

CUARTA UNIDAD

LOS OPERADORES JURÍDICOS. ESQUEMAS ARGUMENTALES O CÁNONES DE LA INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTOS FORENSES. ALGUNAS NOTAS SOBRE LA DERROTABILIDAD EN EL DERECHO

Por Johann Benfeld Escobar, profesor Universidad Católica del Norte, Antofagasta

I.- LOS OPERADORES JURÍDICOS

Durante el presente curso, hemos insistido en la idea de que la argumentación supone como elemento básico para su existencia la presencia de ***individuos racionales y razonables dispuestos a dialogar entre sí, con la finalidad de arribar a una determinada conclusión resolutoria de un asunto debatido***. De tal modo que la presencia de *individuos capaces de usar su razón*, ya en su dimensión de lo racional (lógico-discursivo) ya en la de lo razonable (retórico- persuasivo); *dispuestos a dialogar* (a través de un discurso ordenado y dialéctico de tesis, antítesis y síntesis); *con la recta intención de arribar a una conclusión* y no permanecer en una mera exhibición heurística de destrezas oratorias; y *encaminados a resolver una controversia o disputa* constituye la base de cualquier argumentación seria.

La argumentación jurídica no constituye una excepción a lo recién señalado; en ella la presencia de individuos que cumplan los requisitos mencionados arriba, al igual que en la argumentación en general, es un elemento esencial. Empero, dada la especial naturaleza de lo jurídico (compuesto básicamente por normas sustantivas y de procedimiento), en el ámbito del derecho, los intervinientes en los procesos de argumentación jurídica se ven afectados por ciertas limitaciones propias de la materia sobre la cual trabajan. Estas limitaciones suponen un especial grado de conocimiento del ordenamiento jurídico, sus posibilidades y límites; razón por la cual no todos los individuos se encuentran en condiciones de argumentar jurídicamente, no sólo en lo que al fondo toca, sino que en lo que a la forma se refiere. En efecto, es perfectamente probable que un individuo cualquiera conozca de manera suficiente una determinada ley, sin embargo, ese conocimiento no resulta suficiente a la hora de hacer operativas las disposiciones de aquella ley, lo cual supone saber de manera óptima las normas procedimentales que regulan la aplicación de la norma en cuestión como, asimismo, las implicaciones jurídicas

que se siguen de la norma (relaciones con otras normas; supeditación a otros cuerpos legales; vigencia de la disposición, etc.) .

Esta especialización forzada de los intervinientes en los procesos de argumentación jurídica (conocimiento de la Constitución, de las leyes, reglamentos, decretos, instrucciones, principios de equidad, etc., de un determinado ordenamiento), conjuntamente con la constricción a la cual se ven expuestos en razón de la propia naturaleza del ordenamiento jurídico (procedimientos), ha hecho que el número de participantes en el discurso jurídico se encuentre bastante limitado en la actualidad. Quienes participan de este tipo de discurso práctico jurídico, con injerencia en el mismo, ya en cuanto a su conocimiento, sistematización e interpretación, ya en cuanto a su aplicación, reciben el nombre de **operadores jurídicos**. Por idéntica razón, si alguien desea saber cuál es el derecho aplicable a un caso concreto en un tiempo y lugar determinado, lo primero que debe hacer es saber qué sostienen los operadores jurídicos al respecto. Mas, para ello es necesario tener claridad respecto de quiénes son los operadores jurídicos en un sistema determinado.

En principio, y como una primera aproximación al tema, se puede sostener que los abogados, los jueces, los parlamentarios, los titulares de los órganos de la administración pública, las policías, e incluso los particulares, en un sentido amplio, son “operadores jurídicos”, en tanto trabajan con el derecho o se ven afectados por éste. Sin embargo, en un sentido más restringido y aplicable a nuestra realidad nacional, podemos decir que los principales operadores jurídicos son **los legisladores**¹, **los abogados, los jueces**.

Legisladores:

La importancia de los parlamentarios como operadores jurídicos reside básicamente en su función propia, a saber, la de ser órganos productores de normas jurídicas. Por decirlo de alguna manera, son la fuente de la cual mana el material con que han de habérselas los otros operadores. Sin embargo, a nivel de argumentación jurídica, el legislador es más bien un operador de segundo orden; no es el parlamento el lugar donde se comprende, interpreta y

¹ Con todo, remito al alumno a que vuelva a revisar el apunte de Atienza sobre la argumentación pre-legislativa y la legislativa propiamente tal, y la importancia que ellas tienen.

aplica el derecho, sino sólo la fuente de la cual con gracia o desgracia surge una parte de lo que se llama derecho.

