

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

2011

PONENCIAS EN VALPARAÍSO I



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL



**ANUARIO DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL
2011**

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL N° 29
2011

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Austral de Chile, Católica del Norte, Católica de Temuco, Católica de Valparaíso, Católica de la Santísima Concepción, de Antofagasta, de Concepción, de Los Andes, de Chile, y Diego Portales.

Especial mención cabe hacer a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, "Edeval" se llevó a cabo la impresión de este volumen.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

I. S. B. N. — 0170 — 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL
Errázuriz 2120 - Valparaíso
E-mail: edeval@uv.cl

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

2011

PONENCIAS EN VALPARAÍSO I

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO
(2011 - 2013)

Daniela Accatino, Fernando Atria, Flavia Carbonell,
Rodrigo Coloma, Jesús Escandón, Joaquín
García-Huidobro, Pablo Ruiz-Tagle, Agustín
Squella, y Luis Villavicencio.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social
tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La
correspondencia puede ser dirigida a la casilla 3325,
Correo 3, Valparaíso, o al correo electrónico
rcoloma@uahurtado.cl

PRESENTACIÓN

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, fundada en Valparaíso en 1981 como sección nacional de la Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social, presenta el número 29 de su Anuario de Filosofía Jurídica y Social, correspondiente a 2011.

La obra reproduce las ponencias hechas en sesiones plenarias de la Cuarta Jornada Chileno Argentina de Filosofía del Derecho, que tuvo lugar en la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso en el mes de noviembre de 2011, coincidiendo con la celebración del centenario de dicha unidad académica. Contiene, asimismo, parte de las ponencias que fueron presentadas en comisiones de dicha jornada.

Las ponencias presentadas en comisiones que no se incluyen en este número del Anuario lo serán en el Anuario de Filosofía Jurídica y Social número 30, correspondiente a 2012, que aparecerá en los primeros meses de 2013.

Cabe señalar que la primera de estas jornadas binacionales tuvo lugar en 2004 en Buenos Aires, la segunda en Santiago en 2006, la tercera en Mendoza en 2009, y la cuarta en Valparaíso en 2011. En cuanto a la quinta jornada, tuvo lugar en Mendoza en el mes de octubre de 2012.

Durante el período 2011-2013, el Directorio de nuestra Sociedad es el que aparece en la página 6. Presidente del Directorio es Rodrigo Coloma, Secretaria General Flavia Carbonell, y Tesorera Daniela Accatino.

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

PONENCIAS EN PLENARIAS

LA DOCTRINA JURÍDICA Y LAS FUENTES DEL DERECHO

RICARDO VÍCTOR GUARINONI *

Uno de los problemas más difíciles de enfrentar desde una Teoría General del Derecho es el de la doctrina en su relación con el sistema jurídico. Ello resulta de dos problemas fundamentales, sobre los cuales no hay acuerdo: a) el papel que ha desempeñado la doctrina de los juristas en distintas épocas y diferentes sistemas jurídicos, especialmente en los sistemas actuales b) el carácter de la filosofía del derecho, o, prefiero decir, de la teoría general.

Comencemos por el primero.

I. Un poco de historia y las concepciones del derecho

Desde que la humanidad consideró necesario agregar con algún criterio (cronológico, proveniente de la misma autoridad, etc.) algún conjunto de normas, se produjo la diferenciación entre el o los dadores de normas y quienes trataran de interpretarlas, fuera de los encargados de aplicarlas, los jueces, que siempre han sido vistos como necesarios, dado el carácter de las normas generales, que se muestran reacias a ser aplicadas sin más a los casos concretos (no voy a entrar a discutir aquí

* Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires.

la relación entre legisladores y jueces, que merece un capítulo aparte). La distinción entre legislador e intérprete tiene una larga tradición, en una primera época, de la cual hay resabios hasta hoy, mediante la prohibición del rol del segundo. Los más antiguos códigos del mundo (p. ej. el de Lipith-Ishtar o el de Hammurabi) poseen como final un anatema religioso contra quien busque apartarse de sus normas, por vía de la interpretación. Una constante en la historia humana es la de los legisladores que creen que el conjunto de normas que dictan es perfecto, por lo que se descarta cualquier tipo de interpretación, que solo vendría a desnaturalizarlo. Se cuenta que cuando Napoleón supo que apareció el primer comentario doctrinario al Código Civil, en cuya redacción había participado decisivamente, dijo: “*Mon code est perdu*” (“Mi Código se ha perdido”).

