

LA DETERMINATIO EN EL PROCESO DE ADJUDICACIÓN: UNA VISIÓN PRUDENCIAL DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO

DETERMINATIO IN THE PROCESS
OF ADJUDICATION: A PRUDENTIAL
VIEW OF LEGAL REASONING

JOSÉ JULIÁN SUÁREZ-RODRÍGUEZ*

* Abogado de la Universidad de La Sabana, licenciado en Filosofía Eclesiástica de la Universidad de Navarra. Profesor titular de Razonamiento Jurídico en la Universidad de La Sabana. Investigador del grupo de "Justicia, ámbito público y derechos humanos" de la Universidad de La Sabana, Chía, Colombia.

El autor agradece a los profesores Gabriel Mora Restrepo y a Camila Herrera Pardo por su colaboración en el desarrollo de las ideas de este escrito.



Universidad de
La Sabana

RECIBIDO JULIO 9 DE 2010, ACEPTADO SEPTIEMBRE 14 DE 2010

RESUMEN

Este trabajo centra su atención en un problema concreto: la naturaleza del proceso de determinación del Derecho en los casos concretos. Para resolverlo se exploran, en primer lugar, las diferentes corrientes de la teoría del derecho que han intentado una descripción de este procedimiento, y en las que quedan al descubierto los principales interrogantes que dejan abiertos a la teoría de la adjudicación judicial. La necesidad de una justificación racional adecuada a la naturaleza práctica de la realidad jurídica es el hilo conductor del resto de trabajo, y la deliberación práctico-prudencial es la respuesta a la pregunta por la naturaleza del proceso de determinación concreta del Derecho. Una deliberación que indaga por los medios más adecuados, según las circunstancias concretas, para alcanzar el fin de la labor del jurista: la concreción del Derecho en los casos particulares.

PALABRAS CLAVE

Racionalidad práctica, justificación interna, justificación externa, deliberación prudencial, prudencia jurídica.

ABSTRACT

This article focuses on a concrete problem: the nature of the process of the determination of law in specific cases. To solve said problem, different schools in the Theory of Law, which have attempted to describe the determination process and in which the main questions on the theory of judicial adjudication are evident, are explored. The need for a proper rational justification of the practical nature of legal reality is the cohesive line for the rest of this work, and the practical- prudential deliberation is the answer to the question about the nature of the process of determination of law. A deliberation that investigates the more adequate means, bearing in mind the specific circumstances of each case, to reach the final purpose of the jurist's work: the concretion of law in particular cases.

KEY WORDS

Practical rationality, internal justification, external justification, prudential deliberation, legal prudence.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN; 1. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN; 1.1. DEL MECANICISMO A LA DISCRETIONALIDAD JUDICIAL; 1.2. EVALUACIÓN CRÍTICA; 2. EL RAZONAMIENTO PRÁCTICO-PRUDENCIAL COMO ACTO DE DETERMINACIÓN DEL DERECHO; 2.1. LA EXIGENCIA DE JUSTIFICACIÓN INTERNA: EL RAZONAMIENTO FORMALMENTE CORRECTO; 2.2. LA EXIGENCIA DE JUSTIFICACIÓN EXTERNA; 2.3. EL RAZONAMIENTO DELIBERATIVO-PRUDENCIAL COMO FORMA DE DETERMINACIÓN RACIONAL DE LAS PREMISAS NORMATIVA Y FÁCTICA; 3. CONCLUSIONES; BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

El oficio del jurista, explica J. HERVADA, consiste en el discernimiento y la determinación de *lo justo* —que es lo mismo que decir el Derecho— en los casos concretos¹. La afirmación con la que se ha decidido iniciar este ensayo nos ubica en el contexto de análisis del mismo: el momento de la adjudicación judicial. En efecto, es en este momento en el que el juez —jurista por excelencia— determina e impera (ordena con autoridad) el Derecho y la deuda en un caso concreto. Pero la cuestión sobre la que se pretende aquí una reflexión es la del acto intelectual que hace posible dicha adjudicación de un derecho o de una deuda concreta.

El positivismo jurídico de los siglos XIX y XX, coherente con su concepción de la ciencia jurídica, despojó de racionalidad al proceso de determinación del Derecho en el caso concreto. Dicho proceso no era más que el resultado de una operación mecánica de subsunción silogística, en unos casos, o un procedimiento meramente voluntarista, en otros.

Diversas críticas debilitaron, por lo menos en la teoría jurídica, las tesis de esta escuela que hoy en día suenan trasnochadas. Las corrientes que abogan por la recuperación de la racionalidad de las ciencias prácticas y del pensar analógico de la ciencia jurídica han pretendido reelaborar la teoría de la adjudicación judicial para recuperar, a su vez, el papel protagónico y central que en este proceso tiene el operador jurídico. Desde esta perspectiva, han tomado fuerza las categorías de *justificación interna* y *justificación externa*, que aluden a las diversas exigencias racionales de justificación de las decisiones judiciales. Por otro lado, la hermenéutica ha introducido en la filosofía y la teoría del Derecho una nueva y renovada concepción del papel del intérprete en este proceso de determinación y ha roto el paradigma de los casos fáciles y los difíciles, poniendo de relieve que todo caso, por fácil que aparente ser, requiere algún tipo de interpretación.

Así, la teoría de la justificación ha aparecido en este escenario exigiendo a las decisiones judiciales un fundamento racional. Esta necesidad de fundamentar, sin embargo, adolece de una explicación acerca del procedimiento, también cognos-

¹ Cfr. JAVIER HERVADA, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Pamplona, EUNSA, 2000, pp. 71-87.

citivo-racional, de establecimiento de las premisas aducidas en la justificación interna, es decir, en el silogismo o cuasi-silogismo práctico-prudencial.

Por esta razón, en este trabajo nos hemos propuesto hacer algunas reflexiones acerca de cuál ha de ser este procedimiento por medio del cual se obtienen las premisas del cuasi-silogismo práctico-prudencial de determinación del Derecho en los casos concretos, y que constituye, a su vez, la máxima y mejor exigencia de racionalidad. Este estudio pretende hacerse desde las principales tesis del pensamiento clásico, que ha sido rescatado para la ciencia jurídica por la escuela del realismo jurídico clásico.

Así, este trabajo nos llevará a concluir que, si bien la lógica formal es una herramienta necesaria en la determinación del Derecho, este procedimiento exige, además, la inclusión de elementos racionales que den cuenta de la legitimidad del proceso de obtención de las premisas. Para ello, es necesario un procedimiento acorde con el objeto y la finalidad de la realidad que se pretende conocer y determinar. La teoría de la justificación externa nos ofrece esta posibilidad. Sin embargo, en este escrito ofrecemos lo que podría ser una explicación de esta teoría desde las coordenadas del pensamiento clásico, que acude al proceso deliberativo prudencial para fundar las premisas establecidas en la justificación interna. De esta manera, la utilización del cuasi-silogismo práctico encuentra unos límites más contundentes, evitando que se convierta en un ejercicio meramente formal, que pueda ser utilizado incluso de manera arbitraria para justificar decisiones tomadas sin consideración a la justicia sino a intereses particulares.

1. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN

Es conveniente, siempre que se adelanta una investigación, examinar en qué situación se encuentra el estudio acerca del objeto de su reflexión y cuáles han sido las respuestas más influyentes y representativas que se han formulado. Esta inspección pretende bosquejar una visión general del tratamiento del problema en el positivismo jurídico de los siglos XIX y XX, periodos en los que fueron la teoría y la práctica jurídica dominante. Esta escuela, en efecto, tuvo gran influencia en su época y sus efectos se siguen proyectando hasta nuestros días a pesar de las diversas y fuertes críticas que ha recibido. De hecho, su estudio se torna necesario porque las teorías contemporáneas, en abierta oposición al iuspositivismo, se han concebido, en principio, como una respuesta a los problemas y vacíos que dejó planteados. Veamos sus rasgos fundamentales.

1.1. Del mecanicismo a la discrecionalidad judicial

El iuspositivismo decimonónico, a pesar de no hacerse cargo del problema sobre la adjudicación más que de manera incidental —y por esa misma razón—, plantea algunas aporías que darán paso a la tesis de la discrecionalidad judicial, que se convirtió en la teoría dominante de la interpretación jurídica y del razonamiento

judicial hasta más allá de la mitad del siglo XX. Por esta razón, se estudiarán, en primer término, los aspectos generales y más importantes de la respuesta del mecanicismo deductivista que termina con la exposición de los principales problemas que dejó por resolver al positivismo del siglo XX; y en segundo lugar, se hará una exposición breve de los elementos centrales de la tesis de la discrecionalidad judicial.

1.1.1. El mecanicismo deductivista de la escuela de la exégesis

Con la tesis del mecanicismo deductivista la escuela de la exégesis francesa pretendió explicar el acto por el cual el juez aplicaba el Derecho en los casos concretos y resolvía así los conflictos jurídicos surgidos en el seno de una sociedad. Como lo hemos advertido, el mecanicismo está ligado a la visión del Derecho del iuspositivismo.