Abogados:

Los abogados, por su parte, en cuanto profesionales del derecho, desempeñan un importante papel como operadores jurídicos. En efecto, son los abogados, en general, los encargados de poner en movimiento a los órganos jurisdiccionales y, mediante sus actuaciones, orientar la decisión del tribunal. En este sentido, el Código Orgánico de Tribunales en su Título XV define a estos profesionales en los siguientes términos: Art. 520. ***“Los abogados son personas revestidas por la autoridad competente de la facultad de defender ante los Tribunales de Justicia los derechos de las partes litigantes”***; mientras que la Ley 18.120 dispone en su artículo primero que ***“la primera presentación de cada parte o interesado en asuntos contenciosos o no contenciosos ante cualquier tribunal de la República, sea ordinario, arbitral o especial, deberá ser patrocinada por un abogado habilitado para el ejercicio de la profesión.”*** Con ello, el legislador, teniendo en consideración el especial conocimiento que ha de tener el operador jurídico al momento de interactuar con los órganos jurisdiccionales, ha restringido la posibilidad de que los particulares (no abogados) asuman su propia defensa ante los órganos jurídicos decisores. Así, queda resuelto el problema de la depuración del discurso por la idoneidad de los participantes (por lo menos en teoría).

Por otra parte, cabe hacer una especial mención de los juristas (licenciados, maestros o doctores en la ciencia jurídica), quienes incluso sin ser abogados o desempeñarse como tales (y por lo tanto no calificar como operadores jurídicos propiamente tales) en un afán por comprender, ordenar, sistematizar e interpretar (dar el verdadero sentido y alcance a las normas jurídicas) cumplen una importantísima función al clarificar el ordenamiento jurídico, facilitando con su trabajo la práctica de los abogados y los jueces, desarrollando gran parte de la llamada dogmática jurídica.

El Juez:

Con todo, sin lugar a dudas, en la actualidad, el operador jurídico más importante es el juez. El órgano jurisdiccional, en efecto, en los sistemas jurídicos modernos en los cuales impera el principio de legalidad y supremacía constitucional, se ha tornado el operado de primera línea, transformándose en garante de la legalidad y la institucionalidad de los ordenamientos jurídicos². Por otra parte, y no tan loable como lo anterior, los órganos jurisdiccionales han comenzado a ser actores sociales de primera línea en razón de lo que se ha denominado la “judicialización de las relaciones sociales”³.

Con todo, lo decisivo en esta materia, además de la identificación de los operadores jurídicos, es determinar el grado de **racionalidad** y **razonabilidad** de sus discursos y decisiones. En efecto, si es posible establecer con seguridad que los operadores jurídicos deben someter su actuar a criterios racionales es dable suponer, también, que las argumentaciones y decisiones producidas con ocasión del debate jurídico participan también de esa racionalidad.

Tal vez mucho se podría decir de lo racional y razonable del proceder de los legisladores y los abogados, y cómo aquello contribuye a la depuración del sistema normativo coactivo de los Estados; sin embargo, puesto que hemos sostenido que el operador jurídico más importante es el juez, pues en última instancia es él quien dirime la controversia, conviene en este lugar que intentemos fundamentar la idea de que el actuar de los tribunales debe ser racional y razonable. Para ello, empero, no basta con decir que eso sería lo óptimo o lo éticamente deseable, sino que es menester entregar argumentos y razones dentro del propio discurso normativo jurídico y positivo que nos sirvan para sostener esa posición e, incluso, hacer de ella una exigencia para el juez.

².- A este respecto lea el alumno y medite los artículos 6, 7, 12, 19, 20, 21, 38 inciso II, 73 y 80 de la Constitución Política de la República de Chile.

³.- El fenómeno de la judicialización de las relaciones sociales se produce cuando los tribunales comienzan progresivamente a regular o a intervenir en determinados aspectos de la vida social (política, económica, cultural) que tradicionalmente se encontraban sustraídos de su esfera de competencia. Un ejemplo de lo anterior se produce con el llamado “recurso de protección constitucional”, que en realidad es una verdadera acción constitucional de conocimiento de los tribunales ordinarios superiores, y que en la actualidad se halla de tal manera hipertrofiado que, en la práctica, casi no hay materia que escape a su control. Solamente y a título de ejemplo piénsese en determinadas cuestiones valóricas que el último tiempo han sido conocidas por nuestros tribunales de justicia, tales como la legalidad de la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo”, que fue objeto de un recurso de protección interpuesto en representación del “señor Jesús”, por mancillar su honra. (¿???)

