

PROPUESTA PARA LA DECLARACIÓN EXPLÍCITA DE LAS RAZONES SUBYACENTES DE UNA LEY POR PARTE DEL LEGISLADOR

PROPOSAL FOR THE EXPLICIT DECLARATION OF THE UNDERLYING REASONS OF A LAW BY ITS
LEGISLATOR.

Est. Nicholas von Morgenland Rémy¹

Resumen: El presente artículo trata sobre una propuesta para encauzar de manera democrática la discrecionalidad que existe en la aplicación del Derecho. A partir de la epistemología planteada por Timothy Endicott y Frederick Schauer, se reconoce la incapacidad de eliminar por completo la discrecionalidad de la práctica jurídica. Por esta razón se plantea una propuesta la cual busca dirigir dicha discrecionalidad apelando al valor del proceso deliberativo-democrático presente en la forma mediante la cual el Poder Legislativo de los ordenamientos jurídicos modernos crea Derecho. De tal manera, la propuesta entonces consistiría en instalar una nueva exigencia en el proceso de promulgación de leyes en la cual los diputados deberán debatir, ya no solo los contenidos de la ley, sino proponer y votar por cuáles serán los fines que delimiten la aplicación de cada norma para a su vez otorgarle a estas razones explicitadas autoridad por sí mismas.

Abstract: *This article deals with a proposal to democratically channel discretion in the application of the Law. Based on the epistemology proposed by Timothy Endicott and Frederick Schauer, the inability to completely eliminate discretion in legal practice is recognized. For this reason, a proposal is then forwarded which seeks to direct said discretion by appealing to the value of the deliberative-democratic process present in the Legislative Powers of modern Law. In this way, the proposal would then consist of installing a requirement in the legislative process in which the deputies must debate, not only the contents of the law, but also propose and vote for what will be the purposes that delimit the application of that norm.*

Palabras clave: razones subyacentes; discrecionalidad; textura abierta; interpretación legítima, concepto de Derecho.

Keywords.: *underlying reasons; discretion; open texture; legitimate interpretation.*

¹ Costarricense, es actualmente estudiante de Segundo año de Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Durante el año 2024, ejerció la función de Vocal II en la Junta Directiva de la Asociación de Estudiantes de Derecho de la Universidad de Costa Rica. *Contacto:* nicholas.vonmorgenland@ucr.ac.cr

Introducción

El presente artículo trata sobre una propuesta la cual aspira a formular un avance en la discusión que existe en el Derecho sobre la utilización y seguimiento de *razones subyacentes* al momento de aplicar normas jurídicas. Para ello, su estructura será la siguiente; se iniciará con un breve *estado del arte* en lo que respecta a la discusión mencionada. Este brevísimo apartado girará principalmente en torno a la epistemología planteada por el autor Frederick Schauer sobre el desarrollo de las *razones subyacentes* a partir del concepto de H.L.A. Hart sobre la *textura abierta del Derecho*.

Seguidamente, se dará una explicación de la propuesta planteada y, por último, se presentarán argumentos para responder a posibles críticas hechas contra dicha propuesta.

Contexto sobre la discusión

A primera vista, se suele creer que el Derecho es norma, y que su práctica consiste únicamente en la aplicación de dichas normas, la realidad es mucho más matizada que eso.² La norma no es capaz de contemplarlo todo, pero por otro lado, sí se le puede exigir al Derecho el deber de dar respuesta al conjunto absoluto de casos que se le presenten.³

Con tal de explicar el contexto epistémico que inspira este artículo, existen dos principales tipos de equivocidad que se consideran responsables de este *retraso* del Derecho en comparación a la realidad⁴. Una es debido a su expresión como un lenguaje natural, lo que H.L.A Hart denomina la *textura abierta* del Derecho y la otra es debido a los problemas que implicaría crear normas ya sea *sobre* o *sub-incluyentes*, según lo explicado por Frederick Schauer⁵, a continuación se citará un brevísimo extracto de Fernando Atria resumiendo la doctrina de Hart al respecto:

Es suficiente decir que Hart intentó encontrar una vía media entre dos extremos igualmente inaceptables, que él llamó “formalismo” y “escepticismo ante las reglas”. Para ello Hart usó la idea de *textura abierta* formulada por F. Waismann. El argumento era, que debido a que el significado está dado por el uso, las palabras [conceptos] no pueden tener significado alguno sin que al mismo tiempo y por eso ellas se apliquen claramente a ciertas instancias.⁶ [Y a otras no tan claramente].

