

SISTEMA JURÍDICO, CASOS DIFÍCILES Y CONOCIMIENTO DEL DERECHO¹

I. Introducción

1 Normalmente, las normas jurídicas son creadas con el objeto de motivar el comportamiento de los sujetos. Para ello, las autoridades normativas *formulan* determinadas prescripciones. Esto, usualmente, es denominado «promulgación», que puede ser considerado como el hecho de expresar una prescripción en un lenguaje determinado. Un presupuesto del empleo de esta técnica es la posibilidad del conocimiento de las normas jurídicas sin necesidad de recurrir a instituciones específicas². Las normas jurídicas son formuladas en un lenguaje ordinario a los efectos de comunicar, con relativa certeza y facilidad, que deben producirse determinadas pautas de comportamiento. Sin embargo, se afirma que en casos de ambigüedad, vaguedad, textura abierta del lenguaje, etc., el conocimiento del derecho es reemplazado por conjeturas o predicciones acerca del comportamiento de jueces y órganos coactivos³.

2. En este trabajo discutiré algunos problemas relativos al conocimiento del derecho y su vinculación con cuestiones centrales de la discusión iusfilosófica contemporánea; a saber: el concepto de sistema jurídico, la interpretación del derecho y la distinción entre casos

¹ En la preparación de este trabajo me he beneficiado de las críticas y sugerencias de mis colegas en la Universidad Pompeu Fabra (Barcelona). Estoy especialmente en deuda con Ricardo Caracciolo y Albert Calsamiglia por sus valiosos comentarios y paciente discusión.

² Hart, Herbert, *The Concept of Law*, págs. 127 y 138, Clarendon Press, Oxford, 1961.

³ Hart, H., ob. cit., pág. 143.

⁴ Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Normative Systems*, Springer Verlag. Viena-New York, 1971.

fáciles y difíciles. A menudo, la discusión de estas cuestiones ha sido oscurecida por la falta de explicitación acerca de los presupuestos filosóficos involucrados. En este sentido, este trabajo tiene casi exclusivas pretensiones metodológicas, ya que el objetivo principal es mostrar la relación conceptual entre los problemas señalados utilizando extensamente el instrumento analítico elaborado por Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin en *Normative Systems*⁴ y otros trabajos. Espero que este enfoque aporte mayor claridad en la formulación de los problemas y, por tanto, un punto de partida sólido para la evaluación de las eventuales soluciones.

II. Identificación de las normas jurídicas

1. Una condición necesaria para la identificación de las normas jurídicas de un grupo social S es determinar las relaciones entre normas y lenguaje. Una manera usual de identificar a las normas jurídicas consiste en establecer el significado de una determinada formulación normativa⁵. Por «formulación normativa» se designa a entidades lingüísticas utilizadas para indicar lo que debe o puede hacerse en determinados casos. En este sentido, las normas jurídicas son el significado de una determinada expresión lingüística. Por tanto, una misma formulación puede expresar más de una norma y una misma norma puede estar expresada en varias formulaciones⁶. Denominaré a este criterio como «criterio semántico de identificación».

Una consecuencia importante del uso de un criterio semántico de identificación es que:

⁵ Otro criterio normalmente utilizado es la identidad entre normas y formulaciones normativas. Sin duda, este criterio es el empleado usualmente en la individualización de normas jurídicas. En este sentido, en caso de discrepancias acerca de la existencia de un derecho u obligación, normalmente nos remitimos a determinados artículos de una ley, incisos o párrafos de un estatuto, etc., como prueba a favor de nuestro argumento. De igual modo, este criterio de identificación de normas es utilizado al denominar «norma» a cualquier artículo de una ley aun cuando estos artículos expresen una definición, una declaración de principios, etc. También se utiliza este criterio cuando en la operación de derogar normas jurídicas se declara que el artículo (X) de una ley (L) queda derogado.

⁶ Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, «Definiciones y normas», en *Análisis Lógico y Derecho*, pág. 442, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

Una versión diferente de este criterio consiste en identificar a las normas con una formulación normativa *plus* un significado definido. Véase Bulygin, E., «Legal Dogmatics and the Systematization of Law», *Rechtstheorie*, Beiheft 10, 1986, págs. 194 y ss.

«...cuando una norma es concebida como una sentencia con significado o como el significado de una formulación normativa es un sinsentido hablar de la interpretación de una norma. Solamente las formulaciones normativas pueden ser interpretadas y su interpretación consiste en la identificación de la norma asociada con la expresión. En este sentido, cuando los juristas dicen, por ejemplo, que a una norma jurídica le han dado diferentes interpretaciones judiciales, debe entenderse que ellos se refieren a las formulaciones normativas»⁷.

Conforme a este criterio, una condición necesaria para la identificación del derecho es la *interpretación de las formulaciones normativas* a los efectos de establecer las normas que ellas expresan.

2. Hay dos cuestiones de especial interés vinculadas a los criterios de identificación: por una parte, la compatibilidad entre el cambio de significado de los términos de la formulación normativa y la aplicación del derecho. Por otra parte, la relación entre términos de la formulación normativa, conceptos y concepciones.

3. Para un criterio semántico de identificación, lo decisivo para la identidad de una norma es la identidad del significado. Si en un tiempo t , a una formulación normativa F se le atribuye un significado S y, luego en T_1 , se atribuye a F un significado S_1 , es preciso concluir que, a pesar de la identidad de la formulación normativa, en t y t_1 , hay dos normas diferentes⁸. Este problema es de gran importancia cuando concurren dos supuestos: i) la incompetencia de los órganos judiciales para introducir nuevas normas, ii) la modificación de las normas constitucionales requiere un órgano y procedimiento específico. La relevancia de estos problemas, a menudo, es disimulada por el hecho que

«De acuerdo con la ideología dominante, los jueces deben limitarse a la aplicación de las normas dictadas por el legislador, sin modificarlas. Sin embargo, los jueces muchas veces modifican las normas, sobre todo cuando su aplicación llevaría a resultados manifiestamente injustos o indeseables, por ejemplo, por haber cambiado las circunstancias económicas, políticas o sociales. Pero lo hacen en forma encubierta, tratando de ocultar este hecho, diciendo que se trata tan sólo de otra interpretación de la misma norma. Así amparándose en el hecho de

⁷ Alchourrón, Carlos, «Systematization and change in the Science of Law». *Rechtstheorie*, Beiheft 10, pág. 173, 1986.

⁸ Alchourrón, C. y Bulygin, E., «Definiciones y normas», ob. cit., pág. 446.

que el texto de la ley permanece invariable, pretenden disimular el cambio de la norma. Pero si el sentido del texto depende de la interpretación, *otra* interpretación significa otro sentido, y si ha cambiado el sentido del texto se ha modificado la norma»⁹.

4. Un intento de evitar alguno de los problemas señalados puede formularse de la siguiente manera¹⁰: las formulaciones normativas expresan *conceptos* y el cambio de significado atribuido a los términos de una formulación expresan diferentes *concepciones* de los órganos respecto de un tema o idea común. De este modo, el cambio de las soluciones que ofrecen los jueces e intérpretes no implica cambios en el derecho.

Ronald Dworkin ha argumentado extensamente a favor de esta solución¹¹; y señala que una autoridad normativa al establecer en una formulación normativa determinados estándares, i.e. debido proceso, trato equitativo, etc., puede estar haciendo dos cosas:

- i) es posible que apelen a un concepto, i.e. equidad, y delegan en otras autoridades la tarea de desarrollar y aplicar su propia concepción de la equidad;
- ii) es posible que formulen una determinada concepción de la equidad.

