Université Paris Nanterre

200 av. de la République
92001 Nanterre Cedex
www.parisnanterre.fr

Membre de l'université Paris Lumières

École doctorale 141 : Droit et science politique
Centre de Théorie et Analyse du Droit (CTAD)-UMR 7074
Équipe ThéorHis

VAZQUEZ Gonzalo Javier

Principios jurídicos y pluralidad de racionalidades

Thèse présentée et soutenue publiquement le 12/07/2022
en vue de l'obtention du doctorat de Droit public de l'Université Paris Nanterre
sous la direction de Mme. Véronique Champeil-Desplats (Université Paris Nanterre)
et de M. Juan Pablo Alonso (Université de Buenos Aires)

Jury * **:**

Co-directrice :	Mme. Véronique Champeil-Desplats	Professeure, Université Paris Nanterre
Co-directeur :	M. Juan Pablo Alonso	Professeur, Université de Buenos Aires
Membre du jury :	M. Éric Millard	Professeur, Université Paris Nanterre
Rapporteur :	M. Carlos Herrera	Professeur, Université Cergy Paris
Rapporteure :	Mme. Josefa Ruíz	Professeure, Université de Granada

* *Vous pouvez rajouter ou enlever des lignes au tableau, ou modifier les fonctions (remplacer Membre du jury par Rapporteur·e par exemple). N'oubliez pas de supprimer ces deux lignes de texte à la fin de votre rédaction.*

A Paz, Merlín y Poupée.

PRINCIPIOS JURÍDICOS Y PLURALIDAD DE RACIONALIDADES

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN

I. La presentación del problema…… (8-10)

II. Breve desarrollo acerca de los conceptos centrales de esta investigación…. (10-11)

A. Sobre la racionalidad…….. (11-12)
B. Sobre los principios jurídicos…… (12-14)
C. Sobre los casos difíciles (dificilísimos y estructurales)…..…….. (14-16)
D. Sobre la discrecionalidad……..……..…… (16-17)

III. Racionalidad jurídica (una introducción) …….. (17)

A. Puesta en crisis de la idea acerca de una (única) racionalidad en el derecho…….. (18-21)
B. La posibilidad de pensar sub-racionalidades jurídicas (legal y jerárquica) como evidencia de la inexistencia de una (única) racionalidad en el derecho…..…….. (21)
    1. La sub-racionalidad legal……...……...…..…… (22-24)
    2. La sub-racionalidad jerárquica…… (24-26)

IV. Pluralidad de racionalidades y pluralidad de métodos……..... (26-30)

V. El problema de la respuesta correcta desde la óptica de una pluralidad de racionalidades…….……...…..…… (30-39)

CONCLUSIÓN……...…..…… (39-40)

PRIMERA PARTE:

LAS RACIONALIDADES DE LAS TEORÍAS DE LOS PRINCIPIOS

CAPÍTULO I: Principios jurídicos como reflejo y receptáculo de múltiples racionalidades en el derecho…….. (41-42)

SECCIÓN I: Principios jurídicos y positivismo…….…….. (43)

I. Principios jurídicos y teoría positivista del derecho……..…… (43)

A. Punto de partida……..…….…….. (43-44)
B. Consideraciones metodológicas y conceptuales……. (44-51)
C. Desarrollo de la teoría principalista de Genaro Carrió y su relación con el iuspositivismo…….……..…..……..…..…… (51-57)

II. Los principios jurídicos como parte integrante de los ordenamientos jurídicos..…….. (57-58)

A. Consideraciones terminológicas, conceptuales y pragmáticas……..... (58-65)
B. Propuestas de clasificación de los principios jurídicos dentro de los ordenamientos jurídicos…….……..... (65-83)
C. Los principios jurídicos implícitos…….……. (83-96)

SECCIÓN II: Los principios jurídicos en funcionamiento -roles y formas de aplicación-……...…… (96-97)

I. Ponderación y valoración……..…….…….…… (97-98)

A. La relación entre los principios y los valores……..…….……... (98-102)
B. Los valores desde la sociología pragmática de Nathalie Heinich (una introducción)……. (102)
C. Relevancia de la relación entre principios y valores para la interpretación y aplicación del derecho……..…..…… (103-105)

D. Distintas propuestas y reflexiones acerca de la ponderación…….. (105-121)

II. Acerca de los roles que pueden desempeñar los principios jurídicos en un ordenamiento jurídico ……. (121-129)

A. Casos difíciles a partir de la presencia de principios jurídicos……. (129-136)
B. Necesidad de una discrecionalidad controlada ante la pluralidad de racionalidades que reflejan los principios…… (136-147)
C. Interpretación de los principios jurídicos desde una pluralidad de racionalidades…….. (147-158)

CONCLUSIÓN……..…… (158-159)

CAPÍTULO II: Discrecionalidad e interpretación -el margen de maniobra del juez en la decisión judicial-…….. (160-166)

SECCIÓN I: Distinción entre discrecionalidad y arbitrariedad……..……. (166-178)

SECCIÓN II: La interpretación como acto de voluntad -la teoría realista de la interpretación-……..…… (178-185)

CONCLUSIÓN……..…… (185-187)

SEGUNDA PARTE:

LAS RACIONALIDADES DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS

CAPÍTULO I: Racionalidad y derecho…….……. (188-191)

SECCIÓN I: Delimitación del concepto racionalidad a los fines de esta investigación……..... (191)

A. Acerca del concepto racionalidad…….. (191-194)
B. La racionalidad en el campo del derecho……..……..... (195-201)

SECCIÓN II: La noción de pluralidad de racionalidades en el derecho…… (201-207)

CONCLUSIÓN……..... (207-209)

CAPÍTULO II: Diferentes tipologías de racionalidad…… (210-212)

SECCIÓN I: Racionalidad jurídico-estratégica -Teoría de las coacciones (Théorie des contraintes juridiques)- ……..…… (212)

A. Análisis de la Théorie des contraintes juridiques……..……... (212-225)
B. Propuesta de una racionalidad jurídico-estratégica a partir de la Théorie des contraintes juridiques…….……..…… (225-236)

SECCIÓN II: Las pluralidades de la racionalidad desde el punto de vista de la sociología pragmática…….. (236-237)

A. Incorporación de la dimensión social al análisis jurídico……..…….. (237-241)
B. Consecuencias en la práctica jurídica de la incorporación de la dimensión social……..……..…….. (241-242)

1. Posibilidad de un discurso objetivo y racional acerca de valores sociales desde las propuestas de la sociología pragmática…….. (242-273)
2. Utilización del argumento social en la decisión de casos difíciles (dificilísimos y estructurales)…….. (273-284)

C. Propuesta de tipología de racionalidad(es) social(es) ……..……... (284-292)

SECCIÓN III: Racionalidad económica a partir del análisis económico del derecho..…… (293-297)

A. La relación entre el derecho y la economía…..……..…….. (297-299)
B. Análisis de los conceptos y teorías más relevantes de la economía en su relación con el derecho…..……..……..……..…….. (300-305)
C. El Análisis Económico del Derecho como campo de estudio particular (306-316)
D. Principales objeciones al Análisis Económico del Derecho…..……. (316-318)
E. Visión desde la Escuela Crítica del Derecho respecto al AED…..…… (318-321)
F. Posibilidad de pensar en una tipología de racionalidad económica a partir del AED…… (321-325)

SECCIÓN IV: Racionalidades políticas: el derecho en perspectiva a partir de un enfoque pluralista…..……..……. (325-330)

A. Derecho y Política: del *nudo de borromeo* a la *vesica piscis*…..…… (330-333)

1. Dimensión discursiva…..……..……. (333-336)

2. Dimensión pragmática…..……..……... (337-341)

3. Dimensión teórico-conceptual…..……..…….. (341-348)

B. Racionalidad política: una tipología expresada en una pluralidad de esferas……..……..……..……..……..... (348-352)
   1. Una teoría de los bienes basada en 6 proposiciones…..…….. (352-355)
   2. La noción de *igualdad compleja*…..……..……..…….. (355-357)
   3. Tres principios de distribución: intercambio libre, necesidades y mérito…… (357-365)
C. Teoría(s) de la justicia desde un enfoque *pluralista*…..……..…. (365-366)

1. Algunos comentarios sobre la Teoría de la justicia de John Rawls a partir del enfoque *pluralista*……..……..……. (366-374)
2. Enfoque pluralista y multiculturalismo: implicancias sobre el análisis de los derechos individuales y los derechos de las minorías…..... (374-383)
3. Racionalidad política y teoría del derecho: ¿hay lugar para el pluralismo?..... (383-390)

CONCLUSIÓN…..……..……..……..……..……..…… (390-392)

CONCLUSIÓN GENERAL……. (393-403)

BIBLIOGRAFÍA……... (404-416)

RESUMEN EN FRANCÉS……. (417-435)

INTRODUCCIÓN

I.

La presentación del problema

El concepto “racionalidad” es un claro ejemplo de polisemia. En el campo del Derecho interactúan múltiples racionalidades de diversa naturaleza -por ejemplo, económica, social, política, etc.-. Sin embargo, las teorías del derecho que más han influido hasta la actualidad se han referido a la racionalidad del Derecho como si aquella fuera solamente una -principalmente se alude a la racionalidad formal-deductiva.

Ahora bien, la pluralidad de racionalidades que interactúan en el Derecho se evidencia con mayor notoriedad en los “casos difíciles” debido a la presencia en ellos de principios jurídicos a lo largo del proceso de argumentación y de justificación que excede la sola referencia a la letra de norma positiva. En estos supuestos, resulta ineludible la referencia a otras áreas del saber que si bien responden a racionalidades diversas pueden -y, de hecho, como se verá, lo hacen- interactuar dentro del Derecho.

Al aceptarse que no debe hablarse de una sola racionalidad, sino de una pluralidad, se permite derivar el presente análisis por fuera de un caso concreto y centrado en la figura del Magistrado como una entidad abstracta que decide siempre con las mismas preocupaciones y de *un* modo racional.

En este sentido, resulta relevante efectuar un análisis de las diversas racionalidades que pueden operar, aun intuitivamente, al momento de adoptar una decisión jurisdiccional. Entre aquellas pueden mencionarse las siguientes: la racionalidad estratégica, la racionalidad social, la racionalidad política y la racionalidad económica. Estas reflexiones permitirán llevar a cabo el objetivo de esta tesis que será reconstruir varias tipologías de “racionalidad”–criterios intersubjetivamente controlables de justificación- aplicables a las discusiones y argumentaciones jurídicas, que resulten útiles y aprovechables, y que no dejen de lado los usos hoy vigentes. Cada una de aquellas nociones con su propio nombre y ámbito de aplicación delimitado -a fin de no confundirse con las nociones vecinas-, con validez intersubjetiva en sus respectivos contextos de uso.

La reconstrucción de aquellas nociones resultará útil, a su vez, para postular que debe reconocerse que el Derecho se compone de diferentes órdenes de racionalidades -con las características enunciadas anteriormente-, y que, desde esta perspectiva, se debe aportar una justificación del Derecho –"racionalidad del Derecho", en general-, y de la solución de los "casos difíciles" -"racionalidad de las decisiones judiciales", en particular-, que reconozca e incorpore aquella estructura de múltiples racionalidades.

La presente discusión involucra una serie de reflexiones de orden teórico y también presenta incidencias prácticas derivadas de aquellas consideraciones teóricas. En este sentido, el análisis sobre la racionalidad del fenómeno jurídico -como elemento de legitimación y justificación de los sistemas jurídicos, y de corrección de las decisiones jurídicas- presenta una doble dimensión. Por un lado, la "racionalidad del derecho" -coherencia y plenitud, justificación de las normas, etc.-; y, por otro lado, la "racionalidad de la decisión jurídica" -interpretación del derecho, justificación y control de la decisión, etc.-.

De tal modo, se plantea que, los escollos que se presenten en el primer plano -teórico- tendrán implicancias, inevitablemente, en el segundo plano -teórico/práctico-. A modo ilustrativo, puede repararse en que, si al nivel de la "racionalidad del derecho" se considera que la coherencia y plenitud de un sistema jurídico es un presupuesto absoluto, por lo tanto, al nivel de la "racionalidad de la decisión jurídica", no podría hablarse de la presencia de antinomias y lagunas.

Por lo tanto, en el presente desarrollo se propone un recorrido que invita a una reflexión en dos planos inescindibles –teórico y práctico- que permitirá el estudio, por un lado, de las "racionalidades de las teorías de los principios" –análisis y tipología de los grandes autores de Teoría del Derecho-, y, por otro lado, de las "racionalidades de los principios" –análisis de las racionalidades movilizadas en las decisiones jurisdiccionales que emplean principios jurídicos, que son conocidas como "casos difíciles" y que, como se verá más adelante, son principalmente "casos dificilísimos" y "casos estructurales"-. Este análisis permitirá evidenciar la gran cantidad de nociones de "racionalidad" -usos y definiciones- presentes en el abordaje de los principios jurídicos tanto desde su planteo teórico como en su aplicación práctica.

En base a lo expuesto, cabe mencionar que el tema que se abordará, al referirse a un enfoque principalmente teórico –aunque no exclusivamente, como se explicará-, excede su encuadramiento en un contexto espaciotemporal determinado. Es decir, la problemática que se analizará puede encontrarse presente en diferentes ordenamientos jurídicos y en cualquier momento. No obstante, tal como se justificará posteriormente, el análisis se enfocará en el debate sobre los principios jurídicos que surgió a partir del Siglo XX con la llamada "Edad de Oro" de los principios jurídicos, momento en que este tema comienza a analizarse también desde una óptica iuspositivista.

Ahora bien, cabe anticipar que en el punto siguiente (II) se ofrecerá una introducción a nociones que son centrales en la presente investigación –pues más adelante serán desarrolladas en profundidad-, a saber, la racionalidad (A), los principios jurídicos (B), los casos difíciles, dificilísimos y estructurales (C) y la discrecionalidad (D). Seguidamente, se dará el primer paso en esta investigación a partir de la puesta en crisis de la noción de una (única) racionalidad en el derecho y la propuesta, en cambio, de una pluralidad de racionalidades (III.A). Esto podrá ilustrarse a partir de la posibilidad de pensar sub-racionalidades jurídicas (III.B), especialmente la sub-racionalidad legal (III.B.1) y la sub-racionalidad jerárquica (III.B.2). Luego, se deberá plantear que la existencia de una pluralidad de racionalidades implica pensar en una pluralidad de métodos (IV). Finalmente, todo el abordaje anterior invita a reflexionar acerca del problema de la respuesta correcta desde la óptica de una pluralidad de racionalidades, lo cual exige reparar con relación al fenómeno de "simplificación" y "complejización" de los casos (V).

II.

Breve desarrollo acerca de los conceptos centrales de esta investigación

A los efectos de aportar claridad conceptual y contextualizar el abordaje que se desplegará a lo largo de esta investigación, resulta menester aportar algunas referencias introductorias a una serie de conceptos que constituyen la base de este

trabajo. Tal como podrá apreciarse, se trata de conceptos que son empleados de distinta manera y que presentan diversos significados dentro y fuera del ámbito jurídico. En este sentido, a continuación, se efectuará un análisis conceptual preliminar acerca de la racionalidad (*infra* A), de los principios jurídicos (*infra* B), de los casos difíciles, dificilísimos y estructurales (*infra* C), y de la discrecionalidad (*infra* D).

A.

Sobre la racionalidad

Su abordaje en el ámbito de la filosofía y la ciencia puede remontarse, al menos, hasta Platón y Aristóteles. Discusión que fue luego continuada por Santo Tomás de Aquino y San Agustín. Seguida por Descartes y Hobbes. Pasando por pensadores como Rousseau, Hume, Kant y Weber. Hasta llegar a autores más recientes como Robert Nozick, Jesús Mosterín y Mario Bunge, solamente por mencionar algunos nombres relevantes en la materia. En el campo de la Filosofía del Derecho y de la Teoría General del Derecho, el concepto "racionalidad" -y sus diversas implicancias para el Derecho- fue objeto de análisis por relevantes juristas entre los que cabe mencionar a H.L.A. Hart, Jerzy Wróblewski, Georg Henrik von Wright, Aaulis Aarnio, Ronald Dworkin, Genaro R. Carrió, Eugenio Bulygin, Luigi Ferrajoli, Manuel Atienza, Robert Alexy y Michel Troper. Todos estos autores -y tantos otros que no fueron mencionados no por irrelevancia sino por limitación del presente desarrollo- se han preocupado por las implicancias que la noción de racionalidad presenta en el Derecho, como por ejemplo en el marco de las teorías de la argumentación y la decisión jurídica, o bien en la justificación de la interacción del Derecho con otras áreas del conocimiento como la lógica, el lenguaje (discurso), la moral, entre otras.

Ahora bien, cabe remarcar que el concepto "racionalidad" tendrá una doble función fundamental en el desarrollo de este trabajo. Por un lado, será la espina dorsal del desarrollo pues toda su estructura responderá a los diversos modos en que la racionalidad se presenta en el derecho. Por otro lado, oficiará de guía a lo largo de todo el recorrido teórico, conceptual y práctico debido a que toda alusión que se efectúe en aquellos sentidos tendrá como referencia al concepto en cuestión.

Asimismo, cabe destacar que el concepto “racionalidad” es un ejemplo de polisemia por excelencia -lo que trae aparejado un problema de vaguedad a la hora de su consideración- y, a su vez, resulta pluridimensional. Una de las tantas acepciones y usos del concepto bajo análisis se relaciona con la noción de “método”, pero no es la única forma en la que la racionalidad se manifiesta y tampoco será específicamente –aunque no se descarta- el sentido que será empleado como eje central del desarrollo. No obstante, resulta menester efectuar alguna consideración al respecto que será profundizada más adelante en este capítulo, *infra* IV.

En este sentido, puede plantearse el interrogante acerca de si debe aceptarse la existencia de *un (único) modo racional* para resolver un conflicto -correspondiente al sistema: norma, hecho y subsunción-, o bien debe asumirse la posibilidad de una *pluralidad de racionalidades* existentes en función de diversos factores tales como el contexto judicial de la decisión, la coyuntura política y económica de una sociedad, las reflexiones sociales respecto a algunos valores fundamentales, etc.

De tal modo, resulta relevante efectuar un análisis de las diversas racionalidades que pueden operar, aun intuitivamente, en el derecho –en términos generales- y al momento de adoptar una decisión jurisdiccional –en particular-. Entre aquellas pueden mencionarse las siguientes: racionalidad estratégica, racionalidad social, racionalidad económica y racionalidad política. Todas ellas serán analizadas posteriormente en esta investigación[1].

B.

Sobre los principios jurídicos

En el ámbito de la Teoría General del Derecho la discusión en torno a los principios jurídicos no es reciente. Según la doctrina, existe una primera posición tradicional dogmática que remite a algunos Códigos Civiles europeos del Siglo XIX en los que se hacía expresa alusión a los principios generales del derecho –se considera que el primero fue el Código Civil Albertino de 1837, que fue seguido por el italiano de 1865,

[1] Ver: Segunda parte; Capítulo II.

y luego por muchos otros-. En esta etapa, la noción de principio jurídico se enmarca en una visión netamente iusnaturalista y con una posición esencialista respecto de ese tipo de norma.

Posteriormente, puede referirse a la llamada “Edad de Oro” de los principios. Aquí la discusión comienza a adquirir mayor atención desde la óptica iuspositivista. Uno de los principales temas de debate es el reconocimiento de los principios jurídicos como normas y su distinción con las reglas. En este contexto, se considera, generalmente, que fue Ronald Dworkin, en la segunda mitad del siglo XX, quien aportó las primeras contribuciones sobre esta temática. Sin embargo, no debe dejar de mencionarse a Joseph Esser -cuyo trabajo permanece hasta el día de la fecha como un enigma para muchos juristas- quien ha desarrollado también este tema en su obra de 1956 *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatsrecht* (Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado). A su vez, resulta ineludible el trabajo de Genaro R. Carrió Principios Jurídicos y Positivismo Jurídico que data de 1970.

Luego de estos primeros desarrollos, se suscitaron nuevos enfoques de relevancia sobre esta temática, principalmente en la obra de Manuel Atienza y Juan Ruíz Manero, Aulis Aarnio, Robert Alexy, Luigi Ferrajoli, Norberto Bobbio y Michel Troper.

Es importante remarcar que, entre todos estos autores existe una clasificación a tener presente. Se considera que juristas como Atienza y Ruíz Manero, Dworkin y Alexy, si bien no pretenden aportar una visión esencialista respecto de los principios jurídicos, sí buscan formular un concepto teórico de aquellos en un modelo ideal de razonamiento jurídico. Por su parte, juristas como Esser, Bobbio y Carrió –entre otros- asumen la polisemia del concepto “principio” y analizan su uso real en diversos contextos jurídicos. De tal modo, estos autores son considerados como no esencialistas.

En la actualidad, la discusión con relación a los principios jurídicos no ha menguado. Por el contrario, han surgido nuevos focos de análisis y proliferan las reflexiones sobre diversos aspectos de la Teoría de los Principios.

La relevancia de los principios jurídicos para el presente desarrollo radica en que son normas jurídicas que forman parte de los ordenamientos jurídicos –en forma explícita e implícita- que permiten reflejar más claramente en su contenido la presencia de múltiples racionalidades en el derecho. En este sentido, si bien esto será desarrollado más adelante en esta investigación[2], cabe adelantar que, tanto desde su abordaje teórico como en su puesta en práctica, los principios jurídicos requieren de una particular interpretación a la hora de ser considerados debido a los distintos roles que cumplen en los ordenamientos jurídicos y el elevado grado de generalidad e indeterminación con el que se encuentran legislados. Esta característica de los principios permite, entre otros aspectos, incorporar objetivos y valores –jurídicos, sociales, políticos, económicos, etc.- a los ordenamientos jurídicos. De tal modo, debe repararse especialmente en aquellos casos cuya decisión implique la presencia de principios jurídicos y, en ese marco, debe analizarse que tal decisión requerirá del ejercicio de discrecionalidad por parte de los Jueces en la medida en la que parte del contenido de esas normas se encuentra indeterminado y/o se trata de contenido proveniente de otras racionalidades –social, política, económica, etc.-, todo lo cual deberá incorporarse al discurso jurídico con la correspondiente posibilidad de control.

C.

Sobre los casos difíciles (dificilísimos y estructurales)

En cuanto al motivo del foco en los “casos difíciles” –y como se verá más adelante en esta investigación cuando se profundice sobre este tema, también “casos dificilísimos” y “casos estructurales”[3]-, cabe señalar que, en el proceso de resolución de aquéllos -compartiendo la idea de Pablo Navarro según la cual un caso difícil puede ser aquél que requiere para su solución de un razonamiento basado en principios[4]-, se exige del Juez un razonamiento y una fundamentación particulares para su solución, diferente

[2] Ver: Primera parte; Capítulo I.

[3] Ver: Primera parte; Capítulo I; Sección II, punto II.A.

[4] Ver en este sentido: Navarro, Pablo E., *Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del Derecho*, Doxa. N. 14 (1993). ISSN 0214-8876.

al caso de las reglas, pues se exhibe con mayor claridad la interacción de racionalidades de diverso orden en el proceso argumentativo. En este sentido, la decisión de esta clase de casos requiere de argumentaciones racionales complementarias que, según las características de cada caso individual, puede responder a factores de índole social, económico, político, etc.

La dificultad de este tipo de casos radica en la presencia de elementos de justificación diferentes a las reglas jurídicas, es decir, argumentos no consistentes en descripciones de reglas positivas vigentes. En este escenario, se evidencia la necesidad de diversos criterios de racionalidad que permitan justificar la presencia de aquellos elementos en la estructuración del razonamiento y las inferencias que se realicen de los mismos para llegar a la decisión del caso.

Por lo tanto, en la decisión de los “casos difíciles” surge la necesidad de incorporar premisas de diversos tipos en su estructuración argumental. Así, por ejemplo, desde un esquema silogístico, el fragmento del razonamiento previsto para la premisa normativa puede encontrarse integrado por una norma como un principio jurídico, o bien, puede partirse de una regla positiva, pero con su complementación e interacción con otro tipo de premisas normativas -tales como, principios jurídicos, definiciones conceptuales-, y de premisas no normativas -como, por ejemplo, enunciados descriptivos de orden social, cultural, histórico, entre otros-.

En este marco, el paso de las premisas a la conclusión -decisión del caso- requerirá de una argumentación particular que permita la justificación de un razonamiento complejo a partir de premisas de diferentes características. De tal modo, el problema se da a partir de la presencia de elementos de justificación diferentes a las reglas positivas que requieren de una fundamentación particular respecto a la elección de todas aquellas premisas -justificación externa- y en la justificación de las inferencias que se realicen a partir de esas premisas -justificación interna-.

En base a lo expuesto, poner el foco en ese tipo de decisiones -las “difíciles”, “dificilísimas” y “estructurales”- y analizar con mayor detenimiento la argumentación desplegada en las mismas permite efectuar un control más estricto de aquellas resoluciones en las que la complejidad su abordaje requiere el recurso a argumentos

que exceden la sola referencia normativa -justificación consistente en descripciones de reglas positivas-.

La posibilidad de llevar a cabo aquel control se relaciona, por un lado, con la primera noción a la que se hizo referencia en este apartado, a saber, la racionalidad –*supra* A-; y, por otro lado, con la noción que resta analizar, es decir, la discrecionalidad.

Asimismo, cabe adelantar que el desarrollo acerca de esta noción merecerá un desarrollo más extenso en este mismo apartado debido a que su análisis involucra reflexiones relevantes para esta investigación, a saber, la discusión acerca de una respuesta correcta para la decisión de un caso y el fenómeno de "simplificación" y "complejización" de los casos –*infra* V-.

D.

Sobre la discrecionalidad

Es importante señalar que el tipo de casos a los que se aludió anteriormente implican un cambio en el paradigma casuístico y pragmático, principalmente en lo que respecta a la actuación de los Jueces. En este sentido, quienes son llamados a decidir, pueden encontrarse frente a casos difíciles, dificilísimos y estructurales, que exige de su actividad algo más que la aplicación de solución normativa prevista por una regla positiva en el marco de un razonamiento silogístico basado en la subsunción y deducción a partir de determinadas reglas de inferencia lógica. Por el contrario, con el correr de los tiempos las situaciones de hecho que deben resolver –aparición de diferentes tecnologías, migraciones, crisis climáticas y sanitarias, etc.- y las normas que integran los sistemas jurídicos aplicables –derecho internacional de los derechos humanos, derecho comunitario, recomendaciones de organismos técnicos, etc.- se han ido complejizando.

En consecuencia, debe reconocerse a los Jueces un margen de maniobra de discrecionalidad, "tácita" como lo sostiene H.L.A. Hart, pero, principalmente, verificable, es decir, pasible de ser controlada intersubjetivamente a partir de diversos

marcos teórico-conceptuales derivados de una pluralidad de racionalidades –social, política, económica, etc.-

Una de las principales críticas dirigidas a la discrecionalidad es la imposibilidad de establecer límites claros y, por consiguiente, su similitud con el ejercicio de un poder arbitrario. Sin embargo, es importante remarcar que existe una diferencia conceptual entre discrecionalidad y arbitrariedad y que es necesario distinguir ambas nociones. Si bien esto será analizado detenidamente posteriormente en esta investigación[5], cabe adelantar que el concepto de discrecionalidad exige la presencia de argumentos de justificación, sean aquellos de diversas naturalezas (jurídica o extra-jurídica). Mientras que, el concepto de arbitrariedad implica la ausencia total de argumentos y, por esa razón, la imposibilidad de someter una decisión a control.

Por lo tanto, en este desarrollo se partirá de una noción de discrecionalidad controlada, es decir, una discrecionalidad que pueda ser sometida a control intersubjetivo y que, de tal modo, se distingue conceptual y prácticamente de la arbitrariedad.

III.

Racionalidad jurídica (una introducción)

Si bien este tema será desarrollado con mayor profundidad posteriormente en este trabajo[6], resulta importante efectuar un análisis introductorio en este momento a los efectos de aportar algunas nociones fundamentales para la comprensión de los aspectos que serán abordados a lo largo de la primera parte de esta investigación. De tal modo, uno de los aspectos principales es la puesta en crisis de la idea de una (única) racionalidad en el derecho (*infra* A) lo cual constituye el punto de partida a los efectos de plantear la presencia de una pluralidad de racionalidades en el derecho. En este sentido, una primera aproximación a aquella noción es la posibilidad de referirse a diferentes sub-racionalidades jurídicas (*infra* B) tales como la sub-racionalidad legal (*infra* B.1) y la sub-racionalidad jerárquica (*infra* B.2).

[5] Ver: Primera parte; Capítulo II; Sección I.

[6] Ver: Segunda parte.

A.

Puesta en crisis de la idea acerca de una (única) racionalidad en el derecho

Resulta menester referirse a la noción de una (única) racionalidad -no relacionada específicamente a la noción de "método", sino en términos generales- y la crítica que puede dirigirse a la misma. Dentro del ámbito jurídico, la racionalidad jurídica (formal-deductiva), concordante principalmente con un positivismo "duro" –formalista-, ocupa un lugar preminente en lo relativo a la forma en que se razona y se articula el derecho en forma general, y el modo en que se aplica mediante decisiones jurisdiccionales, en particular.

Sin embargo, esa racionalidad jurídica no se limita a su perfil formal-deductivo, sino que además se puede hablar de otras diferentes racionalidades jurídicas, como, por ejemplo, la racionalidad legal y la racionalidad jerárquica. Esto evidencia que, aún sin salir del ámbito estrictamente jurídico la referencia a *una* racionalidad no es más que una ilusión, pues aquella racionalidad formal-deductiva ofrece un análisis limitado sobre el fenómeno al que se refiere, el cual se encuentra atravesado por diversas racionalidades.

Es importante aclarar que, la pretensión formal-deductiva del derecho resulta sumamente relevante y su método –subsunción y deducción a partir de determinadas reglas lógicas de inferencia- es completamente útil. De tal modo, la idea no es efectuar una crítica directa a la misma. Sino que, la propuesta consiste en descartar que aquella racionalidad sea la única, exponer los inconvenientes de razonar a partir de una sola racionalidad y, además, demostrar que resulta ineludible la consideración de diversas racionalidades.

En otras palabras, impera una tradición que consagra la existencia de *una* racionalidad jurídica que hace alusión solamente al aspecto "formal" del Derecho -cabe advertir que los teóricos del derecho más influyentes, al menos desde una óptica iuspositivista, han aludido al Derecho como un sistema de normas jurídicas cuya validez y orden responde a de criterios de jerarquía-. En este sentido, cabe mencionar la distinción efectuada por Max Weber al diferenciar entre el "Derecho racional-formal" y el

"Derecho racional-material". Al respecto, se ha dicho que "…*El Derecho racional-formal busca la sublimación lógica del sistema, mientras que el Derecho racional-material busca la justicia y la equidad del caso concreto*"[7]. A la luz de esta distinción teórica -y siempre teniendo presente que Weber se refiere a modelos ideales, es decir, que ninguno de esos esquemas se ha evidenciado necesariamente en algún derecho en particular-, cabe preguntarse si a partir de la reconstrucción de una multiplicidad de racionalidades en el derecho puede todavía seguir refiriéndose a *la* racionalidad -pues en ese caso debería además decirse y justificarse cuál es esa racionalidad-. O bien, por el contrario, resulta más adecuado hablar de una pluralidad de racionalidades interrelacionadas en el derecho.

De tal modo, se verá que desde esta última perspectiva la racionalidad formal-deductiva no es más que una de aquellas múltiples racionalidades que integran al derecho, pero no es *la* (única) racionalidad. Por lo tanto, resulta erróneo hablar de *la* racionalidad del derecho, sino que corresponde referirse al fenómeno jurídico desde la perspectiva de una pluralidad de racionalidades.

En este sentido se ha dicho que "*Se trata simplemente de reconocer las limitaciones que afectan al fenómeno jurídico por lo que se refiere a su racionalidad: ésta es siempre una racionalidad relativa condicionada por infinidad de factores*"[8].

Ahora bien, en lo que atañe a la noción de racionalidad jurídica (formal-deductiva) cabe expresar que el afán de una gran cantidad de juristas que, más allá de algunas divergencias en entre ellos, pueden denominarse *positivistas* fue eliminar todas aquellas imprecisiones propias de una concepción del derecho al menos hasta el siglo XX –por ejemplo, el lenguaje metafórico-. En este sentido, el aporte de los lógicos y filósofos que se dedicaron al desarrollo de teorías respecto a las normas y otros conceptos normativos relacionados - entre ellos von Wright, Alchourrón y Bulygin- ha contribuido a dicha empresa. Al respecto, Eugenio Bulygin señala que en *Normative Systems*, junto con Alchourrón, intentaron "*…aplicar al derecho los desarrollos de la lógica y los métodos elaborados en las ciencias más avanzadas. Subyace a este*

[7] Segura Ortega, Manuel (1998), *La Racionalidad Jurídica*, Ed. Tecnos: Madrid, p. 58, cita a La sociología del Derecho de Max Weber, cit. p. 224.

[8] Op. cit., Segura Ortega, p. 50.

emprendimiento la idea de que el derecho puede ser concebido como un sistema deductivo (o, más exactamente, como una secuencia temporal de sistemas deductivos), cuyas propiedades estructurales (completitud, consistencia e independencia) desempeñan un papel muy importante"[9]. Asimismo, en lo atinente a la decisión judicial, expresa que "*…las decisiones de los jueces deben fundarse en el derecho y esto implica que la sentencia del juez para estar justificada debe ser derivada o inferida lógicamente de las normas jurídicas generales y de la descripción de los hechos del caso. En esto consiste la famosa teoría del silogismo judicial. He aquí la idea, un tanto rudimentaria, del derecho como un sistema deductivo, es decir, un conjunto de enunciados de los que pueden derivarse soluciones para los problemas que enfrentan los jueces*"[10].

Por lo tanto, se advierte que existe una pretensión hacia la aplicación de la lógica -al menos la lógica proposicional y la lógica deóntica- con el fin de concebir al derecho como un sistema deductivo compuesto solamente por normas jurídicas.

Cabe remarcar que, si bien esta racionalidad formal-deductiva ha contribuido notoriamente a la eliminación del derecho de recursos lingüísticos que dificultaban su comprensión y aplicación, como así también al aporte de un método para la toma decisiones judiciales y su justificación, la misma no resulta infalible. Es decir, esta racionalidad aporta un relevante marco filosófico y teórico, en cuanto a la comprensión del fenómeno jurídico y, a su vez, metodológico, para la resolución de una gran cantidad de casos sometidos a la decisión judicial. Sin embargo, el derecho no se agota en su estructuración como un sistema deductivo, y tampoco todos los casos pueden resolverse y justificarse solamente a través de un silogismo judicial regular (premisa normativa y premisa fáctica), sino que aquella estructura requerirá de la presencia de diversas premisas (que dependiendo el caso podrán ser normativas, pero también podrán ser no-normativas como se verá en otro capítulo[11]) para lograr

[9] Rodríguez, Jorge L. (2002), *Lógica de los sistemas jurídicos*. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid; Prólogo de Eugenio Bulygin, pág. IX-X.

[10] Ibidem.

[11] Ver: Primera parte; Capítulo I; Sección II.

una justificación completa de algunos casos particulares, a saber, los “casos dificilísimos” y “casos estructurales”.

En este sentido, es importante efectuar dos desarrollos que se extenderán a lo largo de toda esta investigación. Por un lado, se explicará que el derecho no es solamente un sistema -o un conjunto de sistemas- deductivo de normas jurídicas. Por otro lado, se mostrará que no todos los casos sometidos a decisión judicial pueden ser resueltos solamente mediante el silogismo en su estructura regular, lo que implicará superar la distinción estándar entre casos fáciles y casos difíciles –además de la noción de “casos intermedios” (Barak) y pensar a partir de la existencia de “casos dificilísimos” y “casos estructurales”.

B.

La posibilidad de pensar sub-racionalidades jurídicas (legal y jerárquica) como evidencia de la inexistencia de una (única) racionalidad en el derecho

En lo que atañe al primero de los desarrollos mencionados, la propuesta es ilustrar y explicar que la racionalidad jurídica (formal-deductiva) no es la única racionalidad presente en el derecho y, a su vez, que aquella racionalidad puede concebirse como una sub-racionalidad de la “racionalidad jurídica” y que interactúa con otras diferentes sub-racionalidades jurídicas. En este sentido, puede plantearse que dentro de la racionalidad jurídica operan otros tipos de sub-racionalidades que pueden denominarse “legal” y “jerárquica” -además de la formal-deductiva. La primera de aquellas se refiere a la conformidad con el derecho, con el apego a las reglas del sistema jurídico. Desde ya se relaciona estrechamente con la racionalidad jurídica (formal-deductiva), pero no debe confundirse con ella pues la racionalidad legal exhibe otro aspecto del fenómeno jurídico que merece un análisis diferenciado. La posibilidad de efectuar esta distinción permite abrir un nuevo frente de desarrollo que aporta un examen más profundo del derecho, tal como se verá a continuación. Lo mismo sucede con el reconocimiento de la sub-racionalidad jurídica “jerárquica”, tal como se verá más adelante.

1.

La sub-racionalidad legal

Con relación a la racionalidad legal (como sub-racionalidad jurídica), Michel Troper indaga sobre la pregunta *qué hay de racional en la conformidad al derecho*. De tal modo, el mencionado jurista francés plantea que la conformidad a una regla es generalmente considerada como una condición de la racionalidad en el sentido de que el agente que realiza la acción puede afirmar que no actúa según sus caprichos, que no ejecuta su propia voluntad, sino que su decisión solamente se deduce de la regla. En este sentido, racional significa "conforme a la lógica" y es la concepción que se expresa en la teoría del silogismo práctico del cual el modelo es el silogismo judicial: *todos los ladrones deben ser castigados, X es un ladrón, entonces X debe ser castigado*. Por lo tanto, para Michel Troper, "*El derecho sería entonces un sistema racional si todas las decisiones fueran efectivamente producidas según este esquema y la teoría que describiría el derecho según este esquema describiría eficazmente el tipo de legitimidad específica al Estado*"[12].

Sin embargo, Troper plantea una serie de cuestionamientos con relación a que el derecho sea realmente racional en ese sentido. En primer lugar, nada garantiza la racionalidad de las premisas. La regla "todos los ladrones deben ser castigados" es establecida por el legislador y, por lo tanto, es la expresión de su voluntad, de sus preferencias y no el producto de su razón. La validez de la ley depende no su eficacia respecto al fin perseguido -disuadir a los ladrones de no robar mediante la imposición de una condena-, sino solamente de su conformidad a la Constitución.

A su vez, en cuanto a la premisa menor: "X es un ladrón", la misma no resulta de una constatación empírica, sino de considerar que X es un ladrón. De tal modo, dicha premisa es el resultado de una decisión y no es susceptible de verdad o falsedad. Por otra parte, existe otro cuestionamiento normalmente efectuado al silogismo según el cual se duda que la decisión a la que se arriba sea realmente la conclusión de un silogismo práctico. En este sentido, el Juez penal, por ejemplo, puede elegir entre una pena entre un máximo y un mínimo, lo cual implica una justificación que excede la

[12] Troper, Michel (2011), *Le droit et la nécessité*, Ed. Léviathan puf : Paris, p. 72.

mera deducción, sino que requiere el ejercicio del poder discrecional del Juez, aun cuando existan criterios objetivos en los Códigos aplicables a la materia de los cuales partir.

En tercer lugar, y principalmente, la racionalidad de una decisión no es condición de su validez, aun en ese sentido muy limitado de la palabra validez, donde el término designa el carácter de una decisión que fue correctamente derivada de las premisas. En efecto, la validez de una decisión, es decir su carácter obligatorio, se encuentra ligado únicamente al hecho de que el autor de esa decisión haya estado habilitado por una norma superior y que haya actuado según el procedimiento prescripto. En base a esta tercera consideración, puede entonces plantearse la situación paradójica de que una decisión del tipo "los ladrones deben ser condenados, X no es un ladrón, entonces X debe ser condenado" sería evidentemente irracional, pero no obstante podría ser válida en la medida que haya emanado de un tribunal competente.

Por lo tanto, aquello que torna una decisión jurídicamente válida o legítima no es realmente la conformidad a una regla superior, sino que alcanza con que ella sea compatible con esa regla superior. La autoridad que toma una decisión no se limita a aplicar una regla, sino que dispone de un poder discrecional y ejerce también una función de creación.

De tal modo, Michel Troper, haciendo referencia a Chaïm Perelman, expresa que "*…es racional la decisión que es aceptable según las reglas específicas al sistema - se trata aquí no de las reglas jurídicas positivas sino de las reglas del razonamiento, es decir la lógica de la argumentación jurídica, que no se confunde con la lógica formal. Puede entonces ser racional en ese sentido de tomar una decisión no racional (…): es el caso de si el sistema autoriza a tomar una decisión que no sea estrictamente conforme a una regla jurídica superior, sino solamente compatible con ella*"[13].

A partir de este desarrollo, el jurista francés considera que "***El sistema jurídico produce su propia racionalidad y que en ello consiste la reivindicación del monopolio de la coacción legítima por parte del Estado. El poder del Estado es***

[13] Op. cit., Troper, p. 73.

aquél que le permite de presentar como válidas y racionales las decisiones que no puede justificar por medios lógicos"[14] (el destacado no es original).

2.

La sub-racionalidad jerárquica

Por otra parte, tal como se advirtió anteriormente, existe otro tipo de racionalidad que opera también dentro de la racionalidad jurídica e interactúa con la racionalidad legal, a saber, la racionalidad "jerárquica" (como sub-racionalidad jurídica). El desarrollo de esta última refleja nuevamente que existe una dimensión más de análisis del fenómeno jurídico, el que no puede quedar limitado a su expresión formal-deductiva.

En lo que atañe a esta racionalidad jerárquica, vale aclarar que se trata de la jerarquía de normas. Michel Troper efectúa un relevante desarrollo sobre esta noción relacionándolo con la idea de producción de legitimidad por el derecho. Es importante remarcar que el jurista francés exhibe una postura crítica con relación a la noción de jerarquía de normas. No obstante, resulta relevante su visión a efectos desarrollar la idea de la racionalidad jerárquica (como sub-racionalidad jurídica).

Al respecto, Troper se pregunta *por qué el hecho de presentar una decisión como conforme a una regla superior la convierte en o la hace pasar por legítima*. A lo que responde que ello se debe a que la regla superior se presupone como buena debido a su contenido o en razón de su fuente. En este sentido, señala el jurista francés que "*…si la decisión aparece como deducida de una ley justa, ella debe considerarse ella misma como justa y si ella es deducida de una ley, de la que no se evalúa su contenido, pero que emana de una autoridad incontestable, ella debe igualmente ser considerada como justa porque ella es una manifestación indirecta de la voluntad de aquella autoridad*"[15]. Para luego concluir que "*…el sistema legal-racional, es decir la jerarquía de normas, torna el poder invisible*"[16].

[14] Ibidem.

[15] Op. cit., Troper, p. 55.

[16] Ibidem

A su vez, según Troper el sistema jurídico, caracterizado por la jerarquía de normas, se presenta como legítimo porque consagra un valor que es considerado como esencial: la seguridad jurídica. En esta inteligencia, señala Troper que "*En el sistema jurídico del Estado liberal, se justifica la necesidad de respetar la constitución, principalmente en el marco del control de la constitucionalidad de las leyes, no sólo por la idea de que la constitución emana del pueblo soberano, sino también por el hecho de que ella proclama los derechos fundamentales. La jerarquía de normas se presupone como alguno bueno porque asegura la garantía derechos fundamentales. No es la voluntad de garantizar derechos fundamentales lo que conduce a la ideología del Estado de derecho, sino la estructura del Estado de derecho, es decir la jerarquía de normas, que conduce a buscar esta justificación*"[17].

Por lo tanto, de acuerdo con este análisis, si se considera que la juridicidad no es otra cosa que la jerarquía de normas, entonces puede decirse que la juridicidad produce legitimidad. Asimismo, tal como sostiene Troper "*…la existencia misma de la jerarquía de normas produce un modelo de justificación específico*"[18]. Así, puede advertirse cómo esta racionalidad jerárquica juega un papel relevante dentro del complejo fenómeno jurídico que excede a la racionalidad lógico-analítica, mas no pretende desplazarla, sino que contribuye a iluminar aspectos del derecho cuyo análisis suele descartarse o desvalorizarse.

Es importante remarcar que Troper al efectuar este desarrollo desliza el eje hacia la teoría sociológica y también efectúa un análisis jurídico en términos de un análisis político. Para algunos juristas este tipo de consideraciones resultan ajenas al derecho. Sin embargo, luego del desarrollo realizado anteriormente, resulta claro que el análisis aportado por las sub-racionalidades legal y jerárquica, aun si implican consideraciones de orden sociológico y politológico, resultan relevantes para el derecho. En este mismo sentido, Troper señala que "*…una teoría jurídica permite comprender la organización y el funcionamiento reales del poder político y en el Estado moderno*"[19].