² Schauer, Frederick, *Pensar como abogado*. (Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2013), 29.

³ Constitución Política de la República de Costa Rica, artículo 41, San José, 1949.

⁴ Schauer, Frederick, *Pensar como abogado*. (Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2013), 39-44 (sobre la Generalidad del Derecho) y 44-50 (sobre la Formalidad del Derecho).

⁵ Ibid.

⁶ Atria, Fernando, *H. L. A. Hart y la textura abierta del Derecho*. (Chile, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, 1999), 380.

Siguiendo con lo expuesto por Atria, para Hart entonces los *casos de penumbra* serían aquellos casos en los que puedan existir múltiples “opiniones acerca de su aplicabilidad entre usuarios competentes del lenguaje”.⁷ Premisa que a su vez se sostiene señalando que el Derecho está planteado por medio de un lenguaje natural, lo cual inevitablemente le lleva a padecer los vicios del medio que lo contiene, la misma teoría de *textura abierta* de Waismann lo que hace es señalar a un problema de verificación, en el sentido que enunciados de lenguaje natural (con una clara delimitación “marcada por los sentidos”), sería “incapaz de responder a situaciones completamente imprevistas”, el ejemplo más memorable de este problema sería el que señala un caso límite para lo que se entiende que define la palabra “gato” si un determinado espécimen de esta especie creciera repentinamente en proporciones descomunales.⁸ Para esto, Atria nuevamente explica: “cualquier lenguaje que contenga términos clasificatorios generales (...)” padecerá de dicha equivocidad.⁹

En relación a la teoría de Schauer, lo más rescatable para los fines específicos de este artículo serían los problemas implicados el momento de crear normas *sobre-incluyentes*. Estas se explicarán en el siguiente apartado.

Explicación de la propuesta

Entendiendo lo anterior, la pregunta, parecería ser: ¿existe manera de reducir la intrínseca discrecionalidad presente en la aplicación del Derecho?¹⁰ Se sostiene que sí, y el problema que a su vez surge de esta respuesta sería, entonces, ¿cómo?

En tanto a la primera pregunta, hay dos posibles respuestas; la primera sería reducir el marco de discrecionalidad mediante un extenuante proceso de *tipificación*. Esto se refiere a tratar de hacer el esfuerzo de encapsular todos los posibles hechos de la realidad en los supuestos de hecho contemplados en las normas jurídicas. El insubsanable problema que surgiría a partir de esta respuesta sería el de normas *sobre-incluyentes* ya desarrollado a detalle por el mismo Schauer.¹¹

El problema *práctico*, el cual Schauer plantea respecto a esta respuesta consistiría en que, a pesar de lo *dilatada* que pueda llegar a estar la lista de supuestos de hechos contemplados por la norma, nunca serían capaces de prever el futuro, en tanto, posibles cambios en la realidad, los cuales por ende deberían

⁷ Ibid

⁸ Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, letra W. UNAM, p. 295-296. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2631/27.pdf>

⁹ Ibid., p. 381.

¹⁰ Implicada a su vez debido a su expresión por medio de un lenguaje natural.

¹¹ Schauer, Frederick, *Pensar como un abogado; Una nueva introducción al razonamiento jurídico*. (Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2013), 29-51.

estar regulados en la norma. De esta manera, si la norma se queda *atrás* (al no evolucionar con la realidad) y entre sus supuestos de hecho no contempla las hipótesis consideradas axiológicamente relevantes, esto las terminaría por convertir en demasiado *rígidas* e incapaces de producir una aplicación que no nos resulte simplemente absurda o desfasada.

Por estas razones, considero que tratar de reducir el ámbito de discrecionalidad del Derecho *tipificando extenuantemente*, sería (por poner un ejemplo) el equivalente a tratar de absorber gas con una esponja de cocina. Es en este punto de la discusión que entra la propuesta del presente artículo para la *explicitación legislativa* de las razones subyacentes de la norma. Se propone entonces no tratar de contener un gas en una esponja, sino reconocer que lo mejor que se puede hacer es “abanicarlo” en una u otra dirección.

