

Introducción al debate en torno a “¿Qué es aplicar derecho?”

Introduction to the Debate on “What Is It to Apply the Law?”

Sebastián Figueroa Rubio*

Recepción y evaluación de propuesta: 05/04/2019

Aceptación: 17/06/2019

Recepción y aceptación final: 27/11/2021

Resumen: Esta introducción al número de *Discusiones* en que se debate el artículo de Luís Duarte d’Almeida tiene dos objetivos. Primero, presentar el contexto del debate, señalando algunas de sus resonancias. Segundo, dar una visión general de los principales temas examinados en las diversas contribuciones al volumen.

Palabras clave: aplicación del derecho, silogismo jurídico, modelo de la aplicabilidad.

Abstract: This introduction to the issue of *Discusiones* debating Luís Duarte d’Almeida’s paper has two aims. First, it sets the context of the debate and points out some of its resonances. Second, it provides a brief overview of the main issues addressed in the various contributions to the volume.

Keywords: law-application, legal syllogism, applicability model.

* Doctor en Derecho, Universitat de Girona, España. Profesor, Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid, España.
Correo electrónico: sebastian.figueroa@uam.es

1. Introducción

Cada cierto tiempo nos encontramos con textos que dan cuenta de ciertas incomodidades que uno percibe, pero no sabe bien cómo articular. Estos textos permiten revisar ideas ampliamente defendidas que no son completamente satisfactorias y, con ello, repensar algunas intuiciones con las que trabajamos. En mi opinión, el trabajo de Luís Duarte d'Almeida “¿Qué es aplicar derecho?”, objeto de la discusión que acá presento, es uno de esos textos.

En mi experiencia haciendo clases de teoría del derecho, al momento de buscar en la literatura un modelo para explicar la estructura de la justificación de las decisiones judiciales que aplican derecho, me he encontrado con que casi todos los textos contemporáneos utilizan la noción de silogismo jurídico.¹ De hecho, al menos desde el célebre trabajo de Cesare Beccaria,² este se entiende como un modelo satisfactorio para realizar dicha explicación.

Este modelo supone conjugar varias cuestiones acerca del tipo de razonamiento que está en juego, la idea de justificación presente en el contexto jurídico y el uso de la lógica para la reconstrucción de la argumentación, entre otras cosas. Esto es claramente presentado por Alchourrón y Bulygin en los siguientes términos:

El razonamiento jurídico que pretende mostrar que una decisión o una pretensión están justificadas de acuerdo al derecho vigente es esencialmente deductivo o, por lo menos, puede ser reconstruido como una inferencia lógica en la que, sobre la base de dos tipos de premisas, normativas y fácticas, se llega a una conclusión que afirma que ciertas consecuencias jurídicas son aplicables a un caso particular (Alchourrón y Bulygin, 1991, p. 308).

Dicho modelo finalmente redunda en la reconstrucción de todo razonamiento bajo un esquema que tiene una estructura del siguiente tipo:

¹ Es difícil de exagerar en nuestra tradición la influencia de esta idea. Se puede encontrar en los principales textos sobre la materia de autores tan diversos como Aulis Aarnio, Robert Alexy, Manuel Atienza, Eugenio Bulygin, Pierluigi Chiassoni, John Gardner, Herbert Hart, Neil MacCormick y José Juan Moreso (véase las referencias en Moreso, 2021. n. 10).

² Véase Duarte d'Ameida, 2019, p. 345.

- (a) Para todo individuo x que posea la propiedad P , es obligatorio que haga R .
- (b) El individuo a posee la propiedad P .

Por tanto (de (1) y (2)),

- (c) Es obligatorio que el individuo a haga R .³

A simple vista el modelo parece explicar de manera sencilla todo lo que está en juego en dicho contexto, así como la forma en que dichas cuestiones se relacionan entre sí. La noción de silogismo jurídico se hace cargo de que, en el contexto jurídico, al resolver problemas concretos (presentados como “casos”⁴) se *utilizan* normas generales. De esta manera, se presenta al silogismo como una manifestación del *modus ponens* en donde una premisa principal se corresponde con la expresión de una norma jurídica (a),⁵ una particular con las cuestiones de facto constitutivas del caso (b), y una conclusión que expresa aquello que debe hacerse respecto del caso (c), entendida como un enunciado jurídico.