[17] Op. cit., Troper, p. 57.

[18] Op. cit., Troper, p. 58.

[19] Op. cit., Troper, p. 68.

Estas reflexiones serán relevantes pues más adelante en esta investigación se desarrollarán diversas tipologías de racionalidad, entre ellas, una social y una política[20] que, más allá de su denominación y la necesidad de considerarlas estrictamente jurídicas, profundizan el presente planteo introductorio acerca de la puesta en crisis de la noción de una *única racionalidad* pues no sólo esa racionalidad puede a su vez subcategorizarse, sino que, además, se relaciona con otras racionalidades.

IV.

Pluralidad de racionalidades y pluralidad de métodos

Ahora bien, un tema íntimamente vinculado al análisis que se vino desarrollando es la relación entre las nociones de racionalidad y de método, tal como se planteó en los párrafos iniciales de este capítulo. Resulta pertinente su abordaje pues contribuye a comprender, por un lado, el motivo por el cual existe una tendencia a referirse *al* (único) método aplicable en un contexto determinado como rasgo de racionalidad de ese contexto; y, por otro lado, permite evidenciar nuevamente que la reflexión gira en torno a una "pluralidad de métodos".

Al respecto, y en sintonía con el planteo efectuado contra la idea de una *única* racionalidad, Enrique P. Haba sostiene que "*…lo racional no es más que* un *aspecto del pensamiento jurídico*"[21], y agrega que "*…en el razonamiento de los juristas hay más que lo racional, e incluso más que lo razonable. De ahí que un examen sólo de los aspectos racionales del derecho, entre los cuales están los métodos, nunca será capaz de dar cuenta del fenómeno jurídico entero, de toda su complejidad*"[22].

Con ello en mente, cuando se habla de "método" en el derecho, al menos en lo relativo a su aplicación, la primera opción es el recurso al *silogismo* como estructura a partir

[20] Ver: Segunda parte; Capítulo II; Secciones II y IV.

[21] Haba, Enrique P., *Racionalidad y método para el Derecho: ¿es eso posible? (I)*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, [S.l.], n. 7, p. 169-247, jun. 1990. ISSN 2386-4702, p. 171.

[22] Op. cit., Haba, p. 172.

de la cual -mediante el uso de determinadas *reglas de inferencia*- se puede *deducir* la solución de un caso y, asimismo, se puede verificar o justificar la validez de aquella. Esta puede ser una razón de peso para comprender el motivo por el cual la racionalidad formal-deductiva se postula como *la* racionalidad jurídica, a saber, puesto que a partir de ella el derecho puede valerse de un método.

Sin embargo, ese método no resulta siempre aplicable a todos los casos judiciales que deben resolverse –al menos según las propuestas de algunos juristas-, tal como se verá más adelante en esta investigación[23]. De tal modo, la justificación de algunas decisiones requerirá *algo más* que un razonamiento deductivo a partir de un silogismo. Forzar todo razonamiento a estructurarse de ese modo resulta una mala empresa cuando existen otras racionalidades –con sus respectivos métodos- de donde poder derivar una justificación válida, aun cuando no responda necesariamente a la lógica dura. Por ejemplo, en aquellos casos en los que se deba razonar a partir de *principios jurídicos* el silogismo tal vez no se presente como el método más efectivo para llegar a una conclusión válida. A tal fin, resultará muy ilustrativo el trabajo de Aulis Aarnio *Reglas y principios en el razonamiento jurídico*[24] en el que, entre otras consideraciones, considera que los principios se emplean de acuerdo con la lógica de preferencia -mientras que las reglas según la lógica deóntica- y, siguiendo a Francisco Laporta, distingue entre las normas de deber-ser y normas de deber-hacer. Asimismo, en ese trabajo Aarnio alude a la existencia en el discurso jurídico de argumentos no-jurídicos que pueden resultar jurídicamente relevantes.

Por lo tanto, frente a estas situaciones tal vez resulte conveniente considerar la posibilidad de una *pluralidad de métodos* -que se relaciona mejor con la noción de *pluralidad de racionalidades*-, en vez de forzar hasta su deformación al silogismo con el objeto de garantizar *la* racionalidad jurídica.

En esta inteligencia, resulta importante poner el acento en la *intersubjetividad* como un modo de verificación y de control de la legitimidad de una afirmación. Al respecto, desde un nivel de lenguaje relativo a la(s) racionalidad(es) de la ciencia del derecho,

[23] Ver: Primera parte; Capítulo I; Sección II.; punto II.A.

[24] Aarnio, Aulis, *Reglas y principios en el razonamiento jurídico*, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, ISSN 1138-039X, ISSN-e 2530-6324, Nº 4, 2000, págs. 593-602.

cabe mencionar que la intersubjetividad de una ciencia consiste en "*(i) el hecho de disponer de un lenguaje riguroso, o sea, susceptible de ser generalmente entendido de manera inequívoca, al menos en la comunicación entre los especialistas de la disciplina respectiva; (ii) el hecho de que los procedimientos y resultados de esa disciplina puedan ser expresados en forma adecuada, netamente comprensibles mediante dicho lenguaje; (iii) el hecho de que rija acuerdo (entre los especialistas) sobre el manejo de dichos lenguajes (i) y procedimientos (ii), y también sobre la legitimidad de los resultados (ii) que así se alcancen; (iv) y todo ello con base en un cuerpo específico de conocimientos que caracterizan a esos especialistas como tales, el cual constituye el sistema teorético propio de la disciplina científica en cuestión*"[25].

En base a aquella propuesta, Haba considera que "*…el conocimiento científico es aquel que es intersubjetivamente comunicable y controlable.* ***Es exactamente esta intersubjetividad lo que parece ser la característica del conocimiento racional***"[26] (el destacado me pertenece).

De tal modo, si se traslada esa reflexión al nivel del lenguaje vinculado a la(s) racionalidad(es) del derecho –analíticamente diferente a aquella(s) de la ciencia del derecho- puede plantearse que al momento de justificar la decisión de los mencionados casos "dificilísimos" y "estructurales" se debe recurrir a argumentos provenientes de una pluralidad de racionalidades –social, política, económica, etc.- que, en ocasiones, son jurídico por verse reflejados en normas como los principios jurídicos pero, en otras situaciones, son argumentos no-jurídicos aunque jurídicamente relevantes para la argumentación desplegada a la hora de decidir un caso. En esos contextos, la *intersubjetividad* también cumple un rol fundamental desde este nivel de análisis pues se presenta como la condición de la *racionalidad* en cuanto posibilita pensar en el control de esa argumentación a partir de la aceptación de diversos marcos teórico-conceptuales provenientes de esas múltiples racionalidades.

[25] Op. cit., Haba, pp. 178-179.

[26] Op. cit., Haba, p. 179.

En esta inteligencia, en lo que atañe a la aludida complejidad que pueden revestir algunos casos judiciales que deben resolverse, debe reflexionarse acerca del particular razonamiento que implica todo el cuerpo de una sentencia judicial. Al respecto, puede ilustrarse esta idea a partir de una serie de eslabones que componen aquel razonamiento y que pueden ser más o menos complejos. En este sentido, Haba expresa que "*…cada eslabón puede presentarse fundado, a su vez, sobre una cadena ilativa propia; y la cadena puede tener más de una premisa inicial, su punto de partida puede consistir en un conjunto de proposiciones; también el resultado final puede ser un conjunto de dos o más conclusiones (…) un razonamiento (global) se halla a menudo integrado por varios sub-razonamientos (razonamientos subordinados), todos orientados hacia el fin de conocimiento principal, en función del cual ellos quedan ahí entrelazados*"[27].

A partir de esta propuesta, puede considerarse que no todo razonamiento jurídico es forzosamente racional sino que se puede considerar como tal a un razonamiento cuando "*…él se asienta sobre a) cadenas ilativas intersubjetivamente controlables, b) orientadas hacia un fin de conocimiento compartido –de modo igualmente intersubjetivo- por los encargados de medir esa racionalidad, y en donde c) las conclusiones respectivas alcanzan –por lo menos en cierta medida, pero siempre intersubjetivamente- aquella finalidad*"[28].

Asimismo, y volviendo sobre lo que se ha llamado racionalidad jurídica (formal-deductiva) Haba considera que la(s) racionalidad(es) de la ciencia del derecho y también la(s) jurídica(s) no se agotan en el razonamiento "constrictivo", es decir, aquél que es siempre y necesariamente válido solamente debido a consideraciones formales. Sino que en el razonamiento también pueden operar inferencias "probables" –siempre que estas últimas puedan ser controladas intersubjetivamente-.

Con basamento en las consideraciones expuestas precedentemente, puede coincidirse con Haba en cuanto concluye que "*La racionalidad (propiamente dicha) no se agota en la lógica formal, el cálculo. Sin embargo, eso no quiere decir que abarque*

[27] Op. cit., Haba, p. 183.

[28] Op. cit., Haba, p. 184.

unos razonamientos que no son intersubjetivamente controlables: tópica, dialéctica, argumentación razonable, etc. La racionalidad comprende también conclusiones que sólo son probables, pero esto en la medida en que la plausibilidad de ellas sea susceptible de acreditarse ante un control intersubjetivo"[29].

Todo lo expuesto será profundizado más adelante en esta investigación a partir del desarrollo de la noción de *pluralidad de racionalidades* y la relación específica entre la racionalidad y el derecho a los fines de esta investigación[30].

V.

El problema de la respuesta correcta desde la óptica de una pluralidad de racionalidades

Ahora bien, con relación a aquellos casos en los cuales el método lógico-deductivo no alcanza para llegar a una solución, corresponde efectuar una distinción entre los distintos tipos de casos que pueden demandar una decisión. Los distintos tipos de casos y sus características propias serán abordados con mayor profundidad en otra sección de este trabajo[31]. Lo relevante en este momento es llamar la atención sobre la existencia de un tipo particular de casos que son los *casos dificilísimos* –diferentes a los casos difíciles a los que se aludió *supra* II.C-. Esta denominación busca evidenciar que, más allá de la teoría estándar sobre los tipos de casos, existen algunos de ellos que resultan ser más que *difíciles* y, además, que aquella dificultad adicional se presentaría por motivos diferentes.

Al respecto, resulta menester señalar que no siempre las reglas -normas positivas- permiten a los Magistrados resolver un conflicto. Y ello, no porque existan las dificultades propias del lenguaje -vaguedad, ambigüedad, etc.-, o por la presencia de algún tipo de problema lógico – lagunas, contradicciones, sobreabundancias, etc.-, sino porque algunos casos presentan características que exceden los contratiempos

[29] Op. cit., Haba, p. 186.

[30] Ver: Segunda parte; Capítulo I; Secciones I y II.

[31] Ver: Primera parte; Capítulo I; Sección II; punto II.A.

mencionados anteriormente. Frente a estos casos, la norma positiva se encuentra cada vez en mayores dificultades, pues ella sola no puede dar una solución adecuada.

Esta temática guarda estrecha relación con otro aspecto vinculado al presente desarrollo, a saber, las distintas posturas teóricas respecto a la pregunta de si los sistemas jurídicos proveen una sola respuesta correcta o bien pueden ofrecer múltiples respuestas que pueden también ser consideradas correctas. Aquí se evidencia un claro problema en torno a la noción de "respuesta correcta", pues cuál sería el criterio para considerar que una respuesta -o varias respuestas- resulta correcta. Tal como se ha explicado a lo largo de este apartado, la racionalidad jurídica (formal-deductiva) ofrece un método eficaz para dar una respuesta a aquel interrogante. Sin embargo, también se ha expresado que en algunos casos ese método no hace más que ofrecer una respuesta lógicamente "justificada", pero que no abarca la complejidad del caso.

Esto ha sido claramente explicado por el análisis que Jorge Rodríguez hace de la posición de Manuel Atienza al referir que, según el jurista español "*…la distinción entre casos fáciles y casos difíciles no se presentaría en el pasaje de las premisas a la conclusión del razonamiento judicial, pues tanto en unos como en otros la resolución sería una consecuencia lógica de las premisas de las cuales se parte, sino en la formulación de las premisas. Las premisas podrían presentar tres clases de problemas, en relación con la valoración de los hechos, la interpretación de las normas, o la elección de las normas aplicables. De acuerdo con esto, los casos difíciles serían aquellos supuestos en los cuales el establecimiento de las premisas normativa o fáctica resulta una cuestión problemática, siendo necesaria la presentación de* ***argumentos adicionales*** *-razones- en favor de las premisas*"[32] (el destacado es propio). Asimismo, Atienza considera estas nuevas argumentaciones pueden ser deductivas o no.

Frente a estos supuestos se ubican aquellos casos en los que se puede llegar a una decisión no controvertida mediante la aplicación de lo que Atienza denomina la "racionalidad formal aplicada al razonamiento judicial". Esta racionalidad consistiría

[32] Op. cit., Rodríguez, p. 305.

"*…en el respeto los principios de consistencia lógica, universalidad y coherencia, la utilización como premisas de fuentes del derecho vinculantes, el no desconocimiento de hechos probados en la forma debida y la no utilización de criterios éticos o políticos no previstos específicamente en el sistema jurídico como elementos decisivos*"[33].

De tal modo, siguiendo la postura del jurista español se está ante un caso difícil cuando, cumpliendo con las pautas enunciadas en el párrafo anterior, se puede hablar de la posibilidad de más de una respuesta correcta "*…lo que volvería necesario* ***armonizar entre sí valores o principios en conflicto****, pues varias soluciones aparecerían como candidatas viables para lograr el equilibrio*"[34] (el destacado es propio).

Por lo tanto, estos tipos de casos exhiben la postura que se ha sostenido a lo largo de este capítulo en cuanto a que la racionalidad jurídica (formal-deductiva) no agota el fenómeno jurídico. Existen supuestos que exigen argumentos que exceden a su justificación formal -sin necesidad de eliminarla-, y que requieren razones de otra índole cuya relevancia jurídica no puede juzgarse por su lejanía respecto de la lógica como forma de control. Se trata de aquellos "argumentos adicionales" a los que alude Atienza que no necesariamente resultan deductivos pero que permiten la armonización de valores o principios que pudieran colisionar al momento de resolver un caso. El reconocimiento de esta situación abre la puerta a otras racionalidades que se conectan con la racionalidad jurídica (formal-deductiva) y que permiten la resolución de este tipo de casos. Aquellos argumentos adicionales pueden consistir en razones de orden social, económico, político, estratégico, etc., que permitan llegar a una decisión que resulte correcta a luz de las múltiples racionalidades que implican al derecho.

Desconocer lo anterior implica caer en situaciones en la que la respuesta lógicamente justificada se imponga aun cuando la misma pueda no ofrecer la mejor solución al

[33] Ibidem.

[34] Ibidem.

caso -mejor desde el reconocimiento de una pluralidad de racionalidades que abarcan al derecho-.

En lo que respecta a este tema relativo a los diferentes tipos de casos, también resulta relevante reparar en la posibilidad de que aquellos que deben tomar decisiones jurisdiccionales puedan “simplificar” o “dificultar” un caso. Al respecto, puede decirse que aquellos que buscan “simplificar” los casos exhiben una pretensión formalista del derecho. Es decir, buscan reconstruir todos los casos de modo tal que la decisión surja como consecuencia de la lógica de la subsunción y la deducción a partir del esquema del silogismo, aun cuando del análisis del caso se desprenden circunstancias que, de asignárseles relevancia, no permitirían arrojar una respuesta de un modo tan sencillo. Un claro ejemplo en Argentina es el caso “Muiña”[35] de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina.

En el mencionado precedente del máximo Tribunal de justicia de la Argentina, se expidió en el caso de una condena por delitos de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura militar en la Argentina y la aplicación o no de la ley más benigna en el cómputo de la pena a la luz de una norma que preveía que se deben computar dos días de prisión por cada día de encarcelamiento cautelar efectivamente cumplido. Tal como se expondrá a continuación, los votos divididos de los Ministros de la Corte Suprema que intervinieron reflejan dos posturas opuestas en lo relativo al abordaje de un tema de esta relevancia como un caso fácil o un caso difícil y, en este último supuesto, la presencia de diferentes órdenes de racionalidades que interactúan indefectiblemente con el Derecho. Si bien en el fallo bajo análisis se discutieron cuestiones técnicas, dentro de las que cabe mencionar la aplicación temporal de una norma penal, es relevante destacar algunos pasajes de la decisión que permiten ilustrar dos modos distintos de concebir el fenómeno jurídico -actividad legislativa, interpretación y aplicación de las leyes, rol de los Jueces, etc.- y, por lo tanto, de resolver un mismo conflicto.

En este sentido, en la decisión de uno los Jueces, que puede considerarse como una postura formalista, pueden advertirse argumentos como los siguientes: “*…la primera*

[35] CSJ 1574/2014/RH1, Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otro s/recurso extraordinario.

fuente de interpretación de la ley es su letra, (especialmente cuando aquella concuerda con la acepción corriente en el encuadramiento común y la técnica legal empleada en el ordenamiento jurídico vigente) (…) Asimismo, cuando la ley no exige esfuerzo de comprensión debe ser aplicada directamente, ***con prescindencia de consideraciones ajenas al caso que aquella contempla***" (el destacado no pertenece al original); "*…si el legislador, a quien le compete realizar las distinciones valorativas que pudieran corresponder, hubiera considerado que el art. 2° del Código Penal no debía aplicarse a los delitos permanentes por cualquier razón, habría hecho la salvedad pertinente que no hizo y que el Poder Judicial, en virtud de la materia que aquí se trata –penal- no puede hacer*"; "*las consideraciones anteriores no pueden ser conmovidas por el hecho de que el recurrente haya sido condenado por la comisión de delitos de lesa humanidad, pues en el texto de la ley 24.390 no se hace excepción respecto de tales delitos (…)*"; y finalmente "*…la mejor respuesta que una sociedad respetuosa de la ley puede darle a la comisión de delitos de lesa humanidad y la única manera efectiva y principista de no parecerse a aquello que se combate y se reprueba es el estricto cumplimiento de las leyes y de los principios que caracterizan el Estado de Derecho, lo que en este caso requiere decidir con absoluto apego a lo que está claramente ordenado por el art. 2° del Código Penal*".

De lo expuesto anteriormente puede advertirse que, si se está ante una norma clara y teniendo en cuenta que la primera fuente de interpretación es la ley, entonces se está ante un caso fácil cuya solución se limita a la aplicación de la norma en cuestión sin efectuar otro tipo de consideraciones. Con relación a este último aspecto, que fue destacado en una de las citas precedentes, aquellas "consideraciones ajenas al caso" serían, por ejemplo, tener presente que se está ante un delito de lesa humanidad cometido perpetrado por un gobierno *de facto* y que remite a un momento oscuro de la historia argentina con profundas consecuencias a nivel social, cultural y político. La postura formalista reflejada considera que ello no debe ser valorado por los Jueces al momento de aplicar una norma clara, ya que en todo caso la posibilidad de valoración le cabe al Poder Legislativo el que no había contemplado ninguna excepción para los delitos de lesa humanidad en la norma aplicable al caso.

Ahora bien, tal como se adelantó, el precedente en cuestión contó también con otra visión sobre el mismo tema. Al respecto, otro de los Ministros que votaron expresó

que: "*…una interpretación de la legislación penal más benigna, en el marco de la aplicación de una ley derogada, es insuficiente para dar adecuada solución a un tema de* ***indudable relevancia institucional***" (el destacado es propio); "*…no se ha dado ningún cambio en la valoración de los delitos de lesa humanidad. Por el contrario, existe una consistencia en la definición, calificación y persecución de este tipo de delitos que se ha mantenido en diversos precedentes, no solo de esta Corte Suprema, sino de todo el Poder Judicial. Más aún, puede decirse, como se lo ha señalado en diversos pronunciamientos institucionales de esta Corte (…), que se trata de una* ***política de estado*** *afirmada por los tres poderes, en diversas épocas, de modo que constituye parte del* ***contrato social de los argentinos***" (el destacado no pertenece al original); "*…la* ***interpretación contextual*** *de la excepción (…) nos lleva a la conclusión de que no es admisible que puede ser aplicable a esta causa*" (el destacado es agregado); "*…el derecho a la aplicación retroactiva de una ley más benigna requiere la evaluación de si la ley posterior al hecho es la expresión de un cambio en la valoración la clase de delito correspondiente a los hechos de la cusa (…)*"; y por último "*…la inteligencia de las leyes debe practicarse atendiendo al contexto general y los fines que las informan y, a ese objeto, la labor del intérprete debe ajustarse a un examen atento y profundo de sus términos que consulte la racionalidad del precepto y la voluntad del legislador*".

Los argumentos presentados anteriormente destacan la relevancia de otros aspectos diversos a la letra de ley. En este sentido, se destaca el hecho de que no es un dato menor que se trate de un delito de lesa humanidad respecto de los que la Argentina ha desarrollado una política de estado y forma parte del "contrato social de los argentinos". A su vez, se resalta la importancia de analizar si existió un **cambio en la valoración** que la **comunidad** efectúa respecto de la conducta imputada -que según el voto minoritario en este caso se considera que no aconteció-. Asimismo, se propone una interpretación contextual en vez de una interpretación literal. De este modo, aparecen en escena una serie de elementos de análisis distintos a la norma tal como pretendía la visión formalista descripta anteriormente, factores relevantes para tomar una decisión que interactúan con la norma y condicionan su aplicación. Cierto es que esos otros elementos responden a racionalidades diversas, pero ello no obsta a su relevancia, la posibilidad de consideración de aquellos y su final aplicación para lograr

una decisión que permita armonizar la ley positiva con una política de estado y con la valoración social sobre determinados delitos debido a la historia propia de una comunidad determinada, entre otros factores.

Es importante remarcar que este fallo concluyó, por mayoría de votos, que el beneficio en el cómputo de la pena debía aplicarse también para el caso de delitos de lesa humanidad. Estos Jueces que conformaron la mayoría de la decisión consideraron que se trataba de un caso fácil, de la aplicación de una norma clara a un hecho respecto del que no debían hacerse mayores consideraciones.

Sin perjuicio de ello, es importante remarcar que aquella decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación generó un gran impacto a nivel social. En una gran cantidad de provincias en la Argentina se realizaron marchas multitudinarias que protestaron y reprocharon el fallo bajo el icónico lema “Nunca Más” referido al gobierno dictatorial que tomó el poder entre 1976 y 1983. Algunos referentes en materia de Derechos Humanos expresaron en el marco de aquellas movilizaciones frases como: “*el fallo de la Corte es vergonzoso*”; que “*la movilización demuestra que la memoria colectiva es imposible de revertir*”; que el fallo fue "*una canallada jurídica, ética y política*”; y que “*la movilización significa un paso adelante en lo que hace a lo concientización de los Derechos Humanos y sobre todo a lo que hace a la memoria, la verdad y la justicia*”.

Aquellas reacciones tuvieron algún tipo de eco pues concomitantemente -al día siguiente de las protestas- el Congreso Nacional sancionó la Ley 27.362 en la que se estableció como excepción al beneficio en el cómputo de la pena conocido como “2x1” a los delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra, según el derecho interno o internacional.

A su vez, con posterioridad a la sanción y entrada en vigor la norma mencionada anteriormente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió nuevamente en un caso como el analizado, en esta oportunidad “Batalla”[36], y se produjo una situación

[36] FLP 91003389/2012/T01/93/1/RH11. Hidalgo Garzón, Carlos del Señor y otros s/ inf. art. 144 bis inc. 1 -último párrafo- según ley 14.616, privación ilegal libertad agravada (art. 142 inc. 1), privación ilegal libertad agravada (art. 142 inc. 5), inf. art. 144 ter 1° párrafo según ley 14.616-, inf. art. 144 ter 2° párrafo según ley 14.616-, homicidio agravado con ensañamiento - alevosía, sustracción de menores de 10 años (art. 146).

de relevancia; el máximo Tribunal de justicia de la Argentina modificó su postura y por una mayoría de cuatro votos contra uno, consideró inaplicable el beneficio aludido para los delitos de lesa humanidad. Si bien parte de los argumentos de aquellos Jueces que en el fallo “Muiña” habían votado en sentido contrario reposaron en la vigencia de la mencionada Ley 27.362, ello no quita peso al cambio de jurisprudencia.

Es importante aclarar que existieron relevantes argumentos en la decisión del fallo “Batalla” que no son plasmados con el objeto de no extenderse demasiado en su análisis -si la Ley 27.362 se trató o no de una ley interpretativa, la aplicación retroactiva o no de aquella norma, etc.-. Lo que se pretende señalar es que una decisión judicial sobre un tema que toca la posición social y política asumida contra los delitos de lesa humanidad puede contar con elementos de valoración que exceden la letra de una norma. Una decisión judicial que por mayoría de votos -no por unanimidad- asume una postura que fue repudiada social y políticamente. Repudio que luego se vio plasmado en la sanción de una Ley que, más allá de su naturaleza -interpretativa o no-, receptó la postura asumida por la sociedad y el Estado argentino con relación a los delitos de lesa humanidad. Y que finalmente, y amén de los variopintos argumentos expuestos, llevó a un cambio de jurisprudencia por parte del mismo Tribunal.

De tal modo, si retrotraemos el análisis a la postura asumida en “Muiña”, la desconsideración de la política en materia de delitos de lesa humanidad desarrollada en la Argentina -que implica un análisis histórico, político, social e institucional- reduce el caso a la aplicación de una regla -que no ofrece mayores dificultades desde el punto de vista interpretativo- a un hecho que se implica solamente corroborar el transcurso de un período de tiempo. Si se limita el caso a esas consideraciones, entonces podría decirse que se trata de un caso fácil. Pero cómo puede dejarse de lado el hecho de que se está resolviendo un caso que guarda relación con la ejecución de las penas respecto de aquellos que cometieron delitos de lesa humanidad en la Argentina. De tal modo, si se examina el caso desde una perspectiva que reconozca a una pluralidad de racionalidades que intervienen en el mismo, entonces no pueden dejar de considerarse factores de índole social, político e institucional. Y así, el caso deja de ser “fácil” para convertirse en “difícil”.

A la inversa, pueden existir situaciones que se presenten como casos fáciles pero que quienes deben resolverlo lo “dificulten”. Piénsese en una regla que establece un límite de velocidad para circular en las calles del tipo: “La velocidad máxima para circular en las calles es de 70 km/h”. Si se da el caso de que un conductor circuló por una calle a 80 km/h, entonces parecería que se trata de un caso fácil. Es decir, el conductor excedió el límite de velocidad permitido por la regla. Ahora bien, si el conductor explica en la audiencia que el motivo de su exceso de velocidad es que se encontraba transportando a su hijo al hospital porque había sufrido un accidente, puede que la aplicación de la norma que establece el límite de velocidad se torne un poco confusa. Aquello que *prima facie* parecía fácil, ahora podría considerarse con cierto grado de dificultad a partir de la consideración del motivo alegado por el conductor.

Ahora bien, frente al caso descripto quien debe decidir puede seguir considerando que se trata de un caso fácil y sancionar al conductor por el exceso de velocidad. Sin embargo, no se advierte que resulte incorrecta una decisión que tome en consideración la razón aportada por el conductor y, en base a ella, considere que no debe aplicarse la regla en cuestión. La primera postura puede justificarse lógicamente mediante un razonamiento deductivo a partir de un silogismo (norma, hecho y subsunción). La segunda postura requiere, además de la consideración de la norma y del hecho, argumentos diversos que permitan dar razones para resolver de un modo diferente al de la estricta aplicación de la norma.

Por lo tanto, se presenta aquí una situación compleja pues no existe un criterio completamente objetivo para establecer en forma categórica cuándo un caso es fácil o difícil y, por ende, la forma en que el mismo debe ser resuelto. Así, quienes son llamados a decidir jurisdiccionalmente cuentan con un margen de discrecionalidad para abordar los casos desde una óptica “fácil” o “difícil”. Detrás de esa elección puede ocultarse una cierta predilección por una postura formalista o no formalista con relación a la aplicación del derecho que se traduce en la elección de aquella óptica.

Sin perjuicio de ello, debe repararse en los casos como “Muiña” en los que puede llegarse a una decisión lógicamente válida/justificada aun cuando no resulta correcta desde un punto de vista social, político e institucional. Tanto el argumento lógico, como el político, social e institucional, resultan relevantes para la solución de casos tan

complejos como este. Todas aquellas racionalidades forman parte del conflicto a resolver y todas ellas son relevantes para el derecho. Ahora bien, el hecho de recortar el conflicto y reducirlo a la mera aplicación de una regla clara a un hecho claro y, de tal modo, etiquetar al caso como fácil, implica una toma de postura ideológica en términos de un formalismo jurídico.

Es por ello por lo que, más allá del caso en particular que deba resolverse y de la figura del Magistrado, este debate exhibe la pluralidad de racionalidades que rodean al fenómeno jurídico y cuya desconsideración implica su reducción a una ficción formalista que solamente permite la justificación de una pequeña cantidad de casos rutinarios mediante un método lógico.

Las sociedades se complejizan y junto a ellas los conflictos que se suscitan. El derecho resulta un complejo entramado que no se agota en un conjunto de normas ordenadas jerárquicamente, sino que se encuentra atravesado por razones de diversas fuentes sociales, económicas, políticas, estratégicas, etc., cuya desconsideración exhibe un derecho irreflexivo frente a una gran cantidad de casos difíciles, dificilísimos, estructurales, que se presentan en la actualidad.

CONCLUSIÓN

De lo expuesto anteriormente surge que la presencia de principios jurídicos en los ordenamientos jurídicos y la posibilidad de que esas normas sean aplicadas a la decisión de algunos casos –difíciles, dificilísimos y estructurales- implica el ejercicio de discrecionalidad por parte de quienes deben resolver debido a la que los principios jurídicos no sólo reflejan contenido jurídico sino también social, político, económico, etc. En ese contexto, la argumentación desplegada se torna claramente más compleja pero también debe quedar sujeta a control en la medida que se pretenda hablar dentro del margen de la racionalidad. De tal modo, la posibilidad de llevar a cabo ese control depende de la aceptación de la presencia en el derecho de una pluralidad de racionalidades de las que pueden derivarse marcos teórico-conceptuales como referencias. Por lo tanto, un primer paso en esa dirección consiste en poner en crisis la idea de que el derecho implica una (única) racionalidad.

A su vez, puede realizarse una reflexión adicional sobre la consideración de *una* racionalidad para el derecho. Si bien, algunas de las ideas planteadas serán desarrolladas más profundamente en otros apartados, resulta importante retener que la vinculación directa entre el concepto de racionalidad y el de método puede llevar a la confusión de considerar como racional sólo aquello que responda a un método determinado. Agotar el fenómeno jurídico a su dimensión formal-deductiva, implica desconsiderar, tal como se ha expresado anteriormente, otras dimensiones de análisis que resultan indispensables para la cabal comprensión del fenómeno jurídico en general. Pero aún si se pretende efectuar un análisis de un aspecto particular, como por ejemplo de la aplicación del derecho, en muchos casos el método racional lógico-deductivo del silogismo no alcanzará para dar una solución al caso. Ello así toda vez que, en ciertas situaciones se deberán efectuar razonamientos de otra índole y que no podrán justificarse por medios formales, sino a partir de otros medios que no merecen ser desechados simplemente por no resultar constrictivos, sino probables o plausibles.

De tal modo, puede plantearse que la racionalidad jurídica (formal-deductiva) se relaciona principalmente con una concepción formalista y normativista del derecho. Es decir, funciona si se restringe el derecho a las relaciones que pueden darse entre las normas jurídicas, siempre en el plano del *deber ser*. Sin embargo, si se amplía el espectro y se admite que aquella concepción no es más que *una* concepción -mas no la única-, entonces se pueden advertir otras dinámicas que también contribuyen al análisis del derecho. Asimismo, no se advierte la necesidad de optar por una u otra postura como si se tratara de una suerte de contradicción.

No obstante, resulta menester destacar que existe una importante distinción en la medida en que las relaciones entre normas no se explican por medio de la causalidad. Pero si se considera que el derecho es un *hecho social*, entonces la posibilidad de efectuar otros tipos de análisis dentro de los cuales puede ser el formal-deductivo uno de ellos, pero, cabe insistir, no el único.

PRIMERA PARTE:

LAS RACIONALIDADES DE LAS TEORÍAS DE LOS PRINCIPIOS

CAPÍTULO I

Principios jurídicos como reflejo y receptáculo de múltiples racionalidades en el derecho

La temática de los principios jurídicos ha sido largamente desarrollada en los últimos tiempos. Suele considerarse como hito del comienzo de esta discusión, al menos desde el diálogo con el iuspositivismo, el trabajo de Ronald Dworkin *"Is Law a System of Rules*" de 1967 el cual luego pasó a formar parte de su obra "*Taking Rights Seriously*" –como el capítulo "*The Model of Rules (I)*"-. Sin embargo, algunos años antes, en 1956, Josef Esser publicó su libro "*Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*" que se presenta como una de las primeras obras en las que realiza un análisis profundo acerca de los principios jurídicos. También pueden mencionarse trabajaos anteriores al de Dworkin como los de Del Vecchio (1958), Bobbio (1966) y García de Enterría (1963), tal como destacan Atienza y Ruiz Manero[37].

Ahora bien, al margen de la determinación del jurista pionero en esta materia, lo relevante consiste en remarcar que a partir de ese momento comenzó un prolífero desarrollo de lo que contemporáneamente se conoce como la *Teoría de los principios* o *Teoría principalista*, es decir, todo un ámbito de estudio dedicado especialmente al abordaje de diversos ejes relacionados a los principios jurídicos. Algunos de los ejes más relevantes debido a que suscitaron gran debate han sido: la compatibilidad de los principios jurídico con el positivismo jurídico; el carácter normativo de los principios jurídicos -posibilidad de considerar a los principios como normas jurídicas, distinción

[37] Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (1996), *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 1era edición, Editorial Ariel S.A: Barcelona.

entre reglas positivas y principios, etc.-; y la presencia de los principios en el razonamiento jurídico y su aplicación en decisiones judiciales.

Es importante aclarar que, tal como se señaló anteriormente, estos temas han sido largamente analizados por otros juristas, motivo por el cual en este capítulo no se realizará una reiteración *in extenso* de esos análisis y discusiones que, si bien no están resueltas, al menos ya son conocidas. No obstante, sí será necesario adoptar algunos de aquellos ejes temáticos como puntos de partida para el desarrollo de este apartado, tomando parte por alguna de las posturas asumidas al respecto.

En este sentido, se asumirá, en primer lugar, que el reconocimiento de los principios jurídicos es compatible con una teoría positivista del derecho (Sección I, punto I). Luego, se planteará que los principios jurídicos forman parte de los ordenamientos jurídicos, de forma explícita –lo cual se ilustrará a partir de distintas propuestas de clasificación y ejemplos específicos del ordenamiento argentino y francés- e implícita (Sección I, punto II). En base a ello, se concluirá que los principios pueden formar parte del sistema jurídico y dentro de aquél cumplen ciertos roles, por ejemplo, pueden ser aplicados a la decisión de un caso y, por lo tanto, del razonamiento jurídico desplegado a tal fin (Sección II). Con relación a este último punto, debe efectuarse un primer análisis acerca de la *ponderación* y su relación con la valoración –que abarca la discusión respecto de los principios jurídicos en tanto que valores y una introducción al enfoque sociológico de los valores- con el objeto de precisar que es posible argumentar racionalmente a partir de principios y aplicarlos (Sección II, punto I.A, I.B y I.C). Una vez resuelto aquel escollo, se ofrecerán distintas posturas acerca de la *ponderación* como método para la aplicación de principios jurídicos (Sección II, punto I.D). A continuación, se desarrollarán los distintos roles que pueden desempeñar aquellas normas dentro de un ordenamiento jurídico (Sección II, punto II). Luego, se planteará que aquellos casos en los que están presentes los principios jurídicos son considerados como casos difíciles –más específicamente *dificilísimos* y *estructurales*- (Sección II, punto II.A); y que aquella complejidad derivará en una mayor exigencia argumental -discrecionalidad controlada- pues los principios jurídicos no sólo reflejan contenido jurídico sino también social, político, económico, etc., es decir, los principios jurídicos reflejan las múltiples racionalidades que interactúan en el derecho (Sección II, punto II.B y II.C).

SECCIÓN I

Principios jurídicos y positivismo

I.

Principios jurídicos y teoría positivista del derecho

El abordaje relativo a los principios jurídicos cuenta con diversos enfoques y cada uno de ellos aporta sobre este tema diferentes propuestas teóricas, conceptuales y prácticas. Uno de los aspectos más relevantes que se debate en torno a los principios jurídicos es su carácter normativo y, vinculado a ello, su fuente, su validez, su relación con otras normas jurídicas tales como las reglas positivas y la posibilidad de aplicación en el marco de una decisión judicial. En este sentido, en el primer punto de esta Sección I se mencionarán, como un punto de partida, los principales enfoques teóricos acerca de los principios jurídicos (*infra* A). Luego, y en virtud de la prolífera producción teórico-conceptual con relación a los principios jurídicos, será necesario efectuar una serie de consideraciones metodológicas y conceptuales a los fines de este desarrollo (*infra* B). Finalmente, se justificará el abordaje de los principios jurídicos desde una teoría positivista del derecho a partir del desarrollo de la teoría principalista de Genaro Carrió (*infra* C).

A.

Punto de partida

Como punto de partida para esta sección resulta esclarecedora la clasificación propuesta por Guillaume Tusseau con relación a los tres principales grupos de escuelas que han abordado la temática de los principios jurídicos[38]. En este sentido,

[38] Tusseau, Guillaume (2008), *Métathéorie de la notion de principe dans la théorie du droit contemporaine sur quelques écoles de définition des principes*, p. 75-112, publicado en *Les Principes en droit*, bajo la dirección de Sylvie Caudal, Ed. Economica.

en primer lugar se encuentran los juristas como S. Pufendorf, F.K. von Savigny, G.F. Puchta y R. Carré de Malberg, que consideran que el razonamiento jurídico obedece a las reglas tradicionales de la lógica y, más allá de las ramas del derecho a la que contribuyeron y las especificidades su sus teorías, podrían coincidir en la tesis según la cual "*…la ciencia del derecho está capacitada para producir derecho, i.e. de inferirlo del espíritu del pueblo o de principios fundamentales que ella ha identificado*"[39]. El segundo grupo es el de la nueva retórica, donde cabe mencionar a C. Perelman quien concibe a los principios jurídicos como elementos esenciales de la argumentación jurídica, no como premisa en el marco de una estructuración lógica formal sino como parte del arsenal argumental. Finalmente, el tercer grupo, identificado con la teoría analítica del derecho, ubica a la pertinencia del estudio de los principios jurídicos en el plano de la construcción de una tipología de elementos de los discursos jurídicos. Dentro de este grupo pueden identificarse a tres autores o grupos de autores, a saber: R. Dworkin, R. Alexy y M. Atienza/J. Ruiz Manero.

Ahora bien, de los grupos antes mencionados solamente será analizado el tercero debido a que los juristas allí comprendidos abordan sus teorías principalistas en diálogo con el positivismo jurídico, más allá de con cuál de sus expresiones y amén de si tal diálogo implica una crítica o un complemento. Es por ello por lo que, a continuación, se expondrán los rasgos característicos de algunas de estas propuestas con relación a los principios jurídicos. No obstante, cabe remarcar que, si bien no fueron contemplados por Tusseau en su clasificación, también serán abordados dentro de ese grupo G. Carrió, R. Guastini, L. Gianformaggio, A. Aarnio, J. Raz y J. J. Moreso, quienes han contribuido notablemente al debate contemporáneo acerca de la teoría principalista.

B.

Consideraciones metodológicas y conceptuales

[39] Op. cit., Tusseau, p. 76.

Antes de comenzar con los abordajes de cada uno de esos juristas cabe efectuar una serie de consideraciones metodológicas en lo que atañe a la elección o descarte de sus posturas, como así también al alcance y utilidad de aquellas seleccionadas para ser profundizadas con relación al objetivo del presente desarrollo. En esta inteligencia, es importante remarcar que juristas como Del Vecchio, Bobbio y García de Enterría no serán desarrollados debido a que, sin perjuicio de la relevancia de sus contribuciones para la materia, no forman parte, por lo general, de las discusiones actuales acerca de la teoría de los principios. De tal modo, teniendo en cuenta que el propósito de este capítulo no es efectuar un análisis histórico acerca del abordaje de esta teoría, debe realizarse esta selección de juristas con los que se trabajará a fin de lograr un diálogo entre ellos que permita una mejor comprensión de sus diferentes posturas[40].

No obstante, se hará una excepción entre aquellos juristas clásicos respecto de Esser debido a que su obra es considerada por muchos de sus colegas como uno de los desarrollos más prolíferos con relación a los principios jurídicos. De tal modo, cabe destacar que, si bien posteriormente se desarrollarán las propuestas de clasificación de Esser -*infra* Sección I, punto II.B- debido a su relevante y completo abordaje sobre la temática, existe un aspecto de su teoría que no permite equipararlo completamente al de otros juristas. En este sentido, Esser considera que los principios son derecho positivo, pero entiende que no son normas independientes del derecho[41]. Al respecto,

[40] Tal como se verá a lo largo de este capítulo, ya sea por coincidencia o por crítica, existen numerosas referencias a autores como Carrió, Atienza y Ruiz Manero, Alexy, Moreso, Raz, Guastini y Aarnio en sus respectivas obras acerca de esta temática. En este sentido, corresponde concentrar el presente desarrollo en las propuestas de aquellos juristas de cuyo diálogo han surgido los debates contemporáneos más relevantes de la teoría principalista.

[41] En este sentido, Esser expresa que los principios "*Son derecho positivo, aunque no normas (rules) precisas e independientes del derecho, los llamados pensamientos jurídicos generales, las rationes legis, los principios valorativos y constructivos de un sistema, pero también los principias éticos y de justicia que priman en un ámbito jurídico al margen de su sistema escolástico: todos, siempre que hayan obtenido validez en formas concretas del ordenamiento. Además de esto, son directrices (guides) o principi informatori para los órganos formadores de derecho, como lo son todas las máximas y regias de las soluciones transmitidas, concreciones de la experiencia judicial*". Esser, Josef (2019), *Principio*

expresa que los principios jurídicos adquieren el carácter de derecho positivo "*…Desde y en la medida en que han sido encarnados en una institución, por un acto constitutivo del poder legislativo, de la jurisprudencia o de la vida jurídica. Dentro de este marco, todos los principios jurídicos son elementos del derecho positivo que gozan de protección procesal (…)*"[42].

En conclusión, Esser otorga una importante carga al reconocimiento institucional de los principios jurídicos en lo que respecta a su consideración como derecho positivo. En este sentido, tal como se verá más adelante, existe aquí una coincidencia con la propuesta de Carrió que encuentra en el *usus fori* una importante fuente de positivización de principios jurídicos. Sin embargo, para Carrió los principios sí son considerados como normas jurídicas, diferentes a las reglas, pero normas jurídicas, en definitiva. Esa misma postura asumen autores como Alexy, Atienza y Ruiz Manero, Guastini, Aarnio, Raz y Moreso –más allá de las diferencias conceptuales, estructurales y funcionales que proponen-.

A su vez, cabe destacar que dentro de este análisis no será considerado Luigi Ferrajoli debido a la postura que asume con relación a la distinción entre reglas y principios que, en definitiva, no deja margen para un desarrollo autónomo acerca de la normatividad de los principios jurídicos[43]. En este sentido, el jurista italiano se propone redefinir la distinción entre reglas y principios –principalmente diferenciándose de las propuestas de Alexy, Atienza y Ruiz Manero, y Dworkin- tomando como eje de análisis la referencia empírica al comportamiento o acto jurídico que constituye la observancia o violación a la norma jurídica. De tal modo, considera que las *reglas –reglas deónticas*- son aquellas normas de las que puede decirse cuáles son esos actos que constituyen su observancia o inobservancia y, así pues, no existe ninguna diferencia entre las *reglas* y los que él denomina *principios regulativos* –la mayor parte de los derechos fundamentales- en la medida en que estos últimos también son reglas

y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado, Ediciones Olejnik: Santiago de Chile, pp. 138-139.

[42] Op. cit., Esser, pp. 137-138.