El positivismo jurídico es una teoría que describe al Derecho como un sistema de normas jurídicas, constituido como un todo completo y lógicamente coherente, es decir, un sistema sin lagunas, ambigüedades ni contradicciones, que es capaz de prever las respuestas jurídicas a todas las situaciones sociales relevantes para el Derecho (entre otras cosas, porque la ley es la que define lo que es jurídicamente relevante y lo único que se considera jurídicamente relevante es lo que está previsto en la ley). De esta manera, el Derecho se identifica con la ley creada por el legislador, de tal modo que sólo es jurídico lo legal. El Derecho, en esta visión, se reduce al Derecho positivo de origen legislado².

En segundo lugar, puede destacarse como un postulado esencial al paradigma del positivismo jurídico la drástica separación entre creación y aplicación del Derecho³. Esta separación constituye un condicionamiento de posibilidad de la tesis del mecanicismo deductivista de la escuela de la exégesis, que tendrá su funcionalidad en el ámbito de la aplicación del Derecho. Por último, esta escuela se destaca por el marcado interés de regular todas las situaciones jurídicas posibles, de tal manera que en el sistema normativo se encuentren las respuestas jurídicas a todas las situaciones sociales con alguna relevancia para el Derecho⁴.

² Una explicación más profunda y detallada acerca de la escuela de la Exégesis puede verse en Antonio HERNÁNDEZ GIL, *Metodología de la ciencia del Derecho*, Obras completas, tomo V, Madrid, Espasa-Calpe, 1988, pp. 33-77; Rodolfo L. VIGO, *Visión crítica de la historia de la filosofía del derecho*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1984, pp. 155-171.

³ El fundamento y la razón política de esta separación se encuentra en la teoría de la división de poderes planteada por MONTESQUIEU en el siglo XVIII y que exige una separación rigurosa entre el poder legislativo, encargado de la creación del Derecho, y el judicial, encargado, por su parte, de la aplicación de la ley. Hasta tal punto llega esta separación que el autor francés afirma que el juez no es más que un "instrumento que pronuncia las letras de la ley, sin poder siquiera moderar su rigor en los casos en que ésta resulte demasiado rigurosa"; citado por Antonio TRUYOL Y SERRA, *Historia de la filosofía del Derecho y del Estado. 2. Del Renacimiento a Kant*, Madrid, Alianza, 1974, p. 78.

⁴ Así R. L. VIGO afirma que los postulados característicos del paradigma dogmático-legalista del siglo XIX se pueden resumir en los siguientes: "1. La sinonimia medular entre derecho y ley [...]; 2. La tajante separación entre creación y aplicación del derecho [...]; 3. El valor jurídico decisivo y central del modelo es la seguridad jurídica, en cuanto a saber a qué atenerse jurídicamente o contar con la respuesta previsible y anticipada para cada problema jurídico"; R. L. VIGO "Razonamiento justificativo judicial", en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, 21

Bajo esta forma de entender el Derecho cobra sentido la denominada *tesis de la aplicación mecanicista (logicista) de las normas*, según la cual el Derecho “es aplicado por el juez mediante un silogismo de subsunción que reduce al mínimo su papel como juzgador”⁵, de tal manera que “la resolución de los conflictos consiste en un proceso de aplicación deductiva, más que en una determinación o concreción de las normas”⁶. Así, la norma actúa como la premisa mayor del silogismo jurídico y los hechos como la premisa menor, y de la cual la solución se infiere de manera necesaria y con una certeza absoluta. La tarea del juez, por tanto, queda reducida a la de un mero aplicador mecánico de la ley cuyo instrumento racional exclusivo es la lógica deductiva.

1.1.2. Los casos fáciles y los casos difíciles

Como lo hemos advertido más arriba, el positivismo jurídico fue la corriente más influyente en los dos siglos inmediatamente anteriores, y uno de los postulados de esta corriente que más éxito y resonancia tuvo fue la tesis de la discrecionalidad judicial. Ya planteada en la *Teoría pura del Derecho* de H. KELSEN, y terminada de perfilar por H. L. A. HART, esta tesis asumió los problemas que dejó sin resolver el mecanicismo deductivista en el ámbito de la aplicación de las normas del sistema jurídico a los casos concretos. A continuación exponemos aquellos inconvenientes con los que esta corriente del positivismo se encontró, y que hizo necesaria una renovada teoría de la aplicación judicial.

El primer y más significativo de los problemas que encuentra el positivismo del siglo XX en la tesis de la aplicación mecanicista de las normas es el de la “textura abierta” del lenguaje jurídico. En efecto, el iuspositivismo decimonónico había asumido como un dogma que el lenguaje en el que era expresada y comunicada una regla jurídica era claro⁷, de tal modo que para cada expresión lingüística existía un solo y único significado posible. H. KELSEN⁸ y, especialmente, H. L. A. HART⁹, cuestionan este dogma y advierten que las reglas jurídicas, al estar expresadas mediante signos lingüísticos, poseen una limitación inherente a su propia naturaleza. El lenguaje en que está expresada una regla jurídica, entonces, permite identificar una cierta zona de significado al que ella es aplicable con claridad; pero existe otra zona de significación en la que no es claro si el ámbito de aplicación se hace extensivo. En otras palabras, una regla permite identificar sin problemas

– II, (1998), pp. 483-499. También puede verse una caracterización más completa y sistemática del positivismo jurídico en general en Norberto BOBBIO, *El problema del positivismo jurídico*, México, Fontanarama, 1999.

⁵ Pedro SERNA, “Sobre las respuestas al positivismo jurídico”, en Renato RABBI-BALDI CABANILLAS, (coord.), *Las razones del derecho natural*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2000, p. 64.

⁶ Idem.

⁷ Cfr. Manuel SEGURA ORTEGA, *La racionalidad jurídica*, Madrid, Tecnos, 1998, pp. 30-38.

⁸ Así se lo previene en la *Teoría pura del Derecho*: “Tenemos aquí, en primer lugar, la ambigüedad de una palabra o de una secuencia de palabras, mediante las cuales la norma se expresa: el sentido lingüístico de la norma no es unívoco; el órgano que tiene que aplicar la norma se encuentra ante varios significados posibles”, Hans KELSEN, *Teoría pura del derecho*, México, Porrúa, 1993, p. 351.

⁹ Cfr. H. L. A. HART, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2004, pp.155-169.

qué casos concretos son regulados por ella, pero existirán, bajo estas premisas, otros casos en los cuales no es claro si la norma es, o no, aplicable¹⁰.

Esta dificultad del lenguaje da origen a dos tipos distintos de casos: los primeros serán aquellos en los que el ámbito de regulación de la regla es claro —HART habla de ellos como casos familiares o cotidianos— y la norma puede aplicarse a la situación jurídica concreta mediante el mecanismo de subsunción silogística. Son los denominados *casos fáciles*. En cambio, hay otro tipo de casos en los que no es claro el ámbito de regulación de una regla jurídica porque la(s) expresión(es) lingüística(s) en la que viene enunciada la regla no ofrece un significado unívoco o claro. En estos casos, denominados *casos difíciles*, “el proceso de subsunción y la derivación silogística ya no caracterizan el razonamiento que ponemos en práctica al determinar cuál es la acción correcta”¹¹.

Otro factor que da lugar a la distinción entre casos fáciles y difíciles es la ausencia de regla jurídica alguna que regule el caso concreto. Aquí no se trata de que una misma regla dé lugar a distintas interpretaciones porque el lenguaje en el que viene expresada da lugar a diversos sentidos, sino que no hay una regla que nos indique en qué sentido debe determinar el juez una decisión concreta. Al llamar la atención sobre este punto, el positivismo del siglo XX puso en entredicho el dogma de la completitud y plenitud del sistema jurídico que, como vimos, afirmaba que en él era posible encontrar todas las respuestas a cualquier situación jurídica que se presentara en la vida de una sociedad. No todo está regulado y previamente determinado y resuelto por el sistema jurídico. ¿Qué debe hacer en estos casos el juez? ¿Bajo qué criterios debe resolver el caso?

Ya el positivismo decimonónico había contemplado esta posibilidad, y la respuesta al problema fue la de incluir en el mismo sistema “cánones” interpretativos que permitieran resolverlo. Sin embargo, HART advierte que “los cánones de interpretación no pueden eliminar, aunque sí disminuir, estas incertidumbres; porque estos cánones son a su vez reglas generales que también requieren interpretación”¹². De esta manera el problema no se resuelve.

Así las cosas, para el positivismo del siglo XX hay casos en los que es posible identificar una regla jurídica que establezca una solución jurídica previa. En este supuesto pueden darse además dos posibilidades: que el caso esté dentro del núcleo duro de significación y estaremos entonces ante un caso fácil cuyo razonamiento

¹⁰ HART, a quien debemos este agudo análisis lingüístico de las reglas jurídicas, denomina a la zona de fácil atribución de significado “núcleo duro”, y a la zona en la que el significado de la norma no es claro “zona de penumbra”; cfr. *ibid.*, pp. 14-15. El ejemplo al que acude el profesor de Oxford para ilustrar su explicación es el de la expresión “vehículo” en una norma que prohíbe la entrada de vehículos a un parque: ¿Hasta dónde se hace extensible el significado de la expresión “vehículo”? Es claro que en el caso de los camiones o vehículos automotores es aplicable la regla, pero existen otros, como un vehículo de tracción animal o una bicicleta, en los que no es claro si entran en el ámbito de significación de la norma.