Frente a la actitud de prohibir la aproximación a los textos desde una perspectiva, hay otra que favorece la interpretación de los textos legales. La más extrema y famosa es la de algunos jurisconsultos romanos del Imperio, que poseían lo que se llamó “*jus publice respondendum ex auctoritate principii*”, y cuyas interpretaciones de los rescriptos imperiales, cuando se les sometían en forma de consulta, eran obligatorias.

Entre estas dos formas de considerar a la producción de los autores ha oscilado históricamente la visión de la doctrina como fuente del derecho. No voy a avanzar aquí acerca de una teoría de las fuentes del derecho. Bastará con decir que, por más que se trate de una metáfora inadecuada, es la forma tradicional de referirse a las diversas instancias productoras de lo que acostumbramos llamar derecho, lo cual muchos identificarían con producción de normas jurídicas. Tampoco me detendré en la vieja polémica acerca del concepto de derecho, dado que ello nos llevaría extremadamente lejos, aunque la concepción que se tenga del derecho sin duda es determinante para nuestro tema.

En cuanto a la doctrina, basta con expresar que, desde que hay normas, siempre ha habido quienes trataran de comprenderlas o explicarlas. La doctrina jurídica posee una larga tradición, que casi no se ha modificado desde que los glosadores realizaban comentarios acerca de las normas que figuraban en el Digesto, u otros cuerpos legales. La aplicación de normas generales a casos individuales, por otra parte, ha generado siempre la misma clase de problemas. Lo que ha variado es la consideración que se ha tenido de los comentarios de los juristas.

Modernamente, a partir de escuelas como la de la exégesis y la subsiguiente dogmática jurídica, en el derecho continental se comenzó a hablar de una “Ciencia del Derecho”. Relativizó esta pretensión científica, ya que en los países anglosajones, en el reino del “*common law*” no hay una tradición que conceptualice a los estudios jurídicos como “*Ciencia*”. A lo sumo se habla de *Teoría del Derecho*, por oposición a lo que se denomina “*Jurisprudence*”, que funcionaría como una teoría de segundo nivel, o Teoría General. Entre los pioneros del positivismo, es sabido que Austin distinguía entre lo que llamaba *Jurisprudence*, que entendía como una disciplina descriptiva dedicada al estudio del Derecho positivo, para él el conjunto de mandatos del soberano, y la *Ciencia de la Legislación*, la *Teoría moral* y *Teoría política*, como disciplinas que efectuaban propuestas sobre el Derecho. Hart prefiere hablar de una *Teoría General Descriptiva*, más que de “*Jurisprudence*”¹.

La Teoría del Derecho, en el derecho anglosajón, en general, no es vista como una tarea científica. Para citar un ejemplo, en un libro de epistemología, *Defending science – within reason*², Susan Haak, que enseña Derecho en la Universidad de Miami, dedica un capítulo a la relación entre la Ciencia y el Derecho, y trata exclusivamente de la regulación jurídica de la presentación del testimonio de los peritos científicos en los juicios, sin que aparezca ninguna mención de la llamada Ciencia del Derecho. El derecho es visto mayormente como una actividad práctica, alejada del conocimiento riguroso. No hay que olvidar que el realismo jurídico ha florecido y dejado una gran huella en la filosofía jurídica en esos países, sobre todo por referir el derecho a las sentencias judiciales, en lo cual coincide con el common law.

