de la imposibilidad de lograr una definición exhaustiva del concepto de “juego”¹¹.

Me gustaría ejemplificar ahora cómo ambas formas de comprender la idea de “naturaleza jurídica” son de común ocurrencia entre los juristas. Hasta el 17 de mayo de 2004 en Chile el ordenamiento jurídico no reconocía el divorcio vincular (me doy el gusto de anotar la fecha pues nunca deja de sorprenderme que en Chile se haya aprobado una ley de divorcio vincular solo a inicios del siglo XXI). Mientras se discutía arduamente en el Congreso el proyecto de ley que lo reconocía, varios autores argumentaron del modo que sigue: de conformidad al art. 102 del Código Civil la indisolubilidad del matrimonio es un requisito de su esencia y, por lo tanto, dicha propiedad es una de las que constituye la estructura o configuración intrínseca de esa institución. Cualquier intento de despojar al matrimonio de esta cualidad esencial supondría alterar su naturaleza misma y supondría negar aquello que hace que el matrimonio sea lo que es y se distinga de otras cosas que pueden parecerse al matrimonio, pero no lo son. Queda meridianamente claro que este ejemplo supone un uso de la voz “naturaleza jurídica” conforme al primer sentido que hemos distinguido.

A su turno, la misma ley que introdujo el divorcio vincular en nuestra legislación creó –esta palabra ya debería darnos alguna pista– la

¹⁰ MORESO 2015,10-11.

¹¹ Wittgenstein en sus propias palabras lo explica así: “Considera, por ejemplo, los procesos que llamamos «juegos». Me refiero a juegos de tablero, juegos de cartas, juegos de pelota, juegos de lucha, etc. ¿Qué hay común a todos ellos?— No digas: ‘Tiene que haber algo común a ellos o no los llamaríamos ‘juegos’» — sino mira si hay algo común a todos ellos.— Pues si los miras no verás por cierto algo que sea común a todos, sino que verás semejanzas, parentescos y por cierto toda una serie de ellos. Como se ha dicho: ¡no pienses, sino mira! Mira, por ejemplo, los juegos de tablero con sus variados parentescos. Pasa ahora a los juegos de cartas: aquí encuentras muchas correspondencias con la primera clase, pero desaparecen muchos rasgos comunes y se presentan otros. Si ahora pasamos a los juegos de pelota, continúan manteniéndose varias cosas comunes pero muchas se pierden.— ¿Son todos ellos ‘entrenados’! Compara el ajedrez con el tres en raya. ¿O hay siempre un ganar y perder, o una competición entre los jugadores? Piensa en los solitarios. En los juegos de pelota hay ganar y perder; pero cuando un niño lanza la pelota a la pared y la recoge de nuevo, ese rasgo ha desaparecido. Mira qué papel juegan la habilidad y la suerte. Y cuán distinta es la habilidad en el ajedrez y la habilidad en el tenis. Piensa ahora en los juegos de corro: Aquí hay el elemento del entretenimiento, ¡pero cuántos de los otros rasgos característicos han desaparecido! Y podemos recorrer así los muchos otros grupos de juegos. Podemos ver cómo los parecidos surgen y desaparecen” WITTGENSTEIN 1999 [1958], 31.

figura de la “compensación económica” entre cónyuges por causa de nulidad o divorcio. Casi de inmediato se produjo una intensa polémica entre los dogmáticos del derecho civil y otro tanto más en la jurisprudencia¹². Las aguas se dividieron claramente entre los que sostenían que estábamos frente a una prestación alimenticia, una prestación de naturaleza indemnizatoria o, en fin, ante una institución que poseía una naturaleza jurídica propia que no podía ser subsumida en ninguna preexistente. Esta disputa ha decaído fuertemente con el paso del tiempo –lo que nos debería dar otra pista– pero grafica muy bien cómo los juristas suelen buscar las naturalezas jurídicas de las instituciones que estudian por referencia al género o tipo más próximo y, además, ilustra las propias limitaciones de esta forma de entender el concepto de algo.