[43] Ver en este sentido: Ferrajoli, Luigi, *El constitucionalismo entre principios y reglas*, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 35 (2012) ISSN: 0214-8676 pp. 791-817.

deónticas. Así, para Ferrajoli tanto las *reglas* como los *principios regulativos* son dos caras de una misma moneda y no se contraponen entre sí, y ambos tienen la característica de poder ser respetados o violados. Sin embargo, el jurista italiano también reconoce la existencia de otros principios a los que denomina *principios directivos* –o simplemente *directivas*- a los que no le otorga carácter deóntico pues se trata normas que formulan objetivos políticos cuya referencia empírica no permite establecer la posibilidad de cumplimiento o incumplimiento de esos principios. Ferrajoli reconoce que los *principios directivos* son relevantes dentro pueden ser argumentos relevantes en la interpretación constitucional, es decir, pueden formar parte de lo que considera como *derecho viviente* -interpretado, argumentado o aplicado- pero no del *derecho vigente* –positivo, objetivo-, pero insiste en que deben diferenciarse conceptual y teóricamente de los *principios regulativos*. Para Ferrajoli esta distinción tiene una gran relevancia práctica pues al considerar que entre *reglas* y *principios regulativos* no existen diferencias sustanciales se permite evitar la ponderación la cual considera que contradice la lógica del estado de derecho y al principio de legalidad. En base a lo expuesto, debería quedar claro que el camino teórico propuesto por Ferrajoli no permite profundizar en el análisis de los principios jurídicos en tanto normas pues aquéllos no se diferenciarían de las *reglas* conceptualmente y tampoco en cuanto a su aplicación.

Por otra parte, es importante aclarar que tampoco se profundizará -salvo la mención de algunos de sus principales aportes a la teoría principalista- sobre la propuesta de Dworkin toda vez que, aunque pueda resultar relevante en cuanto al desarrollo de los principios jurídicos, su modelo no resulta compatible con el positivismo jurídico lo cual se presenta como una directriz en este análisis. En este sentido, tal como lo expresan Atienza[44] y Ruiz Manero, el ataque que Dworkin realiza al positivismo reposa en que "*…caracteriza mal la concepción de Hart y la del positivismo jurídico en general (cfr.*

[44] Con relación a Manuel Atienza es importante aclarar que la postura que se plasma en este trabajo es la previa a la que puede apreciarse a partir de su obra "Filosofía del Derecho y Transformación Social" (2017) –y probablemente antes- donde el jurista español comienza a exhibir una posición post-positivista en la que se acerca al objetivismo moral. De tal modo, este último Atienza podría presentar más semejanzas con Dworkin que el Atienza que se cita en este trabajo y, por lo tanto, no resultaría relevante para el enfoque positivista bajo el que se pretende analizar aquí la teoría principalista.

Carrió 1986). Nos parece igualmente que quien sostiene una concepción del Derecho como la de Hart no tiene por qué verse abocado a negar que el Derecho está integrado, además de por reglas, por pautas del tipo que Dworkin llama principios (o, al menos, no tendría mayor inconveniente en afirmar que muchas de esas pautas sí forman parte de, acuerdo con los criterios hartianos, del Derecho)"[45]. Además, la propuesta de Dworkin niega el poder discrecional en mano de los jueces debido a que incluso en la decisión de casos difíciles el sistema jurídico le ofrece a su juez Hércules una sola respuesta que puede encontrarse en la aplicación de principios jurídicos y a partir del respeto a la coherencia de la historia institucional de la comunidad exigida por su propuesta de "novela en cadena" en lo que respecta a las decisiones judiciales. Al respecto, tal como se verá en este trabajo, los principios jurídicos en tanto reflejo de múltiples racionalidades en el derecho exigen una argumentación específica que se derivará de diferentes marcos teórico-conceptuales que implican aceptar el ejercicio de una discrecionalidad controlada por parte de los jueces. Vale adelantar que el tema de la discrecionalidad, si bien será desarrollado posteriormente en un capítulo específico[46], es un fuerte punto de contraste de Dworkin con la postura de J. Raz cuyo análisis acerca de la relación entre principios jurídicos y discrecionalidad judicial será abordada en el último apartado de este capítulo -*infra* Sección II, punto II.B-.

Teniendo en cuenta la aclaración efectuada anteriormente en cuanto al alcance del desarrollo de la propuesta principalista de Dworkin en este trabajo, cabe destacar que, sin perjuicio de ello, la noción de principio jurídico es un concepto central en su teoría y, además, resulta relevante para entablar un diálogo con la postura de Carrió, que será central para este análisis. De tal modo, a continuación, se mencionarán sus principales aportes a la materia.

En primer lugar, el jurista norteamericano plantea que los principios jurídicos no pueden ser identificados por el test de *pedigree* sino que surgen de la práctica jurídica sostenida en el tiempo, de los procedentes, de la interpretación de las leyes, de la

[45] Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Sobre principios y reglas*, en Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 10, 1991, pp. 101-102.

[46] Ver: Primera parte; Capítulo II.

experiencia moral, entre otros aspectos. A tal fin, Dworkin ofrece a modo ilustrativo el conocido caso *Riggs v. Palmer* del Tribunal de Nueva York de 1889.

A partir de ello, en segundo lugar, Dworkin considera que hay un vacío en el esquema conceptual positivista el cual no reconoce la existencia de otras entidades jurídicas como los principios jurídicos que también intervienen en la mecánica del derecho. Sin embargo, Dworkin expresa que la diferencia entre las reglas de derecho y los principios jurídicos es lógica. En este sentido, señala que las reglas se aplican a la manera todo-o-nada mientras que los principios presentan una dimensión específica que es la del peso o la importancia, de la cual carecen las reglas. De tal modo, en caso de conflicto entre principios no se da la situación de pensar acerca de la invalidez de uno de ellos –como en el caso de las reglas- sino que los principios en cuestión permanecen vigentes y es una cuestión de peso o importancia en el caso concreto que puede variar en un caso distinto.

En tercer lugar, Dworkin no sólo opone reglas y principios, sino que aporta una importante distinción entre derechos individuales y objetivos sociales que contribuye a establecer una subdivisión entre los principios. De tal modo, el jurista norteamericano distingue entre principios *stricto sensu* y estándares o *policies* –referidos a cuestiones de la vida política, económica o social de la comunidad-. Estos últimos se corresponden con los objetivos sociales. Mientras que, los principios *stricto sensu*, están relacionados a los derechos individuales. A su vez, Dworkin establece una distinción entre principios abstractos y principios concretos. Los primeros presentan un grado de generalidad tal que no aportan un criterio definido y suelen requerir concesiones o acuerdos, en cuanto a su aplicación, al ser confrontados a otros objetivos o *policies*. En lo que respecta a los segundos, se encuentran definidos de forma mucho más precisa lo que permite evaluar su importancia o peso frente a otros objetivos o *policies*.

Por último, cabe destacar que Dworkin considera que aquellos principios que son reconocidos por una determinada comunidad política podrían ser generalizados y ser considerados al momento de adoptar decisiones jurisdiccionales. Esto conlleva a pensar en un modelo integral de derecho que involucra el reconocimiento de una serie de principios cuyo cumplimiento se extiende no sólo al Poder judicial sino también a

los otros poderes e instituciones públicas. Lo cual, finalmente, termina en presentarse como una teoría acerca del Estado y su legitimidad.

En base a lo expuesto, puede advertirse que la contribución de Dworkin a la teoría principalista es relevante, aunque sus tesis resultan opuestas al positivismo jurídico. Por lo tanto, si bien su propuesta teórica puede resultar muy interesante, lo cierto es que este trabajo no puede basarse en ésta pues aquí se propondrán tesis contrarias su teoría. Es decir, se coincide en cuanto a la existencia de principios jurídicos dentro de los ordenamientos jurídicos, se acepta que pueden proponerse diversas clasificaciones de principios jurídicos, pero todo ello sin necesidad de trazar una frontera tan categórica en la relación entre reglas y principios, pues, más allá de las diversas propuestas teóricas que se analizarán a continuación, en líneas generales reglas y principios son especies de normas jurídicas que interactúan al seno de los ordenamientos jurídicos y la existencia de estos últimos no implican socavar la teoría positivista del derecho sino, en todo caso, proponer alguna lectura diferente o una propuesta que logre combinar ambas entidades normativas, tal como se verá más adelante claramente con Carrió.

A su turno, debe destacarse que los aportes de Alexy, Atienza y Ruiz Manero, Guastini, Gianformaggio, Aarnio, Raz y Moreso serán abordados posteriormente dentro las propuestas de este capítulo en donde sus desarrollos resultan más pertinentes a los fines de este trabajo. En este sentido, Alexy, Atienza y Ruiz Manero, Guastini y Aarnio han ofrecido relevantes contribuciones respecto a las clasificaciones de los principios como elementos de los sistemas jurídicos –*infra* Sección I, punto II.B-, pero también han desarrollado el modo en que los principios jurídicos operan dentro de esos sistemas y, particularmente, cómo son empleados al momento de la adopción de decisiones judiciales –*infra* Sección II, punto II-. Por su parte, en lo que respecta a Gianformaggio y Moreso, serán considerados especialmente en ese último aspecto, es decir, en cuanto a su desarrollo acerca de la forma en que los principios son aplicados; en caso del jurista español, puntualmente, pues se presenta como insoslayable debido al diálogo que entabla en ese sentido con Alexy y Guastini. En lo atinente a Raz, este jurista ofrece una importante clasificación de principios jurídicos que se encuentra vinculada con su principal aporte para este desarrollo que es la utilización de los principios jurídicos en las decisiones judiciales, pero especialmente

en su relación con la discrecionalidad judicial en la medida que los principios jurídicos implican exigencia argumental más compleja al reflejar no sólo contenido jurídico sino también social, político, etc. -*infra* Sección II, punto II.B-.

Finalmente, cabe adelantar que la propuesta teórica que se erigirá como eje de esta sección en lo atinente a los principios jurídicos dentro de una teoría positivista del derecho es la de Genaro Carrió. Esta elección responde a que el jurista argentino ha efectuado un análisis muy pormenorizado acerca de los principios jurídicos que ha sido destacado y tomado como punto de partida –ya sea por coincidir o como objeto de observaciones- por muchos otros juristas. De tal modo, se propone partir de su propuesta para luego, tal como se adelantó, incorporar al diálogo a los juristas mencionados anteriormente -cuyos aportes también resultan compatibles con un modelo positivista-, principalmente en lo atinente a diversas clasificaciones de principios y sus usos dentro de los ordenamientos jurídicos; para, finalmente, analizar el rol de los principios específicamente en el razonamiento jurídico y decisión judicial que será abordado en la Sección II, punto II.

Previo a adentrarse en el desarrollo anunciado, resulta menester expresar que aquél se llevará a cabo en dos órdenes de indagación diferentes, aunque relacionados. En este sentido, por un lado, consistirá en un examen *semántico-doctrinario* que permitirá analizar y comparar los distintos abordajes sobre los principios jurídicos propuestos por los juristas mencionados en cuanto a sus definiciones, clasificaciones, etc.; y, por otro lado, reflejará el uso *pragmático* de aquellos abordajes por parte de quienes deben aplicar el derecho, lo cual posibilitará sacar conclusiones acerca de los distintos roles que cumplen los principios en los ordenamientos jurídicos y el modo en que son empleados.

C.

Desarrollo de la teoría principalista de Genaro Carrió y su relación con el iuspositivismo

Ahora bien, tal como se verá a continuación, Carrió elabora su posición luego de confrontar el modelo de reglas de Hart al modelo anti-positivista de Dworkin -cuyas principales tesis fueron presentadas anteriormente-. Es a partir de esa interacción que el jurista argentino presenta a los principios jurídicos dentro del positivismo jurídico, lo cual es el primer paso dentro de la estructura argumental de esta sección, a saber, la respuesta afirmativa a la pregunta acerca de la posibilidad de reconocimiento de los principios jurídicos dentro de una teoría positivista del derecho.

En esta inteligencia, Carrió, efectúa un pormenorizado análisis de distintos focos de significado y usos de la expresión "principios jurídicos". Al respecto, el jurista argentino expresa que en lenguaje ordinario el concepto de principio se vincula, al menos, a siete "focos de significación" que relacionan con las siguientes nociones:

"(I) Con las ideas de ´parte o ingrediente importante de algo´, ´propiedad fundamental´, ´núcleo básico´, ´característica central´;

(II) Con las ideas de ´regla, guía, orientación o indicación generales´;

(III) Con las ideas de ´fuente generadora', 'causa´ u ´origen´;

(IV) Con las ideas de ´finalidad´, ´objetivo´, ´propósito´ o ´meta´;

(V) Con las ideas de ´premisa´, ´inalterable punto de partida para el razonamiento´, ´axioma´, ´verdad teórica postulada como evidente´, ´esencia´, ´propiedad definitoria´;

(VI) Con las ideas de ´regla práctica de contenido evidente´; ´verdad ética incuestionable´;

(VII) Con las ideas de ´máxima´, ´aforismo´, ´proverbio´, ´pieza de sabiduría práctica que nos viene del pasado y que trae consigo el valor de la experiencia acumulada y el prestigio de la tradición´"[47].

[47] Carrió, Genaro R. (2011), *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Ed. Abeledo Perrot: Buenos Aires, pp. 209-210.

A su vez, Carrió complementa este análisis al proponer once "usos" de la expresión principio jurídico a los que vincula con los distintos "focos de significación" propuestos. Al respecto, el mencionado jurista expresa que "*la palabra ´principio´ se usa en contextos jurídicos con sentidos diversos que espejan tales focos de significación y forman una familia compleja unida por intrincados lazos de parentesco. Ello ocurre en relación con las distintas actividades que tienen que ver con el derecho. Esto es, con la exposición del mismo, con su crítica, justificación y reforma y con su manejo práctico*"[48]. A esto último Carrió propone llamarlo Uso 1. Luego, enuncia los restantes diez usos:

> *"(2) para aislar rasgos o aspectos importantes de un orden jurídico que no podrían faltar en una descripción suficientemente informativa de él. (Por ejemplo, el llamado principio de la separación de poderes, el de la inamovilidad de los jueces, el de la indisolubilidad del matrimonio, el de la socialización de la propiedad raíz y de los medios de producción). Este uso se vincula con el foco de significación (I).*
>
> *(3) para expresar generalizaciones ilustrativas obtenidas a partir de las reglas del sistema. (Por ejemplo, el principio de que no hay responsabilidad sin culpa, el de que no hay responsabilidad penal por hechos ajenos, o el de buena fe en las transacciones). Este uso se vincula a los focos de significación (I) y (II).*
>
> *(4) para referirse a la* ratio legis *o* mens legis *de una norma dada o de un conjunto dado de normas, esto es, a su propósito, objetivo, meta,* policy*, etc. Este uso está ligado al foco de significación (IV).*
>
> *(5) para designar pautas a las que se atribuye un contenido intrínseca y manifiestamente justo. (Por ejemplo, el principio que prohíbe discriminar entre los seres humanos por motivos raciales o religiosos o el que prohíbe la esclavitud). Este uso está ligado al foco de significación (VI)*.
>
> *(6) para identificar ciertos requisitos formales o externos que -se dice- todo orden jurídico debe satisfacer. (Por ejemplo, que las normas deben ser generales, no retroactivas, suficientemente claras, no contradictorias, que deben ser*

[48] Op. Cit., Carrió, p. 210

promulgadas, que no deben requerir cosas imposibles, etc. Son las exigencias que menciona Lon Fuller bajo el rótulo de la ´moralidad del derecho´. Este uso está ligado a los focos de significación (V) y (VI).

(7) para hacer referencia a guías dirigidas al legislador que sólo tienen un carácter meramente exhortatorio. (Por ejemplo, algunas cláusulas constitucionales no operativas, como lo son, al menos en parte, las del artículo 14 bis de la Constitución argentina). Este uso está ligado al foco de significación (II).

(8) para aludir a ciertos juicios de valor que recogen exigencias básicas de justicia y moral positivas y que se dicen sustentados en la ´conciencia jurídica popular´. Este uso está ligado a los focos de significación (II) y (III).

(9) para referirse a máximas que provienen de la tradición jurídica. Este uso está ligado al foco de significación (VII)"[49]*.*

Y, finalmente, Carrió expresa que los últimos dos usos de la expresión principio jurídico están relacionados con dos corrientes de pensamiento:

"(10) El primero acusa la influencia de la escuela histórica del derecho. La palabra principio se emplea a veces para designar una misteriosa fuente generadora que se encuentra, por así decirlo, por debajo de grupos de reglas del sistema y que, tal como engendró a éstas, sigue engendrando reglas nuevas. Este uso está ligado al foco de significación (III).

(11) El segundo acusa la influencia de la jurisprudencia de conceptos. La palabra ´principio´ se emplea a veces para aislar enunciados que, según se pretende, derivan de una enigmática esencia de los conceptos jurídicos considerados como entidades (Por ejemplo, el principio de que no hay patrimonio ni sujeto sin patrimonio, o que expresa la esencial unidad de todo el patrimonio). Este uso está ligado al foco de significación (V)"[50]*.*

[49] Op. Cit., Carrió, pp. 210-211.

[50] Op. Cit., Carrió, p. 212.

A partir de todo el desarrollo conceptual expuesto, Carrió propone dos núcleos de significado, a saber: los "Principios 1" que son pautas de segundo nivel que indican cómo deben entenderse, aplicarse y, a veces, complementarse las reglas de primer grado; y los "Principios 2" que son los propósitos, objetivos, metas o *policies* de una regla o conjunto de reglas del sistema, ciertas exigencias fundamentales de justicia y moral positivas y ciertas máximas o piezas de sabiduría jurídica tradicionales. Cabe aclarar que en la Sección II de este capítulo se profundizará sobre esta propuesta que aquí solamente se enuncia a los efectos de fundamentar que los principios jurídicos son compatibles con una teoría positivista del derecho.

De tal modo, Carrió considera que los principios jurídicos, en los términos expuestos anteriormente, son compatibles con lo que él llama positivismo jurídico en su caracterización negativa. Al respecto, el jurista argentino expresa que este sentido del positivismo jurídico se emplea para "*1) (…) excluir aquella actitud según la cual la descripción y, en general, el manejo del derecho, exigen tomar en cuenta pautas que necesariamente integran todo orden jurídico porque son intrínsecamente justas o porque derivan del significado misma de la expresión ´orden jurídico´ (…). 2) En un segundo sentido (…) esa expresión excluye no sólo las diversas formas de jusnaturalismo, sino también toda referencia a entidades metafísicas tales como fuerzas generadoras subyacentes o esencias ocultas y demás mobiliario de estancias supraempíricas*"[51].

En base a dichas consideraciones, Carrió concluye que *"Nada hay en el positivismo jurídico, así entendido, que vede hablar de principios jurídicos en esos dos sentidos. Sin dejar de adherir al positivismo, dentro de esa caracterización negativa, uno puede utilizar ambos conceptos de ´principios jurídicos´ como herramientas de descripción, crítica y aplicación del derecho*"[52].

Ahora bien, es importante destacar que Carrió continúa su desarrollo en diálogo con el positivismo jurídico de H.L.A. Hart[53] y, de tal modo, se pregunta si los conceptos de

[51] Op. cit., Carrió, pp. 213-214.

[52] Op. cit., Carrió, p.215.

[53] Carrió descarta el abordaje de los principios jurídicos desde el positivismo kelseniano por considerar que no le permitiría incorporarlos al ordenamiento jurídico con el rango que le parece justo reconocerles.

principios jurídicos propuestos pueden caber dentro de una concepción que considera al derecho de una comunidad como un conjunto de reglas o normas identificadas por medio de una regla de reconocimiento aceptada (o de una *Grundnorm* propuesta) que especifica los criterios que deben satisfacer las reglas o normas particulares para ser consideradas como parte del sistema[54].

Frente a este interrogante, el jurista argentino se propone exhibir dos modelos opuestos, a saber, el "modelo de reglas" de Hart y "el modelo antipositivista" de Dworkin, para finalmente plantear un modelo ecléctico de reglas específicas, standards y principios. Cabe aclarar que la noción de standard no será desarrollada en este trabajo, sino que se limitará al análisis de los principios jurídicos y las distintas interacciones con las reglas. Ahora bien, sin perjuicio de que, tal como se expresó anteriormente, el lugar de los principios jurídicos en los ordenamientos jurídicos será abordado en el punto siguiente, resulta menester destacar un aspecto fundamental en el presente acápite. De tal modo, Carrió afirma que no hay obstáculo para considerar que una regla de reconocimiento pueda reconocer a un principio jurídico como parte de un sistema en la medida que satisfaga los requisitos por ella establecidos. Así pues, sostiene que los "Principios 1" y los "Principios 2" -reducibles a ellos- que satisfacen los requisitos de la regla de reconocimiento "*…son principios jurídicos en el sentido de que forman parte del derecho positivo como las restantes reglas del sistema. Para evitar confusiones los llamaré en adelante ´principios de derecho positivo´*"[55]. En este sentido, el jurista argentino reconoce que entre aquellos criterios que pueden encontrarse en una regla de reconocimiento el más frecuente es el la jurisprudencia –*usus fori*- pero que nada obsta a que puedan incorporarse al derecho mediante sanción legislativa.

En base a lo expuesto, se puede considerar que los principios jurídicos resultan compatibles con el positivismo jurídico, al menos con los alcances hasta aquí desarrollados. En definitiva, no existe razón para considerar que alguna versión del positivismo pueda resultar más representativa que otra o, tal como sostiene Carrió, sea considerada como la *vera efigie* ante las discusiones que giren alrededor de la

[54] Op. cit., Carrió, p. 216.

[55] Op. cit., Carrió, p. 228.

teoría del derecho. Por lo tanto, se han aportado argumentos fuertes para considerar que desde un punto de vista teórico los principios jurídicos pueden formar parte de los ordenamientos jurídicos junto a las reglas específicas o reglas positivas. De tal modo, en el apartado que sigue, se continuará a partir de tal aceptación y se expondrá que los principios jurídicos no sólo *pueden* formar parte de los ordenamientos jurídicos, sino que *efectivamente lo hacen* en forma explícita e implícita. A tal fin, se desplegará con mayor detenimiento el desarrollo propuesto por Carrió y se aportarán las clasificaciones de los principios jurídicos ofrecidas por otros de los juristas mencionados anteriormente en este apartado. Luego, se expondrán algunos ejemplos en los que los principios jurídicos se encuentran explícitamente plasmados en las legislaciones. Finalmente, se abordará la noción de principios jurídicos implícitos.

II.

Los principios jurídicos como parte integrante de los ordenamientos jurídicos

Continuado con el desarrollo teórico de Carrió con relación a los principios, resulta fundamental otro interrogante que se formula el jurista argentino, a saber, en qué sentido de la palabra “jurídico” son jurídicos los principios. Al respecto, señala que los principios son jurídicos, por un lado, porque *se refieren* al derecho de una comunidad y, por otro lado, porque *son parte* del derecho de una comunidad. En cuanto a lo primero no existiría demasiada discusión. Sin embargo, el reconocimiento de los principios jurídicos como parte de los ordenamientos jurídicos es lo que suscita mayor debate y lo que seguidamente se analizará.

En el punto I se argumentó en favor de la posibilidad de referirse a los principios jurídicos dentro de una teoría positiva del derecho. A partir de allí, se abre el camino hacia la determinación del lugar que ocupan los principios jurídicos en los ordenamientos jurídicos, el carácter normativo de aquéllos y su relación con las reglas positivas.

Ahora bien, el modelo *ecléctico* de Carrió, también llamado *intermedio* -entre el riguroso modelo de reglas y el modelo antipositivista-, presenta algunas características relevantes que se refieren al lugar y al rol de los principios dentro de los ordenamientos jurídicos y que corresponde exhibir previo a señalar la presencia explícita e implícita de principios jurídicos que coexisten con reglas positivas.

De tal modo, a los efectos de justificar la presencia de los principios como parte de los ordenamientos jurídicos, en primer lugar, será necesario efectuar algunas consideraciones terminológicas, conceptuales y pragmáticas que aportarán claridad y precisión a este desarrollo (*infra* A). Luego, se expondrán diferentes propuestas de clasificación de los principios jurídicos dentro de los ordenamientos jurídicos lo cual reflejará la existencia de una pluralidad de racionalidades de las teorías de los principios (*infra* B). Por último, se analizará el particular cas de los principios jurídicos implícitos que, si bien son empleados por los tribunales al momento de adoptar decisiones judiciales, requieren un especial abordaje a partir de la exigencia de una mayor justificación en cuanto a su existencia, validez y aplicación (*infra* C).

A.

Consideraciones terminológicas, conceptuales y pragmáticas

En este sentido, un primer aspecto a tener en consideración es el alcance del concepto "regla". Al respecto, no siempre se identifica bajo esa palabra a pautas del tipo *Si A entonces B*, que en la terminología de Carrió son "reglas específicas"; sino que también bajo el concepto "regla", aunque en un sentido más amplio, podrían encuadrar pautas como "toda la información en poder del Estado se presume pública" o bien "está prohibida la interpretación analógica de las leyes penales" y "está prohibido declarar la nulidad por la nulidad misma", es decir, principios jurídicos, sean explícitos o implícitos como en los ejemplos mencionados. Cabe aclarar que esta equiparación conceptual ha sido propuesta por otros juristas –aunque con distintos alcances-, como por ejemplo el caso de Robert Alexy quien considera que tanto las reglas como los principios son normas jurídicas. En este sentido, el jurista alemán sostiene que "*Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos*

pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas"[56].

Y en esta inteligencia, Alexy expresa que "*Las reglas son normas que obligan, prohíben o permiten algo en forma definitiva. Ellas son (…) mandatos definitivos (definitive Gebote) (…) Por el contrario, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro las posibilidades fácticas y jurídicas. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización (Optimierungsgebote)*"[57].

En base lo expresado, si bien Carrió y Alexy utilizan expresiones diferentes, es importante destacar que en ambos casos los principios jurídicos son considerados como partes integrantes de los ordenamientos jurídicos, sea bajo la denominación de normas o de reglas -con sus respectivas características de acuerdo con el autor del que se trate-. Pareciera conveniente, a efectos de aportar claridad conceptual, inclinarse por la terminología propuesta por Alexy -empleada también por juristas que abordan esta temática como Atienza y Ruiz Manero[58], Aarnio[59] y Guastini[60]-. Ello así

[56] Alexy, Robert (1993), *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, p. 83.

[57] Alexy, Robert (2012), *La construcción de los Derechos Fundamentales*, Ed. Ad-Hoc: Buenos Aires, p. 20.

[58] Ver en este sentido: Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Sobre principios y reglas*, en Doxa. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 10, 1991; y Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (1996), *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 1era edición, Barcelona: Editorial Ariel S.A.

[59] Ver en este sentido: Aarnio, Aulis, *Reglas y principios en el razonamiento jurídico*, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, ISSN 1138-039X, ISSN-e 2530-6324, Nº 4, 2000, págs. 593-602.

[60] Ver en este sentido: Guastini, Riccardo (1999), *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, 1era edición, Ed. Gedisa: Barcelona.

toda vez que, la expresión “regla” es empleada incluso por el propio Alexy con diversos alcances y para referirse a diferentes enunciados[61].

Por lo tanto, la posibilidad de englobar tanto a los principios jurídicos como a las reglas dentro de la categoría más general de *normas jurídicas*, permite aportar claridad desde un punto de vista teórico y argumental. Cabe efectuar una mención especial sobre este punto con relación a Raz quien considera que los principios jurídicos y las reglas positivas son *prescripciones jurídicas generales* las que, junto a las *prescripciones jurídicas particulares* son *prescripciones*. Estas últimas se diferencian de las *normas jurídicas que no son prescripciones,* aunque ambas son *normas jurídicas* que se distinguen de las *normas no jurídicas*[62].

Sin embargo, es importante aclarar que Atienza y Ruiz Manero y Aarnio no comparten la propuesta de Alexy de considerar a los principios como mandatos de optimización, por lo que la referencia del párrafo anterior se circunscribe a la conceptualización de los principios jurídicos como normas jurídicas. Ahora bien, en lo que respecta a la caracterización de los principios jurídicos como mandatos de optimización Aarnio plantea que “*El principio mismo no puede, conceptualmente, ser un mandato de optimización. Dicho mandato es una proposición normativa acerca de los principios, y como tal es necesariamente parecido a una regla: o se sigue o no. Por lo tanto, el mandato de optimización no puede ser aplicado ´más o menos´. O se optimiza o no*

[61] En su “Teoría de la Argumentación Jurídica”, Alexy emplea el concepto “regla” para referirse al conjunto de principios o enunciados que permiten elaborar una teoría racional sobre el discurso práctico. En este sentido, utiliza el término “regla” del mismo modo en que podría emplearse para las “reglas de un juego”, es decir, como el conjunto de instrucciones, definiciones y límites del juego del lenguaje, del lenguaje como discurso práctico (normativo o valorativo) racional.

Por otro lado, Alexy, en su “Teoría de los Derechos Fundamentales” utiliza el concepto “regla” con un significado distinto al mencionado anteriormente. Al respecto, en esta obra el jurista alemán alude a la “regla” como una especie dentro del género “norma”. En el contexto de los derechos fundamentales, una “regla” es una norma con características particulares que la diferencian de un “principio” que es también una norma, aunque con otras características. En este supuesto, “regla” se aproxima al concepto de “norma positiva” o “ley”, es decir, Alexy emplea el concepto “regla” como “prescripción”.

[62] Ver en este sentido: Raz, Joseph, *Principios jurídicos y los límites del derecho*, Ideas & Derecho, N°12, 2016, Ed.Astrea: Buenos Aires (título original: *Legal principles and the limits of law*, publicado en The Yale Law Journal, vol. 81, N°5, Apr. 1972, p. 823 a 854).

se optimiza (…) El resultado de la optimización es siempre una regla. De no ser así, la noción ´optimización´ sería demasiado débil como instrumento teórico"[63]. Por su parte, Atienza y Ruiz Manero consideran que no todos los principios, en tanto normas de mandato, tienen la característica de que deben cumplirse gradualmente, sino que algunos –tal como se verá más adelante *infra* B- establecen consecuencias jurídicas definitivas. En un sentido similar se expresa Gianformaggio al considerar que tanto principios como reglas son normas cuya diferenciación surge solamente en el proceso argumentativo de interpretación-aplicación y, por lo tanto, los principios son también prescriptivos -esta postura será desarrollada *infra* Sección II, punto II-.

Una posición que es importante destacar a los efectos de comprender mejor el debate en torno a la diferencia entre reglas y principios es la de Juan Pablo Alonso. Cabe aclarar que el presente trabajo no pretende tomar partido por alguna de las posiciones acerca de la estructura los principios sino reflejar los debates sobre este tema y extraer los argumentos relevantes para el desarrollo de esta investigación

Según Alonso la diferencia entre reglas y principios sí es lógica. En este sentido, destaca que hay normas que parecen principios, pero son reglas, por ejemplo, la irretroactividad de la ley penal que sería incluso una *meta regla* pues le indica al Juez criterios para determinar cuál es la norma que tiene que aplicar. Esta norma que generalmente es considerada un principio es en rigor una regla pues resulta, en principio, inderrotable -es importante destacar que ello podría no ser así en los casos de juzgamiento de delitos de lesa humanidad-.

En esta inteligencia, Alonso plantea que algunos filósofos del derecho consideran la estructura lógica de los principios guarda cierta analogía con la estructura de las normas condicionales. Asimismo, estos filósofos suelen sostener que "*(…) los principios son una versión ´debilitada´ de las normas. Las opciones son tres: i) debilitar el antecedente; ii) debilitar el consecuente, iii) debilitar la conectiva que los une. ATIENZA Y RUIZ MANERO son un ejemplo de la opción i), ALEXY de la opción ii) y ALCHOURRÓN de la opción iii y i)*"[64].

[63] Op. cit., Aarnio, p. 598.

[64] Alonso, Juan Pablo (2018), *Principios jurídicos implícitos*, Ed. Marcial Pons: Buenos Aires, p. 252.

Al respecto, Alonso comparte la posición de Alchourrón en cuanto a su tesis sobre la derrotabilidad de las normas lo cual traslada al análisis de la estructura lógica de los principios. Así, Alonso destaca que "*(…) una conectiva que no satisfaga la ley de refuerzo del antecedente y el* Modus Ponens *no sirve para justificar deductivamente ninguna decisión práctica, por ejemplo una sentencia judicial*"[65] y; a su vez, expresa que "*(…) el uso de condicionales derrotables traslada erróneamente a la conectiva lo que en verdad es un problema del antecedente del condicional*"[66].

A partir de ello, siguiendo a Alchourrón, Alonso comparte la idea de abandonar la utilización de condicionales derrotables, mantener una conectiva fuerte que satisfaga la ley del refuerzo del antecedente y el *Modus Ponens* deóntico e incorporar una función de revisión en el antecedente.

Por lo tanto, en cuanto a la estructura lógica de los principios sostenida por Alexy, Alonso expresa que "*La estructura lógica que ALEXY atribuye a los principios, en cuanto a que el antecedente y la conectiva son fuertes y lo único debilitado es el consecuente, supone el rechazo de las posturas que debilitan el antecedente del condicional que son, a mi juicio, las posturas más sólidas de quienes afirman que la estructura de los principios guardan analogía con la estructura de las normas condicionales*"[67]. Estas últimas posturas son las de Atienza y Ruiz Manero -quienes serán analizados con mayor detalle a lo largo de estas páginas- y de Alchourrón.

En base a lo expuesto, Alonso considera que primero hay que distinguir lógicamente entre *normas generales* cuya representación lógica tiene un cuantificador universal al inicio y una *norma categórica particular* al final. De tal modo, no puede decirse que los principios son normas categóricas sin más. Pero, si los principios se aplican por su peso o importancia -Dworkin-, son normas categóricas representadas como hipotéticas sometidas a revisión. Sin embargo, si los principios no son inderrotables, entonces son normas categóricas derrotables representables como normas condicionales cuyo antecedente en una tautología sujeta a una condición de revisión. Ahora bien, ¿cuáles son las condiciones jurídicas de revisión de un principios

[65] Op. cit., Alonso, p. 253.

[66] Ibidem.

[67] Op. cit., Alonso, pp. 254-255.

jurídicos? El desarrollo de esta investigación puede contribuir a responder esta pregunta a partir de la propuesta de los diversos marcos teórico-conceptuales derivados de las diferentes racionalidades que forman parte del derecho,

Cabe retomar, ahora, el abordaje de las consideraciones terminológicas, conceptuales y pragmáticas. Un segundo aspecto para tener presente es que se desecha la diferencia lógica entre las reglas y los principios o al menos se asume aquella diferencia en los términos expuestos por Alonso. En este sentido, no todas las reglas se aplican siempre del modo "todo o nada" y, además, tampoco permiten garantizar de antemano todas sus excepciones teniendo en cuenta que las reglas también poseen textura abierta. Asimismo, los conflictos entre reglas no siempre se resuelven descalificando la validez de una de las reglas sino que, tal como menciona Carrió acudiendo también a Hart, "*…muchas veces es menester fundar la decisión –que puede incluso asumir la forma de un compromiso- en algo muy semejante al ´peso´ relativo de una y otra pauta en el contexto particular del caso que da lugar al conflicto (…) La dimensión de ´peso´ no es propiedad exclusiva de pautas como la que establece que a nadie debe permitírsele sacar ventajas de su transgresión*"[68], esto último en alusión al fallo "Riggs vs. Palmer".

En cuanto a la mencionada textura abierta de las reglas, es importante expresar que la regla de reconocimiento en tanto regla también posee aquella textura. Por lo tanto, ante la determinación de si una regla es o no parte de un ordenamiento jurídico, no siempre será posible que una respuesta categórica sea afirmativa o negativa. En este sentido, Carrió expresa que "*(…) de la existencia de casos claros no se sigue que todos los casos sean claros. Tal situación es perfectamente compatible con la existencia de casos dudosos, frente a los cuales la regla de reconocimiento no proporciona ninguna indicación afirmativa (ni negativa) concluyente. Esta indeterminación de la regla de reconocimiento puede afectar la identificación de reglas específicas (…) y de cualquier otro tipo de reglas cuya pertenencia al sistema se trate*"[69], es decir, también respecto a los principios jurídicos.

[68] Op. cit., Carrió, p. 226.

[69] Op. cit., Carrió, p. 227.

En base a lo expuesto, no hay impedimento para aceptar que una regla de reconocimiento pueda considerar como parte de un ordenamiento jurídico a un principio cuyo origen podría ser tanto legislativo como jurisprudencial. Cabe destacar que, en ese caso, Carrió propone llamarlos “principios de derecho positivo” para diferenciarlos de los “principios jurídicos” que son aquellos principios que no cumplen con los requisitos de la regla de reconocimiento y, por lo tanto, no forman parte del sistema, pero son jurídicos debido a que refieren al derecho de una comunidad.

Por lo tanto, si se acepta el modelo ecléctico o intermedio propuesto por Carrió entonces no hay obstáculo para considerar que un ordenamiento jurídico puede estar compuesto de reglas específicas y principios jurídicos de derecho positivo sean explícitos o implícitos –en el primer caso de origen tanto legislativo como jurisprudencial y, en el segundo caso, solamente jurisprudencial-. A su vez, no debe descartarse la noción de principio jurídico que no es considerado como de derecho positivo pues, si bien no forman parte del derecho de una comunidad, sí se refieren a aquél y pueden ser empleados en decisiones judiciales, aunque no con la consistencia, regularidad y carácter normativo suficientes como para ser considerados como normas en vigor. Así pues, puede afirmarse que los principios jurídicos de derecho positivo, más allá de su estructura lógica, integran los ordenamientos jurídicos en tanto pautas de segundo nivel que indican cómo deben entenderse, aplicarse y, a veces, complementarse las reglas de primer grado –Principios 1-; y, en tanto propósitos, objetivos, metas o *policies* de una regla o conjunto de reglas del sistema, ciertas exigencias fundamentales de justicia y moral positivas y ciertas máximas o piezas de sabiduría jurídica tradicionales -Principios 2-. Y estos presentan las siguientes características definitorias, a saber: 1) son pautas de segundo grado pues presuponen la existencia de otras reglas específicas y se refieren a ellas; 2) se dirigen a quienes se encuentran en situación de justificar en concreto decisiones sobre la base de las reglas de primer grado, es decir, a los jueces; 3) proporcionan una guía acerca de cómo y cuándo han de usarse las reglas específicas -de primer grado- sobre las que versan, es decir, qué alcance darles, cómo combinarlas, etc.; y, además, pueden servir en algunos casos para colmar lagunas permitiendo la justificación dentro del proceso de decisión de la existencia de nuevas reglas específicas para dar solución a casos no contemplados por aquéllas; y 4) exhiben un cierto grado de

neutralidad tópica, o de relativa indiferencia de contenido, en el sentido de que trasponen los límites de distintos campos de regulación jurídica[70].

B.

Propuestas de clasificación de los principios jurídicos dentro de los ordenamientos jurídicos

Ahora bien, una vez fundamentada la presencia de los principios en los ordenamientos jurídicos en tanto normas, resulta importante aportar algunas clasificaciones adicionales a la expuesta por Carrió con el objeto de abarcar la mayor cantidad de ejemplos posibles de tal presencia y su importancia para del derecho. No obstante, cabe recordar que los dos núcleos de significado propuestos por Carrió -Principios 1 y 2- resultan de un pormenorizado análisis de una gran cantidad de focos de significación y usos de la expresión "principios" y que, además, son compatibles con una teoría positivista del derecho. Por último, vale aclarar que las clasificaciones que se mencionarán a continuación no son todas las existentes, pero sí aquéllas con las cuales se continuará desarrollando más adelante en este apartado al enunciar distintos principios explícitos, al abordar la temática de los principios implícitos y, por otro lado, la forma de razonar y argumentar a partir de principios jurídicos lo cual será analizado en la Sección II, punto II.

Una vez expuesta la postura de Carrió que actúa en este desarrollo como espina dorsal teórica del análisis de los principios jurídicos dentro de una teoría positivista del derecho, corresponde referirse a Alexy quien también ha confrontado dos modelos de sistemas jurídicos extremos, a saber, el modelo *puro de principios* y el modelo *puro de reglas*, para finalmente proponer un modelo combinado compuesto por reglas y principios –estos últimos en tanto *mandatos de optimización* tal como fue expuesto anteriormente-[71].

[70] Op. cit., Carrió, pp. 204-205.

[71] Al respecto, Alexy señala que "*El modelo puro de reglas fracasa en los tres tipos de normación de derecho fundamental considerados* (derechos fundamentales otorgados sin reserva alguna, derechos

En base a lo expuesto, se tomará como foco de análisis el nivel de los principios a efectos de presentar algunas clasificaciones de principios jurídicos propuestas por Alexy que ilustran la presencia de ese tipo de normas en los ordenamientos jurídicos. En este sentido, el jurista alemán considera que se trata de principios que son relevantes para la decisión iusfundamental. De tal modo, por un lado, considera la existencia de *principios referidos a derechos individuales* –que confieren derechos fundamentales *prima facie*- y de *principios que tienen por objetivo bienes colectivos* –por ejemplo, libertad de prensa-. En ambos casos se trata *principios que pueden ser adscriptos a disposiciones de la Ley Fundamental*, incluso en el caso de aquellos referidos a bienes colectivos en los que tal adscripción resulta más compleja de fundar. Sin embargo, Alexy también considera la existencia de *principios que, por su contenido, no pueden ser adscriptos a ninguna disposición constitucional* –por ejemplo, la conservación y promoción de los oficios manuales-. En lo que respecta a estos últimos, Alexy plantea que se refieren a *intereses comunitarios relativos* y su relevancia iusfundamental se debe a que "*…el legislador ha hecho uso de la competencia concedida en una reserva de derecho fundamental. En esta medida puede decirse que están* formalmente *adscriptos a disposiciones iusfundamentales. Esto no significa que en tales principios lo único que interese sea la adscripción formal. Sigue siendo además indispensable la cuestión acerca de la relevancia* material *que hay que demostrar en la argumentación de derecho fundamental*"[72].

Esa última categoría de principios trae aparejada la dificultad de determinar si puede considerárselos con jerarquía constitucional, en la medida que podrían llegar a desplazar a otro principio iusfundamental en caso de conflicto. A partir de esta situación, Alexy propone distinguir entre *principios* con *jerarquía constitucional de*

---

fundamentales otorgados con reserva simple y derechos fundamentales con reserva calificada). *Se puede suponer que también es insuficiente para otros tipos de normación que se encuentran en la Ley Fundamental. El modelo puro de principios fue rechazado porque no toma en serio las regulaciones adoptadas en la Ley Fundamental. Cuando dos formas puras contrapuestas no son aceptables hay que preguntarse por una forma mixta o combinada (…). Un tal modelo combinado es el modelo regla/principios, que surge de un nivel de principios con un nivel de reglas*" (lo aclarado entre paréntesis no pertenece al texto original). Op. cit., Alexy (1993), pp. 129-130.

[72] Op. cit., Alexy (1993), p. 132.

primer y segundo grado y al respecto expresa que "*Un principio tiene jerarquía constitucional de primer grado cuando puede limitar un derecho fundamental garantizado sin reserva. Tiene jerarquía de segundo grado si sólo conjuntamente con una norma de competencia estatuida en una disposición de reserva puede limitar un derecho fundamental. Por lo tanto, en principios con jerarquía constitucional de segundo grado, el aspecto formal y el aspecto material o de competencia tienen que reforzarse recíprocamente, a fin de justificar una restricción*"[73].

Ahora bien, esta distinción entre adscripción material y formal permite a su vez establecer una clasificación adicional entre *principios de contenido o materiales* y *principios formales o procedimentales*. Al respecto, Alexy expresa que "*Un principio formal o procedimental es el que dice que el legislador democrático debe tomar las decisiones importantes para la comunidad. Este principio formal puede ser sopesado conjuntamente con un principio material que sirve solo a intereses comunitarios relativos frente a un principio de derecho fundamental que otorga derechos individuales*"[74]. En cuanto a esta relevante clasificación, Alexy aportó una mayor claridad a la misma al plantear que ambas clases de principios son *mandatos de optimización*, es decir, normas que requieren *algo* sea realizado en la mayor medida posible teniendo en consideración las condiciones fácticas y jurídicas reales que influyen en su aplicación. Sin embargo, la diferencia entre ambos principios radica en el objeto -ese *algo* al que se aludió anteriormente- de la optimización. En este sentido, Alexy expresa que "La differentia specifica *de los principios sustanciales o materiales es que sus objetos de optimización son ciertos contenidos, como, por ejemplo, la vida, la libertad de expresión, el mínimo vital, y la protección del medio ambiente. Por el contrario, los objetos de optimización de los principios formales son decisiones legales sin tener en cuenta su contenido. Los principios formales requieren que la autorización de las normas debidamente expedidas y socialmente eficaces sea optimizada. La*

[73] Ibidem.

[74] Op. cit., Alexy (1993), p. 133.

expedición autoritativa y la eficacia social son elementos definitorios del positivismo jurídico"[75].

En base a lo expuesto, se advierte que Alexy con su modelo de reglas y principios y las clasificaciones desarrolladas anteriormente, le otorga un lugar relevante a los principios jurídicos dentro de los ordenamientos jurídicos y siempre dentro de una teoría positivista del derecho.

