

EMPIRISMO Y TEORÍAS JURÍDICAS (LA UTILIZACIÓN DE LAS TEORÍAS JURÍDICAS EN LA PRÁCTICA JUDICIAL)

ENRIQUE BACIGALUPO *

“Toda construcción jurídico-dogmática será un castillo de arena si no se puede apoyar en una teoría jurídica”

Hermann Kantorowicz (*Tat und Schuld*, 1933, p. 9).

I

Las relaciones entre la teoría y la práctica de los juristas es una cuestión que siempre ha generado posiciones muy encontradas. Si se quiere caracterizar el estado en el que la cuestión se encuentra entre nosotros, yo diría que hace unos años ha comenzado a ser superada la situación de incomunicación total y se vislumbra el inicio de un diálogo cada vez más enriquecedor. Ello hace propicio que hoy, a propósito del inicio de la publicación de esta Revista reflexionemos una vez más sobre dicha problemática.

La cuestión resulta en realidad obligada cuando jóvenes estudiantes que sólo han tenido oportunidad de estudiar teorías se acercan por primera vez a la práctica en los Tribunales.

Juristas prácticos y teóricos tienen una finalidad común: tratan de resolver conflictos sociales sobre la base de normas jurídicas que establecen, antes de que el conflicto tenga lugar, la solución que al mismo se le deba dar. La práctica, por lo tanto consiste en *aplicar normas, cuyo contenido los juristas conocen a través de teorías jurídicas, a casos (conflictos) sociales concretos*. El jurista tiene, por lo tanto, un doble problema de conocimiento: el de las normas y el de los hechos. Comencemos por el de las normas. Con la aplicación

*. Catedrático de Derecho Penal. Magistrado del Tribunal Supremo.

de las normas jurídicas parece ocurrir algo semejante a lo que sucede con las normas éticas: en ciertas ocasiones la fidelidad a la norma parece contradecir su esencia. Esta divergencia de perspectivas se presenta para las normas éticas sobre todo en el marco de la política y también de todos los asuntos de Estado. Para expresarla Max Weber propuso distinguir entre la *ética de la convicción* y la *ética de la responsabilidad*¹. Se trata de una distinción que procura en última instancia poner de relieve que la responsabilidad justifica cierta infidelidad a la convicción cuando las consecuencias de la fidelidad a la ética del evangelio serían peores que apartarse de ella. En la práctica del derecho, esta misma estrategia argumental se puede oír cuando un estudiante o un joven recién licenciado se enfrenta por primera vez -y no sólo entonces- con un Tribunal, cualquiera que sea la posición procesal que le quepa ocupar. De una manera paralela se suele admitir que la práctica “*impone*” apartarse de las teorías jurídicas para lograr resultados deseables o que éstos no siempre pueden ser alcanzados con fidelidad a las teorías. Pero *¿qué significa que la práctica “impone” o exige apartarse de las teorías?*. Hasta ahora debo confesar que nunca he escuchado una respuesta convincente. Por el contrario: las razones que se dan para sostener el por qué de tal exigencia son en general oscuras; en parte se refieren a representaciones poco claras de la justicia, en parte parecen provenir de una idea poco precisa de lo que son las teorías jurídicas y de su posible aportación a la práctica de los tribunales. Pero *¿cómo se explica que si la teoría y la práctica tienen la misma finalidad, en esta última haya que asumir una cierta inconsecuencia respecto de las teorías?*. Probablemente la respuesta a esta pregunta se podría intentar poniendo, ante todo, en claro *qué es una teoría jurídica*.

