

## INFORME BIBLIOGRÁFICO SOBRE TEORÍA Y METODOLOGÍA DEL DERECHO\*

Jan R. SIECKMANN\*

La teoría y la metodología del derecho representan elementos necesarios de la ciencia del derecho, por eso esta última eleva la pretensión de cientificidad. Sin embargo, puede ser el caso que, algunos intentos anteriores de justificación de la cientificidad de la jurisprudencia, tales como los sistemas del derecho natural o la metodología de la Jurisprudencia de Conceptos, fueran erróneos. En todo caso, no es posible una ciencia del derecho sin la consideración de los estándares de fundamentación de la filosofía práctica, de la filosofía del conocimiento y de la teoría de la ciencia.

En la actualidad, en muchos países, se puede observar un abismo entre la teoría del derecho y la dogmática jurídica. Asimismo, la teoría y la metodología del derecho son desplazadas de la formación de los juristas, como contracara se incrementan las asignaturas de dogmática jurídica. Esto nos devuelve a la pregunta acerca del carácter científico de la jurisprudencia, pero, así también, a la pregunta acerca de lo qué la teoría y la metodología del derecho pueden contribuir para mejorar la dogmática jurídica y la práctica jurídica. Los trabajos que a continuación se comentan representan diversas posiciones acerca del abordaje de las preguntas aquí planteadas.

GUIBOURG, Ricardo A., *Teoría General del Derecho*, Colección de Análisis Jurisprudencial, La Ley, Buenos Aires 2003, 659 págs.

ALEXY, Robert / KOCH, Hans-Joachim / KUHLEN, Lothar / RÜßMANN, Helmut, *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, Nomos, Baden-Baden 2003, 545 págs.

MORESO, José Juan/NAVARRO, Pablo/REDONDO, Cristina, *Conocimiento Jurídico y Determinación Normativa*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Fontamara, México 2002, 175 págs.

CALVO SOLER, Raúl, *Uso de normas jurídicas y toma de decisiones*, Serie CLA·DE·MA, Filosofía del Derecho, Editorial Gedisa, Barcelona 2003, 251 págs.

\* Publicado originariamente en alemán como "Rechtstheorie und juristische Methodenlehre", "Revista Archiv für Rechts und Sozialphilosophie" (Archivo de Filosofía Jurídica y Social) ARSP 89 (2003), 576-582, a cuyos editores agradecemos la autorización para publicarlo en esta revista. Traducción del alemán realizada por Laura Clérico y revisada por el autor.

\* Profesor de Derecho Público y Filosofía del Derecho, Universidad de Bamberg.

La "Teoría General del Derecho" de RICARDO A. GUIBOURG es un libro de textos de teoría del derecho. Por un lado, el texto es presentado por Guibourg como el fruto de un trabajo en equipo, en el que han participado diversos autores (tales como, José Rolando Chirico, Ricardo V. Guarinoni, Liliana Rodríguez Fernández y Jorge Cerdio Herrán). Por el otro lado, en cada capítulo se sigue un método orientado por casos como así también en el extenso anexo, en el que se reproducen sentencias judiciales nacionales y extranjeras completas. Este método es calificado por el autor como un "instrumento invaluable del aprendizaje vinculado a la práctica" (XIX), en tanto permite al estudiante identificar cómo se plantean en la realidad cada uno de los problemas que se abordan desde las distintas ramas del derecho y, que, a su vez, le posibilita aplicar los conocimientos para la resolución de problemas semejantes.

Uno de los propósitos centrales de Guibourg es enfatizar la relevancia de la teoría y la metodología del derecho para la formación del jurista y para la práctica del derecho. Una separación de la teoría y de la práctica no sería posible. Sin embargo, la práctica jurídica tiene su teoría propia que los estudiantes aprenden en los cursos introductorios de derecho civil de la carrera de abogacía: "una teoría obsoleta, apoyada en una dogmática jurídica, casi no representada en un nivel más abstracto, repleta de indeterminaciones y contradicciones, pero empaquetadas en palabras simpáticas y apoyadas por la autoridad de la tradición" (XIX). Guibourg advierte, sin embargo, que la práctica jurídica tendría la meta de la persuasión, que en el derecho y en la ciencia jurídica -"que se expresa en tratados, monografías y artículos sobre diversas ramas del quehacer jurídico"-, no se habría dado un "giro copernicano" como en las ciencias naturales (XVIII). Por el contrario, la teoría general del derecho habría logrado grandes progresos en el Siglo XX. Se presenta más abstracta que la ciencia jurídica e investiga preguntas acerca, de la naturaleza del derecho, de los métodos para establecer la "ausencia o... la presencia de ese elemento llamado derecho en una situación determinada", del análisis de los conceptos del derecho, y persigue el desarrollo de un modelo, con el que se pueda analizar todo aquello que caiga en el ámbito del derecho (XVIII). Una meta del libro de Guibourg es hacer productiva la teoría del derecho para la aplicación del derecho y para la práctica jurídica y también para alcanzar mayor seguridad jurídica (XX).