Ahora, cabe hacer alusión a la propuesta de Guastini. Ante todo, es importante remarcar que el jurista italiano concibe a los principios jurídicos como *normas de principios* -diferenciándolas de las *normas de detalle*, que serían las reglas positivas- en la medida en que ambos tipos de normas son enunciados dirigidos a guiar el comportamiento. De tal modo, los principios son una especie del género norma. Una vez efectuada esa aclaración conceptual, e ingresando en las clasificaciones de principios propuestas, Guastini considera que existen *principios fundamentales y generales del ordenamiento*. Al respecto, expresa que "*…se denominan así a los valores éticos-políticos que, por un lado, informan todo el ordenamiento y, por otro, le dan fundamento o justificación. Se pueden mencionar, como ejemplos, (…) el principio de igualdad, el principio de soberanía popular (…). Naturalmente, adjetivando los principios en cuestión como ´generales´ se subraya su extensión; adjetivándolos como ´fundamentales´, se pone el acento sobre su posición en el seno del ordenamiento*"[76].

A su vez, Guastini plantea la presencia de *principios generales de un sector de la disciplina jurídica*. En referencia a estas normas considera que son "*…aquellos principios que no informan todo el ordenamiento sino una institución particular (por ejemplo, la propiedad, el proceso civil) o, en cualquier caso, sólo un sector de la disciplina jurídica, como por ejemplo, el derecho civil (principio de la autonomía privada) (…)*"[77].

[75] Alexy, Robert (2014), *Principios formales*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho 37, ISSN: 0214-8676, p. 20.

[76] Op. cit., Guastini, pp. 152-153.

[77] Op. cit., Guastini, p. 153.

Por otra parte, reconoce la presencia de *principios fundamentales de una materia determinada* respecto de los que considera como aquellos principios "*…cuyo alcance está circunscrito, precisamente, a una ´materia´, es decir, a un conjunto limitado de relaciones o supuestos de hecho, como por ejemplo el urbanismo, la navegación fluvial (…). Son ejemplos de este tipo los principios fijados en las leyes estatales denominadas ´de base´ sobre una u otra materia de competencia de la ley regional*"[78].

Por último, Guastini se refiere a los *principios (sin ulteriores especificaciones)* que son "*…la* ratio*, la razón de ser, el objetivo subyacente a una determinada ley o incluso una determinada disposición normativa (…)*"[79].

Sin embargo, las clasificaciones expresadas anteriormente no son todas las propuestas por Guastini. En este sentido, al igual que otros juristas -por ejemplo, como se verá posteriormente con Atienza y Ruiz Manero y, más adelante *infra* II.C, con Troper, Champeil-Desplats y Alonso- también distingue entre *principios expresos* y *principios implícitos*. Al respecto, los primeros son aquellos principios formulados en una expresa disposición, ya sea constitucional o legislativa -por ejemplo, en el ordenamiento italiano, el principio de irretroactividad de la ley penal (art. 25.2 Const. it) y el principio "neminem laedere" (art. 2043 Cod. civ. it.)-. Por su parte, los principios implícitos, son aquellos que, como expresa Guastini están *privados de disposiciones* pero que son elaborados por los intérpretes no a partir de la interpretación -en el sentido de adscripción de sentido a textos normativos específicos- sino por medio de la integración del derecho. Al respecto, el jurista italiano refiere que tal integración es llevada a cabo por los operadores jurídicos a partir de normas concretas, de conjuntos de normas o del ordenamiento jurídico en su conjunto. Algunos ejemplos de principios implícitos son el principio de tutela de la buena fe, el principio de conservación de los documentos normativos y el principio de libertad de las formas negociales.

Finalmente, Guastini propone una última clasificación basada en la fuente de la que provienen. Así, distingue a los *principios constitucionales* y a los *principios legislativos* al expresar que "*…son principios de rango constitucional aquellos, y sólo aquellos,*

[78] Ibidem.

[79] Ibidem.

expresamente formulados o implícitos en la constitución o en las leyes constitucionales. Son principios de rango legislativo aquellos, y sólo aquellos, expresamente formulados o implícitos en las leyes ordinarias estatales (y quizás también en las regionales) y en actos con fuerza de ley"[80]. A su vez, dentro de los *principios constitucionales* podría hablarse de *principios supremos del ordenamiento* que serían aquellos que, según la doctrina y la jurisprudencia, "*…no pueden ser modificados, derogados, o subvertidos de ninguna forma (legítima), estando sin más sustraídos a la revisión constitucional*"[81]. Un ejemplo de estos últimos en Italia es el principio de elegibilidad del Jefe de Estado vinculado al art. 139 Const. it., que prohíbe expresamente la revisión de la forma republicana del Estado.

Al continuar con otras propuestas de clasificación de los principios jurídicos que reflejan la presencia de aquellos como elementos de los ordenamientos jurídicos, corresponde ahora referirse a Atienza y Ruiz Manero. Los juristas españoles, toman como punto de referencia las acepciones de la noción *principio* propuestas por Carrió y por Guastini -que fueron desarrolladas previamente-, y consideran que las más significativas son: 1) la de principio como norma muy general que regula casos cuyas propiedades relevantes son generales; y 2) la de principio como una norma redactada en términos particularmente vagos[82]. A partir de ellas, proponen, por un lado, una tripe clasificación de *carácter interno*, es decir, entre principios. En esta inteligencia, en primer lugar, distinguen entre *principios en sentido estricto* y *directrices o normas programáticas*, que resulta una clasificación exhaustiva y excluyente. En segundo lugar, diferencian entre *principios en el contexto del sistema primario o sistema del súbdito* y *principios en el contexto del sistema secundario o sistema del juez*, referidos respectivamente a guiar las conductas de la gente y el ejercicio de los poderes normativos públicos (creación y aplicación del derecho). Esta clasificación es considerada como exhaustiva pero no excluyente. En tercer lugar, Atienza y Ruiz Manero proponen clasificar a los principios en *explícitos* e *implícitos*, y aclaran que se trata de una clasificación exhaustiva y excluyente.

[80] Op. cit., Guastini, p. 160.

[81] Op. cit., Guastini, p. 161.

[82] Op. cit., Atienza y Ruiz Manero (1996), p. 3.

Ahora bien, por otro lado, los juristas españoles también plantean una distinción de *carácter externo*, es decir, que diferencia a los principios de otras pautas de comportamiento forman parte de un sistema jurídico, entre las que se encuentran las reglas. De tal modo, proponen diferenciar a principios y reglas a partir de tres enfoques que suelen adoptarse respecto de las normas, a saber: el enfoque *estructural* -cómo están organizadas las normas-; el enfoque *funcional* -qué tipo de razones son las normas y cómo operan en el razonamiento práctico-; y el enfoque vinculado con los intereses y las relaciones de poder existentes en la sociedad.

En base a lo expuesto anteriormente, Atienza y Ruiz Manero reparan acerca de las distintas clasificaciones de principios jurídicos propuesta dentro de cada uno de esos enfoques. Así pues, en lo que atañe al enfoque *estructural*, se plantea el interrogante acerca de si los principios -al igual que las reglas- pueden formularse a partir de un esquema condicional -Si A entonces B-. En este sentido, los juristas españoles expresan que "*…los principios en sentido estricto pueden formularse siempre como enunciados que correlacionan casos con la calificación normativa de una determinada conducta, pero eso no quiere decir que, desde esta perspectiva, no exista ninguna diferencia con las reglas (…). La diferencia estriba en que los principios configuran el caso de forma abierta, mientras que las reglas lo hacen de forma cerrada. Con ello queremos decir que mientras que en las reglas las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto finito y cerrado, en los principios no puede formularse una lista cerrada de las mismas (…)*"[83]. De tal modo, como se expresó anteriormente con relación a la conceptualización de Alexy de los principios en tanto *mandatos de optimización*, Atienza y Ruiz Manero consideran que el cumplimiento gradual puede darse en el caso de las *directrices o normas programáticas*, pero no en el supuesto de los *principios en sentido estricto* que se cumplen de manera definitiva, es decir, se cumplen o no se cumplen. Y esta distinción resulta relevante para remarcar que para los juristas españoles los *principios en sentido estricto* presentan un antecedente -condición de aplicación- abierto pero un consecuente -solución normativa- cerrado, mientras que las *directrices o normas programáticas* exhiben ambos extremos en forma abierta, a diferencia de las reglas que presentan antecedente y consecuente

[83] Op. cit., Atienza y Ruiz Manero (1996), pp. 8-9.

cerrados -más allá de que en el caso de las *reglas de acción* el consecuente se refiera a una clase de acciones unida a una calificación deóntica; mientras que el consecuente de las *reglas de fin* no se refiere a acciones sino a la realización de un estado de cosas, pero siempre en forma plena-.

En lo atinente al enfoque *funcional*, es decir, la concepción de las normas como razones para la acción, se evidencia la relevancia de la clasificación de los principios *en el contexto del sistema secundario o sistema del juez* -teniendo en cuenta que el presente desarrollo apunta a la forma en que los principios forman parte de los ordenamientos jurídicos y son aplicados en el razonamiento y decisión judicial, motivo por el cual resulta menos relevante el análisis de los principios en el *contexto del sistema del súbdito*- y también de los *principios explícitos e implícitos*. Al respecto Atienza y Ruiz Manero, consideran a los principios "*…en cuanto pautas dirigidas a las autoridades normativas y, más en concreto, a los órganos jurisdiccionales entendidos en sentido amplio (lo que Raz llama ´órganos primarios´): aquellos órganos a quienes el propio Derecho confiere el poder normativo para resolver autoritativamente las disputas y les impone el deber hacerlo jurídicamente (fundamentando sus resoluciones en las pautas identificadas como jurídicas)*"[84]. En esta inteligencia, realizan una distinción entre reglas y principios a partir de considerar a las primeras -tanto las de fin como las de acción- como razones para la acción perentorias e independientes del contenido (Hart) o razones protegidas (Raz). En base a tal propuesta, los juristas españoles retoman una relevante clasificación de los principios jurídicos, a saber, *principios explícitos* e *implícitos* y, en lo que respecta a los primeros consideran que son "*…razones para la acción independientes del contenido, pero no perentorias*"[85]; mientras que, por su parte, los *principios implícitos* son "*…razones para*

[84] Op. cit, Atienza y Ruiz Manero (1996), pp. 11-12.

[85] Al respecto, explican que "*Son independientes del contenido porque la razón por la que son razones para la acción de los órganos jurisdiccionales, esto es, la razón por la que deben entrar a formar parte del razonamiento justificatorio de las decisiones de los órganos jurisdiccionales es la misma que en el caso de las reglas: a saber, su origen en una determinada fuente. No son, sin embargo, razones perentorias porque no están destinadas a excluir la deliberación por parte del órgano jurisdiccional acerca del contenido de la resolución a dictar, sino que constituyen meramente razones de primer orden para resolver en un determinado sentido, cuya fuerza respecto de otras razones (otros principios) –que*

la acción que no son perentorias ni independientes del contenido."[86]. Tal como se expresó en el marco del desarrollo de la propuesta de Guastini, posteriormente se profundizará acerca de la noción de principios implícitos, especialmente a partir de las reflexiones de Troper, Champeil-Desplats y Alonso.

Finalmente, en lo que respecta al enfoque vinculado con los intereses y las relaciones de poder existentes en la sociedad -lo cual guarda relación con una tipología de racionalidad que se analizará más adelante en este trabajo, a saber, la racionalidad política a partir de la obra de Michael Walzer[87]-, Atienza y Ruiz Manero parten de la idea de que "*…en relación con las normas jurídicas, el poder no aparece únicamente en el momento de su establecimiento o de su aplicación sino que ellas mismas configuran una estructura de poder: esto es, otorgan a ciertos individuos o grupos la capacidad de afectar a los intereses de otros individuos o grupos*"[88]. En este sentido, los diferentes tipos de normas influyen en esta dinámica del poder y la articulación de intereses de modo distinto. Así, las *reglas de acción* evitan la necesidad de ponderar en casa caso y resultan efectivas en la determinación de los intereses propios, pues resuelven *ex ante* los conflictos de intereses que pueden presentarse. Sin embargo, si se dejan de lado los intereses personales y se piensa en los intereses sociales, las reglas de acción no resultan completamente efectivas y por ello surge la relevancia de las *reglas de fin* y de las *directrices o normas programáticas* que permiten la posibilidad de ponderación en cada conflicto de intereses de circunstancias variables que no son concebibles *a priori* y que no se encuentran en el contenido de las normas. En lo que atañe a los intereses sociales y en la forma de resolver los mismos a través de *reglas de fin* y de *directrices* surge también otro tema de relevancia para este

puedan constituir, a su vez, razones para resolver en otro sentido- ha de ser ponderada por el propio órgano jurisdiccional". Op. cit., Atienza y Ruiz Manero (1996), p. 13.

[86] Y con relación a estos principios señalan que "*No son perentorias por la misma razón por la que no lo son los principios explícitos y no son independientes del contenido porque si deben entrar a formar parte del razonamiento de los órganos jurisdiccionales no es por virtud de su origen en fuente alguna, sino por cierta cualidad de su contenido (…) su adecuación o coherencia en relación con las reglas y principios basados en fuentes*". Ibidem.

[87] Ver: Segunda parte; Capítulo II; Sección IV.B.

[88] Op. cit., Atienza y Ruiz Manero (1996), p. 16.

desarrollo que será abordado posteriormente como la tipología de racionalidad socio-axiológica[89] en la que la dimensión valorativa dentro de una sociedad juegue un rol importante en la argumentación y decisión de un caso como otro tipo de razones para tener en cuenta. Es decir, los valores sociales se convierten en un especial tipo de razón que deberá interactuar con otras razones como lo son las normas a los efectos de resolver algunos casos particulares -que serán analizados más adelante (*infra* Sección II, punto II.A)-, principalmente aquellos considerados como difíciles -por la presencia de principios en el contexto de la decisión- y estructurales -por la presencia de una condición o una situación social que vulnera intereses de manera sistémica; o de una vindicación de intereses públicos-.

A su vez, en el marco de este mismo enfoque relacionado con los intereses sociales y el poder, la clasificación de los principios en *explícitos e implícitos* tiene un lugar para ser destacado. En este sentido, Atienza y Ruiz Manero entienden que puede darse, aunque no siempre, la situación de que la presencia o ausencia de los principios en los sistemas jurídicos puede responder a la prevalencia en las sociedades de determinados valores e intereses que son efectivamente plasmados como normas. Sin embargo, consideran que no siempre es así puesto que "*…el que los principios de un sistema jurídico no aparezcan siempre claramente explicitados se debe, en parte, a razones técnicas que tienen que ver con la propia naturaleza de los principios: por un lado, la dinámica social hacer que surjan constantemente nuevos objetivos o finalidades que no podían preverse por los órganos de producción normativa; por otro lado, los principios dependen de las reglas y son, al mismo tiempo, fuertemente interdependientes entre sí, de manera que la modificación de las reglas o principios explícitos genera constantemente nuevos principios implícitos (…)*"[90]. Asimismo, los juristas españoles señalan que destacar cuáles son los principios implícitos de un sistema jurídico se encuentra fuertemente relacionado con un análisis ideológico del Derecho.

Por último, en lo que respecta a la clasificación de los principios según se trate del *contexto del sistema primario* o del *contexto del sistema secundario*, de acuerdo con

[89] Ver: Segunda parte, Capítulo II; Sección II.

[90] Op. cit., Atienza y Ruiz Manero (1996), p. 18.

Atienza y Ruiz Manero este enfoque permite afirmar que los principios les otorgan a los aplicadores del derecho un poder superior al de las reglas, en términos de afectar los intereses de los súbditos. Ello, debido al margen argumental que surge de la deliberación llevada a cabo en el marco de la ponderación.

Ahora bien, si se toma ese último aspecto mencionado atinente al margen argumental que se abre ante los Magistrados al momento de decidir cuándo deben aplicar principios jurídicos, uno de los temas íntimamente relacionados es el ejercicio de discrecionalidad por parte de esos operadores jurídicos, lo cual será analizado posteriormente en otro capítulo[91]. Sin embargo, en ese contexto, es importante mencionar en este momento el aporte de Raz al proponer una clasificación de principios jurídicos que guarda relación con el ejercicio de esa discrecionalidad.

Al respecto, Raz destaca que "*La mayor parte de los sistemas jurídicos contienen normas que otorgan discreción a los jueces, no solo en relación con el peso de consideraciones jurídicas sino también con relación a consideraciones no jurídicas.* ***Tal discreción suele estar guiada por principios****. Estos principios, sin embargo, no establecen qué consideraciones deben ser tenidas en cuenta, sino que solo limitan su alcance*"[92] (el destacado es propio).

De tal modo, Raz distingue entre *principios sustantivos* y *principios de discreción*. Los *principios sustantivos* determinan un objetivo a perseguir o un valor a proteger; mientras que los *principios de discreción* guían la discreción estipulando qué tipos de objetivos y valores el juez puede tener en cuenta al ejercer su discreción[93].

---

[91] Ver: Primera pate; Capítulo II.

[92] Al respecto, Raz profundiza acerca de esta clasificación al referir que "*El primer grupo de principios establece un conjunto de consideraciones particulares sobre la base de las cuales se debe actuar. Pueden ser vagos y pueden no especificar el peso que ha de darse a cada consideración, pero la consideración prescripta es suficientemente clara y no es una cuestión dejada a la discreción de los tribunales. Los principios del segundo grupo, por otro lado, no estipulan sobre qué consideraciones debería actuarse. Meramente especifican el tipo de consideraciones que pueden ser tenidas en cuenta y dejan el resto a los (…) jueces a quienes se dirigen los principios. Más que negar discreción, presuponen su existencia y la guían*". Op. cit., Raz (2016), p. 136.

[93] Op. cit., Raz (2016), pp. 136-137.

A los fines del presente desarrollo, resulta particularmente importante esta categoría de *principios de discreción* pues, tal como lo expresa Raz "*Dichos principios, lejos de probar la ausencia de discreción son una manifestación de una política jurídica que confía en la discreción judicial (…), con el fin de aumentar la flexibilidad del derecho y mejorar los mecanismos de revisión ante circunstancias cambiantes*"[94].

Lo expuesto anteriormente resulta a todas luces muy pertinente para la propuesta de esta investigación pues no solamente se plantea la existencia de principios jurídicos en los ordenamientos jurídicos, sino también que algunas de esas normas permiten la posibilidad de superar una racionalidad meramente normativa al incorporar, mediante el ejercicio de una discrecionalidad guiada –y como se verá más adelante *infra* Sección II, punto II.B, también *sujeta a control racional*-, argumentos que pueden provenir de otras racionalidades –social, política, económica, etc.- para la decisión de determinados casos –*infra* Sección II, punto II.A-. Por lo tanto, a través de Raz puede verse claramente cómo los principios jurídicos juegan un papel muy importante en este sentido y se constituyen como aquellas normas **que reflejan la pluralidad de racionalidades que interactúan en el del derecho** y que aportan herramientas argumentales para la aplicación aquel.

Otro de los juristas cuya propuesta de clasificación de los principios jurídicos resulta sumamente relevante a los efectos del desarrollo de la pluralidad de racionalidades en el derecho es Aulis Aarnio. El jurista finlandés ofrece en, primer lugar, una distinción entre dos tipos de principios -y dentro de ella una subclasificación- y, posteriormente, una distinción entre principios y reglas. En cuanto a la primera clasificación, Aarnio distingue entre "*1. Principios que forman parte de la base ideológico-valorativa del orden jurídico, por ejemplo el principio del estado de Derecho [rule of law] (…) En algunos casos, estos principios se expresan también en normas legales, o constituyen explícitamente las bases de las instituciones jurídicas. Sin embargo, rara vez son mencionados como razones públicas para las decisiones jurídicas. 2. Los principios jurídicos positivos, o bien están expresamente recogidos en las normas legales o, al*

[94] Op. cit., Raz (2016), p. 137.

menos, se encuentran presupuestos en ellas como razones para la toma de decisiones jurídicas. A menudo son valores o principios-objetivo"[95]*.*

Sin embargo, Aarnio considera que dentro de esta segunda categoría de principios jurídicos positivos pueden mencionarse las siguientes clases de principios, a saber: los *principios formalmente válidos*; las *generalizaciones jurídicas*; los *principios relativos a las tomas de decisiones*; y los *principios extra-sistemáticos*[96].

En cuanto a esta primera clasificación, es importante destacar la coincidencia con la propuesta de Carrió en cuanto a la existencia de "principios jurídicos de derecho positivo" como una categoría especial respecto de la cual resulta innegable su presencia en diversos ordenamientos jurídicos. Esto no quiere decir que la primera categoría propuesta por Aarnio -y también los principios jurídicos que no son aun de derecho positivo de Carrió- no integren los ordenamientos jurídicos, sino que la justificación de su existencia resulta más compleja en términos argumentales y su empleo en decisiones judiciales es menos frecuente. Además, cabe destacar la noción de "principio extra-sistemático" que será importante al momento de analizar más adelante en este capítulo la argumentación a partir de principios en tanto normas que

[95] Op. cit., Aarnio, p. 595.

[96] "*i) Los principios formalmente válidos que se recogen expresamente en los textos legales, como los principios que regulan derechos humanos básicos, sociales o políticos: la libertad de expresión y asociación, la igualdad y la seguridad social (…) Algunos se manifiestan también en el ámbito jurídico-privado, como en Finlandia el principio de distribución igual de la herencia, la protección del trabajador en el Derecho laboral y el principio de buena fe en el Derecho de contratos; ii) Las generalizaciones jurídicas no se encuentran normalmente especificadas en los textos legales, a diferencia de los principios recién mencionados. Ellas se fundan en la denominada inducción, sea lo que sea ésta desde el punto de vista teorético, mediante la que un estudioso o un juez generalizan, a partir de varias normas individuales (reglas) un principio que abarca a todas ellas; iii) Los principios relativos a la toma de decisiones, como la máxima ´audiatur et altera pars´, o ´nulla poena sine lege´, el principio de legalidad del Derecho penal que incluye la prohibición de la analogía in malam partem; iv) Principios extrasistemáticos. Sólo las normas jurídicas son formalmente válidas. Aun así, los principios morales pueden ser significativos en el razonamiento jurídico al modo de las denominadas fuentes posibles [may-sources] del Derecho. En un contexto jurídico, el argumento moral pasa a ser legal; dicho de otro modo, el principio moral ´extra-jurídico´ se convierte en jurídicamente relevante*". Op. cit., Aarnio, pp. 595-596.

reflejan la pluralidad de racionalidades en el derecho -*infra* Sección II, punto II- y, también, posteriormente en este trabajo al desarrollar las diversas tipologías de racionalidad, principalmente la social (socio-axiológica), la política y la económica[97].

Ahora bien, en cuanto a la segunda clasificación de Aarnio, el jurista finlandés propone distinguir reglas y principios a partir de la siguiente escala, "***Reglas (R)**, por ejemplo, la prohibición del robo en el Derecho penal. **Principios que parecen reglas (RP)**, por ejemplo (…) el principio ´Nadie puede beneficiarse del ilícito que ha cometido´ (…) Estas normas se asemejan a principios, aunque en realidad parecen pertenecer a la categoría de las reglas: o se cumplen o no. **Reglas que parecen principios (PR)**: Su ámbito de aplicación es cognitiva o evaluativamente abierto, como sucede con el ámbito de los principios-valor. **Principios (P)**, como los principios de igualdad y libertad u otros principios-valor y principios-objetivo (…)*[98] (el destacado es propio).

Finalmente, se expondrán a continuación algunas de las propuestas de clasificación de los principios jurídicos de Esser. Si bien, como se verá a continuación, ha contribuido notablemente a clasificar diversos tipos de principios jurídicos, cabe recordar que su postura acerca del carácter normativo de los mismos se aleja de la línea de este trabajo puesto que no considera que se trate normas independientes dentro de un sistema jurídico, más allá del rol importante que cumplen dentro de aquél.

Por lo tanto, en lo que atañe a la clasificación de los principios jurídicos, Esser expresa que "*El intento de distinguir y diferenciar las varias categorías de principios jurídicos tiene en vista fines perfectamente prácticos y que en modo alguno debe considerarse como un bizantinismo científico*"[99]*.* Asimismo, Esser considera que existe siempre una confusión en el debate acerca de considerar a los principios como auxiliares de la interpretación o como derecho directamente vigente. En este sentido, aclara que tal confusión *"…se debe a no distinguir entre la causa de la validez de los principios en la concepción sistemática, y la causa de su validez en la concepción casuística (…)*

[97] Ver: Segunda pate; Capítulo II; Secciones II, III y IV.

[98] Op. cit., Aarnio, p. 596.

[99] Op. cit., Esser, p. 99.

en los derechos codificados se esfuman los límites entre las cuestiones nacidas del sistema y las planteadas por los problemas"[100]*.*

En base a lo expuesto, Esser distingue, por un lado, a los *principios del derecho en sentido material y formal* –principios necesarios, normativos, inmanentes o institucionales-; y, por otro lado, a los *principios del conocimiento o arte empleados por los juristas* –principios útiles, informativos, heurísticos, técnicos, doctrinarios o guías-.

En cuanto a los primeros - *principios del derecho en sentido material*-, Esser considera que se trata de principios correspondientes al derecho positivo mismo, principios del derecho –*Prinzipien des Rechts*- pues se trata de presupuestos de este. En lo que respecta a los segundos - *principios del conocimiento o arte empleados por los juristas*-, Esser refiere que se trata de postulados prepositivos de carácter ético o político, principios jurídicos -*juristische Prinzipien*-, los cuales tienen necesidad aún de ser transformados en derecho propiamente dicho, mediante aquella opción que constituye la solución positiva para un conflicto de intereses.

Con relación a las dos clases de principios mencionadas anteriormente debe aclararse que según Esser ambas categorías no son mutuamente excluyentes puesto que aquellos principios que no son considerados como positivos pueden pasar a serlo, por ejemplo, por medio de su empleo por quienes deben decidir judicialmente. Por lo tanto, puede pensarse en que esta dinámica relación entre una clase y otra de principios implica que en realidad ambos son principios jurídicos que integran o tienen la potencia de integrar el derecho de una comunidad, teniendo como única diferencia el contexto –social, político, histórico- en el que se encuentran y son utilizados.

En este sentido, Esser plantea que "*El deslinde de derecho positivo y principio pre-positivo o guide es, por tanto, importante en diversos aspectos (…) los principios (…) constituyen (…) como ratio legis, un derecho positivo posible, expresado en la interpretación y transformado así a un grado más concreto. Por otra parte, también los principios que han nacido como simples guides del razonamiento jurídico (máximas retóricas y doctrinales), gracias a su formulación judicial dentro de una tradición*

[100] Ibidem.

jurídica, pueden recibir el carácter de normas de derecho positivas (creación de derecho en sentido propio). En todo caso, lo cierto es que todo corpus iuris consta de una riqueza de normas muy superior a la textualmente formulada"[101].

El desarrollo que se llevó a cabo en este apartado permite ilustrar la gran cantidad de formas que los principios pueden adoptar dentro de los ordenamientos jurídicos. Las clasificaciones expuestas, más allá de sus denominaciones, permiten afirmar que los principios jurídicos son normas que integran los ordenamientos jurídicos y cumplen distintos roles, los cuales serán analizados posteriormente -*infra* Sección II, punto II-. En este sentido, no resulta relevante trazar relaciones entre las clasificaciones de los diferentes juristas pues, en definitiva, en todos los casos se evidencia la importancia de los principios jurídicos y, a su vez, las denominaciones no dejan de ser formas de identificar y diferenciar con una intención más didáctica que pragmática.

Sin embargo, algunas de esas clasificaciones resultarán más relevantes que otras a los fines de esta investigación. En este sentido, los *principios extra-sistemáticos* propuestos por Aarnio ofrecen un marco argumental relevante a los efectos de incorporar las diferentes racionalidades que forman parte del derecho. Por su parte, y sin necesidad de posicionarse "fuera" del sistema jurídico -podría discutirse, en realidad, cuál es la línea que delimita el interior del exterior-, también cabe destacar las clasificaciones de Guastini que exhiben a los principios jurídicos a lo largo de todo el ordenamiento jurídico.

A su vez, todas las clasificaciones expresan la necesidad de intervención de quien debe aplicar los principios. En este sentido, los *principios de discreción* mencionados por Raz pues permiten introducir el debate acerca del ejercicio de una *discrecionalidad controlada*, es decir, sujeta a control racional, al momento de interpretar y aplicar los principios. Al respecto, una clasificación especialmente relevante relacionada con el ejercicio de aquella discrecionalidad es la de los *principios implícitos* la cual merecerá un abordaje más extenso en este trabajo -*infra* II.C-. A su vez, el *enfoque funcional* al que aluden Atienza y Ruiz Manero permite percibir el carácter dinámico de los principios jurídicos en lo que respecta a la posibilidad ir más allá de la aplicación de

[101] Op. cit., Esser, p. 104.

una consecuencia normativa. Por último, a través de Alexy puede advertirse la estrecha relación que hay entre el abordaje de los principios jurídicos y los derechos fundamentales lo que implica asignarles a los principios un rol preponderante en la estructura de los ordenamientos jurídicos y también en las decisiones judiciales en los que se encuentren comprendidos.

Luego de este desarrollo propuesto a partir de diversos juristas que han aportado clasificaciones de los principios jurídicos como elementos dentro los ordenamientos jurídicos, corresponde ahora ilustrar la presencia de este tipo de normas en algunas legislaciones. Posteriormente, se realizará el análisis final de este acápite relativo a la presencia también en los ordenamientos jurídicos de principios jurídicos implícitos.

De tal modo, de las clasificaciones desarrolladas anteriormente puede advertirse que en los ordenamientos jurídicos pueden encontrarse principios jurídicos en forma expresa y que, por lo tanto, operan como normas dentro de diferentes sistemas jurídicos. Tal vez el sistema donde con mayor facilidad se encuentran los principios jurídicos es en las Constituciones donde, generalmente, aquéllos asumen la forma de derechos fundamentales. Sin embargo, también pueden hallarse principios jurídicos en otros sistemas más específicos en los que directa y expresamente son considerados por el legislador como principios no quedando, por lo tanto, lugar a dudas en cuanto a la existencia y validez de estos en tanto normas.

A modo ilustrativo, en el la legislación argentina puede hacerse alusión a la Ley de Derecho de Acceso a la Información Pública[102] cuyo primer artículo establece que "*…La presente ley tiene por objeto garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información pública, promover la participación ciudadana y la transparencia de la gestión pública,* ***y se funda en los siguientes principios*** *(…)*" enumerando a continuación una lista de principios y sus definiciones dentro de las cuales puede mencionarse la *Presunción de publicidad* -toda la información en poder del Estado se presume pública, salvo las excepciones previstas por esta ley-; *Transparencia y máxima divulgación* -toda la información en poder, custodia o bajo control del sujeto obligado debe ser accesible para todas las personas. El acceso a la

[102] Ley Nro. 27.275 (Publicada en el Boletín Oficial el 29/09/2016).

información pública sólo puede ser limitado cuando concurra alguna de las excepciones previstas en esta ley, de acuerdo con las necesidades de la sociedad democrática y republicana, proporcionales al interés que las justifican-; *Informalismo* -las reglas de procedimiento para acceder a la información deben facilitar el ejercicio del derecho y su inobservancia no podrá constituir un obstáculo para ello. Los sujetos obligados no pueden fundar el rechazo de la solicitud de información en el incumplimiento de requisitos formales o de reglas de procedimiento-; *In dubio pro petitor* -la interpretación de las disposiciones de esta ley o de cualquier reglamentación del derecho de acceso a la información debe ser efectuada, en caso de duda, siempre en favor de la mayor vigencia y alcance del derecho a la información-; entre otros.

Por su parte, en Francia puede mencionarse el Código ambiental –*Code de l´environnemet*- que también establece una serie de principios expresos, en este caso relativos al conocimiento, protección, puesta en valor, restauración y gestión de los ecosistemas, su biodiversidad y su geodiversidad, asociados al interés general y al objetivo del desarrollo sostenible para las generaciones futuras. De tal modo, el artículo L110-1 menciona algunos principios en sintonía con esta temática, por ejemplo, el *principio de precaución*, el *principio de acción preventiva y de corrección*, el *principio contaminador-pagador*, el *principio de solidaridad ecológica*[103], entre otros.

[103] Le principe de précaution, selon lequel l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable ; Le principe d'action préventive et de correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement, en utilisant les meilleures techniques disponibles à un coût économiquement acceptable. Ce principe implique d'éviter les atteintes à la biodiversité et aux services qu'elle fournit ; à défaut, d'en réduire la portée ; enfin, en dernier lieu, de compenser les atteintes qui n'ont pu être évitées ni réduites, en tenant compte des espèces, des habitats naturels et des fonctions écologiques affectées ; Le principe pollueur-payeur, selon lequel les frais résultant des mesures de prévention, de réduction de la pollution et de lutte contre celle-ci doivent être supportés par le pollueur ; Le principe de solidarité écologique, qui appelle à prendre en compte, dans toute prise de décision publique ayant une incidence notable sur l'environnement des territoires concernés, les interactions des écosystèmes, des êtres vivants et des milieux naturels ou aménagés.

Tal como se anticipó, en ambos casos se trata de uno entre varios ejemplos que podrían aportarse de legislaciones que contienen en forma explícita principios jurídicos que interactúan en el sistema con las reglas. Ahora bien, el modo en que se lleva a cabo esa interacción y el rol que pueden cumplir los principios dentro de cada sistema jurídico –integración, justificación, etc.- será abordado más adelante en este capítulo (*infra* Sección II, punto II). Pero antes de llegar a ese punto, a continuación, se expondrá que los principios jurídicos también pueden integrar los ordenamientos jurídicos, aunque en forma implícita.

C.

Los principios jurídicos implícitos

Ahora bien, al ingresar en el análisis de los principios implícitos, cabe recordar que algunos juristas se refieren a aquellos dentro de las clasificaciones expuestas anteriormente. Sin embargo, es importante remarcar que el presente desarrollo se centrará en las reflexiones acerca de los principios jurídicos aportadas por Juan Pablo Alonso, Véronique Champeil-Desplats y Michel Troper. Ello así toda vez que sus análisis ofrecen una mirada relevante sobre esta temática y que permiten profundizar sobre ciertos aspectos que son superadores de la sola mención de los principios implícitos como una categoría de principios jurídicos.

En ese sentido, resulta conveniente retomar la clasificación propuesta por Atienza y Ruiz Manero en cuanto plantean que, si se considera a los principios jurídicos como razones para la acción, entonces, tal como se advirtió, los principios explícitos son razones para la acción independientes del contenido, pero no perentorias. Ahora bien, por el contrario, los principios implícitos son razones para la acción que no son perentorias ni independientes del contenido. Y en este sentido los juristas españoles expresan que los principios jurídicos no se obtienen directamente de aquello que puede considerarse la moral social -como pareciera sugerir Dworkin- sino que su apreciación depende de su adecuación o coherencia en relación con otras reglas y principios que están basados en fuentes.

En la línea expuesta anteriormente, resulta importante la postura del jurista argentino Juan Pablo Alonso pues, al abordar la temática de los principios jurídicos, sostiene que "*…es posible justificar la validez (existencia, vigencia, etc.) de los principios implícitos con arreglo a la tesis juspositivista de las fuentes sociales del derecho y con prescindencia de fuentes morales o extrapositivias*"[104]. De tal modo, Alonso se propone defender dos tesis en contra de Dworkin, a saber, "*1) es posible construir criterios metodológicos para justificar la vigencia de principios implícitos, y 2) es posible hacerlo dentro de los límites del derecho positivo*"[105].

Las tesis sostenidas por Alonso son pertinentes para el presente desarrollo pues, tal como se ha sostenido anteriormente, se busca llevar a cabo un análisis de los principios jurídicos -en este caso implícitos- dentro de una teoría positivista del derecho y, a tal fin, la postura anti-positivista de Dworkin no es considerada en este desarrollo, motivo por el cual se tomó como eje central la propuesta de Genaro Carrió que contempla a los principios jurídicos dentro del iuspositivismo y supera también las críticas efectuadas por Dworkin al positivismo -más específicamente al modelo de reglas de H.L.A. Hart-.

En esta inteligencia, Alonso expone tres formas en que los juristas y dogmáticos buscan justificar la validez (existencia o vigencia) de principios jurídicos implícitos: "*a) El principio implícito es una especificación (derivación, instanciación, etc.) de un principio jurídico explícito positivo más general. b) El principio implícito es una generalización a partir de un conjunto de normas jurídicas positivas más específicas. c) El principio tiene una justificación autónoma, con prescindencia de fuente normativa positiva alguna*"[106].

A partir de esta clasificación, Alonso expresa que juristas como Prieto Sanchís y Guastini, al referirse a los principios implícitos, se ubican dentro del segundo modo

[104] Op. cit., Alonso, p. 223.

[105] Op. cit., Alonso, p. 225.

[106] Op. cit., Alonso, p. 225.

enunciado -b)-; mientras que, Atienza y Ruiz Manero, pueden encontrarse tanto dentro del primer modelo como del segundo -a) y b)-[107].

Ahora bien, en cuanto a la postura de Alonso, cabe destacar que luego de un pormenorizado desarrollo de diferentes métodos a partir de los cuales pueden surgir principios implícitos, concluye que dentro del derecho positivo -fuentes sociales del derecho y separación entre derecho moral- *"…no hay razón para argüir que el mismo no puede utilizar a la abducción como mecanismo para validar principios jurídicos implícitos por generalización; tampoco podría argüirse que desde el juspositivismo no podría articularse un modelo de coherencia para validar principios jurídicos por instalación. Puntualmente, es posible una versión positivista de los principios implícitos y de la coherencia, máxime cuando el análisis se acota a sistemas normativos específicos*"[108].

En base a lo expuesto precedentemente, cabe efectuar algunas consideraciones acerca de las conclusiones a las que arriba Alonso. Por un lado, en cuanto a la abducción o inferencia a la mejor explicación -IME- en el ámbito del derecho, Alonso, siguiendo a Amalia Amaya, comparte que "*…el razonamiento abductivo es el núcleo metodológico de una concepción coherentista del derecho (…) la coherencia del derecho vía abducción es tanto explicativa como como justificativa. Es explicativa porque determina cuál es la hipótesis (o conjunto de principios implícitos, en mi denominación) que describe mejor el material jurídico preexistente; y es justificativa porque una vez obtenida la mejor hipótesis pueden ajustarse aquellos elementos incoherentes con ella. Estos ajustes pueden ser de tres tipos: contracción (eliminación del elemento incoherente), adición (incorporación de nuevos elementos) y reinterpretación (del material jurídico considerado incoherente)*"[109].

Aunado a lo anterior, Alonso comparte también la descripción de Juliano Maranhao acerca del método abductivo en cuanto propone que "*Un principio jurídico (valor moral o política pública) puede ser interpretado como la mejor explicación del propósito legislativo de la regla o de un conjunto de reglas, lo que significa que el principio se*

[107] Ver en este sentido: Op. cit., Alonso, p. 226.

[108] Op. cit., Alonso, p. 243.

[109] Op. cit., Alonso, p. 237.

deriva lógicamente de la regla aceptada por abducción. Es la aceptación de la base de reglas lo que justifica la aceptación de un principio jurídico (como un estándar jurídicamente válido) en la medida que este último provee la mejor explicación de la primera"[110].

Por otro lado, en lo que respecta a relación entre los principios jurídicos implícitos y la coherencia, Alonso propone una concepción de la coherencia jurídica como una relación entre principios implícitos y reglas y, a tal fin, se vale de la distinción de MacCormick entre consistencia y coherencia de los sistemas jurídicos a partir de la cual realiza un prolífico desarrollo sobre el tema[111]. De tal modo, a partir de la noción de coherencia normativa de MacCormick, Alonso distingue tres funciones de la coherencia, a saber, una descriptiva y dos normativas. En cuanto a la función descriptiva, el jurista argentino expresa que "*…presupone que el sistema normativo es completo (carece de lagunas) y consistente (carece de antinomias. Además, es un sistema coherente ya que es posible describir su coherencia en función de los principios que se inducen de él*"[112]. Por su parte, en lo que atañe a la primera función normativa, Alonso sostiene que *"…presupone que el sistema posee alguna patología normativa (lagunas o antinomias). El propósito de eta función en inducir principios de tal modo que, a través del diagrama de coherencia y mediante razonamientos lógicos que utilizan a los principios implícitos como una de sus premisas, se pueda delinear la solución coherente para el caso patológico*"[113]. Por último, en lo que respecta a la segunda función normativa de la coherencia, refiere que "*…presupone dos cuestiones: a) que el sistema normativo es completo y consistente, y b) que existe algún caso del UC* (Universo de Casos) *cuya solución es incoherente con los principios que rigen en el sistema. Tal incoherencia será (o no) derrotable, en función de la jerarquía de los principios involucrados*"[114] (el agregado entre paréntesis es propio).

[110] Op. cit., Alonso, p. 238.

[111] Ver en este sentido: Op. cit. Alonso, *Principios jurídicos implícitos y coherencia*.

[112] Op. cit., Alonso, p. 192.

[113] Ibidem.

[114] Ibidem.

Así pues, Alonso encuentra, en los principios implícitos y en la coherencia, la herramienta y el método para resolver las patologías que puedan presentarse en un sistema jurídico siempre a partir de elementos normativos, es decir, dentro de una teoría positivista del derecho. Ello así, pues los principios implícitos derivan de material positivo previo y en caso de ser consideradas valoraciones, siempre se trata de valoraciones internas al sistema jurídico y, por lo tanto, compatible con la tesis de las fuentes sociales del derecho. En todos los casos, esta propuesta se relaciona con la decisión judicial y más específicamente con la discrecionalidad, cuestión que será analizada en profundidad en un posterior capítulo[115].

Ahora bien, para continuar con el desarrollo acerca de los principios jurídicos implícitos, resulta ilustrativa la descripción propuesta por Véronique Champeil-Desplats con relación al modo en que los jueces se relacionan con estas normas. En este sentido, expresa, en primer lugar, que los principios implícitos son considerados como "*…enunciados no expresamente formulados en los textos jurídicos. Su enunciación reposa en una interpretación extensiva de esos textos que se distingue de la simple reformulación evocada precedentemente* (con relación a la definición de principios explícitos)*. El intérprete introduce un nuevo campo terminológico (por ejemplo, la noción de respeto de la vida privada presentada como una implicación de la noción de libertad) a partir de un razonamiento deductivo, inductivo o basado en la ratio legis de una u varias disposiciones textuales*"[116] (la aclaración sin bastardillas es propia).

A su vez, con relación a esto último aclara que "*Mientras que esta tarea se presenta como inevitablemente constructiva, los intérpretes presentan a menudo al enunciado como latente, inherente o, precisamente, implícito en las fuentes escritas del derecho. Por otro lado, se remarcará el uso del término ´implícito´ no significa que el observador de la producción de tales principios comparta la creencia en la real preexistencia de principios invocados en el sistema jurídico. Este uso es ante todo destinado a dar*

[115] Ver: Primera parte; Capítulo II.

[116] Champeil-Desplats, Véronique (2008), *La Déclaration des droits de l´homme et du citoyen, source de principes implicites : « La révolution permanente »*, publicado en *Les Principes en droit*, bajo la dirección de Sylvie Caudal, Ed. Economica, p. 162.

cuenta de la forma en la que los actores del derecho (…) explican o justifican la formulación de un nuevo principio"[117].

A partir de los expuesto, la jurista francesa realiza un análisis de la jurisprudencia del Conseil constitutionnel francés para ilustrar el modo en que la interpretación de la *Déclaration des droits de l´homme et du citoyen* - Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano- de 1789, por parte de ese tribunal, se presenta como una forma de enunciar principios implícitos de valor constitucional que utiliza para justificar decisiones –función interna- y para legitimar el control de constitucionalidad –función externa-.

En este sentido, Champeil-Desplats advierte que la producción de principios implícitos sobre el fundamento de aquella Declaración se manifiesta de cuatro formas, a saber, "*la formulación inédita (1), esclarecimiento (2), la redefinición de categorías de pertenencia (3), el reagrupamiento a posteriori (4)*"[118]. En cuanto a la primera forma, expresa que se trata de principios nuevos, es decir, respecto de los que el Conseil constitutionnel nunca se había pronunciado. En lo que respecta a la segunda forma, refiere que ocurre cuando el Conseil constitutionnel consagra principios implícitos pero cuyo valor constitucional queda indeterminado porque el Tribunal no asume una posición explícita al respecto luego de una o varias intervenciones. En lo que atañe a la tercera forma, plantea que el Conseil constitutionnel utiliza la Declaración para modificar el fundamento de principios implícitos que ya fueron formulados y reconocidos como *principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* (PFRLF) –principios fundamentales reconocidos por las leyes de la Repúblca-, los que serán analizados particularmente *infra*. Por último, en relación con la cuarta forma, explica que ocurre cuando el Conseil constitutionnel recurre a la Declaración para fundamentar principios que ya habían sido enunciados, pero sin precisión en cuanto a su fuente[119].

