

La idea del derecho y el razonamiento jurídico en Venezuela

Ramón Escovar León
Universidad Católica Andrés Bello
Universidad Central de Venezuela
<escovarleon@gmail.com>

Resumen

Este artículo plantea la visión *ius* positivista que caracteriza a la doctrina y jurisprudencia venezolana y su contraposición con la escuela *ius* naturalista. Se señalan las bases del razonamiento positivista y sus consecuencias en la resolución de los casos jurídicos. Se afirma que el esquema positivista, como se ha entendido en el foro venezolano, no es suficiente para resolver los casos complejos. Estos últimos deben apoyarse en la teoría de la argumentación jurídica y en el razonamiento inductivo. Además, el sistema oral, con resultados relevantes en la jurisdicción laboral, se apoya en una visión *ius* naturalista basado en el razonamiento inductivo, lo que la diferencia del razonamiento que ha prevalecido en el sistema procesal venezolano. Explicar estas modalidades de razonamiento jurídico es el objeto de este trabajo.

Palabras claves: interpretación, razonamiento, derecho, natural, positivo, oralidad.

The Idea of Law and Legal Reasoning in Venezuela

Abstract

This article puts forward the *ius* positivist vision, which characterizes Venezuelan doctrine and jurisprudence and its comparison with the *ius* naturalist school. The bases of positivist reasoning are pointed out, as well as its consequences in the resolution of legal cases. It is stated that positivist thinking, as it is understood in the Venezuelan *forum*, is not sufficient to resolve complex cases. Such cases must be based on the theory of legal argument and on inductive reasoning. Besides, the oral system, which has produced relevant results in labor jurisdiction, is supported on a *ius* naturalist vision based on inductive reasoning, which differentiates it from the reasoning that has prevailed in the Venezuelan procedural system. The purpose of this paper is to explain these different modes of legal reasoning.

Key words: interpretation, reasoning, law, natural, positive, orality.

Introducción

La idea del Derecho es notoriamente conservadora, afirma Dennis Lloyd en su trabajo clásico sobre la idea del Derecho.¹ Esta visión conservadora de la ciencia jurídica se observa en Venezuela en los alegatos forenses y sentencias judiciales. Siendo así el asunto, cabría reflexionar sobre cuál es la idea del Derecho que se tiene en nuestro foro, independientemente de la inspiración democrática o revolucionaria de los operadores jurídicos.

Lo señalado en el párrafo que antecede autoriza a formular la pregunta siguiente: ¿cuál es la visión del Derecho que emerge de los debates judiciales y de la producción jurídica venezolana? ¿Hay diferencias conceptuales entre la idea kelseniana y la idea iusnaturalista del Derecho? Si se examina la dirección de la jurisprudencia y de la doctrina venezolana se podrá advertir el carácter positivista del intérprete jurídico. Esto, además, le imprime un rasgo formalista y ritual a la visión del Derecho en el foro venezolano. Hay una serie de manías² que se han arraigado con fuerza devastadora en la cultura jurídica venezolana, las cuales interactúan unas sobre otras. El culto a la ley, la burocratización en la interpretación del Derecho, los formalismos inútiles, la tendencia forense de centrar la discusión en los asuntos de procedimiento en lugar de discutir el Derecho sustantivo.

Cada vez que se requiera abordar un asunto jurídico complejo debe atenderse a la corriente de pensamiento jurídico a la que adhiere el intérprete. Entonces surge de nuevo la pregunta: ¿cuál línea de pensamiento jurídico adscribe? ¿Al positivismo o al *iusnaturalismo*? También debe aclararse si el razonamiento jurídico es deductivo o es, más bien, inductivo y, por último, si la sentencia se reduce a un silogismo integrado por una premisa mayor, una menor y una conclusión. En relación con este tema es necesario referirse a un trabajo clásico sobre el tema. Se trata del libro de Clarence Morris, titulado *Cómo razonan los abogados*³, el cual fue comentado por la doctrina

1 Dennis Lloyd: *The Idea of Law*. London, Penguin, reimpresión 1991, p. 327.

2 Para un estudio de las manías véase: Isaías Medina Felizola: *El Hacedor de Derecho*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios 95, 2012, Caps. 9-12, pp. 128-215.

3 Clarence Morris: *How Lawyers Think*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 1937. Hay traducción al castellano, por María Antonia Baralt, México, Limusa, 1999.

nacional⁴ para destacar que el razonamiento jurídico es problemático y práctico⁵ y que es tarea del abogado la resolución de problemas.

1. *El razonamiento jurídico*

El tema nos pone de frente al problema del método del razonamiento jurídico. Se suele sostener, como ha quedado señalado, que el razonamiento es deductivo. Sin embargo, esta visión debe ser revisada, puesto que las más de las veces el razonamiento es inductivo: a partir del hecho concreto, el jurista inicia su labor para conectar el hecho con una norma, con un principio o con un precedente. Además, la posición del intérprete debe diferir según se adhiera a la escuela positivista o a la escuela *ius naturalista*.