Esta distinción tiene importantes consecuencias y debe ser evaluada con detenimiento. Como señala Dworkin:

⁹ Alchourrón, C. y Bulygin, E., «Definiciones y normas», ob. cit., págs. 444-445.

¹⁰ Otro criterio de identificación de normas es propuesto por Kelsen cuando, al analizar la interpretación jurídica señala que la formulación normativa establece un *marco* significativo que las autoridades inferiores aplican en el proceso de concreción del derecho. Por consiguiente, identificar a una norma es delimitar un conjunto de significados S, S1, ..., Sn asociados a una formulación FN.

Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, trad. de R. Vernengo, págs. 249-256, UNAM, México, 1979,

Sin embargo, y dejando de lado los problemas específicos de la teoría de Kelsen, si la norma N es un conjunto de significados entonces, la identidad de la norma depende de la identidad del conjunto de significados. En este sentido, la adición o sustracción de un elemento a este conjunto afecta a la identidad de la norma.

¹¹ Dworkin, R., *Los Derechos en Serio*, págs. 213-233, trad. de M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1977.

Laws Empire, págs. y ss., Harvard UP., Cambridge, 1986.

Véase, también: Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, pág. 66 y ss., trad. de M. González, Fondo de Cultura, México, 1979.

«La diferencia no es simplemente una diferencia en el *detalle* de las instrucciones que se han dado, sino en el *tipo* de instrucciones que se han dado. Cuando apelo al concepto de equidad, apelo a lo que significa equidad, y no doy especial importancia a mis opiniones al respecto. Cuando formulo una concepción de la equidad, especifico lo que yo entiendo por equidad y, por consiguiente, mi opinión es lo esencial del asunto. Cuando apelo a la equidad, planteo un problema moral; cuando formulo mi concepción de la equidad intento resolverlo»¹².

Sin embargo, esta propuesta -al menos en el modo en que ha sido formulada- no es convincente.

a) Parece presuponer una distinción entre concepto y concepción basada en el significado de los términos. Las *concepciones* serían lo que significan determinados conceptos para determinadas personas, mientras que el *concepto* sería lo que significa el término con independencia de las distintas formulaciones que intenten los sujetos del grupo social. Por ejemplo, se afirma que apelar al concepto de equidad es equivalente a apelar al significado de equidad. Pero, hay buenas razones para afirmar que el significado de «equidad» depende del uso, opiniones y creencias de los miembros de una comunidad lingüística específica. Esto implica que el concepto de equidad es indistinguible de las concepciones del grupo acerca de la equidad, que hay tantos conceptos de equidad como concepciones sustente la comunidad de lenguaje.

b) Aunque pueda distinguirse de modo satisfactorio entre concepto y concepción, es posible y probable que las autoridades normativas tengan una concepción más o menos clara acerca de los objetivos a conseguir y de los medios a emplear, y normalmente tratarán de imponerla en el grupo. Por consiguiente, es plausible suponer que las formulaciones normativas expresan concepciones específicas de los legisladores respecto a determinados problemas.

c) Finalmente, si analizamos al derecho en base a las soluciones que se ofrecen para determinados casos, el cambio de soluciones implica un cambio en el derecho con independencia de si se modifican conceptos o concepciones¹³.

¹² Dworkin, R., *Los Derechos en Serio*, ob. cit., pág. 215.

¹³ Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Normative Systems*, págs. 91 y ss., Springer Verlag, Viena-New York, 1971.

«The Expressive Conception of Norms», en *New Studies in Deontic Logic*, Hilpinen, R. (ed.), pág. 115, Reidel, Dordrecht. 1981.

5. La conclusión a obtener de estas discusiones puede ser la siguiente: una de las principales dificultades para el conocimiento del derecho es la dificultad de articular criterios útiles de identificación de normas. Es obvio que estas dificultades se multiplican para aquellas teorías que sostienen que el derecho es *estructuralmente* complejo, o, en otras palabras, que el derecho no es sólo un conjunto de normas, sino de normas, principios, definiciones, declaraciones políticas, etc. Pero es importante señalar que, aunque los teóricos del derecho utilizaran unos criterios de identificación de normas precisos y consistentes, todavía resta un punto importante para analizar: el carácter sistemático del derecho. A partir de los trabajos de Hans Kelsen¹⁴ es usual admitir que las normas jurídicas forman un conjunto u orden y que es imposible conocer el derecho de una sociedad sin tomar en cuenta su carácter sistemático¹⁵.

III. Conocimiento y sistematización del derecho

1. Para conocer el derecho de un grupo social es necesario utilizar diferentes criterios que permitan distinguir a las normas jurídicas de otro tipo de normas del grupo. Una propuesta consiste en distinguir al derecho de otros órdenes normativos mediante el concepto de sistema jurídico¹⁶. Para esta propuesta, la existencia de una norma jurídica Nj depende de la pertenencia de Nj a un sistema jurídico Sj¹⁷. Para acreditar la membrecía de una norma a un sistema jurídico, habitualmente, se usan dos criterios: i) legalidad, ii) deductibilidad¹⁸. Diremos que si una norma de un grupo social S satisface algunos de estos criterios, entonces, pertenece al sistema jurídico de S. Por razones lógicas, algunas normas del sistema jurídico S no satisfacen los criterios de legalidad y deducibilidad. Siguiendo a Caracciolo, denominaré a estas normas como «Normas Independientes en S»¹⁹. La

¹⁴ Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y el Estado*, trad. de E. García Maynez, UNAM, México, 1949. También, *Teoría Pura del Derecho*, ob. cit.

¹⁵ Vernengo, Roberto, *La Naturaleza del Conocimiento Jurídico*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1973.

¹⁶ Raz, Josep, Prefacio a la edición en español de *El Concepto de Sistema Jurídico*, trad. de R. Tamayo, UNAM, México, 1985.

¹⁷ Bulygin, E., «An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law» en *Ratio Iuris*, vol. 3, n.º 1 (1990), págs. 36 y ss.

Caracciolo, R., «Sistema Jurídico y Regla de Reconocimiento», en *Doxa* 9 (1991), pág. 296.

¹⁸ Caracciolo, Ricardo, *El Sistema Jurídico. Problemas Actuales*, págs. 57 y ss. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.

¹⁹ Caracciolo, E., «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos», en *Doxa* 9 (1991), pág. 262.

sistematización de un conjunto de normas jurídicas consiste en *seleccionar*, mediante el uso de los criterios de legalidad e identificación de normas independientes, a la base de un sistema S y *estructurar* deductivamente las normas jurídicas por medio del criterio de deducibilidad. La tarea de sistematización, por tanto, comienza con la selección de textos o formulaciones normativas a partir de criterios específicos de pertenencia o *fuentes del derecho*. Una segunda etapa es la identificación de las normas de la base y, para ello, es necesario *interpretar* los textos normativos; es decir: establecer el significado de un conjunto de formulaciones normativas. Esto muestra que, para un criterio semántico de identificación, la relación entre norma e interpretación es diferente a lo que usualmente se cree ya que, normalmente se sostiene que primero identificamos una norma jurídica y luego, tratamos de interpretar su sentido²⁰. Finalmente, hay que deducir -conforme a las reglas de inferencia aceptadas- las diferentes consecuencias de la base del sistema. Si, como señalamos antes, una condición necesaria del conocimiento del derecho es la sistematización del material jurídico, entonces la tarea sistematizadora sería un *deber técnico*²¹ para aquellos que tienen que usar las normas jurídicas y, en especial, para los jueces que deben (en sentido non-nativo) resolver los casos mediante la aplicación de normas jurídicas.