Pero en países como el nuestro se suele hablar de “Ciencia del Derecho”, como el resultado de la actividad desplegada por los juristas. La pretensión de cientificidad no posee solamente el propósito ideológico de aprovecharse de la valoración positiva que evoca la palabra “ciencia” —aunque sin duda constituye un motivo importante para adoptarla—

1. Ver HART, H.L.A., *The Concept of Law*, 2^o ed., Oxford University Press, Postscript, pág. 242.

2. Prometheus Books, NY, 2003.

sino que busca también hacer referencia a la utilización de un método más o menos uniforme, y a la idea de una práctica colectiva. Ambos buscan llevar a la comprensión y sistematización de un conjunto normativo, que puede ser el perteneciente a un país o el que rige en la comunidad internacional. Y la pretensión lleva implícita la idea de objetividad, que se extrae de la tarea científica. Mediante la aplicación de un método compartido, se obtendrán resultados similares en diferentes sistemas jurídicos.

La idea de “Ciencia del Derecho” se encuentra ligada a la creencia en la sistematicidad de los conjuntos de normas. La tarea científica fundamental resulta la de presentar a las normas como un sistema. Y es en este sentido que, se insiste, se puede justificar la tarea de los juristas dogmáticos como constituyendo una tarea científica, que estaría básicamente compuesta por la descripción ordenada y sistemática del material normativo que —antes o después de la intervención del científico— configura un sistema.

II. El punto de vista de la Filosofía del Derecho o Teoría General

Respecto de la actividad de los juristas, creo que una buena forma de entender a la Filosofía del Derecho o Teoría General es verla como una Epistemología Jurídica. En definitiva, ello permitiría caracterizar a la filosofía del derecho como una epistemología de la ciencia del derecho. Parece corresponderse con la tarea de la epistemología en las demás ciencias. Es un problema legítimo para la epistemología, p. ej. de la física, el de considerar tanto la cuestión ontológica de la existencia de los objetos físicos, cuanto la formulación correcta de teorías físicas. En este sentido, frente a teorías físicas como la de Newton o Einstein, aparecen modelos epistemológicos como el de Bacon, la inducción, o Popper, el hipotético deductivo, que dan cuenta de diferente manera de la formulación y validación de las teorías físicas.

La filosofía del derecho, en forma análoga, puede tener como objeto tanto la existencia y correlación de determinados objetos jurídicos, extraídos directamente del lenguaje de las normas, como el análisis de las categorías y teorías formuladas por la ciencia del derecho. En este sentido, funciona como una verdadera epistemología jurídica.

Uno de los grandes problemas de la epistemología, a mi modo de ver, es la ambigüedad en cuanto a su función. Se trata de una forma de describir lo que hacen los científicos o de prescribir cuál es la forma en que quienes se dedican a formular teorías deben hacerlo? Por poner un ejemplo: qué es lo que hace Popper? Está describiendo la forma en que se formulan y validan las teorías científicas o expresa la forma en que se deberían validar? En su formulación clásica, apunta solo a lo primero. Por eso es que quienes postulan epistemologías diferentes, desde Lakatos a Feyerabend, buscan sostener teorías ligadas a la realidad, a lo que los científicos efectivamente hacen cuando formulan hipótesis científicas y las contrastan. Por cierto, a partir de una descripción se puede generar una normativa. La descripción de cuál es la estructura de una teoría exitosa puede generar un conjunto de normas acerca de cómo se debe hacer para formular teorías exitosas. Es importante, sin embargo, diferenciar ambas aproximaciones.

Una visión descriptiva de la ciencia, buscará dar cuenta de lo que los científicos hacen cuando desarrollan la actividad que llamamos ciencia. Y muchas veces servirá para discriminar entre las diferentes clases de enunciados que componen una disciplina.

Qué se puede decir, en este contexto, acerca de la epistemología jurídica?