Cuando, con el tiempo, he ido utilizando el modelo para representar el razonamiento justificativo que está presente en sentencias judiciales distintas de aquellas citadas en los manuales (aunque usualmente en textos introductorios no se utilizan sentencias judiciales, sino que ejemplos hipotéticos simples que ayudan a ilustrar el punto), me he enfrentado con muchas dificultades. Así, por ejemplo, en ocasiones no es clara la forma en que es posible y plausible interpretar lo que dicen los tribunales en sus sentencias en términos de una premisa normativa general que represente la interpretación de los materiales jurídicos dada, sin violentar lo expresado en la sentencia. Por otra parte, a veces se presentan muchas dificultades para explicar claramente qué es lo expresado por la denominada premisa

³ Tomo la forma de la manera en que Jorge Luis Rodríguez (2021, p. 697) cita a Robert Alexy y Jerzy Wróblewski. El mismo se puede encontrar en Atienza, 2005, p. 20.

⁴ Véase la sección 5 de Duarte d’Almeida, 2021.

⁵ Esto se sustenta muchas veces bajo la idea de que una norma es *el significado* de una disposición jurídica (véase Narváez, 2015 y Scataglini, 2021a, pp. 129-132).

fáctica y de qué manera ello se vincula con el antecedente de la llamada premisa normativa.⁶ Este tipo de problemas son rápidamente detectados por los estudiantes y obligan a utilizar la imaginación con el fin de hacer una buena reconstrucción de la decisión judicial bajo análisis. Se puede pensar que estas experiencias no hablan de por sí en contra del modelo, pero considero que los problemas con que me he topado explican al menos parcialmente el desarrollo de una amplia literatura en donde se han generado diferentes maneras de entender las premisas del silogismo jurídico y su formalización.

Teniendo en consideración tanto esas dificultades como las diversas formas de entender los elementos del silogismo jurídico, en su ensayo de 2019 “On the Legal Syllogism”, Luís Duarte d’Almeida pone en duda la tesis de que este sea el mejor *modelo* para explicar la justificación de las decisiones judiciales. A quienes defienden dicha tesis, les denomina *deductivistas de reglas* y somete sus visiones a una intensa revisión, preguntándose acerca de qué sentido de justificación está en juego. Así, revisa, por una parte, qué quiere decir en ese modelo que la conclusión *se siga* o *deba seguirse* de las premisas y, por otra, cómo es que dicho modelo permite explicar que un enunciado jurídico particular se encuentra justificado (a partir de que una norma jurídica se aplica a un caso).⁷ Dicha revisión redundante en un conjunto de críticas que muestran defectos del modelo.

De aceptar dichas críticas, quienes nos dedicamos a reflexionar (y a enseñar) estos temas nos quedaríamos sin un modelo con el cual reconstruir dichas justificaciones. De hecho, al finalizar el ensayo referido en el párrafo anterior, Duarte d’Almeida expresa que a partir de su análisis crítico se hace necesario realizar una clarificación acerca de qué significa *aplicar una dis-*

⁶ Cabe indicar que estos problemas no son aquellos vinculados a si se puede aplicar lógica de primer o segundo orden al razonamiento práctico o a aquellos razonamientos en que normas son expresadas como premisas (véase Rodríguez, 2021, caps. I.3-5, VII.2), aunque están vinculados.

⁷ Estas críticas son analizadas y discutidas de diversas maneras por los tres comentaristas de esta discusión. Hugo Zuleta lo hace en las secciones 1 y 3 de su comentario, mientras que María Gabriela Scatagliini en la sección 1 y José Juan Moreso en todo su trabajo, aunque con mayor detalle en la sección 2. Dichas críticas son, a su vez, presentadas por el autor en las secciones 2.1, 2.2 y 3.2 de su respuesta. De este modo, en este volumen es posible acceder a dichas tesis también, si necesidad de acudir al texto de 2019.