Sin embargo, esta noción de sistema jurídico, como herramienta conceptual para identificar al derecho de un grupo social, ha sido frecuentemente sometida a crítica y debate. Uno de los ataques más importantes de las últimas décadas sostiene que el conocimiento de *normas* que integran un sistema jurídico no es suficiente para proporcionar una respuesta correcta o satisfactorio en casos difíciles²². Por tanto, sin comprender claramente la noción de «caso difícil» es imposible analizar la importancia teórica y el alcance de este desafío al concepto de sistema jurídico.

IV. El concepto de caso

1. La noción de «caso» es de gran importancia para la teoría jurídica, ya que sirve para modelar a otros conceptos jurídicos relevantes.

Von Wright, G., *Norm and Action*, pág. 196, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1963.

²⁰ Es claro que una discrepancia acerca de las fuentes jurídicas, de la interpretación de las formulaciones normativas, o del orden entre las normas, puede resultar en una selección diferente de la base del sistema.

²¹ Sobre el concepto de deber técnico, véase: Von Wright, Georg, *Norm and Action*, ob. cit., capítulo 1.

²² Dworkin, Ronald, «El modelo de Reglas I» en *Los Derechos en Serio*, ob. cit.

Por ejemplo, se afirma que en casos difíciles los jueces deciden discrecionalmente, que las normas correlacionan casos con soluciones, que una laguna en el derecho presupone que hay un caso sin regulación jurídica, etc.

Sin embargo, «caso» es un término ambiguo; es decir, es usado con distintos significados en el discurso jurídico. Para evitar equívocos es necesario distinguir entre:

2. *Casos en sentido amplio*. Siguiendo a Carrió²³, diré que, en un sentido amplio, los *casos son problemas prácticos*. Desde el punto de vista del abogado o del juez, los casos involucran a una persona *C*, que se encuentra en las circunstancias *H* y *C* desea obtener un resultado *R*. Según Carrió, algunas características relevantes de los casos jurídicos son las siguientes²⁴:

- i) Por lo general hay varias soluciones del caso disponibles.
- ii) Puede ser que algunos casos jurídicos no tengan solución.
- iii) La situación inicial de los casos jurídicos nunca puede ser descripta totalmente.
- iv) Normalmente, las reglas que pueden solucionar el caso son complejas, vagas y ambiguas.
- v) La configuración y solución del caso puede estar influida por factores morales, políticos, económicos, etc.

3. *Casos en sentido estricto*. Siguiendo a Alchourrón y Bulygin²⁵, los casos pueden ser considerados como circunstancias o situaciones en las cuales interesa saber la calificación deóntica de una determinada acción. Las acciones respecto de las cuales tratamos de establecer su calificación normativa integran el *Universo de Acciones* (UA).

En general, identificamos a un caso en sentido estricto después de que se configura como problema práctico (caso en sentido amplio) en un contexto determinado que puede denominarse *Universo del Discurso* (UD). Una condición necesaria de la determinación de UD es la identificación de una propiedad definitoria de UD. Es importante destacar que la identidad del problema es una función de la identidad de UD y UA²⁶. Por consiguiente, toda variación

²³ Carrió, Genaro, *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso*, págs. 22-42, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1987.

²⁴ Carrió, ob. cit. págs. 29-34.

²⁵ Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Normative Systems*, ob. cit., capítulos I-III.

²⁶ Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Normative Systems*, ob. cit., pág. 10.

de UD o UA conduce a un problema diferente, esto es: a un caso, en sentido amplio, diferente.

Los casos en sentido estricto constituyen el *ámbito fáctico* de un problema y se pueden definir recursivamente a partir de un universo de propiedades (UP) del siguiente modo:

- «a) Si P, es una propiedad del UP, entonces P_i es (define) un caso.
- b) Si P_i es un caso, entonces la negación de P_i ($\neg P_i$) es un caso.
- c) Si P_i y P_j , son casos, entonces la conjunción ($P_i \& P_j$) y la disyunción ($P_i \vee P_j$) son casos siempre que no sean tautológicos o contradictorios»²⁷.

El ámbito fáctico del problema se configura a partir de las circunstancias que deberían tomarse en cuenta para resolver el problema²⁸ y es importante señalar que la determinación de circunstancias o propiedades que conforman el ámbito fáctico del problema (o Universo de Casos UC) es sumamente compleja, ya que, según Alchourrón y Bulygin:

«... Para determinar el Universo de Casos (UC) es necesario identificar las propiedades relevantes. Los juristas, usualmente, extraen esas propiedades de los enunciados de derecho que constituyen la base del sistema; pero no siempre es así, ya que la elección del UP puede hacerse sobre la base de algún otro criterio»²⁹.

4. Los casos en sentido estricto pueden ser clasificados en³⁰:

a) *Casos genéricos*: son una subclase de UD definido por una propiedad y también la propiedad definitoria de la subclase. Esto significa que hay casos genéricos del UD y casos genéricos del UC. En este trabajo utilizaré «casos genéricos» en el sentido de casos genéricos de un UC. Por tanto, referirse a un caso genérico es describir un conjunto de propiedades que pueden tener los acontecimientos de un UD.

b) *Casos individuales*: son situaciones o acontecimientos que se producen en una determinada ocasión espacio-temporal y que tienen la propiedad definitoria de UD. Los casos individuales son una «instanciación»

²⁷ Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Normative Systems*, ob. cit., págs. 24 y 25.

²⁸ Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Normative Systems*, ob. cit., pág. 11.

²⁹ Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Normative Systems*, ob. cit., pág. 71.

³⁰ Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Normative Systems*, ob. cit., págs. 27 y ss.

de los casos genéricos. El asesinato de César es un caso individual de los casos (genéricos) de asesinatos políticos.

5. Si un universo de casos UC es construido a partir de un universo UP que se selecciona en base a las normas jurídicas de S, entonces, hay que señalar que los casos genéricos de un determinado UD se «construyen» después de identificar a las normas de S. Esto es, en parte, lo que se afirma al caracterizar a las normas jurídicas como enunciados, con significado definido, que correlacionan casos con soluciones³¹.

V. Casos fáciles y casos difíciles

1. Un buen punto de partida para el análisis de los casos difíciles es tratar de responder a las siguientes cuestiones:

- a) ¿Las características «difícil»-«fácil» son propiedades de los casos?
- b) ¿Las características «difícil»-«fácil» son exhaustivas y excluyentes?

2. Muchas dificultades para responder a las cuestiones mencionadas surgen de la multiplicidad de sentidos de las expresiones «casos fáciles» y «casos difíciles». Por ejemplo, un caso C es considerado difícil si:

- a) No hay una respuesta correcta a C³².
- b) Las formulaciones normativas son ambiguas y/o los conceptos que expresa son vagos, poseen textura abierta, etc³³.
- c) El derecho es incompleto o inconsistente³⁴.
- d) No hay consenso acerca de la resolución de C en la comunidad de juristas³⁵.

³¹ Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Normative Systems*, ob. cit., págs. 54 y ss.

³² Perry, Thomas, *Moral Reasoning and Truth*, pág. 77, Clarendon Press, Oxford, 1976.

³³ Hart, H., «Problems of the philosophy of law» en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, págs. 105 y ss., Clarendon, Oxford, 1993.

«Legal Duty and Obligations», en *Essays on Bentham*, pág. 128. Clarendon Press, Oxford, 1982.

³⁴ Perry, T., ob. cit., pág. 78.

³⁵ Burton, Steven, *An Introduction to Law and Legal Reasoning*, págs. 130 y ss., Little, Brown and Company, Boston, 1985.

- e) C no es un caso rutinario o de aplicación mecánica de la ley³⁶.
- f) C no es un caso fácil y es decidible solamente sopesando disposiciones jurídicas en conflicto, mediante argumentos no deductivos³⁷.
- g) Requiere para su solución de un razonamiento basado en principios³⁸.
- h) La solución de C involucra necesariamente a juicios morales³⁹.