Sí es posible entenderlo de esta manera, la primera respuesta (la que abogaba por una sobre inclusión de la norma), lo que pretendía era reducir la discrecionalidad hasta el punto de eliminarla, pretensión en la cual indudablemente falla.

Con este segundo planteamiento lo que se pretende es simplemente reducir la discrecionalidad y de paso realizarlo apelando a la aplicación de un método que además se considera capaz de fortalecer el debate político-democrático. Este argumento democrático se sostiene de la siguiente manera. Si la ley es la manifestación de la voluntad del pueblo, su ejecución es la materialización de ese mismo ideal. Entonces (partiendo de que es imposible eliminar por completo la discrecionalidad) lo más coherente dentro de un sistema democrático sería otorgarle (en la mayor medida posible) la redirección de sus problemas *formales* (de lenguaje) a la institución que ostente la mayor legitimidad democrática. En consecuencia, se arguye por una prelación del legislador sobre el judicial en las instancias donde aflore el tipo de discrecionalidad explicada.¹² Para la comparación de *niveles de legitimidad democrática* se emplearon los conceptos de *Legitimación democrática funcional y orgánico-personal* propuestas por Ernst Böckenförde.¹³

De esta manera, se *combate* la discrecionalidad (que pueda prestarse para arbitrariedad)¹⁴ con una discrecionalidad de la norma aún más matizada. Endicott entiende que (en lo que pareciera un *primer vistazo*), la vaguedad del lenguaje natural es necesariamente incompatible con la necesidad de aplicar normas generales a casos concretos (cosa la cual se le exige al Derecho);

¹² Dicha intervención siendo a partir de la propuesta delimitada en este artículo.

¹³ Marshall, Pablo, *Notas sobre el contenido del Principio de la Democracia*. (Chile, Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política - Vol. 3, N°1, Año 2, 2011), 31.

¹⁴ Se estará empleando el concepto de arbitrariedad trabajado por Timothy Endicott a su vez expuesto por Rodríguez, Jorge Luis, *Teoría analítica del Derecho*. (Madrid, Marcial Pons, 2021), 604. El cual se define de la siguiente manera: “la arbitrariedad consiste en la resistencia a brindar razones, o directamente de la ausencia de ellas”.

pero sostiene que con un segundo análisis, la vaguedad (y eventualmente discrecionalidad) más bien se tornan algo necesario para permitir un sistema de prescripciones que de lo contrario serían demasiado rígidas y que a su vez llevarían a consecuencias consideradas *absurdas* desde la óptica teleológica detrás de la implementación de cada norma.¹⁵

Con tal de responder la segunda pregunta planteada al inicio de este apartado (la del ¿cómo reducir la discrecionalidad?), la propuesta de este artículo sería la siguiente: agregar en el proceso legislativo una etapa en la cual (cuanto menos) aquellos diputados que presentaron un proyecto de ley deban agregar una sección a cada norma en la cual explicarían, de la manera más explícita posible, cuáles fines pretenden que se consigan al aplicar la norma. Este apartado de *razones* además implicaría un espacio en el proceso legislativo en el cual los diputados deberán de discutir al respecto, abogar y atacar las finalidades de la norma que busquen o no patrocinar.

Aparte de las razones originalmente presentadas en conjunto con el proyecto de ley, además, cada diputado podrá presentar una moción para incluir o poner en duda cada una de ellas, esto con la intención de propiciar un espacio deliberativo-político entre las personas legisladoras. Otra posible alternativa para el (deseado) debate sustantivo de los delimitados fines de la norma sería en el ya existente espacio de *uso de la palabra* en la etapa de Segundo Debate del proceso de creación de leyes costarricense.¹⁶

Sería entonces responsabilidad de las demás facciones de diputados exigir y votar por las razones lo más claras y racionales posibles. Si algún diputado considera la primera razón de aplicación demasiado oscura, podrá abrir una moción en la que plantearía su crítica, de esta manera no permitiendo que dichas *razones explícitas* se tergiversen y apliquen con finalidades *deshonestas*.¹⁷ Se votarían sobre estas mociones con el fin aprobar o improbar las razones que serán patrocinadas legislativamente para la aplicación de una ley. Si el proyecto de ley quedase sin *razones* explicadas para su aplicación, no podría proceder.

