

SOBRE EL ‘MÉTODO JURÍDICO TRADICIONAL’ COMO FICCIÓN

M^a del Carmen Barranco Avilés¹

1.Un homenaje a Mario Losano

2.Sobre cómo se dice que funciona el Derecho. El método jurídico tradicional

- 2.1. Los jueces deben aplicar el Derecho tal y como fue sancionado por el legislador**
- 2.2. Los jueces adecuan sus decisiones a estándares valorativos vigentes**
- 2.3. El Derecho positivo no tiene lagunas ni contradicciones y las normas que lo componen tienen un significado unívoco**
- 2.4. El dogma del legislador racional**

3. Sobre la utilidad de la ficción y su pervivencia

- 3.1 Subsunción y argumentación**
- 3.2 El carácter sistemático del Derecho**

1. Un homenaje a Mario Losano

Considero necesario, como paso previo a la elaboración de un trabajo que pretende ser homenaje de filósofos del Derecho a un consagrado iusfilósofo, prestar atención a lo que el homenajeado considera que deben ser los temas prioritarios del Área de conocimiento en la que ha desarrollado su actividad intelectual.

En este sentido, la referencia (aunque quizá algo antigua) podemos encontrarla en el número 1 de la revista *Doxa*, en la que diversos colegas reflexionan sobre los que, a su juicio, son los problemas prioritarios de la disciplina. La pregunta se planteaba en los

¹ Trabajo incluido en la obra BARRANCO AVILÉS, M.C., “Sobre el método jurídico tradicional como ficción” en *El Derecho en Red. Estudios en Homenaje al profesor M.G Losano*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 597-616

siguientes términos “¿Cuál ha sido su trayectoria como investigador de filosofía del Derecho? ¿En qué áreas ha trabajado? ¿Cuáles han sido los factores que le han llevado a desplazar su interés de una a otra área? ¿Cuáles considera que son sus principales aportaciones en las mismas? ¿Cuáles son los problemas que, a su juicio, es más necesario o más previsible que reciban una atención preferente en el inmediato futuro? ¿Cuáles cree que pueden ser las vías más fecundas para abordar dichos problemas?”².

La respuesta de Mario Losano, en 1984, es significativa. Básicamente identifica como tema fundamental de su vida académica el tema de la informática jurídica. Incluso, en relación con su programa de trabajo, también subraya su interés prioritario por este mismo ámbito de cuestiones y, acota, “no sé si son los (problemas) más importantes o los más necesarios: pero me gusta”³. No quisiera yo contradecir al profesor Losano, y mucho menos en el contexto de un trabajo que pretende ser un homenaje a su obra, pero me llama la atención el hecho de que, en esta respuesta, se detenga menos en su faceta de ‘teórico general del derecho’, que, sin embargo, es la cuestión que más me interesa a mí.

Los trabajos del profesor Losano en el contexto de la Teoría del Derecho han resultado, a mi juicio, de una tremenda importancia en el conjunto de su obra. No sólo por la cantidad, sino porque en ellos aborda cuestiones nucleares de la disciplina. En concreto, teniendo en cuenta las que en este momento a me parecen de más actualidad, los trabajos sobre Kelsen y, de modo muy particular, sobre el sistema jurídico. Este último centro de interés aparece en la obra del profesor Losano a mediados de los años sesenta⁴.

Efectivamente, *Sistema e struttura nel diritto*, muestra cómo surge y se reafirma la noción de sistema en la cultura jurídica europea y cómo a partir de un determinado momento el sistema que primero es externo pasa a ser, para los juristas, el sistema interno del Derecho positivo⁵. En relación con la aplicación del Derecho, la idea de sistema

² “Presentación”, *Doxa*, nº 1, 1984, p. 8.

³ *Doxa*, nº1, 1984, pp. 143-145, p. 144.

⁴ LOSANO, M., *Sistema e struttura nel diritto*, Giuffrè, Milano, 2002, p. XVI. También sobre la idea de sistema, *I grandi sistema giuridici: introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Laterza, Roma, 2000.

⁵ “Da Hugo a Heise, l’esigenza che è in primo piano è la riorganizzazione di un settore dell’ordinamento in vista d’una sua più agevole utilizzazione pratica. Ma quanto più il discorso si sposta dalla sistemazione puramente didattica al problema di un ordine dell’oggetto più vincolante e meno estrinseco, cioè al problema del sistema giuridico interno”, LOSANO, M., *Sistema e struttura nel diritto*, ob. cit., pp. 250-251. M. Losano considera que en este proceso se encuentra el paso de la ‘dogmática’ (que es una actividad limitada y práctica) a la ‘construcción’ (que supone la edificación del material jurídico a partir del conocimiento del sistema interno).

permite negar la capacidad ‘creadora’ del juez⁶. Este momento histórico coincide con la codificación en Derecho privado y los dos grandes focos desde los cuáles se expande la nueva mentalidad son la Escuela de la Exégesis y la Jurisprudencia de conceptos. En los dos ámbitos de influencia se cumple que el jurista parte de un Derecho que ya ha devenido sistemático, porque –por procesos muy diversos en cada uno de ellos- ha sido formulado por sistemáticos⁷.

En definitiva, estamos ante el proceso de construcción del paradigma del ‘método jurídico tradicional’ y *Sistema e struttura nel diritto* contiene, en sus tres volúmenes, una historia completa del pensamiento jurídico.

Es difícil trazar una definición de qué supone aquel método, que ha sido fundamentado desde presupuestos diferentes y que se justifica en el ideal de certeza y en la separación de poderes⁸, pero podemos decir que sus rasgos fundamentales coinciden con los tres elementos que, según C.S. Nino, definen la ‘ideología dogmática’:

- a) “El dogma de que los jueces deben aplicar el derecho tal y como fue sancionado por el legislador”.
- b) “El ideal de que los jueces adecuen sus decisiones a los estándares valorativos vigentes”. El autor añade un comentario que, entiendo, podemos utilizar para redefinir el tercer rasgo incluir como un cuarto rasgo, a saber, “el dogma de la aplicación del Derecho es incompatible muchas veces con el ideal de que las soluciones individuales se conformen a pautas valorativas aceptadas. Sin embargo, este conflicto, generalmente no es reconocido por la dogmática y para merecer la adhesión a ambos ideales, recurren a un complicado aparato conceptual como el del legislador racional, que le permite presentar a las normas creadas por el jurista en

⁶ SAAVEDRA, M, “Notas sobre la legitimación democrática de la elaboración judicial del Derecho”, *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, nº 16, 1976, pp. 199-212. p. 201, explica esa idea mostrando la conexión que se establece entre una concepción ontológica y una concepción epistemológica del sistema. De tal modo que “el concepto de sistema, en este sentido epistemológico, que responde a la confianza en el modelo racionalista de la ciencia, se corresponde –en cierto modo es un presupuesto- con el sistema entendido como fundamento ontológico de la práctica –incluida en ella la decisión normativa-. El sistema es algo dado, que está ahí y que vincula a partir de sí mismo al individuo. Basta acercarse a él y encontrar metódicamente la regulación que demandan los hechos. Es el presupuesto, pues, de la defensa del principio de legalidad y de la posibilidad de la seguridad jurídica”.