¹¹ H. L. A. HART, *ob. cit.*, pp. 158-159.

¹² *Ibid.*, 158. También Kelsen hace referencia a la inutilidad de los llamados cánones interpretativos y al respecto dice que “todos los métodos interpretativos desarrollados hasta ahora llevan siempre a un resultado posible, y nunca a un único resultado correcto”, y por ello “es un esfuerzo inútil pretender fundar jurídicamente una de esas posibilidades con exclusión de las otras”, H. Kelsen, *ob. cit.*, pp. 352-353.

es de mera aplicación; la segunda posibilidad es que el caso se presente en la zona de penumbra de significación de la norma y estaremos ante un caso difícil. También estamos ante un caso difícil en el evento en el que no sea posible identificar en el sistema una norma aplicable al mismo. En esta última tipología de casos ya no basta con un simple procedimiento de aplicación, hace falta un procedimiento interpretativo¹³. Pero, ¿qué significa “interpretar” en el contexto de la teoría del Derecho del positivismo del siglo XX? Esa es la cuestión que pasamos a examinar.

1.1.3. La tesis de la discrecionalidad judicial

Para los casos difíciles el positivismo entiende que la interpretación consiste en elegir una entre varias posibilidades de aplicación que ofrece el marco dentro del cual están dadas esas diversas variantes de concreción del Derecho. En efecto, la tesis de la discrecionalidad judicial afirma que ante los casos difíciles el juez, al no encontrar una respuesta cierta en el sistema de normas por cualquiera de las razones mencionadas, y al no poder abstenerse de fallar y resolver el caso concreto —lo cual se traduciría en una denegación de justicia—, tiene la facultad de crear la norma aplicable o de darle el contenido que él considere, si es que el lenguaje en el que está expresada no es claro: “en estos casos —dice HART— resulta claro que la autoridad que elabora la norma tiene que actuar en forma discrecional”¹⁴.

De acuerdo con lo expuesto podemos decir que el acto por el cual el juez determina el Derecho en los casos concretos puede ser de dos maneras según la clase de caso ante el cual se enfrente el operador jurídico: si estamos ante uno fácil el acto de determinación del Derecho consiste en un simple acto de aplicación que se lleva a cabo a través del proceso de subsunción silogístico; si, en cambio, el operador jurídico se encuentra ante un caso difícil tiene la facultad discrecional para elegir entre las diversas posibilidades interpretativas que le ofrece la regla jurídica. En este evento estamos, entonces, ante un acto de naturaleza volitiva. La pregunta que surge entonces es si dicha elección es realizada bajo algún criterio de corrección racional. Esta es la cuestión que nos queda por resolver¹⁵.

Como vimos, la discrecionalidad judicial es una elección realizada por quien tiene autoridad para fijar uno de los sentidos de la norma o crearla, según el caso, pero lo que nos preguntamos ahora es si antes de la elección hay un acto de conocimiento que oriente en un sentido u otro la determinación del Derecho. Para H. KELSEN existen dos momentos en el proceso de elección que constituye la determinación

¹³ A este respecto, afirma HART que “los casos claros, en que los términos generales parecen no necesitar interpretación y el reconocimiento de los ejemplos parece ser ‘automático’, son únicamente los casos familiares que se repiten en forma constante en contextos semejantes”, H. L. A. HART, ob. cit., p. 158. *Contrario sensu*, se puede afirmar que los casos que no son claros y que no son posibles de ser reconocidos de manera automática sí requieren de interpretación.

¹⁴ *Ibid.*, p. 164.

¹⁵ En el positivismo decimonónico el criterio racional que permitía hablar de una decisión correcta era meramente formal: si la decisión concreta correspondía a la consecuencia jurídica consagrada en la regla para ese supuesto de hecho, y el proceso de derivación era conforme a las reglas del silogismo, la respuesta se consideraba correcta. Pero en el escenario de la discrecionalidad judicial este tipo de racionalidad y de corrección no era posible. De allí la necesidad de encontrar otro tipo de racionalidad o instancia de decisión.

de un sentido de la regla jurídica¹⁶: en un primer momento, que es el cognoscitivo, la “racionalidad del intérprete simplemente le señala la validez de la norma y sus posibles formas de aplicación. Pero no otorga, sin embargo, condiciones de procedibilidad de un enunciado (o varios) sobre otro (u otros)”¹⁷. Por su parte HART afirma, igualmente, que este acto no está guiado por ningún criterio racional de corrección, y que el único momento cognoscitivo viene dado por el conocimiento de las diversas posibilidades de aplicación de la regla¹⁸. De esta manera, el proceso de elección de la norma es ciego en el sentido de que no es guiado por ningún criterio racional que permita distinguir entre una decisión correcta de una incorrecta. Cualquier determinación es correcta siempre que se haga dentro del marco de referencia y de posibilidades que ofrece la regla jurídica que se interpreta¹⁹.

1.2. Valoración crítica

En el apartado anterior hemos esbozado las ideas más importantes de la teoría de la adjudicación del iuspositivismo en sus diferentes vertientes, y ello nos ha permitido apropiarnos una visión general de cómo esta escuela ha tratado el tema objeto de nuestro estudio. En alguna medida, el positivismo jurídico sigue permeando la cultura jurídica contemporánea por el papel central que jugaron sus postulados en la teoría y la práctica del mundo jurídico durante dos siglos. Pero para completar este apartado es necesario explicar también aquellas visiones que, en abierta contradicción con el iuspositivismo, han tratado de dar respuesta a los problemas que ésta ha dejado sin resolver y que ella misma ha creado. Para ello nos proponemos, en primer lugar, exponer las principales deficiencias e inconvenientes que plantean las tesis mecanicista de la aplicación judicial y la discrecionalidad judicial, presentadas aquí a manera de una valoración crítica de sus postulados más representativos; una vez hecho esto, pasaremos a explicar, en el apartado siguiente, qué respuestas ha proporcionado la teoría jurídica contemporánea para resolverlos.

1.2.1. El olvido de la racionalidad práctico-jurídica

Una de las más importantes críticas que se ha formulado contra el positivismo

¹⁶ Cfr. Gabriel MORA RESTREPO, *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2009, pp. 126-129.

¹⁷ *Ibid.*, p. 128.

¹⁸ Al respecto afirma: “En estos casos resulta claro que la autoridad que elabora la regla tiene que actuar en forma discrecional, y que no cabe la posibilidad de tratar el problema que crean los casos diversos como si hubiese una única respuesta correcta, es decir, una solución que no sea un mero compromiso razonable entre muchos intereses en conflicto”; H. L. A. HART, *ob. cit.*, p. 164.

¹⁹ A pesar de esto, el profesor MORA RESTREPO advierte que la diferencia entre la tesis de Kelsen y la de Hart es que este último “insiste en que la propia discrecionalidad se asienta en principios racionales, y con ellos quiere manifestar que su ejercicio no conlleva una especie de arbitrariedad de los jueces”, G. MORA RESTREPO, *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces*, *ob. cit.*, p. 131. Sin embargo, el mismo autor advierte más adelante que “el profesor de Oxford termina por conceder que, efectivamente, pueden existir decisiones contradictorias sobre un mismo caso difícil, amparando la decisión, una vez más, en el buen juicio del juez. Con esta indicación la cuestión resulta eludida, o quizá se constata que *la discrecionalidad judicial no tiene más apoyo que la discrecionalidad judicial*”, p. 134.

jurídico consiste en la *reducción epistemológica* desde la cual esta escuela aborda el estudio del fenómeno jurídico²⁰. Este reduccionismo se manifiesta en dos aspectos: en primer lugar, en el propio concepto de ciencia; y en segundo lugar, en cuanto al método racional de conocimiento. En estos dos tópicos encontramos el fundamento de las principales tesis del iuspositivismo, y hacia ellos se orientan las críticas más relevantes. Expliquemos brevemente cada uno de estos puntos.

En primer lugar, el concepto de ciencia en el positivismo jurídico es reducido al de *ciencia teórica* de naturaleza descriptiva. Las *ciencias prácticas* —orientadas al conocimiento del *deber ser* y directivas del obrar humano— por su parte, pierden todo valor científico —objetividad y universalidad—²¹ y son reducidas al ámbito de lo subjetivo e irracional. Adicionalmente, el modelo de *ciencia teórica* se asimiló al modelo de las ciencias físicas modernas que prescindían de todo tipo de fundamentación metafísica de la realidad, porque desde sus principios y metodología esta posibilidad les estaba vedada. Como consecuencia de ello, toda ciencia fue reducida a un estudio de hechos: la descripción “objetiva” y “sistemática” de hechos y de relaciones entre hechos era todo el conocimiento científico posible para la Modernidad. Bajo este modelo de ciencia, las afirmaciones que pretendían ser científicas debían ser objeto de un riguroso procedimiento de verificación empírica para alcanzar dicho estatus. Sin verificación, la hipótesis no es todavía una afirmación científica. De esta manera, para que el estudio del Derecho adquiriera la categoría de ciencia tuvo que ser concebido “como un saber experimental, descriptivo de hechos y cuyas afirmaciones debían ser objeto de comprobación empírica”²².