Ahora bien, hay una diferencia muy relevante entre ambos ejemplos que me interesa explorar: la segunda es tributaria de un error metodológico de común ocurrencia ya que, después de todo, los abogados no son filósofos del lenguaje; pero, la primera, esconde en mi opinión una finalidad estratégica que busca disfrazar discursos realizativamente prescriptivos a través de enunciados proposicionalmente descriptivos. Me detendré en ambas consideraciones.

No cabe duda que la discusión en torno a la compensación económica se transformó, como acertadamente apunta Quintero¹³, en el ornitorrinco de los civilistas chilenos. Desde la incorporación de esta figura se derramaron ríos de tinta para intentar encajarla –a la fuerza– en algunas de las esencias que alumbran el cielo de los conceptos de la dogmática civil sin éxito porque al igual que con el excéntrico ornitorrinco sencillamente se parecía a muchas cosas, pero no era, en verdad, ninguna de ellas. Ya sabemos cómo terminaron ambas historias: para dar cabida al ornitorrinco en las taxonomías disponibles se creó un nuevo orden (el de los *monotremas*) y la compensación económica fue calificada como una institución *sui generis*¹⁴. Queda en evidencia, entonces, lo inconducente e ingenuo de este método, pero hay algo más: muchas veces la técnica de las naturalezas jurídicas encubre la aplicación por analogía de reglas a situaciones no previstas o, derechamente, presenta la integración de lagunas normativas como una mera descripción y no como lo es, o sea, una labor argumentativa inevitablemente creativa que debería estar sujeta al control de algún criterio intersubjetivo de corrección¹⁵. En el mismo sentido Peña, hace ya varios años, en su clásico trabajo “¿Qué hacen los civilistas?” sostenía que la dogmática jurí-

¹² Una obra que revisa acertadamente esta polémica es la de PIZARRO y VIDAL, 2010.

¹³ QUINTERO 2009, 233-241.

¹⁴ La analogía entre las esencias jurídicas y el ornitorrinco está genialmente ilustrada por LAPORTA 2005.

¹⁵ QUINTERO 2009.

dica, junto a la función cognoscitiva tradicional que sus cultores estaban dispuestos a reconocer, tenía una dimensión valorativa pues prescribía por medio de proposiciones aparentemente descriptivas una forma de interpretación que consideraba correcta, siendo un caso típico el de la apelación a las naturalezas jurídicas¹⁶.

Volvamos al primer ejemplo (la indisolubilidad del matrimonio) para apreciar ahora los peligros que se esconden al apelar a la naturaleza jurídica como si fuera una propiedad descriptiva de las categorías jurídicas que utilizamos cuando, en verdad, se trata de proposiciones prescriptivas que son tributarias de algún ideal de moralidad crítica. Naturalmente, no es ninguna novedad la naturaleza dual del derecho incluyendo, por ende, tanto una pretensión de coerción como una de corrección¹⁷. El punto es que quienes apelan a la naturaleza esencial de una institución jurídica como si esta fuera una cualidad en sí de la cosa que definen, olvidan que deben justificar intersubjetivamente la corrección de esa afirmación y, como ya sospecharán, suelen no hacerlo. Podemos actualizar nuestra ilustración y referirnos a la postura de aquellos que sostienen que la diferencia de sexo es un requisito de la propia naturaleza del matrimonio y, luego, cualquier otro pacto que no la respete podrá ser una unión civil, pero jamás un matrimonio. Para este último caso vale también la misma crítica ya presentada.