Demos por sentado que la actividad científica del derecho busca establecer un sistema de normas. Desde una posición positivista, la Teoría General o Filosofía del Derecho debe ser descriptiva. Ello permitirá dar cuenta de lo que efectivamente hacen los juristas prácticos cuando se enfrentan a un material normativo. Y un gran interrogante es el de quién establece el sistema, tarea que muchas veces se adjudica a la ciencia jurídica. Se ha sostenido asiduamente que el derecho, en sí mismo, no constituye un sistema, y es tarea de la ciencia jurídica el constituirlo.

III. Un análisis lingüístico

Vale la pena distinguir entre las diferentes tareas que los juristas llevan a cabo. Y creo que un modo fructífero de realizarlo es analizando el lenguaje de los científicos del derecho, lo que nos puede llevar a

distinguir diversas categorías. En lo que sigue, trataré de describir lo que constituye el contenido habitual de las proposiciones de los juristas, lo cual servirá para someter a crítica a algunos de los presupuestos de la dogmática, tal como todavía se practica.

En primer lugar, hay que distinguir entre prescripciones y descripciones. Es un lugar común en los autores positivistas el sostener que la actividad de los juristas es descriptiva. Ello aparece enunciado claramente en autores como Kelsen o Hart, conjuntamente con la idea de distinguir entre normas, proposiciones prescriptivas, y “enunciados jurídicos”, que pertenecen a la ciencia del derecho y describen normas. Muchas veces se dice que las proposiciones descriptivas jurídicas pueden ser idénticas en su formulación a las normas, de modo que frente a una formulación como “es obligatorio pagar los impuestos” no sabemos si se trata de una norma o un enunciado que la describe. La gran diferencia entre las normas y los enunciados descriptivos de normas, según la mayoría de los autores, es que las normas no pueden ser ni verdaderas ni falsas, y los enunciados jurídicos admiten esa predicación. En cuanto descripción de una norma, el enunciado que expresa que es obligatorio pagar los impuestos será verdadero si describe una norma válida de un sistema determinado, con lo cual puede ser verdadero respecto de algunos sistemas y falso respecto de otros (aunque no cabe considerar aquí la eficacia de la norma, que en algunos sistemas es más bien escasa).

Por otra parte, si analizamos los enunciados que habitualmente utilizan los juristas, podremos distinguir entre los enunciados descriptivos y los normativos o valorativos. Comencemos por los primeros.

1) *Enunciados descriptivos*

a) Una primera categoría de enunciados que los juristas utilizan es la de lo que podemos llamar **proposiciones jurídicas**, que son descriptivas de normas, sin agregar ningún aditamento. Ciertamente, aquí aparece un problema con las normas ambiguas. Cada norma cuya interpretación pueda tener más de un sentido, merecerá más de una descripción.

Es obvio que la tarea de los juristas no se agota en el mero enunciado de descripciones de normas. En caso contrario, un tratado de, p. ej. Derecho Penal Argentino, comenzaría diciendo “El Código Penal dice:...” y luego transcribiría todo lo que dice el Código Penal Argentino. Aunque en los tratados de derecho incluyen muchos enunciados que describen normas en forma literal, los juristas suelen realizar otras tareas respecto del material normativo.

b) Sobre la base de las normas emanadas de la misma autoridad, o vigentes en determinado ámbito, los juristas frecuentemente incluyen como perteneciendo al sistema **normas derivadas**, que se derivan lógicamente de las normas consideradas válidas. Para ello se utilizan reglas de inferencia basadas en una lógica, o, como se verá más adelante, diversos recursos interpretativos³. Creo que en la medida en que se trate de derivaciones lógicas, nos mantenemos en el nivel descriptivo. La derivación lógica incluye la posibilidad de aplicar las normas generales a casos concretos. Desde un punto de vista descriptivo, se puede dar cuenta de la subsunción de determinados casos en la norma general. Cuando hay varias normas que es posible derivar de un conjunto normativo, la elección de una solución, por lo general no es producto de la lógica sino de una decisión. Para ello se suelen seleccionar las premisas de un razonamiento que mejor satisfagan al intérprete, lo que involucra actos decisionales.