Pero la reducción del concepto de ciencia a la de *teórico-experimental* fue una consecuencia de la reducción metodológica producida en esta época. La pretensión moderna consistió en estudiar toda la realidad —incluidas aquellas que eran objeto de estudio de las ciencias sociales— con los parámetros del modelo matemático y experimental de las ciencias físicas, puesto que era el único que podía proporcionar la “exactitud” y “objetividad” necesarias para constituir una verdadera ciencia. Así, el criterio de cientificidad de cualquier actividad cognoscitiva lo proporcionaba el método.

Dicha pureza metódica —para ser completa— exigía, por otro lado, una aproximación avalorativa al estudio del Derecho. En efecto, un conocimiento totalmente objetivo de la realidad implicaba que esta debía ser abordada sin que pudieran hacerse juicios de valor acerca de las afirmaciones científicas que, desde la perspectiva de la ciencia, constituían un elemento subjetivo e irracional o dependiente de las emociones particulares del sujeto cognoscente, y por lo mismo, imposibles

²⁰ Cfr. Gabriel MORA RESTREPO, *Ciencia jurídica y arte del derecho. Estudio sobre el oficio del jurista*, Bogotá, Gustavo Ibáñez, 2005, pp. 49-78.

²¹ Precisamente, uno de los principales errores del positivismo jurídico (incluso del iusnaturalismo racionalista) ha sido tratar las premisas del razonamiento moral y jurídico como si fueran proposiciones que expresan juicios universales, cuando lo más que pueden llegar a ser son proposiciones particulares de carácter general. Más adelante se explicará este punto con mayor detenimiento.

²² Carlos I. MASSINI, *La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2006, p. 93.

de ser aprehendidas por un verdadero conocimiento científico, que debía ser universal y necesario.

Esta actitud metodológica fue objeto de numerosas críticas que pueden ser resumidas en los siguientes términos: el método debe adaptarse a la realidad objeto de estudio y no adaptar la realidad al método²³. En otras palabras, la perspectiva metodológica desde la cual se estudia una realidad determinada es condicionada por esa misma realidad, de tal manera que si se trata de un objeto *especulable*, es decir, “un objeto que ‘ya es’ y al que no se le tiene que dar forma”²⁴, su conocimiento exigirá una captación racional de su esencia que se formulará científicamente a través de una afirmación descriptiva. Pero si la realidad que se estudia, en cambio, exige algún tipo de realización, su conocimiento exigirá no sólo una dimensión descriptiva —de aprehensión de la esencia—, sino una dimensión prescriptiva²⁵. Para el ámbito del Derecho y de todas las realidades morales, este conocimiento está orientado a la acción, a dirigir el obrar humano, y su objeto es un *operable*, “es decir, un objeto que todavía *no es* sino que está por realizar, un objeto al que hay que darle una forma”²⁶.

Por esta razón, y tal como lo afirman C. I. MASSINI y A. MACINTYRE, una de las características más sobresalientes de la epistemología moderna fue la incapacidad que se dio, desde sus postulados, de fundamentar racionalmente las ciencias que versan sobre el comportamiento humano²⁷. Así las cosas, la clásica distinción entre *razón teórica* y *razón práctica*, elaborada por la filosofía clásica, desapareció dando lugar a lo que el profesor argentino llama el “monismo científicoista”²⁸.

Ahora bien, las consecuencias de esta concepción científica fueron para el Derecho de gran importancia. Todo el saber jurídico se comprendió y se configuró según los moldes de las ciencias físico-experimentales, reduciendo el estudio del fenómeno jurídico al dato positivo. En otras palabras, el objeto de estudio de la ciencia del Derecho se redujo al Derecho positivo —único fenómeno jurídico perceptible a la manera de un dato empírico—, y la ciencia jurídica se redujo al estudio de este fenómeno y a las relaciones sistemáticas entre dichos datos. Así, el único Derecho existente resultó siendo el derecho positivo porque constituía la única realidad jurídica que puede ser captada a través del método científico.

Otra consecuencia de esta visión científico-positiva en la ciencia jurídica fue el acercamiento avalorativo y neutral a las afirmaciones jurídicas, especialmente a

²³ Así, el profesor C. I. MASSINI sostiene que uno de los principales errores del modelo de ciencia moderna es “que deja de lado el más evidente de los criterios de especificación de los saberes: el del objeto”; *ibid.*, p. 97. Por su parte, el profesor G. MORA RESTREPO afirma que el problema del método “consistió (y todavía consiste) en la subordinación de la verdad al método científico (método fenomenológico-descriptivo) y, en consecuencia, a la pérdida del objeto propio del saber racional y la exclusión de niveles de conceptualización que no fueran (sean) estrictamente positivos”, G. MORA RESTREPO, *Ciencia jurídica y arte del derecho*, ob. cit., p. 67.

²⁴ *Ibid.*, pp. 21-22.

²⁵ Cfr. José María MARTÍNEZ DORAL, *La estructura del conocimiento jurídico*, Pamplona, Eunsa, 1963.

²⁶ G. MORA RESTREPO, *Ciencia jurídica y arte del derecho*, ob. cit., p. 22.

²⁷ Cfr. Carlos I. MASSINI, “Método y filosofía práctica”, en *Persona y Derecho*, 33, (1995), pp. 223-251; Alasdair MACINTYRE, *Tras la virtud*, Barcelona, Crítica, 1987, pp. 74-86.

²⁸ Cfr. Carlos I. MASSINI, *La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología del derecho*, ob. cit., pp. 91-97.

las decisiones judiciales que no eran susceptibles de ser valoradas como justas (correctas) o injustas (incorrectas), puesto que la expresión “esto es justo” o “esto es injusto” no se refería a ningún hecho objetivo, sino a emociones subjetivas. Una decisión podía ser valorada sólo desde un punto de vista formal, es decir, era correcta en la medida en que no hubiese ninguna anomalía en el procedimiento de subsunción silogística —en los casos fáciles— o se creara eligiendo entre las diversas posibilidades que ofrece el marco normativo vigente. Por uno o por otro lado, es evidente la negación de toda racionalidad a la ciencia práctica y a su particular modo de conocer la realidad operable.

La reducción de toda racionalidad a la científica, y su consecuente olvido de la racionalidad práctica, trajo como consecuencia una actitud escéptica frente a la posibilidad de calificación de la conducta humana como buena o mala o, como en el caso del Derecho, de justa o injusta. En efecto, la racionalidad científicista aplicada a la moral y al Derecho no permitía más que la constatación de hechos y de relaciones entre hechos, y dejaba por fuera de ella cualquier juicio valorativo de la conducta humana: el método sólo permitía constatar que, de hecho, ciertas conductas se daban según ciertos patrones, pero no permitía decir nada acerca de si esa conducta era buena o mala, o si tales patrones eran, o no, moralmente legítimos.

1.2.2. Aplicar e interpretar: la ficción de los casos fáciles y difíciles

El positivismo decimonónico había afirmado que el ejercicio de adjudicación judicial consistía en un acto de subsunción mecánica del caso en la norma. El positivismo del siglo XX afirmó lo mismo, pero advirtió que en algunos casos —los difíciles—, la naturaleza del lenguaje en que viene comunicada la norma, la ausencia de norma para el caso o la existencia de varias normas aplicables a un mismo caso, hacía imposible este ejercicio mecánico de aplicación. Por ello, se hacía necesaria la actividad interpretativa de parte del jurista / juez, que consistía en escoger uno de los sentidos posibles de significación o bien crear la norma jurídica concreta. Este es un ejercicio discrecional, por tanto, librado a la voluntad del operador jurídico.

Contrariamente a esta postura, se ha venido alzando la voz de la denominada hermenéutica jurídica²⁹, fuente a la que han acudido numerosos autores para criticar la teoría de la interpretación del positivismo jurídico. De esta manera, afirma el profesor G. MORA RESTREPO,

“para la hermenéutica, la interpretación jurídica se constituye en el núcleo central de la función judicial, al margen del tipo de mensaje normativo que vaya a solucionar el caso concreto. Esto supone entender que el razonamiento interpretativo de los jueces (*la comprensión judicial*) no se encuentra escindido en dos, ni que opere,

²⁹ Cfr. Pedro SERNA, *De la argumentación jurídica a la hermenéutica jurídica: revisión crítica de algunas teorías contemporáneas*, Granada, Comares, 2005.

como sostienen aquellas teorías, una alternativa de aplicación judicial para un determinado tipo de casos, o la interpretación en sentido discrecional para otros³⁰.

Lo que, por el contrario, se afirma desde esta tendencia, es que todo acto de adjudicación judicial es, por su misma naturaleza, un acto de interpretación. Así las cosas, la operación por la cual el juez aplica una norma que parece clara desde el punto de vista lingüístico, al caso concreto, es de naturaleza hermenéutica³¹. En efecto, interpretar significa comprender, “*más allá* de las palabras expresadas en un texto normativo, una *realidad significada* que se hace pertinente en el contexto del problema que tiene el juez ante sus ojos”³². Por ello, captar intelectualmente que un determinado enunciado normativo es claro respecto de un caso concreto significa, para el operador jurídico, haber comprendido primero el sentido del caso y de la norma, la relación entre ellos y su misma claridad. Y esto es ya un claro ejercicio de interpretación.