⁷ LOSANO, M., *Sistema e struttura nel diritto*, ob. cit., p. 335-339.

⁸ EZQUIAGA, F.J., “Función legislativa y función judicial: la sujeción del juez a la ley”, en J. MALEM, J. OROZCO Y R. VÁZQUEZ (comps.), *La función judicial. Ética y democracia*, Gedisa, Barcelona, 2003, pp. 39-56

atención a valoraciones vigentes como incluidas de alguna manera el derecho positivo”. De tal modo, creo que merece la pena considerar que forma parte de la ideología dogmática idea de que los jueces deben adecuar sus decisiones a estándares valorativos vigentes que forman parte del Derecho

c) “La concepción de que el derecho positivo no tiene lagunas ni contradicciones y que las normas que lo constituyen tienen un significado unívoco”⁹

Pues bien, entiendo que en las reflexiones teóricas sobre la interpretación jurídica se presenta como definitivamente superado y, por lo tanto, desenmascarada la ficción del método jurídico tradicional. En primer lugar, Kelsen (autor que ha sido también un destacado objeto de estudio por parte de nuestro homenajeado), pero también Hart y Ross, suponen la ruptura definitiva con esa concepción teórica¹⁰ en la que se fundamenta y, que, por otra parte, había sido objeto de críticas desde el momento en que empezó a esbozarse. En este sentido, las palabras de Hart son significativas: “no hay ninguna duda de que la retórica familiar del proceso judicial, alienta la idea de que en un sistema jurídico evolucionado no existen casos jurídicamente no regulados. Pero, ¿qué tan serio debe ser considerado esto? Existe, por supuesto, una larga tradición europea y una doctrina de la división de poderes la cual dramatiza la distinción entre legislador y juez e insiste en que el juez, cuando el derecho existente es claro, siempre es la mera ‘boca’ del derecho que él no hace o moldea. Sin embargo, es muy importante distinguir el lenguaje ritual usado por jueces y abogados al decidir casos en tribunales, de los argumentos más profundos sobre el proceso judicial”.¹¹

Precisamente, una buena parte de las objeciones al positivismo jurídico, tal y como se desenvuelve a partir de estas tres influencias, se dirige frente a la tesis de la discrecionalidad, es decir, frente a la idea de que “en todo sistema jurídico habrá siempre ciertos casos no previstos y no regulados legalmente, es decir, casos para los que ningún

⁹ NINO, C.S., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, UNAM, México, 1989, p. 105.

¹⁰ A veces, y es el caso de Kelsen, a costa de enturbiar la distinción entre la aplicación y la interpretación del Derecho como actividades diferenciadas. Ver al respecto LOSANO, M., “De la interpretación, o sea de cómo describir una prescripción”, *Teoría pura del Derecho: evolución y puntos cruciales*, trad. J. Guerrero, Temis, Bogotá, 1992, pp. 111-134.

¹¹ El contexto en el que Hart vierte esta opinión es en el de la respuesta a la crítica dworkiniana que indica que la tesis de la discrecionalidad judicial no da cuenta del modo en el que los juristas conciben su propia labor. HART, H.L.A., *Post scriptum al concepto de Derecho*, P. Bulloch y J. Raz (ed.), trad. R. Tamayo, UNAM, México, 2000, p. 59.

tipo de decisión es dictado por el derecho claramente establecido y, en consecuencia, el derecho es parcialmente indeterminado o incompleto”¹². Y precisamente también las alternativas tratan de recuperar nuevos elementos, a veces sustitutorios y a veces complementarios de los que manejaban los juristas del siglo XIX para garantizar la vinculación del juez al Derecho¹³, en esta línea de tendencia desarrollan un papel destacado las teorías de la argumentación¹⁴.

Sin embargo, en la cultura jurídica contemporánea¹⁵ se produce una curiosa dicotomía entre la teoría y la práctica. Efectivamente, en la teoría, el paradigma metodológico que aquí llamo tradicional está superado, pero sus claves permanecen en el modo en el que los juristas (dogmáticos y jueces) dicen manejar el Derecho. Se produce el fenómeno curioso al que se ha hecho referencia de que “uno de los pasatiempos predilectos de los civilistas, desde fines de siglo pasado, ha consistido en buscar y enumerar los defectos, inconvenientes y errores que ocasionaría la aplicación de los denostados procedimientos exegéticos en la materia civil”, sin embargo, por un lado, “es la manera natural, por así decir, que tienen los jueces para realizar la función interpretativa” y, por otro, “se repudia la tradición exegética francesa, en prólogos y partes generales, para atenerse rigurosamente a ella tan pronto se comienza la labor dogmática”¹⁶.

Ciertamente, esta divergencia entre lo que se hace y lo que se dice hacer puede revertir en un déficit de legitimidad y en una pérdida de importancia del Derecho como instrumento de organización social, por lo que parece que sería deseable un cambio en la ‘cultura jurídica’ que permita un cambio en el funcionamiento de las instituciones y su

¹² HART, H.L.A., “Un nuevo desafío al positivismo jurídico”, trad. L. Hierro, F. Laporta y J.R. de Páramo *Sistema*, nº 36, 1980, pp. 3-18, pp. 4 y 5.

¹³ Ver, al respecto, PRIETO, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987.

¹⁴ GARCÍA AMADO, J.A., “Del método jurídico a las teorías de la argumentación”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº3, 1986, pp. 151-182.