En particular se analiza el concepto del derecho, con una crítica a las concepciones, si bien no falsas pero poco claras, del derecho contenidas en las sentencias judiciales, asimismo, las opciones epistemológicas en la ciencia jurídica, las normas, el concepto de ilicitud, de obligación y de responsabilidad, la concepción de los derechos subjetivos, los conceptos de capacidad, imputabilidad, competencia, de persona, la identificación de sistemas jurídicos, la constitución como base del sistema jurídico, así como también las fuentes del sistema jurídico, la interpretación del derecho, la función de los jueces y del derecho internacional. Cada capítulo está dedicado al abordaje de cada uno de los contenidos arriba enumerados. A su vez, cada capítulo se inicia con un resumen del tema. Este resumen contiene una suerte de "síntesis teórica" que no eleva la pretensión de reemplazar la lectura de textos teóricos más extensos. La finalidad del resumen es indicar en forma ordenada los puntos de vistas que luego serán objeto de discusión en cada uno de los capítulos. En cuanto a los casos, contenidos en las sentencias judiciales, se trata, a través de comentarios y preguntas, que los estudiantes trabajen los argumentos que fundan las sentencias a los efectos de controlar su consistencia, identificar sus imprecisiones, determinar en qué medida pueden ser subsumidas en las clasificaciones ensayadas desde la teoría y analizar críticamente el alcance de su fuerza justificatoria a los efectos de determinar cómo el alcance de un argumento llega a menudo más acá del punto necesario para fundar la decisión o más allá del punto en que el propio tribunal estaría dispuesto a admitirlo (XIX). Todo esto se logra a través del trabajo con sentencias judiciales, cuidadosamente clasificadas por temas, en las que resulta relevante el análisis de los conceptos individualizados en el apartado anterior desde la teoría del derecho.

En el libro "Elemente einer juristischen Begründungslehre" ("Elementos de una teoría de la justificación jurídica"), compilan ROBERT ALEXI, HANS-JOACHIM KOCH, LOTHAR KUHLEN Y HELMUT RÜSSMANN contribuciones referidas a problemas actuales de la metodología del derecho y no sólo se incluyen los tradicionales (aunque actuales), sino también se puede advertir, que adquieren especial relevancia, los referidos a la "ponderación" y al establecimiento de los hechos. Para el abordaje de los problemas se utilizan las herramientas provenientes de la filosofía analítica y la teoría de la ciencia.

En la primera parte, se encuentran contribuciones de, Robert Alexy sobre el análisis lógico de las sentencias jurídicas (para lo que utiliza como ejemplo de análisis la sentencia recaída en el caso "Lebach" del Tribunal Constitucional Federal alemán), Hans-Joachim Koch acerca de la fundamentación deductiva de las decisiones judiciales y Lothar Kuhlen sobre la relación entre regla y caso en la metodología del derecho como así también sobre la obligación de presentación de un tribunal frente al apartamiento de las sentencias emanadas de otros tribunales. Estas contribuciones confirman la utilidad del método analítico para la solución de problemas jurídicos y, en especial, su idoneidad como instrumento de crítica de las sentencias judiciales.

En la segunda parte, se trata de la interpretación de las leyes y de la aplicación creativa (*Rechtsfortbildung*), a través de, las contribuciones sobre argumentación jurídica como un caso del discurso práctico general (Alexy), los fundamentos de la metodología jurídica en la filosofía del lenguaje, la teoría de la interpretación en la teoría pura del derecho de Hans Kelsen así como la justificación de las interpretaciones iusfundamentales (todos estos últimos fueron realizados por Koch), de las posibilidades y límites de la vinculación a la ley (Rüssmann) como así también para la solución de un caso penal (Kuhlen).

En la tercera parte, se considera el método de la ponderación en el derecho a través de las contribuciones de Alexy sobre reglas y principios del derecho como así también sobre errores en la discrecionalidad y de Koch sobre la base de la ponderación en las teorías de las normas así como del procedimiento y del resultado de la ponderación como objeto del control judicial de la planificación urbanística.