El positivista jurídico se conecta con dos esquemas de razonamiento: el silogismo y la deducción. Es formalista y tiene una tendencia a cierta rigidez en el razonamiento y no suele admitir la posibilidad de estar equivocado. Tiene una tendencia a ser dogmático, rígido e inflexible.

El *iusnaturalista*, por el contrario, tiene un espacio mayor en su faena interpretativa. Tiene una tendencia al antiformalismo y privilegia el principio de la realidad sobre las formas. Podríamos señalar que la interpretación que ha desarrollado la Sala de Casación Social está basada en la visión *iusnaturalista* y la de la Sala de Casación Civil, en cambio, se fundamenta en el positivismo.

Pese a que el *iusnaturalismo* está recibiendo adherentes, la mejor doctrina nacional formula críticas a esta tendencia.⁶ En especial se resalta la tesis según la cual *el pensamiento iusnaturalista en nuestro medio no ha logrado desarrollar una metodología coherente con sus postulados filosóficos, por lo que incluso los juristas que*

4 José Manuel Delgado Ocando: “¿Cómo razonan los abogados?”, pp. 203-208, *Libro homenaje a Fernando Parra Aranguren*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, T.I., 2001. Este trabajo fue reproducido por el mismo autor en *Estudios de Filosofía del Derecho*, Tribunal Supremo de Justicia, Colección de Estudios Jurídicos n° 8, Caracas, 2003, pp. 43-50.

5 Cfr. Hermann Petzold Pernía: “Sobre la naturaleza de la Metodología Jurídica”, *Frónesis. Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política*, Universidad del Zulia, Maracaibo, Instituto de Filosofía del Derecho “Dr. José M. Delgado Ocando”, 2008, pp. 130-132.

6 Cfr. Francisco Delgado: *La Idea de Derecho en la Constitución de 1999*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Serie Trabajos de Grado n° 16, 2008, pp. 104-115.

adoptan dichas ideas tienden a analizar la realidad normativa por medio de herramientas típicas de una perspectiva positivista.⁷ A tales efectos se menciona el ejemplo de Luis Sanojo, quien se proclama *iusnaturalista*, pero luego utiliza métodos de razonamiento propios del positivismo.⁸ Esto lleva acertadamente a la profesora María Luisa Tosta afirmar que si bien Sanojo expone declaraciones preliminares de talante *iusnaturalistas*, sin embargo el método utilizado en toda su obra es enteramente positivista.⁹

Tal vez sea conveniente señalar algunas ideas que permitan aclarar lo que pretendemos exponer.¹⁰ En verdad pensamos que este asunto se puede resolver definiendo la idea del Derecho que tenemos. Así, si entendemos que el Derecho no es sólo la norma jurídica sino que abarca otros conceptos, como la moral, los principios jurídicos, la doctrina jurídica y las máximas de experiencia, tendríamos que el campo de análisis de interpretación se amplía.

Entonces podríamos usar un ejemplo para demostrar que hay áreas de interpretación que se fundamentan (i) en el *iusnaturalismo* y (ii) que entrañan que el razonamiento jurídico es inductivo-deductivo y no al revés. En efecto, si se pretende desvirtuar la presunción de laboralidad *ex* artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo, se debe plantear el denominado *test de laboralidad* que ha elaborado la Sala de Casación Social en su jurisprudencia. Dicho *test* requiere la formulación de una serie de preguntas consagradas en la sentencia número 489 del 13.08.02 que, al responderlas, arrojan unas respuestas que nos dirán si estamos o no frente a una relación laboral.¹¹ En

7 *Ibid.*, p. 106.

8 *Cfr.* María Luisa Tosta: "La Filosofía del Derecho y la Doctrina Venezolana", *Ensayos de Filosofía del Derecho*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV, 2005, pp. 24-26.

9 Dice así la profesora Tosta: "De modo que comienza diciendo [Sanojo] que los ejecutores de la ley no deben aplicarla cuando contraría al Derecho Natural y luego dice que conocido el sentido de la ley, hay que observarla puntualmente, por encima de todo, aun si se opone a la equidad o a la razón. El positivismo contenido en la última cita, [transcrita antes en el texto del trabajo] parece reflejar mejor la ubicación de este autor si se tiene en cuenta el método de trabajo que adopta en la obra comentada [Comentarios al Código de Procedimiento Judicial de Venezuela] y en las obras que escribe a lo largo de su vida". *Ibid.*, p. 25.

10 Desde luego que dejamos para otra oportunidad el desarrollo de la tesis que exponemos, puesto que no es objeto de este trabajo refutar la tesis de los positivistas. Tan sólo pensamos que el método del *iusnaturalista* puede ser tomado de *iuspositivismo*. Lo que ocurre es que hay una tercera vía (Dworkin) que tiene una idea del derecho más amplia que la que tienen los positivistas.

