

VIDA JURIDICA

1. NOTAS CRITICAS

Una nueva forma del pensar jurídico (1)

Hay dos clases de libros: unos que informan y sirven para acrecentar nuestro caudal de conocimientos; otros, que nos obligan a repensar lo conocido y nos invitan a la aventura de lo nuevo. Atractivo de la novedad que constituye por sí mismo un valor, aunque a menudo vaya unido al desencanto, ante lo vano de la promesa o por nuestra incapacidad para comprender lo que tenga de enriquecedor.

El libro de Rödíg, con el sugestivo título de "La forma de pensar por alternativas en la Jurisprudencia", es un buen desafío a nuestro aceptado modo de pensar jurídico.

Sigue Rödíg las enseñanzas de Ulrich Klug. Para que no se dude sobre la ortodoxia de su pensamiento, en las concisas palabras que dicho libro lleva a modo de prólogo, Klug nos dice solemnemente que dicha obra constituye un impresionante progreso en el desarrollo del nuevo método de la ciencia jurídica.

La importancia propia del libro que nos ocupa se centra en que no es un mero ensayo o una simple aplicación de la lógica simbólica, sino que al lado de las formulaciones abstractas se encara con una serie de cuestiones concretas de la vida jurídica. Con lo que puede ser leído, y hasta con utilidad, por quienes no simpatizan con las formulaciones logísticas.

El libro puede considerarse dividido en tres partes. De ellas, tan sólo la última está totalmente redactada en el lenguaje cifrado de la nueva lógica. El mismo autor, para alivio y consuelo de los lectores, les anima diciéndoles que el jurista profano puede no entrar en la lectura de esa última parte, detenerse ante ella y no seguir; y esto, agrega, sin perder mucho. Observación extraña, pero que se nos explica diciendo que, si las afirmaciones hechas en las secciones del libro en las que no se utiliza el cálculo fuesen triviales o falsas, las que se hacen u obtienen en la parte final, en aquella en la que se emplea el cálculo, no dirían nada o no serían verdaderas, pues ellas no son otra cosa que la conclusión o formulación simbólica de lo ya dicho en las dos primeras partes, en las que no se empleara el cálculo.

En efecto, las 139 primeras páginas contienen pocas fórmulas y, en general, están redactadas en lenguaje jurídico corriente y moliente. En ellas se hacen consideraciones interesantes sobre metodología jurídica en general, y en

(1) RÖDIG, Jürgen: *Die Denkform der Alternativen in der Jurisprudenz*, Springer-Verlag. Berlín. Heidelberg. New York. 1969. 208 pág.

especial sobre la interpretación de determinadas disposiciones legales. Posiblemente no del todo nuevas, pero vistas las cuestiones desde ángulos no corrientes, lo que presta a la exposición un especial interés.

La definición de alternativa se hace distinguiendo la que se utiliza como modo de pensar jurídico, de la alternativa en sentido lógico (más abstracta y de menor contenido) y en sentido vulgar (de mayor contenido o concreción.) Será aquélla la relación entre dos conjuntos, de clase distinta, heterogéneos, que están en contraposición de posibilidades o concurrencia de estados de la cosa ("Sachverhalten") y se excluyen entre sí (por identidad de lugar y de tiempo) (2).

Concretado el significado de la alternativa, se pasa a considerarla en los distintos métodos del pensar jurídico.

Destaca que el "topos" de la alternativa, al chocarnos o desconcertarnos (ante la presencia de la posibilidad antes no pensada), nos empuja a encontrar el buen camino. Lo que procura aclarar con un caso artificialmente complicado de daño por negligencia, y otro, más interesante, de una concurrencia de fianza e hipoteca en garantía del mismo crédito, en el supuesto de insolvencia del deudor. Respecto de este caso, señala la alternativa del pago hecho por el que sufre la carga de la hipoteca y del pago hecho por el fiador; con las consecuencias de la posibilidad en cada hipótesis de la subrogación en los derechos del acreedor.

