

RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN

**LAS OBLIGACIONES
BÁSICAS DE LOS JUECES**

MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
MADRID 2005 BARCELONA

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
INTRODUCCIÓN	15
CAPÍTULO I. LA OBLIGACIÓN DE JUZGAR	19
CAPÍTULO II. LA APLICACIÓN DE LOS ENUNCIADOS JURÍDICOS ..	21
1. ENUNCIADOS PRIMARIOS Y ENUNCIADOS SECUNDARIOS	21
2. LA APLICACIÓN DE LOS ENUNCIADOS JURÍDICOS PRIMARIOS....	22
2.1. La teoría del silogismo de la aplicación del derecho	22
2.1.1. Exposición.....	22
2.1.2. Comentarios	25
2.2. La concepción lógica de la aplicación de los enunciados jurídicos ...	28
2.2.1. Exposición.....	28
2.2.2. Diferencias entre la concepción lógica y la teoría del silogismo de la aplicación del derecho.....	29
2.2.3. Comentarios	31
2.2.3.1. Afirmaciones gratuitas.....	32
2.2.3.2. Consecuencias absurdas.....	33
2.3. La tesis lógica de los tribunales	37
2.4. Concepciones alternativas.....	42
2.4.1. Exposición.....	42
2.4.2. Comentarios a las concepciones alternativas a la teoría del silogismo de la aplicación del derecho	43
2.4.2.1. Como teorías acerca de las decisiones judiciales en general.....	43
2.4.2.2. Como teorías acerca de las decisiones judiciales que aplican un enunciado jurídico (primario).....	44

	<u>Pág.</u>
2.5. La concepción sintáctica	47
2.5.1. La tesis central	47
2.5.2. Comentarios	48
3. LA APLICACIÓN DE LOS ENUNCIADOS JURÍDICOS SECUNDA- RIOS	68
3.1. Introducción	68
3.2. De nuevo, la concepción lógica	71
3.3. La concepción semántica	80
3.3.1. La tesis central	80
3.3.2. Comentarios	81
4. LA APLICACIÓN DE LOS ENUNCIADOS JURÍDICOS, EN GENE- RAL	87
 CAPÍTULO III. LA APLICACIÓN DEL DERECHO	 91
1. LA APLICACIÓN DEL DERECHO COMO APLICACIÓN DE ENUN- CIADOS JURÍDICOS	91
1.1. Formulación de la tesis	91
1.2. Comentarios	92
2. EL TEMA DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO COMO PARTE DE LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO	99
3. LA APLICACIÓN DEL DERECHO Y EL PUNTO DE VISTA INTERNO	100
 CAPÍTULO IV. LA JURISDICCIÓN	 103
1. DECISIONES QUE DICEN EL DERECHO	103
1.1. Decir el derecho	103
1.2. Clasificaciones de las decisiones judiciales	104
1.2.1. Decisiones estimatorias y decisiones desestimatorias.....	104
1.2.1.1. Descripción	104
1.2.1.2. Decisiones que dicen el derecho material	104
1.2.1.3. Decisiones que dicen el derecho procesal.....	105
1.2.1.4. Corolarios	107
1.2.2. Decisiones no desestimatorias y decisiones desestimatorias	109
1.2.3. Importancia de las clasificaciones.....	110
2. LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL	110
2.1. Definición	110
2.2. La actividad de juzgar y la actividad jurisdiccional.....	111
2.3. La actividad jurisdiccional en la aplicación de los enunciados jurídi- cos primarios	112