11 En sentencia n° 489 del 13.08.2 (caso: FENAPRODO) la Sala de Casación Social reformuló su criterio sobre el denominado test de laboralidad de la manera siguiente:
"No obstante, antes de aportar esta Sala los hechos o circunstancias que a su entender, permitan consolidar un sistema como el propuesto, considera de real importancia transcribir

esta tarea el razonamiento de quien plantea el *test* no está dirigido a encuadrar el hecho concreto en el supuesto abstracto de una norma jurídica, sino conectarlo con el concepto jurisprudencial contenido en el precedente laboral. Desde luego que el abogado desarrolla un razonamiento inductivo a partir del hecho, para enlazarlo con el precedente jurisprudencial. Con este ejemplo se advierte, por una parte, que la idea de derecho laboral no se reduce a la norma jurídica y, por otra parte, que el razonamiento es inductivo.

Lo señalado nos permite sostener que la discusión entre el positivismo y el *iusnaturalismo* se puede ver desde una visión práctica. En efecto, si la norma jurídica permite resolver un asunto concreto, éste se resolverá aplicando dicha norma. Al contrario, si el método positivista no permite resolver el caso concreto, entonces se podrá apelar a los principios, máximas de experiencia y los valores reconocidos como tales. No en balde el artículo 4 del Código Civil autoriza aplicar los principios jurídicos en aquellos casos en los cuales no hay una norma jurídica para resolver el problema específico. Por eso la visión *iusnaturalista* moderada es más flexible que el positivismo extremo.

Por su parte, la casación venezolana ha desarrollado una modalidad del formalismo denominado *las técnicas de casación* le ha permitido desarrollar un voluminoso cuerpo jurisprudencial sobre los aspectos de *técnicas* casacionales y procesales en detrimento del

los que el reseñado autor Arturo S. Bronstein contempla en la Ponencia citada. A tal efecto, señala:

“Sin ser exhaustiva, una lista de los criterios, o indicios, que pueden determinar el carácter laboral o no de una relación entre quien ejecuta un trabajo o presta un servicio y quien lo recibe fue propuesta en el proyecto de recomendación sobre el trabajo en régimen de subcontratación que la Conferencia de la OIT examinó en 1997 y 1998:

- a) Forma de determinar el trabajo (...)
 - b) Tiempo de trabajo y otras condiciones de trabajo (...)
 - c) Forma de efectuarse el pago (...)
 - d) Trabajo personal, supervisión y control disciplinario (...)
 - e) Inversiones, suministro de herramientas, materiales y maquinaria (...);
 - f) Otros: (...) asunción de ganancias o pérdidas por la persona que ejecuta el trabajo o presta el servicio, la regularidad del trabajo (...) la exclusividad o no para la usuaria (...).”
- (Arturo S. Bronstein, *Ámbito de Aplicación del Derecho del Trabajo*, Ponencia del Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Caracas-Venezuela 6-8 de mayo de 2002. Pág. 22).

Ahora, abundando en los arriba presentados, esta Sala incorpora los criterios que a continuación se exponen:

- a) La naturaleza jurídica del pretendido patrono.
- b) De tratarse de una persona jurídica, examinar su constitución, objeto social, si es funcionalmente operativa, si cumple con cargas impositivas, realiza retenciones legales, lleva libros de contabilidad, etc.
- c) Propiedad de los bienes e insumos con los cuales se verifica la prestación de servicio.
- d) La naturaleza y quantum de la contraprestación recibida por el servicio, máxime si el monto percibido es manifiestamente superior a quienes realizan una labor idéntica o similar;
- e) Aquellos propios de la prestación de un servicio por cuenta ajena”.

Derecho sustantivo. Las discusiones se suelen centrar en la forma sobre el fondo. Decisiones sobre cómputos de lapsos y enredos procesales es lo que nos desborda. El origen de ellas se encuentra en las aulas universitarias, al exigir la memorización y el estudio de calestre. Desterrar esta obsesión sobre las técnicas es uno de los retos que el foro venezolano tiene planteado y ello solo puede hacerse incorporando en los pensum de los estudios de Derecho materias vinculadas al razonamiento y argumentación jurídica, lo que fue impulsado por el profesor Eduardo Piacenza en el pregrado de la Universidad Católica Andrés Bello y el postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.

En el estudio y comprensión de la manera cómo se razona en el Derecho venezolano y entender, en mi opinión, las razones por las cuales se razona de una manera restringida se debe básicamente al entiendo que la sentencia es un silogismo y el Derecho es solo el positivo, dejando de lado cualquier otro modo de entenderlo. Los pilares de la posición tradicional y las razones que la contradicen es lo que me propongo examinar en las secciones siguientes. Con este propósito me referiré a la tesis de Calamandrei de entender la sentencia como un silogismo. Su trabajo es de especial relevancia para Venezuela, porque las fuentes de la casación, tanto civil como laboral, tienen a la monografía de Calamandrei como un referente.

2. La génesis lógica de la sentencia

En relación con la génesis lógica de la sentencia civil, tenemos la postura de Piero Calamandrei, quien expuso su pensamiento en dos momentos distintos de su vida y de su obra.