c) Desde un punto de vista descriptivo, también se puede incluir aquí la búsqueda de principios, a través de la formulación de **proposiciones hipotéticas generales** que buscan dar cuenta de los principios que subyacen a la formulación de normas. He tratado esto en otro lugar⁴, y me abstengo de repetirlo. Lo único que puedo decir es

3. En esto disiento con las ideas que expresa Aguiló respecto de las que llama *normas implícitas* (Aguiló, Josep, Teoría General de las Fuentes del Derecho, Ariel, Barcelona, 2000, Cap. VII). Descarta como “no interesante” la concepción de normas derivadas desde el punto de vista lógico, y prefiere aludir a normas no dictadas por un legislador. En esto aparece comprometido con una visión iusnaturalista. Mi posición es totalmente inversa. Creo que es no sólo interesante sino necesario descubrir cuáles son las reglas que se derivan de un conjunto de normas, y, asimismo, resulta una fuente de confusión creer que hay normas jurídicas no provenientes de fuentes sociales, y cuyo contenido se puede determinar en forma objetiva.

4. GUARINONI, R., Derecho, lenguaje y lógica, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2006, caps. I y II.

que se pueden formular hipótesis relativas a principios generales subyacentes a un conjunto de normas, y luego verificar si se cumplen, en forma similar a la formulación de teorías científicas y su correspondiente verificación empírica, y con las mismas consecuencias. Esto cubre la tarea sistematizadora que se ha adjudicado siempre a la ciencia del derecho.

d) Un corolario de la tarea descriptiva de la ciencia del derecho, llevaría a constatar que, a veces, no hay soluciones jurídicas para determinados casos, nos encontramos frente a una **laguna normativa**, o hay **soluciones incompatibles** entre las que no se puede elegir mediante el uso de los mecanismos tradicionales de elección entre ellas, o existen **indeterminaciones lingüísticas irreductibles**, como por ejemplo generadas por la vaguedad del lenguaje. Lo que a veces no se distingue es la diferencia entre la descripción y el sistema que se busca describir. Se puede hacer una descripción completa de un sistema incompleto, así como describir un sistema inconsistente en forma consistente. Creer lo contrario es una fuente de confusión, que muchas veces lleva a los juristas a creer que deben proporcionar soluciones, aunque no se encuentren en las normas, porque se espera de ellos que completen la tarea de quienes proporcionan las normas del sistema. Muchas veces esta creencia no es inocente, sino que se basa en una ideología que, en el mejor de los casos se busca derivar del sistema jurídico en general, y, en el peor, resulta la que el intérprete busca injertar en el material normativo.

Entre las funciones que se han asignado tradicionalmente a la dogmática jurídica, muchas de ellas poseen carácter normativo, basadas en una determinada axiología.

2) *Enunciados normativos*

- a) Los juristas muchas veces producen enunciados de **lege ferenda**, cuando la solución que brindan las normas les resulta disvaliosa. Muchas veces esta posición se hace pasar como una postura descriptiva, que viene a señalar inconsistencias en las normas. Muchas veces las teorías jurídicas se utilizan

en forma apodíctica, desde el exterior de un sistema jurídico⁵, con independencia de lo que éste diga. Las llamadas “lagunas axiológicas” muchas veces aparecen como consecuencia de la discrepancia valorativa entre el doctrinario y las normas vigentes.