posición a un caso, así como qué quiere decir *que una disposición se aplique a un caso*.⁸ Aquí es precisamente donde el trabajo “¿Qué es aplicar el derecho?” entra en juego, pues en este texto Duarte d’Almeida presenta un modelo diferente, en el cual prescinde de varios de los elementos centrales del silogismo jurídico, así como de los supuestos de los cuales las y los deductivistas de reglas sostienen sus propuestas. Esto implica para el autor hacerse cargo de varias cuestiones centrales de la materia, tales como identificar qué elementos de una decisión pueden definirse como puramente mentales, cómo estos se vinculan con lo expresado en una sentencia judicial, y de qué manera dicho vínculo puede entenderse como una justificación. Además de ello, como puede sospecharse de lo dicho anteriormente, el modelo debería ser capaz de dar herramientas a quienes reflexionan (y enseñan) sobre estas cuestiones para mostrar la estructura de aquellas decisiones (en que se resuelve un caso concreto con normas generales). Sin ánimo de adelantar lo que se dice en los textos del autor que forman parte de este número de *Discusiones*, quisiera reproducir la estructura alternativa del modelo de la aplicabilidad que propone, con el fin de que el lector o lectora pueda apreciar el contraste con el modelo del silogismo jurídico:

- (1) Si la disposición p se aplica a x , entonces c .
- (2) La disposición p se aplica a x .

Por lo tanto (de (1) y (2)),

- (3) c .
- (4) Si c , y no hay consideraciones compensatorias [*i. e.* consideraciones de igual o mayor fuerza en sentido contrario], entonces, todo considerado, este tribunal debe jurídicamente (o no es el caso que no deba) φ .
- (5) No hay consideraciones compensatorias.

Por lo tanto (de (3), (4) y (5))

- (6) Todo considerado, este tribunal debe jurídicamente (o no es el caso que no deba jurídicamente) φ .

⁸ Véase Duarte d’Almeida, 2019, p. 359.

No quisiera adelantar más cuestiones al respecto, pero tengo la sensación de que muchas de las incomodidades que produce el modelo del silogismo jurídico son enfrentadas satisfactoriamente por el modelo presentado en “¿Qué es aplicar derecho?”. Sin embargo, abrazar dicho modelo supone renunciar a varias ideas fuertemente arraigadas en la tradición, por lo que considero muy recomendable leer el texto y preguntarse cuán convincente es la propuesta y qué implica realmente su aceptación.

Respecto a lo dicho en el párrafo anterior, al terminar de leer el borrador de “¿Qué es aplicar derecho?”, el cual el autor generosamente compartió conmigo un tiempo atrás, sentí la necesidad de preguntar a especialistas en el tema qué consecuencias se siguen de las ideas presentadas en el texto. Como es posible imaginar, tanto una crítica a una perspectiva comúnmente aceptada como una propuesta que se aleja de ella serán blanco de diversas reacciones, es precisamente la pregunta acerca de cuáles pueden ser esas reacciones lo que me motivó a coordinar la discusión que sigue a continuación. Los tres comentaristas, una experta que recientemente ha publicado un libro acerca de *la práctica* de aplicación de normas jurídicas⁹ y dos consagrados expertos que han explorado extensamente las diversas cuestiones vinculadas con la justificación de las decisiones judiciales,¹⁰ se refieren en sus comentarios tanto al modelo de aplicabilidad de Duarte d’Almeida como al del silogismo jurídico con gran profundidad. Al haber muchas cosas en juego, la discusión que sigue a esta introducción resulta ser, a mi parecer, muy fructífera. De este modo, en los textos se tratan temas tales como el rol de la explicación científica al proponer modelos, qué supone subsumir, cómo deben entenderse las excepciones en el razonamiento jurídico, las características de las razones normativas, cómo debe interpretarse el problema del seguimiento de reglas y el debate entre universalismo y particularismo en el razonamiento práctico, entre otros.

A continuación, para abrir espacio a la discusión, presentaré brevemente algunos temas centrales que los participantes de la discusión tratan en sus textos. No pretendo ser exhaustivo, sino más bien llamar la atención sobre algunos tópicos particularmente atractivos.

⁹ Scataglini, 2021a. Véase especialmente los capítulos III y IV.

¹⁰ Véase, entre los muchos trabajos de estos autores, Moreso, 2009, parte III; Zuleta, 2008.