En sus años de juventud escribió su tesis clásica recogida en su estudio *La Génesis Lógica de la Sentencia*¹², en la cual señala que la sentencia es el resultado de un juicio lógico y este proceso lógico es el resultado de un silogismo *explícito o inconsciente*.¹³ Este silogismo es, a su vez, el resultado de una cadena de silogismos previos, y en el que se destaca la premisa mayor, la premisa menor y la conclusión. Este trabajo de Calamandrei ha tenido una influencia determinante

12 Cfr. Piero Calamandrei: "La Génesis Lógica de la Sentencia", en *Estudios sobre El Proceso Civil*, tr. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, pp. 369-417.

13 *Ibid.*, p. 371.

sobre el proceso jurídico latinoamericano y muy especialmente en Venezuela.

En un trabajo posterior, Calamandrei aludió a su estudio *La Génesis lógica de la Sentencia* y lo calificó como un *ensayo juvenil*¹⁴ y postuló que el método del silogismo es *incompleto y unilateral, porque aquel que imagina la sentencia como un silogismo no ve la sentencia viva, sino su cadáver, su esqueleto, su momia*.¹⁵ En otras palabras, con lo que fue su posterior reflexión, Calamandrei predica, a diferencia de lo anterior, que el silogismo es útil pero no suficiente, tesis que muestra la evolución del pensamiento de tan importante autor florentino.

Como consecuencia de la posición inicial de Calamandrei, la propia doctrina italiana añade interesantes reflexiones dirigidas a demostrar que el método deductivo no es la única herramienta para fundamentar los fallos judiciales.¹⁶ No en balde, esa doctrina predica que el error en la motivación no es un defecto lógico de la argumentación, sino que la inmotivación no suministra el material suficiente para comprender la génesis del convencimiento del mecanismo lógico.¹⁷ Por eso Calogero dedica un valioso examen a exponer la utilidad de la máxima de experiencia en el silogismo probatorio, como medio de control casacional al silogismo basado en un método deductivo puramente mecánico.

3. La sentencia como estructura unitaria de sentido

La posición de ver la sentencia como un puro silogismo (o cadena de silogismos) encuentra un importante crítico en Luis Recaséns Siches quien no vaciló en postular que *La sentencia es una estructura unitaria de sentido*.¹⁸ La crítica de Recaséns es contundente y, por eso, rotula una sección de su obra como *El Magno Error de considerar la sentencia como un silogismo*¹⁹, donde expone su tesis, según la cual aquel error de considerar la sentencia como una simple opera-

14 Piero Calamandrei: *Proceso y Democracia*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, Héctor Fix Zamudio, 1960, Capítulo II, n° 8, p. 75.

15 *Ibid.*, p. 76.

16 Guido Calogero: *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, Padova, Cedam, 1964, pp. 187-232 y pp. 289-298.

17 *Ibid.*, p. 227.

18 Luis Recaséns Siches: *Introducción al Estudio del Derecho*, México, Porrúa, 1974, p. 203.

19 *Ibid.*, p. 198.

ción de lógica formal llevó al *delirio de la inferencia, la exaltación del silogismo*.²⁰

Recaséns sostiene que la sentencia judicial no es un silogismo; es más bien, *una estructura unitaria de sentido* en la cual, una vez que ha sido concebida puede adoptar *la ficticia apariencia de un silogismo*.²¹ En su exposición, este importante autor apela a una anécdota recogida por Gustav Radbruch que alude a lo siguiente: Un reglamento polaco, prohibía subir o entrar al andén con perros, lo cual era reproducido en un letrero que decía: *Se prohíbe el paso al andén con perros*. En una ocasión, un cazador pretendió entrar con un oso, porque consideró que no estaba literalmente prohibido.

La anécdota utilizada sirve para mostrar que cuando estamos ante una situación como la señalada, es necesario que se realice la tarea interpretativa para poder llegar a concluir que, la intención que tuvo el legislador fue fundamentalmente, crear condiciones que garantizaran el buen funcionamiento de un servicio de transporte sólo para seres humanos.

Además, cuando llegamos a esa conclusión, también podemos conocer las causas que motivaron al reglamento, es decir, era frecuente que los usuarios de ferrocarriles llevaran perros, pero en ningún momento se pensó en la posibilidad de que alguien pudiera presentarse con un oso.

Para comprender situaciones como las señaladas, se debe acudir a la explicación que nos ofrece Recaséns, cuando argumenta que el concepto de la *lógica de lo razonable* autoriza a extender el razonamiento y, por lo tanto, *permite negar la entrada de personas con osos*.²²

El ejemplo anterior lo utiliza Recaséns para demostrar que el razonamiento jurídico no debe apoyarse únicamente en la lógica, pues ello puede producir *consecuencias disparatadas*. En efecto, si en el caso del oso se hubiera usado el silogismo, habría tenido que concluirse que el paso del oso está permitido por cuanto la noción de perro es distinta a la de oso. Pero no es así, ya que el sentido común reputa como disparatada semejante conclusión. Y ello porque *la lógi-*

20 *Ibid.*

21 *Ibid.*, p. 203.