Como se ha dicho, un estado moderno se caracteriza por la estructuración de sus instituciones conforme a un diseño constitucional y legal. Dicho diseño supone la determinación de un conjunto de acciones y/o omisiones permitidas, prohibidas u ordenadas por el ordenamiento jurídico, tanto para los particulares como para los órganos públicos. Ahora bien, la infracción a las normas que regulan el funcionamiento del sistema son, en última instancia, de conocimiento de los órganos de justicia, conforme se desprende del texto constitucional (cuyas disposiciones ya han sido citadas y los alumnos deben conocer y entender). Incluso, en el caso específico de nuestro sistema jurídico existe el llamado principio de la inexcusabilidad jurisdiccional, que se manifiesta en el hecho de que, incluso cuando no hay una norma legal que resuelva el conflicto sometido al conocimiento del tribunal, éste de todas formas tiene que resolver la controversia. De hecho, así lo dispone el artículo 10 inciso II del Código Orgánico de Tribunales, al señalar, refiriéndose a los tribunales de justicia, que: “Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad **ni aún por falta de ley** que resuelva la contienda sometida a su decisión”.

Sin embargo, del hecho de que sean los tribunales de justicia los que en último término diriman las controversias median un acto de jurisdicción (decir el derecho), acto del cual no se pueden sustraer por mandato del propio legislados, no se sigue aún ningún argumento o fundamento de la racionalidad de la actividad decisoria. Por ello, resulta pertinente, a mi modo de ver, enfrentar el problema desde una doble perspectiva. Primero, desde el campo del llamado “debido proceso”, y, en segundo término, desde el producto mismo de la actividad jurisdiccional, a saber, la sentencia y sus requisitos.

El Debido Proceso

La noción de un debido proceso nos remite a la idea de que toda la actividad jurisdiccional tiene una naturaleza secuencial, el órgano decisor mediante el desarrollo gradual de una serie de pasos o etapas encaminadas a la resolución del asunto (proceso) va preparando y elaborando lo que será su decisión final. Pues bien, la corrección jurídica de esas etapas es lo que se denomina un debido proceso, en este sentido nuestra Constitución Política previene en su artículo 19 nº 3 inciso V que “ *toda sentencia de un órgano que*

*ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación **racionales** y justos*". Nótese que el constituyente parece estar haciendo sinónimas las expresiones "racional" y "legal", dado que la tramitación "legal" de un procedimiento asegura su "racionalidad".

Sin embargo, el legislador ha ido más lejos aún, pues la exigencia de racionalidad o legalidad de las actuaciones de los órganos públicos (dentro de los cuales están los tribunales de justicia) de alguna manera ya se encontraba contenida en los artículos 6 y 7 de la Carta Fundamental. En efecto, el imperativo o mandato a la racionalidad del órgano se refiere no sólo a la legalidad del acto jurídico individual, sino que a los actos que en su conjunto conforman el proceso; vale decir, no basta que el acto jurisdiccional, cualquiera que éste sea, cumpla formalmente con los requisitos que la legalidad de la acción supone, sino que el acto y todos los otros junto a los cuales conforma el proceso deben ser racionales y en su conjunto brindar la garantía buscada por el legislador.

La Sentencia

Como se observa, la actividad del órgano decisor está regulada por el mandato a un debido proceso, pero qué ocurre con el producto mismo de la actividad jurisdiccional, esto es, la sentencia. En este lugar nos referiremos única y exclusivamente a la sentencia definitiva por ser ella la que, de acuerdo a lo prescrito por el artículo 179 del Código de Procedimiento Civil, "que pone fin a la instancia, resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio". Pues bien, respecto a los requisitos que ella ha de cumplir el legislador a dispuesto en el artículo 170 del C.P.C., números 4, 5 y 6, que ellas deberán contener "*las consideraciones de hecho y derecho que sirven de fundamento a la sentencia.... La enunciación de las leyes, y en su defecto de los principios de equidad con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo; y la decisión del asunto controvertido...*"

Estos requisitos, en su conjunto, conforman lo que se ha denominado la obligación de "motivar" las sentencias. Con ello se le ha indicado de manera clara y categórica al órgano jurisdiccional que no es suficiente con diligenciar

conforme a derecho un proceso para luego meramente resolverlo; sino que debe, siempre y en todo caso, motivar su resolución mediante la explicitación del derecho y las razones que ha tenido para la ponderación de los hechos.

Cuando el órgano jurisdiccional no cumple con esta exigencia le asiste a la parte la posibilidad de impetrar en su favor los diferentes recursos procesales o, incluso, acciones constitucionales, en contra de la resolución viciada. En consecuencia, creemos, también, que todo el tema de los recursos procesales y las acciones constitucionales se vincula directamente con el control de la racionalidad de las decisiones jurisdiccionales.