Hay una variante más sofisticada de ese salto lógico en la argumentación. Alguien podría sostener, con razón, que cuando está en juego la "naturaleza jurídica" de una institución lo crucial no es desentrañar la verdadera esencia de ella, sino cuál es su función y, por ende, desechar aquellas consecuencias o efectos que son inconsistentes con dicha función. Así, por ejemplo, la posibilidad de que dos personas del mismo sexo se casen contraviene la propia función del matrimonio generando un efecto o consecuencia no deseado. Los civilistas conservadores suelen conducirse de este modo. Evaluaré si esta forma de argumentación que, dicho sea de paso, sería una refutación parcial de la falacia naturalista que acecha a las posturas iusnaturalistas, es plausible.

Una posible vía para intentar refutar la falacia naturalista es aquella que, apoyándose en MacIntyre¹⁸, vincula necesariamente el ámbito prescriptivo con el descriptivo. Esa conexión se funda en la idea de *telos*, es decir, en la tesis de que todas las cosas que existen, incluidos los seres humanos, tienden a un fin que les es propio. Para MacIntyre la idea de *telos* o fin resulta indispensable para comprender que la moral puede ser justificada racional y objetivamente, ya que es el único con-

¹⁶ PEÑA 1993. Véase también MONTERO 1992.

¹⁷ ALEXY 2008 [2002], 73-98.

¹⁸ MACINTYRE 1987, 82-84. Véase también TONTTI 2002, 125-127.

cepto que permite pasar directamente, sin falacias, de lo que es a lo que debe ser. Piénsese en el siguiente ejemplo que el filósofo nos propone: "De premisas factuales tales como 'este reloj es demasiado pesado para llevarlo encima con comodidad', la conclusión valorativa válida que se sigue es 'éste es un mal reloj'. De premisas factuales como 'él consigue una cosecha mejor por acre que cualquier otro granjero del distrito', 'tiene el programa más eficaz de mejora del suelo que se conoce' y 'gana todos los primeros premios en las ferias de agricultura', la conclusión valorativa es 'él es un buen granjero' [...] Ambas argumentaciones son válidas a causa del carácter especial de los conceptos de reloj y granjero. Tales conceptos son conceptos funcionales; o lo que es lo mismo, definimos ambos, 'reloj' y 'granjero', en términos del propósito y función que característicamente se espera que cumplan un reloj y un granjero"¹⁹.

La conclusión a la que llega MacIntyre no es plausible pues esconde el hecho bastante evidente que si las premisas factuales presuponen valores contenidos en su función, no son exclusivamente proposiciones descriptivas sino que, al menos parcialmente, enunciados prescriptivos. En consecuencia, la falacia naturalista persiste como falacia lógica. Pero lo decisivo es que también esconde una cuestión al parecer indiscutible: en medio del pluralismo propio de las sociedades modernas ya no es posible determinar cuál es el *telos* esencial del ser humano ni de muchas de las instituciones que consideramos todos como fundamentales, aunque mantengamos profundas discrepancias respecto de su función, entre ellas el matrimonio por cierto.

II. ¿Y qué hacemos entonces?

Me parece que la única salida posible es recurrir a una forma de comprender la estructura de los conceptos más sofisticada²⁰ que formaría parte de una perspectiva argumentativa acerca del derecho comprendido como una práctica social hermenéutica perfectamente consistente, por ejemplo, con la postura de Dworkin²¹. Así, la indagación respecto del sentido y alcance de un concepto jurídico se nutriría, siguiendo a Moreso²², por una parte de la *teoría de los prototipos* que exige una estructura definicional meramente probabilística. Para que una unión caiga bajo el concepto "matrimonio" basta que reúna un determinado

¹⁹ MACINTYRE 1987, 82.

²⁰ Sobre la estructura de los conceptos véase BOUVIER, GAIDO y SÁNCHEZ 2007, 24-45. No es necesario explayarse aquí sobre la ontología de los conceptos, es decir, qué clase de objetos son los conceptos. Para ello véase BOUVIER, GAIDO y SÁNCHEZ 2007, 9-24; y MARGOLIS y LAURENCE 2014.

²¹ Por ejemplo DWORKIN 2007 [2006], especialmente 63-88.