Ahora bien, es importante aclarar que para Champeil-Desplats el vínculo entre las diferentes proposiciones normativas que pueden justificar la enunciación de un

[117] Op. cit., Champeil-Desplats, p. 162.

[118] Op. cit., Champeil-Desplats, p. 164.

[119] Ver en este sentido: Op. cit., Champeil-Desplats, pp. 164-166.

principio implícito y estos principios no es lógico o pseudológico -deducción, inducción, etc.- tal como pareciera ser planteado por el Conseil constitutionnel. En este sentido, la jurista francesa considera que no existe una relación lógica, mecánica o de necesidad, ni de evidencia, entre las proposiciones que fundan el principio implícito y aquéllas que lo formulan. Por el contrario, plantea que se trata de una justificación *a posteriori* o de una construcción intelectual convencional.

A su vez, en cuanto a este análisis acerca de algunos desarrollos sobre principios implícitos, resulta menester aludir a la noción de *principios supra-constitucionales* a la que hace referencia Michel Troper a partir de una descripción su empleo por parte de los tribunales. Al respecto, el jurista francés plantea una serie de interrogantes alrededor de estos principios que generan reflexiones a nivel político, filosófico, jurídico y dentro de la teoría del derecho. En términos generales, tales preguntas giran en torno a la existencia, reconocimiento y validez de aquellos principios que se encontrarían por sobre la Constitución.

De tal modo, Troper propone pensar en criterios de identificación para establecer si existen en el derecho positivo principios superiores a la Constitución. Así pues, refiere que estos principios pueden considerarse como normas que serían principios de nivel superior a las normas constitucionales y exteriores al texto constitucional. En este sentido, el jurista francés advierte en base al empleo de estos principios que, por un lado, son aquéllos respecto de los que puede efectuarse un control de las normas constitucionales –por ello son superiores a la Constitución-; y, por otro lado, que estos principios no pueden ser creados y modificados por el poder constituyente y *a fortiori* por alguno de los poderes constituidos, es decir, deben ser heterónomos –por ello son exteriores al texto constitucional-.

Ahora bien, cabe destacar que no todas las cortes constitucionales admiten la existencia de principios supra-constitucionales. La posibilidad de referirse a esta clase de principios en tanto implícitos supone considerar que preexisten en un orden normativo superior al de la Constitución. Sin embargo, para sostener tal consideración pueden plantearse al menos dos propuestas, a saber, la existencia de tales principios superiores al texto constitucional e intangibles –posición iusnaturalista-, o bien la posibilidad de control de la validez de las leyes constitucionales desde su contenido a

través de la interpretación como una función de la voluntad dentro del marco delineado por las coacciones jurídicas[120] –posición iuspositivista-. La primera de aquellas propuestas no será considerada en este trabajo pues, tal como se expresó al comienzo de este capítulo, la intención es pensar a los principios jurídicos dentro de una teoría positivista del derecho. En lo que respecta a la segunda, se advierte que existe la posibilidad de pensar en principios supra-constitucionales a partir de la interpretación de las normas constitucionales de las cuales pueden surgir aquellos principios. En este sentido, el Juez que interpreta la constitución determina la norma constitucional y, de tal modo, controlar la validez de las leyes constitucionales implica la posibilidad de establecer el contenido de los principios supra-constitucionales como principios implícitos en base a los cuales se puede llevar a cabo aquel control.

Es importante remarcar que lo expresado anteriormente erige al Juez constitucional en una autoridad superior a la del poder constituyente derivado. No obstante, si bien Troper considera que existe una tendencia generalizada en los Jueces constitucionales a crear estos principios supra-constitucionales e imponerlos al poder constituyente, tal situación puede explicarse por la naturaleza del razonamiento jurídico y por las condiciones estratégicas en las que se encuentran ubicados aquellos Jueces. Es decir, que en definitiva es la lógica del razonamiento jurídico la que conduce a crear estos principios. En este sentido, la actividad interpretativa requiere la existencia de un principio de interpretación o de una norma más general que el texto que se debe interpretar. Cabe aclarar que tal norma de jerarquía superior no siempre se encontrará expresamente prevista en el ordenamiento –de hecho, no suele estarlo- pero sí puede surgir como el significado de muchos textos normativos o del conjunto del sistema jurídico, lo que puede dar lugar a principios obtenidos por la generalización del conjunto de las normas constitucionales en vigor. A modo de ejemplo, cuando en Francia se analiza la validez de las leyes con relación a la Constitución, se postula que esas leyes también deben ser conformes a los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República (PFRLR) –los que serán analizados a continuación- y estos principios tienen un valor superior al de las leyes.

[120] Ver: Segunda parte; Capítulo II; Sección I.

En definitiva, puede concluirse junto a la descripción que ofrece Troper de la puesta en práctica de estas normas que no es la existencia de principios supra-constitucionales lo que conduce al control, sino que es, por el contrario, el control el que conduce a la creación de esos principios. Es por ello que, al descartar que aquellos principios se encuentren expresamente previstos su existencia y contenido dependerá entonces de la interpretación llevada a cabo por el Juez constitucional al momento de analizar la validez de una norma de la Constitución y, por lo tanto, los principios superiores a tales normas se encuentran de manera implícita dentro del conjunto de normas constitucionales.

Si bien la noción de principios supra-constitucionales puede resultar un tanto controvertida no sólo a nivel teórico –la posibilidad de justificar su existencia- sino también práctico –el efectivo reconocimiento y aplicación de estos principios-, lo cierto es que contribuye a ilustrar la existencia de otra clase de principios implícitos que permite seguir sosteniendo que los ordenamientos jurídicos se encuentran integrados por diversos principios jurídicos tanto de forma expresa como implícita.

Finalmente, y tal como fue anunciado en párrafos anteriores, resta hacer una mención a otra clase de principios implícitos que son los *principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* (PFRLF) –principios fundamentales reconocidos por las leyes de la Repúblca-. Al respecto, en primer lugar, cabe mencionar que pueden justificarse como principios que se encuentran implícitamente contenidos en las leyes de la República. Es importante aclarar que este desarrollo responde principalmente al ordenamiento jurídico francés pues en la Argentina si bien podría proponerse un análisis similar, lo cierto es que no existe un desarrollo jurisprudencial al respecto tan claro que permita referirse a esta clase de principios. Por lo tanto, lo que se presentará a continuación será exclusivamente referido al ordenamiento jurídico francés lo cual en modo alguno afecta al desarrollo de esta propuesta que, en definitiva, se propone ilustrar la existencia de principios implícitos en los ordenamientos jurídicos y no en alguno de ellos en particular.

Ahora bien, el “bloque de constitucionalidad” en Francia no se limita al texto fundador de la V República, sino que comprende, a su vez, en forma directa a la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano 1789 y al Preámbulo de la Constitución de

1946. Sin embargo, los PFRLR también integran aquel bloque normativo, aunque en forma indirecta pues si bien el Preámbulo de la Constitución de 1958 no los menciona expresamente sí hace referencia al Preámbulo de 1946[121] en donde aparecen reflejados otorgándoles un valor equivalente al de los derechos y libertades consagrados en la Declaración de 1789.

En cuanto al carácter implícito de estos principios, no existe ningún criterio formal para para poder identificarlos, sin embargo, son creados y utilizados por el Conseil constitutionnel o accesoriamente por el Conseil d´État[122]. En este sentido, Michel Troper y Francis Hamon expresan "*¿Cómo se establece la existencia de un PFRLF? Al ser estos principios creados en su origen por leyes ordinarias, y no por leyes constitucionales, no existe ningún criterio formal que permita identificarlos. Es entonces el punto de vista material el que es determinante: los PFRLF son principios inseparables de la tradición republicana francesa (…) El Conseil constitutionnel (o accesoriamente el Conseil d´État) puede así crear, inspirándose en leyes que todavía se encuentren en vigor pero cuyo origen remonta a más de medio siglo, nuevos principios constitucionales respecto de los que impondrá su respeto al actual legislador*"[123].

Asimismo, los juristas franceses comparten una serie de ejemplos de PFRLF, a saber: la libertad de asociación; la libertad de enseñanza; la independencia de los profesores y las profesoras de universidad y su derecho a una representación al seno de las instancias universitarias que les sea propia; la independencia de las jurisdicciones administrativas; el respeto a los derechos de la defensa ante las jurisdicciones represivas; entre otros.

---

[121] « Il réaffirme solennellement les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ».

[122] Con relación a esta accesoriedad, Hamon y Troper expresan que, a diferencia del Conseil constitutionnel, el Conseil d´État no puede censurar una ley con motivo de que ésta puede afectar a un PFRLF pero sí puede, por ejemplo, enunciar un PFRLF al momento de interpretar una convención internacional.

[123] Hamon, Francis y Troper, Michel (2014), « *Manuel Droit constitutionnel »,* 35 ° édition, Ed. LGDJ : France, p. 751-752.

En base a lo expuesto, puede advertirse que los PFRLF son reafirmados por el Preámbulo de la Constitución francesa de 1946 pero aquel texto no los enumera. De tal modo, el carácter implícito de estos principios radica justamente en que su existencia depende su creación jurisprudencial, principalmente por parte del Conseil constitutionnel, tal como se desarrolló anteriormente. En este sentido, puede mostrarse, a modo de ejemplo, el reconocimiento de la libertad de asociación por parte del mencionado tribunal en su decisión n° 71-44 DC del 16 de julio de 1971 en cuanto expresó que "*Considerando que en nombre de los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República y solemnemente reafirmados por el preámbulo de la Constitución hay lugar para reconocer el principio de la libertad de asociación; que este principio es la base de las disposiciones generales de la ley del 1ero de julio de 1901 relativa al contrato de asociación; que en virtud de este principio las asociaciones se constituyen libremente y pueden hacerse públicas bajo la única reserva de depositar previamente una declaración (…)*"[124]. Y en lo que atañe específicamente al carácter implícito de estos principios, el Conseil constitutionnel expresa en forma clara que "*Considerando que no resulta ni del texto del que se trata, tal como fue redactado y adoptado, ni de los debates a los que la discusión del proyecto de ley dio lugar ante el Parlamento, que las disposiciones precitadas sean inseparables del conjunto del texto de la ley sometida al Consejo*"[125].

Del desarrollo realizado hasta aquí acerca de algunos ejemplos de propuestas de principios jurídicos implícitos, puede concluirse que, cualquiera sea la postura asumida en cuanto a la existencia de aquellos y las distintas formas de creación y reconocimiento de aquéllos, la práctica judicial los reconoce y los utiliza para

[124] Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971 : « *Considérant qu'au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et solennellement réaffirmés par le préambule de la Constitution il y a lieu de ranger le principe de la liberté d'association ; que ce principe est à la base des dispositions générales de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association ; qu'en vertu de ce principe les associations se constituent librement et peuvent être rendues publiques sous la seule réserve du dépôt d'une déclaration préalable (…)* ».

[125] Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971 : « *Considérant qu'il ne résulte ni du texte dont il s'agit, tel qu'il a été rédigé et adopté, ni des débats auxquels la discussion du projet de loi a donné lieu devant le Parlement, que les dispositions précitées soient inséparables de l'ensemble du texte de la loi soumise au Conseil* ».

fundamentar sus decisiones. En este sentido, puede aceptarse la existencia de un cierto grado de discrecionalidad al momento de hacer alusión a una norma no expresa, pero todos los autores mencionados anteriormente hacen alusión a los principios implícitos como derivados de alguna base normativa expresa. Es decir, no parten de la idea de que los principios implícitos puedan surgir de valores que no se encuentren reflejados de algún modo en el ordenamiento jurídico vigente. Así pues, Alonso propone utilizar la coherencia de MacCormick para justificar la existencia de principios implícitos pero siempre dentro del material positivo del ordenamiento jurídico; por su parte Champeil-Desplats describe el proceso de creación de principios implícitos por parte del Conseil constitutionnel pero también a partir de una base normativa preexistente que es la *Déclaration des droits de l´homme et du citoyen* de 1789; a su turno, Troper al referirse a los principios supra-constitucionales en base a su utilización, también expresa que aquéllos surgen del conjunto de leyes constitucionales; y, finalmente, en cuanto a los PFRLR, se demostró claramente que derivan, tal como lo indica su denominación, de las leyes de la República francesa que es la base normativa utilizada por el Conseil constitutionnel al momento de reconocerlos.

De tal modo, puede decirse que esta propuesta continúa dentro de una teoría positivista del derecho pues en ningún momento se propone la existencia autónoma de principios implícitos que responden exclusivamente a valores que se encuentran por fuera del ordenamiento jurídico, sino que se plantea que puede reconocerse la existencia de tales principios aunque derivados de normas positivas vigentes que reflejan ciertos valores pero siempre desde una argumentación que se lleva a cabo dentro del ordenamiento. Y tal argumentación, tal como se verá en un capítulo posterior en este trabajo[126], implica el reconocimiento de un margen de maniobra en mano de los jueces que deben ejercer una discrecionalidad controlada por diversos marcos teóricos-conceptuales –referidos a aspectos normativos, sociales, políticos, económicos, etc.- a fin de fundamentar, en este caso, la existencia y aplicación de principios implícitos con el objeto de tomar decisiones, sea para resolver un caso difícil

[126] Ver: Primera parte; Capítulo II.

–como se verá *infra* Sección II, punto II.A- o, por ejemplo, para ejercer las funciones propias del Conseil constitutionnel tal como se explicó anteriormente.

Del desarrollo efectuado a lo largo de esta primera Sección puede apreciarse que los principios jurídicos forman parte de los ordenamientos jurídicos en forma incuestionable. En este sentido, las distintas clasificaciones expuestas en el punto *supra* II.B dan cuenta de la presencia explícita de ese tipo de normas y de sus diferentes definiciones y características. Aquellas clasificaciones no solamente permiten evidenciar ese aspecto, sino que, también, posibilitan el reconocimiento de distintas clases de principios respecto de los que se debe adoptar alguna postura en cuanto a su rol dentro de los ordenamientos jurídicos y su aplicación en la decisión de casos. En este sentido, algunas de las categorías de principios mencionadas guardan cierta cercanía con las reglas –por ejemplo, los *principios en sentido estricto* de Atienza y Ruiz Manero-, mientras que otras categorías implican un abordaje especial en lo que atañe la interpretación y aplicación pues, si bien continúan siendo normas, requieren de una mayor intervención por parte quien debe decidir en base a ellas. Dentro de este grupo puede plantearse una suerte de gradualidad que se extiende desde un menor a un mayor ejercicio de discrecionalidad, según la clase de principio jurídico del que se trate. Si se continúa con ejemplo de Atienza y Ruiz Manero, puede plantearse que la menor intervención por parte del operador jurídico se da en los *principios en sentido estricto*, luego se plantea una mayor injerencia en los principios en tanto *directrices o normas programáticas* y, finalmente, se presenta la mayor participación en el supuesto de los *principios implícitos* –tal como se expuso anteriormente *supra* II.C-. En cuanto a esto último, cabe reparar en que se trata, en todos los casos, de referencias normativas que pueden encontrarse dentro del sistema jurídico; sin embargo, también pudo verse con Aarnio que existe otra clase de principios, a saber, los *principios extra-sistemáticos*, que, si bien no forman parte del ordenamiento jurídico, sí pueden ser incorporados a aquél mediante una argumentación coherente. Estos principios que presentan un contenido no-jurídico, aunque sí jurídicamente relevante, también implican un elevado grado de intervención –discrecionalidad- por parte de quienes deben decidir, lo cual será analizado posteriormente *infra* Sección II, punto II.B.

En base a lo expuesto, a continuación, se procederá a efectuar un desarrollo acerca del rol que juegan los principios jurídicos dentro de los ordenamientos jurídicos y el modo en que esas normas pueden ser aplicadas a la decisión de casos.

SECCIÓN II

Los principios jurídicos en funcionamiento -roles y formas de aplicación-

Por lo tanto, una vez que se ha reconocido que los principios pueden integrar un sistema jurídico de forma explícita e implícita, entonces, como se analizará a continuación, estas normas jurídicas resultan aplicables para la decisión de un caso y, por ende, forman parte del razonamiento jurídico desplegado a tal fin.

En lo que respecta a la aplicación de principios jurídicos para la decisión de un caso, existen diversas posiciones acerca del modo en que debe razonarse a partir de ellos y de cómo se relacionan con las reglas positivas dentro de un esquema argumental. Esta temática aborda la conocida distinción entre la *subsunción-deducción* como método de aplicación de reglas y la *ponderación* como método de aplicación de los principios. Cabe aclarar que no todos los juristas que fueron analizados al comienzo de este capítulo ofrecen un desarrollo acerca de la aplicación de los principios, aunque sí hayan analizado esa clase de normas a nivel teórico y conceptual, tal como fue expuesto. Ahora bien, como se verá a continuación existen distintos enfoques acera de la ponderación –Alexy, Guastini- e incluso en algunos casos la división no es tan tajante pues tanto subsunción como ponderación se relacionan entre sí –Moreso-. También se cuenta con posturas que ubican este problema en el ámbito de lógicas distintas –Aarnio-. Sin embargo, cabe destacar que la *ponderación* es objeto de diversas críticas dentro de las cuales su íntima relación con la valoración en términos de subjetividad e irracionalidad se presente como una de las más fuertes y, por lo tanto, merece un primer análisis que permita continuar con este desarrollo dentro de la esfera de la objetividad.

Ahora bien, cabe recordar que debe efectuarse un primer análisis acerca de la *ponderación* y su relación con la valoración –que abarca la discusión respecto de los principios jurídicos en tanto que valores y una introducción acerca del enfoque sociológico de los valores- con el objeto de precisar que es posible argumentar racionalmente a partir de principios y aplicarlos (Sección II, punto I.A, I.B y I.C). Una vez resuelto aquel escollo, se ofrecerán distintas posturas acerca de la *ponderación* como método para la aplicación de principios jurídicos (Sección II, punto I.D). A continuación, se efectuará un desarrolló acerca de los distintos roles que pueden desempeñar aquellas normas dentro de un ordenamiento jurídico (Sección II, punto II). Luego, se planteará que aquellos casos en los que están presentes los principios jurídicos son considerados como casos difíciles –más específicamente *dificilísimos* y *estructurales*- (Sección II, punto II.A); y que aquella complejidad derivará en una mayor exigencia argumental -discrecionalidad controlada- pues los principios jurídicos no sólo reflejan contenido jurídico sino también social, político, económico, etc., es decir, los principios jurídicos reflejan las múltiples racionalidades que interactúan en el derecho (Sección II, punto II.B y II.C).

I.

Ponderación y valoración

Resulta insoslayable analizar las críticas dirigidas al modelo de ponderación en virtud de las referencias valorativas en el marco de este proceso intelectual. Ello, con el objeto de establecer que, si bien existe relación entre la ponderación, los principios y los valores, estos últimos no necesariamente implican una argumentación irracional. Cabe aclarar que el desarrollo que se ofrecerá a continuación se encuentra concentrado en la propuesta de *ponderación* de Alexy toda vez que el jurista alemán aporta un relevante análisis acerca de la relación entre *ponderación* y valoración que puede servir para esclarecer esta dificultad. Pero, además, tal elección obedece a que la propuesta de *ponderación* de Alexy es la más profunda y constituye, generalmente, el eje del debate con relación a otros juristas –tal como se verá posteriormente *infra* D-, ya sea que compartan su posición o la cuestionen.

En este sentido, a continuación, se expondrá que, según Alexy los principios jurídicos -en tanto normas- y los valores se relacionan entre sí, pero no son lo mismo (A). Luego, se planteará la posibilidad de aportar una noción "objetiva" y "racional" de los valores que más adelante en este trabajo se profundizará a través del enfoque sociológico de los mismos aportado por Nathalie Heinich (B). Seguidamente, y en base a los puntos anteriores, se podrá sostener que la relación que existe entre los principios jurídicos y los valores resulta relevante dentro de un ordenamiento jurídico, principalmente al momento de la interpretación y aplicación del derecho en ciertos casos en los que el recurso a los valores subyacentes a los textos normativos –principalmente en el supuesto de los principios jurídicos-, ya sean estos valores de índole social, política, etc., se presenta como una herramienta útil de argumentación (C). Por último, se desarrollarán distintas propuestas y reflexiones acerca de la ponderación (D).

A.

La relación entre los principios y los valores

En lo que atañe al primer punto, Alexy expresa que "*Es fácil reconocer que los principios y los valores están estrechamente vinculados entre sí en un doble sentido: por una parte, de la misma manera que puede hablarse de una colisión de principios y de una ponderación de principios, puede también hablarse de una colisión de valores y de una ponderación de valores: por otra, el cumplimiento gradual de los principios tiene su equivalente en la realización gradual de los valores. Por ello, enunciados del Tribunal Constitucional Federal sobre valores pueden ser reformulados en enunciados sobre principios, y enunciados sobre principios o máximas en enunciados sobre valores, sin pérdida alguna de contenido*"[127].

Sin embargo, el jurista alemán ofrece un relevante criterio de diferenciación entre principio y valor a partir de la división de los conceptos prácticos propuesta por von

[127] Alexy, Robert (1993), "*Teoría de los Derechos Fundamentales*", Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, pp. 138-139.

Wright en conceptos deontológicos, axiológicos y antropológicos. En base a esta división, Alexy plantea que "*(…) es posible constatar fácilmente la diferencia decisiva entre el concepto de principio y el de valor. Los principios son mandatos de un determinado tipo, es decir, mandatos de optimización. En tanto mandatos, pertenecen al ámbito deontológico. En cambio, los valores tienen que ser incluidos en el nivel axiológico*"[128]. Sin embargo, aclara que la distinción entre valor y principio requiere de un desarrollo más profundo.

En este sentido, el jurista alemán reflexiona en torno a una diferencia estructural general de los valores que se refiere a la distinción entre la noción de que "algo tiene un valor" y que "algo es un valor"[129], lo cual lleva, a su vez, a plantearse la pregunta ¿qué significa que algo es un valor?

A fin de poder dar respuesta a ella, Alexy considera que debe efectuarse otra distinción entre "objeto" y "criterio" de una valoración. Es importante aclarar en este punto que estas distinciones propuestas por Alexy –"algo tiene un valor", "algo es un valor" y "criterio de valoración"- coinciden con los conceptos de "valor-importancia" (valeur-grandeur), "valor-objeto" (valeur-objet) y "valor-principio" (valeur-principe) aportados por Nathalie Heinich que serán desarrollados posteriormente.

Ahora bien, al retomar la última distinción propuesta entre "objeto" y "criterio" de valoración, Alexy sostiene que hay muchas cosas y de diversa naturaleza que pueden ser objeto de valoración -artefactos, pensamientos, situaciones, acciones, etc.-. Por su parte, los criterios de valoración también pueden ser múltiples. A modo de ejemplo, un departamento valorarse a partir de su ubicación geográfica, sus dimensiones, su seguridad, su valor, su belleza. Al respecto, Alexy sostiene que "*Los criterios de*

[128] Op. cit., Alexy (1993), pp. 140-141.

[129] Al respecto, Alexy expresa que "*Quien dice de algo que tiene un valor expresa un juicio de valor y lleva a cabo una valoración. Los juicios de valor y los conceptos de valor en ellos utilizados pueden ser divididos en tres grupos: clasificatorios, comparativos y métricos (…) Con la ayuda de conceptos de valor clasificatorios se puede decir que algo tiene un valor positivo, negativo o neutral; con la ayuda de conceptos de valor comparativos, que a un objeto que hay que valorar le corresponde un valor mayor o el mismo valor que a otro objeto y, con la ayuda de conceptos de valor métricos, que algo tiene un valor de determinada magnitud. Siempre se trata aquí de juicios acerca de que algo tiene un valor*".Op. cit., Alexy (1993), pp. 142-143.

valoración pueden entrar en colisión, por ejemplo, en el caso de la velocidad y la economicidad. Cuando entran en colisión, a fin de lograr una valoración total de un determinado automóvil, hay que establecer entre ellos una relación"[130].

El jurista alemán considera que los objetos de valoración tendrán un valor que puede variar de acuerdo con el criterio de valoración con el que sean analizados, los cuales pueden entrar en colisión. Es importante remarcar que para Alexy "*No son los objetos sino los criterios de valoración los que tienen que ser designados como ´valor´"*[131].

Este es un punto de contacto relevante con la propuesta de Nathalie Heinich quien se plantea como objetivo central de su obra *Des Valeurs. Une approche sociologique* describir el sistema de "valores-principios" (valeurs-principes) –"criterios de valoración" en términos de Alexy- utilizados en su cultura y proponer una "gramática axiológica". Este punto también será desarrollado más adelante en este trabajo.

Al continuar con el desarrollo propuesto por Alexy con relación a los "criterios de valoración", el mencionado jurista plantea que "*Las valoraciones pueden apoyarse en uno o en varios criterios de valoración (…)* ***La aplicación de criterios de valoración entre los cuales hay que sopesar responde a la aplicación de principios****. En lo que sigue, serán llamados ´criterios de valoración´ sólo aquellos criterios de valoración que pueden ser sopesados. Sus opuestos son los criterios de valoración que, como las reglas, son aplicables sin ser sopesadas. Serán llamados ´reglas de valoración´*"[132] (el destacado no es original).

En base a lo expresado anteriormente, una "regla de valoración" que presenta un solo criterio de valoración exhibe la siguiente estructura: *Cada vez que un automóvil presenta el grado de seguridad i, es bueno*. Sin embargo, tal como se dijo antes, generalmente las reglas de valoración presentan varios criterios de valoración. En este sentido, exhiben la siguiente forma: *Si x presenta las características F1... Fn entonces x es bueno*.

[130] Op. cit., Alexy (1993), p. 143.

[131] Op. cit., Alexy (1993), p. 144.

[132] Ibidem.

Por lo tanto, según Alexy la noción de "valor" debe relacionarse con los "criterios de valoración". En este sentido, sostiene que "*(…) sólo los criterios de valoración habrán de ser llamados ´valores´…*"[133]. A su vez, considera que los "criterios de valoración" se vinculan con los principios jurídicos pues, tal como se dijo anteriormente, ambos pueden ser sopesados.

A partir de aquella distinción entre "criterios de valoración" (valores) -relacionados a los principios jurídicos en tanto normas jurídicas- y "reglas de valoración" -relacionadas con las reglas en tanto normas jurídicas-, Alexy propone una esquematización esclarecedora de su desarrollo conceptual sobre el tema analizado. En esta inteligencia, propone tomar el término "norma" como concepto superior y distinguir entre "norma deontológica" y "norma axiológica". Dentro del ámbito de la primera noción de norma se encuentran por un lado las reglas -jurídicas- y, por otro lado, los principios -jurídicos-. Por su parte, dentro del ámbito de la segunda noción de norma se hayan por un lado las reglas de valoración -vinculadas a las reglas jurídicas- y, por otro lado, los criterios de valoración (valores) -relacionados con los principios jurídicos-.

Con el objeto de concluir el desarrollo teórico efectuado por Alexy respecto a la relación entre los principios jurídicos y los valores cabe señalar que, según el jurista alemán, "*De las tres formas de juicios de valor* (clasificatoria, comparativa y métrica)*, los juicios de valor comparativos son los que mayor importancia tienen para el derecho constitucional. La relación entre ellos y los criterios de valoración conduce a la determinación de la relación entre principio y valor*"[134] (el agregado entre paréntesis es propio).

Por lo tanto, resulta pertinente reparar en que, para Alexy, la noción de "valor" en tanto "criterio de valoración" no resulta ajena al derecho y tampoco implica necesariamente subjetividad o irracionalidad. Cierto es que tal relación puede entablarse con los principios jurídicos que, en tanto normas para Alexy, sólo se diferencian de los valores en virtud del carácter deontológico de los primeros y el carácter axiológico de los

[133] Op. cit., Alexy (1993), p. 145.

[134] Op. cit., Alexy (1993), p. 147.

segundos. De tal modo, se verá más adelante en este trabajo que la proximidad entre ciertos valores –sociales, políticos, etc.- y los principios jurídicos resulta relevante desde un punto de vista argumentativo. Por lo tanto, puede decirse que en el caso de Alexy se da un paso **desde los valores fundamentables –**posibilidad de argumentar en base a valores- **hacia los derechos fundamentales** en tanto principios jurídicos.

B.

Los valores desde la sociología pragmática de Nathalie Heinich (una introducción)

Ahora bien, en lo que respecta al segundo punto planteado relativo a la propuesta de Nathalie Heinich, tal como se anticipó previamente, su desarrollo *in extenso* será realizado más adelante en este trabajo en el marco de una propuesta de tipología de racionalidad específica. Sin embargo, cabe destacar brevemente en este momento que el enfoque sociológico de los valores propuesto por la socióloga francesa puede resultar relevante en términos de dotar de "racionalidad" y "objetividad" a los valores dentro del ámbito jurídico. Tal como se advirtió durante este desarrollo, existen puntos de contacto entre algunas de las nociones ofrecidas por Alexy y por Heinich.

A modo de síntesis puede plantearse que la propuesta de Heinich consiste en ofrecer una descripción sistemática del sistema de valores propio a una cultura que precede a la producción de juicios de valor, y de las reglas de su aplicación, de modo de poder utilizar, sin temor a malentendidos, el término "valores". Se trata de una "ciencia social de los valores" o de una "sociología axiológica" que busca estudiar la relación que los actores mantienen con los valores a partir de sus prácticas de evaluación. Asimismo, pretende investigar a qué reglas sociales obedecen los humanos y de qué modo aquellas reglas se estabilizan o, por el contrario, evolucionan. Ello permitirá sumergirse en el estudio de la actividad normativa o axiológica, la actividad de producción de juicios de valor. A fin de llevar a cabo este propósito, Heinich desarrolla métodos específicos de investigación adaptados a una "gramática axiológica".

C.

Relevancia de la relación entre principios y valores para la interpretación y aplicación del derecho

En base a lo expuesto, y al ingresar en este tercer punto, cabe expresar que el enfoque sociológico acerca de los valores aportado por Nathalie Heinich se presenta como un relevante complemento para la teoría de los principios, en especial, la de Robert Alexy quien de modo alguno niega el nexo entre valores y principios jurídicos. Al respecto, debe recordarse que para el jurista alemán "*El modelo de los principios y el modelo de los valores han demostrado ser esencialmente iguales por lo que respecta a su estructura, con la diferencia de que el uno debe ser ubicado en el ámbito deontológico (el ámbito del deber ser) y el otro en el ámbito axiológico (el ámbito de lo bueno)*"[135].

Es importante aclarar que, sin perjuicio de lo expresado anteriormente, Alexy establece una preferencia por el modelo de principios. Ello, pues al hallarse dentro del ámbito del deber ser -ámbito deontológico- los principios guardan mayor relación con el derecho y, a su vez, el concepto de principio resulta más preciso que el de valor. En palabras de Alexy, "*(…) el modelo de los principios tiene la ventaja de que en él se expresa claramente el carácter de deber ser. A ello se agrega el hecho de que el concepto de principio, en menor medida que el de los valores, da lugar a menos falsas interpretaciones. Ambos aspectos son lo suficientemente importantes como para preferir el modelo de los principios*"[136].

No obstante, Alexy reconoce que "*(…)* ***es perfectamente posible partir en la argumentación jurídica del modelo de los valores en lugar del modelo de los principios***"[137] (el destacado es propio). Por lo tanto, es aquí donde la propuesta de Heinich puede contribuir también a sumar en precisión y evitar las "falsas interpretaciones" respecto a los valores. De todos modos, lo relevante para este último tramo del presente trabajo es que, a pesar de la preferencia de Alexy por el modelo de principios, es posible argumentar objetiva y racionalmente a partir de valores y/o

[135] Ibidem.

[136] Ibidem.

[137] Ibidem.

principios jurídicos. Y aquella posibilidad, en lo relativo a los valores, puede surgir a partir del enfoque sociológico de los mismos que ahuyenta las críticas de subjetividad, emotividad, intuicionismo e irracionalidad de los valores.

Cabe reparar en que no siempre se podrá contar con principios jurídicos expresamente plasmados –"positivizados" en términos de Genaro Carrió- en algún cuerpo normativo -Ley, Código o Constitución- y, sin perjuicio de ello, sí se podrá hablar de la presencia de principios implícitos o, en todo caso, de valores subyacentes a aquellos textos jurídicos. Y aquellos valores, si bien no presentan carácter normativo -a diferencia de las reglas y los principios jurídicos-, resultan fundamentales al momento de la argumentación. Es decir, ante la situación de tener que argumentar por fuera de la letra de una norma (regla o principio) -ya sea por inexistencia de ésta, es decir, en caso de laguna normativa, o en la situación de colisión entre dos principios, por mencionar algunos escenarios relevantes-, resulta esencial contar con un recurso argumentativo como la "gramática axiológica" que forma parte del enfoque sociológico de los valores de Heinich.

En este sentido, Alexy también destaca el rol de los valores como herramienta de argumentación. Al respecto, el jurista alemán expresa que "*(…) los valores son criterios de valoración que, como las normas en general, valen o no valen. Su validez, al igual que las valoraciones que ellas posibilitan, no son objeto de algún tipo de evidencia sino objeto de fundamentaciones. La fundamentación depende del tipo de validez de que se trate: jurídica, social o ética*"[138].

De tal modo, puede considerarse que en el enfoque de Heinich la fundamentación en base a valores depende de la validez social. Y, en este sentido, la sociología axiológica desplegada por la mencionada autora aporta acabadamente aquel grado de validez que habilita a la fundamentación a partir de valores. Por lo tanto, existe un importante punto de contacto entre la postura de Alexy con relación a los valores, en el sentido de **valores fundamentables o argumentables**, y el enfoque sociológico de los mismos aportado por Heinich. Y aquella relación se evidencia con mayor notoriedad al momento de la interpretación y aplicación del derecho, específicamente durante el

[138] Op. cit., Alexy (1993), p. 151.

proceso de argumentación racional en situaciones específicas en las que el recurso a los valores subyacentes a los textos normativos se presenta como una buena herramienta argumentativa. Esto se torna posible al contar con un discurso objetivo y racional sobre los valores, ya sea por la objetividad y racionalidad aportada por el enfoque sociológico de Heinich, o por la posibilidad de poder fundamentar la validez de los valores como criterios de valoración, según Alexy. Esto último sin desconocer que el jurista alemán se inclina por la ponderación y la teoría de los principios. No obstante, resulta relevante la posibilidad de complementar, de sumar en objetividad y racionalidad desde un enfoque sociológico, al espectro de los valores -argumentables o fundamentables conforme Alexy- que subyacen los textos normativos y que pueden resultar relevantes al momento de la interpretación y aplicación del derecho en la decisión de casos difíciles y casos estructurales.

D.

Distintas propuestas y reflexiones acerca de la ponderación

Una vez despejada la crítica que fue analizada precedentemente, resulta menester exponer distintas posturas acerca de la *ponderación*, más específicamente en cuanto a sus alcances y estructura. En este sentido, tal como fue anticipado, la posición de Alexy se erige como un punto de partida que luego será abordado desde las miradas de Guastini y Moreso, quienes también ofrecen reflexiones acerca de la *ponderación*. Asimismo, se presentarán los desarrollos otros juristas que han contribuido a la temática de la aplicación de los principios jurídicos más allá del debate acerca de la ponderación y que resultan sumamente relevantes para el presente trabajo, a saber, Atienza y Ruiz Manero y Raz.

Ahora bien, al ingresar en el debate acerca de la *ponderación*, es importante mencionar a Aulis Aarnio. Si bien no ofrece un desarrollo acabado sobre ese tema, su postura es interesante al exhibirse, tal vez, como la más tajante en cuanto la distinción entre los modos de razonar a partir de principios y reglas. Al respecto, el jurista finlandés expresa que "*Aunque las reglas y los principios parecen ser lingüísticamente entidades normativas semejantes, existe una diferencia entre ambos por lo que*

respecta a su empleo y función en el razonamiento jurídico. Dicho brevemente, dos aspectos deben mantenerse separados uno del otro: l. Sólo las reglas pertenecen al área de la lógica deóntica, mientras que los principios se emplean de acuerdo con la lógica de la preferencia. 2. ***Las reglas jurídicas son objeto de interpretación, los principios jurídicos lo son de ponderación***"[139] (el destacado es propio).

De tal modo, puede advertirse que Aarnio marca una fuerte distinción en cuanto al modo de proceder argumentalmente frente a principios y reglas, a tal punto que ubica a cada una de estas normas jurídicas dentro de lógicas diferentes y propone actividades intelectuales diversas para cada una de ellas. En este sentido, diferencia entre *normas de deber-ser* y *normas de deber-hacer* y, así plantea la existencia, por un lado, de una lógica *Tunsollen* en la cual el contenido de las normas son *acciones* y, por otro lado, de una lógica *Seinsollen* en la que aquel contenido son *estados de cosas*[140].

Más allá de la postura de Aarnio en cuanto las diferentes lógicas a considerar, cabe destacar que él también menciona a la *ponderación* como forma de aplicación de los principios jurídicos. Sin embargo, el jurista finlandés no ofrece, tal como se anticipó, un desarrollo acerca de su estructura y procedimiento.

Ahora bien, quien sí ofrece un prolífero desarrollo en ese sentido es Alexy, respecto de quien a continuación se efectuarán algunas menciones acerca de su propuesta de ponderación como actividad intelectual dentro del discurso racional mediante la cual se argumenta a partir de principios jurídicos.

---

[139] Op. cit., Aarnio, p. 598.

[140] Al respecto, Aarnio expresa que "*Cuando habla de lógica del tipo Seinsollen, Laporta se refiere a la lógica de estados de cosas ideales, en la línea sugerida por Georg Henrik von Wright (van Wright 1978). Desde este punto de vista los principios se ocupan del estado de cosas ideal ordenando lo que debe ser. El estado de cosas ideal puede definirse de diferentes maneras. Más aún, la clave es que el estado de cosas ideal puede ser objeto de ponderación, y que en tal situación puede usarse la lógica de la preferencia. La cuestión es simplemente cómo situar diferentes elementos dentro del orden de preferencia. Esto hace comprensible también lo que significa que un principio es un mandato de optimización*". Ibidem.

Es importante aclarar que acerca de este tema existen gran cantidad de desarrollos que analizan minuciosamente diversos aspectos relacionados con la *ponderación* –su legitimidad, su racionalidad, su estructura-. De tal modo, a continuación, solamente se presentarán algunas de sus características más relevantes con el objeto de presentarla como un método para aplicar los principios jurídicos, del mismo modo que al referirse a la aplicación de reglas se alude a la *subsunción-deducción*.

En primer lugar, la *ponderación* entra en escena en caso de colisión entre principios –mandatos de optimización- y allí toma relevancia la noción de ley de la colisión. Con relación a este último concepto, Alexy expresa que "*La ley de la colisión expresa el hecho de que entre los principios de un sistema no existe una relación de prevalencia absoluta sino condicionada. La tarea de la optimización consiste en determinar correctamente esa relación de prevalencia (…) Resolver un caso con base en la ponderación significa, decidir el caso con base en una regla basada en principios que se contraponen. En este sentido, los principios son fundamentos necesarios de las reglas*"[141].

Ahora bien, en lo que atañe al procedimiento específico de la *ponderación* existe un punto de debate relevante en torno a su racionalidad. Para efectuar algunas consideraciones al respecto cabe tener presente que la *ponderación* puede dividirse en tres subetapas, a saber: en primer lugar, la determinación del grado de insatisfacción o afectación de uno de los principios; en segundo lugar, la determinación de la importancia de la insatisfacción del principio que se contrapone; y, en tercer lugar, la determinación de la relación de prelación condicional que estipula la ley de la colisión. En este sentido, Alexy sostiene que "*…la respuesta a la pregunta acerca de si la ponderación es o no un procedimiento racional depende de si todas las tres etapas pueden llevarse a cabo de manera racional. Esto es posible, si es a su vez posible llevar a cabo juicios racionales sobre, primero, la intensidad de la intervención, segundo, sobre el grado de importancia y, tercero, sobre su proporcionalidad*"[142].

---

[141] Alexy, Robert (2019). *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, Palestra Editores: Lima, Perú, pp. 94-95.

[142] Op. cit., Alexy (2019), p. 96.

La posibilidad de poder argumentar respecto a los tres aspectos mencionados anteriormente está relacionada con un aspecto que ha sido frecuentemente criticado a Alexy, a saber, su fórmula del peso y el uso de la escala triádica -leve, moderado, grave- y cardinal -20, 21, 22- para determinar aquella intensidad de intervención de un principio como así también la importancia del principio que justifica la intervención. Ahora bien, no es objeto de este trabajo realizar un análisis pormenorizado respecto a la *ponderación* sino presentar a la misma con un método importante -debido a su avanzado desarrollo- para la aplicación de principios jurídicos en una decisión judicial. De tal modo, y tal como fue anticipado, solamente se mencionará los aspectos más destacables de esta actividad intelectual. Así pues, concretamente ante la pregunta acerca de cuál sería el peso de un principio bajo las circunstancias del caso que se debe resolver, Alexy plantea que "*…el peso de un principio bajo las circunstancias del caso que se debe decidir, o sea,* su peso concreto*, que corresponde al cociente entre la intensidad de la intervención de este principio y la importancia del principio que se le contrapone*"[143].

En base a lo expuesto, el jurista alemán concluye acerca de la racionalidad del método de *ponderación* que "*…la ley de la colisión, la ley de la ponderación y la fórmula del peso muestran que la ponderación tiene una estructura racional (…) La posibilidad de debates acerca de la escala y la posibilidad de empates en la ponderación muestran solo que la estructura de la ponderación no es la estructura única de la aplicación del derecho.* ***Esto conduce a la pregunta acerca de la forma como se integra la ponderación en la estructura total de la argumentación jurídica***"[144] (el destacado es propio).

Esta última pregunta genera una serie de interrogantes adicionales. Sin embargo, cabe dedicar algunas reflexiones acerca de la legitimidad de la *ponderación* como integrante de la teoría de la argumentación jurídica. Al respecto, suele plantearse que la *ponderación* afecta la seguridad jurídica en la medida que la decisión tomada a partir de la *ponderación* de principios que se realiza caso a caso resulta imprevisible. No obstante, y tal como se señaló anteriormente, Alexy se cuestiona acerca de la

[143] Op. cit., Alexy (2019), p. 100.

[144] Op. cit., Alexy (2019), pp. 103-104.

integración de la *ponderación* en la estructura total de la argumentación jurídica y no en su imposición como único método y el desplazo del esquema de la *subsunción y deducción* aplicable a las reglas. En esta inteligencia, Alexy sostiene la prelación *prima facie* de las reglas sobre los principios -y, por lo tanto, de la *subsunción* sobre la *ponderación*- al expresar que "*…los argumentos que expresan un vínculo con el tenor literal de la ley o con la voluntad del legislador histórico tienen prelación sobre otros argumentos,* ***a no ser que se puedan dar motivos razonables para que otros argumentos prevalezcan****…*"[145] (el destacado no es original). Con relación a este último aspecto, en los puntos que siguen -*infra* Sección II, punto II- y luego a partir de la propuesta de diversas tipologías de racionalidad que se propondrán más adelante en este trabajo, se verá que en la decisión de algunos casos resulta ineludible la consideración de argumentos diversos de los que puedan hallarse al nivel de las reglas positivas pero que deberán incorporarse al ordenamiento jurídico e interactuar con aquéllas mediante un esquema argumental racional.

En este sentido, Alexy destaca que aquella prevalencia -en la que se destacan principalmente los argumentos semánticos, genéticos, sistemáticos y libre de ponderación- se da siempre y cuando no tenga lugar la apertura ocasionada por lo que Hart ha llamado la "textura abierta". Al respecto, el jurista alemán expresa que "*Esta apertura surge con ocasión de la vaguedad del lenguaje del derecho, la posibilidad de los conflictos entre reglas, de lagunas del derecho y la posibilidad de decisiones contra legem. En el ámbito de la apertura del derecho, los argumentos jurídicos racionales no son solo permitidos sino exigidos. Las ponderaciones corresponden a argumentos jurídicos, si los principios ponderados corresponden a principios jurídicos (…) Esto significa que los argumentos de la ponderación son argumentos jurídicos racionales. Por consiguiente, en el ámbito de la apertura del derecho siempre se exige una ponderación, si una ponderación es posible*"[146].

Y aquí debe remarcarse un punto clave en la propuesta de Alexy. El jurista alemán considera que la ponderación en los casos de apertura del derecho no implica la disolución de la estructura fundamental deductiva en la aplicación del derecho. En

[145] Op. cit., Alexy (2019), p. 104.