	<u>Pág.</u>
2.4. La actividad jurisdiccional en la aplicación de los enunciados jurídicos secundarios	113
2.4.1. Los enunciados jurídicos secundarios como prescripciones ...	113
2.4.1.1. La aplicación como cumplimiento.....	113
2.4.1.2. Cumplimiento y obediencia en la aplicación de los enunciados jurídicos secundarios.....	116
2.4.2. Los enunciados jurídicos secundarios como advertencias	116
2.5. Cumplimiento y aplicación de los enunciados jurídicos.....	117
2.6. La jurisdicción como función judicial	118
2.6.1. El texto constitucional.....	118
2.6.2. Comentarios	119
CAPÍTULO V. LA CORRECCIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES ...	133
1. CORRECCIÓN COMO CONFORMIDAD AL DERECHO	133
2. CORRECCIÓN MATERIAL	134
2.1. De las decisiones en general	134
2.2. La corrección material de las decisiones estimatorias	135
2.2.1. Definición	135
2.2.2. Consecuencias.....	135
2.2.2.1. Si una decisión aplica un enunciado jurídico entonces es materialmente correcta.....	135
2.2.2.2. La corrección material de las decisiones estimatorias y el proceso decisorio.....	135
2.3. La corrección material de las decisiones desestimatorias	136
2.3.1. Definición	136
2.3.2. La corrección material de las decisiones desestimatorias y el proceso decisorio	136
2.4. La exigencia jurídica de que las decisiones judiciales sean materialmente correctas	137
3. CORRECCIÓN PROCEDIMENTAL	138
3.1. Corrección procedimental como corrección procesal	138
3.2. Independencia entre corrección procesal y proceso decisorio	138
4. CORRECCIÓN MATERIAL Y CORRECCIÓN PROCESAL	139
5. LA SEGUNDA OBLIGACIÓN BÁSICA DE LOS JUECES	140
CAPÍTULO VI. LA MOTIVACIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES ..	143
1. LA EXIGENCIA JURÍDICA DE MOTIVAR LAS DECISIONES JUDICIALES	143
1.1. La tercera obligación básica de los jueces	143
1.2. ¿Qué es motivar una decisión judicial?.....	144

	<u>Pág.</u>
1.3. Independencia conceptual entre decisión judicial correcta y motivación.....	146
1.4. Dependencia legal entre decisión judicial correcta y motivación.....	149
2. EL RAZONAMIENTO JUSTIFICATORIO: TEORÍAS Y PRÁCTICA	151
2.1. La concepción estándar del razonamiento justificatorio	152
2.1.1. Exposición.....	152
2.1.2. Comentarios	154
2.2. El razonamiento justificatorio, según las tesis defendidas en esta obra	162
2.2.1. La conclusión final del razonamiento justificatorio	162
2.2.2. El problema de la profundidad de la justificación.....	164
2.3. La motivación de las decisiones judiciales, según el legislador	168
2.3.1. Exposición.....	168
2.3.2. Comentarios	168
2.4. La motivación en la práctica forense	175
2.4.1. La finalidad de la motivación judicial.....	175
2.4.2. La motivación judicial y los enunciados jurídicos primarios	176
2.4.3. La motivación judicial y los enunciados jurídicos secundarios	181
3. LA JUSTIFICACIÓN DE LA CORRECCIÓN MATERIAL DE LAS DECISIONES JUDICIALES ESTIMATORIAS.....	185
3.1. Profundidad y solidez de los razonamientos justificatorios descritos en esta obra.....	185
3.2. La tesis ontológica	187
3.3. La tesis interpretativa	189
3.4. La tesis filosófico-lingüística	192
3.5. La tesis fáctico-jurídica.....	193
3.5.1. Los enunciados calificativos	193
3.5.2. La cuestión fáctico-jurídica.....	195
3.5.3. La <i>quaestio facti</i>	196
3.5.3.1. El razonamiento probatorio: caracterización	196
3.5.3.2. Las premisas del razonamiento probatorio	197
3.5.3.3. La conclusión final del razonamiento probatorio .	200
3.5.3.4. Fases del razonamiento probatorio	204
3.5.4. La <i>quaestio iuris</i>	213
3.5.4.1. La calificación jurídica de los hechos: la subsumción	213
3.5.4.2. Ejemplos	215
3.5.4.3. La <i>quaestio iuris</i> y las definiciones	216
3.5.4.4. La <i>quaestio iuris</i> y los problemas interpretativos .	219
3.5.5. Características generales de la cuestión fáctico-jurídica.....	223
3.5.5.1. La distinción entre la etapa empírica y la etapa analítica.....	223