2. Temas objeto de discusión

En el texto que es objeto de *discusión*, Luís Duarte d’Almeida se propone enfrentar tres conjuntos de preguntas. Uno refiere al *objeto directo* de la aplicación del derecho (*i. e.*, ¿qué es exactamente lo que aplica un tribunal cuando aplica derecho?); otro al *objeto indirecto* de la aplicación del derecho (*i. e.*, ¿a qué, exactamente, los tribunales aplican derecho?); y el tercero concierne al *contenido* de la aplicación del derecho (*i. e.*, ¿es “aplicar el derecho” el nombre de un tipo específico de acción? Si es así, ¿cuáles son sus características distintivas?). Si tenemos en cuenta la estrategia seguida, se puede apreciar que gran parte del texto se centra en responder a este último conjunto de preguntas. Para hacerlo el autor propone distinguir entre dos tipos de aplicación del derecho a las que denomina *inferencial* y *pragmática*. La primera hace referencia al razonamiento que se lleva a cabo para derivar consecuencias (llegar a una conclusión) sobre la base de que una disposición es aplicable a un caso. La segunda, por su parte, refiere a una acción que tiene una pretensión autoritativa respecto de la solución del caso en cuestión y que se apoya en la aplicación inferencial. Las secciones 2 y 3 del texto analizan cada una de dichos tipos de aplicación y la relación entre ambas se revisa en la sección 4.

En este contexto, juega un rol importante la noción de *enunciado de aplicabilidad* entendido como “una afirmación de segundo orden acerca de la aplicabilidad de una determinada disposición a un determinado objeto”.¹¹ Este tipo de enunciado, presente en la premisa (2) del modelo de Duarte d’Almeida reproducido más arriba, marca en gran medida la diferencia con el modelo del silogismo práctico, toda vez que pretende mostrar el tipo de compromiso adoptado por quien aplica el derecho, lo cual, a su vez, tendrá consecuencias en cómo se entiende la justificación de las decisiones, así como la relación que se da entre los *hechos del caso* y las disposiciones jurídicas. Consecuentemente, en la sección 5 se examina la noción de “caso”; y, en la sección 6, se indagan las relaciones entre los tres conjuntos de preguntas a partir del modelo propuesto, haciéndose cargo

¹¹ Véase Duarte d’Almeida, 2021, sección 2.4.

de, por ejemplo, qué implica que una consideración sobre la relación entre una disposición y un caso *dé apoyo* a una conclusión.

Como ya se adelantó, la discusión se desenvuelve a partir de tres comentarios. El primero es escrito por Hugo Zuleta. Este se dedica, por una parte, a revisar las críticas de Duarte d'Almeida al modelo del silogismo jurídico (sección 3) y, por otra, a cuestionar la forma en que el modelo de la aplicabilidad puede funcionar como una alternativa plausible (secciones 4 y 5). Respecto de lo primero, quisiera destacar algunas cuestiones. En primer lugar, el autor tendrá muy presente la diferencia entre los modelos respecto de cómo debe introducirse una premisa que haga referencia a la disposición aplicable al caso: en uno como la expresión de una norma universal, en el otro, como parte de un enunciado de segundo orden. En segundo lugar, Zuleta revisa cómo debe interpretarse el funcionamiento del *modus ponens* en el contexto de la reconstrucción de una decisión judicial que aplica derecho. Si bien manifiesta tener ciertas reservas respecto a cómo se entiende normalmente este tipo de razonamiento, así como estar de acuerdo con la distinción entre los tipos de aplicación propuesta en el texto discutido, indica que las principales críticas que Duarte d'Almeida dirige contra el modelo del silogismo jurídicos pueden ser contrarrestadas. En particular, analiza el rol de la cláusula “No hay consideraciones compensatorias” del modelo de Duarte d'Almeida y, siguiendo el trabajo de Jorge Luís Rodríguez, propone enfrentarlo por medio de distinguir entre derrotabilidad intrasistémica y extrasistémica.

