

## **EL PROBLEMA DE LA SUBSUNCIÓN Y LA ARGUMENTACION JURÍDICA**

**Hermann Petzold Pernia**  
Universidad del Zulia

Debo comenzar por afirmar que, cuando se trata de analizar el problema de la subsunción, es decir, de cómo subsumir ciertos hechos dentro de una norma jurídica general, hay que empezar por abandonar el enfoque que generalmente los jueces y la mayoría de los abogados tienen, cuando expresan que el proceso judicial culmina en un simple silogismo, en el cual la norma legal, por ejemplo (pero podría ser otro tipo de norma jurídica general), sería la premisa mayor, los hechos o, más exactamente, la descripción de esos hechos, sería la premisa menor, y, por último, la decisión judicial sería la conclusión.

Entonces, quiero insistir en lo siguiente: Primero (y sin que sea necesario que nos ubiquemos en un proceso judicial específico aunque para la explicación podemos tomar un proceso penal) de lo que se trata es de enjuiciar o valorar el acto de una persona que, por ejemplo, dio muerte a otra. Así, se inicia todo un proceso probatorio por medio del cual se va a precisar que “X” persona, efectivamente dio muerte a otra en determinadas circunstancias.

Vamos a suponer que Pedro ha sido acusado de darle muerte, en su casa, a una persona que según él pretendía irrumpir en la misma durante la noche. Se realiza el proceso probatorio mediante el cual se determinan los hechos, y cuando se verifica cómo acaecieron los hechos en realidad (lo que se va a subsumir más adelante no van a ser esos hechos sino la conceptualización de esos hechos, es decir, en el expediente lo que queda es la descripción, lograda gracias al proceso probatorio, de lo que supuestamente ocurrió), se comprueba que

efectivamente se trataba de un ladrón, o bien se descubre que era una persona que estaba de visita en la casa y que Pedro la mató y después dijo que no la conocía.

Así, pues, si judicialmente comprobados y conceptualizados los hechos, se verifica que en efecto los hechos ocurrieron tal como dijo Pedro, que fue un ladrón el que entró a su casa y se vio obligado a darle muerte, con esa información reunida en el proceso, el juez va a elaborar la premisa menor, y para ello simplemente lo que hace es describir los acontecimientos que, según las actas procesales, supuestamente ocurrieron, o sea, que no son los hechos en sí, sino que es la descripción de esos hechos, una representación conceptual de éstos y, a partir de ésta, se va a elaborar una proposición declarativa, que dirá: “Pedro ante la irrupción de un ladrón en su casa, se sintió amenazado o se sintió agredido, y se defendió y causó la muerte del intruso”. Entonces, esa premisa menor es una proposición declarativa que contiene la descripción de los hechos.

Luego, nos ubicamos en la siguiente fase: ¿Cuál norma legal va a aplicar el juez?. En el caso del ejemplo, el juez no deberá buscar una disposición del Código Penal que sancione el darle muerte en forma intencional a otra persona (art. 407 del C.P. de Venezuela), sino buscar más bien una norma que, como el art. 425 del Código Penal venezolano, diga: “No será punible el individuo que hubiere cometido alguno de los hechos previstos en los dos Capítulos anteriores (que se refieren al homicidio y a las lesiones personales), encontrándose en las circunstancias siguientes:

- “De defender sus propios bienes contra los autores del escalamiento, de la fractura o incendio de su casa, de otros edificios habitados o de su dependencia, siempre que el delito tenga lugar de noche o en sitio aislado, de tal suerte que los habitantes de la casa, edificios o dependencias, puedan creerse, con fundado temor, amenazados en su seguridad personal.

- “Cuando al repeler a los autores del escalamiento, de la fractura o del incendio de la casa, edificios o dependencias, no concurrieren las condiciones anteriormente previstas, la pena del delito cometido sólo se disminuirá de un tercio a la mitad, y el presidio se convertirá en prisión”.