	<u>Pág.</u>
3.5.5.2. Los hechos extrajurídicos	226
3.5.5.3. Falibilidad de la conclusión última	227
3.5.5.4. Reconsideración de la tesis de H. KELSEN	231
3.5.5.5. Independencia entre corrección de la decisión y motivación	232
3.5.5.6. Sobre la unidad del razonamiento fáctico-jurídico ..	236
3.5.6. La regulación legal y la práctica judicial con relación a la tesis fáctico-jurídica.....	236
3.6. La tesis sintáctica o sintáctico-semántica.....	241
3.6.1. El problema interno.....	241
3.6.2. La tesis sintáctica y la justificación de las decisiones que aplican un enunciado primario.....	243
3.6.3. La tesis sintáctico-semántica y la justificación de las deci- siones que aplican un enunciado jurídico secundario	244
4. LA JUSTIFICACIÓN DE LA CORRECCIÓN MATERIAL DE LAS DECISIONES JUDICIALES DESESTIMATORIAS	245
5. LA RAZÓN EN LA ACTIVIDAD JUDICIAL	247
5.1. En el proceso justificatorio y en el proceso decisorio	247
5.2. Características de los razonamientos judiciales	250
5.3. Sobre el razonamiento jurídico	251

**CAPÍTULO VII. ARBITRARIEDAD Y DISCRECIONALIDAD EN LA
ACTIVIDAD JUDICIAL** 255

1. ARBITRARIEDAD Y DISCRECIONALIDAD	255
1.1. Los actos y su relación con los enunciados prescriptivos	255
1.2. La arbitrariedad.....	256
1.3. La discrecionalidad	257
1.3.1. La discrecionalidad en general.....	257
1.3.1.1. Caracterización	257
1.3.1.2. Discrecionalidad y arbitrariedad.....	258
1.3.2. Tipos de discrecionalidad.....	258
1.3.2.1. Clasificación	258
1.3.2.2. La discrecionalidad por conocimiento de la irrele- vancia.....	259
1.3.2.3. La discrecionalidad por indeterminación respecto a la realización del supuesto de hecho	260
1.3.2.4. La discrecionalidad en sentido propio	262
1.3.2.5. La discrecionalidad por indeterminación respecto a la realización de la consecuencia	263
1.3.2.6. Discrecionalidad en sentido propio y discreciona- lidad en sentido impropio	264
1.3.3. Ámbitos de discrecionalidad	265

	<u>Pág.</u>
1.3.4. Arbitrio y actuación discrecional	266
2. DISCRECIONALIDAD Y ARBITRARIEDAD EN LA DECISIÓN DE LOS LITIGIOS	267
3. DISCRECIONALIDAD Y ARBITRARIEDAD EN LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL	268
3.1. Particularidades de los ámbitos de discrecionalidad con relación a la obligación jurisdiccional	268
3.2. La discrecionalidad en sentido propio y la obligación jurisdiccional	269
3.2.1. Casos en que existe discrecionalidad en sentido propio res- pecto a la obligación jurisdiccional	269
3.2.1.1. Enunciados jurídicos incompatibles	269
3.2.1.2. Enunciados secundarios que dejan libertad al juez..	269
3.2.2. Casos en que no existe discrecionalidad en sentido propio respecto a la obligación jurisdiccional	271
3.2.2.1. Cuando sólo hay una decisión que dice el derecho..	271
3.2.2.2. Cuando ninguna decisión dice el derecho.....	272
3.3. La discrecionalidad en sentido impropio y la obligación jurisdic- cional	273
3.3.1. Introducción	273
3.3.2. Dudas acerca de si un enunciado es jurídico	274
3.3.3. Dudas acerca de si una decisión aplica un enunciado	274
3.3.3.1. Cuatro tipos de problemas	274
3.3.3.2. El problema intrpretativo	275
3.3.3.3. El problema de prueba.....	281
3.3.3.4. El problema de calificación.....	283
3.3.3.5. El problema interno	311
3.4. Independencia entre discrecionalidad en sentido propio y discrecio- nalidad en sentido impropio	316
4. DISCRECIONALIDAD Y ARBITRARIEDAD EN LA MOTIVACIÓN.....	317
4.1. Dificultades para la distinción teórica entre discrecionalidad y arbi- trariedad	317
4.2. Dificultades respecto a las premisas	319
4.2.1. Sobre la alta probabilidad de las premisas	319
4.2.2. Sobre la verdad de las premisas	321
4.2.2.1. Sobre la verdad de las tesis ontológicas.....	321
4.2.2.2. Sobre la verdad de las tesis interpretativas	322
4.2.2.3. Premisas que no son verdaderas, ni falsas	322
4.3. Dificultades respecto a los razonamientos	327
4.4. El problema de las premisas implícitas.....	328
BIBLIOGRAFÍA	331