II

Hemos dicho que los juristas conocen el contenido de las normas con ayuda de teorías jurídicas. Ahora es preciso hacer algunas aclaraciones. La expresión “*teoría*” es utilizada en las ciencias naturales, por lo general, para referirse a las explicaciones de los hechos que se sustraen a la percepción de los sentidos, es decir, que no son empíricamente verificables: la explosión que estaría en el origen del sistema cósmico según la teoría del big-bang, no se puede percibir ni siquiera indirectamente; tampoco es posible percibir la causalidad de un hecho con respecto a un efecto determinado, tal vinculación tiene lugar en la mente humana y no en el mundo real. En la ciencia del dere-

¹ Cfr. WEBER, Max, *Die Politik als Berufung*, 1919, en *Gesammelte politische Schriften*, 4ªed., 1980, pp.548 y ss.

cho, esta concepción de la *teoría* carece de sentido: los juristas no cultivan una ciencia empírica, sino *una ciencia hermenéutica*, es decir, interpretan textos y sus teorías, por lo tanto, son en primer término *entendimientos posibles de alguna norma*; p. ej.: el art. 1902 C.Civ. *no* excluye la responsabilidad por la mera causación de un daño, aunque el texto legal establece que la culpa o la negligencia como presupuesto de la obligación de indemnizar o que el art. 11 LOPJ *no* permite distinguir entre pruebas meramente ilegales y pruebas inconstitucionales, pues toda prueba ilegal es, a la vez, inconstitucional, dado que las normas legales no son sino una concreción de las constitucionales referidas al debido proceso. En segundo término las teorías jurídicas implican una tesis sobre los presupuestos de la solución *correcta* del conflicto. La teoría de la imputación objetiva -que en verdad tiene la pretensión de ser aplicada tanto en el derecho privado, como en el penal o en el administrativo- considera que no es correcto responsabilizar al autor de una conducta por *todos* los resultados que ésta cause, sino sólo por los que sean consecuencia de la creación de un *peligro jurídicamente desaprobado*. La *pretensión de corrección de una teoría* puede ser derivada de presupuestos generales del orden jurídico *que no están explícitos en ninguno de los textos* normativos del orden jurídico; se trata de postulados sin los que la interpretación de los textos jurídicos sería imposible: todo entendimiento de un texto legal requiere, al menos, una concepción de la justicia o de la utilidad social.

Por último, las teorías jurídicas tienen la finalidad de garantizar la *igualdad*, pues brindan una base de aplicación de la ley generalizable a todos los casos que caen dentro del campo de la norma.

Esta vinculación de las teorías jurídicas con la justicia o la utilidad social de los resultados a que conducen la aplicación de una norma, o con ambos valores a la vez, importa una vinculación de la interpretación con la finalidad de las normas y es lo que caracteriza a la ciencia jurídica moderna. Una ciencia orientada a la realización de un programa de contenidos materiales. Dicho en otras palabras: se trata de la vinculación de las normas con su finalidad de obtener un determinado estado de cosas en la sociedad, con el para qué de la norma. En los comienzos de la aplicación del derecho codificado, es decir, de la técnica jurídica surgida de los códigos de Napoleón, sin embargo, se partía de la base de que el juez sólo debía aplicar la "ley" a partir del texto legal: sin interpretarlo, entendiéndolo directamente. En ese tiempo se suponía que el conocimiento del significado de las palabras era suficiente para aplicar la ley y que la introducción de una interpretación implicaba romper con los límites surgidos del principio de separación de poderes. La expresión más acabada de esta idea se encuentra en la *Constitución de las Cortes de Cádiz de 1812*, en la

que los jueces debían elevar las dudas interpretativas al Tribunal Supremo para que éste, a su vez, elevara la consulta a las Cortes (art. 261,10). En este marco no sólo no hacían falta teorías jurídicas, sino que eran, además, mal vistas, pues la aplicación del derecho no se concebía sino como un problema idiomático, del conocimiento del significado de las palabras de la ley: quien conoce el significado de las palabras del texto legal, puede saber también cuál es la norma aplicable. La creencia de que de esta manera se podía poner en práctica una estricta división de poderes estaba, como es obvio, en la base de esta concepción de la práctica jurídica.

Las limitaciones de este modelo de aplicación de la ley, sin embargo, mostraron rápidamente sus debilidades. Por lo pronto en el derecho privado los jueces no pueden dejar de decidir la solución de un conflicto so pretexto de oscuridad de la ley (art. 1.7 Código Civil); en muchos casos (supuesto de los conceptos indeterminados en el derecho administrativo o de los elementos normativos de los tipos penales, o de las cláusulas generales y abiertas del derecho privado, como la buena fe p. ej.) el juez se ve obligado a *completar la norma mediante juicios de valor*, para cuya formulación el legislador le brinda sólo algunos parámetros orientadores y, para peor, no siempre. Por otra parte, el desarrollo de los conocimientos sobre el lenguaje ha puesto de manifiesto que todas las palabras, en mayor o menor medida, son ambiguas y ello explica que el mismo texto permita, por regla, más de un entendimiento, con diferencias no irrelevantes de matiz respecto del significado normativo del mismo texto.