A continuación, se procederá a ejemplificar lo anteriormente descrito por medio de un caso hipotético. Asumamos (paradigmáticamente), que hay una norma la cual prohíbe el ingreso de vehículos a un parque.¹⁸ El principal problema que aparecería para aplicar esta norma sería la vaguedad del término *vehículos*.

¹⁵ Ibid., p. 603.

¹⁶ Reglamento de la Asamblea Legislativa, artículo 150, 1961.

¹⁷ Entendiéndose como una finalidad deshonesta aquella en la que con sospecha fundamentada exista un indicio de inconexidad entre los motivos pública-políticamente empleados y posibles motivos subyacentes.

¹⁸ H.L.A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, (71 Harvard Law Review, 1958), 593,608-15.

Se tiene más que claro que un carro tendría prohibido ingresar en el parque, pero existiría también un argumento para prohibir un *carrito de bebés* o un *monopatín eléctrico*. Ambas son posibilidades racionales si se aplica literalmente la norma, a pesar de ello, estos resultados nos parecen simplemente absurdos debido a que como usuarios del Derecho contamos con cierta intuición de que la norma del parque no se implementó con la intención de prohibir tales artefactos.

Siguiendo con el mismo caso hipotético, a continuación se aplicará la propuesta de exigirle al legislador de la norma la *explicitación de sus fines*.

Planteemos entonces distintos escenarios contrafácticos: 1) hace 30 años, el legislador delibera y decide prohibir el ingreso de vehículos en el parque, con la finalidad de evitar la contaminación sónica que estos producen, 2) hace 20 años, el legislador delibera y decide prohibir el ingreso de vehículos por el riesgo de choque que podrían provocar para los peatones que traten de disfrutar del espacio, 3) y por último, en una verosímil, pero ajena realidad, el legislador delibera y decide prohibir el ingreso de vehículos en el parque con el teocrático fin de obligar a la ciudadanía a vivir según algún ideal ascético de modestia en el cual se desprecia el uso de cualquier tipo de tecnología.

Aplicando los tres escenarios al caso del carro, monopatín y carrito de bebé, todos darían una respuesta más clara sobre cuáles *vehículos* estarían prohibidos o no. En el primer ejemplo, estarían permitidos tanto los monopatines, como carritos de bebés, pero al mismo tiempo tampoco existiría una prohibición para un carro eléctrico que no produjera contaminación sónica. En el segundo ejemplo, estarían entonces prohibidos tanto los monopatines como los carros, pero los carritos de bebe no violarían la expresa visión del legislador y en el tercer ejemplo, estarían categóricamente prohibidos los carros y los monopatines, pero... se reconoce que aún sería necesaria la discrecionalidad e interpretación al momento de, por ejemplo, definir si un carrito de bebés se ajusta al ideal de una vida *puritana* y llena de dificultades terrenales que dicho legislador piensa auspiciar.

Entender esta última idea es un punto central para poder abogar por esta propuesta. Se tiene que tener claro que no se pretende solucionar el problema de la discrecionalidad, solo ofrecer una alternativa para encausarla (abanicarla en cierta dirección); y en este caso, apelando con el ideal de aplicar un método predominantemente democrático.

Posibles argumentos a favor y en contra

Probablemente el primer argumento que vendría a la mente en contra de esta propuesta sería que ya es algo que existe, y se llama *interpretación legítima*, la cual se realiza principalmente a partir de la consulta de las actas del debate legislativo, pero, este fenómeno interpretativo es justamente eso, una interpretación. Por lo que se está abogando en este artículo es sutilmente distinto. La tesis planteada pretende en su lugar revestir de autoridad una convención que previamente sólo servía para

argumentar de forma no vinculante.¹⁹ Es en este punto que entonces entra a la discusión la premisa valorativa la cual reza en tan alta estima la finalidad prevista por el legislador para la norma y que por esta razón se le alicata con tal autoridad.²⁰

Es de esta manera, como ya se ha explicado, que se busca la prevalencia de la intención del legislador (*pos* deliberación) sobre cualquier otro método de interpretación que pretenda persuadir en su lugar.

La principal diferencia entonces, sería que, la metodología planteada pretende tres cosas: 1) una mayor transparencia y concordancia entre las intenciones *públicas* y *privadas* del legislador; 2) facilitar y exigir un aún mayor espacio de deliberación y debate político y 3) enfocar de manera más concentrada los fines con los cuales se pueda aspirar al aplicar determinada ley, para de esta manera encauzar de una manera aún más legítima la discrecionalidad que necesariamente implica la aplicación del Derecho.

