

Discursos jurídicos y pretensión de corrección. Consideraciones de pragmática jurídica

Silvia Zorzetto

Profesora en la Universidad de Milan (Italia)

silvia.zorzetto@unimi.it

1. Introducción

Ciudadanos, jueces, abogados y juristas presentan y defienden sus propios comportamientos y sus propias tesis y conclusiones jurídicas en términos de corrección, sostienen que estas son correctas, mientras que son incorrectas aquellas que les son contrarias o incompatibles. En muchos casos, se sostiene que su propia solución o conducta jurídica es la “única” correcta o la “mas” correcta.

Parto de esta constatación para analizar en qué sentido el discurso jurídico y, en particular, el discurso jurisprudencial o judicial es relativo a una pretensión de corrección y si y en qué condiciones esta pretensión es sostenible desde el punto de vista teórico-filosófico.

Antes de entrar al fondo del asunto, es necesario ofrecer algunas precisiones terminológicas y de método y delimitar el contexto de análisis.

En primer lugar, con “discurso jurisprudencial” o “discurso judicial” –entendiéndolos aquí como sinónimos de manera estipulativa- entenderé no solo a los discursos de los jueces o de los árbitros, sino también a los discursos de los otros participantes de asuntos contenciosos, existentes o contingentes (ciudadanos y sus defensores, etc.). Deben entenderse también los discursos de los funcionarios públicos y de la administración pública en la fase procesal y pre o para contenciosa. En pocas palabras, cuando hablo de “discurso jurisprudencial” o “judicial” me referiré a los discursos realizados por cualquier participante de la práctica jurídica con cautela, de todas formas, a situaciones “patológicas” en las cuales emergen posiciones o intereses contrapuestos.

Creo, de todos modos, que lo que diré pueda valer para el discurso jurídico en general, en cuanto, como veremos, la pretensión de corrección este presente, aunque en forma subyacente, también en las situaciones “fisiológicas” en la cual no es necesario invocar explícitamente la corrección de lo que se sostiene o se hace, por la simple razón que nadie lo pone en discusión.

También en estas situaciones, todavía, la corrección es una pretensión implícita que de contingente o no expresa se convierte en existente o manifiesta cuando lo que parece o se asume pacífico u obvio deviene en contestable o contestado.

Es apenas el caso de recordar que el tema atendido aquí a menudo viene desarrollado en el contexto de cuestiones más amplias, como la naturaleza objetiva del derecho, su coherencia, el cognitivismo interpretativo, la científicidad de los discursos jurídicos, la universalidad del razonamiento jurídico, la conexión entre derecho y moral¹.

Sin afrontar estas cuestiones que van más allá de los fines limitados del presente análisis, en los próximos párrafos intentare proporcionar una explicación, teóricamente defendible, de la praxis jurídica que ha sido mencionada al inicio.

En síntesis, argumentare que la pretensión de corrección es una característica interna de la práctica jurídica y necesaria para su existencia. Buscare aclarar en qué sentido la pretensión de corrección es un aspecto “interno” y “necesario”. Sostendré además que, en diversos contextos, esta pretensión puede permanecer implícita o, al contrario, convertirse en manifiesta y que esta tiende a manifestarse mucho más cuando la tasa de desacuerdos o controversias del contexto jurídico específico es mayor.

Los principales puntos de referencia serán en adelante² la *right answer thesis* de Ronald M. Dworkin³ y la tesis de la pretensión de corrección del derecho de Robert Alexy⁴.

¹ Véase. M. La Torre, *Constitutionalism and Legal Reasoning*, Dordrecht, Springer, 2007 p. 131; Z. Bankowski, J. MacLean (eds.), *The Universal and the Particular in Legal Reasoning*, Aldershot, Ashgate, 2006 p. xiv; F. Viola, “The Judicial Truth”, in *Persona y Derecho*, 32, 1995, pp. 249-266; J. de Sousa e Brito, “Does Legal Semiotics Cannibalize Jurisprudence?”, en *International Journal for the Semiotics of Law*, 22, 2009, pp. 387-398; P. Pettit, “Embracing Objectivity in Ethics”, en B. Leiter (ed.), *Objectivity in Law and Morals*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, pp. 234-286; J.M. Finnis, G. Grisez, J. Boyle, “Practical Principles, Moral Truth, and Ultimate Ends”, en *The American Journal of Jurisprudence*, 1987, pp. 99-151.

² Es necesario precisar que para el presente análisis han sido utilizados apuntes de las siguientes obras: A. Peczenik, “Coherence, Truth and Rightness in the Law”, en P. Nerhot (ed.), *Law, Interpretation and Reality. Essay in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence*, Dordrecht, Kluwer, 1990, pp. 275-309; J. Wróblewsky, “Problems of Judicial Reasoning in Civil Law and Common Law Systems - Some Reflections on Julius Stone's Approach”, in *Bulletin of Australian Society of Legal Philosophy*, 10, 1986, pp. 187-202; J.F. Malem Seña, *El error judicial y la formación de los jueces*, Barcellona, Gedisa, 2008; F. Carbonell, “Sobre la idea de decisión judicial correcta”, en *Analisi e diritto*, 2015, pp. 11-46; E. Diciotti, “Controversie interpretative, pretese di correttezza, giustificazioni”, en S. Pagliantini, E. Quadri, D. Sinesio (a cura di), *Scritti in onore di Marco Comporti*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 1103-1134.