En la cuarta parte, se aborda la relación entre cuestiones de derecho y de hechos a través de las contribuciones de, Rüssmann sobre su delimitación como así también sobre la llamada "norma como hecho" y Kuhlen sobre la importancia de esta distinción en el proceso penal.

La quinta parte está conformada por cuatro contribuciones de Rüssmann acerca de los problemas sobre establecimiento de hechos. En particular se trata de la teoría general de la prueba y el rol de las leyes de la lógica en esta teoría, del teorema de Bayes y de la prueba a través de

indicios, la matemática de la prueba testimonial como así también de indicios, causalidad y probabilidad de un acontecimiento.

El objeto de la sexta parte es el positivismo jurídico y la llamada fórmula de Radbruch. Koch niega que el argumento de los principios pueda servir como refutación del positivismo jurídico. Kuhlen se pronuncia por una concepción del derecho positivista por un argumento que gira en torno a su cercanía a la realidad y su apertura evaluativa. Otra contribución de Kuhlen contiene un dictamen con la forma de un trabajo práctico domiciliario acerca de los problemas de la penalidad de hechos en relación con las personas que "trataban o salían del territorio de la ex-DDR en forma ilegal". Se reproduce el artículo de Alexy sobre "los disparos de los custodios del muro" del año 1993, en el que se fundamenta la aplicación de la fórmula de Radbruch para justificar la nulidad parcial de la causal de justificación positiva que amparaba a los guardianes del muro que disparaban contra las personas desarmadas que trataban de pasar el muro para fugarse de la ex-DDR (República Democrática Alemana).

Por último, la parte séptima contiene bajo el título "sobre el ordenamiento escalonado del derecho" un artículo de Koch sobre la relación entre la justicia constitucional y la justicia común, en la que defiende la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de la crítica de la falta de claridad y deficiente auto restricción o deferencia frente a los tribunales comunes; sin embargo, promueve un reemplazo de la concepción del orden valorativo (del Tribunal Constitucional) a través de la ponderación orientada por obligaciones de protección. En general, el libro habla a favor de la utilidad de la teoría del derecho analítica para la metodología jurídica y, por el contrario, demuestra que su falta de consideración conduce a la aplicación del derecho o a la construcción de teorías dogmáticas deficientes.

En una línea de trabajo, caracterizada por su alto grado de abordaje analítico, se enmarca la obra de JOSÉ JUAN MORESO, PABLO NAVARRO Y CRISTINA REDONDO, titulada "Conocimiento Jurídico y Determinación Normativa". El tema del libro es la determinación del derecho y la posibilidad, de realizar enunciados jurídicos objetivos sobre el derecho vigente y el estatus deóntico de determinadas acciones y estado de cosas. Parten de un supuesto plausible, según el cual, el derecho no es totalmente indeterminado; es también posible realizar enunciados jurídicos verdaderos. Así,

la tesis de la indeterminación radical del derecho es rechazada por poco convincente, sin argumentar en su contra en particular. La posibilidad de hacer enunciados verdaderos sobre el derecho vigente, supone que el valor de verdad sería independiente de las preferencias o concepciones de aquel que formula los enunciados. Objetivo es definido como dependencia de los valores de verdad de determinados hechos (que pueden ser sociales, institucionales, morales, entre otros). Así, porque el derecho no contenga para algunos casos una solución, no se podría seguir, que siempre es indeterminado. Cuando los abogados formulan enunciados sobre el derecho vigente, aunque los móviles de sus discusiones sean variados y dispares (defender los intereses de su cliente, es decir, ganar el caso; debatir acerca de lo que el derecho debe ser, que, para los autores, suele encubrir preferencias políticas), asumen que es posible el conocimiento objetivo del derecho (9). Sin embargo, el estatus deóntico de una acción no dependería sólo del "material explícitamente proporcionado por las autoridades normativas" (10). Los autores llaman a esto, complejidad del derecho (10). Así, los conceptos de determinación normativa, objetividad y complejidad del derecho configuran el marco para una reflexión acerca de la naturaleza y límites de las propuestas positivistas en la filosofía del derecho contemporánea.

Uno de los temas centrales del libro es el problema de las lagunas y los conflictos normativos en el derecho, que conforman la fuente principal de la indeterminación del derecho. Dos de los capítulos escritos conjuntamente por los autores se dedican a este tema. Uno de esos capítulos está dedicado a la discusión de la tesis de Joseph Raz, que sostiene, que es inadecuada una lógica bivalente (todas las proposiciones son o bien verdaderas o bien falsas), en el ámbito de los enunciados jurídicos. En este sentido, la pregunta que mueve a los autores dice "¿es posible dar cuenta de la relativa indeterminación del derecho sin rechazar la bivalencia?" (14). En el otro capítulo, trabajan conjuntamente sobre la indeterminación semántica y la tesis de Alchourrón y Bulygin, acerca de que la regla de clausura, que dice que aquello que no está prohibido, está permitido, si bien tiene validez lógica, no descarta lagunas en el derecho.