El llamado aspecto fenomenológico de la alternativa, es ocasión para destacar que la alternativa impone separarnos de la realidad concreta y considerar, no sólo aquello que realmente sucede, sino también lo que pudiera suceder.

En fin, se refiere al método sistemático, que consiste en la ordenación del pensar; para la que se necesita ir construyendo unidades superiores, libres de contradicciones internas y siempre de la mayor simplicidad de contenido (3).

Siendo éste el significado de la sistemática, su manifestación ideal habría de ser la axiomática. Mas, honradamente se nos advierte que la simplificación exigida para el axioma, tan sólo puede conseguirse en la lógica pura. Como, por tanto, ello no es posible en el Derecho, se nos dice—siguiendo a Klug—que el Derecho sólo podría llegar a formulaciones de "casi-axiomas". Esta conclusión se completa señalando que: "los criterios del método axiomático son criterios puramente lógicos. Frente a ellos, el fenómeno de la alternativa de ningún modo pertenece a la lógica". Es cierto que en el método de la alternativa se excluye la contradicción como en el sistema lógico. En éste no puede haber contradicción entre las proposiciones. En la alternativa se trata de estados de cosas, individuales, distintas, y la contradicción no existe porque

(2) Estima semejante a la alternativa la relación entre hacer y abstenerse, p. 84; respecto a la causalidad señala la existencia de alternativas más o menos puras, p. 114.

(3) Como era previsible, aunque coloca los tres métodos en el mismo plano, Rödíg se inclina por el sistemático. Los "topoi", advierte, resultan en hojarasca y no sirven para conocer la interna conexión y orden, p. 135. Recoge las críticas dirigidas a la jurisprudencia de conceptos, pp. 163 y sig., y concluye que tal método debe superarse, pero no con un "minus", sino con un "plus" de lógica, p. 166; comp. p. 179.

al mismo tiempo y en el mismo lugar sólo podrá existir el uno o el otro estado de cosas (§ 1 o § 2).

Estas afirmaciones originan de modo natural e irremediable una observación crítica. Se nos dice que la alternativa existe entre estados de cosas ("Sachverhalten") y no entre proposiciones; se nos enseña también que el sistema, y especialmente el axiomático, el único exacto y puramente lógico, opera únicamente sobre proposiciones. Ello no obstante, Rödíg dedica la última parte de su estudio (págs. 140-198) a formular axiomáticamente una serie de alternativas. No se nos explica cómo se produce este paso de lo concreto a lo puramente abstracto; con lo que parece quedar abierta una interrogante sobre el mismo fundamento del modo de pensar propuesto, conforme a la lógica simbólica.

El valor de la alternativa se va contrastando en tres casos, como demostración de su práctica utilidad.

Primero, el del "servus communis" (D. 145, 3, 1, 4); examinado con finura de buen jurista. Aunque, dicho sea en honor a la verdad, Juliano no parece haber formulado una alternativa en el sentido de Rödíg (§ 1 o § 2); pues aquél utiliza para la solución de su problema tres hipótesis: la del siervo de E que promete al siervo común de E y T; la de este mismo siervo común que promete a dos siervos, uno de E y otro de T; la del tercero, que promete a dos siervos, uno de T y otro de E, pero existiendo incapacidad de E para adquirir lo prometido.

El segundo caso, rotulado pintorescamente del "pollo con arroz", es un supuesto de responsabilidad, por acto del dependiente del hotelero (cocinero) y de negligencia del dañado (no cuida, al comer, de separar los huesos, se traga uno y se produce una herida en la garganta que ocasiona su muerte, tras varias vicisitudes).

El tercero, rotulado "tertium non datur", en el que se examina la situación trágica, en la época nazi, del médico de un sanatorio de enfermos mentales, de cuyo certificado dependía la vida o la muerte de cada paciente. ¿Ha de considerarse dicho médico responsable criminalmente por la muerte de cada enfermo exterminado, en base a uno de sus certificados? ¿Habría de tenerse en cuenta que su permanencia en el sanatorio le permitió salvar la vida de muchos pacientes (además de la suya), y que su dimisión no hubiera servido para salvar la vida de quienes fueron exterminados? Estas circunstancias, en caso de ser tenidas en cuenta, ¿excluyen la existencia del delito? ¿servirán de atenuante?