- b) Los **métodos o reglas de interpretación** suelen ser utilizados para favorecer una lectura determinada de las normas, acorde con la postura valorativa del intérprete. Dado que hay métodos para todos los gustos, y que pueden llevar a la adopción de soluciones contradictorias, la adopción de un método determinado suele tener más que ver con el resultado que busca el intérprete que con una descripción del sistema. No hay una jerarquía uniforme entre los métodos, ni una coincidencia en su utilización, por lo que el mismo intérprete puede utilizar métodos interpretativos diferentes para analizar normas distintas, hasta del mismo cuerpo normativo (p. ej. privilegiar la analogía en un caso y el argumento *a contrario* en otro).
- c) La invocación de **razonamientos no rigurosos**, al punto que muchos consideran que éstos deben desplazar a la lógica. Lo que se resalta es el carácter normativo de la argumentación jurídica, y la idea de que ella suministra razones para la acción, con independencia de la consistencia lógica de los razonamientos
- d) La subordinación del derecho a **argumentos valorativos**, provengan del viejo derecho natural, la apelación a principios que están por encima de los textos normativos o el fundamento de doctrinas modernas como el neoconstitucionalismo. Por lo general estas ideas aparecen asociadas a la tesis de la única respuesta correcta, y alguna receta para encontrarla. Detrás de todo ello se encuentra la idea de la objetividad de los valores, con diferentes fundamentos.

5. GUARINONI, op. cit., Cap. II.

Qué se puede decir desde el punto de vista epistemológico? Creo que un sana epistemología de la ciencia del derecho tiene que tratar de distinguir, como hemos hecho, entre los enunciados descriptivos y los normativos o valorativos. Esto equivale a adoptar la tesis del positivismo metodológico, tal como fuera definido por Bobbio⁶, respecto de los enunciados descriptivos.

En realidad, el tomar a la doctrina como una empresa descriptiva resulta muy razonable. Sin embargo, la ciencia del derecho ha recorrido un camino distinto. Cabría preguntarse porqué, dado que la doctrina no está obligada a aportar siempre una solución para cualquier caso jurídico, obligación que pesa generalmente sobre los jueces, salvo en contados regímenes donde podían excusarse de fallar y pronunciarse *non liquet*.

Hay varias razones posibles; con fundamentos ideológicos y psicológicos. Se debe tener en consideración también que la doctrina de los juristas juega un fuerte papel retórico, ya que está dirigida al auditorio de quienes ejercen la profesión jurídica, sean otros doctrinarios, magistrados o abogados y, en este sentido, posee consecuencias prácticas nada desdeñables.

En primer lugar, el intérprete busca reforzar el resultado de su interpretación especificando que lo ha encontrado, y no lo creó, para lo cual utiliza la idea de que el derecho es un sistema completo y consistente. Se trata de un argumento retórico para reforzar la adopción de una solución jurídica determinada, aunque no siempre se utilice en forma consciente.

También juega la idea de la propia importancia como experto en derecho que suele poseer el intérprete. Confesar que un caso no tiene solución jurídica, suena a la admisión de la propia ignorancia, lo cual hiere al jurista en su condición de experto en derecho.

En segundo lugar, la calificación de Ciencia del Derecho adjudicada a la actividad de los juristas, tiende a aprovecharse del prestigio de que goza la ciencia, y también de la asociación del conocimiento científico con la objetividad. Si la búsqueda de soluciones

6. BOBBIO, Norberto, El problema del positivismo jurídico, EUDEBA, Bs. As., 1965.

jurídicas posee parámetros objetivos, las soluciones encontradas se vuelven mejor justificadas.

Asimismo juega un importante papel la idea del legislador racional, a quien se imputan todas las normas vigentes, y sirve como fundamento para negar la existencia de lagunas, contradicciones o imprecisiones. Con ella puede vincularse la de la única respuesta correcta, aunque esta última muchas veces aparece fundada en la adscripción al derecho de contenidos valorativos.

IV. Conclusión

Como conclusión, creo que una buena forma de realizar una epistemología de la ciencia jurídica, sería la de proveer a distinguir entre los momentos normativos y los descriptivos en la actividad de los juristas, y tratar de que éstos hagan lo propio. No digo que los juristas deban dejar de valorar para encontrar soluciones, sino que sean conscientes de cuándo lo hacen, y además lo expliciten. Con ello contribuirían a sentar las bases de una verdadera Ciencia del Derecho. En el estado actual de la Dogmática, la falta de discriminación es constante. Si se hacen pasar a las valoraciones como descripciones, y a las justificaciones como explicaciones, la crítica racional de las conclusiones resulta muy difícil, o imposible.