En este nuevo marco, formado por palabras de ambiguo significado, de conceptos indeterminados requeridos de una valoración impuestos por la complejidad creciente de la vida social y de la obligación de decidir, el juez sólo puede operar con ayuda de teorías jurídicas que le permitan superar la ambigüedad del lenguaje y la indeterminación de los conceptos. Dicho de otra manera: debe buscar la precisión del lenguaje de los textos legales fuera de los textos mismos. A estos elementos, exteriores al texto pero necesarios para cualquier entendimiento del mismo, la hermenéutica moderna los llama *pre-conceptos*. De lo contrario debería consultar al Parlamento en forma constante.

Un ejemplo de esta necesidad de preconceptos en la aplicación de la ley lo brinda la discusión sobre el contenido que se debe dar a las cláusulas que contienen los arts. 433 y 1950 C.Civ. referentes a la *buena fe*. Aquí -como es sabido- pugnan dos puntos de vista diversos. Por un lado la *teoría psicológica*, que considera que lo esencial es el desconocimiento de la falta de derecho del

sujeto y que, por lo tanto, quien ignoraba *carecer* de derecho o, dicho a la inversa, quien suponía tenerlo, obra de buena fe. Por el otro la *teoría ética*, según la cual lo esencial no es el desconocimiento o la suposición de tener derecho, sino la posibilidad de haber conocido, es decir, una teoría que hace depender la existencia de la buena fe, del sentido ético-social del desconocimiento, pues el derecho -se afirma- no quiere beneficiar a quienes obran desconsideradamente hacia los demás. Cada una de estas teorías busca un punto de apoyo que no puede extraer de las palabras de la ley. En un caso, el de la teoría psicológica, se prefiere una referencia a los hechos valorados por la norma. En el otro, la teoría “ética” se apoya en el sistema de valores que presupone un orden jurídico. El texto, como tal, permite sostener ambas teorías. Su significado, sin embargo, depende del preconcepto de la interpretación.

Lo mismo ocurre en el campo de los *derechos fundamentales*: su función en el ordenamiento jurídico depende de cómo se los conciba. La *teoría liberal* de los derechos fundamentales los entiende como derechos de cada ciudadano *contra* el Estado. Es evidente, por lo tanto, que tal concepción excluye que un particular apoye en los derechos fundamentales, pretensiones contra otro particular o que el Estado, o sus representantes, los aleguen como fundamento de sus acciones judiciales contra los ciudadanos. En este marco un derecho fundamental del Estado contra los ciudadanos es un contrasentido. Dicho de otra manera, esta teoría excluye el *efecto horizontal* (entre ciudadanos) de los derechos fundamentales. La teoría social, por el contrario, puede aceptar, al menos en ciertos casos, este efecto, partiendo de que los derechos fundamentales son, en realidad, la expresión de un orden de valores establecido en la Constitución.

La situación no es diferente en el *derecho procesal*, por ejemplo, en la cuestión fundamental del recurso de casación: la distinción entre las cuestiones de hecho (excluidas del recurso) y las de derecho (que son la materia del recurso). *Tampoco aquí* un jurista puede operar sólo con intuiciones: la distinción entre una cuestión de hecho y una cuestión de derecho no puede ser llevada a cabo a partir del mero significado de las palabras pues no es posible saber precisamente qué constituye una infracción de ley en el sentido del recurso de casación si no se considera previamente cuál es la función procesal e institucional de la casación. Por ello se sostiene hoy que “el Tribunal de Casación debe llevar a cabo en la revisión de una sentencia todo lo que le es posible, es decir, todo lo que sin realizar una nueva recepción de prueba pueda revisar, sea en el campo de lo fáctico o de lo jurídico (...). Si el Tribunal de Casación sobre la base de experiencia, de las leyes del pensamiento, de las reglas del lenguaje, de la matemática, o de lo que es público y notorio comprueba errores o no los puede excluir, *no puede ignorarlas sólo porque* tal

error pertenece al mundo de los hechos y no al mundo del pensamiento jurídico” (Sarstedt, W. / Hamm, R., *Die Revision in Strafsachen*, 5. ed., 1983, pág. 257).