Luego, Zuleta analizará a fondo el rol que juegan los modelos en cuanto dispositivos de elucidación, cuestionando la pretensión de Duarte d'Almeida respecto de cómo debe vincularse un modelo con lo que desea explicar y, con ello, poniendo en duda el rol que puedan jugar los contraejemplos presentados en la parte crítica de la obra de Duarte d'Almeida. Esto le permite a Zuleta dirigir la atención hacia qué es lo que debe hacerse explícito cuando se presenta una estructura de un razonamiento, poniendo en duda la necesidad de incorporar enunciados de segundo orden dentro del modelo. Con esto el autor no niega que ese tipo de enunciados puedan formar parte de un razonamiento, pero pone en duda si debería expresarse en las premisas. Con base en ello, Zuleta crítica la noción de Duarte d'Almeida respecto de lo que expresa su modelo y, con ello, afirma que es

necesario hacer más aclaraciones acerca de lo que supone la aplicación inferencial, pues de la forma en que está presentada en el modelo de la aplicabilidad nos quedamos en tinieblas.

La última sección del texto de Zuleta trata brevemente algo que es trabajado con mayor detalle en el comentario de María Gabriela Scataglini: el debate entre particularistas y universalistas al momento de dar cuenta de la justificación de los juicios prácticos. Por una parte, en la argumentación crítica de Duarte d’Almeida se sostiene que es implausible atribuir a quien razona jurídicamente un compromiso con una premisa de primer orden cuyo contenido es una norma universal y, por otra, afirma en su texto que la aplicación del derecho “es, en cierto sentido, un asunto particularista”.¹² A diferencia de Zuleta, Scataglini se muestra favorable a esta idea, al menos cuando es entendida como la negación de que cuando se aplica una norma el agente se representa una proposición general “tal que incluyera, por ejemplo, un listado de todas las excepciones posibles”.¹³

A partir del acuerdo más general que la autora manifiesta tener con Duarte d’Almeida, en las secciones 1 y 2 de su comentario, se dedica a desarrollar algunas cuestiones que quisiera resaltar. La primera es la reflexión que presenta acerca de lo que significa *subsumir* y como ello se vincula con lo que implica *hacer* una inferencia en el contexto de la aplicación de normas. La autora se sirve del clásico argumento presentado por Lewis Carroll en su texto *Lo que la tortuga dijo a Aquiles* para argumentar que es insatisfactorio un modelo que solo apele a premisas que consistan en enunciados de primer orden. A ello agrega que es necesario entender la realización de estas operaciones mentales como parte de un *saber cómo* y no como parte de un *saber qué* que puede ser formalizado en enunciados de primer orden.

Además de lo anterior, la siguiente pregunta se encuentra presente en el comentario de Scataglini: ¿la aplicación pragmática es exclusiva de la decisión judicial? Basada en los argumentos indicados en el párrafo anterior, la autora arriba a la conclusión de que no es así. Esto le lleva a criticar la manera en que Duarte d’Almeida presenta el elemento *performativo* de dicha forma de aplicación, mostrando su desacuerdo con el autor.

¹² Véase Duarte d’Almeida, 2021, sección 2.4.

¹³ Véase Scataglini, 2021b, sección 2.

El último comentario es realizado por José Juan Moreso. La estrategia de este autor es discrepar con lo propuesto por Duarte d'Almeida, tanto en sus aspectos críticos como en su propuesta, a partir del análisis de dos casos. En la sección 2 de su comentario analiza el caso *Noara* que es presentado por el autor como un mismo tipo de caso que el caso *Luffe* (utilizado por Duarte d'Almeida para cuestionar el modelo del silogismo práctico). Específicamente, Moreso argumenta que, en dichos casos en donde parece que el modelo del silogismo práctico está condenado, una lectura correcta de todo el derecho aplicable a la situación puede mostrar que dicha condena no es real, sino que es más bien una conclusión apresurada. De esta forma, la aparición de una posible inconsistencia entre la formulación de la premisa normativa y la premisa fáctica de un silogismo, realmente dependerá de si la reconstrucción del derecho aplicable es buena o mala. Con ello, se puede subsanar, a su vez, los problemas que parece haber entre los hechos del caso y la formulación del supuesto de hecho en la premisa normativa del silogismo jurídico que muchas veces supone un rompecabezas para quienes buscan mostrar la estructura de dicho razonamiento.