2. EL RAZONAMIENTO PRÁCTICO-PRUDENCIAL COMO ACTO DE DETERMINACIÓN DEL DERECHO

Como resultado de los fuertes cuestionamientos que se le han formulado a la teoría del razonamiento jurídico del positivismo jurídico, e intentando dar respuesta a los principales problemas que ella planteaba surgió, en la Filosofía del Derecho posterior a la segunda mitad del siglo XX, un movimiento que intentaba reivindicar la racionalidad práctica³³. De raíz aristotélica, por un lado, y de fuente kantiana, por el otro, este movimiento puso de relieve la necesidad de fundamentar racionalmente el *deber ser*, superando el marcado cientificismo que caracterizó el pensamiento moral y jurídico inmediatamente anterior.

Resultado de este movimiento reivindicador es la elaboración de una teoría de la justificación del proceso racional de adjudicación³⁴. Desde el realismo jurídico clásico, corriente reivindicadora del pensamiento clásico de coordenadas aristotélico-tomistas, se ha hecho un importante esfuerzo por recuperar, en el razonamien-

³⁰ G. MORA RESTREPO, *Justicia Constitucional y arbitrariedad de los jueces*, ob. cit., p. 228-229.

³¹ Afirma el profesor MORA RESTREPO que “la aplicación de una norma es siempre un resultado (de la comprensión), como consecuencia de la necesaria actividad racional del juez para determinar el sentido normativo al caso concreto”, *ibid.*, p. 231.

³² *Ibid.*, p. 230.

³³ Según el testimonio de MASSINI, “este movimiento, denominado por primera vez rehabilitación de la filosofía práctica por Karl-Heinz LITING en 1964, tomó forma definitiva con la aparición, entre 1972 y 1974, de dos volúmenes colectivos con el título *Rehabilitierung der praktischen philosophie*”, C. I. MASSINI, “Método y filosofía práctica”, ob. cit., p. 226. Este movimiento logró difundirse entre pensadores de otras nacionalidades, y autores como Ch. PERELMAN, S. TOULMIN, N. MACCORMICK, A. PECZENIK y R. ALEX, entre otros, realizaron importantes críticas al pensamiento cientificista y a su influencia en la argumentación jurídica, señalando la importancia de recuperar la perspectiva práctica de la ciencia moral y jurídica. En Latinoamérica, autores como G. MORA RESTREPO, C. I. MASSINI, I. M. HOYOS, R. L. VIGO se han unido a este esfuerzo iniciado en la Filosofía del Derecho de la segunda mitad del siglo pasado.

³⁴ Entre nosotros han tenido masiva aceptación y marcada influencia la teoría de la argumentación jurídica, de raigambre kantiana, propuesta por el filósofo del derecho alemán R. ALEX, así como las propuestas elaboradas por C. I. MASSINI, R. L. VIGO, G. KALINOWSKI, A. OLLERO, G. MORA RESTREPO, entre otros, que se nutren de la tradición clásica del realismo filosófico cuyos principales representantes son PLATÓN, ARISTÓTELES y Santo Tomás de AQUINO, y de la filosofía de la hermenéutica de G. GADAMER.

to jurídico, la racionalidad práctico-prudencial. Esta tesis ofrece una explicación acerca del razonamiento jurídico de adjudicación del Derecho, es decir, acepta la posibilidad de establecer criterios que permitan discernir entre una buena determinación del Derecho de una que no lo es en absoluto. En ella se articulan elementos tanto de forma del razonamiento como elementos de fondo, y cuya explicación coincide, en algunos aspectos, con lo que la teoría contemporánea del Derecho denomina justificación interna y justificación externa de la argumentación jurídica³⁵. La tesis central de esta corriente es que si bien la corrección formal del proceso de determinación del Derecho es necesaria —y por tanto, las reglas del silogismo son aplicables en dicho proceso—, es igualmente esencial, por la naturaleza del objeto de determinación y la finalidad que le es propia, la integración de elementos racionales que van más allá del mero razonamiento formal. En efecto, saber qué es lo justo —o el derecho— en un caso concreto no se obtiene únicamente a través de un procedimiento de deducción silogística a partir de unas normas jurídicas previamente establecidas, sino que requiere un proceso de deliberación prudencial, medio por el cual la razón práctica determina el Derecho en un caso concreto. Un *silogismo práctico-prudencial* es la mejor forma de denominar a este proceso racional de determinación y en su descripción nos detendremos en la parte final de este ensayo.

2.1. La justificación interna: el razonamiento formalmente correcto

Así planteadas las cosas, la recuperación de la racionalidad del proceso de adjudicación pasa por la necesidad de reclamar del juez una serie de exigencias, tanto formales como materiales, que se adecuen a la naturaleza del objeto mismo de la adjudicación: la realidad jurídica —cosa justa— por determinar en el caso concreto; es decir, un proceso racional adecuado a la naturaleza de los asuntos prácticos. La primera de ellas, denominada exigencia de la justificación interna, reclama del juez que el razonamiento jurídico de adjudicación sea formalmente correcto, y constituye el mínimo de racionalidad exigido en todo proceso de adjudicación jurídica. Veamos en qué consiste esta primera exigencia.

Según R. ALEXY, “en la justificación interna se trata de ver si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación”³⁶. Esto nos lleva a decir que de lo que se trata en este momento es de la corrección formal necesaria para que el juez logre determinar de manera correcta el Derecho. Así, esta exigencia responde a la necesidad de orden que reclama todo razonamiento humano y que debe regirse según las reglas del buen discurrir en la búsqueda y demostración de la verdad.

³⁵ El profesor MORA RESTREPO afirma que “la teoría de la justificación alude a que los jueces, al tomar sus decisiones, razonen de tal forma que su propio razonamiento pueda mostrarse como producto de un ejercicio coherente o lógico; pero además, apunta a que las premisas que emplean sean materialmente correctas, es decir, que den cuenta debidamente de las fuentes jurídicas y de sus respectivos puntos de apoyo por medio de los cuales conceden derechos y atribuyen obligaciones”, G. MORA RESTREPO, *Justicia Constitucional y arbitrariedad de los jueces*, ob. cit., p. 365; véase también Manuel ATIENZA, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Lima, Palestra, 2006, pp. 61-62; cfr. Robert ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, ob. cit., pp. 214-272.

³⁶ R. ALEXY, ob. cit., p. 214.

La ciencia encargada del estudio de estas reglas es la lógica. TOMÁS DE AQUINO afirma al respecto que:

“como la razón puede aplicarse razonando a las acciones que realiza la mano, y por ello se encuentra el arte de la construcción o fabricación, por el cual el hombre fácil y de manera ordenada puede ejercer esta clase de actos, por la misma razón es necesario que algún arte dirija el acto mismo de la razón por el cual el hombre proceda ordenada, fácilmente y sin error en ese acto. Y este arte es la *lógica*, es decir, la ciencia racional.

La lógica no sólo es racional porque es según razón [...] sino porque versa sobre el acto mismo de la razón como sobre su materia propia”³⁷.

Podría decirse entonces, de acuerdo con lo anterior, que el razonamiento jurídico, al ser un razonamiento humano, necesita también de la lógica formal, o mejor dicho, que la forma que este debe revestir es la forma del razonar humano. Sin embargo, debe evitarse el error de aplicar los conceptos y las reglas de la lógica formal de manera inmediata y sin atender a las exigencias propias de la ciencia jurídica. Este ha sido el error de muchos manuales de razonamiento jurídico. En concreto, se ha querido caracterizar las proposiciones en las que se expresan los juicios en Derecho como proposiciones universales que toman al sujeto en toda su extensión; sin embargo, las leyes positivas, por ejemplo, al ser resultado de un procedimiento inductivo, serían más bien proposiciones que expresan juicios particulares generales, pues toman el sujeto de manera restringida y no en toda su extensión. Así, por ejemplo, la norma del Código Civil que establece que no pudiéndose aplicar ninguna de las reglas de interpretación consagradas allí se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor (Código Civil Colombiano, art. 1624), se establece en virtud de una observación que el legislador hace según la cual en la mayoría de los casos, y no absolutamente en todos, el deudor se considera la parte débil en la relación contractual y la que, por esa misma razón, debe ser protegida de manera especial por la ley. Pero siendo esto como es, nada impide que en una relación contractual concreta resulte falso que el acreedor sea la parte débil. Esto es así porque las reglas que se derivan de un procedimiento inductivo son necesariamente contingentes y no necesarias.

De esta manera, es erróneo tratar el razonamiento jurídico como si adoptara la forma del silogismo. En efecto, las proposiciones con las que normalmente se opera en el razonamiento jurídico son particulares (la norma se expresa a través de una proposición que, como vimos, es general y la premisa fáctica es, también ella, una premisa particular, normalmente singular), y según las reglas de razonamiento silogístico nada se sigue de dos premisas particulares. Así que, de lo máximo que se podría hablar en el razonamiento jurídico es de un razonamiento que tiene la apariencia de un silogismo o que es, si se quiere, *causi-silogístico*.