Estos ejemplos -se podrían continuar hasta el infinito- nos demuestran dos cosas: en primer lugar que los textos legales no se pueden aplicar sin teorías jurídicas y que las teorías jurídicas no se pueden elaborar sólo con los textos legales, pues requieren ponderación de intereses en juego, cálculo de las consecuencias, análisis de las repercusiones sistemáticas, formulación conceptual, estudio de su practicabilidad procesal, etc.

III

La elaboración de las teorías jurídicas tiene una alta complejidad metodológica. Para mencionar una sola cuestión que es común a todas las ramas del derecho y que en todas condiciona sus soluciones: ¿cuál es la función del derecho: la estabilización de expectativas o la orientación de la conducta de los ciudadanos?². Sin embargo, ello no significa que en todos los casos las teorías sean un producto de la actividad científica. En la medida en la que toda teoría jurídica se apoya en una cierta representación de la justicia y de la utilidad social, las teorías jurídicas aparecen frecuentemente cuando los tribunales ya han establecido una determinada interpretación del derecho. En general, la ciencia jurídica -como dice Naucke- (ZStW 85 (1973), pág. 416- adolece de una cierta “desactualización” (*Aktualitätsferne*), pues los problemas se plantean en la práctica antes que en los seminarios. En estos casos las teorías aparecen bien como una legitimación a posteriori de las decisiones de los tribunales o bien, cuando son críticas, muestran su desaprobación por tales decisiones. De esta manera entre la teoría y la práctica existe un diálogo en el que es posible percibir tanto coincidencias como enfrentamientos. Pero, en todo caso, *el diálogo es reducido*, pues el tipo de teorías jurídicas que hoy se producen, sobre todo en las Universidades no tienen por objeto todos los aspectos relevantes de la práctica del derecho en sus diversos momentos procesales. Por regla se trata de teorías cuya validez específica se manifiesta sobre todo en el recurso de casación y en el momento de la subsunción. La utilización de tales teorías presupone, sin embargo, la determinación de los hechos que dan lugar al conflicto social, cuestión sobre la cual las teorías del derecho material dicen muy poco, a pesar de que este aspecto de la actividad judicial es el que, probablemente, requiere más tiempo de los operadores jurídicos. Más aún: las teorías pueden ser la *causa* de ciertos problemas de prueba y, por lo tanto, de

² Cfr. LUHMANN, *Ausdifferenzierung des Rechts*, 1981, pp.73 y ss.

problemas prácticos. En este punto el problema va más allá de las teorías jurídicas, llegando también a las facultades de derecho, pues en éstas se sigue creyendo, a veces, ingenuamente, que la aplicación del derecho sólo requiere el conocimiento de normas. Antes de llegar a ese momento, sin embargo, el juez debe *decidir* sobre dictámenes médicos contrapuestos, tasaciones contradictorias, veracidad de los testigos, etc. sin ser médico, ni un conocedor del mercado de determinados objetos, ni un especialista en psicología del testimonio. Una teoría jurídica le indicará si el concepto es médico o jurídico, si el precio es o no relevante para la aplicación de la norma y si el hecho puede ser probado o no por testigos. No le dirá cómo debe resolver sobre si los hechos tuvieron o no tuvieron lugar cuando no todos los expertos a los que ha recurrido en el proceso alcanzan un acuerdo sobre las circunstancias técnicas o científicas de esos hechos. Aparentemente ésto no es necesario, pues los principios procesales le indican al Juez que debe *decidir "en conciencia"*. Pero, una decisión de esta naturaleza impone al juez una obligación extraordinariamente exigente.