Ahora bien, examinados someramente los operadores jurídicos y, entre ellos, con mayor detención la figura del juez, conviene que consignemos lo siguiente: **la corrección de un procedimiento y la legalidad y racionalidad de una sentencia no es un asunto que pueda ser endilgado sólo a la figura del juez.** En efecto, en el curso de un proceso son muchos los argumentos que se esgrimen a favor de las posiciones en disputa o de los intereses en juego, y, en tal sentido, las líneas de argumentación y los argumentos mismos que se viertan por los intervinientes ante el juez o que éste mismo pronuncie, son el antecedente a considerar necesariamente si se quiere entender el razonamiento y la argumentación jurídica con una visión de conjunto. Por ello, a continuación echaremos una breve mirada a los llamados esquemas de argumentación forense, para luego, en un segundo momento comentar algunos argumentos de frecuente uso en el ámbito del razonamiento jurídico.

II.- ESQUEMAS ARGUMENTALES O CÁNONES DE LA INTERPRETACIÓN⁴

Hablaremos de esquemas argumentales o cánones de la interpretación para referirnos a ciertas formas o directrices de discursos que pueden servir de canal para la ejecución de argumentos relacionados con tales esquemas o

⁴ .- Para una mayor comprensión de esta materia el profesor recomienda (no es obligatorio) la lectura del capítulo tercero (o sección C) de la Teoría de la Argumentación Jurídica de Robert Alexy, denominada “Una teoría de la argumentación jurídica”, específicamente el acápite de la justificación externa.

ajenos a los mismos, pero que son introducidos a propósito de aquellos. En este sentido se puede hablar de esquemas argumentales “**semánticos**”; “**genéticos**”; “**históricos**”; “**comparativos**”; “**sistemáticos**” y “**teleológicos**”.

a) **Esquema argumental semántico:**

Este tipo de forma argumental se verifica toda vez que para sostener una determinada posición se echa mano de la correcta interpretación del sentido y alcance de las palabras empleadas en la misma; para ello se puede recurrir, por ejemplo, al significado de ciertas palabras que se encuentran definidas en forma por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Tener presente a propósito de estas materias lo estudiado en las falacias de ambigüedad.

b) **Esquema argumental genético:**

Tipo de forma argumental mediante la cual se sostiene y fundamenta una interpretación por estimarse que ésta se condice con **la voluntad del legislador histórico**. En consecuencia, toda vez que la voluntad del legislador aparece clara, al tenor de lo dispuesto en la ley, el interviniente podrá argumentar a su favor dicha voluntad. Por ejemplo, el legislador histórico de la L.O.C.E., propendió a una descentralización del sistema educacional; luego no es dable interpretar en otros sentido dicha Ley Orgánica.

c) **Esquema argumental histórico:**

Se presenta esta forma argumental cuando para la justificación de una determinada posición se alude a las circunstancias históricas en que se originó el asunto controvertido y su regulación jurídica. Por ejemplo, cuando se intenta argumentar que los vicios redhibitorios de una cosa tiene que ser entendidos de manera limitada y específica, pues al momento de crearse la institución en Roma, sólo se hablaba de vicio redhibitorio para referirse al que afectaba a un esclavo o a un animal y no a toda clase de bienes.

d) **Esquema argumental comparativo:**

Aquí lo relevante es la alusión a las soluciones dadas a un problema por los diferentes ordenamientos jurídicos, a fin de mostrar cuál ha de ser la correcta interpretación que dable darse a una norma jurídica. Por ejemplo, si una disposición a sido tomada del derecho ingles, y en él se interpreta del modo **A**, es dable argumentar que en nuestro caso también se interprete del modo **A**.

e) **Esquema argumental sistemático:**

Este esquema argumental se refiere a la relación que se establece entre las distintas normas de un ordenamiento jurídico. Así, una norma se puede relacionar con otra por medio de un vínculo de subordinación, supraordenación, dependencia, implicancia, etc. Por ejemplo, si una norma que impone un tributo o impuesto nuevo aparece en un texto legal de derecho de familia, lógico será suponer que la acertada interpretación de la misma ha de ser aquella que se relaciona con los temas tributarios y no con los de familia.

f) **Esquema argumental teleológico:**

En directa relación con el argumento genético, aquí lo que se intenta es fundamentar a partir de la voluntad del legislador. Pero a diferencia de lo que ocurre en el argumento genético, aquí no se piensa en un legislador histórico, de carne y hueso, sino que en un legislador ideal que se manifiesta de manera objetiva en el propio ordenamiento jurídico. De tal modo que, si en la actualidad está vigente una disposición X, han de estar vigentes también todas aquellas disposiciones que se armonicen con X. Por ejemplo, si hoy se tiende a penalizar más la conducción en estado de intemperancia etílica; no resulta lógico que se permita la conducción bajo efectos de las sustancias psicotrópicas; aun cuando no hubiere una norma explícita sobre aquello.