³ El tema ha sido desarrollado por Dworkin en numerosas contribuciones, entre las cuales recuerdo: R.M. Dworkin, “Judicial Discretion”, en *Journal of Philosophy*, 60 (21), 1963, pp. 624-638; Id., “No Right Answer?”, en P.M.S. Hacker, J. Raz (eds.), *Law, Morality and Society. Essay in Honour of H.L.A. Hart*, Oxford, Oxford University Press, 1977, pp. 58-84; Id., “Is There Really No Right Answer in Hard Cases?”, en Id., *A Matter of Principle*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1985, pp. 119-145; Id., “Objectivity and Truth: You'd Better Believe it”, en *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 25, No. 2., 1996, pp. 87-139; Id., *Justice in Robes*, Cambridge Mass., The Belknap Press of Harvard University Press, 2006, Ch. 1 “Pragmatism in Law”, pp. 39-46, spec. 42-43 e p. 266.

⁴ De las muchas obras en las cuales el filósofo trata dicho argumento, recuerdo: R. Alexy, “Giustizia come correttezza”, trad. di B. Celano, en *Ragion Pratica*, 9, 1997, pp. 103-113; Id., *Concetto e validità del diritto*, trad. it. di F. Fiore, con introd. di G. Zagrebelsky, Torino, Einaudi, 1997, par. 4.3; Id., “Law and Correctness”, in *Current Legal Problems*, 1, 1998, pp. 205-221; Id., “On the Concept and Nature of Law”, en *Ratio Juris*, 21, 2008, pp. 281-299; Id., “Elementi fondamentali di una teoria della duplice natura del diritto”, en *Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, 2010, pp. 17-36; Id., *Teoria dei diritti fondamentali*, a cura di L. Di Carlo, Bologna, Il Mulino, 2012.

No haré una exégesis de las respectivas obras, ni es mi intención alimentar los amplios debates originados por dichas obras, desde las cuales se pueden considerar que sucesores y críticos han terminado por ofrecer lecturas personales, no solamente divergentes sino también distantes de lo dicho por estos dos filósofos.

En seguida, regresare a las tesis formuladas por Dworkin y Alexy, con la convicción que, una vez aislada de otros aspectos de su pensamiento, contengan intuiciones relevantes y compartibles.

Es necesario precisar además que el presente análisis tiene naturaleza explicativa-reconstructiva: no será, porque no puede ser, puramente descriptiva, pero tampoco busca concebir un modelo normativo o ideal del derecho o del discurso judicial.

Todo lo que diré constituye una propuesta de explicación relativa a los derechos vigentes, a nuestros familiares de cultura jurídica contemporánea pertenecientes a la “*Western Legal Tradition*”. No obstante, añado que el análisis podría ser extenso a la práctica jurídica global al nivel de concepto de derecho (vigente), entendiéndolo por “concepto de derecho”, en forma mínima, una práctica social compartida por una pluralidad de personas (una comunidad), caracterizada por el principio de autoridad, una cierta efectividad y la posibilidad de hacer uso de la fuerza en forma organizada, considerada vinculante y funcional a una regulación global de la vida de esa comunidad.

2. Corrección: concepto y concepciones

Anticipando algunas conclusiones, pero también algunos puntos problemáticos del análisis, está bien poner en relieve de manera rápida que la “corrección” es un concepto indeterminado y ambiguo, en el sentido que es susceptible de asumir muchos significados y por afirmar que cualquier cosa (y cual sea la cosa) es o no es correcto, es necesario asumir los criterios o parámetros de “corrección”.

Limitándonos a conocer el concepto en la esfera práctica, este es similar al de justicia (y otros numerosos conceptos como los de racionalidad y el mismo concepto derecho).

Además, como los conceptos de justicia y derecho, son conceptos normativos que presuponen un concepto mucho más amplio de los de norma o regla.

Sin embargo, a diferencia del concepto de justo, el concepto de “correcto” no es un concepto ético-valorativo, esto tomando en cuenta las siguientes consideraciones.

El concepto de correcto indica la conformidad interna a reglas preestablecidas (y cual sea su contenido). Con su uso se traza un límite formal, exactamente entre correcto o

incorrecto, sin dirigirnos necesariamente a la adhesión a una cierta moral sustancial o un cierto valor conexo a cualquier postura⁵.

Podemos decir que mientras lo justo es un concepto valorativo “caliente”, éticamente orientado, lo correcto es un concepto normativo o valorativo “frío”, de orden metodológico⁶.

Dicho de otro modo: el concepto de corrección es normativo como cualquier otro concepto o discurso de tipo metodológico porque incorpora una prescripción metodológica; al afirmar (P) es correcto existe un aspecto de adhesión, suscripción o aprobación implícita, por lo cual se sobre entiende que se *debe* hacer (P), *ceteris paribus*.