En las secciones 3 y 4 de su comentario, Moreso vuelve sobre el problema de la aplicación de ideas particularistas al debate. Utilizando el caso *Jaffa Cakes*, aprovecha de analizar el rol de las “consideraciones compensatorias”. Más concretamente, reivindica la importancia de entender las razones normativas como consideraciones generales y no particulares y, a partir de ello, muestra ciertas consecuencias al analizar el razonamiento de un tribunal. A ello agrega que no debe confundirse dicha generalidad con un modelo mecanicista de la aplicación del derecho.

Para concluir el volumen, en su réplica, Duarte d'Almeida se enfrenta al conjunto de consideraciones planteadas en los comentarios que, como se puede apreciar, incluyen cuestiones tratadas por la metaética, la lógica y la filosofía de la ciencia, entre otras disciplinas. El autor desarrolla 15 puntos en los cuales se pueden identificar tres distintas operaciones. La primera es explicar la relación entre su trabajo previo y el acá discutido (secciones 2.1, 2.2, 2.7, 3.2 y 4.1), la segunda consiste en clarificar ciertas nociones básicas del modelo de la aplicabilidad presentado en “¿Qué es aplicar derecho?” (secciones 2.3, 2.4, 2.9, 3.1, 3.4, 4.2.) y la tercera consiste en criticar algunas afirmaciones y suposiciones de los comentaristas (secciones 2.4, 2.5, 2.6,

2.7, 3.1, 4.1). Su réplica a Zuleta se centra en que el comentario se sostiene sobre varios malentendidos, lo que le permite clarificar gran parte de lo que el modelo de aplicabilidad pretende expresar. A su vez, cuestiona la forma en que según Zuleta y, con él, los deductivistas de reglas, entienden la plausibilidad de una explicación. En su réplica a Scataglini pone en duda la interpretación hecha por la autora a su modelo, clarificando lo que supone la existencia de un enunciado de segundo orden, y como operan las consideraciones acerca de normas y disposiciones jurídicas dentro del razonamiento jurídico. Por último, respecto del comentario de Moreso, cuestiona la interpretación realizada respecto de los casos presentados y, con ello, aprovecha de contrastar lo trabajado por deductivistas de reglas y el modelo por él favorecido. Además, profundiza en el contraste acerca de aquello expresado por jueces y aquello que debe ser representado por un modelo, generando una reflexión acerca de qué hace plausible el trabajo de filósofos y otras personas que reflexionan sobre estos temas. Concluye que su modelo no es solo una alternativa mejor al del silogismo jurídico, sino que es uno que los deductivistas de reglas podrían aceptar. Como se puede sospechar, a partir de la discusión aquí introducida también se da cuenta de que queda bastante para seguir debatiendo y reflexionando, abriéndose la puerta a nuevas perspectivas sobre los diversos temas que rodean el debate.

Bibliografía

- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1991). Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico, En *Análisis lógico y derecho* (pp. 303-328). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Atienza, M. (2005). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. México: UNAM.
- Duarte d'Almeida, L. (2019). On the Legal Syllogism. En D. Plunkett, S. Shapiro y K. Toh (eds), *Dimensions of Normativity: New Essays on Metaethics and Jurisprudence* (pp. 335-364). Nueva York: Oxford University Press.
- Duarte d'Almeida, L. (2021). ¿Qué es aplicar derecho? *Discusiones*, 27(2).
- Moreso, J. J. (2009). *La constitución. Modelo para armar*. Madrid: Marcial Pons.

- Moreso, J. J. (2021). Aplicación del derecho y los casos *Noara y Jaffa Cakes*. *Discusiones*, 27(2).
- Narváez, M. (2015). Expresiones de normas. *Revus*, 25, 71-100.
- Rodríguez, J. L. (2021). *Teoría Analítica del Derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Scataglini, M. G. (2021a). *Seguimiento de reglas: el “aguijón pragmático” en la teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Scataglini, M. G. (2021b). Aquiles, la Tortuga y la aplicación de normas jurídicas como un ‘asunto particularista’ sin particularismo. *Discusiones*, 27(2).
- Zuleta, H. (2008). *Normas y justificación*, Madrid: Marcial Pons.