Por ello cabe formularse una pregunta fundamental: ¿cómo es posible una decisión en conciencia sobre problemas que requieren conocimientos especializados que no tengo? Una pregunta que, nuevamente, *sólo puede ser contestada mediante una teoría jurídica* que indique de qué manera los jueces *deben* formular los juicios sobre los hechos y mediante qué elementos pueden apreciar legítimamente las pruebas. Hoy por hoy en la teoría a un juez se le exige básicamente que su conciencia no ignore la lógica, ni la experiencia, ni la ciencia y le impone, en casos de duda, inclinarse por la interpretación de los hechos más favorable al acusado (o, en su caso al demandado). Para eliminar toda posibilidad de arbitrariedad se le impone a los jueces, además, hacer públicas las razones y los razonamientos en los que se fundamenta la decisión sobre los hechos. La teoría ha seguido en esta materia la evolución de la práctica, debida sobre todo a la incidencia de la Constitución en el proceso, tal como ha entendido el Tribunal Constitucional. La conciencia del juez que fundamenta su decisión sobre los hechos debe ser la expresión de un acto *objetivamente* sostenible; una convicción *puramente interna* del juez es hoy un fundamento insuficiente sobre la realidad de los hechos. En este desarrollo se ha subrayado básicamente el carácter público del proceso, es decir, la necesidad de su control por todos los ciudadanos, destinatarios, junto con las partes, de la actividad de los jueces. Ello, paralelamente, ha ampliado de una manera notable el ámbito del control judicial por vía de los recursos, pues se ha puesto de manifiesto que la ley se puede infringir tanto cuando se la entiende equivocadamente, como cuando bajo una disposición legal correctamente interpre-

tada se subsumen hechos determinados arbitrariamente o, por lo menos, de una manera contraria a la ley y al derecho.

IV

Las teorías jurídicas son -como dijimos- un instrumento necesario para la aplicación de la ley, pero no son infalibles ni son definitivas. No son infalibles, como es claro, porque son conocimiento humano. De cualquier *teoría científica* es posible afirmar que sólo es una hipótesis, que su contenido de verdad puede ser destruido en cualquier momento por nuevas experiencias. De las *teorías jurídicas* no es posible decir que son verdaderas en el mismo sentido que las teorías basadas en la experiencia (p. ej. las científico-naturales): las teorías jurídicas no son “verdaderas” cuando se corresponden con la realidad pues no se refieren a la realidad, sino a las normas. La “verdad” de una proposición normativa está dada por su coincidencia con el estado de la dogmática jurídica³, por lo tanto, es una verdad tan provisional, o más, que la de las teorías de las ciencias naturales. Por esta razón la crítica de las teorías es sumamente importante para su evolución y su progresivo acercamiento a soluciones mejores.

En este sentido la práctica ofrece las mejores posibilidades de crítica de las teorías jurídicas, pues es en ella donde mejor se pueden comprobar sus resultados. Es en la confrontación con la inabarcable variedad de casos que se juzgan en los Tribunales donde se puede verificar la justicia de los resultados o su utilidad social. Fuera de esta aplicación cotidiana las teorías sólo pueden ser criticadas en su consistencia lógica interna o en los principios metodológicos con los que se las ha elaborado. Esta limitación del jurista, que no participa de la práctica de los instrumentos que elabora, suele producir en muchos dogmáticos un estado de desánimo que se manifiesta en una actitud peligrosamente escéptica frente a la ciencia del derecho. Por el contrario, al dictarse una sentencia o al formular una petición ante un tribunal toda teoría jurídica se verá necesariamente confrontada con un “*derecho natural práctico cotidiano*” (Naucke, ZStW 85 (1973) pág. 432) a la luz del cual se juzgarán los resultados a los que conduce. Por ejemplo: el que sostenga que el error evitable sobre los presupuestos de una causa de justificación excluye el dolo sin más -soy consciente de lo polémico del ejemplo- tendrá que explicarle a la víctima del hecho (muchas veces a sus herederos), qué razón existe para beneficiar al autor por un error que él hubiera podido evitar. Ésto no significa -como es claro- que en la práctica sólo se opere, como algunos creen, con puras “representaciones

³ Cfr. ADOMEIT, *Rechtstheorie*, 2ªed., 1981, p.37.

morales como bien y mal, rechazable, brutal, arrepentimiento, soportable o imposible”⁴, sino que en una decisión real se suele presentar de una manera transparente el conflicto de intereses en juego y las consecuencias de la aplicación del derecho.