En otra contribución sobre el problema de la indeterminación, José Juan Moreso indaga las consecuencias de la teoría de la "superevaluación",

que distingue entre enunciados verdaderos, falsos y proposiciones indeterminadas en su valor de verdad. Esta teoría permitiría sostener que el rechazo del Principio de la Bivalencia no implicaría el rechazo de la Ley del Tercero Excluido.

En los dos últimos trabajos, que conforman este libro, se discute sobre la naturaleza y las condiciones de verdad de los enunciados jurídicos, los criterios de corrección de las teorías jurídicas y las relaciones entre determinación del derecho y completitud de las teorías acerca del derecho. Cristina Redondo aborda el problema de la naturaleza de la verdad de los enunciados jurídicos y sus condiciones de verdad. Asimismo, este último es el tema central del trabajo de Pablo NAVARRO, es decir, bajo qué condiciones son verdaderos los enunciados jurídicos. Navarro concluye que dos criterios son decisivos: la fuerza vinculante de una norma y su pertenencia a un sistema jurídico. Ambos podrían llevarnos a diversos resultados. Esto hace necesario tomar una decisión de acuerdo con una posición o con la otra. Parece que dos posturas serían posibles para la solución de este problema. Se puede intentar realizar esfuerzos para reconciliar una reconstrucción sistemática del derecho y la relevancia práctica de las normas jurídicas o, en algunos casos, se podría aceptar el carácter indeterminado del derecho. Navarro sostiene que, sin embargo, pueden alegarse buenas razones para dudar acerca del alcance de todas estas estrategias. Su conclusión devela una advertencia y un desafío para la teoría del derecho: "esto no significa dudar que el conocimiento jurídico esté ligado a la atribución de valores de verdad a los enunciados jurídicos, sino más bien que aún no hemos articulado de modo coherente todos los datos relevantes para asignar estos valores de verdad" (172). Así, quedaría pendiente un "análisis adecuado de las condiciones de verdad de los enunciados jurídicos" (173).

RAÚL CALVO SOLER trata en su libro "Uso de normas jurídicas y toma de decisiones" la pregunta acerca del papel que las normas, en especial las normas jurídicas, juegan en las decisiones racionales. Analiza tres concepciones de la racionalidad, que provienen de la teoría de las decisiones y la teoría del juego o que se conectan con ellas. La primera concepción es la racionalidad instrumental, que usualmente se utiliza en las teorías económicas y, comúnmente, se la equipara y se la confunde como la "racionalidad". Esta concepción sería, incluso no considerando otros

puntos de crítica, insuficiente para explicar la idea a una persona que sigue el derecho o se siente obligada por el derecho.

La segunda concepción es una racionalidad débil, que ha sido trabajada especialmente por Amartya Sen. Esta concepción se basa en la comparabilidad de alternativas, y no exige ningún orden de preferencias completo. También esta concepción no sería suficiente para aclarar la vinculación a las normas jurídicas como un comportamiento racional.

La tercera concepción, desarrollada por Calvo, es una racionalidad agregativa. Se conecta con propuestas provenientes de la teoría de la acción colectiva y la traslada a la deliberación individual. Su idea central sería, no introducir un meta-criterio para las preferencias, sino una regla, que determina un procedimiento para ordenar el conjunto de ordenaciones (243). La regla no pretendería establecer una ordenación del conjunto de preferencias extrínsecas, "sino constituir una nueva ordenación imputable a ese conjunto" (243). Si bien esta concepción tendría también sus puntos criticables, sería, sin embargo, superior a las otras dos concepciones. Esta concepción debe evitar, empero, algunos problemas que son objeto de la llamada paradoja de Arrow. Uno de los puntos más importantes de la concepción de Calvo es, entender las decisiones racionales como determinaciones y no como deducciones o derivaciones de preferencias o criterios de preferencias. La condición de No-dictadura de Arrow, que trata a todos los órdenes de preferencias individuales con el mismo rango y descarta priorizaciones entre preferencias de diversos individuos, es rechazada explícitamente por Calvo (244). Para alguien, que está acostumbrado, a tomar a las preferencias como valoraciones, puede parecer esto último familiar. Sin embargo, en el marco de una teoría formal de la decisión racional y de su aplicación a los problemas de justificación de decisiones normativas, resulta de provechosa lectura el trabajo de Calvo.