³⁷ TOMÁS DE AQUINO, *Comentario a los analíticos posteriores de Aristóteles*, Pamplona, Eunsa, 2002, p. 29.

Ahora bien, cabe preguntarse si en el Derecho pueden existir proposiciones que expresen juicios universales y que, por tanto, puedan tratarse, desde el punto de vista de la lógica formal, como premisas de un razonamiento deductivo en el que la conclusión se deriva de las premisas con absoluta necesidad y en el cual no cabe la veracidad de su contrario. Santo TOMÁS afirma que “una norma puede derivarse de la ley natural de dos maneras: bien como una conclusión de sus principios, bien como una determinación de algo indeterminado o común. El primer procedimiento es semejante al de las conclusiones demostrativas que en las ciencias se infieren de los principios”³⁸. Con ello, TOMÁS DE AQUINO está afirmando dos cosas: la primera es que en el Derecho los preceptos de la ley natural actúan de manera semejante a como lo hacen los principios en las ciencias de donde se infieren con necesidad sus conclusiones por un procedimiento estrictamente demostrativo; la segunda es que al hacerlo así, los preceptos de la ley natural serían expresados en proposiciones de carácter universal y, por ende, las conclusiones se deducen a partir de ellos con necesidad. Así, el Aquinate explica que la norma que prohíbe matar se deduce de aquella otra que ordena no hacer mal a nadie. De esta manera, y en la medida en que la ley natural posee una dimensión jurídica, expresada especialmente en el Derecho Constitucional³⁹, en el Derecho existen algunas normas expresadas en juicios universales para los cuales es posible un razonamiento deductivo y silogístico.

Sin embargo, la utilización de la sola lógica formal no nos da respuesta acerca de la naturaleza del acto de determinación de un *deber ser* o una conclusión normativa. La ayuda que nos proporciona la ciencia lógica constituye, en cambio, la condición mínima de racionalidad e inteligibilidad de cada uno de los momentos del acto de determinación de un derecho. Por esta razón, afirma el profesor MORA RESTREPO que:

“La exigencia de contar con una lógica jurídica (exigencia de orden en cualquier ámbito racional) no agota el razonamiento práctico, justamente en cuanto no es provisorio de una corrección sustancial o material de las premisas utilizadas en una argumentación de este tipo. Pero, a su vez, los argumentos de fondo utilizados exigen una coherencia y corrección formal adecuada para su propia inteligibilidad”⁴⁰.

También ALEXY afirma que en este tipo de razonamiento “no está en juego la corrección de las premisas utilizadas para la fundamentación”⁴¹ de una conclusión que se obtiene como resultado de un procedimiento de deducción especial de naturaleza normativa. Ahora bien, él mismo afirma que esta forma de razonamiento no necesariamente debe tener como premisa mayor una norma de Derecho positivo, por el contrario, lo más relevante de la exigencia de la justificación interna está en que en ella aparecen, en toda su extensión, las premisas no extraídas del Derecho positivo. Lo que no puede ser resuelto, sin embargo, por este tipo de racionalidad

³⁸ Tomás de AQUINO, *Summa Theologiae*, I-II, q. 95 a. 2.

³⁹ Cfr. Camila HERRERA PARDO, “La dimensión jurídica de la ley natural”, en *Dikaion*, 17, (2008), pp. 29-48.

⁴⁰ G. MORA RESTREPO, *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces*, ob. cit., p. 370.

⁴¹ R. ALEXY, ob. cit., p. 220.

de la adjudicación es la justificación de dichas premisas, tarea que queda encomendada a otro tipo exigencia: la de justificación externa⁴².

De esta manera, la exigencia de justificación interna garantiza cierto grado de racionalidad del proceso de adjudicación judicial: como hemos dicho, la racionalidad mínima exigida a todo razonamiento humano.

2.2. La exigencia de la justificación externa

Esta nueva exigencia —la justificación externa— alude a “la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna”⁴³, y esto significa, como afirma el profesor MORA RESTREPO, que “las premisas que se emplean sean *materialmente correctas*, es decir, que den cuenta debidamente de las fuentes jurídicas y de sus respectivos puntos de apoyo por medio de los cuales conceden derechos o atribuyen obligaciones” (énfasis agregado)⁴⁴.

Ahora bien, ¿qué hace que las premisas usadas en el razonamiento práctico-normativo sean las correctas? Esta es la pregunta que debe ser resuelta en el acto de justificación externa: ¿por qué esas premisas —por qué esa norma y por qué esos hechos— y no otras?

En este punto es en donde las corrientes reivindicadoras de la racionalidad práctica empiezan a separarse. En efecto, existen algunas versiones, influidas por las teorías del lenguaje y los modernos desarrollos de la filosofía analítica, que afirman que lo esencial en el proceso de determinación del Derecho es una suerte de dialéctica o de diálogo racional que debe surtir una serie de reglas que garantizarán que dicho diálogo dará como resultado una solución satisfactoria del problema. Tal es la propuesta de R. ALEXY⁴⁵ o J. HABERMAS⁴⁶, y las denominadas “teorías procedimentales” o “teorías del discurso práctico procedimental”. Esta no es, en cambio, la vía que toma el Realismo Jurídico Clásico. Para esta escuela, el sólo procedimiento tampoco es capaz de una adecuada justificación material del razonamiento práctico, es decir, no es suficiente para fundamentar las premisas aducidas en la justificación interna. Veámoslo detenidamente.

“La tarea jurídica —afirma A. OLLERO— consiste fundamentalmente en una labor de *determinación*”, esto es, en una actividad racional que configura el Derecho aplicable en un caso concreto a partir de elementos fácticos y unos principios normativos generales, todo ello confrontado con “las circunstancias concretas de la vida social que empujan a una decisión jurídica prudencial”⁴⁷. En ello consiste el

⁴² Idem.

⁴³ Ibid., p. 222.

⁴⁴ G.I MORA RESTREPO, *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces*, ob. cit., p. 365.

⁴⁵ Cfr. R. ALEXY, ob. cit.

⁴⁶ Cfr. Jürgen HABERMAS, *Teoría de la acción comunicativa*, Bogotá, Santillana, 1999.

⁴⁷ Cfr. *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1982, p. 44. Esta afirmación que ahora nos parece evidente contrasta con el pensamiento del iuspositivismo, para quienes la labor de adjudicación del Derecho es esencialmente una tarea de aplicación mecánica de la ley y, en algunos

procedimiento de configuración del Derecho en el caso concreto, y sus exigencias —las de la determinación prudencial— coinciden con las condiciones de racionalidad de la decisión judicial.

Por otro lado, y este es el lugar adecuado para advertirlo, la premisa normativa del silogismo práctico no debe buscarse con exclusividad en un artículo del Código que regula la materia jurídica en cuestión. Esta cuestión está fuertemente ligada a la teoría de las fuentes del Derecho, es decir, a la cuestión acerca de dónde debe buscarse la causa de un derecho, y es central en el tema que ahora nos ocupa, puesto que este conocimiento constituye un paso determinante en el procedimiento racional de determinación del Derecho en el caso concreto. Precisamente, la determinación de la premisa normativa, es decir, la determinación de la norma aplicable al caso, lo que hace es manifestar la fuente o la causa del Derecho concreto. Para el positivismo jurídico esta cuestión no era problemática, puesto que la única causa del Derecho era la ley, y ella era perfectamente cognoscible en los códigos. Sin embargo, una renovada teoría de las fuentes del Derecho afirma la existencia de causas del mismo por fuera de la ley, por ejemplo, en los principios del Derecho⁴⁸. Esto hace que el proceso de determinación de la premisa normativa sea un procedimiento mucho más complejo que el pensado por el iuspositivismo, esto es, un proceso en el que hay algo más que una indagación, en el sistema de leyes, de aquella norma legislada que consagrare el supuesto de hecho análogo al de los hechos del caso, para aplicar, seguidamente, la consecuencia jurídica por ella estipulada de manera mecánica y a través de un silogismo de subsunción.

De lo que se trata, entonces, en la exigencia de la justificación externa es del procedimiento racional por medio del cual se establecen las premisas que conforman el razonamiento práctico-normativo. Este procedimiento versa sobre una realidad que, como vimos, tiene dos características: por un lado, es una realidad que en parte está dada, pero que exige algún tipo de realización, y la finalidad última del razonamiento del jurista es la configuración de dicha realidad. En eso consiste precisamente la determinación. Por otro lado, la realidad sobre la cual versa este procedimiento determinativo es contingente, esto es, que puede ser determinada de muchas maneras, puesto que “en el orden práctico, la verdad o rectitud práctica no es la misma en todos a nivel de conocimiento particular y concreto, [...] y aún aquellos que coinciden en la norma práctica sobre lo concreto, no todos la conocen igualmente”⁴⁹. Además del objeto, el razonamiento práctico exige, como condición de justificación de las premisas que se aducen en él, tomar en consideración la especial finalidad a la que apunta y que puede ser definida así: la realización concreta de una exigencia de la justicia, es decir, la manifestación de una dimensión del bien humano. Una determinación concreta del Derecho o

casos —los casos difíciles— en los que este procedimiento no es posible, el acto de determinar el derecho exigible en el caso se transforma, por fuera de la racionalidad del Derecho, en un acto de mera voluntad.