A la inversa las teorías jurídicas son un instrumento decisivo para *la crítica de la práctica*, concretamente de la jurisprudencia, y del derecho vigente. Una teoría nueva importa, en muchos casos, el anticipo de una nueva regla legal o de una reorientación de la jurisprudencia, en todo caso, por lo general, una propuesta de nuevas soluciones.

En suma: las relaciones entre teoría y práctica son ineludibles, al menos en un Estado de Derecho que garantiza la seguridad y la igualdad, pero no son simples.

Norbert Archterberg ha propuesto una “teoría de la jurisprudencia” (1986) que tiene la pretensión de ser una disciplina autónoma paralela a la teoría de la legislación y a la teoría de la administración. En verdad una teoría como ésta constituye una necesidad de la práctica del derecho cada vez más urgente. Krawietz ha procurado esclarecer las relaciones entre las teorías dogmáticas clásicas y la teoría de la jurisprudencia, es decir, de la aplicación del derecho. Será sin duda interesante reflexionar sobre sus conclusiones, que pueden resumirse brevemente de la siguiente manera:

La *dogmática jurídica* pretende decirle al que debe tomar las decisiones qué consideraciones jurídicas debe tener en cuenta, para que su decisión se acomode a los principios del orden jurídico que él mismo debe aplicar. La *teoría de la jurisprudencia* le dice qué componentes suelen influir en sus decisiones y cuáles es lícito que influyan. Las relaciones son fluidas. Una renovada reflexión sobre estos aspectos, es decir, una ampliación del discurso dogmático con los elementos de la decisión misma del conflicto social que ocupa cotidianamente a los tribunales, puede ser el puente que acelere una integración cada vez más deseable y necesaria entre teoría y práctica.

V

Al comienzo he citado a Max Weber refiriéndome a su conocida dicotomía “ética de la convicción / ética de la responsabilidad” (*Gesinnungsethik / Verantwortungsethik*). Quiero también al final de mi discurso retornar a este

⁴ NAUCKE, *loc.cit.*, p.432.

autor al que tanto deben las ciencias sociales modernas y, entre ellas las jurídicas. Sobre todo para recordar que Weber no postuló entre una y otra ética una oposición absoluta, sino que las consideró como “complementos que, en conjunto forman al auténtico hombre que puede tener la política por vocación” (loc. cit. pág. 559). A los juristas, que tienen que tomar o que instar decisiones de trascendencia social e individual, como el político, recordarlo resultará siempre útil tanto como a los jóvenes que ahora comienzan sus prácticas: también teoría y práctica del jurista son dimensiones éticas y sociales complementarias. La elección de una teoría jurídica es un acto de responsabilidad social; lo mismo que su aplicación en casos concretos, porque a través de una teoría un jurista se conecta con un horizonte de valores y con una tradición jurídica que sirve para orientar la aplicación del derecho. Más aún: también el rechazo de toda teoría *es* una teoría, lo que significa que el jurista práctico en ningún caso puede eludir el círculo de teorías que lo rodean. El jurista práctico no puede escapar a su responsabilidad, por lo tanto, *ni siquiera rechazando* las teorías jurídicas, pues esta elección también implica una decisión responsable. Sin perjuicio de que una teoría que proponga no ajustarse a ningún marco conceptual preciso no haría sino aumentar hasta límites intolerables la inseguridad. “Toda praxis -para decirlo en palabras de Gadamer- significa al final, algo que va más allá de ella misma” (“Alle Praxis meint am Ende, was über sie hinausweist”, *Lob der Theorie*, 1983, p. 50). Yo diría, algo más: la práctica judicial nos confronta a diario con la difícil pregunta del por qué hacemos lo que hacemos. Lo dramático de la situación existencial del jurista es que la respuesta no la pueden dar sólo las leyes, sino que, en parte, depende también de su conciencia.