INTRODUCCIÓN

El tema que más ha interesado siempre a los filósofos del derecho ha sido el de la naturaleza o concepto de derecho. Piénsese, por lo que respecta a la filosofía del derecho contemporánea, en las obras de F. K. SAVIGNY, R. V. IHERING, J. AUSTIN, H. KELSEN, A. ROSS y H. L. A. HART. Pero desde hace tres décadas, aproximadamente, el interés de los filósofos del derecho se ha desplazado al estudio de la actividad judicial¹.

La actividad judicial puede ser descompuesta en tres tareas fundamentales, que corresponden a otras tantas obligaciones que el derecho impone a los jueces: decidir los casos litigiosos, decidirlos conforme al derecho y motivar sus decisiones². Sobre dichas obligaciones versa el libro que el lector tiene ante él. Una vez realizadas estas tres tareas, todavía les queda a los jueces una obligación más que cumplir: la obligación, dicho en los términos de nuestra legislación, de hacer ejecutar lo juzgado. Pero el estudio de esta cuarta obligación queda fuera de los límites de la presente obra.

La obligación más importante de los jueces es, indudablemente, la de decidir los casos litigiosos que son sometidos a su consideración, formular decisiones que resuelvan esos litigios. Sin embargo, la mayoría de los autores consideran que el estudio de esta actividad, incluida en el llamado «contexto de descubrimiento», no es una tarea propia de la filosofía del derecho. El aspecto de la actividad judicial que ha atraído durante los últimos años el interés de los

¹ Con una afirmación parecida comienza el libro de ITURRALDE SESMA, 2003:13: «No descubro nada si digo que en los últimos cincuenta años buena parte de la filosofía del derecho viene dedicando su atención al razonamiento jurídico en general y al judicial en particular».

² ALCHOURRÓN, 1996: 333, afirma que son «principios» de una «sociedad contemporánea» los tres siguientes: 1.º los jueces deben decidir los casos que son sometidos a su consideración (principio de inexcusabilidad); 2.º las decisiones judiciales deben ser fundadas (principio de justificación), y 3.º el fundamento de las decisiones judiciales han de ser normas jurídicas (principio de legalidad). ALCHOURRÓN no menciona, ni como obligación de los jueces ni como principio, el decidir los casos litigiosos conforme al derecho. Pero es esto, el decidir los casos litigiosos conforme al derecho, y no el fundamentar las decisiones en el derecho, lo que exige, dicho en términos convencionales, el principio de legalidad.

filósofos del derecho es la motivación de las decisiones, los razonamientos realizados por los jueces para justificar o fundamentar sus decisiones; una actividad que forma parte del llamado «contexto de justificación». De ahí el auge de las teorías de la argumentación jurídica.

Comparto la opinión de que el análisis de la actividad decisoria de los jueces no es un tema propio de la filosofía jurídica, sino de la psico-sociología jurídica. Y pienso también que, en cambio, el análisis de la obligación de motivar las decisiones sí es un tema propio de la filosofía del derecho. Sin embargo, considero que, desde el punto de vista de esta disciplina, la obligación de decidir conforme al derecho es más importante que la obligación de motivar las decisiones.

Pues motivar una decisión judicial consiste en justificar que la decisión es conforme al derecho. Por ello, el análisis de la obligación de motivar una decisión, el análisis de la obligación de justificar que una decisión es conforme al derecho, presupone que previamente ha quedado determinado qué es una decisión judicial conforme al derecho.