Con lo dicho se advertirá el modo de proceder utilizado; se estudian casos discutidos o discutibles, como prueba de que, respecto de ellos, puede pensarse en alternativa (disyuntiva de soluciones).

En la segunda parte de la obra se trata de demostrar que pensando en alternativa se aclaran mejor los conceptos o se resuelven adecuadamente difíciles cuestiones. Lo que se contrasta respecto de los conceptos de hacer y omisión, permiso y prohibición, valor y valoración, y, finalmente, sobre la causalidad.

Esta labor se realiza con cuidado e ingenio, siendo especialmente interesante el examen crítico de las opiniones de los penalistas. Demuestra, por ejemplo,

que la omisión no es simplemente una pura negación, sino que siempre supone la existencia de un otro hacer.

A veces, sin embargo, los razonamientos son poco convincentes y hasta recuerdan la dialéctica del sofista. Así ocurre con el examen de la proposición: "si un hacer está prohibido, el no hacer está ordenado". La crítica a que la somete Rödíg es posible, porque viene a dar mayor contenido a la frase "no hacer" que el que en ella está implicado. No se quiere decir que "cualquier no hacer" esté dentro de lo ordenado, sino sólo aquel no hacer que está prohibido. En el supuesto que examina, la prohibición de seguir impuesta al coche cuando el semáforo está en rojo, puede entenderse como una orden de no hacer. Rödíg observa que entonces ha de concluirse que está dentro de lo ordenado que los coches deban o puedan dar marcha atrás a todo gas y chocar con los coches que le sigan. El "no hacer ordenado" (el no seguir) no incluye el poder hacer todo lo que no esté expresamente prohibido por tal precepto, pues no lleva consigo el abolir otras prohibiciones existentes y menos aún las que van implícitas en la misma finalidad de la prohibición.

El autor piensa que la mejor y más clara manifestación de la utilidad del modo de pensar en alternativa se encuentra en su aplicación al concepto de causalidad en sentido jurídico. A tal efecto, va estudiando críticamente las teorías de Mill, Von Buri, Engisch y la doctrina de la "conditio sine qua non". Las pone a prueba en el supuesto clásico del centinela que se queda dormido y que al no advertir el ataque por sorpresa determina la derrota, y, también en el antes citado del médico del sanatorio de enfermos mentales en época nazi. Pensando en alternativa, se tiene en cuenta otra posibilidad (alternativa impura), la del no hacer (si el médico hubiera dimitido: habría venido otro, posiblemente más dañino). Llega con ello a definir como autor de una situación, a quien puede conducirse de tal modo, que una situación fáctica que se ha producido, en otro caso no se habría producido.

Rödíg parte de la existencia de valores. La Jurisprudencia entiende ha de considerarse como una parte de la Ética; de la pura y también de la aplicada. Pero lo que le interesa destacar es la relación entre la situación fáctica y la situación de valor. Afirma existe una situación de valor positiva y otra negativa; negando se den situaciones de valor neutras, y afirma que los conceptos de mandato, permiso y prohibición no se refieren a una sola situación, sino a la relación entre varias situaciones. Insiste en que una conducta puede ser contraria a Derecho, sin estar por ello prohibida; caso en el que se encontraba el médico del sanatorio de enfermos mentales antes referido.

La parte final de la obra está bajo el rótulo: "El sistema axiomático para la teoría de la alternativa". Con ella se nos introduce en otro mundo, el de la simbólica, el de los signos y los cálculos. El juego con las piedrecitas ("calculi"), con el que muchos filósofos han creído encontrar la "mathesis universalis", es bueno para contar, pero no sirve para obtener la solución de los casos jurídicos. Los signos no son más que signos y no pueden designar más que a ellos mismos. Pero ellos son aquellos con lo que se construye el lenguaje simbólico utilizado, siguiendo las enseñanzas de Klug.