²² MORESO 2015.

y suficiente número de propiedades, que no coinciden siempre con las propiedades que reúne otra unión que también cae bajo el concepto "matrimonio"; y, por otra, de la *teoría del enfoque teórico de los conceptos* que plantea que no es posible analizar el núcleo de nuestros conceptos sin poner en relación unos conceptos con otros, igual como sucede con los términos teóricos de las teorías científicas. Moldear un concepto jurídico es, entonces, elaborar una teoría lo suficientemente amplia que lo incluya para explicar una parte de la realidad del derecho entendido como práctica argumentativa. Luego, no debemos desentrañar la naturaleza del "matrimonio" de forma aislada, sino que debemos colocarla en conexión con los otros conceptos relevantes y, sobre todo, con los valores y principios que informan esa práctica hermenéutica dual que llamamos derecho, aunque ello sea arduo y altamente disputado en las sociedades modernas constitutivamente plurales.

Por otro lado –y como nos recuerda MacCormick²³– el derecho es una práctica hermenéutica de carácter institucional. "El mundo de los seres humanos es uno que incluye no solo realidades y hechos puramente físicos, sino también hechos institucionales. A modo de una definición preliminar, estos son hechos que dependen de la interpretación de objetos, eventos y acciones singulares a través de la referencia a un determinado marco normativo"²⁴. Luego, el derecho es un elenco de hechos institucionales cuyos significados dependen del modo en que los operadores relevantes los definan y los interpreten. Toda definición legal es, entonces, una convención institucional cuyo alcance se determinará en cada momento histórico por la confluencia de legisladores y jueces como operadores primarios del sistema. Son estos los que dan contenido a la naturaleza de los conceptos jurídicos y no al revés.

Nada más para terminar quisiera hacer un comentario final volviendo al principio y la lapidaria sentencia de von Kirchmann: "tres palabras del legislador podían mandar bibliotecas enteras a las llamas". Esta sentencia nos recuerda de sopetón que las normas jurídicas –que son producto de decisiones institucionales y convencionales– no dan cuenta de alguna esencia metafísica que habite en una constelación de ideas platónicas. Así, por ejemplo, preguntarse si es de la esencia del matrimonio la diferencia de sexo de los contrayentes será útil solo hasta cuando el derecho, por medio de las potestades normativas reconocidas por él mismo, decida alterar dicho carácter lanzando a las llamas la cuestión de si pertenece o no a la esencia del matrimonio dicha propiedad. El mismo día que se publique la ley que modifique el matrimonio aceptando la unión entre dos personas del mismo sexo habrá cambiado la "esencia" del matrimonio.

²³ MACCORMICK 2011, 27-38.

²⁴ MACCORMICK 2011, 27-28.