¹⁵ La noción de cultura jurídica la tomo en el sentido de Tarello. Ver, al respecto, la introducción de GUASTINI, R. y REBUFFA, G., a TARELLO, G., *Cultura jurídica y política del Derecho*, trad. I. Rosas, Fondo de Cultura Económica, México, 1995, p. 23, “la noción de cultura jurídica resulta por ello provechosa en la interpretación historiográfica, porque permite la especificación de los momentos de transformación de las disposiciones normativas –esto es, la determinación de los cambios de “paradigmas” en la ciencia jurídica-, estableciendo un nexo correcto (como lo expresa Tarello) entre datos “culturales” (las actitudes profesionales de los juristas, su manera de tratar las fuentes) y datos “estructurales” (los cambios institucionales en sentido estricto)”.

¹⁶ VERNENGO, R.J., *La interpretación jurídica*, UNAM, México, 1977, p. 67.

adecuación a las exigencias actuales. Sin embargo, parece que si esta ideología se ha prolongado por tanto tiempo es porque, de algún modo, los valores que la conforman están justificados y la ‘ficción’ ha resultado útil desde el punto de vista de su realización. Por ello quizá antes de realizar afirmaciones como las del párrafo anterior sería conveniente prestar atención al contexto en el que la ideología surge y a su función, precisamente, en este mismo contexto. Sólo desde esta plataforma es posible valorar si, a pesar de todo, tiene sentido mantenerla.

En lo sucesivo trataré de presentar las condiciones en las que se desarrolla el ‘método jurídico tradicional’ y los argumentos que lo justifican. A partir de ahí prestaré atención a las críticas que contribuyen a considerarlo como un modelo su superado y, por último, trataré de rastrear las razones de su pervivencia y de ver en qué medida los teóricos hemos sido capaces de suministrar a los prácticos algún otro esquema posible que permita sustituir al viejo.

Antes, sin embargo, conviene contextualizar el marco de la reflexión. Entiendo, como el mismo Losano, que los problemas que preocupan en el ámbito continental difieren de aquellos por los que se consideran concernidos en el marco del *Common Law*. Quizá cada vez esta divergencia sea menor, pero creo que todavía podemos encontrarla en el modo en el que desde cada uno de estos esquemas se abordan las cuestiones relacionadas con la aplicación del Derecho y con la noción de sistema¹⁷. Por otro lado, me parece que el diagnóstico que aquí se lleva a cabo, tiene sentido tanto en el ámbito del Derecho privado como en el del Derecho público; y ello a pesar de que el ‘método jurídico tradicional’ se conforma históricamente en relación con la aplicación del Derecho privado.

Por último, antes de continuar, se hace necesario aclarar que en el marco de este análisis se entiende por teoría la reflexión de corte ‘filosófico jurídica’, mientras que la práctica engloba el trabajo ‘pensamiento jurídico’, esto es, de la llamada ‘doctrina’ y de la jurisprudencia¹⁸.

¹⁷ LOSANO, M., *Sistema e struttura nel diritto*, ob. cit., p. XX

¹⁸ El uso de los términos se corresponde con el que lleva a cabo ARNAUD, J.A., *Les juristes face à la société*, Presses Universitaires de France, Paris, 1975, p. 8, nota, “Por “doctrina”, los juristas entienden las opiniones emitidas sobre cuestiones de Derecho; por “jurisprudencia”, el conjunto de decisiones judiciales recaídas bajo el imperio de una misma legislación”. En este sentido también el pensamiento jurídico “se presenta como el motor verdadero de la actividad del jurista”(p. 10), al menos en lo que respecta a la etapa histórica que estamos considerando, que es, precisamente, la que sirve de ilustración a Arnaud. Efectivamente, “aunque la adopción de los textos legislativos se haga a fin de cuentas a nivel político, es

2. Sobre cómo se dice que funciona el derecho. El método jurídico tradicional

El ‘surgimiento’ histórico de esta forma de ver el Derecho fuertemente arraigada en nuestro ámbito cultural en los términos antes explicados, se sitúa en la aprobación del Código de Napoleón. Sin embargo, aunque mediante una evolución paralela, los rasgos con los que se define están presentes también en el ámbito de la doctrina alemana.

Por tanto, como esquema concreto de los presupuestos del método jurídico tradicional, podemos partir de los planteamientos de la llamada Escuela de la Exégesis que es, en sentido estricto, donde se encuentra su génesis. De algún modo, en parte por influjo de la codificación, la actividad de aplicación del Derecho que era contemplada como una actividad política, comienza a ser representada como una actividad de tipo técnico. Precisamente de la consolidación de ese carácter se hace depender la estructura del Estado de Derecho¹⁹. El cambio de consideración estuvo condicionado por numerosos factores, del que la voluntad directa de Napoleón (en el caso del ámbito de influencia del Código civil francés) no fue el menos importante.

Como quiera que fuere, las cuatro proposiciones relativas al método antes enumeradas -a saber: juez como aplicador del Derecho legislado; el sometimiento del juez a los valores expresados en el propio Derecho; el carácter pleno, coherente y claro del Derecho; y la racionalidad del legislador-, se basan en tres ideas clave: el principio democrático de legitimidad, la desconfianza hacia el juez y la creencia en el carácter racional del Derecho. Estas tres ideas encuentran un instrumento adecuado en el papel que finalmente se atribuye al código, sin embargo, no vienen requeridas por la nueva forma de organizar el Derecho, sino por una mentalidad coetánea. Así, uno de los más reconocidos críticos, F. Gény, muestra cómo la hipertrofia de la ley no está en la mentalidad de los autores materiales del código y cómo en los momentos inmediatos

necesario no olvidar que son los juristas profesionales quienes preparan los textos”. Sobre la dogmática como praxis, ver AARNIO, A., *Lo racional como razonable*, trad. E. Garzón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 48-51. En el presente trabajo doctrina hace referencia a la ‘dogmática jurídica’ sin prejuzgar, en principio y a diferencia de Aarnio, su adscripción al positivismo jurídico.

¹⁹ Ver TARELLO, G., *Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII*, 3ª edición, Edizioni Culturali Internazionali, Genova, 197?, p. 8.

posteriores al Código de Napoleón todavía se confía en la capacidad de los jueces para ‘encontrar el Derecho’²⁰.