22 Luis Recaséns Siches: *Filosofía del Derecho*, Madrid, Porrúa, 1ª ed, 1959, Cap. 21, p. 645.

ca tradicional es meramente enunciativa del ser y del no ser, pero no contiene puntos de vista de valor ni estimaciones sobre la corrección de los fines, ni sobre la congruencia entre medios y fines, ni sobre la eficacia de los medios en relación con un determinado fin.²³ En efecto, el sentido común enseña que hay razones (la lógica de lo razonable) que permite concluir que si está prohibido el paso de perros, también está prohibido el paso con osos. Esas razones (según Recaséns) son las siguientes: a) Se prohíbe el paso de perros por cuanto en ocasiones pueden molestar a los viajeros e, incluso, pueden llegar a morder; b) El legislador tuvo en cuenta el interés de los viajeros de no ser expuestos a esos riesgos, los cuales aumentarían con la presencia de osos; c) el interés que se protege al prohibir el paso del oso es el mismo interés de seguridad y comodidad que se busca al prohibir el paso de perros.²⁴

Lo anterior demuestra que estamos en el campo de la lógica de lo razonable y no de la lógica racional, es decir, que no es posible resolver situaciones jurídicas apoyados en el tradicional silogismo porque podríamos llegar a *consecuencias disparatadas*. Esto supone además, que no se puede llegar a interpretar la norma jurídica *desconectándolas de las situaciones en que se originaron, y de las situaciones para las cuales fueron destinadas*²⁵, por cuanto en la aplicación de la norma jurídica debe atenderse al *contexto situacional* en el cual se elaboró la misma.²⁶ Esto no significa que el juez se coloca por encima de la ley, sino que debe tomar la norma e interpretarla para darle sentido, teniendo en cuenta, no sólo la validez *in abstracto* (validez espacial, temporal y personal) de la norma, sino que, debe atender a su contenido (validez material). Por consiguiente, cuando el juez decide la aplicación de una norma, debe considerar los efectos que se generarían una vez producida su interpretación.

4. La justificación externa e interna de la sentencia

El método del silogismo judicial, útil pero no suficiente, como lo entendió Calamandrei, resulta de gran utilidad para la solución de casos sencillos, pero no es suficiente para el jurista cuando se enfrenta a un problema complejo. Para la solución de este último tipo

²³ *Ibid.*, p. 646.

²⁴ *Cfr.*, *Ibid.*, pp. 646-647.

²⁵ *Ibid.*, p. 652.

²⁶ *Cfr. Ibid.*

de asuntos, juega un papel importante la concepción de Jerzy Wróblewski²⁷, autor polaco que distingue entre la justificación externa y la justificación interna de la sentencia. La primera se refiere al mecanismo intelectual seguido por el juez para establecer las premisas del silogismo. Esta operación se apoya en los métodos inductivo, deductivo y en la analogía, es decir, en la justificación externa el jurista se apoya en la teoría de la argumentación y en la justificación interna opera el método deductivo, pues la conclusión se deriva de las dos premisas establecidas y allí estamos ante un problema de lógica deductiva.

La segunda, la justificación interna *es ajena a la corrección material del razonamiento, mientras que la justificación externa es dependiente de ella*.²⁸ En el manejo de estos conceptos juega un papel fundamental la validez de las premisas, por cuanto hay razonamientos válidos que llevan a exponer conclusiones erradas; y conclusiones correctas que son extraídas de proposiciones falsas. Para obviar esa discrepancia se ha acuñado la denominación *razonamiento sólido* para aludir a aquel razonamiento *cuyas premisas son todas verdaderas y, por consiguiente, su conclusión es necesariamente verdadera*.²⁹

La justificación de la sentencia en su aspecto externo e interno ha sido igualmente expuesta por Alexi³⁰. Este importante autor advierte que la justificación interna ha sido conectada con el tema del silogismo judicial; y que la justificación externa consiste en *la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna*.³¹

5. La tercera vía como propuesta alternativa

... para trazar un límite al pensar tendríamos que poder pensar ambos lados de este límite (tendríamos, en suma, que

27 Cfr. Jerzy Wróblewski: "Motivation de la Decision Judiciaire", *Les Motivation de la Decision de Justice*, Bruxelles, Étsblissements Émile Bruylant, 1978, pp.119-130; y del mismo autor: *Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica*, Madrid, tr. Arantza Azurza, Madrid, Civitas, 1985, pp. 57-68. Igualmente, Cfr. Barrio, Jánez, *Op. cit.*, p. 129.

28 Daniel Mendonca: *Interpretación y aplicación del derecho*, Almería (España), Universidad de Almería, sl, 1997, p. 56.

29 Mendonca: *Op. cit.* p. 57.

30 Rober Alexi: *Teoría de la Argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 214-240.

31 *Ibid.*, p. 222.

poder pensar lo que no resulta pensable).