3. Aunque la caracterización de un caso difícil no es unívoca, es obvio que pueden establecerse algunas relaciones entre los distintos enfoques. Por ejemplo, podría sostenerse que un caso C es difícil si, dada la ambigüedad de una formulación normativa, la vaguedad de sus conceptos, la inconsistencia o insuficiencia de las normas jurídicas, no hay consenso entre los juristas acerca de la respuesta correcta al caso C y se necesita, para su solución, sopesar argumentos de principio.

Sin embargo, la discusión acerca de los casos difíciles no debe confundir tres interrogantes:

- i) ¿Qué es un caso difícil?
- ii) ¿Qué se hace en un caso difícil?
- iii) ¿Qué se debe hacer en un caso difícil?

La pregunta i) es *conceptual* y exige una enumeración de propiedades definitorias de «caso difícil». La pregunta ii) es *fáctica* y exige una descripción verdadera del comportamiento de los diferentes actores de un caso, i.e. jueces, abogados, fiscales. La pregunta iii) es *normativa* y exige una norma o principio que justifique una determinada acción.

4. Respecto de los «casos fáciles» la situación es similar a la expuesta en relación a los casos difíciles y se afirma que un caso C es fácil si, dado que la formulación normativa es unívoca en su significado y el caso no cae en la zona de penumbra de sus conceptos, y que la regulación de C es consistente, entonces los juristas acuerdan

³⁶ Aarnio Aulis, *Lo Racional como Razonable*, pág. 24, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

³⁷ Lyons, David, «Justification and Easy Cases», en *Conditions of Validity and Cognitions in Modern Legal Thought*, pág. 162, ARSP, Beiheft 25, 1985.

³⁸ Hutchinson. Allan *et al.*, «A hard look at 'hard cases'», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 2, n.º 1 (1982), pág. 92.

³⁹ Goldsworthy, J., «The Self-Destruction of Legal Positivism», en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 10, n.º 4 (1990), pág. 446.

que un tribunal los resolvería mecánicamente mediante un razonamiento silogístico cuya premisa mayor es una norma jurídica. Todas estas opiniones han sido sustentadas en la discusión contemporánea.

5. Es conveniente trazar una cuidadosa distinción entre las características que convierten a un caso C en «difícil» y las dificultades que pueden tener un sujeto o grupo de sujetos al analizar o decidir a C. Considérese los siguientes enunciados:

(E): «El caso C es un caso difícil».

(E₁): «El caso C es difícil de resolver para el sujeto S».

(E₂): «El caso C ha sido resuelto fácilmente por el sujeto S».

Es posible que la ambigüedad de los términos «fácil» y «difícil» conduzca a un cambio en los niveles de discusión de los problemas. Por ejemplo, un juez, ante la amenaza de represalias en un caso de terrorismo, puede tener miedo de condenar al acusado y, a la vez, no tener dudas acerca de la calificación y solución del caso. La decisión de aplicar las normas jurídicas pertinentes puede implicar una deliberación y cotejo entre diferentes razones (morales, jurídicas, prudenciales, etc.) y, en este sentido, puede provocar dificultades. Sin embargo, sería un error y no solamente una exageración considerar a este caso como un caso difícil, ya que es posible señalar claramente cómo debe *jurídicamente* resolverse el caso y las circunstancias personales del juez serán, a lo sumo, una excusa o justificación del eventual incumplimiento de su deber. Por tanto, un caso fácil (en algún sentido de fácil) puede ser difícil (en algún sentido de difícil) de decidir para un sujeto o grupo de sujetos determinados⁴⁰. Conversamente, puede suceder que un juez resuelva fácilmente un caso difícil mediante algún procedimiento de azar, i.e. tirar una moneda. Esto no significa que el caso ha sido *bien* resuelto, sino que ha sido resuelto de manera simple.

6. Otra distinción importante de mantener es entre los planos conceptual y justificatorio. Considérese los siguientes enunciados:

(E): «El caso C es un caso difícil».

(E₁): «El caso C es un caso fácil».

(E₂): «El caso C no puede justificarse en normas jurídicas».

⁴⁰ También, es frecuente admitir que «Un caso difícil... no es necesariamente aquel en que es difícil determinar la decisión correcta» Sartorius, Rolf, «The justification of the judicial decisions», en *Ethics*, vol. 78, n.º 3 (1968), pág. 183, nota 3.

Si por «justificación» se entiende una manera equitativa o moralmente adecuada de resolver una disputa jurídica⁴¹, entonces es posible que (E_j) sea compatible con los otros dos enunciados, y ello indica que el problema de la justificación de las decisiones es diferente al problema de la identificación de los casos fáciles/difíciles.

Estas distinciones tienen por objeto delinear una noción *objetiva* de casos difíciles, es decir con independencia de las actitudes y creencias de los sujetos. Esta noción objetiva se contrapone a un modo de analizar los casos difíciles que acentúa el papel de determinados individuos, i.e. jueces, en el análisis o la decisión de los casos. A efectos de evitar confusiones, en este trabajo, la expresión «caso fácil/difícil» será utilizada en sentido objetivo.

7. Una manera plausible de resolver la pregunta acerca de si los predicados «fácil»-«difícil» son propiedades de los casos es retomar la distinción entre casos en sentido amplio y casos en sentido estricto.

Un caso C en un sentido amplio es un problema práctico. Podría pensarse que, dado que la situación inicial de los casos jurídicos nunca puede ser completamente descripta, todos los casos en sentido amplio son casos difíciles⁴². Los usos lingüísticos, en este punto, no son firmes y no es tarea del filósofo el legislar acerca del lenguaje. Sin embargo, antes de aceptar que todos los casos en sentido amplio son casos difíciles, es conveniente analizar algunas relaciones entre los distintos tipos de casos (amplio y estricto).

8. Un caso en sentido amplio puede resultar complejo porque involucra diversas cuestiones; por ejemplo, al sujeto S_1 le interesa reivindicar un objeto O_b , reclamar indemnización por daños y perjuicios, obtener una compensación por lucro cesante y conseguir la restitución de los frutos indebidamente apropiados por otro sujeto S_2 . Conforme a lo expuesto anteriormente, la identidad de un caso (problema) es una función de un universo del discurso UD y un universo de acciones UA. Cualquier cambio del universo del discurso o del universo de acciones configura un nuevo problema o caso. De este modo, el caso de S_1 puede descomponerse en *n-casos* (genéricos) en sentido estricto. El conocimiento de las normas jurídicas, o de las soluciones correspondientes a los casos genéricos de un universo de casos UC, determina normalmente la selección de propiedades que

⁴¹ Lyons, David, «Justifications and easy cases», ob. cit., pág. 163.

Lyons, David, «Justification and judicial responsibility», en *California Law Review*, vol. 72 (1984), pág. 193.

⁴² El problema de identificación de las propiedades relevantes y su incidencia en la configuración de los casos difíciles es presentado en los puntos 13 y 14.

conforman los casos genéricos. Si una norma N determina que un caso genérico C tiene una solución S y una norma N' determina que un caso genérico C' tiene una solución S', entonces la *preferencia* respecto de S o S' puede hacer variar las propiedades a seleccionar del caso en sentido amplio, de tal modo de configurarlo como un caso individual del caso genérico C o como un caso individual del caso genérico C'⁴³.