El lenguaje simbólico, sin embargo, ha abierto las puertas a grandes ilu-

siones. ¿Podrá utilizarse para facilitar la automatización respecto al Derecho? ¿Hay que contar, en el próximo futuro, con la utilización de computadoras jurídicas? (4).

En su libro, Rödíg nos advierte que la automatización de la doctrina jurídica exige una gran prudencia. Los teoremas (consecuencias lógicas) dependen totalmente de la exactitud de los axiomas; éstos, para que puedan ser así llamados, han de tener las notas de: no contradicción, ser completos y no depender de otros. Entonces, si ello es así, se deja abierto el interrogante: ¿cómo estar seguro de la exactitud de un supuesto cuya existencia y verdad de nada depende? (5).

La forma del pensar en alternativa, tal y como la expone y emplea Rödíg, tiene en su abono la serie de finos análisis jurídicos que se nos ofrecen en la primera parte de su libro. Aunque no puede ocultarse que, leyéndolos, queda la duda de si no hubieran sido lo mismo si se hubiesen elaborado siguiendo el clásico consejo de Jhering: "para ser buen jurista hay que usar de la imaginación (contrastar las posibles soluciones con el mayor número de casos o supuestos, reales e imaginarios)" (6).

¿Qué esperanzas abre el nuevo método para la renovación y mejora del pensar jurídico? Difícil pregunta, quizá imposible de contestar, para un jurista a la antigua usanza. Sería, parece, como preguntar a un viejo pintor impresionista su opinión sobre los hallazgos del "arte nuevo". ¿Dónde hallar el puente de comunicación entre tales dos mundos?

Rödíg, que conoce bien el Derecho de la manera tradicional, muestra clara y repetidamente su preocupación sobre la utilidad práctica del método axiomático. La que parece bien justificada, mientras no se abandone el postulado de que el Derecho, la ciencia jurídica, pertenece al reino de la razón práctica. ¿Tiene alguna utilidad lanzarse a la formulación y al descifrar los teoremas obtenidos de los axiomas? Axiomas y teoremas representados por signos esotéricos, lenguaje escrito que hay que ir traduciendo lenta y penosamente (7). Y lo que parece más descorazonador, para el lector lego: cuando

(4) En la tercera edición de *Juristische Logik*, 1966, ULRICH KLUG recoge un estudio suyo, publicado en el libro homenaje a Jahrreis (1964), sobre las máquinas de elaboración electrónica de datos en el Derecho (pp. 157-172), con información sobre mecanismos fórmulas y posible utilización. Refiere que en la práctica sólo se han obtenido resultados positivos respecto a impuestos y seguros sociales. Es decir, en cuestiones más de cálculo matemático que del pensar jurídico.

(5) Rödíg no desconoce esta dificultad; precisamente amonesta y advierte de los peligros del método axiomático, especialmente respecto al del empeñarse en mantener lo que una vez se ha postulado, pp. 177 y sig.

(6) No puede menos de recordarse, al leer ciertos libros muy modernos, en el buen método escolástico, de la contraposición de proposiciones.

(7) Sobre la construcción del lenguaje simbólico, pp. 142 y sig.; los teoremas sobre la fundamentación de la alternativa, pp. 182-198. También pueden compararse las secuencias, p. ej., de pp. 18-21, 98, 104, 108, 126.

Sobre la lógica axiomática y sus diferencias con la lógica tradicional, KLUG, loc. cit., pp. 12 y sig.

piensa haber descifrado una larga serie de fórmulas, se encuentra ante resultados que, quizá por ignorancia o falta de sensibilidad, piensa podría calificar de verdades de Perogrullo. Pero también hay que tener presente la disparidad de gustos y educación; el profano no será nunca capaz de apreciar el encanto que encierran para el buen ajedrecista los signos misteriosos de un problema del noble arte del ajedrez, y, menos aún, los hallazgos del molino de silogismos que inventara la logística

F. de C.