Por todas estas razones opino que, de las tres obligaciones básicas de los jueces, la obligación de decidir conforme al derecho es, desde el punto de vista de la filosofía del derecho, la más importante. Es una obligación situada, por así decirlo, entre la obligación de decidir y la obligación de motivar la decisión. Sin embargo, los filósofos del derecho han saltado por encima de ella. Después de dejar a un lado la actividad decisoria de los jueces, se han centrado en el estudio de la justificación de las decisiones judiciales³, sin detenerse en lo que constituye el aspecto de la actividad judicial más interesante para la filosofía del derecho.

El análisis de la actividad de decidir conforme al derecho presupone, obviamente, que antes ha quedado establecido, de una manera u otra, qué es el derecho. No es posible, por tanto, analizar la actividad judicial sin haber tomado partido previamente acerca de la cuestión que ha preocupado secularmente a los filósofos del derecho.

Estas observaciones permiten comprender mejor el plan general de este libro, que es el siguiente:

El capítulo I («La obligación de juzgar»), muy breve, trata de la obligación que tienen los jueces de decidir los casos litigiosos que son sometidos a su consideración.

En el capítulo II («La aplicación de los enunciados jurídicos»), se expone qué es aplicar un enunciado jurídico, en polémica con diversas concepciones, y distinguiendo entre la aplicación de los enunciados jurídicos primarios y la aplicación de los enunciados jurídicos secundarios.

El capítulo III («La aplicación del derecho») parte de la noción de aplicar un enunciado jurídico expuesta en el capítulo precedente y de la concepción del derecho sostenida y justificada por quien esto escribe en una obra anterior. Sobre esta base, se define la noción de aplicar el derecho. También se expone

³ «El análisis de las decisiones jurídicas es el análisis de las fundamentaciones», dice ALEXU, 2003a: 10.

cuál es el lugar que ocupa el tema de la aplicación del derecho en el conjunto de los estudios jurídicos.

La noción central del capítulo IV («La jurisdicción») es la de decir el derecho (pues en esto consiste la jurisdicción). Pero es necesario distinguir previamente varios tipos de decisiones judiciales. Hay que distinguir sobre todo entre decisiones estimatorias y decisiones desestimatorias. Esta distinción es importante a efectos de la definición de la noción de decir el derecho, ya que las decisiones estimatorias y las desestimatorias no siempre dicen el derecho de la misma manera. Después se define, para cada clase de decisiones, la noción citada, usando para ello la noción de aplicar el derecho definida en el capítulo anterior. Ello permite definir posteriormente la actividad jurisdiccional, la actividad de decir el derecho. Por último, dicha actividad es presentada como una función u obligación de los jueces, que tiene, no obstante, ciertas limitaciones.

En el capítulo V («La corrección de las decisiones judiciales»), se define como decisión judicial correcta la decisión judicial que es conforme al derecho. Y se distingue entre decisión judicial materialmente correcta, que es la decisión que dice el derecho, y decisión judicial procesalmente correcta.

El capítulo VI («La motivación de las decisiones judiciales») presenta la motivación como un razonamiento, el razonamiento justificatorio, que pretende mostrar que una decisión, estimatoria o desestimatoria, es material y procesalmente correcta o conforme al derecho. Pero el capítulo se centra en el análisis de la motivación de la corrección material de las decisiones estimatorias. Se expone y comenta la concepción estándar del razonamiento justificatorio; se describe la motivación tal como es realizada en las Sentencias dictadas por nuestros jueces, y después son expuestos razonamientos justificatorios que son conformes con las tesis sostenidas en esta obra. Al final, se discute cuál es el lugar que ocupa la razón en la actividad judicial y de qué tipo de razón se trata.

En el capítulo VII y último del libro («Arbitrariedad y discrecionalidad en la actividad judicial»), son analizados los diversos ámbitos de discrecionalidad de que disponen los jueces para el cumplimiento de sus obligaciones básicas.

Las abreviaturas *Interpretación y Norma Jurídica*, que aparecen en algunas notas a pie de página, se refieren a mis libros *Interpretación, subsunción y aplicación del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 1999, e *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Madrid, Marcial Pons, 2.^a ed., 2002, respectivamente.