En nuestro derecho positivo estos cánones de la interpretación han sido expresamente recogidos por nuestro legislador; en efecto, el parágrafo 4º del Título Preliminar del Código Civil dispone lo siguiente:

“§ 4. Interpretación de la ley

Art. 19. *Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión obscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento.*

Canon genético/histórico.

Art. 20. *Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.* **Canon semántico.**

Art. 21. *Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso.* **Canon semántico.**

Art. 22. *El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto.* **Canon sistemático.**

Art. 23. *Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley, se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes.* **Canon teleológico.**

Art. 24. *En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural.* **Canon teleológico.**

III.- ARGUMENTOS FORENSES⁵

Sin perjuicio del empleo de los cánones de la argumentación, precedentemente señalados, los operadores jurídicos frecuentemente se valen de ciertos argumentos específicos para sostener sus posiciones. Estos

⁵ .- Para una mayor profundización en esta materia el profesor recomienda la lectura de G. Kalinowski, "Introducción a la Lógica Jurídica"; A. Andruet, "Teoría General de la Argumentación Forense"; y R. Alexy, "Teoría de la Argumentación Jurídica".

argumentos son esgrimidos ya por los abogados ya por los magistrados con la finalidad de fundamentar sus respectivas posiciones y resoluciones. En general, estos argumentos han sido extraídos de la práctica argumental habitual de los operadores jurídicos, en el sentido de que estos argumentos gozan de una amplia aceptación por parte de los intervinientes de una argumentación jurídica. En tal sentido, algunos autores han señalado que ellos constituyen verdaderos “apogemas lógico-decisionales”, en cuanto ellos son verdaderos aforismos puestos en función de la tarea clarificadora e interpretadora de una determinada situación jurídica (Andruet).

Antes de revisar estos diferentes tipos de argumentos es necesario que se tengan presente s dos cosas fundamentales. **Primero**, los argumentos que a continuación se explican constituyen el rótulo con que se caracterizan los diferentes argumentos que se realizan en tal sentido, es decir, por ejemplo, cuando hablamos de un argumento “a fortiori”, nos referimos a “**cualquier argumento**” que reúna los requisitos para ser catalogado como “a fortiori”; no se trata, entonces, que el argumento “a fortiori” sea un solo argumento, sino que por decirlo de alguna manera, hay argumentos “a fortiori”. Segundo, independientemente de haber tratado hace unos momentos de los llamados “cánones de la interpretación”, me gustaría hacer notar que también es dable hablar de argumentos vinculados con dichos cánones, es decir, también hay argumentos jurídicos denominados “**semánticos**”; “**genéticos**”; “**históricos**”; “**comparativos**”; “**sistemáticos**” y “**teleológicos**”.

Hechas las aclaraciones, veamos, pues, someramente algunos de estos argumentos especiales.

a) **Argumento apagógico:**

Mediante el uso de este argumento se pretende resolver una controversia sobre la base de la equidad; más allá del texto expreso de la ley. En efecto, muchas veces los operadores jurídicos (el juez en especial) se ven enfrentados a situaciones en que la aplicación irrestricta de una norma jurídica puede generar nefastas consecuencias en términos de la injusticia que de ello se puede derivar. En tal sentido, es posible mediante un proceso argumental demostrar que el legislador no puede

haber querido que se siguieran unas determinadas consecuencias. Por ejemplo, en el orden del derecho procesal civil rige en principio de la preclusión del orden temporal legal, lo que en la práctica se materializa en que las partes tienen “plazos” para realizar sus actuaciones, si no lo hacen “precluye” su derecho, es decir, no lo puede realizar el acto. Ahora bien, supongamos que en un caso concreto una parte no ha podido rendir su prueba en tiempo y forma legal; en este caso sería perfectamente posible que el juez, argumentando en razón de la equidad pueda decretar una medida para mejor resolver, es decir, solicitar él mismo la prueba que no se realizó. Sin embargo, para ello tiene que “fundamentar” su resolución, esta fundamentación si se realiza en los términos expuestos, es decir, con miras a probar que la voluntad del legislador ha sido que se respeten los principios de equidad, más allá del orden preclusivo legal, sería un tipo de argumento apagógico.

b) Argumento de la complitud:

Conforme a este argumento, se entiende que el ordenamiento jurídico es un sistema interconectado de disposiciones, cuya debida inteligencia depende de la comprensión sistemática de las mismas. Por ello, la falta de una disposición específica que dirima n determinado asunto no puede ser obstáculo para la resolución del mismo, en tanto ha de encontrarse en el propio ordenamiento jurídico las normas generales (principios de equidad o principios del derecho) necesarios para salvar el vacío.

c) Argumento por la coherencia:

El supuesto de este argumentos es el siguiente: siendo en teoría el ordenamiento jurídico una construcción racional, es dable suponer que no puede haber dos o más normas jurídicas que sean contradictorias entre sí. Por lo mismo, frente a la contradicción normativa de hecho el operador jurídico puede intentar armonizar los preceptos en orden a que éstos sean coherentes entre sí. Por ejemplo, para la determinación sobre si un camino es público o privado se puede estar a lo establecido en el Código Civil o en el Decreto con Fuerza de Ley nº 850 de 1998. Ahora bien, estando ambas disposiciones vigentes, ¿cómo se

armonizan? Lo lógico parece ser, restringir la interpretación de la normativa civil a favor de la del D.F.L., de tal modo que lo dispuesto en el artículo 592 del Código Civil debe ser interpretado como una excepción al principio general contenido en el D.F.L. n artículo 26 y 24 del Decreto con Fuerza de Ley número 850 de 1998,

d) **Argumento sedes materiae:**

Nuevamente estamos en presencia de un tipo de argumento sistemático, el cual se verifica por el hecho de que el operador jurídico procede a determinar el verdadero sentido y alcance de una norma y, en consecuencia, a argumentar de una manera definida a partir de la premisa de que toda norma jurídica debe ser interpretada conforme a la locación topográfica en que se encuentra. Por ejemplo, una disposición contenida en el Código de Aguas debe interpretarse conforme a la normativa de dicho código, por lo menos en primer lugar. Ahora bien, desgraciadamente no es extraño que en nuestra legislación frecuentemente se introduzcan disposiciones jurídicas de diversa naturaleza en textos legales que no siempre se vinculan de manera directa con ellas. Por ejemplo, a propósito de la modificación de 2.003 a la Ley 18.101, sobre arrendamiento de predios urbanos, nuestro desprolijo legislador no encontró nada mejor que modificar en el Título V la Ley General de Urbanismo y Construcción. Como se ve, no siempre será del todo correcto argumentar en sedes materiae.

e) **Argumento económico:**

La idea de este argumento es que el legislador, idealmente racional y razonable, no puede haber querido regular una misma situación de manera diversa, ya en razón de la materia ya en razón del tiempo de la regulación. Por esta razón, son tipos de argumentos económicos los que se relacionan con los principios de especialidad y posterioridad y superioridad de las normas.

Lex posterior derogat priori: aforismo que se condice con la idea que si una legislación nueva ha venido a modificar a una antigua,. Lógico es suponer que la última a derogado (tácitamente) a la anterior.

Lex specialis derogat generali: existiendo dos normas en conflicto en razón de que sostienen cosas diversas, lógico es suponer que aquella que se refiera específicamente al caso en discusión a de prevalecer por sobre la normativa general. Por ejemplo, el Código Civil señala que las mujeres mayores de 12 años pueden contraer matrimonio; mientras que la Ley de Matrimonio Civil exige para la mujer una edad mínima de 14; luego la Ley de Matrimonio Civil prima por sobre la norma del Código, en razón de su especialidad.

Lex superior derogat inferior: se refiere a la jerarquía normativa; por ejemplo, frente a un conflicto entre la Constitución y la Ley, ha de primar la primera por sobre la segunda en función de su jerarquía.

f) **Argumento ad exemplo:**

Por éste se intenta dar razones para la fundamentación de determinada posición a partir de la consideración de determinados precedentes, es decir, mediante el examen de cómo se ha resuelto el problema con anterioridad. Esto supone, con todo, que el precedente invocado goza aún de aceptación por parte de ñla comunidad.

g) **Argumento a fortiori:**

Tipo de argumento que supone una predicación distributiva de una determinada norma a un conjunto o clase de individuos o situaciones en un orden prelatorio ascendente o decreciente. Por ejemplo, si ha los adultos les está prohibido manejar un vehículo sin licencia de conducir, con mayor razón le estará prohibido a los menores de edad. Este argumento admite dos versiones:

A minoris ad maius: supone que dada una norma que contempla la prohibición de una conducta o acción que admite una graduación en su ejecución, prohibiéndose la conducta o acción de menor intensidad se ha de entender a fortiori prohibida la de mayor intensidad: si se prohíbe pisar el pasto, con mayor razón se prohíbe correr o jugar a la pelota sobre él.