Se evidencia que este elemento normativo y de adhesión práctica no presenta algún ligamen lógico, necesario u ontológico con una determinada meta-ética o concepción del valor o de los valores: es lógicamente externo, y deja espacio a concepciones objetivistas o no objetivistas, cognitivistas o no cognitivistas en meta-ética, y puede ser compatible con la meta-ética divisionista o con la meta-ética no divisionista.

Igualmente, el concepto de corrección no está necesariamente conectado a un determinado valor o conjunto de valores –salvo si lo que se considera es un valor, aunque sea, “frío”- relativo al “conformismo metodológico”.

Admitiré que, por ejemplo, un acto o comportamiento sea correcto o incorrecto, esto es, que tenga sentido predicar la corrección (o no corrección) de una cierta decisión o acción presupone, de hecho, una postura que ha sido llamada, por Mario Jori, como formalismo práctico⁷, es decir, la existencia y la aceptación de reglas generales y abstractas relativas a una clase de casos, que deben seguirse en dichos casos.

Un corolario de lo que precede es que, en la esfera práctica y, en particular, jurídica, la corrección, más que ser una manifestación de instancias éticas o de conexión necesaria entre derecho y moral, como sostienen muchos estudiosos relevantes, puede ser al contrario una explicación del principio o concepto de universalidad.

Ello no implica que la corrección sea un concepto puramente lógico en ámbito jurídico.

⁵ Cfr. C. Luzzati, “Il formalismo dei diritti”, en *Etica & Politica / Ethics & Politics*, XV, 2013, 1, pp. 52-86, spec. p. 67; E. Besussi, “Ragioni ‘fredde’ e ragioni ‘calde’. Per una difesa della discontinuità”, en S. Maffettone, S. Veca (eds.), *Manuale di filosofia politica*, Roma, Donzelli, 1995, pp. 3-17.

⁶ Extraigo la distinción entre valores “fríos” y valores “calientes” de M. Jori, “Pragmatica, scienza giuridica e diritti”, en P. Comanducci e R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 377.

⁷ Cfr. M. Jori, *Il formalismo giuridico*, Giuffrè, Milano, 1980; A. Pintore, “Il formalismo giuridico: un confronto tra Jori e Schauer”, en *Revista Derecho PUCP*, N° 79, 2017.

Como se sabe, el principio de universalidad es el centro de numerosos debates entre los cuales existe, en particular, el relativo a su naturaleza lógica o de valor moral sustancial⁸.

Sin entrar en el fondo de estos debates, para los presentes fines es suficiente considerar que, en el contexto práctico, universalizar significa dar razones haciendo referencia (explícitamente o implícitamente) a reglas, máximas, principios: en resumen, a preceptos generales⁹. Además, proceder mediante prescripciones y valoraciones universales equivale a adherirse al principio de “justicia formal”, entendido como igualdad entre individuos pertenecientes a una clase¹⁰.

En ese sentido, una formulación clara del principio de universalidad es la siguiente: “we cannot judge an action to be *right* for A and *wrong* for B, *unless* we can find in the natures or circumstances of the two some *difference* which we can regard as *reasonable ground* for difference in their duties”¹¹.

La universalidad implica entonces que: “Si se dice que todos los miembros de una clase deben sufrir el tratamiento A, entonces se dice que cada miembro de aquella clase debe sufrir el tratamiento A”¹².

Estas formulaciones muestran el nexo existente entre corrección y universalidad y que la corrección de una tesis o de una toma de decisión práctica depende de previas reglas y reside en la justificación de conformidad a dichas reglas, *ceteris paribus*.

El principio de universalidad puede ser, de hecho, declinado, *mutatis mutandis*, en los siguientes términos de corrección: “Si es correcto que todos los miembros de una clase sufran el tratamiento de A, entonces es correcto que cada miembro de aquella clase sufra el tratamiento A”.

⁸ Cfr. ad es. R.M. Hare, “Universalisability”, in *Proceedings of the Aristotelian Society*, LV, 1954-1955, pp. 295-312; Id., *Freedom and Reason*, London, Oxford University Press, 1963, p. 7-31; Id., *Sorting out Ethics*, Oxford, Clarendon, 1997, pp. 12 e 19-21; U. Scarpelli, “Linguaggio valutativo e prescrittivo”, en *Jus*, IV, 4, 1953, pp. 305-326; Id., “Libertà, ragione e giustizia”, en *Rivista di filosofia*, LIV, 2, 1963, pp. 191-208. Vease N. MacCormick, *Rhetoric and The Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*, Oxford, Oxford UP, 2005, Ch. 5 “Universals and Particulars”. Por ultimo, cfr. E.T. Feteris, *Fundamentals of Legal Argumentation: A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions*, Dordrecht, Springer, 20172, pp. 99-103.

⁹ Cfr. R.M. Hare, *The Language of Morals*, Oxford, Clarendon, 1952, pp. 130 e 134; Id., *Freedom and Reason*, cit., pp. 30-31.

¹⁰ U. Scarpelli, “Libertà, ragione e giustizia”, cit., pp. 204-205.