Empero, lo que el juez va a manejar en el llamado silogismo judicial, son dos proposiciones (una declarativa y otra jurídica), pues no es la norma legal en sí, la que va a emplear directamente como premisa mayor, sino que va a ser una proposición jurídica, expresada en forma condicional (*modus ponens*), que dice: “Si alguien da muerte, en forma intencional, a una persona, según el art. 407 C.P.V., la pena debe ser ...”; o como en el caso previsto en el art. 425 C.P.V.: “Si una persona en determinadas circunstancias (que se describen en el citado artículo del Código Penal) causa la muerte o lesiones personales a alguien (ladrón, incendiario, etc.), no será punible”.

Así, pues, la proposición jurídica general que integra la premisa mayor se fundamenta en una norma jurídica general.

Es decir, que existen dos niveles, o sea, que hay una proposición jurídica que se refiere al contenido de la norma jurídica general y es esa la que va a integrar la premisa mayor, y al final, con base en la premisa mayor y en la premisa menor (una proposición declarativa), se llega a una conclusión que es la decisión del caso de especie. Pero para llegar a esto, no se ha seguido un proceso puramente lógico-formal, mecánico, sino que ha sido un proceso en donde los valores han jugado un gran papel. Primero, en toda la etapa probatoria, mediante la cual se demostró que, efectivamente, Pedro lo que hizo fue defenderse legítimamente de la agresión de un ladrón que había irrumpido, en horas de la noche, en su casa. En dicha etapa se toman en cuenta una serie de tipos de pruebas aportadas por las partes litigantes y, eventualmente, según la naturaleza del proceso, por el mismo juez, cuya valoración va a depender del sistema judicial en el cual el juez

actúa, tales como los indicios, los testimonios, las experticias, las inspecciones judiciales, la posible confesión del acusado, o sea, de Pedro, que puede ser tomada en cuenta, pero que aislada no va a constituir plena prueba, etc.

Luego, hay una serie de factores, que ni siquiera van a figurar en el expediente y que van a influir incluso en la determinación de los hechos, necesaria para elaborar la proposición declarativa que constituye la premisa menor, que dirá que los hechos sucedieron de determinada forma, pero que nunca sabremos si, realmente, ocurrieron así, ya que solamente nos basamos en lo que se deduce de las pruebas valoradas por el juez, pues éste, en la valoración de las pruebas se va comprometiendo con el caso. Así, van a entrar en juego su ideología, sus puntos de vista, la simpatía que pueda sentir hacia Pedro (si es que lo llega a conocer). Por ejemplo, posiblemente el juez va a tener más simpatía por el acusado y lo va a absolver o a sancionar menos severamente si la persona que murió irrumpiendo en la casa de Pedro, era de raza negra, y el acusado es de raza blanca al igual que el juez.

En segundo lugar, los valores tienen un rol preponderante en la determinación de la proposición de la premisa mayor, que es también complicada, ya que el juez, cuando se precisan los hechos, empieza a buscar una norma jurídica general, que a su juicio, le sirva para solucionar satisfactoriamente el caso, es decir, dar una respuesta jurídica al caso concreto, y esa norma no se le impone en forma evidente; la va a buscar y al hacerlo va a elegir entre varias normas. Puede ser que no le convenga una norma que se encuentre más a la vista, y por eso busca otra, siempre pensando en un caso del ámbito penal, pues si fuera un caso civil, mercantil o comercial, laboral o de tránsito incluso, la discrecionalidad del juez sería todavía más en la posible selección de la norma que le servirá para elaborar la proposición jurídica general que constituirá la premisa mayor del silogismo judicial.

Hecha la selección, el juez va a proceder, pues ya eligió la norma jurídica general y determinó los hechos, a elaborar su sentencia. A partir de este momento se entra en la fase de la motivación, que se requiere en los sistemas jurídicos de la familia de derechos romano-germánica, a la que pertenecen los derechos uruguayo, venezolano, argentino, colombiano, brasileño, francés, belga, portugués, español, alemán, etc.