A maiore ad minus: Es la cara inversa de la anterior y supone que si existe una autorización para la realización de una conducta o actividad

en términos amplios, también se permitirán las acciones o conductas de menor intensidad que sean de la misma naturaleza. Por ejemplo, si en un local está autorizado a fumar puros, con mayor razón se podrá fumar un cigarrillo.

h) **Argumento a contrario:**

Se trata de un tipo de argumento bastante usado por los operadores jurídicos, pero que en realidad dista mucho de ser comprendido de buena forma. En efecto, hay un argumento a contrario *sensu tota* vez que se excluye la aplicación un determinado contenido normativo a una supuesto de hecho determinado, en razón de no encontrarse dicho supuesto en la hipótesis normativa. Así, si dado $F(1), F(2), F(3)..(F_n)$, sólo cuando $H(1)$ o $H(2)$; si no $H(1)$ o $H(2)$, entonces no $F(1), F(2), F(3)..(F_n)$, o lo que es igual, si alguien es sorprendido en delito flagrante puede ser detenido de inmediato, sin necesidad de orden judicial previa; a contrario *sensu*, si alguien no es sorprendido en delito flagrante NO puede ser detenido sin orden jurisdiccional.

i) **Argumento pragmático:**

Se trata de un argumento consecuencialista, mediante el cual se intenta sostener que de dos interpretaciones posibles de un enunciado normativo ha de estarse a aquella que el otorgue efectos jurídicos al acto ejecutado con ocasión de la norma más que a aquella que o priva de efectos. Nuestro legislador civil, a propósito de la interpretación de los contratos, ha recogido esta idea al señalar en el artículo 1.562 “el sentido en que alguna cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno.”

j) **Argumento a generali sensu:**

Mediante este argumento se intenta señalar que dada una norma jurídica clara, en la cual no se realizan distinciones en cuanto a su aplicación, tampoco toca al operador jurídico realizar tales distinciones. Por ejemplo, si un aley ordena pagar pensiones de sobre vivencia a los cesantes, sin más; no es dable al operador jurídico argumentar que hay que

distinguir entre cesantes del sector industrial, comercial o agrícola; pues la Ley nada ha dicho al respecto.

k) **Pro subjecta materia:**

Argumento que se sustenta sobre la idea de que las normas jurídicas en general deben ser interpretadas y aplicadas en función de la materia que regulan, sin extrapolarse a otros supuestos no contenidos en la norma. Nuevamente el legislador civil nos dota de un ejemplo en su artículo 1.561 “Por generales que sean los términos de un contrato, solo se aplicarán a la materia sobre la que se ha contratado.”

l) **Ab auctotitate:**

Estamos en presencia de este argumento toda vez que para la manutención de una determinada posición se echa mano de la doctrina de los autores o tratadistas; con lo cual se dota de razones de carácter científico (de la ciencia jurídica se entiende) a la argumentación en cuestión.

m) **A rubrica:**

Argumento débil que consiste en fundamentar que una determinada interpretación, comprensión o aplicación de una norma jurídica, debe partir del análisis del nombre del cuerpo legal en el cual está inserto. En este sentido es parecido al argumento de sede materiae, pero incluso más problemático que aquél en cuanto a su real utilidad.

n) **Argumento a simili o por analogía:**

En primer término cabe consignar de entrada que la argumentación analógica no procede en todos los campos del derecho, así, por ejemplo, nuestro legislador penal ha prohibido expresamente la interpretación analógica en dicho ámbito del ordenamiento. En segundo lugar, hay que precisar, también, que la utilización de este argumento supone que en la especie se verifican un conjunto de circunstancias que hacen dable la implenetación de la idea de que “donde existe la misma razón ha de existir la misma disposición”. Así, los supuestos del argumento analógico

son los siguientes: 1) que el legislador no haya expresamente excluido su empleo; 2) que el caso a resolver o dilucidar no se encuentre regulado por una norma jurídica; 3) que exista una norma o un conjunto de normas dentro del ordenamiento jurídico vigente que pueden resolver la controversia en razón de la similar naturaleza de los supuestos de hecho efectivamente regulados por las normas vigentes y el supuesto no regulado y objeto o materia de la controversia, y 4) que la solución que se ha contemplado en la o las normas vigentes se avenga de manera natural al supuesto a resolver. Por ejemplo, supongamos que la nueva ley de tenencia responsable de perros sólo se limita a regular la propiedad de determinadas razas de canes; que ocurriría si alguien es dueño de un can mestizo pero altamente agresivo, aquí seguramente se le podría aplicar por analogía la normativa sobre los perros peligrosos, aunque la ley nada hubiere dicho.

IV.- LA DERROTABILIDAD DEL DERECHO

Sólo a modo de epílogo diremos algunas palabras respecto al tema de la derrotabilidad. Para tener una idea sobre el problema téngase presente lo siguiente: el ordenamiento jurídico se encuentra compuesto, en términos generales, por un **conjunto de normas jurídicas**. Éstas mandan, prohíben o permiten una serie de conductas a los miembros del cuerpo social, mediante el señalamiento de ciertas hipótesis prescriptivas. De tal modo que, en el evento de verificarse en la realidad el acontecimiento que les sirve de supuesto, hacen surgir las consecuencias normativas en ellas previstas. Por ejemplo, la norma que dice: “el que mate a otro será castigado con la pena de...”, se torna operativa sólo en el evento de que alguien efectivamente mate a otro. Empero, esta aproximación al tema es bastante ingenua, pues ella supone que en la realidad los hechos se corresponden con los supuestos genéricos e ideales contemplados en las normas jurídicas, cosa que, como se verá, no siempre es así.