¹¹ Cfr. P. Winch, “The Universalizability of Morals Judgements”, [1965], in Id., *Ethics and Action*, London, Routledge & Kegan Paul, 1972, pp. 151-170; H. Sidgwick, *The Methods of Ethics*, London, Palgrave Macmillan, 19077, rist. 1962, p. 209.

¹² G. Tarello, “Formule di giustizia, giustizia formale e logica formale”, en *Il problema della giustizia. Diritto ed economia. Diritto e politica. Diritto e logica. Atti del V convegno nazionale di Filosofia del diritto*. Roma, 31 maggio-4 giugno 1961. II Comunicazioni, Giuffrè, Milano, 1962, pp. 183-189.

Por lo tanto, en el contexto práctico y jurídico, la corrección al igual que la universalidad tiene carácter lógico, pero no meramente lógico, teniendo también el alcance metodológico el cual se ha dicho.

Así, por ejemplo, al afirmar que “es correcto pagar los impuestos en el caso (x), de un lado se asume la existencia y la aceptación de una regla general bajo la cual el caso (x) es subsumible, por otro lado, nos comprometemos a repetir el mismo juicio de corrección en cada situación igual, de manera relevante, al caso (x), sería entonces metodológicamente incorrecto, en el sentido de ser incoherente e injustificado aplicar una regla distinta sin mejores ni prevalente razones que excluyan su aplicación. Cabe señalar que, bajo este perfil, la corrección es algo más que la coherencia: al formular un juicio de corrección, cual sea la regla o criterio preexistente, se nos dispone a tenerlo firme en cada caso igual y a verificarlo en cada caso que presente posibles diferencias relevantes.

Ello significa que nada es correcto o incorrecto en absoluto, pero siempre en función del hecho que una regla sea aplicable a un caso, es decir, por el contrario, que un caso sea subsumible bajo una regla.

En el ámbito práctico, la corrección se puede, por tanto, explicar útilmente refiriéndonos a la estructura del silogismo práctico. Utilizando otra noción de la teoría general del derecho, esta refiere a la justificación interna de un razonamiento práctico.

Reasumiendo, la corrección es un concepto normativo que, por un lado, presupone la noción fundamental de regla general y se puede considerar comprometido a nivel metodológico con la idea de la universalidad (o generalidad-igualdad formal); por otro lado, depende de los criterios y parámetros de corrección no predefinidos o determinados por todos o en absoluto, por lo cual nuestros y otros juicios de corrección normalmente descienden de las más nutridas concepciones de corrección que incluyen ulteriores asunciones y valores.

Aclarar esta estructura “a un nivel más alto” es imprescindible para un análisis explicativo del concepto, ya que muchos malentendidos y discusiones (a propósito, es emblemático el debate surgido en torno a las tesis de Dworkin y Alexy) dependen de la adhesión a concepciones imprecisas y divergentes de “corrección” enriquecidas por consideraciones de orden ético, político o teórico.

Por tanto, el punto de partida del análisis es la “corrección”, cual “conformidad a reglas”, ello sea porque este concepto minimalista es suficientemente amplio de dar cuenta de los diversos sentidos de “corrección” presentes en el derecho y en el debate jurídico y teórico-jurídico; sea porque, anticipando el éxito del análisis, lo referido a la conformidad a

reglas es el sentido en el cual los participantes de la práctica jurídica, juristas y no juristas, desarrollan una pretensión de corrección. Sobre este perfil, la corrección es un *claim* interno de la práctica jurídica, caracterizado por la circularidad, pero la circularidad no es en este caso un defecto, sino más bien un aspecto ineludible de la práctica jurídica desde el punto de vista interno, como ilustrare en el próximo párrafo.

3. Corrección: (i) “del” derecho, (ii) “en el” derecho, (iii) “para” el derecho

Buena parte de las discusiones y desacuerdos que han aflorado a partir de las tesis de Dworkin y Alexy se encuentran con la dificultad de fondo ahora mencionada, es decir, el hecho de no aclarar en que sentido se habla corrección y que es lo que esta predica.

En realidad, también las tesis originarias no son del todo transparentes.

De esta comparación emerge un trato común fundamental: uno y otro filósofo conciben la corrección como un “*claim*”, o sea una “pretensión”.

Es más, el *claim* de dworkiniano y alexyano es diverso por naturaleza y objeto.

A propósito es útil distinguir tres tipos de discursos relativos a la “corrección” (i) del derecho, (ii) en el derecho y (iii) para el derecho.

Un discurso relativo a la “corrección” del derecho trata del problema de si el derecho sea o no correcto. El que es un modo oblicuo (a menudo, subrepticio) de poner el tema de la “lo correcto” o “justicia” o “moralidad” del derecho (entendido como categoría general).

El discurso de Alexy es precisamente de este tipo y se ocupa, en efecto, de la relación entre derecho y moral.

Se nota que, de la prueba de las instituciones lingüísticas ordinarias, la pregunta “si el derecho es o no correcto” suena pragmáticamente extraña. No es inmediatamente obvio que esta este bien puesta o dotada de sentido. Naturalmente, se le puede atribuir sentido de manera estipulativa, asumiendo un particular significado de “corrección”. Alexy comete esto en su teoría, allí donde habla de corrección como “lo correcto” o conforme a “justicia” (habiendo optado evidentemente por una cierta concepción de la justicia).