Esto sugiere que, por una parte, un buen punto de partida para la discusión acerca de los casos difíciles es el análisis de los casos genéricos. Por otra parte, pone de manifiesto que el *proceso de análisis* que lleva desde un caso en sentido amplio CA al caso individual c de un caso genérico C está determinado por consideraciones estratégicas de los diferentes miembros que intervienen en las disputas jurídicas. En este sentido, el proceso judicial es un tipo de procedimiento social de resolución de conflictos. Otro tipo de procedimiento de resolución de conflictos es la argumentación moral. Por supuesto, que sería erróneo pensar que no hay relaciones entre ambos mecanismos, i.e. que la argumentación moral no interviene en el discurso jurídico. Pero, en vista del papel que tienen los intereses y preferencias de los actores del proceso judicial, también sería erróneo pretender que la argumentación jurídica es un caso especial del discurso moral⁴⁴.

9. Los casos genéricos son una descripción de un conjunto de propiedades que se determinan a partir de un criterio de relevancia. Si los jueces deben fundamentar *jurídicamente* sus decisiones, y por consiguiente su clasificación de los casos individuales, entonces la articulación de un criterio de relevancia depende de los criterios de identificación del derecho. El concepto de sistema jurídico es un recurso teórico para lograr este fin y, por tanto, no puede impugnarse la identificación del derecho basada en la noción de sistema afirmando que, en casos difíciles, la noción de sistema no es de gran utilidad. Según se ha señalado, identificar a un caso genéricamente difícil

⁴³ Una importante restricción a la disyuntiva entre C y C' es que la diferencia entre C y C' no puede ser relativa a una propiedad P, ya que es imposible que el caso a configurar tenga P (y por consiguiente sea un caso de C) y también la propiedad complementaria a P, i.e. -P (y por consiguiente sea un caso de C'). Estoy en deuda con R. Caracciolo por su discusión sobre este problema.

⁴⁴ Al respecto, Alexy, Robert, *Theory of Legal Argumentation*, trad. de R. Adler y N. MacCormick, Clarendon Press, Oxford, 1988. También: MacCormick, N., «Legal reasoning and practical reason», en *Midwest Studies in Philosophy*, VII, French, P. et al. (eds.), University of Minnesota Press, Minneapolis, 1982.

«Natural Law and the Separation of Law and Morals», en *Natural Law Theory*, George, R. (ed.), Clarendon Press, Oxford, 1992.

presupone el uso de criterios sistemáticos para construir un universo de casos UC y correlacionar sus soluciones.

10. Admítase los siguientes criterios de adecuación para una definición de casos difíciles:

- a) Las propiedades fácil/difícil son predicados de los casos.
- b) Noción objetiva de casos fáciles/difíciles.

En base a estos requisitos se puede proponer la siguiente definición de caso *genérico* difícil: un caso genérico *C* es difícil respecto de un sistema Cn_A si y sólo si *C* (i) carece de solución en Cn_A ; (ii) es correlacionado con distintas soluciones maximales (obligatorio, prohibido, facultativo) en Cn_A . Por definición, los casos difíciles del tipo (i) son mutuamente excluyentes con los casos difíciles del tipo (ii). Es importante destacar que la completitud y consistencia de un sistema son nociones relativas a determinados UC, UA, US. En otras palabras, la consistencia y completitud son propiedades posibles de un sistema jurídico determinado y es obvio que si se consideran diferentes sistemas pueden encontrarse distintas propiedades: un universo de casos de un sistema *S* puede contener casos genéricamente difíciles y un universo de casos de un sistema *S'* puede estar regulado de un modo completo y consistente.

Una consecuencia importante de este enfoque es que la existencia de *casos* difíciles (y no de dificultades para decidir casos) depende de las propiedades de los sistemas jurídicos. Si esta caracterización es correcta, entonces en sistemas completos y consistentes no hay casos (genéricos) difíciles. Esta conclusión muestra que la afirmación de Dworkin acerca de la relevancia de los casos difíciles y su insistencia en la completitud y consistencia del derecho⁴⁵ pueden entrar en contradicción⁴⁶.

11. Si la identificación del UC depende normalmente de los criterios de sistematización del derecho, hay que recordar que una condición

⁴⁵ Al menos ésta es la interpretación que hace Hart repetidas veces de la teoría de Dworkin. Hart, H., «American Jurisprudence Through English Eyes. The Nightmare and the Noble Dream», en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, ob. cit.
«Comment», en *Issues in Contemporary Legal Philosophy*, Gavison, R. (ed.). Clarendon Press, Oxford, 1987.

⁴⁶ La teoría de Dworkin adquiere un aire de paradoja si se acepta que, conforme a sus propias premisas, todos los casos son difíciles.
Hutchinson, Allan, *et al.*, ob. cit., pág. 100.

necesaria de la estructuración sistemática es la *interpretación* de las formulaciones normativas⁴⁷. Esto implica que la calificación «difícil» de un caso genérico es predicada *después* de la actividad de interpretación (a menudo se afirma que, ante un caso difícil C, el juez para resolver C debe interpretar a las *normas* jurídicas. Esta afirmación se explica, por una parte, por el uso de un criterio de individualización de normas que identifica a la norma con su formulación normativa; y, por otra parte, por la tendencia a equiparar los problemas de *calificación* de los hechos y los problemas de *interpretación* de formulaciones normativas)⁴⁸.

La interpretación de las formulaciones normativas es de obvia importancia para el análisis de los casos difíciles. Analizaré este aspecto con ayuda de un conocido ejemplo de Alchourrón y Bulygin⁴⁹. Considérese el art. 3877 inc 2 del Proyecto de Código Civil de Freitas que establece:

«Compete la reivindicación, cuando la cosa demandada fuere inmueble... contra el actual poseedor, aunque la hubiese de buena fe por título oneroso, si la hubo de enajenante de mala fe».

Este artículo puede interpretarse de distintas maneras:

En una interpretación restringida, expresa que la reivindicación procede cuando hay buena fe del adquirente (BFA), Título oneroso (TO) y mala fe del enajenante (-BFE). En símbolos: OR/BFA & TO & -BFE.

En una interpretación amplia, expresa que la mala fe del enajenante es suficiente para la obligación de restituir. En símbolos: OR/-BFE.

Admítase que, en el ejemplo propuesto, la *amplitud*⁵⁰ del Universo de propiedades UP sea 3. Por tanto, el número de casos de UC es 8. La importancia de escoger entre una interpretación amplia

⁴⁷ Respecto del problema de la interpretación, véase:

Bulygin, E., «Sull'interpretazione giuridica», en *Analisi e Diritto*, Guastini, R. y Comanducci, P. (eds.), 1992.

⁴⁸ MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, págs. 197 y ss., Clarendon Press, Oxford, 1978.

Hart, H., *The Concept of Law del Derecho*, pág. 140, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

Gianformaggio, Letizia, «Certeza del diritto, coerenza e consenso. Variazioni su un tema de MacCormick», en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, XVIII, n.º 2, 1988, pág. 466.

⁴⁹ Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, págs. 38 y ss., Astrea, Buenos Aires, 1976.

⁵⁰ Se denomina «amplitud» de un Universo de Propiedades UP al número n de propiedades que forman un UP. El Universo de Casos es una función del UP y el número de casos puede calcularse mediante la fórmula 2^n .

y una restringida del art. 3877 del Código de Freitas es que la restringida identifica a una norma N que soluciona un solo caso genérico de UC, y la amplia identifica a una norma N' que soluciona cuatro casos genéricos de UC.