Ludwig Wittgenstein³²

La discusión entre *iusnaturalismo* y positivismo se ha dramatizado porque en la polémica se le ha dado prioridad a la tesis positivista de Kelsen, según la cual el derecho es la norma jurídica, sin atender si la misma está o no reñida con la moral.³³ Esta versión dramática del positivismo jurídico es la que ha contribuido a alimentar el formalismo inútil y ha servido para la justificación *formal* de los regímenes arbitrarios. Como ejemplo, podemos citar a los juicios de Nüremberg, en donde los jefes nazis invocaron en su defensa, la obediencia a las normas jurídicas vigentes, con lo cual quedó negada cualquier posibilidad para la interpretación.

En el caso venezolano puede decirse que una de las razones del exagerado formalismo jurídico, tal y como lo señala la Constitución (artículos 26 y 257) se debe a que se hizo una interpretación cerrada de la tesis kelseniana. Cuando se sostiene que el derecho es simplemente la norma jurídica, y que la sentencia no es otra cosa que la aplicación de la voluntad de la ley, no se ha tomado en cuenta que Kelsen concede al juez la posibilidad de interpretar la norma; y al proceder de esa manera pasa de la norma general a la decisión judicial, por medio de una interpretación que ejerce de acuerdo con sus criterios.³⁴

Esta concepción formalista que tradicionalmente ha dominado el foro venezolano requiere de un nuevo examen. Por ello es conveniente destacar algunos aspectos de la discusión entre *iusnaturalistas* y positivistas.³⁵

La tesis positivista, observada de manera inflexible, está siendo objeto de revisión, por cuanto hay aspectos, como la construcción

32 *Tractatus Lógico-Philosophicus*, tr Jacobo Muñoz e Isidoro Reguera, Madrid, Alianza Editorial, 1999, Prólogo, p. 11.

33 Cfr. Martín Farrel: “¿Discusión entre el Derecho Natural y el Positivismo Jurídico?”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, Centro de Estudios Constitucionales, 1998, n° 21, Vol II, pp. 121-128. Este autor postula la necesidad de desdramatizar la discusión.

34 Cfr. Chain Perelman: *La lógica jurídica y la nueva retórica*, tr. Luis Díez-Picazo, Madrid, Civitas, 1988, p. 95.

35 Sobre la diferencia entre derecho positivo y derecho natural, Cfr. Antonio Enrique Pérez Luno: *Teoría General del derecho (Una concepción de la experiencia jurídica)*, Madrid, Tecnos, 1997. pp. 70-86.

de los conceptos jurídicos indeterminados³⁶, que atañen al derecho de defensa, no encuentran respuesta contundente en el positivismo.

El hecho de que el modelo positivista a secas resulte insuficiente para dar verdaderas respuestas al tema de la indeterminación en el derecho, ha motivado a Aulis Aarnio a exponer la llamada “tercera vía” como alternativa para el análisis de casos jurídicos; ésta otorga mayor significado a los valores y destaca la importancia que tienen estos valores, por cuanto tratan de evitar los peligros del Derecho natural³⁷. De esta manera, la discusión no sería únicamente entre positivismo y *iusnaturalismo*, sino que habría que tomar en cuenta a este planteamiento para ubicarlo como línea intermedia (“tercera vía”), cuando se requiera hacer una interpretación del derecho de una manera más amplia.

6. El problema de la subsunción

En esta parte del trabajo conviene abordar el asunto de la subsunción del hecho específico concreto y real, en el hecho abstracto previsto en la norma jurídica. Esta tarea debe hacerse con prudencia, pues en algunos casos la norma jurídica define el hecho jurídico, pero en otros casos no lo hace. Por eso el juez debe identificar la norma contenida en la ley, pero, como se ha dicho, “las leyes no contienen normas, sino textos normativos lingüísticamente redactados”³⁸ y, en consecuencia, la norma la identifica el intérprete a partir del texto normativo.

En adición, toda la labor de sentenciar requiere que previamente sea definido el tema objeto de la decisión, sin lo cual no es posible desarrollar el control de la justificación interna, es decir, las vinculaciones lógicas o formales que se definen una vez establecidas las premisas, a diferencia de la justificación externa que se conecta con la fundamentación de las premisas mismas.

36 Cfr. Albert Calsamiglia: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, n° 21, Vol. I., pp. 209-220.

37 Manuel Atienza: “Entrevista a Aulis Aarnio”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, n° 21, Vol. I., pp. 432-433.

38 Alejandro Nieto: *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel, 2000, p. 94. Así lo expresa: “Por simple comodidad se ha estado diciendo hasta ahora que el punto de partida es la norma jurídica. En rigor, sin embargo, esto no es correcto porque el Estado no ofrece directamente al juez normas jurídicas sino textos normativos, con cuya materia prima habrá el juez de elaborar por su cuenta –no, más ordinariamente, tomándolas de la Ciencia del Derecho– las normas jurídicas aplicables al caso”. (*Ibid.*, pp. 93-94).