La motivación, se considera necesaria en toda sentencia, pero hay jurisprudencia en varios países, en el sentido de que la motivación puede ser cualquier argumentación, y no es indispensable que el juez argumente demasiado (salvo en ciertos casos muy discutidos) su sentencia, ya que basta que haya una motivación. Por ejemplo, la Corte de Casación belga ha aceptado que no es motivo para dar lugar al recurso de casación el que la motivación no tenga nada que ver con la sentencia, basta que haya una motivación. En general, pues, se ha caído en la rutina formalista, y la mayoría de los jueces, por razones de trabajo, no motivan suficientemente la mayoría de las sentencias, salvo cuando la decisión es muy discutida, o es de la Corte Suprema de Justicia o de la Corte de Casación, según los países.

Ahora bien, en el **Common Law**, donde los jueces no están obligados a motivar el fallo, la motivación tiene una finalidad didáctica. Durante mucho tiempo, los abogados, en Inglaterra, no se formaban en las universidades, sino en los tribunales y en los bufetes de los abogados, entonces, la única forma de enseñarles el derecho a los estudiantes, a los futuros abogados, era a través de las motivaciones de los fallos, que tienen una finalidad didáctica, y no son la parte fundamental de la sentencia, que lo es la **ratio decidendi**, sino que a los jueces les gusta lucirse y explicar **obiter dictum**, la razón de su decisión, pero sin estar obligados a motivar ésta, para instruir a los futuros abogados.

Pero en los sistemas jurídicos de la familia del derecho romano-germánico sí hay obligación de motivar el fallo, y es allí donde entra a jugar su papel fundamental la teoría de la argumentación.

La teoría de la argumentación sirve no sólo en el campo del derecho, sino también en el ámbito de la política, así como los discursos y los mensajes de los candidatos a los cargos públicos buscan convencer al electorado; en el campo de la teología o de la religión sucede lo mismo, pues los intérpretes de la Biblia o del Corán, por ejemplo, pretenden convencer que su punto de vista es el más adecuado; en el terreno filosófico ocurre igual; etc.

Hay que señalar que entre la interpretación jurídica y la teológica hay mucha coincidencia porque al fin y al cabo se trata de interpretar textos que, en general, contienen mandatos que no han sido establecidos por quien los interpreta y aplica sino que han sido establecidos por un órgano superior, Dios o el legislador, por lo que, entonces, la tarea del intérprete es de hacer conocer a aquellos concernidos por esos mandatos, qué es lo que quiso decir Dios, cuando se trata de un mensaje religioso, o el legislador, cuando se trata de una norma jurídica general.

Al fin y al cabo lo fundamental de la teoría de la argumentación es que funciona en aquellos campos donde no se manejan verdades racionales sino que se discuten puntos de vista, donde se enfrentan dos o más posiciones, y en donde el que argumenta pretende convencer a un auditorio de que su posición es la más razonable, justa o conveniente, es decir, expone los argumentos para hacer prevalecer sus puntos de vista sobre los eventuales puntos de vista concurrentes.

Y eso es lo que ocurre cada vez que un juez zanja una controversia. El juez, cuando motiva su fallo, lo que busca, en primer lugar, es convencer a las partes que litigaron en el proceso, y, en segundo término, si es un juez de primera instancia o un juez superior, va a

tratar también de convencer al tribunal que, eventualmente, tendrá que revisar su fallo, y en última instancia, buscará convencer a la opinión pública especializada, es decir, a los abogados que, en general, actúan en el foro, o sea, a la barra de abogados que trabajan en una sociedad dada.

¿De qué los va a convencer? Los va a convencer de que su decisión no sólo es conforme al derecho positivo, que está obligado a aplicar, de que su decisión está de acuerdo con el derecho vigente, sino también de que su decisión es razonable, que es conveniente, que su decisión es adecuada, que su decisión es justa, o sea, conforme con lo que en esa sociedad se considera justo, es decir, de que su decisión no choca con las valoraciones colectivas o el ideal de la justicia socialmente vigente.