Si se presupone la racionalidad del legislador, entonces, un criterio de selección entre N y N' es la consistencia, completitud e independencia del sistema jurídico. Sin embargo, la racionalidad de la legislación es sólo un *ideal* y nada garantiza que las autoridades normativas *realmente* hayan satisfecho ese ideal. Por consiguiente, la consistencia y completitud son propiedades *posibles* de un sistema normativo. Si se admite que un caso genérico es fácil cuando es regulado de modo consistente por un sistema jurídico, entonces es simple advertir que tanto la «facilidad» como la «dificultad» son propiedades posibles de los casos genéricos. Sólo si se presupone la racionalidad del legislador, se asegura que *todos* los casos (genéricos) de *todos* los sistemas jurídicos son casos fáciles.

13. Sería una ingenuidad creer que el derecho es siempre como *debería ser*. A menudo, los sistemas jurídicos son defectuosos tanto por razones lógicas como por razones axiológicas. Un sistema es lógicamente defectuoso, al menos, si hay un caso genérico difícil. Un sistema es *axiológicamente* defectuoso al menos cuando el conjunto de propiedades de UP correlacionado con una solución no es coextensivo con el conjunto de propiedades UP' que *deberían* solucionarse (conforme a un criterio axiológico). Para analizar esta situación, Alchourrón y Bulygin introducen la noción de «relevancia»⁵¹. Una propiedad P es relevante en UC; en relación a un sistema normativo C_n y un universo de acciones UA, si y sólo si hay, al menos, un caso genérico C de UC_i tal que C y el complementario de C respecto de la propiedad P tienen diferente status normativo. Esto significa que, respecto de ese sistema y ese universo de acciones, hay una solución S correlacionada a C y *además* S no es correlacionada al caso complementario de C. Puede denominarse *tesis de relevancia* para un sistema C_n y un universo de acciones UA a la proposición que identifica al conjunto de todas las propiedades relevantes en C_n respecto de UA. Por el contrario, una *hipótesis de relevancia* para un universo de acciones UA es la proposición que identifica al conjunto de todas las propiedades que *deben ser* relevantes para UA⁵².

⁵¹ Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Normative Systems*, ob. cit., págs. 101 y ss.

⁵² Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Normative Systems*, ob. cit., págs. 103 y ss.

Para una discusión del concepto de laguna normativa, y la relación entre tesis e hipótesis de relevancia, véase: Caracciolo, R., «El Concepto de 'Laguna'. ¿Descripción o Prescripción?». Inédito.

En virtud de que los juristas también denominan «lagunas jurídicas» a ciertos casos en que la tesis de relevancia no coincide con la hipótesis de relevancia, esta reconstrucción conceptual nos permite distinguir entre casos genéricos *lógicamente* difíciles y casos genéricos *axiológicamente* difíciles. Los casos axiológicamente difíciles son entonces casos de *lagunas* axiológicas⁵³.

Las diferencias entre los distintos tipos de casos difíciles son importantes. En el caso de lagunas normativas de un sistema C_n , no hay una norma *-ex hipotesi-* que solucione el caso y, por ello, es inevitable modificar el sistema para solucionar el caso. Obviamente, aquí radica la importancia del problema de la justificación de la *discreción* judicial. En cambio, en casos axiológicamente difíciles, hay una solución para el caso, aunque puede existir una razón (moral, prudencial, etc.) a favor de la no aplicabilidad de esa solución. En estos supuestos, el problema es relativo a la *obligatoriedad de aplicar* el derecho.

14. He intentado mostrar, aplicando extensamente el aparato conceptual desarrollado por Alchourrón y Bulygin, que la identificación de casos genéricos fáciles (difíciles) es posible *sólo después* de identificar las propiedades de un sistema normativo. En otras palabras, ni los casos difíciles (fáciles) ni sus soluciones son identificados fuera del contexto determinado por un sistema jurídico específico. Ahora intentaré mostrar las consecuencias que tienen para el análisis de los casos difíciles a las discrepancias acerca del conjunto de propiedades que se utilizan para determinar un universo de casos UC.

Para un número finito de propiedades n de un universo de propiedades UP, puede señalarse que n mide no sólo la amplitud de UP sino también el *nivel* de un UC⁵⁴. Dicho de modo simplificado, el nivel de un UC está determinado por la «cantidad» de propiedades de un universo de propiedades UP tomadas en consideración. Por ejemplo, para un UP de amplitud 3 puede construirse un UC de ocho casos genéricos. En el nivel 2 pueden construirse tres UC de cuatro

⁵³ Alchourrón, C. y Bulygin, E., «Sobre el concepto de orden jurídico», en *Análisis Lógico y Derecho*, ob. cit., pág. 405.

Lyons, por ejemplo, sugiere que la distinción entre casos fáciles y difíciles tiene que ser relativizada, ya que «un caso *lógicamente* fácil; también puede ser *moralmente* difícil». Esta situación puede resultar en que la identificación del derecho, al incorporar pautas morales, se tome más compleja y «convierta» a casos fáciles en casos difíciles y que, desde una perspectiva justificatoria, la solución de los casos fáciles y difíciles exija un fundamento moral.

Lyons, D., «Justification and judicial responsibility», ob. cit., pág. 191.

⁵⁴ Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Normative Systems*, ob. cit., págs. 96, 97.

casos genéricos, etc. Las relaciones entre los UC de diferente nivel son muy importantes por las siguientes razones.

Admítase que UC_i es *más fino* que UC_j si y sólo y si todo caso genérico de UC_i implica lógicamente a algún caso genérico de UC_j ; y hay -al menos- un caso de UC_i que no es implicado por ningún caso de UC_j ⁵⁵. La importancia de esta relación ordenadora radica en que es posible demostrar que:

a) Si un caso genérico C es difícil porque el sistema normativo es inconsistente en C, entonces no puede ser resuelto mediante el incremento de propiedades a considerar, ya que si un sistema es inconsistente en UC_i , también es inconsistente en cualquier UC_j más fino que UC_i ⁵⁶.

b) Si un caso genérico C de un universo de casos UC de nivel n es difícil porque el sistema es inconsistente en C, entonces, la resolución del caso en un nivel menos fino, i.e. n-1, puede enfrentarse con problemas de lagunas; ya que la completitud de un sistema respecto de un UC_i no implica que sea completo en relación a los UC menos finos que UC_i ⁵⁷.

c) Si un Universo de Casos Relevantes (UCR)⁵⁸ es regulado de modo consistente, entonces en todo universo de casos menos fino que UCR hay casos difíciles por lagunas normativas⁵⁹.

d) Como la consistencia no es preservada al pasar de un universo de casos menos fino a uno más fino, aunque UCR sea regulado de modo consistente, el UC más fino puede generar casos difíciles por inconsistencia del sistema normativo en UC.

15. Respecto al carácter exhaustivo y excluyente de la distinción «casos fáciles/difíciles» se puede afirmar que:

i) Respecto de un caso genérico de un UC determinado, la distinción es exhaustiva y excluyente.

ii) La división de los casos lógicamente difíciles es exhaustiva y

⁵⁵ Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Normative Systems*, ob. cit., págs. 97, 98.

⁵⁶ Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Normative Systems*, ob. cit., pág. 101.

Un resultado diferente podría obtenerse con la ayuda de lógicas no-monotónicas. Al respecto, véase: Alchourrón, C., «Philosophical foundations of deontic logic», presentado en las sesiones de diciembre de Deon'91, organizadas por Vrije Universitet, Amsterdam, 1991.

⁵⁷ Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Normative Systems*, ob. cit., pág. 100.

⁵⁸ UCR es el universo de casos formado a partir del conjunto de propiedades que satisface la tesis de relevancia.

Alchourrón, Carlos y Bulygin, E., *Normative Systems*, ob. cit., pág. 104.