Bibliografía citada

- ALEXY, Robert (2008 [2002]): "En torno al concepto y la naturaleza del derecho", en: *El concepto y la naturaleza del derecho* (trad. Carlos Bernal Pulido, Madrid, Marcial Pons), pp. 73-98.
- BOUVIER, Hernán; GAIDO, Paula y SÁNCHEZ BRÍGIDO, Rodrigo (2007): "Teoría del derecho y análisis conceptual", Estudio preliminar, en: RAZ, Joseph, ALEXY, Robert, BULYGIN, Eugenio: *Una discusión sobre la teoría del derecho* (Madrid, Marcial Pons), pp. 9-45.
- DWORKIN, Ronald (2007 [2006]): *La justicia con toga* (trad. Marisa Iglesias Vila e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno, Barcelona, Marcial Pons) 290 pp.
- ESTÉVEZ, José Lois (1956): "Sobre el concepto de 'naturaleza jurídica'", en: *Anuario de filosofía del derecho*, N° 4, pp. 159-182.
- LAPORTA, Francisco (2005): "El ornitorrinco y el Consejo de Estado", en: *El País*, sección Opinión, 1 febrero.
- MACCORMICK, Neil (2011[2007]): *Instituciones del derecho* (trad. Fernando Atria y Samuel Tschorne, Barcelona, Marcial Pons), 393 pp.
- MARGOLIS, Eric y LAURENCE, Stephen (2014): "Concepts", en: ZALTA, Edward [ed.] *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponible en <http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/concepts/> [Fecha de consulta: 3 de junio 2015].
- MACINTYRE, Alasdair (1987 [1984]): *Tras la Virtud* (trad. Amelia Valcárcel, Barcelona, Crítica) 350 pp.
- MONTERO, Marcelo (1992): "¿Naturaleza jurídica de qué? O en busca de las esencias nunca halladas", en: *Revista Academia de Derecho, Universidad Diego Portales*, N° 1, pp. 89-96.
- MORESO, José Juan (2015): "Nino y Dworkin sobre los conceptos de derecho", inédito. Disponible en: https://www.academia.edu/12482849/Nino_y_Dworkin_sobre_los_conceptos_de_derecho [Fecha de consulta: 24 de junio 2015].
- NINO, Carlos (1980): *Introducción al análisis del derecho* (Buenos Aires, Astrea) 477 pp.
- NÚÑEZ, Álvaro (2014): "Ciencia jurídica: un mapa conceptual", en: NÚÑEZ, Álvaro [coord.]: *Modelando la ciencia jurídica* (Lima, Palestra), pp. 13-51.
- PEÑA, Carlos (1993): "¿Qué hacen los civilistas?", en: *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, N° 28, pp. 11-28.
- PIZARRO, Carlos y VIDAL, Álvaro (2009): *La compensación económica por divorcio o nulidad matrimonial* (Santiago, LegalPublishing), 157 pp.
- QUINTERO, David (2009): "Sobre la búsqueda de la naturaleza jurídica. Un comentario a propósito de la compensación económica (sentencia de la Corte Suprema)", en: *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. XXII, N° 2, pp. 233-241.
- TONTTI, Jarkko (2002): "Tradición, interpretación y derecho", en: NAVARRO, Pablo y REDONDO, María Cristina [comps.]: *La relevancia del derecho* (trad. Pablo E. Navarro, Barcelona, Gedisa) pp. 117-128.
- WITTGENSTEIN, Ludwig (1999 [1958]): *Investigaciones filosóficas* (trad. Alfonso García Suárez y Ulises Moulines, Barcelona, Altaya), 186 pp.

VERGARA BLANCO, Alejandro (Editor) (2014)

Dogmática y Sistema. Estudios de Teoría del Derecho (Santiago, LegalPublishing) 232 pp.

El libro que comento reúne trece trabajos de distintos autores sobre diversos temas relativos a la Teoría del Derecho. Esta publicación constituye un esfuerzo del editor por retomar la enseñanza de esta disciplina jurídica en los programas de pregrado y postgrado en Derecho, erigiéndola como una herramienta esencial no solo para la formación de abogados, jueces y juristas, sino que esencial para el desarrollo de investigaciones jurídicas.

Se analiza el libro agrupando su contenido en temas. Así, en un primer grupo de temas encontramos los estudios que abordan la noción de núcleo dogmático, de sistema y de unidad del ordenamiento jurídico, en este sentido Ana Pino Torres explica en su trabajo *Sobre la teoría del ordenamiento jurídico, su unidad y coherencia*, las bases de la teoría del ordenamiento jurídico indicando que su núcleo se encuentra en la noción de "sistema jurídico", el cual está compuesto a su vez por subsistemas ligados por principios vinculatorios y armonizadores, adicionalmente analiza con detenimiento su unidad y coherencia. Enseguida, Christian Rojas Calderón en *Análisis sistémico del Derecho. Su aplicación para el Derecho Administrativo*, aborda la noción de sistema en el ámbito del Derecho administrativo, el que a su juicio sería la ciencia matriz respecto de otras ciencias de derecho particular, y que ha de construirse reflexionando sobre instituciones y categorías fundamentales tanto del *ius publicum* como *privatum*, las que pueden colaborar en la obtención de modelos de solución a partir de sus desarrollos normativos y dogmáticos. Luego, Sophia Romero Rodríguez en *Construcción de los núcleos dogmáticos de las disciplinas jurídicas. En especial, el caso del Derecho Procesal*, explica la utilidad y la necesidad de la construcción de los núcleos dogmáticos de las disciplinas jurídicas como una forma de otorgarle eficacia, unidad