CAPÍTULO I

LA OBLIGACIÓN DE JUZGAR

En esta obra, se entiende por «decisión» ante todo un enunciado singular prescriptivo o cualificatorio. Por ejemplo, «¡Levántate!» y «¡No fumes!», que son enunciados singulares prescriptivos, son decisiones. Y los enunciados singulares «Juan es funcionario» y «Juan es el propietario de la finca F» también serían decisiones, si fueran enunciados cualificatorios (cosa que hay que determinar atendiendo al contexto en el que dichos enunciados son emitidos). No obstante, en ocasiones es útil ampliar la noción de decisión, hasta hacerla equivalente a la noción de enunciado, y así lo haré en algún caso.

Las decisiones son formuladas por individuos particulares, pero también por la Administración Pública y por los jueces. La Administración Pública formula decisiones que forman parte de las Resoluciones administrativas. Mientras que las decisiones dictadas por los jueces, las decisiones judiciales, están contenidas en las Sentencias y otras Resoluciones judiciales. Puesto que el objeto de esta obra es la actividad judicial, nos centramos ya desde ahora en las decisiones judiciales.

Lo que caracteriza a las decisiones judiciales es que éstas son formuladas con la finalidad de dirimir un litigio entre dos partes, respecto a las cuales el juez que dicta la decisión es un tercero, ajeno al pleito.

En el momento en el que un caso litigioso llega a conocimiento de un juez para su enjuiciamiento, éste despliega una actividad, denominada «proceso *decisorio*», tendente a la formulación de una decisión (tendente a la formulación de un enunciado singular prescriptivo o cualificatorio) que resuelva el litigio. El proceso decisorio comprende diversas actividades psíquicas y, normalmente, también sociales, laborales, de la persona, del juez, que enjuicia el litigio, siendo la última de ellas la formulación de la decisión, llamada «fallo», «acuerdo», etcétera.¹

¹ NIETO, 1993: 67-72, describe algunos factores que influyen en la actividad decisoria de los jueces. Mientras que SARTOR, 2005, cap. 12, ofrece un análisis detallado de los diversos estados mentales por los que atraviesa la conciencia del juez hasta llegar a formular la decisión.

La formulación de la decisión que resuelve el litigio, la culminación del proceso decisorio, es la que merece el nombre de «acción de *juzgar*», en el sentido de resolver el litigio “decretando” o “dictaminando” algo, o “sentenciando”. Obviamente, juzgar, decidir litigios, es una actividad esencial de los jueces. Un juez que no juzgue es, en rigor, impensable. Mas, a fin de que no existan dudas al respecto, el derecho impone a los jueces (a las personas calificadas como jueces por el propio derecho) la obligación de juzgar, convirtiendo esta actividad, la de juzgar, en una actividad obligatoria para ellos. Esto es lo que hace el derecho español actual en el artículo 11.3 de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial: «Los Jueces y tribunales, de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen...».

Mas juzgar no es sólo una actividad esencial de los jueces, sino incluso la única función consustancial a la condición de juez. Además, las restantes funciones u obligaciones básicas de los jueces presuponen que es función u obligación de los jueces juzgar. Por ambas razones, juzgar es la función judicial por antonomasia; la que merece ser denominada «función judicial», en el sentido estricto de esta expresión.

Pero la actividad de juzgar consiste simplemente en decidir los casos litigiosos. No implica decidirlos de una manera u otra. El cómo decidir los litigios constituye el contenido de la segunda obligación básica de los jueces, la obligación de decidir conforme al derecho. Sobre ella versan los cuatro capítulos siguientes.

CAPÍTULO II

LA APLICACIÓN DE LOS ENUNCIADOS JURÍDICOS

1. ENUNCIADOS PRIMARIOS Y ENUNCIADOS SECUNDARIOS

Para el análisis de los temas de que se ocupa esta obra, es preciso distinguir dos grandes grupos de enunciados jurídicos, e incluso de enunciados en general, que voy a denominar «enunciados *secundarios*» y «enunciados *primarios*».