[146] Op. cit., Alexy (2019), p. 105.

este sentido, Alexy plantea que se conserva la estructura deductiva de la justificación interna pues la ponderación ocurre en el ámbito de la justificación externa, es decir, en la oportunidad de justificar las premisas que formarán parte de la estructura de la justificación interna.

Por lo tanto, puede advertirse que de ningún modo la ponderación implica una afectación a la seguridad jurídica pues no se trata de reemplazar un método por otro, sino complementarlos en caso de que sea necesario y siempre ocupando la ponderación su lugar en el contexto de la justificación externa, lo cual, en definitiva, deja intacta la estructura y método propio de la justificación interna empleada en la decisión a partir de reglas. En esta inteligencia, tal como se ha intentado dejar en claro desde el comienzo de este trabajo, no se pretende establecer una prelación injustificada de un tipo de norma jurídica por sobre otra, sino que lo que se busca plantear es que ante la existencia de normas como los principios jurídicos y en ocasión de tener que resolver algunos casos -difíciles y estructurales- la sola consideración del nivel argumental ofrecido por las reglas no permite arribar a una solución que contemple la complejidad del caso o incluso que permita resolver la dificultad que ocasiona la apertura del derecho en los términos señalados anteriormente. En definitiva, se trata de complementar diversos niveles argumentales todos ellos racionales con el objeto de lograr una decisión que resulte completamente justificada en todos los puntos que deban desarrollarse sin que el -infundado- temor a la afectación a la seguridad jurídica implique siempre preferir aplicar una regla cuando se sabe *a priori* que tal proceder no dará una respuesta adecuada, sino solamente formal.

De tal modo, y al retomar las primeras reflexiones relativas a la ponderación y su relación con la valoración, cabe destacar que Alexy expresa que "*(…) el solo argumento de que en la ponderación juegan algún papel las valoraciones no fundamenta todavía ninguna objeción en contra de la posibilidad de la fundamentación racional de decisiones de ponderación, a menos que se diga que la argumentación racional siempre se vuelve no-racional o irracional tan pronto como se ingresa en el ámbito de valoraciones que no están dadas de antemano con autoridad vinculante*"[147].

[147] Op. cit., Alexy (1993), p. 166.

En este sentido, el jurista alemán considera que adoptar tal concepción implicaría reconocer que gran parte de la práctica judicial tendría que ser entonces considerada como irracional o no-racional. Por otro lado, tal postura reposa en la tesis de que los juicios de valor y de obligación no pueden ser fundados lo cual, desde la posición de Alexy, no es aceptable.

Luego agrega que "*Ciertamente la ley de la ponderación, en tanto tal no formula ninguna pauta con cuya ayuda pudieran ser decididos definitivamente los casos. Pero el modelo de ponderación como un todo proporciona un criterio al vincular la ley de la ponderación con la teoría de la argumentación jurídica racional. La ley de la ponderación dice qué es lo que tiene que ser fundamentado racionalmente*"[148].

Y, finalmente, Alexy concluye que "*El modelo de ponderación presentado puede, pues, por una parte, satisfacer las exigencias justificadas en el sentido de que se tomen en cuenta las situaciones reales, al igual que las legalidades empíricas, y se crea una dogmática detallada de los distintos derechos fundamentales; por otra, permite evitar las dificultades del concepto del análisis del ámbito normativo (…) aquí puede tratarse o bien sólo de argumentos empíricos o de argumentos empíricos en conexión con argumentos valorativos*"[149]*.* En este sentido, los argumentos empíricos no alcanzan por sí solos para abordar la temática de los derechos fundamentales pues éstos implican un análisis normativo y no pueden inferirse enunciados normativos solamente de enunciados empíricos. Por lo tanto, el análisis de los derechos fundamentales dentro del ámbito normativo requiere de una relación entre elementos empíricos y valorativos. Al aceptar lo anterior, "*(…) se plantea entonces la cuestión de saber de dónde proceden los elementos valorativos y cómo pueden ser controlados*"[150]*.*

Sobre este último aspecto, es decir, la incorporación al discurso jurídico de elementos valorativos –no normativos, aunque jurídicamente relevantes- sujetos a control intersubjetivo, versará el último punto de este capítulo -*infra* Sección II, punto II.B-.

[148] Op. cit., Alexy (1993), p. 167.

[149] Op. cit., Alexy (1993), p. 168

[150] Op. cit., Alexy (1993), p. 169.

Una vez plasmado el esquema de ponderación propuesto por Alexy, cabe efectuar una breve mención a la propuesta de ponderación de Guastini pues, posteriormente, se desarrollará el enfoque de Moreso que tiene como punto de partida ambos modelos de ponderación y resultará, por lo tanto, esclarecedor contar también con algunas nociones del jurista italiano.

En este sentido, resulta preciso mencionar que para Guastini los principios pueden cumplir diferentes funciones. En primer lugar, y principalmente, se emplean en la producción del derecho pues cumplen el rol de *parámetro de legalidad o legitimidad* de otra fuente normativa que se considera, de tal modo, subordinada a un principio. Es decir, una norma N no puede ser contraria al principio P -ej. un derecho fundamental- y, de tal modo, el principio P se erige como un parámetro en la sanción de la norma N que resulta, entonces, subordinada al principio P. En segundo lugar, los principios se utilizan en la interpretación del derecho. Al respecto, Guastini expresa que "*…en sede de interpretación, argumentar mediante principios consiste en apelar a una norma (explícita o implícita), de la que se asume su ´superioridad´ respecto de la decisión a interpretar para adecuar a aquélla el significado de ésta. Y tratar a una norma como principio significa asumir su superioridad -al menos superioridad* axiológica- *respecto de otra*"[151]. En tercer y último lugar, los principios sirven, según el jurista italiano, en la integración de las lagunas del derecho. En este sentido, señala que "*…un principio sólo puede constituir la premisa (una de las premisas) de un razonamiento -habitualmente* no deductivo- *cuya conclusión sea una norma específica, elaborada y formulada por el intérprete*"[152]; y agrega que "*(…) los principios -a causa de su contenido normativo- no son aptos para desarrollar el rol de premisa mayor del silogismo judicial. Ellos desarrollan un rol, más bien, en la justificación externa de la premisa mayor*"[153]. De tal modo, el principio -expreso o implícito- constituye el fundamento de la norma con la que debe integrarse el derecho.

Una vez hecha esta breve mención acerca del rol de los principios en el derecho para Guastini, cabe adentrarse en su posición acerca de la ponderación. Al igual que Alexy

[151] Op. cit., Guastini, p. 164.

[152] Op. cit., Guastini, p. 165.

[153] Op. cit., Guastini, p. 166.

reconoce que los principios jurídicos -especialmente los constitucionales- pueden entrar en conflicto -y que, de hecho, lo hacen a menudo- y que para aportar una solución no puede -o no debe- recurrirse a las mismas técnicas que se emplean para resolver conflictos entre normas -*lex superior derogat inferior; lex posterior derogat priori; lex specialis derogat generali*-. En este sentido, para la solución de conflictos entre principios debe recurrirse a la ponderación en el caso concreto que, según Guastini presenta tres características. La primera de ellas se relaciona con la peculiar interpretación de los principios en cuestión en el sentido de que *"…la ponderación de los principios presupone ante todo que los dos principios involucrados, P1 y P2, sean interpretados en el sentido de que las clases de supuestos de hecho regulados por ellos se superpongan sólo parcialmente, de modo que la antinomia que resulte sea del tipo ´parcial-parcial´* (de acuerdo con la terminología de Alf Ross)*. Si la antinomia fuera del tipo ´total-total´, en efecto, sería simplemente irresoluble. Si fuese del tipo ´total-parcial´, podría -es más, debería- resolverse mediante el criterio de especialidad*"[154] (el agregado en propio). La segunda de las características de la ponderación consiste en el establecimiento de una jerarquía axiológica entre los principios en conflicto, la cual será realizada por el intérprete mediante un juicio de valor. Al respecto, Guastini plantea que el conflicto entre principios se soluciona al asignarle a un principio mayor "valor" o "peso" prevaleciendo así frente al otro, pues ponderar no implica "*…encontrar una solución que tenga en cuenta ambos principios en conflicto (…) La ponderación consiste más bien en sacrificar un principio aplicando el otro*"[155]. Finalmente, la tercera característica, consiste en que a fin de establecer la jerarquía axiológica antes mencionada el juez no valora los principios en conflicto en abstracto, sino que valora el posible impacto de su aplicación en el caso concreto. Con relación a este aspecto, Guastini hace alusión a que la valoración del juez se define a partir de que la aplicación de uno u otro principio resulte más *justa* -o menos *injusta*- que la aplicación del otro al caso concreto. Sin embargo, advierte que tal jerarquía axiológica es móvil o mutable pues, por ejemplo, en el caso A, puede tener más peso

[154] Op. cit., Guastini, pp. 169-170.

[155] Op. cit., Guastini, p. 170.

-puede ser más *justa* o menos *injusta*- la aplicación del principio desplazado en el caso B.

En definitiva, para Guastini "*La ponderación de los principios se funda, entonces, en una peculiar interpretación de los principios de que se trata y sobre un juicio subjetivo de valor (un juicio en términos de ´justicia´) del juez. Actuando así, el juez superpone su propia valoración a la valoración de la autoridad normativa (…) Además, el conflicto no queda resuelto de forma* estable*, de una vez por todas (…) toda solución del conflicto vale sólo para el caso concreto y, por tanto, es imprevisible la solución del mismo conflicto en casos futuros*"[156].

Ahora bien, tal como se adelantó al momento de comenzar el desarrollo acerca de la ponderación, se trata de una propuesta que, si bien puede ser considerada como el método más acabado de ponderación sujeta a control racional, también ha sido extensamente criticada. Entre aquellas posturas críticas, puede mencionarse el caso de Ferrajoli al que se aludió al comienzo de este capítulo para quien, en pocas palabras, la ponderación atenta directamente contra el estado de derecho.

No obstante, sin necesidad de llegar a extremo del jurista italiano, cabe mencionar la postura de J.J. Moreso quien a partir de su análisis de los enfoques de Alexy y Guastini acerca de la ponderación propone una noción de ponderación que no se contrapone a la de subsunción, sino que se trataría solamente de "*…un paso conceptualmente previo que hace posible la inevitable subsunción*"[157].

Al respecto, en lo que respecta a la propuesta de Guastini, Moreso considera que hay dos consecuencias destacables: por un lado, que se trata de una actividad radicalmente subjetiva; y, por otro lado, que se presenta como una forma de *particularismo jurídico* –sustitución dentro de la razón práctica de la racionalidad subsuntiva por una racionalidad narrativa-. En definitiva, se trataría de una actividad que no podría quedar sujeta a control racional. Por su parte, luego de analizar la propuesta de Alexy, el jurista español entiende que tampoco se escapa completamente del particularismo.

[156] Op. cit., Guastini, p. 171.

[157] Moreso, J.J (2009), *La Constitución: modelo para armar*, Ed. Marcial Pons: Buenos Aires, p. 268.

Frente a ese escenario, Moreso propone la noción de *caso paradigmático* vinculada a la posibilidad de aportar criterios para establecer jerarquías entre principios en conflicto a partir de determinadas circunstancias. De tal modo, el jurista español plantea que "*…la ponderación no es el resultado de una actividad radicalmente subjetiva que presupone un juicio de valor absolutamente irrestricto. Los juicios de valor que el intérprete realiza están constreñidos y no cualquier solución es accesible al intérprete: los casos paradigmáticos delimitan, por así decirlo, el ámbito de elegibilidad de las soluciones"*[158].

Seguidamente, Moreso plantea que la colisión entre principios se presenta como un problema de conflicto entre pautas que establecen deberes o derechos incondicionales *prima facie* y, en base a ello, se cuestiona acerca del modo de explicitar las condiciones de aplicación de manera que pueda evitarse el conflicto. A lo que el jurista español responde que "*Si somos capaces de mostrar cómo esta operación puede ser llevada a cabo, la ponderación podrá ser reducida a un tipo de* subsunción*, y el decisor que ha de aplicar principios podrá motivar su decisión en ellos. Si, por el contrario, tal operación no puede ser realizada, el desafío particularista recuperará su fuerza y la motivación justificada no será posible*"[159].

En esta inteligencia, la forma que Moreso concibe para escapar al particularismo es "*…una reformulación* ideal *de los principios que tenga en cuenta* todas *las propiedades potencialmente relevantes (…) debemos proceder a reconstruir nuestros principios de manera de establecer una jerarquía condicionada entre ellos y que sea susceptible de universalización consistente, es decir, que no produzca conflictos en otros niveles*"[160]. Así, Moreso toma el ejemplo de conflicto entre libertad de información (Principio 1) y derecho al honor (Principio 2) sugiriendo dos propiedades relevantes: que la noticia tenga relevancia pública (C1) y que la noticia sea veraz (C2). A partir de ello, cabe reformular aquellos principios en las dos siguientes normas: "la libertad de información está garantizada cuando las noticias son de relevancia pública y veraces" (N1) y "se prohíbe atentar contra el honor mediante el uso de la información salvo

[158] Op. cit., Moreso, p. 272.

[159] Op. cit., Moreso, p. 277.

[160] Op. cit., Moreso, p. 280.

cuando las noticias seas de relevancia pública y veraz" (N2). De tal modo, considera que puede construirse una división en los casos del universo del discurso en cuatro casos elementales: 1) C1 & C2; 2) C1& no C2; 3) no C1 & C2; y 4) no C1 & no C2. De ello, puede colegirse que la norma N1 correlaciona el caso 1) con la consecuencia normativa "facultativo informar"; mientras que la N2 correlaciona los casos 2), 3) y 4) con la solución "prohibido informar".

Con relación a la propuesta expuesta precedentemente, Moreso expresa que "*…este simple sistema normativo regula de manera consistente y contempla todos los casos posibles de su universo de casos. No hay más deberes derrotables, los deberes que surgen de la reformulación, de la explicación de las asunciones implícitas, de los principios en conflicto, dan lugar a un sistema normativo de pautas condicionales pero inderrotables, que permite subsumir los casos individuales en algunos de los casos genéricos disponibles*"[161]*.* Cabe aclarar que el jurista español reconoce que podría cuestionarse que las propiedades mencionadas sean las únicas relevantes e incluso también la tesis de relevancia empleada para su selección. Sin embargo, Moreso considera que nada obsta a que pueda proponerse un universo de propiedades más fino, como, por ejemplo, incorporando una propiedad C3 que considere relevante que la información contenga o no expresiones injuriosas. De este modo, el universo de casos que antes estaba compuesto por cuatro casos ahora estaría compuesto por ocho casos[162] y cada uno de ellos se correlacionaría con las normas antes mencionadas -N1 y N2- según esté permitido o prohibido informar a partir de la posibilidad de subsumir cada caso en alguna de ellas según de den las propiedades relevantes.

A su vez, Moreso explica su idea acerca de la ponderación a partir de la distinción de R.M. Hare entre nivel intuitivo y nivel crítico de la moralidad. En esta inteligencia, señala que "*Por una parte, tenemos nuestros textos constitucionales con un conjunto de principios* prima facie*, que pueden entrar en conflicto entre sí y que aparecen en un contexto inarticulado. Se trata de la comprensión de la Constitución solamente a*

[161] Op. cit., Moreso, p. 281.

[162] 1) C1 & C2 & C3; 2) C1 & C2 & no C3; 3) C1 & no C2 & C3; 4) C1 & no C2 & no C3; 5) no C1 & C2 & C3; 6) no C1 & C2 & no C3; 7) no C1 & no C2 & C3; y 8) no C1 & no C2 & no C3.

nivel intuitivo, de algo semejante a lo que C.E. Alchourrón ha denominado el Master Book *(…) En el nivel crítico, la Constitución constituye, de nuevo en la terminología de Alchourrón, un* Master System*, es decir, un sistema normativo capaz de ofrecer respuestas consistentes y completas para todos los casos*"[163]. A partir de esta reflexión, Moreso aclara que se trata solamente de una idealización pero que puede ocurrir que se den varias idealizaciones posibles para pasar de la *Book Constitution* a la *Master Constitution* y, de tal modo, se reconoce que algunos resultados puedan quedar indeterminados aunque serían solamente algunos casos y podría tratarse de situaciones en los cuales los valores detrás de los principios en conflicto sean inconmensurables por existir diferentes jerarquías admisibles que conducen a resultados incompatibles y ninguna de ellas puede privilegiarse.

Finalmente, Moreso ofrece algunas conclusiones acerca de su posición frente a la ponderación. Al respecto, expresa que "*…mi posición es que no cualquiera de las jerarquizaciones axiológicas lógicamente posibles entre los principios es admisible*"[164]. A su vez, señala que "*La racionalidad subsuntiva es, mi opinión, un presupuesto necesario para la justificación de todas nuestras decisiones*"[165]. Y en base a ello, concluye que "*(…) Idealmente el juez constitucional que aplica principios constitucionales opera con un conjunto delimitado de propiedades relevantes que permiten correlacionar de manera unívoca determinados casos genéricos con sus soluciones normativas. La ponderación consiste en la articulación de ese conjunto de propiedades relevantes, en la explicitación de las condiciones de aplicación que previamente eran sólo implícitas. Una vez realizada esta tarea, la aplicación de los principios consiste en la subsunción de casos individuales en casos genéricos. Si la aplicación del Derecho consiste en resolver casos individuales mediante la aplicación de pautas generales, entonces -por razones conceptuales- no hay aplicación del Derecho sino subsunción*"[166].

[163] Op. cit., Moreso, pp. 282-283.

[164] Op. cit., Moreso, p. 284.

[165] Ibidem.

[166] Ibidem.

Tal como puede apreciarse, las posturas de Guastini, Alexy y Moreso con relación a la ponderación presentan ciertas diferencias. No obstante, en especial las posiciones de Alexy y Moreso pueden presentar, en algunos aspectos, rasgos similares o, como lo expresa Laura Clérico, ciertos parecidos de familia. En este sentido, Clérico sostiene que "*…el modelo de la ponderación en Alexy no opera frente a cada una de las colisiones de derechos desprovisto de toda atadura, sino que es un modelo de la ponderación fuertemente orientado por reglas, entre otras, por* reglas-resultados de anteriores ponderaciones *que bien pueden ser reconstruidas como una* red de casos"[167]. De tal modo, la jurista argentina destaca la relevancia de los casos en el modelo de ponderación de Alexy lo cual lo aleja del presunto particularismo que le es adjudicado por autores como Moreso. En esta inteligencia, la mencionada red de reglas-resultados de la ponderación podría pensarse conformada, tal como expresa Clérico, como cadenas de relaciones de prioridad condicionadas que "*…facilita la información y la argumentación acerca de la historia del peso de un principio bajo determinadas condiciones y frente a principios colisionantes. Si se dan condiciones similares y su aplicación es justificable, ofrece una solución para la colisión; cuando su aplicación se descarta, muestra en qué sentido se debe justificar*"[168]. Y esto permite pensar en un modelo de la ponderación orientado por reglas que contribuye a la previsibilidad procedimental, aunque, tal como aclara Clérico, siempre puede ser desafiada por razones provenientes de las restricciones por acción u omisión a los derechos fundamentales.

Ahora bien, la jurista argentina plantea que a pesar de que Moreso considere que su propuesta de ponderación es superadora de la de Alexy -al menos en cuanto evita caer en el particularismo y conserva una concepción subsuntiva-, en realidad pareciera que hay más parecidos de familia que diferencias entre ambas posiciones siempre que se ponga de relieve el desarrollo de Alexy acerca las reglas de precedencia que surgen de las soluciones de anteriores conflictos de derechos, es decir, la red de reglas-resultados a la que se aludió anteriormente.

---

[167] Clérico, Laura (2012), *Sobre "casos" y ponderación. Los modelos de Alexy y Moreso. ¿Más similitudes que diferencias?*, ISONOMÍA No. 37, p. 114.

[168] Op. cit., Clérico, pp. 130-131.

Por lo tanto, si te toma en consideración el procedimiento propuesto por Moreso -el cual se desarrolló anteriormente y que Clérico resume muy claramente[169]-, el último paso, a saber, la formulación de las reglas que resuelven de un modo unívoco todos los casos del universo del discurso, coincidiría, según Clérico, "*…con la formulación de la regla resultado de la sentencia y con el mandato de resolver casos similares (es decir, los pertenecientes al Universo del Discurso) con las mismas reglas*"[170], que también puede vincularse a la propuesta de Alexy.

Más allá de lo expresado previamente, Clérico deja a salvo su visión acerca de que el modelo de Moreso sería más un esquema de subsunción con comparación de casos que uno de ponderación propiamente dicha, al menos en el sentido de ponderación propuesto por Alexy.

Por otra parte, no puede omitirse las críticas que realiza Ricardo Guibourg a la ponderación en los términos planteados por Alexy. Al respecto, el jurista argentino considera que existe una falla en la base metodológica en la propuesta de la *fórmula del peso*. En este sentido, alude a una deficiencia epistemológica en la intención de justificar una consecuencia moral a partir de premisas descriptivas. Al respecto, Guibourg expresa que "*Es claro que un juicio moral no puede deducirse de un conjunto de premisas a menos que al menos una de esas premisas sea moral. Es posible afirmar que una conducta es justa o injusta por referencia a sus consecuencias causales, o a la preferencia de una mayoría, pero no sin asumir que hay una manera de decidir cuáles consecuencias son más deseables que otras, o por qué la opinión de la mayoría puede justificar un juicio moral*"[171]. Esto lleva a dificultar la posibilidad

[169] Clérico plantea que el procedimiento sugerido por Moreso consiste en cinco pasos: a) la delimitación del problema normativo que presenta el caso; b) la identificación de las pautas *prima facie* aplicables al ámbito de acciones que quedó delimitado en a); c) la consideración de determinados "casos paradigmáticos", reales o hipotéticos, del ámbito normativo seleccionado en la etapa a), que tendrían como función la de delimitar y restringir el ámbito de reconstrucciones admisibles; d) la determinación de las propiedades relevantes del problema normativo; y e) la formulación de las reglas que resuelven de un modo unívoco todos los casos del universo del discurso (Op. cit., Clérico, p. 138).

[170] Op. cit., Clérico, p. 141.

[171] Guibourg, R.A, *Alexy y su fórmula del peso*, en Gustavo A. Beade y Laura Clérico (eds.), (2011). *Desafíos a la ponderación*, Universidad Externado de Colombia: Bogotá, p. 178.

de distinguir entre valores y principios sin que a tal fin se recurra a una verdad moral religiosa o a asumir que la verdad moral es evidente por sí misma y puede ser captada por la intuición humana. Sin embargo, el jurista argentino plantea que Alexy no sigue ninguno de esos caminos, sino que adopta una posición metodológica que se apoya en la aplicabilidad práctica de la fórmula del peso y, en base a ella, se refiere a "*(…) cada una de sus afirmaciones acerca de la naturaleza (parcial) del derecho, de la identificación de los principios, de las buenas razones o buenos argumentos, o de la comparación y ponderación de los principios en cualquier caso en los que ellos entren en conflicto (…)*"[172].

En este sentido, Guibourg expresa que Alexy insiste en la existencia de una estructura racional para pesar los principios lo que implica asignarles cierta magnitud de importancia. A partir de esto, otra de las observaciones efectuadas por el jurista argentino se relaciona con la posibilidad de otorgarle peso a los principios a los fines de poder ponderarlos. Al respecto, Alexy considera que los distintos principios cuentan con pesos abstractos. No obstante, Guibourg considera que el jurista alemán no ofrece un método para poder conocer esos pesos abstractos. En este sentido, Guibourg refiere que "*La fuente principal de la racionalidad práctica, según Alexy, es el discurso racional. Pero, al mismo tiempo, se describe el discurso racional como una especie de continente para el intercambio de buenos argumentos y se afirma que, si pueden esgrimirse buenos argumentos a favor y en contra de una misma solución, cualquier decisión sería* objetiva*. Si dos principios están en conflicto en un caso, esto significa que cada uno de ellos puede ser defendido con buenas razones. Si, en esa situación, cualquier solución es objetiva y racional, es preciso admitir que (a) los dos principios tienen el mismo valor, o (b) que no hay un método (racional, objetivo) para establecer el valor diferente de cada uno de tales principios*"[173].

En base a ello, Guibourg afirma que no hay posibilidad de llevar a cabo la ponderación sino es a partir de *pesos concretos* de cada principio. Nuevamente, la fórmula del peso establece como criterio a tales efectos la *interferencia* del peso de un principio sobre

[172] Op. cit., Guibourg, p. 180.

[173] Op. cit., Guibourg, p. 182.

otro. Sin embargo, el jurista argentino destaca que Alexy no ofrece ningún método para encontrar la cantidad objetiva de aquella interferencia.

Por lo tanto, Guibourg no encuentra en la propuesta de Alexy la solución a los problemas planteados. En este sentido, considera que todo gira alrededor la eficacia de la fórmula del peso cuya estructura no resulta útil sin un método confiable que permita medir la interferencia de un principio respecto de otro. A su vez, entiende que el discurso racional no alcanza para identificar a los principios ni para medir sus respectivos pesos abstractos o concretos y, de tal modo, al no existir tampoco a estos efectos un método confiable, se trata de opiniones relativas a cada solución.

Todo lo expuesto hasta aquí permite analizar las distintas posiciones alrededor de la ponderación lo cual ilustra que, si bien el desarrollo planteado por Alexy resulta sumamente relevante, no es pacífica su adopción como herramienta para la aplicación de los principios jurídicos. En este sentido, el presente análisis debe continuar con la puesta en práctica de estas normas.

II.

Acerca de los roles que pueden desempeñar los principios jurídicos en un ordenamiento jurídico

Dentro de los desarrollos que se expusieron anteriormente, cabe tener presente que Guastini ofrece algunas reflexiones acerca del rol que pueden desempeñar los principios jurídicos dentro de un ordenamiento jurídico. Sin embargo, aquella posición se encontraba vinculada a su visión respecto de la *ponderación*.

Ahora bien, otra de las posturas a destacar es la de Atienza y Ruiz Manero. Al respecto, los juristas españoles plantean que los principios cumplen diversas funciones en el derecho y, de tal modo, distinguen entre las siguientes tres dimensiones: de explicación, de justificación y de legitimación y control del poder que cumplen aquellas normas. De estas tres dimensiones, se profundizará especialmente sobre la de justificación pues es aquélla que se relaciona con desarrollo que se lleva a cabo en este punto relativo a la aplicación de los principios jurídicos. No obstante,

resulta menester efectuar alguna mención acerca de las otras dos dimensiones. En lo que respecta a la dimensión explicativa del Derecho en general un ordenamiento jurídico en particular o un aspecto de aquél, Atienza y Ruiz Manero expresan que "*…los principios cumplen con esta función explicativa al menos en estos dos sentidos. En primer lugar, por su capacidad para sintetizar una gran cantidad de información: la referencia a unos pocos principios nos permite entender cómo funciona una institución jurídica en el conjunto del ordenamiento jurídico, y en relación con el sistema social. Pero, en segundo lugar –y esto es más importante- los principios nos permiten también entender el Derecho –o los diferentes Derechos- no como un simple conjunto de pautas, sino como un conjunto ordenado, esto es, como un conjunto dotado de sentido*"[174].

Por su parte, en lo que atañe a la dimensión legitimadora, los juristas españoles consideran que los principios jurídicos pueden desempeñar un papel importante en la limitación del poder que el Derecho ejerce en la sociedad al ser formulados como derechos humanos o derechos fundamentales que formen parte de las declaraciones de derechos recogidas en las Constituciones.

Ahora bien, al ingresar en la dimensión justificativa de los principios jurídicos, se verá a continuación de qué modo estas normas se desenvuelven dentro del razonamiento jurídico. Cabe destacar que los juristas españoles consideran que el razonamiento jurídico es un tipo especial de razonamiento práctico y que puede involucrar elementos de diversa naturaleza. En lo que respecta al aspecto normativo, señalan que los principios contrastan con las reglas y, de tal modo son por un lado *menos* que ellas en cuanto a su contribución a la argumentación pues no reducen la complejidad del proceso de argumentación; pero, por otro lado, son *más*, toda vez que los principios tienen mayor poder explicativo y se aplican a más situaciones[175].

---

[174] Op. cit., Atienza y Ruiz Manero (1996), p. 20.

[175] En este sentido, Atienza y Ruiz Manero expresan que "*Los principios son menos que las reglas en estos dos sentidos. Por un lado, no presentan las ventajas de las reglas, pues no permiten ahorrar tiempo a la hora de decidir un curso de acción. Si una regla es aceptada, entonces se evita tener que entrar en un proceso de ponderación de razones en pro y en contra; la regla opera, por tanto, como elemento que reduce la complejidad de los procesos de argumentación. Sin embargo, los principios*

En base a lo expuesto, Atienza y Ruiz Manero se proponen analizar si este criterio resulta viable para el razonamiento aplicable en las tres clasificaciones de principios que plantean –tal como fue desarrollado anteriormente en este capítulo[176]-. En esta inteligencia, solamente cabe aludir a la distinción entre *principios primarios* y *principios secundarios*, por un lado; y *principios explícitos* y *principios implícitos*, por otro lado.

En lo que atañe a la primera clasificación, principalmente en lo que se refiere al empleo de los principios por parte de los órganos jurisdiccionales –también abogados y dogmáticos-, consideran que *"…deben servirles no solamente para resolver el problema de qué hacer, sino también el de cómo justificar lo que se ha hecho o se va a hacer, esto es, la toma de decisiones jurídicas*"[177]. Ahora bien, es importante aclarar que Atienza y Ruiz Manero no consideran que los principios jurídicos solamente formen parte del razonamiento jurídico en la decisión de *casos difíciles* pues incluso en los *casos fáciles* la decisión no debe contrariar el *sistema de principios que dotan de sentido* a la institución o sector normativo sobre el que versa el caso. Por lo tanto, la actividad jurisdiccional no se limita a la aplicación de reglas –razones perentorias- que solamente exige deliberación en las zonas periféricas ocasionadas por problemas del lenguaje ordinario –ambigüedad, vaguedad-, o por problemas lógicos derivados de la actividad legislativa –lagunas, antinomias-. Consecuentemente, los juristas españoles entienden que "*…si la consideración de un caso fácil (…) sólo puede hacerse teniendo en cuenta principios, entonces la dimensión de* obediencia *a razones perentorias ya no puede aparecer como primaria: la* obediencia *a tales razones exige la previa* deliberación *y sólo tiene lugar en el territorio acotado por ésta (…) ha de tratarse de razones contenidas en el propio Derecho, esto es, de principios explícitos*

(…) no eximen de la tarea de ponderación. Por otro lado, los principios, en cuanto premisas a utilizar en los argumentos prácticos, tienen menos fuerza (son menos concluyentes) que las reglas (…) Pero los principios también son más que las reglas, y en otros dos sentidos. Por un lado, porque al estar enunciados –o poder enunciarse- en términos más generales, entran también en juego en un mayor número de situaciones; esto es, al tener un mayor poder explicativo que las reglas, tienen también un mayor alcance justificatorio. Por otro lado, la menor fuerza de los principios en cuanto premisas del razonamiento práctico va aparejada a una mayor fuerza expansiva (…)". Op. cit., Atienza y Ruiz Manero (1996), p. 21.

[176] Ver: Sección I, punto II.B.

[177] Op. cit. Atienza y Ruiz Manero (1996), p. 22.

o implícitos. Puede hablarse así de una deliberación normativa guiada *(…)*"[178]. Así pues, la decisión de un caso implica un *balance de razones* siempre orientado por pautas jurídicas. La particularidad de la solución de los *casos difíciles* es que la regla aplicable al caso surgirá del balance o ponderación de principios –explícitos y/o implícitos-, es decir, será el resultado del balance de razones no perentorias.

Por su parte, en lo que respecta a la clasificación entre *principios explícitos* y *principios implícitos* Atienza y Ruiz Manero simplemente destacan que estos últimos presentan una mayor complejidad argumental pues no solamente debe referirse a cómo actúan en tanto premisa de una argumentación jurídica sino, también, debe justificarse su adopción como premisa. Sin embargo, los juristas bajo análisis no encuentran mayores complicaciones y consideran este problema no es ajeno al problema general de la interpretación jurídica. De tal modo, tanto los principios explícitos como los implícitos cumplen el rol que se desarrolló en el párrafo anterior, es decir, conforman el sistema que dotan de sentido a las instituciones o sector normativo del derecho y constituyen razones no perentorias que deben balancearse o ponderarse a fin de obtener una regla –razón perentoria- para decidir un caso.

En definitiva, se trata de diferentes esquemas que buscan aportar racionalidad a la aplicación de principios jurídicos en el contexto de una decisión judicial. Tal como se expresó previo al desarrollo de la propuesta de ponderación en Alexy, la presencia de valoración -y su fácil asimilación a la subjetividad y emotividad- es uno de los principales blancos de ataque debido al elevado riesgo de arbitrariedad al momento de decidir. No obstante, el esquema de Alexy busca alejarse de ese camino proponiendo toda una dinámica argumental sujeta a un control racional que, conforme se explicó, ocurre en el ámbito de la justificación externa sin afectar la lógica deductiva de la justificación interna. No se trata aquí de defender un esquema frente a otro, sino simplemente plasmar distintas propuestas que, como se pudo ver con Clérico, incluso pueden tener puntos de contacto. Lo relevante para el presente desarrollo es que los esquemas mencionados -incluso la propuesta de Aarnio- incluyen a los principios jurídicos dentro del ordenamiento jurídico y, por ende, reconocen su presencia al momento de resolver casos, más allá de sus preferencias, críticas o inquietudes. No

[178] Op. cit. Atienza y Ruiz Manero (1996), p. 23.

podría decirse por qué una propuesta es superadora de otra porque todas aportan ciertas notas para tener en cuenta y reflexionar acerca de esta temática. Lo que sí puede constituir un límite y, por lo tanto, un criterio a seguir al momento de analizar diferentes esquemas es la imposibilidad de someter a control racional la propuesta pues incluso ante las críticas que puedan surgir siempre es un enorme paso en el sentido correcto que es, a saber, el contrario a la arbitrariedad. Y tal como se ha dicho anteriormente, la dinámica de la decisión judicial cuando entran en juego los principios jurídicos no puede ser blanco o negro, es decir, no toda argumentación fuera de la referencia normativa implica arbitrariedad, siempre que pueda quedar sujeta a control racional. De tal modo, es preciso contar con un margen de maniobra -discrecionalidad controlada- para decidir dentro un contorno donde existe posibilidad de procedimientos racionales para la aplicación de principios jurídicos.

Por otra parte, debe hacerse referencia al rol que Raz le asigna a los principios jurídicos dentro de un ordenamiento jurídico con el objeto de remarcar cómo operan aquellas normas al momento de ser aplicadas. En este sentido, el jurista alemán distingue entre los siguientes roles: los principios como fundamentos para interpretar normas; los principios como fundamentos para cambiar normas; los principios como fundamentos para exceptuar la aplicación de una norma; los principios como fundamentos para crear nuevas reglas; y los principios como fundamento para la acción.

Es este último rol que presenta una relevancia especial para el presente análisis pues se trata del supuesto en el que los principios jurídicos actúan independientemente, es decir, sin que deban operar a través de o en referencia a una regla. Al respecto, Raz expresa que "*La actividad judicial y el dictado de sentencias están regulada casi exclusivamente por principios (…) El ejercicio de facultades discrecionales está guiado más por principios que por reglas*"[179]. Sin embargo, Raz efectúa una aclaración en cuanto a que existen motivos para preferir que la regulación del comportamiento se realice por medio de reglas y no de principios. En ese sentido, destaca que "*Los principios, al prescribir actos altamente indeterminados, tienden a ser más vagos y menos precisos que las reglas (…) y por la misma razón,* ***son particularmente aptos***

[179] Op. cit., Raz, p. 130.

para incorporar objetivos y valores generales del derecho*, mientras que las reglas tienen más aptitud para reflejar consideraciones más concretas que se aplican a situaciones particulares*"[180] (el destacado es propio).

En base a ello, Raz considera que, si la finalidad de las reglas es contribuir a la certeza, entonces, la solución de conflictos entre ellas debe ser simple a efectos de no atentar contra la previsibilidad. No obstante, no ocurre lo mismo en el caso de los principios pues su finalidad apunta a la flexibilidad del ordenamiento jurídico. Al respecto, según Raz la solución de conflictos entre principios se lleva a cabo "*…teniendo en cuenta tanto la importancia relativa como las consecuencias que deparan los diferentes cursos de acción para los propósitos de cada principio*"[181]. Y, en este sentido concluye que "*El diferente tratamiento de reglas y principios jurídicos en caso de conflicto no está determinado por sus diferencias lógicas, sino que es un resultado de política jurídica*"[182].

Por último, no puede omitirse en este desarrollo las reflexiones de Letizia Gianformaggio quien destaca el rol relevante de los principios jurídicos en el marco de la argumentación jurídica. En primer término, la jurista italiana considera que aplicar una norma -establecerla como premisa de la argumentación a partir de la cual se justifica una decisión- no es un comportamiento sino un razonamiento. Luego, cabe destacar que según Gianformaggio los principios son normas, pero no todas las normas son principios. Esto responde a que existe una relación de género y especie en la cual el concepto *norma* es el género y *principio* una especie. En base a ello, toda vez que los principios son considerados como normas son por definición *prescriptivos*. Al respecto, la jurista italiana destaca que esta característica que suele ser distintiva entre reglas y principios se torna relevante en el ámbito del *significado* y no del *enunciado*. Es decir, no es en el ámbito de las disposiciones legales donde pude distinguirse entre regla y principio, sino en el ámbito del significado de estas disposiciones.

[180] Op. cit., Raz, pp. 130-131.

[181] Op. cit., Raz, p. 121.

[182] Op. cit., Raz, p. 123.

En esta inteligencia, cabe mencionar una importante propuesta de esta jurista en cuanto sostiene que "*(…) la diferencia entre regla y principio emerge exclusivamente en el momento de interpretación-aplicación*"[183]. Con esto quiere expresar que la distinción entre regla y principio pertenece a la lógica jurídica en cuanto *lógica del jurista* y no a la lógica jurídica en cuanto *lógica del derecho*, es decir "*(…) a la problemática de la relación entre los elementos de un razonamiento jurídico y no entre los elementos de un sistema jurídico*"[184]. Esta conceptualización de una *lógica del jurista* es muy relevante a los fines de esta investigación pues implica el abordaje de las decisiones judiciales desde aspectos como su racionalidad, su corrección o control y el procedimiento interpretativo-aplicativo.

Otra idea relevante que destaca Gianformaggio es que una norma puede ser expresada en muchas disposiciones conjuntamente. Al respecto, expresa que "*Al igual que una sola disposición puede contener muchas normas acumulativamente, una sola norma puede estar contenida en unas disposiciones conjuntamente*"[185]. Y aclara que la *norma contenida* es el resultado de una interpretación, dependerá de la argumentación empleada.

En lo que atañe puntualmente a la aplicación de los principios, a partir de lo expuesto, Gianformaggio plantea que aceptar que una norma valga como un principio significa que la argumentación en la que consiste su aplicación puede además tener una conclusión que se presenta como incompatible con la formulación literal del principio. Y en este sentido agrega "*Que una norma en una argumentación valga como un principio significa que el sujeto que argumenta reconoce abiertamente (…) tal incompatibilidad; y en efecto con esto se compromete a proporcionar y proporciona, más allá de la acrobacia interpretativa siempre posible pero de corto alcance, las razones a favor de la conclusión incompatible con el principio (…)*"[186].

---

[183] Gianformaggio, Letizia, *L´interpretazione della Constituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi*, en Rivista internazionale di filosofía del diritto (1985), p. 72.

[184] Ibidem.

[185] Op. cit., Gianformaggio, p. 89.

[186] Op. cit., Gianformaggio, p. 78.

Sin embargo, la jurista italiana destaca que los principios no son entre ellos incompatibles, sino que son siempre *concurrentes*. En este sentido, aplicar un principio significa aplicar todos los principios que son concurrentes con aquél buscando el modo de sacrificar cada uno en la menor medida posible, es decir, de manera compatible con el debido respeto a cada otro principio.

Por lo tanto, Gianformaggio considera que aplicar un principio es distinto a aplicar una regla toda vez que la aplicación de un principio implica siempre la aplicación de otro principio que se considera concurrente con aquél e importante en la situación específica. En la argumentación jurídica ambos principios deben ser de igual grado. Sin embargo, cabe tener presente lo que se manifestó previamente en cuanto a que la aplicación puede llevar a una conclusión que a primera vista puede parecer incompatible con el principio mismo. De hecho, según la jurista italiana, "*(…) se debe hablar de ´aplicación´ tanto del principio que, al final de la argumentación, se le da prioridad en relación a la situación específica, como del principio concurrente, porque ambos fueron empleados como premisa de la argumentación*"[187]. En caso de que ello no ocurra, y solamente uno de los principios es empleado como premisa de la argumentación, se puede hablar de *desaplicación* de un principio porque solamente entonces la norma de un principio no habrá jugado ningún rol en la argumentación. De hecho, en rigor, "*(…) si uno de los principios concurrentes viene ´desaplicado´, entonces no puede ni siquiera decirse que venga aplicado el otro principio: en realidad viene aplicada una regla*"[188].

En base a lo expuesto, la postura de Gianformaggio es sumamente relevante para este desarrollo por dos motivos. En primer lugar, considera que los principios son normas al igual que las reglas y la diferencia entre ambas especies de normas surge a nivel argumentativo al momento de la interpretación-aplicación. De tal modo, en segundo lugar, la jurista italiana le asigna un rol fundamental a quien debe aplicar las normas pues, en definitiva es quien a partir de la argumentación determina si se está ante una regla o un principio y todo ello ocurre dentro de lo que denomina la *lógica del jurista* lo cual implica un cambio relevante de enfoque toda vez que muchos juristas

[187] Op. cit., Gianformaggio, p. 91.

[188] Ibidem.

ubican este análisis dentro de la *lógica del derecho* la cual, tal como se expresó, se refiere solamente a los elementos del sistema jurídico.

De todos los desarrollos efectuados surge claramente que la presencia de principios jurídicos en la decisión de un caso –ya sea en el caso de aplicación directa o en la solución de un conflicto entre principios o entre principios y reglas- trae aparejada una complejidad superior al de la aplicación de reglas. En este sentido, el mayor grado de generalidad de los principios jurídicos requiere una mayor intervención por parte de los jueces al momento de su interpretación y aplicación, lo que en términos de Atienza y Ruiz Manero sería habilitar la deliberación, en el caso de Raz, sería habilitar la discrecionalidad y, en el caso de Gianformaggio sería directamente aplicar una norma cuyo significado será el resultado del proceso argumentativo de interpretación-aplicación.

Por lo tanto, a continuación, se reflexionará acerca de la complejidad de aquellos casos cuya solución involucran principios jurídicos –*infra* A-. Luego, se ofrecerá un desarrollo acerca del modo en que los principios jurídicos reflejan la pluralidad de racionalidades que operan en el derecho y que encuentran su forma de ingresar al discurso jurídico a través de ellos, a la vez que se reflexionará acerca de los límites al ejercicio de la discrecionalidad que ello trae aparejado –*infra* B-. Finalmente, se ilustrará el modo en el cual los principios pueden ser interpretados desde una pluralidad de racionalidades -*infra* C-.

A.

Casos difíciles a partir de la presencia de principios jurídicos

Si bien la distinción entre casos “fáciles” y “difíciles” no siempre resulta clara, ni desde un punto de vista teórico ni tampoco práctico, existen algunas propuestas que permiten trazar algunos criterios para diferenciarlos. Una de ellas es la del jurista argentino Pablo Navarro quien comparte una serie de significados que pueden remitir a la noción de “caso difícil”. En este sentido, expresa que “*(…) un caso C es considerado difícil si: a) No hay una respuesta correcta a C. b) Las formulaciones*

normativas son ambiguas y/o los conceptos que expresa son vagos, poseen textura abierta, etc. c) El derecho es incompleto o inconsistente. d) No hay consenso acerca de la resolución de C en la comunidad de juristas. e) C no es un caso rutinario o de aplicación mecánica de la ley. f) C no es un caso fácil y es decidible solamente sopesando disposiciones jurídicas en conflicto, mediante argumentos no deductivos. g) Requiere para su solución de un razonamiento basado en principios. h) La solución de C involucra necesariamente a juicios morales"[189].

Con relación a este listado, Manuel Atienza considera como un punto de partida para la caracterización de los casos difíciles a los significados d) a h). En cuanto a las notas b) y c), el jurista español entiende que deben quedar excluidos porque lo que reflejan son tipos o causas de los casos difíciles. Finalmente, en lo que atañe a la letra a), plantea que se trata una propuesta polémica y que no todos los autores que utilizan la distinción entre casos fáciles y difíciles aceptarían ese significado[190].