Efectivamente, afirma Géný, “muy lejos de mi ánimo creer que esta excesiva importancia dada a la legislación estuviese en el ánimo y en las miras de sus autores, no digo de Napoleón, espíritu autoritario y dominante, que está retratado en la exclamación orgullosa que se le atribuye al ver el primer comentario al Código civil: “Se perdió mi Código”; sino de sus consejeros más inteligentes y de los que realmente lo redactaron... En opinión de éstos, la promulgación de los Códigos deja intacta, en lo verdaderamente esencial, la libertad de interpretación jurídica”²¹. Así pues, “ni en las reglas vigentes de nuestro derecho actual ni en los conceptos positivos que hasta nosotros han llegado cubiertos con una tradición autorizada, nada hay que legitime el punto de vista de que la codificación de nuestras leyes haya tenido por resultado el consagrar en el orden del derecho privado la exclusiva soberanía de estas leyes y de excluir como inútil y parásito todo desenvolvimiento independiente de interpretación que se dirija a suplir las deficiencias inevitables a la lentitud y falta de flexibilidad plasticidad de la acción puramente legislativa”²².

Sin embargo, el método de la Escuela de la Exégesis y con él los ‘errores’ que Géný le atribuye (básicamente, se fija en que supone la reducción del Derecho al texto de la ley y en el abuso de la abstracción y de la Lógica) consigue dominar el pensamiento jurídico a través de un proceso que comienza en los estudiosos y que se traslada a la jurisprudencia. Efectivamente, “la jurisprudencia que llega a ser acreditada hacia finales del siglo se genera culturalmente por la doctrina de principios del siglo”²³. De este modo, el método doctrinal cala en la práctica jurídica y aún hoy perdura.

²⁰ En el mismo sentido, BOBBIO, N., *El positivismo jurídico*, trad. R. de Asís y A. Greppi, Debate, Madrid, 1993, pp.88-92, muestra cómo el artículo 4 -conforme al cual “El juez que rehusare juzgar bajo pretexto de silencio, de oscuridad o de insuficiencia de la ley, podrá ser procesado como culpable de denegación de justicia”-, se combinaba con una referencia a la equidad, la ley natural y los usos como elementos en los que el juez tendría que buscar el Derecho en caso de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley.

²¹ GÉNY, F., *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo*, estudio preliminar de J.L. Monereo Pérez, Comares, Granada, 2000, p. 17 y, más adelante, pp. 76-82 ofrece argumentos a favor de esta idea, algunos tomados del discurso de Portalis. El trabajo de Géný se toma en buena medida como hilo conductor porque, como tendré ocasión de mostrar, en él se contiene un muestrario del conjunto de las críticas frente al método que, a mi juicio, han sido relevantes.

²² GÉNY, F., *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo*, ob. cit., p. 82.

²³ TARELLO, G. “La escuela de la exégesis”, *Cultura jurídica y política del Derecho*, trad. I. Rosas, Fondo de Cultura Económica, México, 1988, pp. 63-91, p. 72, nota 31.

Gény cita el escepticismo de Portalis²⁴ ante la imposibilidad de encadenar la acción del tiempo, sin embargo, pesar del parecer del autor material del Código, “el Imperio se muestra poco dispuesto a formar juristas críticos”, de modo que se introducen límites a la reapertura de las Escuelas de Derecho²⁵ que aseguran la influencia del pensamiento exegetico.

Las ideas motrices del nuevo método, no son, pues, principalmente requerimientos de técnica jurídica exigidos por la legislación. De hecho, no proceden mayoritariamente del ámbito jurídico, sino más bien del filosófico y del político. Se trata, por tanto, de ideología. Por eso en Alemania, antes de la codificación, se desarrolla una concepción del método jurídico equiparable en lo esencial en tanto en cuanto se sustenta en el convencimiento de que el método permite anular el poder del juez.

2.1 Los jueces deben aplicar el derecho tal y como fue sancionado por el legislador

La codificación supuso (a pesar de los ‘codificadores’ –como Portalis-) la reducción del Derecho a la ley. La explicación que ofrece J.A. Arnaud para este fenómeno es el interés personal de Napoleón; así, afirma que “para asegurar mejor la primacía de su poder, Bonaparte encerró a los juristas en un ghetto: la promulgación del Código civil marca el inicio de una concepción nueva del Derecho, la de la autonomía absoluta del dominio jurídico, concepción cuyas raíces se sumergen ciertamente en la obra de Montesquieu, pero de la que se hizo una aplicación adulterada destinada a asegurar menos la independencia de los juristas que su puesta en cuarentena, el acantonamiento de sus poderes a cuestiones no políticas”²⁶.

Otro factor que funciona como catapulta de la nueva forma de pensar el Derecho es el económico. El modelo de organización jurídica que el código pretende sustituir es adecuado para una sociedad feudal y agrícola, pero se revela insuficiente cuando de lo que se trata es de organizar una sociedad “en trance urgente de urbanización e

²⁴ Ver en PORTALIS, J.E.M., *Discurso preliminar al Código civil francés*, trad. I. Cremades y L. Gutiérrez, Civitas, Madrid, 1997.

²⁵ ARNAUD, J.A., *Les juristes face à la société*, Presses Universitaires de France, Paris, 1975, p. 31.

²⁶ ARNAUD, J.A., *Les juristes face à la société*, Presses Universitaires de France, Paris, 1975, p. 11

industrialización”²⁷. Como grandes ventajas, que lo presentan casi a la manera de una condición *sine qua non*, el código sienta las bases jurídicas para el individualismo, para la eliminación de privilegios, para la propiedad privada, para la separación entre lo público y lo privado, para la homogeneidad jurídica y, de modo muy fundamental, la reducción del Derecho a la ley supone una garantía de la certeza entendida aquí en tanto que previsibilidad de las consecuencias de las propias acciones.

Pero las ideas Ilustradas (muchas de las cuáles todavía hoy seguimos manejando como claves de la legitimidad de nuestras organizaciones jurídico políticas) también empujan junto con el capitalismo y se encuentran, en este punto, en coherencia con los deseos de Napoleón que, quizá a pesar suyo, se convierte en quien las pone en práctica²⁸. Como garantía de la división de poderes y colofón del principio democrático se desenvuelve la idea de que los jueces deben aplicar el Derecho tal y como fue sancionado por el legislador. Así en el caso francés la vinculación entre el desarrollo del método exegético y el sometimiento del juez a Derecho es claro. La voluntad legítima es la democrática, por lo que el poder judicial debe resultar nulo²⁹.

En el ámbito alemán ‘la función histórica de la legislación’ fue asumida por el Derecho científico”³⁰ que asumió la labor de sistematización del contenido del Derecho positivo para ofrecer al juez un sistema desde el que abarcar la realidad sin necesidad de desplegar ningún tipo de actividad creadora.