y coherencia al Sistema de Derecho; en este contexto establece la autonomía del Derecho Procesal como disciplina a través de la construcción de tres núcleos: la existencia de una potestad jurisdiccional, la necesidad de tutela jurisdiccional, y la existencia de la decisión sobre el fondo del asunto. Por último, Josefina Tocornal Cooper en *Algunas consideraciones a la observación sociológica de Niklas Luhmann sobre el Derecho: Teoría de los sistemas, Sistema de Derecho y Dogmática jurídica*, analiza de manera sumaria las tesis de dicho abogado y sociólogo, para el cual el derecho es un subsistema funcional de la sociedad, de carácter abierto y que entiende que si bien la dogmática debe respetar las formulaciones, es inevitable que reciba injerencias valorativas, distinguiéndola de un sistema jurídico, conforme allí se explica.

En un segundo orden, Regina Díaz Tolosa en la *Concurrencia de normas: la norma especial no siempre desplaza a la general*, explica la problemática que se suscita a propósito de la concurrencia de normas jurídicas, conflicto respecto del cual invita a distinguir entre una antinomia real y una aparente, para ello identifica el criterio de especialidad para superar la primera de ellas, el cual no podría ser aplicable en el segundo puesto que aprecia en esa concurrencia que la intención de la ley, al establecer consecuencias jurídicas compatibles, fue no excluir completamente su aplicación, lo cual se podrá determinar mediante una interpretación teleológica-sistemática.

Enseguida, un tercer grupo estudia algunos criterios de interpretación, en tal sentido Manuel Barria Paredes en *El elemento de interpretación gramatical. Su origen en Savigny, algunos autores modernos y la doctrina nacional*, analiza el génesis de ese elemento de interpretación y determina si en la actualidad su terminología ha mutado. Luego Hugo

Vilches Fuentes en *El criterio literal como punto de vista directivo de la interpretación legal*, aborda la literalidad, el texto de la ley y las dificultades que ello genera, en aras de proporcionar herramientas metodológicas que permitan entregar una comprensión adecuada de la norma.

A continuación, un cuarto grupo comenta el rol de la jurisprudencia, al efecto Jorge Femenías Salas en su trabajo sobre *Teoría del hecho jurídico en la labor de jueces y juristas*, aborda la temática del hecho jurídico, su aparición e importancia en el estudio de la Ciencia del Derecho, para luego analizar la labor del intérprete para adecuar el hecho bruto al presupuesto de hecho contenido en la norma. En relación a la misma temática Carolina Schiele Manzor en *La jurisprudencia como fuente del Derecho: el papel de la jurisprudencia*, a partir de un concepto restrictivo de jurisprudencia, explica que la jurisprudencia constituye una fuente del derecho que opera en la práctica cumpliendo una labor fundamental de constante actualización e integración del ordenamiento jurídico.

Un quinto grupo de autores estudia esencialmente la función de los principios jurídicos, así Enrique Alcalde Rodríguez en *El espíritu general, los principios jurídicos y los valores como elementos de exégesis legal y constitucional*, analiza los efectos y complejidades de cada uno de estos elementos, expresando que el primero es un auxilio para jueces y juristas para discernir la adecuada interpretación y aplicación de una norma legal, pese a que la jurisprudencia nacional no indica si posee un carácter subsidiario, enseguida, indica que el uso de valores y principios para determinar el sentido y alcance de preceptos constitucionales encierra peligros evidentes, como sería validar interpretaciones que se adecuan a la personal opinión del intérprete. Luego Daniela Rivera Bravo en *El rol de los principios en la actividad de jueces y juristas*, explica que los principios son un conjunto de directivas que orientan, informan y llenan de contenido las instituciones que conforman una disciplina jurídica, cuyo descubrimiento e identificación es una tarea que corresponde a jueces y juristas,

sujeta a límites que no siempre son fáciles de observar.