En última instancia, plantearse el problema de la certeza “del” derecho escapa no solo del sentido común ordinario, sino también del sentido común jurídico, porque normalmente tanto juristas como no juristas se preguntan ya no si el derecho es correcto o no, sino si el derecho es justo, equo, efectivo, obedecido, etc.

Discursos de estos géneros son conducidos desde un punto de vista externo respecto al derecho vigente o al derecho en general. Hablo de “punto de vista externo” porque la

valoración de corrección depende de criterios ulteriores respecto a aquellos de conformidad al derecho mismo, como la justicia, equidad, la efectividad, etc.

Por lo demás, asumir un punto de vista interno en este caso equivaldría a incluir en el concepto de derecho aquellos referidos a la corrección, con la consecuencia que el derecho no podría ser correcto por conclusión teórica y, allí donde se individuase algo incorrecto, esto sería no-derecho.

Este modo de proceder es típico de numerosas teorías, entre ellas la de la Alexy, el cual, quizás, cumple una doble función “redefinitoria”¹³, que se puede expresar con una doble equivalencia: corrección = justicia = derecho.

Es sabido que lo observado hasta ahora se podría repetir considerando, en lugar del derecho en su complejidad, sus partes o componentes, como normas singulares, reglas o principios jurídicos. También en este caso, de hecho, es inusual preguntarse si, o afirmar que normas, reglas o principios jurídicos son correctos o incorrectos.

Ni juristas, ni no juristas se preguntan si es correcto, por ejemplo, el derecho italiano o brasileiro o la reforma del código civil o el principio constitucional de proporcionalidad. El sentido común (ordinario y jurídico) usa en estos casos como parámetro de valoración no tanto la corrección sino más bien la validez, la justicia, la equidad, la efectividad, etc.

Volviendo a los discursos relativos a la corrección “en el” derecho o “según el” derecho, estos tienen de ejemplo la forma “en el derecho brasileiro *p* es correcto”. En este caso, el punto de vista es interno porque, en el sentido que se presupone y acepta un determinado derecho como parámetro de referencia y valoración de aquello que es correcto o incorrecto.

En otras palabras, discursos que tengan la forma “en el derecho brasileiro *p* es correcto” tienen en la base una concepción interna de corrección como conformidad a derecho, según el derecho mismo.

Así, por ejemplo, cualquiera se puede preguntar y juristas y no juristas, de hecho, se preguntan si es correcto –respecto a ciertas normas, por ejemplo constitucionales- que el gobierno a través de decretos leyes no convertidas por el parlamento o que la corte constitucional admisible y fundada la cuestión de constitucionalidad relativa a la ley electoral. Igualmente sensato es preguntarse, y de hecho se nos pregunta si es correcto pagar los impuestos o atravesar un cruce cuando el semáforo está en rojo.

¹³ Uso aquí la noción de redefinición en modo inadecuado, porque no se trata de una redefinición hecha a precisar y aclarar los usos lingüísticos ordinarios, sino de una estipulación o construcción teórica hecha sobre la base de una pluralidad de asuntos filosóficos, éticos, políticos, idiosincráticos del propio autor.

Como emerge también de estos simples ejemplos, la corrección “en el” derecho es cuestión que se pone a nivel de metadiscurso que vierten no directamente sobre normas, sino sobre la práctica jurídica y estas son típicas del discurso si se quiere jurisprudencial, doctrinal, teórico-jurídico.

La corrección “en el” derecho no se refiere, entonces, a prescripciones o normas jurídicas (comprendidas como principios, reglas, usos, praxis, etc.), sino a actos, comportamientos, acciones, decisiones, etc., de las autoridades normativas o de los destinatarios de las distintas disciplinas.

Se trata de discursos relativos a la aplicación jurídica entendida en sentido amplio o amplísimo: todos los discursos relativos a la aplicación correcta de normas a casos allí donde se habla de correcta motivación, correcta interpretación jurídica o correcta reconstrucción de los hechos y así forma parte de los discursos sobre la corrección “en el” derecho¹⁴.

Estamos en presencia de discursos que tienen naturaleza descriptiva, pero aun dentro de determinadas premisas, aunque teniendo la forma de aserciones proposicionales, estos no son puramente “descriptivos” o “neutrales”, en cuanto, como se ha dicho, postulan una adhesión implícita a las reglas que constituyen los parámetros de conformidad del juicio de corrección.

La *right answer thesis* de Dworkin se coloca en esta lista de discursos y, en el sentido que ya se ha precisado, es descriptivo-explicativo del usual modo de proceder de los juristas, pero no solo¹⁵.

Distintos de los anteriores son los discursos relativos a la corrección “para” el derecho, es decir relativos a como los derechos mismos regulan si se quiere el correcto proceder, si se quiere la otra cara de la medalla, o sea el error jurídico.