⁴⁸ La existencia de causas del Derecho por fuera de la pirámide normativa, en los principios del Derecho, es el llamado de atención que R. DWORKIN hace al positivismo jurídico de su época, cfr. R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984. También R. ALEXY afirma la existencia de los principios como verdaderas fuentes de los derechos y las obligaciones junto a la ley escrita, cfr. R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

⁴⁹ TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, I-II, q. 94, a. 4.

de la deuda que no manifieste, de alguna manera, un bien de la persona, una exigencia de la justicia, está necesariamente mal demostrada desde el punto de vista de la justificación externa.

De esta manera, la exigencia de justificación externa coincide, según este parecer, con el procedimiento de *deliberación prudencial*, cuyo objeto es establecer e imperar la norma de conducta debida en una situación concreta y particular —que es lo mismo que decir contingente—, es decir, de lo que se trata es de la constitución de una norma particular de conducta a partir de normas generales o universales según el caso, y de conformidad con una situación fáctica concreta. Además, a lo que apunta el proceso deliberativo prudencial es al discernimiento e imperio del bien concreto y particular por realizar *hic et nunc* (aquí y ahora). En tal cosa —según el testimonio de OLLERO— consiste la tarea del jurista. Aquí encontramos, entonces, la esencia del proceso racional de adjudicación de un derecho o una deuda concreta.

2.3. El razonamiento deliberativo-prudencial como forma de determinación racional de las premisas normativa y fáctica

Hemos afirmado, en el apartado anterior, que la deliberación prudencial constituye la esencia del procedimiento racional determinativo del Derecho y de la deuda concreta. Ello es así porque la prudencia se erige como la forma propia del conocimiento práctico, es decir, acorde con la finalidad y el objeto propio de dicha forma de conocer humano. Por otro lado, hemos afirmado que este razonamiento también está sujeto a las normas y formas de la lógica, y que ello es requisito fundamental para el buen orden de todo tipo de razonar humano. De esta manera, hemos denominado al procedimiento racional determinativo del Derecho en el caso concreto como *razonamiento práctico prudencial o normativo*.

Así, y siguiendo en este punto al profesor C. I. MASSINI, podemos afirmar que lo que especifica al proceso de determinación del Derecho es el hecho de presentar “una especial dificultad en la búsqueda y el establecimiento de las premisas del mencionado razonamiento, y es casualmente en esta búsqueda y establecimiento, donde radica la especificidad del razonamiento judicial”⁵⁰. El establecimiento de las premisas normativa y fáctica de todo razonamiento jurídico se da a través de la deliberación prudencial. El objetivo de este apartado es, entonces, intentar una breve explicación de la naturaleza de este proceder práctico-racional.

La deliberación es una parte potencial de la virtud de la prudencia⁵¹, y por ello es necesario decir algunas palabras acerca de la naturaleza de esta importante virtud, esencial para la dirección del obrar humano. La prudencia es una forma de conocimiento racional práctico que tiene por finalidad enunciar e imperar la regla

⁵⁰ Carlos I. MASSINI, *La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología del derecho*, ob. cit., p. 75.

⁵¹ Cfr. TOMÁS DE AGUIÑO, *Summa Theologiae*, II-II, q. 51, a. 2, q. 52, a. 2. Son partes potenciales de una virtud, según TOMÁS DE AGUIÑO, “las virtudes anexas ordenadas a otros actos o materias secundarias porque no poseen la potencialidad total de la virtud principal”, *Summa Theologica*, II-II, q. 48.

práctica del actuar humano concreto. Por esta especial finalidad, la virtud de la prudencia ha sido considerada al mismo tiempo virtud intelectual y virtud moral, es decir, hábito perfectivo tanto de la razón (práctica) como de la voluntad⁵². En otras palabras, es la virtud que perfecciona la razón práctica de tal manera que la faculta para conocer la acción que debe realizarse en una situación particular y concreta, y mueve a la voluntad para obrarla de manera efectiva. Esta virtud del entendimiento práctico puede ser de varias clases: según el acto de esta virtud se dirija al perfeccionamiento del individuo —al discernir el bien concreto del obrar del individuo—, o se dirija al perfeccionamiento de la sociedad —al discernir el bien que le es propio al todo social—, la prudencia puede ser individual o personal y social o política. La prudencia jurídica hace parte de la prudencia social o política, pues ella se encarga de discernir e imperar un bien que hace parte del bien común y social: lo justo o lo debido.

La deliberación o buen consejo (*eubulia*) es, principalmente, un hábito operativo que se encarga del discernimiento, entre las diferentes posibilidades de acción, de aquella que es posible y más adecuada para la realización de un bien humano en una situación concreta y determinada en el espacio y en el tiempo (*hic et nunc*). Una vez ha deliberado acerca de las acciones posibles y adecuadas, la razón práctica prosigue a elegir, entre ellas, un curso de acción concreto, y esto lo hace mediante otro hábito que actúa en función de la determinación prudencial: el juicio práctico o prudencial. Deliberación y juicio práctico constituyen, así, el momento cognoscitivo y racional del proceso prudencial de determinación del bien que ha de realizarse en una situación concreta.

Ahora bien, el acto de la deliberación y el juicio propio de la prudencia, en su dimensión jurídica, se encargan de discernir y determinar la fuente normativa aplicable al caso concreto. En efecto, el juez se encuentra ante un caso concreto con diversas posibilidades de solución —diversas normas significan diversos cursos de acción, pues la norma es, siguiendo a TOMÁS DE AQUINO, “una regla y medida de nuestros actos según la cual uno es inducido a obrar o a dejar de obrar”⁵³ — y con diversas normas aplicables al caso concreto. Para algunos casos esa norma puede estar enunciada previamente en el sistema de Derecho positivo como un principio general del Derecho, como una costumbre —escrita o no escrita— o como una exigencia normativa que el juez debe derivar de la naturaleza humana —de sus tendencias naturales— a través de un proceso determinativo. De esta manera, el procedimiento deliberativo se orienta a señalar, entre las diversas y posibles normas aplicables al caso concreto, las más adecuadas según las circunstancias particulares, y el juicio a señalar, entre esas diversas posibilidades, aquella que constituirá la premisa mayor del silogismo práctico prudencial. Este proceso deliberativo y judicativo tiene lugar incluso en aquellos eventos en los cuales la norma esté previa y claramente enunciada en el sistema normativo positivo, puesto que el juez debe deliberar, por lo menos, acerca de si esa norma es adecuada al caso concreto y si no habrá, en este o por fuera de este, otra norma que se adecue y

⁵² Cfr. Josef PIEPER, *Las virtudes fundamentales*, Madrid, Rialp, 1998, pp. 33-82. Cfr. Juan Fernando SELLES, *Los hábitos intelectuales según Tomás de Aquino*, Pamplona, Eunsa, 2008, pp. 367-390.

⁵³ TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologica*, I-II, q. 90, a. 1.

resuelva mejor el caso bajo su examen, con lo cual no se tratará de un mero proceso mecánico de aplicación, tal y como lo afirmaba el positivismo jurídico, sino de un verdadero proceso interpretativo, tal y como lo afirma la hermenéutica.

Finalmente, debe hacerse una aclaración necesaria. Debe evitarse pensar que en el proceso de deliberación prudencial estamos ante una deducción matemática, y que, por tanto, la respuesta a la que llegamos es absolutamente cierta e infalible. Por el contrario, y como afirma el profesor J. HERVADA, “toda decisión prudencial, y en consecuencia las de la prudencia jurídica, entraña un elemento de inseguridad y riesgo [...] por ello no se encuentra en ellas la seguridad de un raciocinio lógico”⁵⁴. Esta falta de certeza deriva de la falta de certeza que poseen las premisas del razonamiento práctico y que se transmiten a la conclusión. En efecto, al tratar sobre realidades contingentes y posibles, que dependen en su ser y su realización de la actividad humana, la determinación racional de una premisa normativa, directiva del obrar humano, participa de esta misma ausencia de necesidad y se reviste del carácter de probable. Por esa razón, la conclusión a la que se llega en la determinación prudencial del Derecho en los casos concretos, si bien es una determinación que realiza una dimensión de la justicia, no lo hace con certeza absoluta, de tal manera que cabe la posibilidad de que hubiese una determinación que realice de mejor manera lo justo concreto, y por ello, las determinaciones prudenciales tienen la especial cualidad de ser controvertibles, discutibles y mejorables.