Finalmente, un sexto grupo aborda las instituciones de los conceptos jurídicos indeterminados y de las ficciones jurídicas, sobre los primeros Paulina González Vergara explica en su texto *Aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados*, su concepto, los elementos de su estructura, los tipos, y su diferencia con las potestades discrecionales. Por su parte, Raúl Soto Villafior en *Las ficciones jurídicas*, aborda su estudio dentro de la Teoría del Derecho, explicando a partir de un análisis histórico-doctrinal sus orígenes, concepto, características y objeto, para luego desarrollar las ficciones en el Derecho Civil chileno vigente y en el sistema jurídico.

En suma, se trata de una publicación que busca recordar la importancia y relevancia de la Teoría de Derecho como disciplina que permite el conocimiento del fenómeno jurídico *in integrum*, lo que hace a través de un análisis de los diversos elementos que componen esa disciplina, entregando como resultado al lector una pincelada de las materias y problemáticas a las cuales se enfrenta esta rama del derecho. En este sentido, cabe destacar la presente publicación, que tiene por objeto continuar con el trabajo contenido en el libro que comento.

Rosa Gómez González¹

Investigadora

*Programa de Derecho Administrativo
Económico UC*

¹ Abogada, Magíster en Derecho Regulatorio. Alumna del Programa de Doctorado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Beneficiaria Beca CONICYT-PCHA/Doctorado Nacional/2016-Folio N° 21160419. Correo electrónico: rsgomez@uc.cl.

Carácter especializado de las Actas

El Plan Editorial de las Actas de Teoría del Derecho (ATeDer) cubre, principalmente, las siguientes temáticas:

- **Hecho jurídico**

Teoría del hecho jurídico – Núcleo del hecho jurídico – Hechos jurídicamente relevantes – El hecho en cuanto a acontecimiento y en cuanto a enunciado – Análisis de los hechos: hipótesis que establece la ley y los hechos reales.

- **Fuentes del Derecho**

Las fuentes del Derecho – Clasificación de las fuentes del derecho – Teoría de las normas – La noción de sistema jurídico: el Derecho como sistema normativo y como ordenamiento – Unidad, plenitud y coherencia del sistema jurídico – Las ramas y disciplinas del Derecho.

- **Interpretación y hermenéutica jurídica**

Concepto y objetivo de la interpretación – Teorías de interpretación jurídica – Criterios y clases de interpretación jurídica – Funciones de la interpretación – Problemas de la interpretación – Fuentes sustitutas: la costumbre y los principios jurídicos.

- **Desarrollo jurisprudencial del Derecho**

Criterios jurisprudenciales – Casos destacados – Decisiones que han marcado precedentes – Cambios jurisprudenciales: fundamento y justificación práctica – La importancia de los “precedentes” para la formación del “Derecho judicial”.

- **La doctrina jurídica**

Rol de los juristas en la sociedad y la tarea de hacer ciencia con las leyes – Procedimientos empleados para la producción dogmática – Métodos científicos utilizados para la producción dogmática – Sistematización jurídica de las disciplinas del derecho.

- **Principios y epistemología jurídica**

Tipos de Principios jurídicos – Construcción de principios jurídicos especiales de cada disciplina jurídica – Fuentes generadoras de principios – Matrices disciplinares – Productos derivados de la labor del jurista: principios propios y particulares de cada disciplina y el establecimiento de los límites y márgenes de su disciplina (epistemología).