Observo y –ello es en sí significativo- que para el sentido común ordinario y jurídico es obvio que el derecho se (pre)ocupa de la corrección, por lo cual juristas y no juristas se preguntan no si la corrección es o no relevante para un derecho –dan por descontado que lo sea- sino como los derechos regulan las hipótesis de “error”.

¹⁴ En la práctica y en la teoría jurídica, en cada caso, sea este referido a la premisa fáctica, normativa o la conclusión normativa de un razonamiento jurídico, la corrección es una variable dependiente de una serie de numerosas asunciones, por lo más, implícitas de orden epistemológico, metodológico, ético-político.

¹⁵ Entre los avances en los cuales Dworkin expone su tesis uno de los más perspicuos es el contenido en “Pragmatism in Law”, op. cit., pp. 42-43 e 266 en el cual aclara que la *right answer thesis* describe un “legal claim”, es decir un claim interno al discurso jurídico: “as a matter of ordinary legal judgment”, y lo subraya, “many thousands of other lawyers think the same thing”, precisando que es parte de la “ordinary opinion that one side had the better argument in [a certain case]”.

Me refiero evidentemente no tanto a los “errores” entendidos como violaciones de reglas jurídicas por parte de los ciudadanos, que el derecho tiene la prioridad esencial de regular, sino más bien a las hipótesis de “error” en la producción o en la aplicación del derecho por parte de las autoridades normativas y los funcionarios.

Los ordenamientos jurídicos vigentes regulan los errores de todos ellos a través de una gran variedad de reglas y un gran número de instituciones.

Limitándome a algunos ejemplos tratados por el derecho italiano, se piensa a: las reglas procesales sobre el *error in iudicando* y *error in procedendo*, la figura de la negación de justicia como violación o inaplicación de ley (i.e. normas de derecho), la impugnación de actos y medidas de la administración pública por error o violación de ley, la corrección de los errores materiales y la disciplina de la revocación de las sentencias civiles de la corte de casación, las normas del código procesal penal sobre la reparación del error judicial, la “errónea aplicación de la ley penal”, el recurso extraordinario por error material o de hecho.

Recuerdo también la disciplina de la enunciación de los principios del derecho por parte de la corte de casación civil italiana (art. 384 código procesal civil italiano). La Corte enuncia el principio de derecho cuando le viene sobrepuesta una cuestión de violación o falsa aplicación de normas de derecho y, en cada otro caso en cual, decidiendo sobre otros motivos del recurso, resuelve una cuestión de derecho de particular importancia. En todas estas hipótesis, la Corte establece el principio de derecho al cual someterse. Para confirmar la relevancia sea “en abstracto” sea “en concreto” de la corrección para el derecho, se nota que “no son sujetos de casación las sentencias erróneamente motivadas en derecho, cuando el dispositivo sea conforme al derecho; en tal caso la Corte se limita a corregir la motivación”.

Incluso emblemática es la disciplina de la nomofilaquia de la cual el art. 65 del ordenamiento procesal aprobado con r.d. del 30 de enero de 1941, n. 12, que, en cuanto aquí importa, ordena a la corte de casación la tarea de asegurar “la exacta observancia y la uniforme interpretación de la ley”, formulación que viene interpretada en el sentido que la corte de casación se le es atribuida la función de verificar la correcta interpretación y aplicación del derecho. Se considera, entre otros, que a esta función se le puede reconocer relevancia constitucional en razón de la asignación a la corte de casación por violación de ley, art. 111, sétimo párrafo, Cost.

Otro instituto que muestra la relevancia interna de la corrección para el derecho se obtiene de los sistemas del Common law donde la *dissenting opinion* es aceptada y entendida como señal de ruptura respecto a la función del *ius dicens*, pero también como solidez de la corrección en cuanto estatuye la mayoría.

También la doctrina del *stare decisis* se basa sobre la misma ideología de fondo, según la cual, y salvo prueba en contrario, es correcto en cuanto ya ha sido estatuida por otros jueces en otros casos, tanto que la técnica del *distinguishing* no es presentada como demostración de errores precedentes, sino como modo para decidir de modo correcto en diversos casos¹⁶.

Lo que se ha dicho acerca de la corrección “del” derecho y “para” el derecho es útil para profundizar ulteriormente el tema de la corrección “en el” derecho en el próximo párrafo.

De hecho, por un lado, como se ha visto, los discursos sobre la corrección “del” derecho son en realidad relativos a si el derecho es o no es justo, siendo entonces discursos externos sobre la justicia del derecho.

Por otro lado, los discursos sobre la corrección “para” el derecho demuestran que el derecho mismo en cuanto ambiente normativo da una idea de aquello que es correcto, conforme a derecho, pero también reconoce el “error” y lo corrige, considerándolo algo ineludible.

4. La pretensión de corrección como cuestión de macro pragmática jurídica.

Una sentencia que establece que el imputado, según alguna interpretación errónea del derecho vigente, es condenado a la pena *x*, sería internamente contradictoria, porque, en la perspectiva alexiana, con cada sentencia judicial el juez se acerca siempre a la pretensión que el derecho sea aplicado correctamente, generando no obstante que tal pretensión pueda resultar insatisfecha en muchos casos.