⁵⁹ Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Normative Systems*, ob. cit., pág. 104.

excluyente. Si un caso C es lógicamente difícil, entonces o bien el sistema es incompleto respecto de C, o bien el sistema es inconsistente respecto de C.

iii) Un caso difícil por lagunas del sistema normativo es excluyente (pero no exhaustivo) con casos axiológicamente difíciles.

iv) Un caso difícil por la inconsistencia de las soluciones de un caso genérico, normalmente, producirá críticas acerca de la tesis de relevancia del sistema. Si ello resulta en la articulación de una hipótesis de relevancia diferente a la tesis de relevancia, entonces es posible que un caso lógicamente difícil, también resulte axiológicamente difícil.

V. Indeterminación del derecho y casos difíciles

1. Podría sugerirse que, así como la incompletitud y la inconsistencia generan casos genéricamente difíciles, la subsunción y problemas de prueba generan casos *individualmente* difíciles. Los problemas de prueba son relativos a la determinación de la verdad de una proposición que describe determinados hechos. Una razón de la dificultad originada en problemas de prueba es que la demostración de la verdad de una proposición 'p' tiene que producirse en un tiempo determinado⁶⁰. Este requisito es importante y provoca, a menudo, interesantes problemas. Sin embargo, en este trabajo no analizaré estos problemas y sólo recordaré que los hechos a probar dependen de los casos genéricos de un UC determinado⁶¹. Por consiguiente, los problemas de prueba siempre tiene por objeto determinar si un suceso (S) es un caso individual c de un caso genérico C.

Respecto de los problemas de subsunción hay que recordar que no siempre se originan por cuestiones de ambigüedad, vaguedad, etc.⁶² En otras palabras, la claridad y la precisión en el uso del lenguaje no es una condición suficiente para considerar fácil a un caso individual. En este punto es bien conocida la evolución del pensamiento de Hart cuando señala:

«Pero hay un serio defecto en mi argumentación sobre este punto, ya que es un error de sustancia y no sólo de exposición.

⁶⁰ Alchourrón, C. y Bulygin, E., «Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico», en *Análisis Lógico y Derecho*, págs. 309 y ss.

Gianformaggio, L., ob. cit., págs. 473 y ss.

⁶¹ Bulygin, E., «Norms and Logic», en *Law and Philosophy*, 4 (1985).

⁶² Hart, H., «Introduction», en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, ob. cit., págs. 6 y ss.

El Ensayo 3 [«Problems of the philosophy of law»] trata la indeterminación de las reglas jurídicas como si siempre fuese una simple cuestión lingüística, esto es, solamente una función de la indeterminación de las palabras [constituent words] usadas en la formulación de una regla determinada. De hecho, como vi más tarde y digo en el Ensayo 4 [«American jurisprudence through English eyes...»] la cuestión de si una regla se aplica o no a una situación particular no es equivalente a la cuestión de si de acuerdo a convenciones lingüísticas firmes, ésta es determinada por las palabras de esa regla o permanece abierta⁶³.

Sin embargo, este hecho no tiene que disminuir la importancia del lenguaje en la configuración de un caso fácil⁶⁴. Un presupuesto del empleo de la legislación como técnica de motivación de comportamientos es la posibilidad de aplicar las reglas con relativa sencillez, es decir sin necesidad de recurrir al dictamen de instituciones específicas, i.e., tribunales. Esto es posible si, en general, las normas ofrecen una zona de certeza respecto del significado de los términos de la formulación normativa. Puede afirmarse que ésta es la noción central de caso individual fácil, es decir, un caso que, en virtud del significado de los términos de la formulación no ofrece dudas respecto de su clasificación (subsunción). En este sentido, como señala Hart,

«es por cierto una condición necesaria de un sistema jurídico existente que no toda regla sea dudosa en todos los puntos»⁶⁵.

Si se acepta esta caracterización de los casos individuales fáciles, entonces, es simple de advertir que en todo sistema jurídico existente hay, necesariamente, casos fáciles y casos difíciles. Esta afirmación sería una verdad de perogrullo si no fuese por la continua fascinación que ofrecen los problemas del lenguaje y su relación, en algunas teorías jurídicas, con cuestiones morales⁶⁶.

3. A menudo, los problemas de indeterminación de una formulación normativa se confunden con los problemas de incertidumbre de

⁶³ Véase, Atienza, M., y Ruiz Manero, J., «Sobre principios y reglas», en *Doxa* 10 (1991), pág. 117.

⁶⁴ Schauer, F., «Easy Cases», *Southern California Law Review*, n.º 58, 1985, págs. 406 y ss., págs. 414 y ss.

⁶⁵ Hart, H., *The Concept of Law*, ob. cit., pág. 149.

⁶⁶ Hart, H., «Positivism and the Separation of Law and Morals», en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, ob. cit., pág. 62 y ss.

Hart, H., *The Concept of Law*, ob. cit., pág. 220.

los criterios de reconocimiento de las normas de un sistema S⁶⁷. A partir de esta distinción es conveniente distinguir dos problemas:

- i) La incertidumbre acerca de la *existencia* de una formulación normativa a partir de la cual subsumir los hechos de un caso.
- ii) La incertidumbre acerca de la *pertenencia* de una norma a un sistema S. Adaptando la terminología propuesta por MacCormick⁶⁸, denominaré a esta situación «problemas de relevancia».

Los problemas del tipo i) no generan *casos* difíciles, aunque pueden producir, en mayor o menor medida, dificultades para decidir un caso. Es posible que el desconocimiento de un sujeto S acerca de la promulgación o derogación de una formulación FN sea el origen de las dificultades para resolver a un caso C, pero de esto no es posible inferir que C es un caso difícil. Sólo puede afirmarse que, probablemente, un mayor conocimiento del derecho facilitaría la solución del caso.

4. Los problemas de relevancia son de dos tipos.

- Relevancia_(a): indeterminación de *un* criterio de la regla de reconocimiento.
- Relevancia_(b): indeterminación del *orden jerárquico* de los criterios de la regla de reconocimiento.

Los problemas de relevancia_(a) pueden ser relativos a la indeterminación semántica de la formulación de un criterio C de la regla de reconocimiento o también pueden generarse respecto a la propiedad P que determina la pertenencia de C al conjunto de criterios que forman la regla de reconocimiento. En el primer caso, la indeterminación radica en el uso del lenguaje por cuestiones de vaguedad actual o potencial. Consideremos el siguiente ejemplo: una norma N puede solucionar a un caso C y el juez J puede dudar acerca de la validez de N en razón de que las reglas referidas a la sanción y promulgación de las leyes poseen textura abierta. Supóngase que esas reglas exigen la firma del presidente de la asamblea legislativa en el texto original de las leyes y, en el caso de N, el presidente ha rubricado el texto con un seudónimo⁶⁹. A pesar de que hay una norma para el caso C, que el juez J conoce la existencia de esta norma y conoce que las normas promulgadas conforme a un procedimiento P forman

⁶⁷ Hart, H., *The Concept of Law*, ob. cit., pág. 144.

⁶⁸ MacCormick, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, ob. cit., págs. 69 y ss.

⁶⁹ Hart, H., *The Concept of Law*, ob. cit., pág. 12.

parte del sistema, puede ocurrir que las reglas respecto a P sean vagas.

Los otros problemas de relevancia^(a) son relativos a la identificación de la regla de reconocimiento de un sistema S. Por ejemplo, Caracciolo señala:

«Una condición de pertenencia impuesta, por definición, a la regla de reconocimiento consiste en que tiene que tener una cierta propiedad P: tiene que ser eficaz...»⁷⁰.