Ahora bien, a los fines del presente desarrollo puede coincidirse con Atienza y pensar a los casos difíciles dentro de las propuestas de caracterización que mencionadas por Navarro con las letras d) a h), aunque con algunas salvedades. En este sentido, cabe destacar que el significado d), si bien puede cuadrar dentro del desarrollo que se viene llevando a cabo, implica un análisis especial e ineludible relativo al consenso dentro de la comunidad de juristas que no es uno de los ejes de investigación en el presente trabajo. Por su parte, la nota e) no resulta muy ilustrativa toda vez que, en rigor, lo que plantea es una diferenciación con un caso fácil al que también se lo suele llamar "rutinario". Por lo tanto, esa caracterización pareciera plantear que C sería un caso difícil porque no es un caso fácil, lo cual no resulta demasiado esclarecedor. Por lo demás, las propuestas f), g) y h) son las más relevantes para analizar desde la perspectiva de este trabajo.

En cuanto a la letra f), tal como se verá posteriormente (*infra* C), para decidir este tipo de casos se deberá recurrir a enunciados de diversas características y no siempre

[189] Navarro, Pablo Eugenio. *Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del Derecho*. Doxa. N. 14 (1993). ISSN 0214-8876, pp. 252-253.

[190] Ver en este sentido: Atienza, Manuel. *Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos*. Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, núm. 6 (abril 1997), pp. 7-30.

podrá plantearse que los argumentos serán deductivos, mas no por ello no serán considerados justificables. En lo que respecta a la letra g), resulta evidente el motivo pues la dificultad del caso se origina a partir de la presencia de principios jurídicos en el razonamiento que debe desplegarse para solucionarlo, lo cual se encuentra relacionado al empleo de argumentos más complejos y que también se profundizará a continuación. En lo relativo al significado h), solamente será considerado en este desarrollo en la medida que se emplee la noción de "juicios morales" relacionada con valores relativos respecto de los cuales pueda desplegarse una argumentación racional, es decir, sujeta a un control intersubjetivo en base a un marco teórico-conceptual determinado, tal como de expondrá más adelante en este trabajo con relación a los valores sociales[191]. En este sentido, se descarta toda referencia a valores absolutos respecto de los cuales no cabe su control argumental sino su imposición y aceptación. Por último, resulta menester efectuar una simple mención al significado a) en cuanto a que si bien se comparte con Atienza que la referencia a una "respuesta correcta" puede resultar polémica, no obstante, en este trabajo, se hará alusión a la posibilidad de pensar en una decisión "justa" mas no en términos morales sino de justeza o adecuación a partir de diversos criterios que serán fijados por el caso o por las normas jurídicas aplicables a su decisión, principalmente en el caso de los principios jurídicos que reflejan múltiples racionalidades.

Por lo tanto, no se va a caracterizar un caso como difícil por no existir una respuesta correcta, sino que será considerado como difícil en la medida en la que se busque resolver el mismo con *justeza –justesse-* pues ello implicará un despliegue argumental que involucre principios jurídicos y/o la utilización de argumentos provenientes de otros sistemas. Se trata de diferenciar al hecho de "decidir un caso" y "resolver un conflicto". Es decir, tal circunstancia remite nuevamente a los significados f) y g) ya aceptados como relevantes para este trabajo. Como se verá, el reconocimiento de estar ante un caso difícil no sólo es una cuestión conceptual sino también práctica pues su decisión dependerá entonces de diversos factores y no ya solamente normativos. Es por ello por lo que, pasar de la lógica de "decidir un caso" a la de "resolver un conflicto", implica la necesidad de un espectro argumental más amplio

[191] Ver: Segunda parte; Capítulo II; Sección II.

que trasciende la racionalidad jurídica e involucra aspectos sociales, políticos, económicos, etc., que pueden encontrarse reflejados en principios jurídicos explícitos o implícitos o bien pueden provenir de argumentos que pueden no ser normativos aunque sí jurídicamente relevantes para la decisión del caso y que deberán interactuar con las normas jurídicas del sistema.

Por otra parte, cabe destacar que algunos juristas han considerado la existencia de otros casos cuya solución superaría en complejidad a los "casos difíciles" caracterizados anteriormente. En este sentido, y retomando lo expresado anteriormente, no siempre las reglas positivas permiten a los Magistrados resolver un conflicto. Y ello, no porque existan las dificultades propias del lenguaje -vaguedad, ambigüedad, etc.-, o por la presencia de algún tipo de laguna -normativa, axiológica, etc.-, sino porque algunos casos presentan características que exceden los problemas del leguaje y lógicos mencionados.

En este sentido, sería conveniente plantear la existencia de una nueva categoría de "*casos*". Normalmente, la teoría estándar hace referencia a "*casos fáciles*" y "*casos difíciles*" –también se cuenta con la propuesta de Aharon Barak de "*casos intermedios*"-. Si bien pueden existir algunas otras categorías, a los fines de este desarrollo, las mencionadas resultan suficientes. Si bien suelen considerarse "*casos difíciles*" a aquéllos en donde se presentan los problemas del lenguaje y lógicos señalados en el párrafo anterior -vaguedad, lagunas, etc.-, lo cierto es que, tal como se expresó anteriormente con relación al listado de significados propuesto por Navarro y las reflexiones de Atienza, para resolver ese tipo de casos, los Jueces pueden valerse de reglas positivas –interpretadas- para sortear aquellas dificultades y decidir el caso. De tal modo, esas características son causas de un caso difícil, más no lo constituyen como tal y tampoco modifica notoriamente la actitud de quien debe decidir. Algún tipo de reflexión adicional podría realizarse respecto de las lagunas normativas, pues en este caso precisamente lo que falta en el sistema es una regla positiva que permita resolver el caso. Si bien el Juez se encuentra obligado a fallar y no puede abstenerse so pretexto de carencias normativas, cabe preguntarse si al "llenar" la laguna en cuestión quien decide no se encuentra realizando algún tipo de ejercicio intelectual de tipo valorativo empleando la discrecionalidad en su máxima expresión porque, al fin y al cabo, está creando una norma general de la cual se derivará la

norma particular o individual que resolverá el caso. Esta última parte del razonamiento no requiere mayores interrogantes, pero, el momento de creación de la regla positiva que colma la laguna es un hito para cuestionar con más énfasis.

En este sentido, es posible manifestar que en ese momento el Juez se encuentra "valorando" ciertos elementos del sistema jurídico –principios jurídicos, otras reglas positivas, etc.- para derivar de ellos la norma positiva general que integrará el sistema para luego decidir del caso a partir de ella. Es decir, la racionalidad normativa (formal-deductiva) y la subsunción-deducción se aplican al momento de resolver el caso, mas no en la tarea de resolver los problemas propios de los "casos difíciles", al menos no tan claramente frente a las "lagunas".

Pero aun dejando de lado aquella dificultad, resulta interesante indagar en el modo de solucionar, desde las reglas positivas y la subsunción, los que sería dable denominar "*casos dificilísimos*". Algunos juristas los llaman "*casos estructurales*"[192] -Mariela Puga-y otros "*casos trágicos*"[193] -Manuel Atienza-. Lo relevante, más allá de su nombre, es que se presentan como una clase de casos diferentes a los "*casos difíciles"*. Estos "*casos dificilísimos*", como en Argentina pueden ser considerados los casos *Mendoza*[194] y *Verbitsky*[195] -entre otros-, cuentan con ciertas características propias que le suman dificultad a los "*casos difíciles*". Ahora bien, el supuesto de los "*casos trágicos*" no será considerado para este desarrollo pues, si bien su propuesta resulta sumamente interesante según Atienza estos casos "*…no tienen ninguna respuesta correcta y (…) plantan a los jueces no el problema de cómo decidir ante una serie alternativas (o sea, cómo ejercer su discreción), sino qué camino tomar frente a un dilema*"[196]. De tal modo, aunque resulte llamativa la nota trágica que aporta

[192] Ver en este sentido: Puga, Mariela. *El litigio estructural*. Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo, Argentina. ISSN 2362-3667, Año 1, N° 2 (2014), pp. 41-82.

[193] Ver en este sentido: Op. cit., Atienza (1997), pp. 7-30.

[194] Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina: "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)" Fallos: 331:1622; resuelto el 08/07/2008.

[195] Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina: V. 856. XXXVIII. RECURSO DE HECHO "Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus"; resuelto el 03/05/2005.

[196] Op. cit., Atienza (1997), p. 13.

Atienza –cercana a la "angustia" a la que alude Jacques Derrida[197]- lo que se propone en este trabajo es que ante determinados casos los jueces deben ejercer una cierta discreción controlada para resolver un conflicto, mas no que se encuentran ante la decisión no de un caso sino de un dilema.

Por lo tanto, si se propone pensar en una complejidad adicional a los "*casos difíciles*", cabe reparar en los mencionados "*casos estructurales*" los que presentan las siguientes características[198] que pueden ser relevantes para el presente desarrollo: la afectación no es a nivel individual sino que se trata de un colectivo; un reclamo centrado en valores de carácter constitucional o público y/o demandas respecto de derechos económicos, sociales y culturales; y la pretensión de redistribución de bienes -lo cual guarda relación con parte el desarrollo que se efectuará posteriormente al abordar la racionalidad política[199]-.

Así pues, tal como puede apreciarse de la anterior enumeración, ya no se trata sólo de problemas del lenguaje o la existencia de lagunas, sino que surgen otro tipo de inconvenientes, tales como la pluralidad de demandantes y demandados, de normas positivas aplicables, de intereses, etc. Es decir, son casos que no pueden resolverse por la sola subsunción del hecho a la norma positiva. Y ello no se debe a la existencia de una laguna, sino que pueden resultar aplicables al caso más de una norma sin que

---

[197] Ver en este sentido: Derrida, Jacques (1997), *Fuerza de ley. El fundamento místico de la autoridad*, Traducción de Adolfo Baberá y Patricio Peñalver Gómez, Madrid, Tecnos.

[198] Al respecto, Mariela Puga destaca enuncia las siguientes características: "*(1) La intervención de múltiples actores procesales. (2) Un colectivo de afectados que no intervienen en el proceso judicial, pero que sin embargo son representados por algunos de sus pares, y/o por otros actores legalmente autorizados. (3) Una causa fuente que determina la violación de derechos a escala. Tal causa se presenta, en general, como una regla legal, una política o práctica (pública o privada), una condición o una situación social que vulnera intereses de manera sistémica o estructural, aunque no siempre homogénea. (4) Una organización estatal o burocrática que funciona como el marco de la situación o la condición social que viola derechos. (5) La invocación o vindicación de valores de carácter constitucional o público con propósitos regulatorios a nivel general, y/o demandas de derechos económicos sociales y culturales. (6) Pretensiones que involucran redistribución de bienes. (7) Una sentencia que supone un conjunto de órdenes de implementación continua y prolongada*". Op. cit., Puga, p. 46.

[199] Ver: Segunda parte; Capítulo II; Sección IV.B

exista entre ellas un supuesto de contradicción o antinomia, o bien, aun existiendo una norma aplicable, aquella no permite resolver el conflicto "*correctamente*", tal como se explicó anteriormente con relación a la nota a) propuesta por Navarro. Tal circunstancia surge de la complejidad propia de estos casos que desafían a la propia lógica jurídica y argumentativa. Si se toma como ejemplo el mencionado caso *Mendoza*, se advierte que existen tres jurisdicciones involucradas en el conflicto -la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Provincia de Buenos Aires y la Nación- y cada una de ellas cuenta con legislaciones propias y reclaman la aplicación de aquella. Asimismo, no todos los demandantes reclaman lo mismo ni demandan a los mismos sujetos. Si se detiene aquí la enumeración de las particularidades de este tipo de casos, alcanza para considerar que la labor intelectual de los Jueces no puede reducirse a la aplicación de normas positivas, al menos si se quiere llegar a una solución del conflicto "*correcta*".

Si bien los casos mencionados tienen la particularidad de que se sustancian ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación -tal como se suscitan por lo general los *casos intermedios* y los *difíciles*-, lo relevante es reconocer que los Jueces -tanto de esa instancia, como los de otras- pueden verse enfrentados a este tipo de "*casos dificilísimos*" y en esa oportunidad no podrán encontrar la solución en un código o una ley. Ello pues, de tal modo, sólo resolverán parcialmente el conflicto, o darán una solución formal - "conforme a derecho"-, mas no a las necesidades propias del caso. Es decir, se estaría *decidiendo el caso*, mas no *resolviendo el conflicto*.

Es importante señalar que este tipo de casos implican un cambio de paradigma no sólo casuístico, sino también pragmático, principalmente en lo que se refiere a las competencias de los Jueces. En este sentido, se puede hablar del paso de un "Juez Júpiter" a un "Juez Hermes" -en términos de F. Ost[200]-. Del mismo modo en que las sociedades evolucionan, también lo hacen sus relaciones y por ende sus conflictos. Los Jueces deben manejar no sólo normas nacionales, sino además internacionales, a las que deben prestarle cada vez más atención. Los conflictos que presentan los

[200] Ver en este sentido: Ost, François. *Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de juez*. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho. núm. 14 (1993), pp. 169-194

individuos ante los Tribunales son cada vez más complejos -diferentes países, participación de ONG´s, utilización de tecnología, etc.-.

En virtud de ello, resulta menester reconocerle a los Jueces un cierto margen de maniobra que implica el ejercicio de una discrecionalidad controlada, tal como se expresó anteriormente y como se profundizará más adelante en este trabajo[201]. Cuando la solución de un caso no puede reducirse al ejercicio intelectual de *subsunción y deducción* a partir de una regla –caso fácil-, los Jueces deben poder contar con alguna otra herramienta que sea considerada legítima, a fin de cumplir con su obligación de fallar.

B.

Necesidad de una discrecionalidad controlada ante la pluralidad de racionalidades que reflejan los principios

En este último punto debe abordarse el modo en que la decisión de casos como los mencionados en el acápite anterior implica una exigencia argumental más compleja toda vez que los principios jurídicos no sólo reflejan contenido jurídico sino también social, político, económico, etc., es decir, los principios jurídicos reflejan las múltiples racionalidades que interactúan en el derecho.

En lo que respecta al contenido jurídico de los principios, ya se ha desarrollado extensamente a lo largo de este capítulo las características que presentan este tipo de normas y el rol que estas cumplen dentro de los ordenamientos jurídicos –y específicamente al momento de su aplicación para la decisión de un caso-. Si bien cada jurista analizado propone ciertas notas particulares dentro de su teoría principalista, puede extraerse una característica común, a saber, que los principios son normas jurídicas que exhiben en su redacción un grado de generalidad tal que implica una marcada injerencia por parte del operador jurídico al momento de su aplicación –a diferencia de lo que sucede con las reglas-.

[201] Ver: Primera parte; Capítulo II.

En este sentido, siguiendo a Atienza y Ruiz Manero debido a lo ilustrativo de su propuesta conceptual, los principios jurídicos suelen presentar un antecedente –condición de aplicación- abierto y un consecuente –solución normativa- cerrado, o bien un antecedente abierto y un consecuente también abierto. De tal modo, todo aquello que no se presente cerrado previo a la intervención de quien debe aplicar la norma, lleva a que el Juez deba delimitar de alguna manera ese contenido abierto. Ello dejando de lado que, incluso en el fragmento de la norma que se presenta cerrado, quien debe aplicar la norma debe interpretarla indefectiblemente –teoría realista de la interpretación- o al menos puede encontrarse ante la situación de resolver previamente algún problema del lenguaje –vaguedad, ambigüedad- o algún problema lógico –antinomia, laguna-.

Por lo tanto, en ambos escenarios –ante el segmento abierto y el cerrado- el Juez debe intervenir la norma de algún modo. La diferencia radicará en el alcance de aquella intervención. En este sentido, frente al segmento normativo abierto el Juez deberá desplegar un plexo argumental mucho más complejo pues el contenido provisto por el legislador no permite por sí solo establecer condiciones de aplicación claras y puede que tampoco prevea soluciones normativas. Esta situación habilita lo que Atienza y Ruiz Manero llaman *deliberación* que, a los fines de este trabajo puede llamarse *discrecionalidad controlada*. Si no se reconociera la posibilidad de este margen de maniobra a quien debe aplicar esta clase de normas sería muy difícil –por no decir imposible- que aquéllas puedan cumplir algún rol dentro del ordenamiento jurídico pues su contenido sería indeterminado en su antecedente o en su consecuente, o en ambos segmentos. No obstante, y tal como de plasmó a lo largo de los puntos *supra* Sección I, punto II.B y II.C, los principios jurídicos forman parte de los ordenamientos jurídicos –expresa e implícitamente- y son aplicados de diferentes maneras en la decisión de casos -*supra* Sección II-. Por lo tanto, salvo que se opte por negar la existencia, validez y operatividad de los principios jurídicos dentro de los ordenamientos jurídicos, una alternativa razonable para garantizar la aplicación de aquéllos sin que la delimitación del contenido abierto sea considerada como un acto arbitrario –carente de toda fundamentación- es someter la argumentación desplegada a tal fin a un control de racionalidad intersubjetiva.

Ahora bien, para poder llevar a cabo ese control es necesario contar con diversos marcos teórico-conceptuales que sirvan como referencia. Ante ese escenario, pueden surgir, entonces, las preguntas acerca de dónde extraer aquellos marcos y, una vez determinado el origen, por qué de allí. Y es a partir de esos interrogantes que se expondrá la importancia de considerar que los principios jurídicos son normas que reflejan –a diferencia de las reglas- la pluralidad de racionalidades que interactúa dentro del derecho. En este sentido, los principios exhiben indudablemente contenido jurídico pero que se relaciona también, según el caso, con contenido social, político, económico, etc. Tal como se expuso anteriormente en palabras de Raz, los principios jurídicos "*…son particularmente aptos para incorporar objetivos y valores generales del derecho…*"[202]. De tal modo, los principios dejan ver en su interior todo el contenido valorativo que en las reglas queda prácticamente oculto. Ahora bien, que se trate de contenido valorativo no equivale a decir que no sea jurídico. Al respecto, cabe remarcar que toda norma jurídica tiene un origen valorativo en el sentido de que surge, o bien, de la arena legislativa donde los debates son eminentemente realizados en el plano del discurso social, político, etc., o bien, en el marco de una decisión judicial donde lo jurídico también interactúa con diversos contenidos, pues si se toma el *usus fori* como fuente de principios jurídicos es porque se está, justamente, por ejemplo, ante la solución de alguna laguna o antinomia que requiere un recurso argumental que excede, muchas veces, el normativo.

Al regresar hacia los interrogantes planteados en el párrafo anterior, cabe expresar que los marcos teórico-conceptuales que pueden servir de referencia para efectuar un control de racionalidad intersubjetiva de la discrecionalidad ejercida al momento de aplicar principios jurídicos en la decisión de un caso se extraen de las diferentes racionalidades, a saber, social (socio-axiológica), política, económica, etc. Y en lo que atañe a la pregunta acerca de por qué se extraen de allí, la respuesta es debido a que todas esas racionalidades forman parte del derecho e interactúan con la racionalidad jurídica que, de este modo y tal como se expuso en la introducción de esta investigación[203], no es la única racionalidad que integra el derecho.

[202] Op. cit., Raz, pp. 130-131.

[203] Ver: Introducción; punto III.

En base a lo expuesto, posteriormente en este trabajo se ofrecerá el desarrollo de una serie de tipologías de racionalidad que permitirán establecer un contenido para esos marcos teórico-conceptuales, aclarando desde ya que no se trata de un contenido pétreo sino, por el contrario, solamente una propuesta que puede ser no solo complementada sino también suplida. Es decir, la intención es aportar algunas estructuras argumentales que permitan incorporar el argumento social, político, económico, etc., al discurso jurídico y que todas esas racionalidades interactúen entre sí, pero esas estructuras podrán ser integradas con el contenido que se ofrecerá, aunque también queda abierta la posibilidad de aportar otro contenido[204]. Lo relevante aquí es poner de relieve la existencia de esta pluralidad de racionalidades que opera en el derecho y lograr ponerlas en funcionamiento en el contexto de la decisión judicial a través de argumentos que puedan ser sometidos a control intersubjetivo con el fin de que pueda ejercerse una *discrecionalidad controlada*.

En lo que atañe al ejercicio de esa *discrecionalidad controlada*, cabe traer nuevamente a escena a Raz quien encuentra en los principios jurídicos un elemento normativo de relevancia para la aplicación del derecho en la medida que presuponen la discrecionalidad y, a su vez, la guían. En este sentido, Raz expresa con relación a los principios que "*…lejos de probar la ausencia de discreción son una manifestación de una política jurídica que confía en la discreción judicial (…), con el fin de aumentar la flexibilidad del derecho y mejorar los mecanismos de revisión ante circunstancias cambiantes*"[205].

---

[204] Tal como se verá en capítulos posteriores, la racionalidad social (socio-axiológica) será analizada desde la óptica de la sociología pragmática de Luc Boltanski y Laurent Thévenot, y desde la sociología de los valores de Nathalie Heinich. Por su parte, la racionalidad política será planteada a partir de los aportes de Michael Walzer y Will Kymlicka. A su vez, la racionalidad económica será desarrollada teniendo en cuenta el análisis económico del derecho –*Law and economics*- como disciplina. Finalmente, la racionalidad estratégica será abordada desde la teoría de las coacciones jurídicas de Michel Troper, Véronique Champeil-Desplats y Christophe Grzegorczyk.

También cabe aclarar que puede pensarse en otras racionalidades relevantes que interactúan con las mencionadas como, por ejemplo, la racionalidad institucional y la racionalidad cultural, que, si bien no serán objeto de desarrollo en esta investigación, podrían integrar el esquema de pluralidad de racionalidades como tipologías independientes.

[205] Op. cit., Raz, p. 137.

Por lo tanto, queda claro a partir de lo expuesto que la discrecionalidad se diferencia de la arbitrariedad. Si bien el ejercicio de la primera implica abrir el discurso jurídico para dejar entrar argumentos provenientes de otras racionalidades como las mencionadas, siempre debe hacerse aportando fundamentos que serán objeto de control. Al respecto, Raz señala que "*Un juez siempre debe invocar razones. No tiene discreción cuando las razones son dictadas por el derecho. Tiene discreción cuando el derecho le requiere que actúe sobre la base de las razones que el juez considera correctas (…) Cuando se permite la discreción, cada juez está facultado a seguir diferentes razones, pero debe creer que son las mejores. De otro modo, la discreción puede igualarse solo a la arbitrariedad, el antojo y el capricho*"[206].

Aquellas diferentes razones son, tal como se estuvo proponiendo, argumentos que pueden surgir de la interacción de la racionalidad jurídica con otras de las racionalidades a las que se hizo alusión anteriormente, según sea el caso. Pero, en definitiva, siempre tendrá que aportarse razones y además justificar que aquellas sean las mejores. Como puede apreciarse, la complejidad argumental en este escenario se hace evidente. Es decir, nada esto sería materia de análisis si se negara el ejercicio de esta discrecionalidad y solamente se tomase en cuenta el registro argumental jurídico derivado de las reglas. Sin embargo, tal como se ha visto a lo largo de este trabajo, es innegable la existencia y validez de los principios jurídicos en los ordenamientos jurídicos, y aquellos, al reflejar diversas racionalidades que operan en el derecho, traen aparejados una exigencia argumental mayor que solamente puede llevarse a cabo mediante el ejercicio de una *discrecionalidad controlada*. Todo ello contribuye a pensar un derecho flexible y cambiante que permite adaptarse más fácilmente a una realidad -social, política, económica, etc.- que se modifica muy vertiginosamente y que en modo alguno implica una afectación al Estado de Derecho o a la seguridad jurídica, siempre que no se considere que ambas nociones requieren férreas restricciones a la aplicación del derecho por parte de los operadores jurídicos que se traduzcan en ordenamientos jurídicos rígidos compuestos solamente por reglas y con Jueces sin margen de maniobra, todo lo cual remontaría a una concepción arcaica del derecho que de ninguna manera podría ser la respuesta ni a

[206] Ibidem.

los conflictos ni a la dinámica de las relaciones sociales que se suscitan en la actualidad.

Lo expresado hasta aquí puede darse dentro de los confines de lo jurídico. Es decir, si se acepta que los principios jurídicos reflejan en muchos casos algunos de los contenidos mencionados anteriormente –sociales, políticos, económicos, etc.-, entonces, debe desplegarse una argumentación compleja pero que puede ser guiada por el propio contenido de la norma en su interacción con elementos provenientes de otras racionalidades. En este marco, cabe mencionar la importancia de la racionalidad jurídico-estratégica basada en la teoría de las coacciones jurídicas la cual se desarrollará posteriormente en este trabajo[207]. Al respecto, esta teoría puede contribuir a explicar los motivos por los cuales los operadores jurídicos interpretan a los enunciados normativos de un modo y no de otro. De tal modo, la discrecionalidad que ejercen los Jueces al momento de interpretar y aplicar estos principios jurídicos se encuentra limitada por diversos elementos que conforman el sistema jurídico que debe emplear para decidir y dentro del cual operan, a saber, reglas de competencia, otras normas con las que los principios pueden entrar en conflicto o colisión, criterios que surgen de jurisprudencia relacionada al tema, entre otros. Todo ello lleva a que la interpretación que se realice de un principio jurídico siempre implique una discrecionalidad controlada y, en este caso, el control surge como una exigencia del propio sistema jurídico que establece una serie de coacciones jurídicas a quien debe decidir. Siempre que el Juez pretenda que su decisión sea respetuosa del sistema jurídico deberá justificarla y exponer el razonamiento a través del cual llegó a ella, y eso implica que no podrá eludir las coacciones jurídicas previstas en el ordenamiento. Caso contrario, se estará ante una decisión arbitraria. Por lo tanto, la discrecionalidad en el supuesto de los principios con contenido específicamente jurídico se encuentra controlada no sólo por la voluntad de quien debe decidir -en el sentido de expresar la justificación de su razonamiento, sino por las coacciones jurídicas que el propio sistema le establece entre las cuales se encuentra el deber de llevar a cabo esa justificación.

[207] Ver: Segunda parte; Capítulo II; Sección I.

Sin embargo, es posible que ocurra también la situación de que puedan emplearse *argumentos no-jurídicos aunque jurídicamente relevantes* y, en ese caso, la argumentación se torna incluso más compleja, pero de todos modos plausible y aceptable dentro del discurso jurídico siempre que pueda quedar sujeta a control. En este sentido, Aarnio en línea con su categoría de *principio extra-sistemático* que fue expuesta *supra* Sección I, punto II.B, sostiene que "*El discurso jurídico está abierto también a argumentos no-jurídicos, que hasta entonces no han recibido soporte institucional. No importa si estos argumentos son hechos sociales o no-jurídicos (…). Si un principio no-jurídico es parte de un sustrato coherente de justificación que incluye por lo menos una fuente jurídica autoritativa, por ejemplo una disposición legal válida, este principio recibe relevancia jurídica ATC"*[208].

De tal modo, puede plantearse que un principio no-jurídico puede ingresar al Derecho a partir del despliegue de un discurso jurídico apropiado y controlado y, a tal fin, aquel principio *"Requiere, por definición, un soporte institucional para ser aceptado como jurídico. Aquí la coherencia tiene un papel clave. La base argumentativa más coherente, la más creíble, es que un principio (valor) no-jurídico es también jurídicamente relevante*"[209]. Es decir, ningún principio no-jurídico puede ser jurídicamente relevante *prima facie*.

En este contexto, también puede pensarse en el ejercicio de una *discrecionalidad controlada*, pero en el marco de la cual se exigirá un mayor esfuerzo argumental y un control de racionalidad más exhaustivo en la medida que surgirán de argumentos no-jurídicos, pero jurídicamente relevantes derivados de principios extra-sistemáticos. Es decir, aquí no existiría *a priori* contenido jurídico sino solamente se daría *a posteriori* cuando ese argumento sea empleado por algún Tribunal para la decisión de un caso dentro de un esquema argumental coherente. Y esa coherencia es lo que deberá garantizarse a través de los mismos mecanismos propuestos anteriormente, es decir, por medio de los marcos teórico-conceptuales de las diferentes racionalidades de las que se extraigan esos argumentos no-jurídicos.

[208] Op. cit., Aarnio, p. 601

[209] Op. cit., Aarnio, p. 602.

Por lo tanto, ya sea que se trate del contenido jurídico de una norma proveniente de su interacción con otra racionalidad –por ejemplo, un principio jurídico cuyo contenido permita vislumbrar algún valor u objetivo social, político, económico, etc.-, o bien se trate de un contenido no-jurídico proveniente directamente de un sistema distinto al jurídico pero que se incorpora a aquel por medio de su empleo en la decisión de un caso por parte de algún Tribunal –por ejemplo, principios que puedan surgir directamente del sistema social, político o económico-, en ambos casos se está ante la necesidad de desplegar una argumentación compleja.

En el primer caso, puede mencionarse como ejemplo en el ordenamiento jurídico argentino el art. 12 de la Ley de procedimiento administrativo[210] que establece que "*El acto administrativo goza de presunción de legitimidad*". Aquella norma consiste en un principio muy relevante dentro del sistema jurídico del derecho contencioso administrativo que, más allá de la literalidad de su contenido y de su rol dentro del sistema de la ley en cuestión, permite advertir una pretensión netamente de carácter político, a saber, que el Estado pueda ejecutar por sus propios medios todos sus actos sin que exista posibilidad de suspender tal ejecución y efectos -salvo que así lo establezca una ley; la intervención judicial; o porque el propio Estado así lo decida, por su decisión o a pedido de parte, invocando por ejemplo razones de interés público-. Por lo tanto, el contenido jurídico -racionalidad jurídica- de esta norma, que se encuentra expreso, interactúa claramente con un contenido político -racionalidad política- que, si bien no se encuentra expreso, es parte insoslayable del contenido jurídico. Es decir, la razón de ser de la presunción de legitimidad de los actos de la administración es una cuestión netamente política en términos de garantizar ejercicio del poder pues, por fuera de eso, en términos estrictamente jurídicos, solamente cumple un rol procesal relativo a la ejecución y efectos de esos actos. En este sentido, la literalidad de la norma bajo análisis nos ofrece una lectura parcial -aunque relevante desde un aspecto formal- que puede ser completada con una argumentación más compleja a la luz de la pretensión política que subyace a la existencia de aquella en ese sistema jurídico -racionalidad política.

[210] Ley N° 19.549.

Otro ejemplo en ese sentido, pero dentro del ordenamiento jurídico francés, puede ser el art. L111-2 del Código de la organización judicial[211] que establece que "*El servicio público de justicia contribuye al acceso al derecho y asegura un igual acceso a la justicia. Su gratuidad se encuentra asegurada según las modalidades fijadas por la ley y el reglamento*"[212]. Tal como puede advertirse, su contenido jurídico expreso al interactuar con un contenido social –racionalidad social- que se vislumbra a través de algunos de sus conceptos, ofrece una interpretación de esa norma mucho más completa y cuya aplicación para la decisión de un caso puede resultar relevante. En este sentido, para que el derecho de acceso a la justicia pueda ser garantizado materialmente –y no quede como un derecho de papel- debe partirse de un diagnóstico de la composición social del cual puede advertirse –con mayor o menor distancia de acuerdo con el país- que hay personas que tienen mayor facilidad para acceder a la justicia que otras. Desde ese escenario, puede pensarse en diversas circunstancias que generen esa desigualdad. Algunas de las más frecuentes, aunque no las únicas, son los recursos económicos –por ejemplo, la pobreza-, el género –por ejemplo, ser mujer- y el estatus social –por ejemplo, ser inmigrante-. Por lo tanto, tal como surge de la propia letra de la norma bajo análisis, se busca un igual acceso a la justicia, pues se asume que existen situaciones de desigualdad prexistentes. Y, a su vez, se concentra específicamente en atender a la desigualdad generada por el dinero al referirse a la gratuidad del acceso a la justicia. En definitiva, la interacción del contenido jurídico y el social permiten una interpretación más compleja que otorga a la norma un dinamismo y una flexibilidad que no tendría si solamente se atendiera al contenido textual.

En ambos ejemplos puede advertirse que la interacción de la norma con diferentes racionalidades le otorga a aquella una dimensión argumental más amplia que permite desplegar un discurso que reconoce la presencia en el derecho de una racionalidad política y una racionalidad social, entre otras. Lo cual redunda en consecuencias prácticas al momento de aplicar esa norma pues permite ir más allá de su literalidad

[211] Code de l´organisation judiciaire.

[212] « Le service public de la justice concourt à l'accès au droit et assure un égal accès à la justice. Sa gratuité est assurée selon les modalités fixées par la loi et le règlement. ».

para comprender mejor sus alcances, sus límites, sus finalidades. Tal como se advierte en ambos casos, la generalidad en sus redacciones no ofrece un contenido cerrado en los términos expresados anteriormente, sino que ese contenido resulta eminentemente abierto y, por lo tanto, requiere de discrecionalidad al momento de su aplicación. Sin embargo, con una mínima descripción como la que se realizó en cada ejemplo, se puede pensar en criterios –poder del Estado, interés público, desigualdad, pobreza, género, etc.- que sirvan para guiar y someter a control el ejercicio de aquella discrecionalidad dentro de los contornos de la racionalidad o las racionalidades que pueden verse reflejadas en la norma que se trate –que también puede surgir del análisis del contexto del sistema jurídico en el que se encuentre la norma-.

Ahora bien, en el segundo caso –contenido proveniente de un sistema distinto al jurídico-, los principios no resultan *a priori* jurídicos pues son tomados de otras áreas del conocimiento, pero pueden ser incorporados al discurso jurídico *a posteriori* debido a su relevancia para el discurso jurídico. Es decir, tal como se expuso previamente, son principios no-jurídicos, pero jurídicamente relevantes. La posibilidad de tal incorporación dependerá de un despliegue argumental coherente que justifique acabadamente, por un lado, la relevancia de incorporar principios provenientes de otros sistemas y, por otro lado, su interacción con el sistema jurídico. Respecto a esto último, es importante destacar que en modo alguno se pretende plantear que la decisión de un caso puede depender exclusivamente de principios no-jurídicos, sino que éstos pueden ser importantes en la argumentación para complementar el discurso jurídico en su interacción con otras racionalidades cuando el caso a resolver pueda requerirlo -siempre en la medida que se quiera aportar una solución que sea contemplativa de los diversos aspectos que puede suscitar la controversia-. A continuación, se mencionarán algunos ejemplos de principios no-jurídicos o extra-sistemáticos, aclarando que solamente son a título ilustrativo pues existen una gran cantidad y en modo alguno podrían ser abarcados en su totalidad. De tal manera, puede mencionarse el *principio de alteridad* proveniente de la filosofía -especialmente del desarrollo de Emmanuel Lévinas- que también tiene implicancias en el área de la sociología, y puede ser útil al incorporar una visión acerca de la relación con *el otro* que, en el discurso jurídico, podría contribuir a reflexionar desde otro punto de vista acerca de los conflictos que se susciten entre las personas y los modos de

solucionarlos. Es decir, permitiría modificar la visión normalmente individualista del sistema jurídico -en el sentido de garantizar derechos individuales- para pensar en modo colectivo, lo cual en el último tiempo ha cobrado mayor relevancia en el derecho a partir de las discusiones acerca de la afectación a bienes jurídicos colectivos y las acciones de clase.

Por otro lado, puede mencionarse el *principio de escasez* que surge de la economía por medio del cual surge el debate con relación al problema de que las necesidades humanas resultan ilimitadas mientras que los recursos y los bienes económicos son limitados. De tal modo, a partir de este principio puede argumentarse con relación a diversos modos en los que los individuos satisfacen aquellas necesidades a partir del conocimiento de la escasez y ello permite establecer criterios y jerarquías de necesidades. Aquel principio económico puede relacionarse también con el concepto *costo de oportunidad* que equivale al principio de que todo tiene un costo al que se renuncia para conseguir algo. La incorporación de ambos principios provenientes de la economía podría resultar útil para el discurso jurídico al permitir la incorporación de argumentos que expliquen el comportamiento de las personas, de las empresas y de los Estados pues, en base a tales es que se toman decisiones y se llevan a cabo conductas. En el caso de los Estados, por ejemplo, posibilita establecer criterios para la distribución de impuestos y los gastos en servicios públicos. Todo ello puede verse reflejado sin este contenido netamente económico en algunas normas jurídicas que pueden encontrarse en leyes tributarias o códigos de comercio, incluyo en leyes presupuestarias. Sin embargo, la lectura de esas normas en su interacción con estos principios económicos amplía su comprensión y, a su vez, el espectro argumental al momento de tener que decidir sobre la base de aquellas. Es decir, esos principios no-jurídicos pueden formar parte del discurso jurídico debido a su relevancia explicativa y justificativa.

También podrían mencionarse el *principio de las mayorías* y el *principio de la soberanía popular* provenientes del análisis político, cuya relación con el discurso jurídico resulta más frecuente y, por lo tanto, no merece una reflexión más profunda. Simplemente cabe reparar en estos principios como otra herramienta argumental, en este caso proveniente de una racionalidad política, que permite incorporar principios

no-jurídicos a la argumentación jurídica, principalmente en lo que respecta al derecho constitucional.

Tal como pudo advertirse, en ambos escenarios -principios con contenido jurídico que interactúa con contenido derivado de otras racionalidades; y principios no-jurídicos, aunque jurídicamente relevantes- es posible la incorporación de argumentos provenientes de otras racionalidades, siempre que puedan quedar sujetos a control intersubjetivo dentro de un esquema argumental. En un caso, tal control cuenta con una referencia normativa y, en el otro caso, sin una base normativa específica, pero con la exigencia de una argumentación acabada y coherente que permita la inclusión. Pero no solamente es posible, sino, también, conveniente en la medida que se pretenda ofrecer algún mecanismo para que, quienes son llamados a aplicar el derecho, puedan contar con un recurso al momento de decidir empleando principios jurídicos –no necesariamente en forma exclusiva, sino también en su interacción con otras normas jurídicas del sistema- que no remita inmediatamente a la subjetividad y al capricho.

C.

Interpretación de los principios jurídicos desde de una pluralidad de racionalidades

Antes de concluir, cabe tener en cuenta que, desde la perspectiva de la pluralidad de racionalidades que se desarrolló, un mismo principio puede ser interpretado desde diferentes tipos de racionalidad. En este sentido, por ejemplo, los principios de dignidad, de propiedad, de libertad o de seguridad jurídica, desde el enfoque aportado por una teoría realista de la interpretación, admiten la posibilidad de una pluralidad de interpretaciones a partir de premisas ideológicas o filosóficas diferentes.

Al respecto, si se toma el supuesto de la seguridad jurídica puede advertirse que desde la perspectiva de la racionalidad formal-deductiva aquel principio se interpreta como un criterio ineludible al momento de la interpretación y aplicación del derecho -también podría pensarse para el caso de la legislación, pero ello no es objeto de esta

investigación-. Así pues, las decisiones judiciales buscan asegurar este principio que cumple un rol fundamental no sólo dentro del derecho sino -y tal vez fundamentalmente- sino también en la sociedad. En esta línea, Sebastián Soler expresa que "*La seguridad jurídica es esencialmente* pranoia*, saber anticipado y anticipatorio. El hombre está siempre dispuesto a desplegar esfuerzos y a hacer sacrificios; pero necesita saber cuáles. La* praxis *es el mundo de los sacrificios porque es el mundo en el cual la necesidad y la libertad se mezclan (…) Pero es indispensable conocer bien qué deberá ceder; en el cálculo de la acción no todo va en el haber; la decisión es tomada sobre un cuadro con sus luces y sus sombras*"[213].

En esta inteligencia, los sistemas jurídicos cuentan con una serie de vectores que se relacionan directamente con la seguridad jurídica y que permiten garantizarla, algunos de los cuales se encuentran expresamente plasmados en los ordenamientos jurídicos. Uno de ellos es la *objetividad de las normas* que se concreta a partir de la heteronomía en el sentido de que no intervenga en su interpretación y aplicación la subjetividad de la sociedad y tampoco la de los jueces. Vinculado a lo anterior se encuentra la *claridad de las leyes* la cual permitiría también evitar las injerencias de los Jueces al momento de aplicar el derecho por considerar que el lenguaje jurídico puede resultar oscuro en ocasiones. Otro de aquellos vectores es la *división de poderes* sin la cual no podría hablarse en modo alguno de seguridad jurídica pues garantizar este principio es competencia del Poder judicial -y en cierta medida del Poder legislativo en lo que respecta a los dos primeros vectores mencionados- pero nunca del Poder ejecutivo cuyo actuación desmedida es la que se pretende limitar a través de la división del poder. En este sentido, un vector insoslayable es la *independencia del poder judicial* pues, si existe la división de poderes, pero el Poder judicial no puede garantizar su funcionamiento autónomo respecto de los otros poderes, entonces, será muy difícil considerar que las decisiones que se tomen estén fundadas solamente en la aplicación de la ley y no reflejen intereses de otra naturaleza. Finalmente, el último vector es la *irretroactividad y la cosa juzgada* las cuales, fundamentalmente, buscan, por un lado, garantizar que no existan cambios repentinos en la legislación que incidan sobre el cálculo de la acción basado en las leyes vigentes y, por otro lado, establecer

[213] Soler, Sebastián (1970)*, Las palabras de la ley*, Ed. Praxis Jurídica: México, p. 242.

los límites del derecho que se extienden desde la Constitución en extremo superior hasta la cosa juzgada luego de la cual ya no debería haber ninguna discusión sobre la aplicación de la ley.

De tal modo, puede plantearse que el principio de seguridad jurídica en los términos expuestos se relaciona íntimamente con una postura formalista del derecho que implica asumir una serie de presupuestos como, por ejemplo, que el derecho es un sistema cerrado dotado de plenitud hermética o finitud lógica lo cual, a su vez, determina la actividad del Juez quien queda limitado a la mera aplicación del derecho sin margen para la interpretación y menos incluso para el ejercicio de la discrecionalidad controlada a la que se aludió. Sin ingresar en un abordaje detallado que implicaría una extensión desproporcionada a los fines aquí previstos y evitando ingresar también en la cuestión de las lagunas, cabe simplemente destacar que el presupuesto al que se hizo mención desconoce la existencia de una *zona de penumbra* del derecho en la cual quien debe decidir no puede simplemente descubrir una regla general del sistema y aplicarla al caso.

En ese marco de indeterminación del derecho, la existencia de casos atípicos -debido a la existencia de problemas del lenguaje o lógicos- pone en evidencia que la concepción del derecho como sistema cerrado y lógicamente finito es un ideal. En este sentido, Alchourrón y Bulygin plantean con relación al ideal de completitud que "*(…) no se trata de un ideal político que responda a una determinada ideología, sino de un ideal puramente racional (…) Pero el ideal que hemos querido hacer explícito no debe confundirse con la realidad. De la exigencia de que los sistemas normativos sean completos no se puede inferir que efectivamente lo son*"[214]. Al respecto, estos juristas distinguen al ideal de completitud del *postulado de plenitud hermética* que afirma que los sistemas jurídicos son necesariamente completos. Respecto a este postulado Alchourrón y Bulygin consideran que se trata de una afirmación injustificada y que responde una función política. Por lo tanto, puede advertirse que una de las nociones queda exclusivamente dentro del ámbito racional y la otra en la esfera ideológica. Sin embargo, Alchourrón y Bulygin expresan que "*(…) de un sistema*

[214] Alchourrón, C.E. y Bulygin, E. (2012), *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, 2da edición revisada, Ed. Astrea: Buenos Aires, pp.232-233.

jurídico se exige por lo común que satisfaga, no sólo los ideales racionales de coherencia y completitud, sino también algún ideal de justicia, que puede estar ligado a concepciones filosóficas, creencias religiosas o ideologías políticas"[215].

De tal modo, este ideal puede abordarse desde un enfoque específicamente jurídico -racional y limitado a la justificación de las decisiones judiciales-, tal como se efectuó, pero también puede enfocarse desde una perspectiva que permita identificar a la seguridad jurídica -en los términos analizados, de corte formalista y dogmática- con una determinada ideología. En este sentido, Genaro Carrió destaca que "*Para comprender por qué se la sigue sosteniendo hoy se hace menester reparar en ciertas motivaciones de tipo ideológico. Hay de por medio un explicable anhelo de* seguridad*. Se prefiere concebir al derecho como una voluntad impersonal y objetiva, liberada de las apetencias e intereses de los seres humanos, porque se piensa que es la única alternativa frente a los regímenes caracterizados por las decisiones incontroladas de hombres providenciales. Se trata de optar entre un gobierno de leyes y un gobierno de hombres*"[216].