De este modo, en uno y otro caso, el método supone aplicar técnicas a los textos legislativos que permiten encontrar en los mismos textos la respuesta a cualquier problema que pueda plantearse en la realidad. Efectivamente, este es el sentido de los argumentos interpretativos (básicamente gramatical y lógico) de los argumentos jurídicos (*a contrario, a pari, a maiori ad minus y a minori ad maius*)³¹. El uso de estas herramientas metodológicas permite alimentar la creencia en que la ley agota el Derecho, creencia que

²⁷ VERNENGO, R.J., *La interpretación jurídica*, ob. cit., p. 88.

²⁸ Ver ALVAZZI DEL FRATTE, P., *L'interpretazione autentica nel XVIII secolo*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 113 y ss.

²⁹ MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, 4ª edición, trad. M. Blázquez y P. de Vega, Tecnos, Madrid, 1998, Segunda Parte, Libro XI, “De las leyes que dan origen a la libertad política en su relación con la Constitución”, Capítulo VI, “De la Constitución de Inglaterra”, pp. 107-114.

³⁰ BOBBIO, N., *El positivismo jurídico*, ob. cit., p. 133.

³¹ Ver la exposición de estos argumentos que lleva a cabo GÉNY, F., ob. cit, pp. 22-29.

se desvela para los críticos como una ficción. Efectivamente, afirma F. Gény, “y por una especie de ficción a la que todos coopera, subsiste el punto de partida irreductible del sistema: es necesario que todo derecho proceda de la ley escrita y positiva”³². Para este autor, la interpretación exige comparar el texto legal con un ideal de justicia que está situado fuera de la ley y “es inútil el empeño de presentar el empleo de estos principios superiores de equidad objetiva, como un simple procedimiento de interpretación de la voluntad del legislador; no es más que un juego de palabras. Si se quiere proceder sinceramente, hay que reconocer, no sólo que se trata de elementos extrínsecos a ella, sino que lo más frecuente es que no tengan con la redacción de la ley ninguna relación directa y demostrable”³³.

El mantenimiento de la ficción, muy lejos de conseguir el fin perseguido, a saber la ‘certidumbre del Derecho’, supondría, a decir de Gény, una pérdida de credibilidad de la ley. Frente al paradigma metodológico que estamos examinando, Gény propone contemplar el Derecho “como un conjunto de reglas, nacidas de la naturaleza de las cosas, y que deben ser deducidas por medio de una interpretación, más o menos libre, de los elementos sociales que aquél tiene por objeto ordenar con miras al bien común”³⁴.

De cualquier forma, y en la medida en que se sigan manteniendo la democracia y la separación de poderes como objetivos deseables, antes de sustituir al método jurídico tradicional habrá que demostrar su incapacidad para afrontar esta tarea y, en todo caso, habrá que presentar una alternativa que lo mejore

2.2 Los jueces adecuan sus decisiones a estándares valorativos vigentes que forman parte de la ley

Los mismos factores que explican el hecho de que el Derecho se reduzca a la ley, fundamentan la idea de que los valores que subyacen a la aplicación del Derecho deben venirle dados al juez. Si, como garantía de la división de poderes y colofón del principio

³² GÉNY, F., ob. cit., p. 29.

³³ GÉNY, F., ob. cit., p. 31.

³⁴ GÉNY, F., ob. cit., p. 523. Tanto los argumentos de crítica como la conclusión del razonamiento resultan, a fin de cuentas, tremendamente próximas a la crítica dworkiniana al positivismo jurídico. Un paralelismo semejante aprecia J. A. Ramos Pascua entre Esser y R. Dworkin. Ver, al respecto, RAMOS PASCUA, J.A., “El fundamento del vigor jurídico de los principios. Dworkin frente a Esser”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 9, 1992, pp. 269-290.

democrático se desenvuelve la idea de que los jueces deben aplicar el Derecho tal y como fue sancionado por el legislador; eliminar la subjetividad judicial en el momento del fallo es una garantía de certeza.

En este rasgo se pone de manifiesto de manera, si cabe, más patente a desconfianza hacia el juez³⁵ que, una vez más, impulsa a que mediante el artificio del método se trate de limitar al máximo su capacidad de elección. Una vez más argumentos de tipo político, económico y filosófico imponen eliminar la posibilidad de que el juez recurra a sus propias pautas de valor.

En este caso, el método jurídico tradicional coincide con una buena parte de sus críticos, por cuanto se trata de suministrar al juez instrumentos que le permitan encontrar en el propio Derecho los patrones de valoración. La diferencia fundamental es que para el tipo de aproximación a lo jurídico a la que nos estamos refiriendo, las pautas deben encontrarse en el mismo 'texto' jurídico, dado que el Derecho queda agotado en él. Sin embargo, la posición que podemos denominar 'iusnaturalista' (entendiendo aquí iusnaturalismo en un sentido muy amplio) considera que el Derecho trasciende el texto y en ocasiones puede situarse incluso frente a este texto³⁶.

De cualquier forma, el conocimiento de los criterios que va a utilizar el juez para decidir es imprescindible para asegurar la certeza. La cuestión estriba en determinar si estos criterios se encuentran en el texto o en elementos, como la naturaleza de las cosas, que lo trascienden.

2.3 El derecho positivo no tiene lagunas ni contradicciones y las normas que lo componen tienen un significado unívoco

Esta idea, que coincide con el entendimiento tradicional del Derecho como sistema, viene a ser el artificio que hace posible el sometimiento del juez a la ley. En cierto modo,

³⁵ Que resulta manifiesta en el trabajo citado de MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, Segunda Parte, Libro XI, "De las leyes que dan origen a la libertad política en su relación con la Constitución", Capítulo VI, "De la Constitución de Inglaterra", pp. 107-114.