Pero el juez no debe so pretexto de satisfacer dichas valoraciones o ese sentimiento colectivo de justicia, o so pretexto de obrar con equidad, sacrificar de manera abierta la seguridad jurídica, aunque tampoco debe el juez sacrificar, en un momento dado, el sentimiento de justicia colectivo en aras de una aplicación estricta del derecho, por considerar que mantener la seguridad jurídica es el valor fundamental de esa sociedad.

Por supuesto, que también depende de la materia que deba ser objeto de la decisión, es decir, si la materia es penal, mercantil o comercial, civil, administrativa, de tránsito, laboral, etc., ya que eso va a influir también en la decisión. Pero, el juez debe convencer a las partes, de tal forma que las partes tengan el sentimiento de que, como declaraba ARISTOTELES, “el juez es, por así decirlo, la justicia encarnada”; asimismo, también tiene que convencer a los tribunales superiores que, eventualmente, tengan que revisar su sentencia, pues lo ideal es que ésta no sea revocada, que sea aceptada como una decisión conforme al derecho vigente.

Muchas veces un juez sacrifica el alcanzar el valor justicia, tal como lo concibe la sociedad donde actúa, porque respeta más la seguridad jurídica, y, en otras ocasiones, hace lo contrario, ya que le interesa más satisfacer a la opinión pública de esa sociedad. Así, hay decisiones judiciales, cuyas motivaciones o argumentos van dirigidos a convencer no solamente a la opinión pública especializada sino también, en gran medida, a toda la sociedad, tales como las sentencias que tienen que ver con los derechos individuales, con los derechos políticos, con los derechos de los trabajadores, con la condena de ex ministros, etc. Tienen una trascendencia que escapa de esa opinión pública especializada y, justamente allí, es que puede suceder que haya una reacción pública a esa sentencia, que obligue a la intervención del Poder Legislativo.

En Venezuela, han sucedido algunos casos donde las decisiones de la Corte Suprema de Justicia han cambiado, en forma radical, la jurisprudencia, lo que ha provocado una reacción de ciertos sectores sociales, de tal magnitud, que ha obligado al Poder Legislativo a intervenir para hacer una interpretación auténtica de la ley, o una modificación de la ley para evitar nuevas o posibles interpretaciones del tribunal supremo, similares a las criticadas.

Eso ha llevado, entonces, a que haya una especie de diálogo entre el Poder Legislativo y el Poder Judicial, pues, cuando el Poder Legislativo no está de acuerdo con la jurisprudencia en determinada materia, interviene, o cuando el Poder Judicial sentencia en un sentido y el Poder Legislativo no interviene, se considera como una admisión implícita, por parte del Poder Legislativo, de las interpretaciones que del derecho legislado vienen haciendo los jueces. Sin embargo, hay que aclarar que el diálogo que se da entre el Poder Judicial y el Poder Legislativo, no es entre los jueces y quienes redactaron las leyes (legislador histórico), sino con el legislador actual, y, en la medida en que el Poder Legislativo no reacciona ante las interpretaciones judiciales que se vienen haciendo de las disposiciones de los códigos

penal, civil, de comercio, de procedimiento civil o penal, de las diversas leyes laborales, tributarias, etc., significa que está conforme con esas interpretaciones, lo cual puede deberse, en el fondo, a pereza del legislador, o por estar interesado el Parlamento en otros asuntos, que hacen que no se ocupe de ello, y omitido una admisión o un reconocimiento explícito de esas interpretaciones, porque si no estuviera de acuerdo, debería proceder a modificar la legislación o a hacer una interpretación auténtica de las normas jurídicas cuya interpretación se cuestiona, de tal manera, que no se sigan haciendo las interpretaciones judiciales que no se consideran convenientes.