En este sentido, pueden existir dudas acerca de la eficacia de un criterio de validez C, y por tanto puede existir incertidumbre acerca de la pertenencia de la norma N (reconocida mediante el criterio C) al sistema S. Ambos problemas son empíricos y, como en todo problema empírico, pueden no existir respuestas infalibles. Es conveniente comparar estos supuestos con los casos genéricos difíciles: por una parte, la incertidumbre acerca de la pertenencia de una norma N puede repercutir en los casos genéricos, ya que N puede introducir una nueva propiedad, multiplicando los casos de un UC y modificando la tesis de relevancia de un sistema. Por otra parte, la norma N puede introducir inconsistencia en el sistema S, generando casos difíciles en S. Finalmente, los problemas de relevancia son empíricos, mientras que en casos genéricamente difíciles los problemas son lógicos.

5. Los problemas de relevancia^(b) son relativos a los conflictos entre criterios de pertenencia o fuentes del derecho. Si por «sistema normativo» se designa a un conjunto *ordenado* de normas, entonces, el conocimiento de los derechos y deberes de los individuos (como problema diferente del conocimiento de las normas jurídicas) también depende del conocimiento de las relaciones ordenadoras entre las normas. En palabras de Alchourrón:

«... no debería sorprendernos el hecho de que las obligaciones determinadas por un sistema de normas cambian cuando se altera su orden jerárquico, aun cuando las mismas normas permanezcan sin alteración. Lo obligatorio está determinado por dos elementos: el contenido conceptual de las normas y su orden jerárquico»⁷¹.

⁷⁰ Caracciolo, R., «Sistema jurídico y regla de reconocimiento», ob. cit., pág. 309.

⁷¹ Alchourrón, C., «Condicionalidad y la representación de las normas jurídicas», en *Análisis Lógico y Derecho*, ob. cit., pág. 278. Véase Alchourrón, C. y Makinson, D., «Hierarchies of regulations and their logic», en *New Studies in Deontic Logic*, ob. cit., pág. 126, 134 y ss.

VII. Conclusiones

1. He intentado mostrar la importancia del concepto de sistema jurídico para la identificación y clasificación de los casos difíciles. A modo de conclusión resumiré los puntos que creo necesario explicitar en una teoría de los casos difíciles:

- a) La distinción entre diferentes tipos de casos.
- b) La distinción entre casos difíciles y dificultad para decidir casos.
- c) La distinción entre diferentes tipos de casos difíciles.
- d) La distinción entre la identificación de casos difíciles y la justificación de las decisiones en los casos difíciles.

La importancia de estas distinciones es que todas ellas subrayan aspectos importantes para una teoría de la argumentación jurídica y que no es posible presuponer que las soluciones propuestas para alguno de estos problemas también se apliquen a los demás.

2. Finalmente, las dificultades en la construcción de una teoría de los sistemas jurídicos inciden en la comprensión de la naturaleza y alcance de los casos difíciles y es evidente que aún hay muchos puntos para resolver en la empresa de elaborar teorías acerca de los sistemas normativos. Sin embargo, ésta no es una razón suficiente para desechar la herramienta conceptual que constituye la noción de sistema jurídico. Por el contrario, es necesario seguir mejorando nuestras teorías para comprender mejor, explicar adecuadamente y predecir con relativa certeza la influencia del derecho en el comportamiento de los individuos. Si éstas son funciones importantes del conocimiento jurídico, entonces, el concepto de sistema jurídico sigue siendo un buen punto de partida para conocer el derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- Aarnio, Aulis: *Lo Racional como Razonable*, trad. de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- Alchourrón, Carlos: «Systematization and change in the science of law», en *Rechtstheorie*, Beiheft 10, 1986.
- «Philosophical foundations of deontic logic», en *Jornadas de Deon'91*, Vrije Universitet, Amsterdam, 1991.
- Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio: *Normative Systems*, Springer Verlag, Viena-New York, 1971.
- *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1976.

- «The Expressive Conception of Norms», en *New Studies in Deontic Logic*, Hilpinen, R. (ed.), Reidel Dordrecht, 1981.
- *Análisis Lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- Alchourrón, C. y Makinson, D.: «Hierarchies of regulations and their logic», en *New Studies in Deontic Logic*, Hilpinen, R. (ed.), Reidel Dordrecht, 1981.
- Alexy, Robert: *Theory of Legal Argumentation*, trad. Adler, R. y MacCormick, N., Clarendon Press, Oxford, 1988.
- Atienza, Manuel: *Las Razones del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan: «Sobre principios y reglas», en *Doxa* 10, 1991.
- Bulygin, Eugenio: «Legal Dogmatics and the systematization of law», en *Rechtstheorie*, Beiheft 10, 1986.
- «Norms and Logic», en *Law and Philosophy*, n.º 4, 1985.
- «An antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law», en *Ratio Juris*, vol. 3, n.º 1, 1990.
- «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos», en *Doxa* 9, 1991.
- «Sull' interpretazione giuridica», en *Analisis e Diritto*, Guastini, R. y Comanducci, P. (eds.), 1992.
- Burton, Steven: *An Introduction to Law and Legal Reasoning*, Little, Brown and Company, Boston, 1985.
- Caracciolo, Ricardo: *El Sistema Jurídico. Problemas Actuales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.
- «Sistema jurídico y regla de reconocimiento», en *Doxa* 9, 1991.
- «El concepto de 'laguna'. ¿Descripción o prescripción?». Inédito.
- Carrió, Genaro: *Cómo Estudiar y Argumentar un Caso*, Abeledo Perro, Buenos Aires, 1987.
- Dworkin, Ronald: *Los Derechos en Serio*, trad. de M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1985.
- *Law's Empire*, Harvard UP., Cambridge, 1986.
- Gavison, Ruth: *Issues in Contemporary Legal Philosophy*, Gavison, R. (ed.), Clarendon Press, Oxford, 1987.
- «Certeza del diritto, coerenza e consenso. Variazioni su un tema de MacCormick», en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, XVIII, n.º 2, 1988.
- Goldsworthy, J.: «The self-destruction of legal positivism», en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 10, n.º 4, 1990.
- Hart, Herbert: *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1961.
- *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983.
- *Essays on Bentham*, Clarendon Press, Oxford, 1982.
- Hutchinson, Allan et al.: «A hard look at 'hard cases'», en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 2, n.º 1, 1982.
- Kelsen, Hans: *Teoría Pura del Derecho*, trad. de R. Vernengo, UNAM, México, 1979.
- *Teoría General del Derecho y el Estado*, trad. de E. García Maynez, UNAM, México, 1949.

- Lyons, David: «Justification and easy cases», en ARSP, Beiheft 25, 1985.
- «Justification and judicial responsibility», en *California Law Review*, vol. 72, 1984.
- MacCormick, Neil: «Legal reasoning and practical reason», en *Midwest Studies in Philosophy*, VII, French, P. *et al* (eds.), University of Minnesota Press, Minneapolis, 1982.
- «Natural Law and the Separation of Law and Morals», en *Natural Law Theory*, George, R. (ed.), Clarendon Press, Oxford, 1992.
 - Perry, Thomas: *Moral Reasoning and Truth*, Clarendon Press, Oxford, 1976.
 - *Teoría de la Justicia*, trad. de M. González, Fondo de Cultura, México, 1979.
 - Raz, Joseph: *El Concepto de Sistema Jurídico*, trad. de R. Tamayo, UNAM, México, 1985.
 - Sartorius, Rolf: «The justification of the judicial decisions», en *Ethics*, vol. 78, n.º 3, 1968.
- Schauer, F.: «Easy Cases», en *Southern California Law Review*, n.º 58, 1985.
- Vernengo, Roberto: *La Naturaleza del Conocimiento Jurídico*, Cooperadora de Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1973.
- Von Wright, Georg: *Norm and Action*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1963.