Enunciados *secundarios* son los enunciados que establecen qué contenido deben tener o tendrán las decisiones dictadas por la Administración Pública o por los jueces en determinados casos. Son enunciados secundarios el enunciado que establece que si alguien fuma en un hospital la Administración debe sancionarle o le sancionará con tal multa y el enunciado que establece que si alguien roba el juez debe sancionarle o le sancionará con tal pena de prisión.

Esta definición de enunciado secundario permite decir que todos los enunciados secundarios tienen como destinatario a la Administración Pública o a los jueces. Aunque no todos los enunciados cuyos destinatarios sean la Administración Pública o los jueces son enunciados secundarios. Por ejemplo, un enunciado jurídico que diga que la Administración Pública o los jueces deben resolver un asunto determinado, pero no diga cómo debe ser resuelto el asunto, no es un enunciado secundario.

Enunciados *primarios* son: *a)* los enunciados prescriptivos, cuyos destinatarios no son la Administración Pública ni los jueces, y *b)* los enunciados cualificatorios. Ejemplos de enunciados primarios son el enunciado prescriptivo que dice que el que compra un bien inmueble está obligado a pagar el impuesto de transmisiones patrimoniales y el enunciado cualificatorio que dice que el que adquiere una cosa por sucesión hereditaria es propietario de ella.

Una de las tesis principales de este trabajo es que no es lo mismo la aplicación de los enunciados jurídicos primarios que la aplicación de los enunciados

jurídicos secundarios. De ahí la distinción entre estas dos categorías de enunciados. Y de ahí también que la aplicación de los enunciados jurídicos primarios sea tratada en un apartado, el que viene a continuación, y la aplicación de los enunciados jurídicos secundarios, en otro apartado, el inmediatamente posterior.

2. LA APLICACIÓN DE LOS ENUNCIADOS JURÍDICOS PRIMARIOS

2.1. La teoría del silogismo de la aplicación del derecho

2.1.1. *Exposición*

La teoría del silogismo de la aplicación del derecho (en adelante, SAD) es, sin lugar a dudas, la concepción más antigua, más difundida y más elaborada de la aplicación de los enunciados jurídicos primarios. De esta teoría existen varias versiones, dos de las cuales van a ser expuestas a continuación¹.

Para ello, examinemos el siguiente ejemplo:

- [1] Quien compra una cosa está obligado a pagar su precio;
- [2] Miguel compra el piso P;
- [3] Miguel está obligado a pagar el precio del piso P.

Supongamos que el enunciado [1] es un enunciado jurídico. Es entonces un enunciado jurídico prescriptivo primario. Por otra parte, el enunciado [2] es un enunciado descriptivo, que suponemos verdadero (en este enunciado [2], el símbolo «P» está en lugar, naturalmente, de una descripción detallada que identifique de forma inequívoca, por ejemplo, un determinado piso-vivienda). Por último, supongamos también que a un juez o juzgador se le solicita que ordene a Miguel pagar el precio del piso P y, en respuesta a esa petición, el juzgador formula el enunciado [3], como decisión que resuelve el litigio.

Parece evidente, aceptadas las hipótesis anteriores, que la decisión [3] aplica el enunciado jurídico [1]. En cambio, otras decisiones o enunciados, como «Condono a Miguel a cinco años de prisión», «Rosa debe derribar la casa que ha construido», «Hace calor» y «Dos y dos son cuatro» no lo aplicarían. Pero, ¿por qué? ¿por qué la decisión [3] aplica el enunciado [1]?

La respuesta que a esta pregunta da una de las versiones de SAD, y que llamaré «SAD₁», es la siguiente:

Porque el juez o juzgador obtiene la decisión [3] a través de un razonamiento deductivo, denominado usualmente «silogismo de la aplicación del derecho» o «silogismo judicial». En este razonamiento, el enunciado jurídico primario prescriptivo [1] ocupa el lugar de la llamada «premisa normativa», también denominada «premisa mayor» o «primera premisa»; el enunciado descriptivo [2] es la «premisa fáctica», también denominada «premisa menor» o «segunda premisa»; y, finalmente, la decisión [3] es la conclusión deducida de los dos enunciados previos. En síntesis, lo que SAD₁ sostiene es que la decisión [3] apli-

¹ Sobre diversas concepciones de la teoría del silogismo de la aplicación del derecho, véase ITURRALDE SESMA, 1991: 241 ss.

ca el enunciado jurídico primario [1] por ser la conclusión de un razonamiento deductivo que el juez o juzgador realiza tomando como premisas el enunciado jurídico [1] y un enunciado descriptivo (concretamente, el enunciado [2])².