³⁶ Frente a ambos tipos de planteamientos se sitúa el irracionalismo que, en definitiva, avoca a que la sentencia se presente como el resultado de toda una serie de opciones que el juez realiza sin posibilidad de control. El irracionalismo será una de las consecuencias de la crítica al método jurídico tradicional. Ver, al respecto, HECK, PH., *El problema de la creación del Derecho*, trad. M. Entenza, Granada, Comares, 1999

el carácter sistemático asegura la ausencia de valoraciones del juez y permite que éstas, en caso de llevarse a cabo, coincidan con las ya realizadas por el legislador en el contexto del ordenamiento jurídico

Precisamente, la posibilidad de eliminar cualquier capacidad de decisión del juez se presenta como un hecho porque el Derecho encierra en sí la solución a cualquier caso que se presente. En el prólogo a la obra de Gény *Método y fuentes en Derecho privado positivo*, F. Saleilles identifica el método clásico como aquel que “consiste en considerar un código como un todo que se basta a sí mismo, y que sin poseer, ni con mucho, una vida orgánica, es suficiente para obtener de su esencia consecuencias lógicas, de suerte tal, que mediante deducciones rigurosas ofrezca una serie de concepciones abstractas, emanadas de él, sin tomar nada del mundo exterior. Cuantas disposiciones de carácter concreto encierra se sirven mutuamente de premisas mayores y menores, y las conclusiones se desprenden, los silogismos se apoyan unos a otros para construir una *summa* magistral aislada de toda influencia exterior, que aun cuando se trate de una obra jurídica, no puede tener nada en común con la justicia, la equidad y la utilidad social, y ser una obra acabada de lógica. **No nos riamos prematuramente. Este método tenía al menos dos cualidades excelentes: presentaba una garantía contra la arbitrariedad, que es lo primero que debe exigirse de un método jurídico; y poseía una cierta apariencia científica en época en que la ciencia se hace consistir exclusivamente en el descubrimiento de leyes generales y verdades objetivas, acerca de las cuales no tenían importancia alguna los puntos de vista puramente personales**”³⁷. Y hasta tal punto tiene razón Saleilles, que hoy por hoy no hemos sido capaces de desbancar de la práctica jurídica la ‘ficción’ de que en la aplicación del Derecho los jueces ‘investigan’ la solución previamente establecida.

En cierto modo, podemos reconstruir las respuestas que se han dado en los distintos momentos históricos al problema que quedaba abierto en el apartado anterior -esto es, a la cuestión de dónde debe encontrar el juez los valores que le permiten decidir-, fijándonos en el modo en el que evoluciona el paradigma de la racionalidad jurídica.

³⁷ SALEILLES,, R., “Prólogo” a GÉNY, F., *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, estudio preliminar de J.L. Monereo Pérez, Comares, Granada, 2000, pp. LXXVII-LXXXVI, p. LXXX-LXXXI. La negrita es mía.

Efectivamente, en la historia del pensamiento jurídico, la tópica y la retórica serán sustituidas en la modernidad por el modelo de las matemáticas o de las ciencias naturales y, en definitiva, por el esquema de la lógica formal. Se inaugura así un tipo de mentalidad –que será la que triunfe con el ‘método jurídico tradicional’- en relación con el cual se mantiene la idea de que los jueces no crean Derecho; muy al contrario, se limitan a investigar, ante cada problema, cual es la respuesta que preexiste a su intervención. Precisamente el Derecho Natural supone “un derecho de la razón capaz de ofrecer respuestas indubitadas, y al legislador y a la ley positiva se deja sólo la misión de concretar y adecuar a las concretas circunstancias sociales esos supremos mandatos racionales”³⁸.

Sin embargo, hasta la Escuela de la Exégesis se trata de planteamientos con los que los juristas no se identifican. Antes bien, permanecen como exigencias filosóficas sin que se pueda encontrar, al menos de forma generalizada, influencia alguna en el modo en el que se actúa en el Derecho.

El modo en el que finalmente se utiliza el Código va a suponer la traslación de este mismo esquema del iusnaturalismo racionalista al Derecho positivo. Desde este momento, conforme hemos visto, el Derecho es representado como un sistema coherente y unitario de normas generales producidas por el legislador racional.

Puesto que en el Derecho está presente la solución para cualquier controversia posible, para trabajar con él, el juez debe adecuar la estructura de su razonamiento a la del silogismo subsuntivo.

Aunque de nuevo es posible esgrimir explicaciones de otro tipo, como en los dos elementos que hemos considerado con anterioridad, existen argumentos filosóficos que tienen que ver con el surgimiento de una nueva forma de legitimidad que se contrapone a la del Antiguo Régimen. En los casos anteriores, la idea de democracia y la exigencia de certeza apoyaban el afianzamiento del ‘método jurídico tradicional’, esta vez, el que la decisión se fundamente como un silogismo permite, además, considerar al Derecho

³⁸ GARCÍA AMADO, J.A., “Retórica, argumentación y derecho”, *Isegoría*, nº 21, 1999, pp. 131-147, p. 131

como un sistema de garantías³⁹. Se hace posible, en definitiva, el Estado de Derecho, entendido esta vez como la fórmula de poder que permite neutralizar sus maleficios⁴⁰.

2.4 El dogma del legislador racional

La herramienta que en la Escuela de la Exégesis permite presentar el Derecho como coherente y pleno es el recurso a la voluntad del legislador, “esta voluntad no se expresa tanto en los fundamentos explícitos de la norma como en la intención que se infiere del conjunto normativo. Es siempre única, justa y operativa”. Es interesante subrayar que el legislador cuya voluntad se indaga mediante el método exegético evoluciona, de tal modo que en una primera etapa coincide con la persona de Napoleón. Desde 1830, sin embargo, “el legislador no es exclusivamente Napoleón, sino más bien un rol social de inmenso prestigio ideológico. Posteriormente, desde 1870, predomina “el interés por lograr una versión coherente, racionalmente aceptable del proyecto político expresado en una legislación ya algo vetusta”⁴¹. De este modo, las diferencias iniciales entre el ámbito de influencia de la Exégesis y el de predominio de la jurisprudencia de conceptos se difuminan.

La cuestión, además, es que en el método jurídico posterior, la referencia a la voluntad del legislador adquiere diversas fisonomías desde la que es objeto de crítica⁴², pero lo normal es que no se trata de un sujeto concreto, sino de un ser ideal dotado de cualidades sobrenaturales. De cualquier modo, el artificio termina sirviendo como un instrumento que permite asegurar la ‘racionalidad’ del sistema eliminando lagunas y contradicciones.

3. Sobre la utilidad de la ficción y su pervivencia

³⁹ Este aspecto resultará especialmente determinante, como argumento a favor del método, en materia penal. Ver, de forma significativa, FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón*, trad. P. A. Ibáñez y otros, 2ª edición, Trotta, Madrid, 1997.

⁴⁰ RAZ, J., “El Estado de Derecho y su virtud”, *La autoridad del Derecho*, trad. R. Tamayo, UNAM, México, 1982, pp. 263-285.