Analogamente Dworkin, subraya que cualquier abogado presenta sus tesis como si estas fuesen las correctas (la más/la única correcta) y considera esta postura como un argumento jurídico, en el sentido de una modalidad argumentativa que hace parte del común modo de proceder.

Estas observaciones merecen de ser defendidas, precisadas y extendidas al derecho jurisprudencial en general.

Alexy evidencia, con razón, la contradictoriedad interna y la rareza o infelicidad pragmática de una decisión judicial que se auto-denunciase como (posiblemente) no correcta (o no la más o única correcta).

¹⁶ Cfr. J. Waldron, “Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach”, in *Michigan Law Review*, 111, (1), 2012, pp. 1-31. Véase también, G.U. Jois, “Stare Decisis in Cognitive Error”, in *Brooklyn Law Review*, 75, 2009, pp. 63-141.

Para profundizar el discurso es útil hacer un ejercicio de sustitución: si pensamos en la decisión de un juez que, después de la motivación de su decisión, antes de la parte dispositiva, contenga –en lugar del P.E.M. (“por estos motivos”)– una fórmula del tipo “por estos motivos, pero podrían ser otros” o “por estos motivos, pero no son del todo seguro” o “por estos motivos, incluso si no son correctos” y otros similares. En dichas hipótesis de este género, sea desde el punto de vista ordinario, jurídico, podemos aun dudar frente a decisiones jurídicas y sería, sin duda alguna, fundado detectar un vicio interno en el razonamiento. Claramente se trata de hipótesis de escuela reconducibles a las situaciones que normalmente para el derecho vigente constituyen casos de motivación ilógica, contradictoria, perpleja, inexistente, etc.

Cuando en los discursos jurídicos se habla de decisión “correcta” es sobrentendido la referencia al dispositivo “correcto” y viceversa (dando por hecho una relación de metonimia “todo” – “parte” entre decisión y dispositivo).

En el ejemplo, en palabras de la decisión judicial, el problema de la corrección por lo tanto se refiere principalmente a la parte “motiva”, esto es a la justificación. Y la pretensión de corrección debe referirse a la reconstrucción de hecho o la motivación en derecho.

Allí donde son posibles reconstrucciones de hecho y/o motivaciones en derecho, es pragmáticamente necesario que las hipótesis concurrentes sean excluidas por la univocidad de las decisiones judiciales, ya que se estaría produciendo una falta a su misma función la decisión que, al llegar a una solución dada, afirmase – o también dejase a intuir- que se trata solo de una entre las posibles decisiones, es decir no aquella que es la más correcta.

He notado incidentalmente que se considera la función judicial de observar y aplicar el derecho, la pretensión de corrección del discurso del juez tiene también una portada deontológica, en el sentido que es parte de las reglas pragmáticas constitutivas del *status* de juez. El discurso se aplica de igual manera a los demás funcionarios públicos con funciones decisorias.

A propósito cabe señalar que la jurisprudencia es normalmente transparente al dar nota de posibles alternativas en hecho y derecho, como muestran, por ejemplo, los numerosos casos en los cuales se confrontan orientaciones minoritarias y mayoritarias, es decir las hipótesis de *revirement*, etc.

Ello todavía no excluye y, es más, convierte en mayor razón necesario, desde un punto de vista pragmático, presentar la solución que se extrae como aquella que es (la más o la única) correcta, mientras sería claramente insatisfecha presentarla como una solución

incorrecta o menos correcta y, en realidad, no sería suficiente tampoco presentarla como una solución porque este entre aquellas en discusión.

En otras palabras, en presencia de alternativas “motivacionales” (de hecho o de derecho), una argumentación que se limitase a adherir a una posición entre aquellas en discusión sin dar razones concluyentes y excluyentes para su prevalencia –en definitiva, sin considerarla comparativamente la única correcta o la más correcta- sería cuanto menos carente y parcial y, quizás, en sí (jurídicamente) incorrecta.

Esta es una consideración desde el punto de vista interno, como sugiere Dworkin, y distinta a lo que sostiene Alexy, que no implica ni presupone una conexión necesaria entre derecho y ética.

Igualmente, un abogado que sostuviese la tesis favorable a su cliente, sin limitarse a informar y confrontar las tesis desfavorables, pero afirmando que estas sean aquellas (más o de entre todas) correctas, afectaría manifiestamente las condiciones mínimas de su línea discursiva. No se trata de hipocresía, pero sí de una condición necesaria desde el punto de vista pragmático, dependiente de la relativa función discursiva consistente en sostener una tesis dada (sea en hecho o en derecho) con el objetivo de tener razón.

Así, la *right answer thesis* de Dworkin recoge un aspecto de sentido común y jurídico que se aplica al ámbito procesal al cual Dworkin presta principal atención.

No solo los abogados, sino también los ciudadanos y cualquiera que elabora una tesis jurídica, inclusive los funcionarios, no pueden llevar a cabo sus discursos, reivindicándolos, explícitamente o implícitamente, con la corrección.

A diferencia de lo que afirma Dworkin, la pretensión de corrección no constituye un argumento jurídico en sentido estricto o de “primer nivel” a comparación por ejemplo de otros argumentos jurídicos como el argumento de los principios o teleológico, etc.