La labor de subsunción, que permite pasar de lo abstracto a lo concreto, encuentra respaldo en el ámbito del positivismo legalista. Ahora bien, como lo demostró Perelman (en contraposición con la posición de Klug), el razonamiento judicial se alimenta también de elementos extra-lógicos donde se ubican las máximas de experiencia, las presunciones y otros conceptos que debe definir el juez.

El silogismo tiene, sin embargo, una gran utilidad práctica porque el establecimiento de las premisas permite el control macro de la sentencia, es decir, de la justificación interna de la decisión. Pero la tarea del sentenciador no se agota en un solo silogismo, porque además de los argumentos utilizados, puede presentarse una cadena de silogismos y, por eso, es cierto que la decisión judicial constituye un “macrosilogismo”, el cual “contiene la decisión que resuelve el caso que lo ocupa y, por ende, debe establecer como mínimo la premisa mayor o enunciado normativo, la premisa menor o enunciado fáctico y la resolución o enunciado normativo individual”.³⁹

Por consiguiente, la consistencia del dispositivo depende de la calidad de las premisas, ya que éste se infiere de aquéllas. Ahora bien, la sentencia abraza los razonamientos que preceden al establecimiento de las premisas, así como a las premisas mismas y, finalmente, la conclusión que es la que contiene el *dictum*, es decir, el fallo en sentido estricto, el cual crea la norma individual del caso concreto.

Asunto distinto se presenta cuando estamos ante un caso difícil (*hard case*) porque en él puede ser que no haya una norma jurídica que defina la premisa de derecho, la cual debe ser elaborada por el juez, como sucede, por ejemplo, con el artículo 26 de la Constitución que no define lo que es un formalismo inútil.

La utilidad del silogismo en la elaboración de las sentencias se encuentra en la circunstancia de que cada vez que el juez aplica el derecho al caso concreto, utiliza el silogismo partiendo de una premisa mayor, la cual es elaborada por el juez sentenciador. Ahora bien, el juez construye sus premisas (la mayor y la menor) por medio de la utilización de argumentos deductivos e inductivos. Es decir, el juez debe seguir un proceso intelectual dominado por argumentos lógicos, extra-lógicos, propiamente jurídicos como las presunciones y ficciones; en fin, en la construcción de las premisas hay una labor

39 Rodolfo Luis Vigo: “Razonamiento justificatorio judicial”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, Centro de Estudios Constitucionales, 1998, n° 21, Vol. II, p. 492.

intelectual amplia, lo cual constituye todo el proceso de justificación externa de la sentencia que, como enseña la doctrina, es previo a la justificación interna.

De allí que una vez justificada externamente la decisión, el juez extrae como consecuencia su dispositivo, el cual deriva, en principio, de esa labor de subsunción que se expresa con la fórmula forense, según la cual “Por las razones anteriores este Juzgado”⁴⁰; esta fórmula, pues, representa las más de las veces, el mecanismo de la justificación interna que se concretiza en la decisión final.

Siendo así el asunto doctrina nacional más que una tarea de subsunción en la labor de juzgar, advierta un razonamiento por analogía, puesto que el juez inicia su labor intelectual a partir de la semejanza de términos.⁴¹ En efecto, los hechos ocurren de una cierta manera y el intérprete debe compararlos con el supuesto abstracto previsto en la norma jurídica. Esta comparación entre supuestos concretos y supuestos abstractos es lo que privilegia el razonamiento por analogía.

7. Casos fáciles y casos difíciles

*Excusatio non petita, accusatio manifesta*⁴²

Como quedó demostrado, el silogismo es útil en los llamados casos fáciles, pero no para los difíciles, ni mucho menos para los denominados por la mejor doctrina como casos trágicos, es decir, aquéllos ante los cuales “no cabe tomar una decisión que no vulnere algún principio o valor fundamental del sistema”.⁴³

La utilidad del silogismo representa una paradoja en la argumentación, puesto que por una parte, impide el avance y la ágil interpretación del derecho y, por otra –su no aplicación transparente– propicia la toma de decisiones arbitrarias. Como muestra evidente de lo anterior, se puede mencionar la sentencia número 1 de fecha 20 de

40 Cfr. Rafael Hernández Marín: *Interpretación, subsunción y aplicación del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 1999, pp. 250-251.

41 María Luisa Tosta: *Lo racional y lo irracional en el derecho*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 2009, pp. 113.

42 Quien se excusa sin ser requerido, se acusa a sí mismo. O dicho de manera coloquial: quien se excusa, se acusa.

43 Atienza, *Tras la justicia...*, *Op. cit.*, p. 177.

enero de 2005⁴⁴, con la cual la Sala Constitucional inauguró el año judicial 2005, al designar los nuevos rectores electorales invocando una supuesta omisión legislativa, sin que la Asamblea Nacional hubiese sido requerida para hacer las designaciones por la SC. Esa decisión evidencia un curioso método de interpretación constitucional, el cual será examinado a lo largo de este trabajo. Esta decisión, junto con el auto 1562 de fecha 12 de diciembre de 2000⁴⁵, constituyen ejemplos de decisiones constitucionales que encajan dentro de lo que podríamos denominar casos constitucionales trágicos.