No es muy ortodoxo calificar como silogismo la anterior secuencia de enunciados [1] / [2] / [3], ya que «la teoría del silogismo no toma en consideración los enunciados singulares como “Sócrates es blanco”» y los dos últimos enunciados de dicha secuencia son singulares³. En cualquier caso, no debería hablarse indistintamente de «silogismo de la aplicación del derecho» y «silogismo judicial», equiparando así la aplicación del derecho con la actividad judicial. Pues, como tendremos ocasión de comprobar, ni todos los jueces aplican el derecho, ni sólo los jueces aplican el derecho.

Otra denominación para la anterior secuencia de enunciados, denominación frecuente en obras doctrinales, es «silogismo de la subsunción». Quizá se quiere decir con ello «silogismo categórico de la primera figura»⁴. Pero, en el análisis de la actividad judicial, se debe distinguir entre los silogismos o razonamientos y la subsunción.

Hay, no obstante, otras denominaciones más cuestionables que las anteriores:

Una de ellas, que se está imponiendo en las obras de filosofía del derecho, es *modus ponens*⁵. Esta denominación alude a la regla de inferencia *modus ponendo ponens* (no a la *modus tollendo ponens*). Pero la regla *modus ponendo ponens* no autoriza la inferencia del enunciado [3] a partir de los enunciados [1] y [2]. Dicha inferencia requiere, no sólo el concurso de la regla *modus ponendo ponens*, sino también y en primer lugar el de la regla de instanciación universal, o de eliminación del cuantificador universal, además de cierta tolerancia en la formulación de ambas reglas (pues, en rigor, para la inferencia que nos ocupa, serían necesarias variantes o extensiones de las reglas citadas, a fin de que éstas pudieran tener como premisas enunciados prescriptivos). La segunda de dichas reglas es la que autoriza a inferir, del enunciado universal [1] («Quien compra una cosa está obligado a pagar su precio»), el enunciado singular «Si Miguel compra el piso P entonces Miguel está obligado a pagar el precio del piso P». Mientras que la primera, la regla *modus ponendo ponens*, es la que, tomando como premisas este último enunciado (el enunciado «Si Miguel compra el piso P entonces Miguel está obligado a pagar

² En términos parecidos expone la teoría del «silogismo judicial» MAZZARESE, 1996: 27: «la norma expresada por el dispositivo de una decisión judicial es presentada como el resultado de una inferencia lógica en la cual el enunciado del dato jurídico y el enunciado del dato factual constituyen, respectivamente, la premisa mayor y la premisa menor». Análogamente, GUASTINI, 1999: 171, escribe que la «aplicación jurisdiccional del derecho, de hecho, es concebida en el pensamiento jurídico moderno a la manera de Beccaria, o sea, como un razonamiento silogístico —y por tanto como una operación puramente lógica y cognitiva— en el que: la premisa mayor es una norma preconstituida (“Todos los asesinos deben ser castigados”); la premisa menor es una aserción factual que subsume el supuesto de hecho concreto dentro de la clase de supuestos de hecho regulados por esa norma (“Tizio es un asesino”); la conclusión es un precepto singular y concreto (“Tizio debe ser castigado”)).

³ Las palabras citadas son de MATES, [1965] 1974: 253. También ITURRALDE SESMA criticaría que el razonamiento anterior sea calificado como un silogismo, por no encajar en ninguna de las figuras silogísticas clásicas (véase ITURRALDE SESMA, 1991: 259 ss.).

⁴ Véase GARRIDO, 1974: 160 nota.

⁵ Véase AARNIO, 2004: 55; ATRIA, 2002: 173; CALVO y VENIER, 2003: 158-159; YOSHINO, 1981: 236.