Se trata al contrario de un “meta-argumento” o de un argumento de “último nivel” que cierra la argumentación; se puede hablar de una presuposición pragmática general de los discursos jurídicos realizados desde el punto de vista interno, la cual acompaña, tomando de manera prestada nociones, de la teoría de los juegos, en tanto el discurso del decisor y en tanto el discurso del jugador.

Por un lado, existe de hecho la pretensión de corrección del “decisor”, como el juez, el árbitro, el funcionario que toma decisiones; por el otro lado, existe la pretensión de corrección de los jugadores, es decir los ciudadanos y abogados, pero también los jueces y funcionarios que no tienen funciones decisorias, como en el caso del ministerio público o del

juez “a quo” que, al llevar alguna cuestión prejudicial o de constitucionalidad, no puede sostener su tesis, expresando la pretensión de que esa sea (la más o la única) correcta.

Una análoga pretensión de corrección esta expresada, en los sistemas jurídicos con constitución rígida (independientemente de un control de constitucionalidad), también en los discursos jurídico-políticos del legislador, como por ejemplo los discursos de los parlamentarios de *lege ferenda*. De hecho, al sostener, por ejemplo, un proyecto de ley (no de reforma constitucional) quien da el proyecto no puede asumir, la no felicidad de su discurso, que sea correcta, es decir conforme a las normas constitucionales superiores y, en presencia de concurrencia de distintas propuestas, que esa sea la más o la única correcta.

Distinto y emblemático es el discurso del legislador constituyente o del legislador en un sistema con constitución flexible¹⁷.

Viniendo a los discursos de la doctrina jurídica o de la teoría del derecho, también ellos, por las mismas razones pragmáticas aquí vistas, no pueden formular la pretensión de ser correctos, y ello sea en el caso de discursos normativos (relativos, por ejemplo, a una construcción o propuesta dogmática) sea en el caso de discursos descriptivos (por ejemplo de la actividad jurisprudencial o legislativa). Sería de hecho absurdo tanto el discurso del jurista académico, como el discurso del teórico o del filósofo del derecho que reconoce expresamente o admitiese implícitamente que la concepción del precedente judicial que va proponiendo o describiendo no es correcta, o en presencia de alternativas, la más o la única correcta.

La exigencia pragmática de corrección es por lo tanto un elemento interno también a los meta-discursos teórico-jurídicos, por lo cual es necesario tenerlos en cuenta para comprender la naturaleza de los desacuerdos teóricos. Al respecto, interesa subrayar que el presente análisis deja abierta la posibilidad que los desacuerdos teórico-filosóficos sean imborrables y que algunos desacuerdos puedan ser genuinos y otros no genuinos.

En la perspectiva pragmática aquí adoptada, el punto no es si “*a unique solution to these disputes actually exists*”¹⁸, ni si sea verdadero o falso que “*for all practical purposes, there will always be a right answer in the seamless web of our law*”¹⁹.

Mas bien, el hecho de formular las tesis jurídicas en términos de corrección no es necesariamente signo de hipocresía o de deshonestidad intelectual. Todos, desde los

¹⁷ Naturalmente, se confirma lo aquí dicho, en presencia de fuentes “supraconstitucionales” internacionales o de fuentes “supremas” internas o internacionales, también por el discurso del constituyente o del reformador constitucional se plantearía un problema de pretensión de corrección respecto a dichas fuentes.

¹⁸ S. Scott, “The ‘Hart-Dworkin’ Debate: A Short Guide for the Perplexed”, en Public Law and Legal Theory Working Paper Series. Working paper no. 77, 2007, in <http://ssrn.com/abstract=968657>, 52.

¹⁹ R. Dworkin, “No Right Answer?”, op. cit. 84.

ciudadanos hasta los jueces, desde los abogados hasta los filósofos del derecho, no podrían hacer lo contrario; el que todavía no excluye, evidentemente, que la apelación a la corrección pueda ser abusivo e instrumental y, de hecho, sea fruto de falsa conciencia en los casos singulares.

Preciso entonces que el análisis aquí adoptado no presenta algún nexo necesario con el cognitivismo interpretativo.

De todo lo dicho emerge de hecho que la exigencia pragmática de corrección del discurso jurídico, por un lado, no implica una posición formalista o cognitivista a nivel de método y de teoría de la interpretación jurídica; por el otro lado, es compatible con una teoría de la interpretación jurídica no cognitivista o formalista, moderadamente escéptica.

Una postura escéptica moderada que admite márgenes de discrecionalidad también amplios, por parte de los juristas y no juristas, en la interpretación, justificación y aplicación no impide reconocer que sin embargo estos meta-discursos, singularmente y en su todo complejo, incorporan a nivel de alta o macro-pragmática, una pretensión de corrección, la cual, como se ha dicho: (i) no podrá nunca ser completamente satisfecha, (ii) no será nunca absoluta, será siempre relativa e interna a premisas dadas, (iii) como consecuencia, conlleva un imborrable conformismo metodológico que excluye la valoración.