De tal manera que a su vez se reconoce que el cambio de paradigma más grande que implica esta propuesta, sería la importancia que se le otorga o no a la *interpretación legítima* de una norma. La viabilidad entre aplicar esta tesis y no hacerlo, depende justamente de si se valora lo suficiente la teleología que existe en las actas de creación de ley de la Asamblea Legislativa como para considerar oportuno otorgarles *rango de ley*.

Conclusiones

Antes de finalizar, se cree conveniente además dirigirse a otro posible argumento/falencia que se podría esgrimir en contra de lo planteado. Se considera que el eslabón más débil de la propuesta (en su estado actual) es el de la *estructura* (en tanto forma) óptima para la realización de la explicitación del fin en cada norma. Es en la práctica donde podría llegar a tambalear lo propuesto y de momento se reconoce como insuficiente que el único *mecanismo de seguridad* descrito para evitar una posible tergiversación de esta nueva parte del proceso legislativo dependa del compromiso y rectitud de los diputados.²¹ Es de esta manera que se deja para futura reflexión idear una estructura más desarrollada para que la *explicitación* de los fines de una norma pueda ser lo menos vulnerada posible.

¹⁹ Schauer, Frederick, Pensar como un abogado; Una nueva introducción al razonamiento jurídico. (Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2013), 83-90.

²⁰ El ejemplo de Costa Rica sería el ideal republicano de división de Poderes presentes en tándem según el artículo 2 y 105 de la Constitución Política, 1949.

²¹ La pregunta que entonces cabría aquí sería si se considera “mejor” (o al menos más democráticamente legítimo) reducir la discrecionalidad de la judicatura en la aplicación del Derecho, para otorgarle una mayor concentración de poder político/discrecionalidad al Poder Legislativo.

Además, antes de concluir, se rescata y se vuelve a mencionar una de las ideas centrales del texto; esta es la de enfrentar la discrecionalidad de una manera *orgánica*, en el sentido de tratar de encausarla y no de eliminarla (cosa imposible en la aplicación real del Derecho).²² Justamente por esta noción es que además se reconoce que lo propuesto en el presente artículo es solo una de las posibles alternativas para tratar de direccionar la discrecionalidad, existen en demasía otras propuestas igualmente válidas que se encargan de tratar de racionalizar a la discrecionalidad.²³ Lo importante, entonces, sería proponer y generar discusión para mejorar paulatinamente la práctica jurídica.

Por último, agradezco a los estudiantes en el Consejo Editorial de Hermenéutica por su gran esfuerzo para facilitar este valioso espacio de crecimiento académico a los demás estudiantes de la carrera.

Bibliografía

- Atria, Fernando. 1999. *H. L. A. Hart y la textura abierta del Derecho*. Chile, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. <http://filosofiajuridica.cl/wp-content/uploads/2015/02/1999-22-atria.pdf>
- Atria, Fernando. 2016. *La forma del Derecho*. Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. UNAM. <https://www.juridicas.unam.mx/>
- Constitución Política de la República de Costa Rica*, San José, 1949.
- H.L.A. Hart. 1958. *Positivism and the Separation of Law and Morals*. 71 Harvard Law Review.
- Reglamento de la Asamblea Legislativa*, San José, 1961.
- Rodríguez, Jorge Luis. 2021. *Teoría Analítica del Derecho*. Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Marshall, Pablo. 2011. *Notas sobre el contenido del Principio de la Democracia*. Chile, Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política - Vol. 3, N°1, Año 2.
- Schauer, Frederick. 2013. *Pensar como un abogado; Una nueva introducción al razonamiento jurídico*. Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

²² Rodríguez, Jorge Luis, *Teoría Analítica del Derecho*. (Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2021), 57-67.

²³ El ejemplo histórico de mayor relevancia y trágica infamia sería aquel de la *strictissima* división de poderes que se dió en la Revolución Francesa a partir del prejuicio sobre la *premodernidad* del desempeño de la función judicial en el *ancien régime*. Se destacan las palabras de Montesquieu sobre que el juez debe ser solo “la boca que pronuncia las palabras de la ley”. Para una reflexión más profunda del tema se puede referir al Capítulo 6, p. 101-133 de Atria, Fernando, en *La forma del Derecho*.