La decisión número 1 de fecha 20 de enero de 2005, antes referida, es un buen ejemplo de la manera cómo la SC interpreta la Constitución, sin reparar cuáles son los límites que le impone el sistema de separación de poderes. La designación de los rectores electorales debe hacerla de acuerdo con las pautas que señala el artículo 296 de la Constitución. Según esta norma, el Consejo Nacional Electoral debe estar integrado por cinco personas no vinculadas a organizaciones políticas, de la manera siguiente: tres por la sociedad civil, uno por las Facultades de Ciencias Jurídicas y Políticas de las Universidades nacionales y uno por el Poder Ciudadano, quienes deben ser postulados ante la Asamblea Nacional y designados por las 2/3 partes. Como el partido de gobierno tendría que negociar para que este poder electoral refleje las distintas tendencias políticas del país, y para imponer sus candidatos saltando las reglas constitucionales, se acudió a la justicia constitucional.

Así las cosas, se puede decir que la decisión tomada por los magistrados, no sólo sirve para mostrar un caso de arbitrariedad argumentativa, sino que pone de manifiesto el creciente *decalage* que existe en la sociedad cuando los intereses políticos y particulares se sobreponen a los institucionales.

En consecuencia y después de haber analizado el caso, se observa que la argumentación expuesta sirvió de sustento a una decisión para responder a una necesidad⁴⁶ sin atender al derecho, situación

44 Caso: *Francisco Carrasquero*. Disponible en: www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Enero/01-200105-03-1254.htm [Consulta: .26 de junio 2001].

45 Caso: Defensoría del Pueblo contra la Ley Especial para la Ratificación o Designación de los Funcionarios y Funcionarias del Poder Ciudadano y Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia para el Primer Período Constitucional. Disponible en: www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1562-121200-00-3035%20.htm [Consulta: 14 de diciembre 2000].

46 Este ejemplo demuestra que si bien el silogismo judicial no es el único método para juzgar su uso, sin embargo, en los casos fáciles evita posibles arbitrariedades. En la decisión de los casos difíciles, en cambio, la utilización de la argumentación jurídica se ofrece como

que nos coloca ante lo que es y ha sido una de las características persistente de nuestra cultura forense, a veces dominada por el casuismo, la politización y la argumentación falaz.⁴⁷

Lo anterior nos permite indicar que la discusión entre el positivismo y el *iusnaturalismo* se puede ver desde una visión práctica. En efecto, si la norma jurídica permite resolver un asunto concreto, éste se resolverá aplicando dicha norma. Al contrario, si el método positivista no permite resolver el caso concreto, entonces se podrá apelar a los principios, máximas de experiencia y los valores reconocidos como tales. No en balde el artículo 4 del Código Civil autoriza aplicar los principios jurídicos en aquellos casos en los cuales no hay una norma jurídica para resolver el problema específico. Por eso la visión *iusnaturalista* moderada es más flexible que el positivismo extremo.

Reflexión adicional

En la tradición jurídica venezolana, se considera que los jueces deben recurrir al silogismo cuando van a sentenciar. Sin embargo, esa idea convertida en paradigma, es decir, en modelos que son aceptados mecánicamente, ha sido seriamente cuestionada por la teoría de la argumentación, herramienta indispensable para hacer aceptables las decisiones judiciales.

Ante estas consideraciones, cabe señalar que si bien ambos métodos –silogismo y argumentación– son viables para la toma de una decisión, cada uno de ellos debe ser utilizado de acuerdo con los casos objetos de la decisión. En este sentido es posible afirmar que los casos fáciles se resuelven a través de un silogismo sin que el resultado que se obtenga pueda generar controversia. Pero en la solución de casos difíciles, es decir, aquéllos que en principio no ofrecen una única respuesta correcta, el silogismo, las más de las veces, no es suficiente. En estos casos, la mejor respuesta es la que recibe el respaldo de la comunidad jurídica y, por consiguiente, la consistencia

la mejor herramienta siempre y cuando los argumentos utilizados tengan consistencia y rigurosidad. De esa manera se evitaría que la necesidad e interés particular se coloquen por encima del derecho y del sentido común, pero sucede que, como dijo Goethe, la necesidad es más poderosa que la ley. En este caso, la necesidad de permanecer en el cargo tuvo más fuerza que una sana interpretación del derecho.

47 Sobre la inconsistencia de algunas decisiones y el carácter acomodaticio de éstas véase: Ramón Escovar León: “Comunicación a la Comisión de Emergencia Judicial”, RFCJPUCV, n° 117, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2000, pp. 387-400.

y finura de la argumentación es la que podrá generar ese máximo consenso.

Se observa que la doctrina venezolana reciente ha hecho aportes que permiten advertir una idea del derecho más amplia que la tradicional, menos apegada al ius positivismo radical. Además, el razonamiento es básicamente inductivo a partir de los hechos, lo cual queda apuntalado por flexibilidad y oportunidad de los argumentos jurídicos que respaldan alegatos y decisiones.