Vemos pues, y esto sería muy largo de explicar, que cada vez que se va a realizar la interpretación de una norma y a aplicarla a un caso concreto, se van a manejar determinadas técnicas argumentativas, y así, yo puedo tomar una sentencia cualquiera, y al leer las motivaciones que ha expuesto el juez, descubrir qué tipo de argumentos jurídicos ha manejado, por ejemplo, los argumentos teleológico, apagógico, psicológico, sistemático, a contrario sensu, etc., y/o cuáles tópicos jurídicos ha utilizado para justificar la decisión que ha tomado.

Como se dijo antes, hay sentencias de tribunales de instancia que son muy pobres en la exposición de sus motivaciones, ya que aunque existe la obligación de motivar, generalmente, no se necesita desarrollar a fondo la justificación del fallo.

La presencia de determinados argumentos y tópicos jurídicos, y el manejo de éstos, es lo que, a mi juicio, revela la naturaleza tópica o retórica del proceso de interpretación y aplicación de las normas del derecho positivo, y es lo que me lleva, en última instancia, a decir, que yo puedo hablar de interpretaciones **razonables** o **irrazonables** de una determinada norma legal o de una norma jurídica general cualquiera, pero de que no debo hablar de una interpretación “verdadera” o “falsa”. ¿Por qué? Pues, precisamente, porque nos estamos moviendo dentro

del ámbito de la argumentación, o sea, de los razonamientos dialécticos y no de los razonamientos analíticos o demostrativos.

Y, en el proceso hermenéutico, yo puedo llegar a determinar varias posibles interpretaciones de una norma, o sea, que cada norma jurídica general nos presenta varias posibilidades hermenéuticas, de las cuales, yo, como abogado, le sugiero a mi cliente, una y no otra, pero mi interpretación no es vinculante, es decir, si yo elijo, entre las varias posibilidades hermenéuticas, una, esto no vincula a nadie, ni siquiera a mí. Empero, en un juicio, el juez que actúa en éste, deberá elegir una de las posibilidades interpretativas que ofrece la norma con la cual va a resolver un caso de especie dado, y esa sí se va a positivizar, ya que esa interpretación de la norma va a servir de fundamento a una decisión judicial y así va a tener la posibilidad de ser aplicada coactivamente por un órgano del Estado. Y esa interpretación puede constituir, dependiendo del sistema jurídico, un precedente que puede vincular a otros jueces en el futuro. Claro que puede haber un tribunal superior que considere que esa no es la interpretación más razonable, y elija otra de las posibilidades hermenéuticas ofrecidas por la norma.

Sin embargo, aunque siempre existe una multiplicidad de posibilidades interpretativas en cada norma, también hay un límite, que es el “texto posible”, para emplear las palabras de HECK.

Vamos, siguiendo a LARENZ, a poner como ejemplo el caso de una norma en que se emplee el término “hijos”. Así, cabe preguntar: ¿a cuáles hijos se refiere la norma?, ¿cuál será el núcleo de esa norma?. Posiblemente, nadie va a discutir que se refiere a los hijos legítimos, incluso a los naturales o ilegítimos, o sea, que el “sector nuclear” son los hijos carnales, en general. Pero si se amplía más su alcance, llegaremos a los hijos adoptivos, e incluso podremos llegar a los llamados “hijos políticos”, es decir, el “sector marginal”.

Pero, habrá un límite en que el intérprete deberá decir “no”, ya que, de acuerdo con la **mens legis** de la norma, ésta no puede llegar jamás a comprender a los sobrinos, ni a los primos, y, probablemente, tampoco comprender a los “hijos políticos”.

Se trata, entonces, de precisar el núcleo de la norma y la posibilidad de comprender bajo ese término conceptual determinados seres y/o sus actos, sin que se desnaturalice totalmente el sentido de la norma y la interpretación deje de ser razonable.

Es evidente, que en el ejemplo antes mencionado, sería extender demasiado el sentido y alcance de la norma, si se pretende afirmar que la palabra “hijos” comprende a los sobrinos o a los primos y quizás a los denominados “hijos políticos”.