⁴¹ VERNENGO, R.J., *La Interpretación jurídica*, ob. cit., pp. 77 y 78.

⁴² Ver BARRANCO, M.C., *Derechos y decisiones interpretativas*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 82-84

De hecho, sin embargo, la crítica a esta forma de pensar el Derecho se refiere, de modo reiterado, a tres aspectos que podemos encontrar presentes en el texto de Gèny que aquí se ha tomado como referencia. En primer lugar, distintos autores se oponen a la veracidad, como descripción del modo en el que realmente se opera en el ámbito jurídico, del esquema de lo que hasta ahora he llamado método jurídico tradicional. Además, es frecuente que se rechace la ‘corrección’ de toda la construcción desde el punto de vista de la relación medio-fin; de este modo, la pregunta se resume en lo siguiente: ¿Para asegurar la democracia, la certeza y el Estado de Derecho es adecuado el recurso al ‘método jurídico tradicional’?. Por último, también se pone en tela de juicio la ‘idoneidad’ como prescripción de los ideales que subyacen al método.

Aun no compartiendo las críticas que se refieren a la corrección y a la idoneidad de los ideales, lo cierto es que el método propuesto no sirve como recurso para ‘encontrar’ el Derecho, sino como artificio que hace posible que se presente como fundamentada ante la comunidad jurídica una decisión obtenida por otros procedimientos, eso sí, no necesariamente espurios.

Se suele decir, recordemos que este es uno de los argumentos que se encuentran en la base de la justificación del ‘método tradicional’, que mientras que la legitimidad del legislador se encuentra en su origen democrático, la legitimidad de los jueces se basa en la racionalidad de su actuación. Pues bien, este es todavía, en parte, el objetivo que parece perseguir la pervivencia del método jurídico tradicional: que el fallo se imponga por coherencia con el Derecho ya decidido y no por la voluntad de quien lo emite.

En este contexto, la lógica ha sido considerada un instrumento mínimo que permite asegurar la racionalidad del Derecho y la racionalidad de la decisión. Por un lado, porque la teoría de la subsunción presenta el fallo como la consecuencia lógica de la norma y los hechos. Por otro, y de modo muy fundamental, porque precisamente en el momento histórico en el que se consolida el método jurídico tradicional, el Derecho comienza a entenderse como sistema interno. De tal modo, el Derecho decidido es también racional, como la voluntad en que se origina.

3.1 Subsunción y argumentación

Efectivamente, la teoría de la subsunción presenta la aplicación del Derecho como un proceso que consiste en la determinación mecánica de las consecuencias, ya previstas por el legislador, para los hechos concretos. Pues bien, interesa tener en cuenta una serie de factores que se convierten en otros tantos obstáculos para el mantenimiento de esta comprensión de la tarea de aplicación del Derecho.

En primer lugar, no sólo los jueces aplican Derecho. También el legislador, que en la concepción tradicional se veía exclusivamente como el creador, puede ser presentado hoy como aplicador de la Constitución. Incluso los ciudadanos cuando siguen las normas están aplicando el Derecho⁴³. Sin embargo, normalmente los estudios sobre aplicación del Derecho y sobre los problemas relacionados con ella hacen referencia a la labor de los jueces.

Además, en la actualidad, la concepción de las normas ha cambiado. En parte por influencia del constitucionalismo, la referencia a los principios ha supuesto un nuevo modo de entender la tarea de aplicación, incluso judicial, del Derecho.

Por otro lado, la aplicación del Derecho difícilmente puede presentarse como una tarea mecánica, a veces porque el significado de la norma no es evidente o porque los términos no se utilizan en el sentido habitual y casi siempre porque el juez no tiene un conocimiento directo de los hechos⁴⁴. Conviene no olvidar, además, que los hechos acaecidos no coinciden exactamente con el supuesto de hecho de norma alguna, por lo que normalmente la presentación de la decisión como una deducción lógica exige que el juez reconstruya también el material jurídico para producir una regla que le sirva para justificar el fallo.

Por último, junto con la obligación de ofrecer una respuesta fundada en Derecho, los propios juristas aceptan la existencia de supuestos de oscuridad, ambigüedad e insuficiencia de la ley⁴⁵.

⁴³ KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, ob. cit., pp. 246 y 349.

⁴⁴ Sobre las insuficiencias del papel atribuido a los hechos en el modelo que estamos presentando, ver GASCÓN, M., *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, 2ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 33 y siguientes.

⁴⁵ MENDONÇA, D. “Aplicación del Derecho”, *El Derecho y la justicia*, ed. de E. Garzón Valdés y F. Laporta, Trotta, Madrid, 1996, pp.267-282, p. 267.

Ante la evidencia, parece deseable emprender el esfuerzo que permita aproximar lo que los jueces, los buenos jueces, hacen, a lo que dicen que hacen. En parte, este esfuerzo ha sido iniciado por los teóricos de la argumentación.

Efectivamente, también es una consecuencia de la construcción del Estado de Derecho el que los jueces y tribunales (y, en general, cualquier órgano encargado de aplicar el Derecho –con lo que también puede ser incluido el legislador-) adquieran la obligación de justificar sus decisiones. Desde la teoría de la subsunción, la justificación se agota en mostrar que el supuesto de hecho real coincide con el supuesto normativo⁴⁶.

En el momento en que se pone en entredicho la actualidad de esta teoría, para que la decisión se entienda justificada se requiere algo más que la mera coherencia lógica entre la regla que utiliza el juez para decidir y el fallo. Entre otras razones, como se ha expresado, la regla que sirve para decidir raramente aparece expresada en el Ordenamiento. Normalmente se trata de una de las interpretaciones posibles del material jurídico, y corresponde al intérprete el deber mostrar que esa es la más adecuada. Se ha dicho también que el juez no conoce directamente de los hechos, por lo que los antecedentes de hecho no pueden ser más que el reflejo de una versión de lo que ocurrió; a este respecto, para que la decisión esté justificada, se requiere que se ofrezcan argumentos en el sentido de que esa versión se deriva de los medios de prueba admitidos en Derecho. Una vez que se acepta la importancia del papel que desempeñan los jueces, y, por tanto, que su poder en relación con la ‘administración de justicia’ no es nulo, se hace necesario encontrar los criterios que permitan legitimarlo.