Las anteriores afirmaciones previenen al jurista del sueño moderno de pretender encontrar en la indagación racional orientada hacia la búsqueda de lo justo una exactitud equiparable a la de las ciencias exactas. En efecto, en el acto de la prudencia hay un cierto componente volitivo, no sólo en cuanto impera, sino en cuanto la deliberación ha de concluir necesariamente en la elección de uno entre varios medios posibles (aunque en algunos casos excepcionales puede haber sólo una concreción viable de un principio general⁵⁵). El hecho de que haya elección implica que, ciertamente, la deliberación y la *determinatio* son operaciones racionales, pero no exclusivamente, pues la voluntad tiene también lugar en esta operación. Sin embargo, contra el extremo contrario que nos induce a concluir que en el proceso de adjudicación judicial se da un voluntarismo ciego en el que la elección se hace de manera arbitraria, la deliberación prudencial proporciona, por el contrario, el equilibrio necesario entre racionalismo y voluntarismo: en efecto, en el proceso de adjudicación judicial el jurista, por medio de un acto de la razón práctica, indaga acerca de las posibles vías de acción que realizan lo justo en el caso concreto, y a través de un acto de la voluntad elige una, que le proporciona el suficiente soporte racional para la concreción específica de lo justo concreto. Así, razón y voluntad confluyen de manera armónica en el acto de determinación del *ius* o Derecho.

⁵⁴ Javier HERVADA, “Reflexiones acerca de la prudencia jurídica y el Derecho Canónico”, en *Revista española de Derecho Canónico*, XVI, (1961), pp. 415-451.

⁵⁵ Son los casos de una violación directa a un bien humano básico o fundamental. Sobre esto cfr. John FINNIS, “Derecho natural y razonamiento jurídico”, en *Persona y Derecho*, 33, 1995, pp. 13-16 y 31-34; G. MORA RESTREPO, *Justicia Constitucional y arbitrariedad de los jueces*, ob. cit., pp. 398-403.

3. CONCLUSIONES

Este trabajo ha tenido la mirada puesta en un problema que en la teoría jurídica contemporánea ha ido ganando importancia y centralidad: la adjudicación judicial. La cuestión quedó aquí planteada como una reflexión acerca de la naturaleza del acto por medio del cual el juez, jurista por excelencia, realiza este proceso de adjudicación de un derecho y de una deuda en un caso concreto, escenario en el cual, en definitiva, se manifiesta el Derecho —lo justo— en su sentido primario y principal.

Esta cuestión no tuvo en los dos siglos pasados, marcados con el signo del positivismo jurídico, el mismo lugar de importancia, puesto que el papel del juez en la teoría del Derecho del iuspositivismo se reducía al de un mero aplicador de la ley previamente consignada en el sistema de Derecho legislado, cuyo instrumento exclusivo de operación racional se reducía al silogismo de subsunción. Tras confrontar sus propias tesis con la práctica jurídica, los más importantes representantes de esta corriente de teoría jurídica se vieron obligados a replantear algunos de sus postulados referidos a este tópico. Así, autores como H. KELSEN y H. L. A. HART, introdujeron la distinción, en el proceso de adjudicación, entre casos en los que el juez es un mero aplicador mecánico de la ley y casos en los que el juez debe, forzado por la situación, interpretar o crear la norma. Surgió así, para la teoría jurídica, una de las tesis más influyentes del positivismo jurídico: la distinción entre casos fáciles y difíciles, y la tesis de la discrecionalidad judicial.

Sin embargo, esta tesis positivista pareció aquí equivocada por dos razones: en primer lugar, porque despoja al razonamiento adjudicativo judicial de su intrínseca naturaleza, esto es, el de ser un razonamiento orientado a la búsqueda de la norma singular que se convierte en la medida del actuar concreto por medio del cual se realiza la justicia *hic et nunc*. Esto ubica al razonamiento jurídico judicial en el contexto de las ciencias prácticas cuyo objeto propio de estudio es la realidad en cuanto operable, es decir, en cuanto realizable a través del obrar humano. En segundo lugar, la distinción entre mera aplicación e interpretación, guiada por el criterio de los casos fáciles y difíciles, no parece muy acertada según las modernas teorías de la interpretación jurídica. En efecto, hemos afirmado que todos los casos requieren interpretación, incluso los denominados casos fáciles, puesto que en ellos el juez comprende la claridad del enunciado de una norma y que dicha norma es aplicable a la situación concreta. Ello es, por sí mismo, un acto de interpretación.

La necesidad de buscar unas exigencias o criterios de corrección racional que describan de una mejor manera el proceso de adjudicación de un derecho y una deuda concreta se convirtió entonces en el hilo conductor, en el eje central del ensayo. La teoría de la justificación interna y externa propuesta por las corrientes reivindicadoras de la racionalidad práctica, así como la propuesta de la moderna hermenéutica jurídica según la cual todo caso, fácil o difícil, requiere algún grado de interpretación, se constituyeron en los primeros elementos a partir de los

cuales se construye la propuesta aquí esbozada en sus líneas generales, y cuyas conclusiones pueden ser presentadas de la siguiente manera:

1. El razonamiento judicial por medio del cual se adjudica un derecho y una deuda concreta es una especie o clase de razonamiento, y por tanto, debe ajustarse a la forma y las exigencias de todo razonamiento humano señaladas por la lógica. En esto consiste la exigencia de la justificación interna del razonamiento jurídico que reclama un mínimo de racionalidad e inteligibilidad a la decisión judicial.
2. Este mínimo proporcionado por la justificación interna requiere de una justificación ulterior de la decisión judicial que dé cuenta de la corrección o incorrección de las premisas. Este proceso justificativo tiene, como condición esencial, el interés por poner especial atención a la naturaleza del objeto y la finalidad de esta forma del razonamiento jurídico: la de ser un razonamiento práctico que, por lo mismo, versa sobre una realidad operable —que exige una realización— y que posee una finalidad especial, que no es otra que la determinación de una norma de conducta que debe realizarse para alcanzar un fin concreto. Así, los elementos sobre los que gravita la denominada justificación externa de la decisión judicial son una realidad a la que debe dársele forma, una finalidad por alcanzar y una acción concreta que se constituye en el medio adecuado para lograr esa finalidad.
3. Finalmente, hemos concluido que el proceso deliberativo prudencial constituye el procedimiento racional adecuado a la justificación de la decisión judicial y, por tanto, el que mejor da cuenta del proceso racional por medio del cual el juez adjudica un derecho y una deuda en un caso concreto. Ello es así toda vez que se trata del acto de la razón práctica que tiene como finalidad determinar la norma de acción, medio más adecuado para la consecución de la finalidad propia de la ciencia y el arte del derecho: la realización efectiva de lo justo en el caso concreto.

Así, queda descrito el itinerario racional del proceso de adjudicación del derecho y la deuda en los casos concretos, y su naturaleza propia: la de ser un proceso de determinación, no librado exclusivamente a la voluntad del operador jurídico, sino regido por una serie de exigencias racionales que responden a la perspectiva adecuada al objeto y la finalidad propia de este acto definitivo para la plenitud del quehacer jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Lima, Palestra, 2007.

ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Lima, Palestra, 2006.

396 BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, México, Fontanarama, 1999.

- FINNIS, John, “Derecho natural y razonamiento jurídico”, en *Persona y Derecho*, 33, (1995).
- HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, Bogotá, Santillana, 1999.
- HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2004.
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Metodología de la ciencia del Derecho*, Obras completas. tomo V, Madrid, Espasa-Calpe, 1988.
- HERVADA, Javier, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Pamplona, Eunsa, 2000.
- HERVADA, Javier, “Reflexiones acerca de la prudencia jurídica y el Derecho Canónico”, en *Revista española de Derecho Canónico*, XVI, (1961).
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, Porrúa, 1993.
- MACINTYRE, Alasdair, *Tras la virtud*, Barcelona, Crítica, 1987.
- MARTÍNEZ DORAL, José María, *La estructura del conocimiento jurídico*, Pamplona, Eunsa, 1963.
- MASSINI, Carlos I., *La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología jurídica*, Buenos Aires, Abeledo-perrot, 1983.
- MASSINI, Carlos I., “Método y filosofía práctica”, en *Persona y Derecho*, 33, 1995.
- MORA RESTREPO, Gabriel, *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2009.
- MORA RESTREPO, Gabriel, *Ciencia jurídica y arte del derecho. Estudio sobre el oficio del jurista*, Bogotá, Gustavo Ibáñez, 2005.
- OLLERO, Andrés, *Interpretación del Derecho y positivismo legalista*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1982.
- PIEPER, Josef, *Las virtudes fundamentales*, Madrid, Rialp, 1998.
- RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato, *Las razones del derecho natural*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2000.
- SEGURA ORTEGA, Manuel, *La racionalidad jurídica*, Madrid, Tecnos, 1998.
- SERNA, Pedro, *De la argumentación jurídica a la hermenéutica jurídica: revisión crítica de algunas teorías contemporáneas*, Granada, Comares, 2005.

TOMÁS DE AGUINO, *Summa Theologica*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, cinco tomos, 1994.

TOMÁS DE AGUINO, *Comentario a los analíticos posteriores de Aristóteles*, Pamplona, Eunsa, 2002.

TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la Filosofía del Derecho y del estado 2. Del Renacimiento a Kant*, Madrid, Alianza, 1974.

VIGO, Rodolfo L., *Visión crítica de la historia de la filosofía del derecho*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1984.

VIGO, Rodolfo L., "Razonamiento justificativo judicial", en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, 21-II, 1998, pp. 483-499.