Ahora bien, ¿cómo se determina, si se está recurriendo a una interpretación extensiva o al razonamiento por analogía?.

Puede que parezca muy forzado llegar, mediante un razonamiento analógico, a comprender a los sobrinos, ¿pero lo sería comprender a los nietos?; por analogía, ¿se podría comprender a los nietos?.

Y, con la interpretación extensiva, ¿hasta dónde podemos llegar? ¿Hasta a los hijos naturales? ¿O a los hijos adoptivos? ¿O a los hijos políticos?

Evidentemente, que aquí hay que tener en cuenta la naturaleza de la norma: ¿Es una norma penal? ¿O una norma de derecho civil o de derecho público?.

Hasta 1982, en Venezuela, de acuerdo con el Código Civil de 1942 (arts. 225 y 220), el padre no podía reconocer a los hijos ilegítimos adulterinos, sacrílegos o incestuosos, ni éstos podían inquirir la paternidad, sin embargo, según el Código Penal, aquel que da muerte a

su padre, por más que éste no lo haya reconocido, es procesado por homicidio calificado (parricidio) (art. 408, ord. 1º, del C.P.V.).

Lo mismo sucede, por ejemplo, con el concepto de “funcionario”, ya que no tiene la misma significación en el Código Penal que en las normas del derecho administrativo. Igualmente ocurre con otros conceptos, tales como “buena fe”, “negligencia”, “error”, “orden público”, “cosa”, etc.

La Corte Suprema de Justicia venezolana habla de “interpretación racional”, pero yo creo que más bien debe hablarse de una interpretación experimentada o vivida como “razonable”, por aquellos a los cuales la norma interpretada concierne, es decir, al auditorio, que abarca a las partes litigantes, a los jueces, que elaboran o revisan los fallos y a la opinión pública especializada.

En resumen, pienso que, en general, no se puede hablar de que el resultado o producto del proceso hermenéutico es verdadero o falso, sino de que es razonable, justo, conveniente, adecuado, etc., o por el contrario, irrazonable, injusto, inconveniente, inadecuado, etc.

#### **BIBLIOGRAFIA**

DAVID, René; *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains (Droit Comparé)*. 2ième éd. París, Dalloz, 1966. O *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos (Derecho Comparado)*. Trad. del francés por Pedro Bravo Gala. Madrid, Aguilar, 1973.

ENGISCH, Karl; *Introducción al Pensamiento Jurídico*. Trad. del alemán por Ernesto Garzón Valdés. Madrid, Guadarrama, 1967.

KELSEN, Hans; *Théorie Pure du Droit*. Trad. française por Charles Eisenmann. París, Dalloz, 1962. O *Teoría Pura del Derecho*. Trad. del francés por Moisés Nilve. Buenos Aires, Eudeba, 1960.

### *El problema de la subsunción y la argumentación jurídica*

---

LARENZ, Karl; Metodología de la Ciencia del Derecho. Trad. del alemán por Enrique Gimbernat Ordeig. Barcelona, Ariel, 1966.

PERELMAN, Chaïm; A propos de la règle de droit, réflexions de méthode, en La règle de droit. Bruxelles, Bruylant, 1971.

PERELMAN, Ch.; Le raisonnement juridique en el Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie. (Beiheft Neue Folge Nr 7). O El razonamiento jurídico. Trad. del francés por H. Petzold Pernía. Cuaderno de trabajo N° 5 del CEFD-LUZ, Maracaibo, 1973.

PERELMAN, Ch.; Logique Juridique. Nouvelle rhétorique. París, Dalloz, 1976. O La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica. Trad. del francés por Luis Díez-Picazo, Madrid, Civitas, 1979.

PETZOLD PERNIA, Hermann; Interpretación e Integración en el Código Civil Venezolano - Hermenéutica Jurídica y Argumentación - Maracaibo, Universidad del Zulia - Facultad de Derecho - IFD, 1984.