Pero lo anterior no significa que el silogismo subsuntivo haya dejado de ser útil. Para entender que la motivación es correcta debe pasar, al menos, el filtro de la lógica. De tal forma, un fallo judicial que no adoptase la forma de silogismo, no estaría justificado –claramente se incumpliría la obligación de motivar⁴⁷-. R.J. Vernengo⁴⁸ explica, además, cómo en algunos ordenamientos se considera explícitamente que las sentencias que vulneren algún principio lógico pueden ser revocadas. Es la denominada ‘garantía de racionalidad’.

⁴⁶ SAUVEL, T., “Histoire du jugement motivé”, *Revue de Droit public et de la Science politique en France et à l'étranger*, 1955, pp. 5-53.

⁴⁷ ASÍS, R. DE., *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 99-103.

⁴⁸ VERNENGO, R.J., “Interpretación del Derecho”, *El Derecho y la justicia*, op. cit., pp. 239-265, p. 250.

Por último, es importante incidir en el papel que todavía pueden seguir desempeñando los clásicos argumentos jurídicos. Efectivamente, es frecuente señalar que los operadores del Derecho han desarrollado una forma específica de razonar, desde la que se producen determinados argumentos que no tienen estructura lógica, pero que, no obstante, están provistos de una enorme fuerza de convicción. De los numerosos esfuerzos realizados en el empeño de utilizar la lógica para reconstruir el proceso de aplicación del Derecho, me parece digno de mención el de U. Klug⁴⁹.

Klug señala que la lógica jurídica no es una lógica especial, sino una parte de la lógica que resulta aplicable a la Ciencia jurídica (“teoría de las reglas de la Lógica formal que han llegado a tener aplicación en las cuestiones concretas de la búsqueda del Derecho”). Este autor distingue, en relación con el razonamiento de los juristas, “la forma básica del razonamiento jurídico” y “los argumentos especiales de la lógica jurídica”. La forma básica del razonamiento debe poder ser descrita en términos lógicos, si no, el juez está incumpliendo con su obligación de motivar. Sin embargo, el modo de argumentar los juristas escapa a los esquemas de la lógica en lo que se refiere a estos argumentos especiales. Pues bien, en cuanto a ellos, se hace evidente la necesidad de que el juez justifique los presupuestos sobre los que cada uno de ellos se construye.

3.2 El carácter sistemático del Derecho

En relación con la representación sistemática del Derecho, es preciso señalar que desde el planteamiento que aquí se adopta, los Ordenamientos no pueden ser descritos como sistemas lógicos. Las normas jurídicas son válidas, en última instancia, porque las crea el órgano competente a través del procedimiento adecuado. A pesar de la importancia que han adquirido en el funcionamiento del Derecho los criterios materiales de validez⁵⁰, éste es, en última instancia, un sistema dinámico en el sentido kelseniano y, por tanto, las relaciones entre normas escapan a las leyes de la Lógica.

Sin embargo, aun aceptando que, en definitiva, la norma es jurídica por haber sido adoptada por el órgano competente y por el procedimiento adecuado, un mínimo de

⁴⁹ KLUG, U., *Lógica jurídica*, trad. J.C. Gardella, Bogotá, Temis, 1990.

⁵⁰ ANSUÁTEGUI, F.J., *Poder, Ordenamiento jurídico, Derechos*, Dykinson, Madrid, 1997, pp. 84-85, presenta el Derecho como un sistema mixto.

‘estaticidad’ es necesario si queremos seguir manteniendo el carácter racional del Derecho como técnica de control social. Por otro lado, una cierta coherencia entre el sentido de las normas inferiores y el expresado en las superiores se impone como una exigencia de la organización estatal, recordemos que todavía hoy, en muchos aspectos, ésta se mantiene como una organización jerárquica.

Por todo ello, considero que la funcionalidad del Derecho impone un ‘deber de coherencia’ de los operadores jurídicos, que además es consecuencia de los principios de legalidad y de constitucionalidad, y que se convierte en un requisito de legitimidad de las decisiones jurídicas, en general, y de las judiciales en particular. Así pues, la idea de sistema se mantiene, pero ahora ya no como ficción, sino como un ideal⁵¹.

La garantía de racionalidad y el deber de coherencia se han convertido en requisitos implícitos en el Derecho. Tanto una cuanto otro forman parte de la concepción del derecho como sistema y constituyen nuevas formulaciones de la idea de que los jueces deben decidir conforme al Derecho vigente. Se trata de instrumentos que facilitan que, a pesar de los problemas de imprecisión, de lagunas o de antinomias, que las decisiones de los jueces sean previsibles en cierta medida. Esto es, hacen posible que se rescate la seguridad jurídica.

En cierto modo, el Estado constitucional supone, en relación con el Estado de Derecho, que se confía en los jueces y no en el parlamento como depositarios de la legitimidad. Jurídicamente se consolida la capacidad del órgano de control (de características jurisdiccionales) para invalidar una ley. De este modo, deja de estar presente la ideología básica del ‘conformismo’ que consolida el método jurídico tradicional⁵². Desde este punto de vista, se explica que el constitucionalismo suponga una ‘revolución’ del pensamiento jurídico y se hace evidente la importancia del problema a

⁵¹ VERNENGO, R.J., “Interpretación del Derecho”, *El Derecho y la justicia*, ob. cit., pp. 239-265, p. 248.

⁵² En relación con el conformismo como fundamento ideológico no explícito del método jurídico tradicional, VERNENGO, R.J., *Interpretación jurídica*, ob. cit., p. 109, “en principio, el juez aplica la ley, cumpliendo sus funciones específicas de elaboración del esquema normativo genérico, por cuanto justamente esa delegación lo hace partícipe de programas políticos y, por ende, de valoraciones, que las normas generales sólo enuncian, convenientemente, como esquemas. El juez es así, literalmente, el brazo de la ley, sea como desfacedor de entuertos, o como facedor de aquellos que poderes superiores han propuesto esquemáticamente, pero no han llevado a cabo, pues no les corresponde ensuciarse las manos. De ahí, que la ideología básica –presupuesta siempre, pero rara vez enunciada- sea el conformismo: el juez que respeta la ley, sea cual fuere su tenor axiológico y político, lo que en verdad respeta es a quien ejerce efectivamente el poder ayer, hoy y mañana”.

Lógica y Argumentación Jurídica.

Rafael de Asís, María del Carmen Barranco, Patricia Cuenca

que el método jurídico, de forma más o menos acertada, trata de dar respuesta: el poder de los jueces.