En efecto, volviendo a nuestro ejemplo de la norma que señala “el que mate a otro será castigado con la pena de...”, de inmediato surge el problema de determinar si “**todo**” el que mate a otro debe ser castigado con la pena de

...; pues existen muchas maneras de matar a otro y no todas constituyen necesariamente un delito. Empero, el problema es más profundo aún, pues ¿puede el legislador prever todos y cada uno de los casos presentes y futuros en que se deba realizar una excepción a la norma general “el que mate a otro será castigado con la pena de ...?”, la respuesta a esta pregunta parece ser no.

El hecho de que los casos concretos a los cuales ha de aplicarse una norma admitan excepciones que, eventualmente, excluyan la aplicación de la norma en cuestión, genera lo que se ha denominado la estructura abierta o indeterminada de las normas jurídicas. **Es decir, la norma general y abstracta no contempla por regla general la enunciación de todas las excepciones a su aplicación** y, en tal sentido, su aplicación se ve restringida a un núcleo mínimo de casos que se condicen con la descripción ideal del supuesto normativo, quedando, en teoría, la inmensa mayoría de los casos concretos llamados a regularse por la norma en un estado de indeterminación; lo que, por otro lado supone la posibilidad de **DERROTABILIDAD** de la norma, en el sentido de que **su aplicación no se encuentra asegurada de antemano, sino sólo después de efectuado un proceso exegético (de interpretación), más bien de naturaleza probable que apodíctica, mediante el cual se entiende que la norma es aplicable.**

Durante las últimas décadas este problema se ha transformado en un verdadero desafío para los teóricos del derecho, quienes no han cesado en sus esfuerzos por encontrar ciertos criterios que permitan afirmar la existencia de normas inderrotables, con lo cual se lograría salvar las ideas de “certeza” y “seguridad” jurídicas y no se caería de lleno en un escepticismo o relativismo jurídico susceptible de arbitrariedad. En este sentido, se ha sostenido que, incluso cuando efectivamente los sistemas jurídicos contemplan normas derrotables, no es menos cierto que también existe un gran número de normas inderrotables, en función de ciertos mecanismos presentes en los propios ordenamientos, tales como el de la existencia de normas de clausura y normas de preeminencia.

Una norma de clausura es una tal que contempla de manera suficiente las excepciones previstas por una norma, de modo tal, que frente a la duda en cuanto a su aplicación la norma de clausura cierra el debate de manera definitiva. Un buen ejemplo de lo anterior lo constituye el artículo 445 del

Código de Procedimiento Civil, en cuanto señala cuáles bienes son inembargables; de modo tal que frente a la duda sobre si determinado bien de propiedad de un deudor puede o no ser embargado, esta norma viene a cerrar el debate señalando cuáles bienes no son embargables y, *a contrario sensu*, cuales sí. Por otra parte, **una norma de preeminencia** es aquella que establece de manera anticipada cuál es la jerarquía normativa o simplemente la norma a ser aplicada frente a la indeterminación del supuesto; de forma tal que siempre será posible recurrir a la norma superior, posterior o especial para precisar si es o no dable la aplicación de una determinada norma.

Por último, hay que tener presente que el tema de la derrotabilidad de las normas no se debe confundir con el de la contradicción normativa (hecho que se produce cuando frente a un mismo caso concreto parece haber dos o más normas vigentes y aplicables) o con el de la indeterminación normativa (cuando lisa y llanamente no se han regulado determinados supuestos).

CUESTIONARIO

Luego de leer detenidamente el presente apunte conteste el alumno las siguientes preguntas:

- 1.- Qué es un operador jurídico.
- 2.-Cuál es el operador jurídico más importante, justifique su respuesta.
- 3.- Cómo se garantiza la racionalidad del actuar de los órganos jurisdiccionales.
- 4.- Qué es un canon de interpretación.
- 5.- Cuáles son los cánones de la interpretación, explíquelos con sus propias palabras.
- 6.- Qué es un argumento jurídico.
- 7.- Señale ejemplos de cada uno de los argumentos jurídicos contenidos en el apunte.
- 8.-Cuál es el problema de la derrotabilidad del derecho.
- 9.- Tiene alguna connotación práctica el tema de la derrotabilidad de las normas jurídicas. Fundamente su respuesta.
- 10.- Qué remedios contemplan los sistemas jurídicos frente al tema de la derrotabilidad.