Lo expuesto por Carrió, quien asume una postura crítica con relación al formalismo, ilustra que el principio de seguridad jurídica puede interpretarse desde esta óptica formalista y dogmática asociada a una ideología política liberal conservadora que pretende defender los intereses de ciertos grupos sociales privilegiados. En este sentido, no puede soslayarse la visión de Michel Troper con relación a la completitud -a la cual considera una *teoría*-[217]. Según el jurista francés, si la teoría de la completitud cumple una función ideológica al servicio de las teorías liberales, debe plantearse que lo hace mal. Al respecto, expresa que en el ideal del Estado de Derecho se está sometidos a leyes y no a hombres. Sin embargo, si se acepta la existencia de lagunas en el derecho -lo cual implica que el sistema no es completo o cerrado- y que los Jueces se encuentran habilitados a ejercer un poder discrecional para llenarlas, se estaría sometido a los Jueces y no a las leyes. En cambio, si se

[215] Op. cit., Alchourrón y Bulygin, p. 242.

[216] Op. cit., Carrió, pp. 63-64.

[217] Ver en este sentido : Troper, Michel (2011), *Le Droit et la Nécessité*, Ed. Léviathan puf : Paris, Chapitre II *Le « dogme » de la complétude.*

considera que las lagunas no existen, entonces, el rol de los jueces se limitaría a la aplicación de un derecho preexistente. Al respecto, Troper expresa que sostener la tesis de la existencia de las lagunas implicaría formular una crítica ideológica en el sentido de exhibir que los jueces disponen de un poder discrecional de creación del derecho. Sin embargo, cabe destacar que, según el jurista francés, el juez puede considerarse en cierto aspecto como un creador de normas en la medida que para aplicarlas debe interpretarlas. De tal modo, la ausencia de lagunas tampoco garantiza la previsibilidad que pretende la seguridad jurídica porque tampoco se pude prever cómo serán interpretados los textos.

Esto último refleja una de las tesis fundamentales de la teoría realista de la interpretación que sostiene que las normas son enunciados interpretados, es decir, son enunciados a los que se toda de significado a través de la interpretación pues una norma nunca es explícita, es siempre el resultado de una interpretación. Desde este punto de vista, el error de quienes critican la teoría de la completitud es fundar su postura en la existencia de ciertos enunciados y asumir que ellos tienen un significado unívoco. A su vez, otra de las tesis principales de la teoría realista de la interpretación es que la interpretación es una función de la voluntad y no del conocimiento y esto se basa en que "*(…) no existe la interpretación* contra legem*; no hay sentido a descubrir; no hay intención del autor; no hay sentido objetivo, independiente de intenciones*"[218]. Tal como puede apreciarse, desde este enfoque realista algunos de los vectores y presupuestos de la seguridad jurídica a los que se aludió -principalmente la *objetividad de las normas* y la *claridad de las leyes*- no son interpretados del mismo modo y ello, por lo tanto, lleva a pensar en que el principio de seguridad jurídica tampoco tiene un significado unívoco, sino que dependerá de la interpretación que se formule de las normas que lo componen.

De tal modo, si en vez de adoptar el enfoque formalista -ligado a una ideología liberal conservadora- se opta por uno realista puede pensarse también en una interpretación del principio de seguridad jurídica que exhiba otras características y que se relacione con alguna otra ideología o posición filosófica. En este sentido, si se toma el caso del realismo norteamericano -generalmente considerado como una versión extrema- una

[218] Troper, Michel (2001), *La théorie du droit, le droit l´État,* Ed. Lévianthan puf: Paris, p. 71

de sus características principales es el *escepticismo ante las normas* lo cual sería lo opuesto al planteo formalista analizado. Desde este punto de vista, la seguridad jurídica consiste principalmente en predecir las decisiones que adoptarán los tribunales y en ese marco las normas no tendrían ningún papel relevante. Al respecto, Carlos Nino expresa que "*Es famosa la siguiente frase de Llewellyn (*The Bramble Bush*): ´Las reglas son importantes en la medida en que nos ayudan a predecir lo que harán los jueces. Tal es toda su importancia, excepto como juguetes vistosos´. ¿Por qué dice ´predecir lo que harán los jueces´? La respuesta está dada por el hecho de que el realismo, en términos generales justamente coloca a las predicciones sobre la actividad de los jueces, en el lugar de las desplazadas normas jurídicas*"[219]. Para esta versión extrema aquella predicción es principalmente relevante para el *hombre malo* al que alude Holmes en *The Path of the Law* a quien le interesa saber acerca de las consecuencias de sus actos. Por otro lado, desde un enfoque realista moderado cabe tener presente a Alf Ross quien también caracteriza al derecho sobre la base de la predicción de las decisiones judiciales. No obstante, según Ross aquello que se busca predecir no son las decisiones de los tribunales sino las normas o directivas que van a ser usadas como fundamentos de aquellas. De tal modo, Ross "*(…) define al derecho vigente, en el sentido de ordenamiento jurídico, como el conjunto de directivas que probablemente los jueces tendrán en cuenta en la fundamentación de sus decisiones*"[220].

Por lo tanto, en ambas versiones del realismo, más allá de sus diferencias, puede advertirse la figura de quien debe decidir toma un rol preponderante frente a la propuesta formalista que pone todo el peso en la norma. Si se deja de lado la versión extrema del realismo que quita toda relevancia a las normas -y, por lo tanto, como sostiene Carrió, es tan deformante como el formalismo-, se advierte que hay otros modos de interpretar a la seguridad jurídica que resulta completamente aceptable y coherente dentro de los presupuestos del realismo. Sin embargo, cabría preguntarse acerca de la identidad ideológica del realismo puesto que puede considerarse que

[219] Nino, Carlos S. (2003), *Introducción al análisis del derecho*, 2da edición, Ed. Astrea: Buenos Aires, p. 45.

[220] Op. cit., Nino, p. 49.

este enfoque, al menos en algunas de sus versiones, no sea compatible con el liberalismo -al menos en cuanto división de poderes, estado de derecho y protección ante la injerencia de los derechos individuales- y con la democracia. Al respecto, José Luis Martí considera que la postura de un escéptico ante las normas como Riccardo Guastini, quien se concentra principalmente en la interpretación y aplicación de las normas más que en ellas mismas, resulta incompatible -o al menos es inconsistente pragmáticamente- con el liberalismo y la democracia[221].

De este modo, puede apreciarse cómo un mismo principio interpretado desde distintos enfoques presenta diversos alcances y, además, se lo puede relacionar con distintas ideologías políticas o filosóficas según sus principales tesis. La distinción entre la seguridad jurídica para el formalismo y para el realismo se advierte claramente en la relevancia de las normas -y sus características; objetividad, claridad- y el rol del Juez. En este sentido, el formalismo concentra el peso en las normas a los efectos de que los jueces no tengan margen de discrecionalidad al momento de aplicarlas pues se considera que en ese caso no se podría garantizar el gobierno de leyes que permite a los ciudadanos organizar su vida al saber anticipadamente -y sin riesgo de modificación retroactiva- aquello que está prohibido, permitido o lo que es obligatorio. Es decir, aquella posibilidad de calcular la conducta no debería quedar en las manos de los jueces y, de tal modo, su conocimiento sería recién al momento del dictado de una decisión judicial. De tal modo, el modelo del Juez para el formalismo puede coincidir con el Juez jupiterino de Ost[222] con el cual se relaciona el *monismo jurídico* que refuerza la sistematicidad y la autoridad del derecho en tanto *Codex*, y también con el *monismo político o de la soberanía estatal*. Todo lo cual, tal como se expresó anteriormente puede ser considerado como elementos de una ideología política liberal conservadora. Por su parte, el realismo jurídico puede identificarse con el modelo del Juez herculino que es considerado como un juez asistencial y un ingeniero social. Desde este punto de vista se pone en crisis la noción de *monismo jurídico* mencionada

[221] Ver en este sentido: Martí, J.L., *El realismo jurídico: ¿una amenaza para el liberalismo y la democracia?*, Isonomía no.17, México oct. 2002.

[222] Ver en este sentido: Ost, François (1993)*, Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez,* Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, ISSN 0214-8676, ISSN-e 2386-4702, Nº 14.

y se impone la idea del *pluralismo* lo cual, exige también una reflexión acerca del *monismo político*.

En definitiva, para el formalismo dogmático, identificado con el liberalismo conservador, la seguridad jurídica depende de la objetividad y claridad del ordenamiento jurídico cuyas normas deben ser aplicadas sin intervención del Juez en lo que hace a la interpretación; por su parte, para el realismo jurídico, la seguridad jurídica no va a depender de las normas sino del Juez quien debe dotarlas de significado al interpretarlas y aplicarlas y esa interpretación implica también reconocer elementos diversos a los normativos que forman parte del caso.

En estos términos, pero, desde un enfoque político, puede plantearse que la seguridad jurídica formalista pretende garantizar la posibilidad de cálculo de las personas lo que comulga perfectamente con ideas liberales, pero, a su vez, no puede desconocerse que en ese mismo proceso consagra la aplicación irrestricta de las normas que generalmente otorgan privilegios a determinados sectores de la sociedad, lo cual permite pensar en conservadurismo. Si se toma como ejemplo el derecho a la propiedad privada, la seguridad jurídica implicaría que bajo ningún presupuesto que no sea legal -y previamente establecido en una norma- se puede privar al titular de este derecho su goce. Y, a tal fin, los ordenamientos jurídicos prevén una serie de normas que buscan garantizar este derecho al definir sus alcances y al establecer sanciones en caso de afectación al mismo. En este sentido, el sistema jurídico argentino consagra constitucionalmente este derecho -art. 14 CN- y prevé todo un abordaje en el primer sentido en el Código Civil y Comercial y, en cuanto al segundo sentido, en el Código Penal el cual consagra a la propiedad como un bien jurídico a tutelar frente a diversos tipos penales que pueden afectarla. Sin embargo, toda esa construcción reposa en la importancia que la Constitución argentina de corte liberal le otorga a la propiedad la cual, en algunos contextos sociales, es solamente privilegio de algunas personas. En este sentido, no puede dejar de mencionarse que durante la vigencia de la Constitución argentina de 1949 se consagró la *función social de la propiedad* y su art. 38 estableció que “La propiedad privada tiene una función social y, en consecuencia, estará sometida a las obligaciones que establezca la ley con fines de bien común. Incumbe al Estado fiscalizar la distribución y la utilización del campo o intervenir con el objeto de desarrollar e incrementar su rendimiento en interés de la

comunidad, y procurar a cada labriego o familia labriega la posibilidad de convertirse en propietario de la tierra que cultiva (…)". De tal modo, a partir de este giro con relación al rol de la propiedad, la seguridad jurídica también debería interpretarse de modo distinto, ya no a los efectos de asegurar su pleno ejercicio a sus respectivos titulares sino con el fin de garantizar el bien común.

Incluso, más allá del ejemplo del derecho de propiedad, un cambio de enfoque ideológico y filosófico permite no sólo reinterpretar al principio de seguridad jurídica y su incidencia en las características del ordenamiento jurídico y su aplicación, sino también replantear toda la teoría del derecho. En este sentido, no puede dejar de mencionarse a Evgeni B. Pashukanis quien en oposición a la teoría positivista del derecho kelseniana -que, en lo pertinente, le otorga a la norma un rol fundamental- plantea desde un enfoque marxista que "*Una teoría general del derecho que no trata de explicar nada, que vuelve la espalda de antemano a los hechos de la realidad, es decir, a la vida social y que tiene por objeto las normas sin interesarse en su origen (cuestión metajurídica) ni en su relación con ningún tipo de interés material, puede naturalmente pretender e1 nombre de teoría únicamente en el sentido en que se habla, por ejemplo, de una teoría del juego de ajedrez. Pero una tal teoría nada tiene en común con la ciencia. Ella no se preocupa de analizar el derecho, la forma jurídica como forma histórica ya que no se ocupa en general de analizar lo que existe. De ella, por consiguiente, y para utilizar una expresión vulgar, no hay «nada que sacar»*"[223].

Por otra parte, cabe destacar que los tribunales realizan estas diversas interpretaciones con relación a un mismo principio según sea el enfoque con el cual lo abordan. En este sentido, si toma el caso del principio de dignidad podrá advertirse que existen diferentes posturas en cuanto a su consideración, por un lado, como un principio inherente al ser humano -es decir, natural- o bien como un principio convencional -en el sentido de ser acordado y definido social y jurídicamente-; y, por otro lado, como un principio universal -aplicable a todos los casos sin excepciones ni limitaciones- o bien como un principio particular -debe analizarse a la luz de cada caso-

[223] Pashukanis, E.B. (2003), *The General Theory of Law and Marxism*, Transaction Publishers, pp. 52-53.

. Todas estas posturas se fundan en enfoques filosóficos diferentes los que, a su vez, conllevan a la adopción de interpretaciones diversas sobre el mismo principio.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos al interpretar el art. 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[224] en un caso relativo a la desaparición forzada de personas[225] adoptó interpretación del principio de dignidad que implica su reconocimiento como inherente y universal. Al respecto, en la sentencia de fondo se expresó que: "*(…) el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva a los que se ve sometida la víctima representan, por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la libertad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, lo que constituye, por su lado, la violación de las disposiciones del artículo 5 de la Convención que reconocen el derecho a la integridad personal (…)*"[226]. Por el contrario, la Corte Europea de Derechos Humanos al interpretar el art. 3 de la Convenio Europeo de Derechos Humanos[227], en un caso de extradición para la ejecución de una pena de muerte en los Estados Unidos -Estado de Virginia- que implicaba el sometimiento de una persona al "corredor de la muerte"[228], adoptó un enfoque convencional y particular. De tal modo, planteó que para considerar que un Estado incurrió en responsabilidad por afectación a la mencionada norma deben demostrarse "razones sustanciales" para creer que la persona a ser extraditada enfrentaría "un riesgo real" de ser sometida a tortura o penas y tratos inhumanos o degradantes en el estado

[224] CADH, Art. 5 inc. 2 "Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano".

[225] Corte IDH, caso "Velázquez Rodríguez Vs. Honduras" (1988).

[226] Punto 156 de la sentencia de fondo del caso "Velázquez Rodríguez", Corte IDH.

[227] CEDH, art. 3 "Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes" Es importante remarcar que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no se refiere expresamente a la dignidad, pero la Corte Europea de Derechos Humanos a través de su jurisprudencia se encargó de definir sus alcances. En este sentido, se trata de una noción que subyace a prácticamente todos los derechos del Convenio, incluido el mencionado art. 3.

[228] Corte EDH, caso "Soering c. Reino Unido", nº 14038/88 (1989).

solicitante[229]. En este sentido, si bien en el caso la Corte consideró que sí habría una violación al art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el supuesto de que se ejecute la extradición, lo cierto es que llegó a esa conclusión a partir de un análisis particular del caso y al considerar la necesidad de que exista un "umbral mínimo" de afectación a la dignidad humana para considerar que determinados procedimientos o ciertas penas implican una afectación a la dignidad humana en términos de consistir un trato cruel, inhumano y/o degradante, lo cual debe evaluarse en cada caso concreto. Es decir, ningún procedimiento o pena aplicable a una persona imputada por un delito es *per se* un trato contrario a la dignidad humana.

Por lo tanto, puede advertirse cómo ambos tribunales de protección de los derechos humanos adoptan puntos de partida interpretativos diversos con relación a un mismo principio. Si bien en los casos mencionados la decisión fue favorable a la tutela de la dignidad humana en el marco de los tratos crueles, inhumanos y/o degradantes, lo cierto es que la decisión de la Corte Interamericana no deja margen para un análisis particular y relativo en cada caso mientras que, la Corte Europea, establece una serie de criterios para evaluar ciertas prácticas, lo cual deja abierta la posibilidad a una eventual decisión que reconozca que determinados procedimientos no constituyen una afectación a la dignidad humana por no superar el "mínimo de gravedad" requerido para considerar que se afectó el art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

[229] « *En résumé, pareille décision peut soulever un problème au regard de l'article 3 (art. 3), donc engager la responsabilité d'un État contractant au titre de la Convention, lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé, si on le livre à l'État requérant, y courra un risque réel d'être soumis à la torture, ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants. Pour établir une telle responsabilité, on ne peut éviter d'apprécier la situation dans le pays de destination à l'aune des exigences de l'article 3 (art. 3). Il ne s'agit pas pour autant de constater ou prouver la responsabilité de ce pays en droit international général, en vertu de la Convention ou autrement. Dans la mesure où une responsabilité se trouve ou peut se trouver engagée sur le terrain de la Convention, c'est celle de l'État contractant qui extrade, à raison d'un acte qui a pour résultat direct d'exposer quelqu'un à des mauvais traitements prohibés* ». Punto 91 de la mencionada decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos.

En definitiva, toda esta última reflexión sirvió para ilustrar que, a partir de la pluralidad de racionalidades un mismo principio -en este caso el de seguridad jurídica o el de dignidad, pero lo mismo vale para cualquier otro- puede ser interpretado de distintas formas y, por lo tanto, puede adquirir muchos significados al asumir diversas posturas ideológicas o filosóficas. Desde la óptica que se adopta en este desarrollo acerca de la teoría realista de la interpretación siempre será necesario interpretar y, por lo tanto, no se podrá consolidar de antemano el significado de ningún principio. De tal modo, cada una de las racionalidades que se han mencionado y que se desarrollarán en la segunda parte de esta investigación permitirán aportar distintos enfoques que ampliarán el espectro interpretativo a la vez que ofrecerán un marco argumental apropiado para justificar racionalmente aquellas interpretaciones que, en muchos casos, excederán la esfera específicamente normativa. Nuevamente, entonces, cabe retomar el cuestionamiento inicial de este trabajo a partir de estas reflexiones, es decir, si se acepta que existen diversas formas de interpretar una norma a partir de la presencia de distintas racionalidades, entonces, ¿cómo se sostiene la idea de una única racionalidad del derecho? Tal como se ha justificado: no puede sostenerse, debe justificarse. Sin embargo, más allá del éxito de aquella empresa, en rigor, el espectro que aportan las múltiples racionalidades que conforman el derecho enriquecen su análisis, teorización y aplicación.

CONCLUSIÓN

Los principios jurídicos son compatibles con una teoría positivista del derecho y forman parte de los ordenamientos jurídicos en forma expresa e implícita. De tal modo, son empleados de diversas formas en el marco de la decisión judicial y permiten justificar que el derecho no responde solamente a una única racionalidad –jurídica- sino que en tanto fenómeno complejo abarca una pluralidad de racionalidades dentro de las cuales, la racionalidad jurídica es una más y que debe interactuar con las otras racionalidades social, política, económica, etc.

Tal circunstancia permite ampliar el espectro argumental del derecho para resolver aquellos casos cuya dificultad excede los habituales problemas lógicos y del lenguaje

dentro del mundo jurídico –casos dificilísimos y casos estructurales- sin caer en la arbitrariedad y posibilitando aportar respuestas que no tiendan solamente a la aplicación de una regla como garantía de ser una *solución jurídica válida* sino que, tal circunstancia, también puede acontecer a partir de *resolver un conflicto* que excede la mera aplicación de una norma jurídica –aunque de ningún modo la descarta- sino que involucra un análisis más complejo que requiere de la interacción del contenido jurídico con otras clases de contenidos.

Si los sistemas jurídicos cuentan con principios jurídicos, entonces se les deben reconocer sus particulares características normativas y deben preverse formas de aplicación que tengan en cuenta aquellas características. Entre estas últimas, cabe destacar que los principios cuentan -según el autor considerado- con segmentos de su estructura normativa que se presentan *abiertos* y, por lo tanto, requieren de la intervención de quien debe interpretarlo y aplicarlo. En este sentido, a su vez, los principios cuentan con la posibilidad de ser interpretados a partir de una pluralidad de racionalidades cuyos marcos teóricos-conceptuales -y diferentes enfoques ideológicos y filosóficos- pueden aportar distintos significados de un mismo principio. Todo lo cual implica, tal como se expuso, que los principios jurídicos habilitan una *discrecionalidad controlada*, cuyo desarrollo *in extenso* se llevará a cabo a continuación.

CAPÍTULO II

Discrecionalidad e interpretación -el margen de maniobra del juez en la decisión judicial-

"…la interpretación es siempre una actividad valorativa.

La ilusión formalista del modelo puramente deductivo debe ser abandonada."

Carlos Alchourrón – ***Sobre Lógica y Derecho***

No existen dudas acerca de que los Jueces realizan una actividad intelectual al momento de aplicar el derecho. Los inconvenientes comienzan al momento de determinar cuál es aquella actividad y sus alcances. Tanto la imagen del Juez "boca de ley" como la idea del Juez "computadora" resultan desajustadas con las prácticas actuales de los Tribunales. En ambos casos se trata de una exacerbación del formalismo normativista que, en el afán de poner el foco en las normas, desconsidera a sus aplicadores. Pero tal falta de consideración no es involuntaria. Hay diversas razones por las que algunos juristas consideran más relevante teorizar con relación a las normas con prescindencia de la persona que media entre el texto y su final aplicación a un caso concreto. No obstante, la más relevante a los fines de este capítulo es la oposición que destaca Genaro Carrió entre un "gobierno de leyes" y un "gobierno de hombres"[230] y el entendimiento de que este último no resulta conveniente debido a la fuerte injerencia del factor humano -siempre imperfecto- en la aplicación del derecho. Puede advertirse una fuerte pretensión formalista en aquella división que prefiere un derecho "despersonalizado" en el que la intervención del Juez debe ser nula -o mínima en casos extremos- y siempre mecánica. En este sentido, el Juez

[230] Carrió, Genaro R. (2011), *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, p. 63-64.

jupiteriano presentado por François Ost[231] cumple con estas exigencias al operar solamente como un mero aplicador de las normas del *Codex* lo que implica -entre otras cosas- la idea de una racionalidad formal -deductiva y lineal-, lo cual ha sido puesto en crisis desde el comienzo de esta investigación. No debe soslayarse que esta pretensión teórica reposa en otra pretensión anterior que es la racionalidad del legislador la que, a su vez, encuentra sustento en el sistema de gobierno republicano que ubica a la representación de la voluntad de la sociedad en el Poder legislativo. Puede advertirse claramente que se trata de una cadena ficcional cuyo último eslabón, el Juez, podría desarmar toda la trama en caso de realizar algo más que aplicar la norma sancionada por el legislador racional -y en modo racional- que representa la voluntad de la sociedad. En este sentido, puede comprenderse, dentro de la limitación de análisis planteada, el esfuerzo del formalismo por evitar que la parte de esta cadena que opera como un poder contramayoritario no cuente con un margen de maniobra que permita, eventualmente, la aplicación del derecho de un modo que no ha sido previsto por el legislador.

Lo expuesto anteriormente trae aparejadas ciertas consecuencias para la teoría argumentación y la decisión judicial. Dos de ellas serán el centro del desarrollo que se llevará a cabo a continuación en este apartado. Por un lado, la interpretación -ya sea como actividad intelectual previa o concomitante a la aplicación del derecho- se presenta como un *acto de conocimiento* por el cual se *indica el significado* de la norma y que, por lo tanto, privilegia un método de *interpretación textual o literal*. Por otro lado, los casos a resolver se presentan como *casos fáciles* para los que las normas se presentan como la herramienta fundamental y ante los cuales los Jueces no tienen más que realizar una actividad intelectual lineal que se pretende no valorativa -luego se verá que incluso en ese modelo no puede evitarse recurrir a un cierto grado de valoración- como lo es la subsunción y la deducción. En este contexto, si se cuenta con un conjunto de normas jurídicas que fueron sancionadas en forma racional -evitando problemas lógicos y de lenguaje- por una autoridad racional, que prevén soluciones para todos los casos que pueden presentarse -pretensión de completitud-

[231] Ost, François (1993)*, Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez,* Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, ISSN 0214-8676, ISSN-e 2386-4702, Nº 14.

y a las que los Jueces recurren sin más esfuerzo intelectual que la interpretación y/o aplicación textual, entonces podría aceptarse que este modelo resulta adecuado y los problemas que podrían suscitarse no serían tan relevantes como para proponer alguna modificación.

Sin embargo, debe destacarse que tanto la noción de *legislador racional* como la de *completitud* no son más que pretensiones formales y, de tal modo, no siempre se verificarán necesariamente en la práctica. Cabe aclarar que, si bien la noción de *legislador racional* es sumamente relevante, no será desarrollada en este apartado debido a que la intención aquí es concentrarse en la actividad desplegada por una autoridad diferente, a saber, la del Magistrado, quien debe interpretar y aplicar las normas. Por lo tanto, puede aceptarse que el Poder legislativo actúa del modo más racional posible intentando sortear las diferentes dificultades lógicas y del lenguaje que puedan presentarse y siempre con la intención de no dejar casos por fuera de la regulación normativa. Sin embargo, la práctica jurídica demuestra que incluso ese escenario se presentan dificultades que deben ser resueltas por quienes aplican las normas jurídicas. De tal modo, sostener la noción de *legislador racional* como ideal puede no ocasionar demasiadas complicaciones pues puede operar como una dirección en la que se debe trabajar, pero sí puede resultar perjudicial sostenerla -y defenderla- como un hecho incontestable pues, incluso con las mejores intenciones, no siempre se podrán lograr resultados sin margen de error y es allí donde la intervención del Magistrado se torna más activa, pero solamente a los efectos de solucionar los problemas que puedan suscitarse al momento de aplicar el derecho. Y ello no quiere decir que el legislador no haya sido racional, sino que -salvo en los casos de errores evitables a partir de una correcta técnica legislativa- siempre existe un margen de error y puede resultar muy difícil superar algunos obstáculos propuestos por el uso del lenguaje. La defensa irrestricta de la noción de *legislador racional* no aporta beneficios a la hora de explicar algunos de los problemas más importantes asociados a la aplicación del derecho pues hace reposar todo el peso del asunto en un ideal haciendo caso omiso a la práctica y a la posibilidad de encontrar soluciones también racionales.

En virtud de lo expuesto, sí resulta necesario, por el contrario, efectuar algunas consideraciones con relación a la noción de *completitud* pues ésta se encuentra íntima

y directamente relacionada con la aplicación del derecho, lo cual es el presupuesto de los desarrollos que se plantean en este capítulo vinculados a la interpretación y la discrecionalidad. Vale destacar que, como lo sostiene Eugenio Bulygin, esta noción también es considerada como un ideal racional -pues no responde a criterios ideológicos o políticos- mediante el cual se pretende establecer que los sistemas jurídicos *deben ser* completos. Al respecto, señala el mencionado jurista argentino que este ideal se relaciona con una actividad racional por excelencia para el derecho que es la justificación normativa que se encuentra limitada por los principios de inexcusabilidad, justificación y legalidad, que serán mencionados posteriormente en este capítulo en palabras de Carlos Alchourrón. Ahora bien, la tesis de Bulygin sobre este aspecto es que de la exigencia de racionalidad de los sistemas jurídicos no puede derivarse que éstos lo sean efectivamente. Es decir, no debe confundirse la dimensión del *deber ser* con la del *ser* pues, en efecto, no todos los sistemas jurídicos -por no decir ninguno de ellos- *son* efectivamente completos -salvo aquellos que presenten una regla de clausura como el *nullum crimen* en el sistema penal-[232].

Vinculado a lo anterior, Bulygin desarrolla uno de los trabajos más relevantes relativo al abordaje de las lagunas en el derecho[233] lo que implica, a los efectos de este apartado y lo que se expresó previamente, que los sistemas -generalmente- no son completos pero los jueces deben resolver todos los casos que les sean sometidos a su jurisdicción y que estén dentro de su competencia. Lo anterior evidencia que ante la presencia de alguna laguna los jueces deben expedirse igualmente, pero, en esos casos, deberán contar con un margen de maniobra mucho más amplio que en el supuesto de un caso reglado por alguna norma del sistema.

[232] Al respecto debe señalarse que Eugenio Bulygin distingue entre la *exigencia de completitud* y el *postulado de plenitud hermética*. Mediante el primero se plantea que los sistemas jurídicos *deben ser* completos mientras que, a través del segundo, se afirma que esos sistemas *son* completos (Ver en este sentido: Alchourrón, C.E. y Bulygin, E. (2012), *Sistemas normativos. Una introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, 2da edición, Ed. Astrea: Buenos Aires, Capítulo IX “Completitud como ideal racional”).

[233] Ver en este sentido: Op. cit. Alchourrón y Bulygin, Capítulo VI “El problema de la relevancia y las lagunas axiológicas” y Capítulo VIII “El problema de las lagunas y la decisión judicial”.

Si bien la temática de la completitud y las lagunas ha sido ampliamente desarrollada por diversos juristas, a los efectos de esta investigación resulta insoslayable la referencia a la postura de Michel Troper. Para el jurista francés "*…la teoría de la completitud cumple una función ideológica al servicio de las teorías liberales. En efecto, en el ideal del Estado de derecho, estamos sujetos a leyes y no a otros hombres. Si existieran lagunas y si los jueces estuvieran autorizados a ejercer un poder discrecional para colmarlas, estaríamos sujetos a los jueces y no a las leyes. Los jueces no se limitarían a aplicar el derecho, sino que devendrían productores de derecho. Por el contrario, si no hay laguna, sus roles se limitarían a la aplicación de un derecho preexistente. Sostener la tesis contraria según la cual las lagunas existen vendría entonces a formular una crítica ideológica, al mostrar que lo jueces disponen de un poder discrecional de creación del derecho*"[234]. Al respecto, Troper considera que, si la teoría de la completitud pretende realizar tal función ideológica, no lo estaría logrando porque los Jueces al aplicar las normas deberán siempre interpretarlas. En este sentido, refiere que "*El ideal del Estado de derecho quiere que los hombres sean sometidos a leyes, porque esas leyes son conocidas, claras y tornan a los hombres libres al permitirles prever las consecuencias de su acciones. Pero la ausencia de lagunas no garantiza en absoluto esta previsibilidad, porque no podemos prever cómo los serán interpretados los textos*"[235].

En base a lo expuesto, cabe destacar que Troper considera que las lagunas no existen desde un punto de vista interno del derecho pues ello implicaría admitir que el poder de los jueces de creación del derecho. Pero para él tampoco existen desde un punto de vista externo y ello se encuentra relacionado con su teoría realista de la interpretación que será desarrollada posteriormente -*infra* Sección II-. En este sentido, para el jurista francés los jueces plantean la existencia de las lagunas para justificar sus creaciones normativas. Sin embargo, desde su perspectiva, siempre es posible encontrar una solución en el derecho a partir de la interpretación de los textos normativos sin que deba considerarse que existen lagunas.

[234] Troper, Michel (2011), *Le droit et la nécessité*, Léviathan puf : Paris, p. 28.

[235] Ibidem.

Ahora bien, sin necesidad de tomar partido acerca de la existencia o no de lagunas en el derecho -pues no resulta una condición necesaria para continuar con el presente desarrollo-, la posición asumida por Troper a partir de su teoría de la interpretación permite justificar que los jueces al momento de resolver actúan en un marco de voluntad al interpretar los textos y nunca puede saberse *a priori* el contenido de la norma sino solamente después de que el enunciado sea interpretado por el Juez. Dentro de este contexto, resulta imposible negar que los Jueces cuentan con un margen de maniobra al momento de aplicar el derecho el cual debe quedar sujeto a control y, de tal modo, se trata del ejercicio de una discrecionalidad controlada racionalmente como se verá a continuación.

A su vez, tal como se ha analizado oportunamente en esta investigación, por un lado, no todos los casos que se presentan pueden considerarse como *casos fáciles*, sino que también existen *casos difíciles*[236]; y, por otro lado, los ordenamientos jurídicos no están compuestos solamente de reglas positivas, sino que también se encuentran integrados por *principios jurídicos* explícitos e implícitos que reflejan claramente la pluralidad de racionalidades que conforman el derecho y que consecuentemente son trasladadas a la decisión de los casos concretos[237].

Estas circunstancias llevan indefectiblemente a poner en crisis el modelo formalista y normativista en lo que respecta a la actividad del Juez y, por lo tanto, a proponer un modelo que resulte comprensivo de los factores señalados. Es decir, no es concebible la solución de casos difíciles en los que se encuentren involucrados principios jurídicos con la exigencia de nula o mínima intervención del Juez en el proceso de interpretación-aplicación. Por el contrario, se requiere de un mayor margen de maniobra argumental -*discrecionalidad*- que permita una solución que no podrá deducirse linealmente de una regla positiva, sino que, dependiendo del caso, deberá complementarse con argumentos normativos y extra-normativos -jurídicamente relevantes- diversos provenientes de los diferentes órdenes de racionalidad involucrados. En este sentido, tal como se verá más adelante en esta investigación, no toda interpretación diferente a la textual y no toda argumentación diversa a la

[236] Ver: Primera parte; Capítulo I; Sección II, punto II.A.

[237] Ver: Primera parte; Capítulo I; Sección I, punto II; y Sección II.

normativa constituye un ejercicio arbitrario por parte del Juez en la medida que puedan delimitarse diferentes racionalidades complementarias a la racionalidad formal-deductiva, con esquemas teóricos-conceptuales dentro de los cuales se pueda generar argumentación jurídica sujeta a control intersubjetivo.

En base a lo expuesto, en este capítulo se desarrollará que la discrecionalidad se diferencia conceptualmente de la arbitrariedad y que tal distinción no es una mera cuestión semántica, sino que implica una ampliación del marco argumental dentro de límites intersubjetivamente controlables previstos por diversas racionalidades (Sección I). Una vez aceptada la posibilidad y relevancia del margen de maniobra aportado por el ejercicio de una discrecionalidad controlada por parte del Juez, se planteará que en los casos difíciles la interpretación no puede ser un acto de conocimiento, sino que se trata de un acto de voluntad y que, de tal modo, la teoría realista de la interpretación ofrece un marco adecuado para la justificación de los casos difíciles (Sección II).

SECCIÓN I

Distinción entre discrecionalidad y arbitrariedad

En primer lugar, cabe destacar, que la arbitrariedad es la ausencia de todo tipo de argumento; mientras que, la discrecionalidad, por su parte, implica la presencia de argumentos de diversas clases que quedan sujetos a control. En este sentido, H.L.A. Hart señala que "*…la discrecionalidad ocupa un lugar intermedio entre las elecciones dictadas por el puro capricho personal o momentáneo y aquéllas realizadas en aplicación de métodos claros para alcanzar objetivos definidos o para adecuarse a reglas cuya aplicación al caso concreto resulta evidente*"[238].

A modo ilustrativo, en el marco de un proceso judicial tales argumentos resultan los motivos de agravio de una parte que recurre una decisión. Justamente el planteo de arbitrariedad de una resolución judicial deriva, entre otros motivos, de la ausencia total

[238] Hart, H.L.A. (2014), *Discrecionalidad*, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 37, ISSN: 0214-8676, p. 92.

de justificación o de un razonamiento lógicamente incorrecto. Al respecto, Genaro Carrió ha realizado una importante recopilación de criterios en los que la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina ha expresado estar ante un supuesto de arbitrariedad[239]. Entre aquellos criterios se encuentran los referidos a los fundamentos de la decisión y, dentro de ellos, al establecimiento de la premisa menor (prescindir de prueba decisiva, invocar prueba inexistente, contradecir abiertamente otras constancias de autos) y al tránsito de la premisa mayor a la premisa menor (realizar afirmaciones dogmáticas, incurrir en excesos formalistas o rituales, ser autocontradictorio). De tal modo, el máximo Tribunal de justicia federal de la Argentina ha sostenido, de manera uniforme, que la denuncia por arbitrariedad, por su carácter excepcional y restringido, exige un apartamiento inequívoco de las normas que gobiernan el caso o una decisiva carencia de fundamentos[240].

La obligación de fundamentar las decisiones judiciales presenta una tripe finalidad. Obliga a los Jueces a llevar a cabo un razonamiento jurídico en términos de confrontar el derecho con los hechos. A su vez, se constituye como una garantía para los justiciables de que sus pretensiones serán abordadas en forma seria y equitativa. En base a ello, la obligación bajo análisis implica una forma de evitar la arbitrariedad de los Jueces.

En el derecho positivo francés, el art. 455 del Código de procedimiento civil y el art. 485 del Código de procedimiento penal establecen, entre otras cuestiones, que la decisión judicial debe estar motivada[241]. En este sentido, el Consejo constitucional –*le Conseil constitutionnel*- reconoció a la exigencia de fundamentación de las decisiones judiciales como un principio fundamental[242]. Asimismo, el Consejo

[239] Ver en este sentido: Carrió, Genaro (1967), *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria en la jurisprudencia de la corte suprema*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot.

[240] Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina (Fallos 276:132, 295:140, 278, 538, 323:2879, entre otros).

[241] Art. 455 Code de procédure civile : « Le jugement doit exposer succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens. Cet exposé peut revêtir la forme d'un visa des conclusions des parties avec l'indication de leur date. Le jugement doit être motivé » ; art. 485 Code de procédure pénale : « Tout jugement doit contenir des motifs et un dispositif ».

[242] Cons. const., décision du 3 novembre 1977, no 77-101 L.

consultativo de jueces europeos (CCJE) -*Conseil consultatif de juges européens*- ha expresado en su recomendación nro.11 del 2008 que "*la fundamentación permite no sólo una mejor comprensión y aceptación de la decisión por el justiciable, sino que ella es sobre todo una garantía contra la arbitrariedad (…) permite una comprensión del funcionamiento de la justicia de parte de la sociedad*"[243]. Así pues, la relevancia de la motivación puede advertirse, a modo ilustrativo, en el proceso penal debido a que las decisiones que no contengan fundamentación o que aquélla resulte insuficiente y no permita a la Corte de Casación -*Cour de cassation*- ejercer su control, serán declaradas nulas[244].

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que "*…la motivación ´es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión´. El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que responsible el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática. El Tribunal ha resaltado que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias*"[245]. Del mismo modo se ha pronunciado la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso "Suominen"[246].

Se desprende del desarrollo efectuado anteriormente la importancia de aportar argumentos al momento de adoptar una decisión judicial y la distancia conceptual y práctica que existe entre tal circunstancia y la arbitrariedad. En este marco, cabe ahora reparar en la posición intermedia que Hart le otorga a la discrecionalidad y que la diferencia de la arbitrariedad pues, como se ha expresado y como se profundizará a

[243] Avis N°11 (2008) sur la qualité des décisions de justice.

[244] Art. 593 Code de procédure pénale : « Les arrêts de la chambre de l'instruction, ainsi que les arrêts et jugements en dernier ressort sont déclarés nuls s'ils ne contiennent pas des motifs ou si leurs motifs sont insuffisants et ne permettent pas à la Cour de cassation d'exercer son contrôle et de reconnaître si la loi a été respectée dans le dispositif ».

[245] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela; rta. 05/08/2008.

[246] Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Suominen v. Finland, no. 37801/97, 01/07/2003.

continuación, implica siempre el despliegue de argumentación, aunque ésta presente algunas particularidades según cada caso.

Ahora bien, en sintonía con las referencias normativas y jurisprudenciales mencionadas precedentemente, resulta relevante destacar que, a nivel teórico, Carlos Alchourrón considera que "*…una decisión judicial requiere un fundamento o razón y los jueces deben exponer las razones de sus decisiones. No sólo constituye un deber ineludible del juez resolver todos los casos que le son sometidos a decisión dentro de los límites de su competencia; también se exige de él que su decisión no sea arbitraria y que ofrezca las razones que justifican la decisión que adopta…*"[247]. Lo expuesto es considerado como *principio de justificación* que se complementa, a su vez, con el *principio de legalidad* según el cual, de acuerdo con Alchourrón "*…cada decisión no sólo requiere de ciertos fundamentos, sino de fundamentos de una clase especial: ellos deben ser jurídicos. El juez no debe ir más allá de la esfera del derecho del estado, apelando al derecho de otro estado o a normas no jurídicas (por ejemplo, normas morales), excepto en los casos en los que el propio derecho lo autoriza a hacerlo…*"[248].

Por lo tanto, puede advertirse que el aludido *principio de legalidad* remite esencialmente -aunque no exclusivamente- a la norma positiva como característica de un argumento jurídico. Sin embargo, se presentan dos circunstancias que permiten flexibilizar tal principio. La primera de ellas surge de la exigencia de que los argumentos en cuestión sean jurídicos. En este sentido, lo jurídico no queda limitado al compendio de normas positivas vigentes en un Estado, sino que también existen otras clases de normas como los principios jurídicos implícitos que requieren de una argumentación más compleja en virtud de las racionalidades distintas a la normativa que pueden encontrarse reflejadas en su contenido. Por lo tanto, el *principio de legalidad* no será inmediatamente relacionado a la norma positiva, sino que el campo de la legalidad ampliará sus contornos permitiendo también la incorporación de una argumentación derivada de diversos factores. La segunda de aquellas circunstancias

[247] Alchourrón, Carlos (2000), *Sobre lógica y derecho*, ISONOMÍA N°13 (Título original: "On Law and Logic", publicado en Ratio Juris 9, vol. Nº 4, diciembre de 1996), p. 13-14.

[248] Op. cit., Alchourrón. p. 14.

es la expresa alusión que hace Alchourrón a aquellos casos en los que el propio ordenamiento jurídico faculta a la mencionada expansión argumental. En esta inteligencia, cabe destacar que el Código Civil y Comercial de la República Argentina en su artículo 2 establece que "*La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos,* ***los principios y los valores jurídicos****, de modo coherente con todo el ordenamiento*" (el destacado no es original).

De tal modo, si bien es cierto que Alchourrón al referirse al *principio de legalidad* establece una prevalencia de las normas jurídicas positivas, ello no implica que en la decisión de ciertos casos el operador jurídico deba ampliar su espectro con el fin de cumplir también con el *principio de inexcusabilidad*, es decir, el deber de resolver todos los casos que le sean sometidos a su decisión dentro de su competencia[249].

Por lo tanto, aquí se presenta la pregunta acerca de la necesidad de aceptar la discrecionalidad en un ordenamiento jurídico, a la cual cabe responder afirmativamente de acuerdo con Hart quien sostiene quien reconoce tal necesidad "*… porque somos hombres, no dioses, y como parte de nuestra naturaleza humana, nos encontramos ante situaciones en las que tenemos que elegir con dos inconvenientes. Al primero lo llamaré Ignorancia Relativa del Hecho, y al segundo, Indeterminación Relativa del Objetivo. Ambos factores se nos pueden presentar en un determinado ámbito por separado o conjuntamente: en cualquier ámbito en el que queramos regular con carácter previo mediante principios o reglas generales que puedan invocarse en ocasiones ulteriores concretas, vemos limitada nuestra capacidad por ellos. A veces, la limitación que imponen los factores es tan inmediatamente evidente que no intentamos establecer reglas específicas sino que conferimos ab initio un poder discrecional a algún funcionario o autoridad: son los casos de Discrecionalidad Reconocida. En otros ámbitos en los que estas limitaciones no son tan evidentes,*

[249] En este sentido se expresa el Código civil francés en su artículo 4 («*Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice*») y el Código civil y comercial argentino en su artículo 3 ("*Deber de resolver. El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada*").

tratamos de establecer reglas, y aunque pueden permitirnos operar en un espacio muy amplio, surgen casos en los que las reglas quiebran y no ofrecen una única respuesta para un supuesto determinado: es el caso de la Discrecionalidad Tácita u Oculta"[250].

En este desarrollo se presta especial atención al último de los escenarios planteados por Hart. De tal modo, la posibilidad de ampliar el margen de maniobra y de ejercer una discrecionalidad -tácita u oculta- resulta necesaria para la decisión de los casos difíciles en los que la solución no depende exclusivamente de una norma jurídica positiva. Además, estos casos pueden encontrarse abarcados por la aplicación de ciertos principios jurídicos cuya interpretación y aplicación requieren de un espectro argumental diverso a la referencia textual y que, según sea el escenario, pueden evidenciar un contenido social o político que interactúa con el normativo y cuya complementación permite su solución.

Una vez aceptado lo anterior, resulta menester destacar que la discrecionalidad en cuestión debe poder ser controlada a fin de que su ejercicio no se convierta en arbitrariedad. De tal modo, tal como lo afirma Hart "*… una vez reconocido qué hace inevitable la discrecionalidad, lo más importante es identificar cuáles son las condiciones óptimas para su ejercicio, puesto que cuando no podemos estar seguros de acertar, al menos podemos hacer todo lo posible por generar las mejores condiciones para adoptar una decisión*"[251]. Y ello es así debido a que, el carácter humano, imperfecto, que presentan en términos generales los ordenamientos jurídicos se evidencian específicamente en el reconocimiento de diversos problemas que solamente pueden superarse mediante argumentos que normalmente son llamados valorativos que, en definitiva, implican el ejercicio de la discrecionalidad controlada que requiere poder determinar "*… los factores que deben ser considerados en cada campo para un ejercicio fundamentado de la discrecionalidad*"[252].

Al respecto, Carlos Alchourrón señala que "*Los problemas sistemáticos (la incompletitud y la inconsistencia normativa) así como las indeterminaciones lingüísticas (ambigüedad, derrotabilidad y vaguedad) hacen necesario el* ***uso de***

[250] Op. cit., Hart, p. 94.

[251] Op. cit., Hart, p. 97.

[252] Ibidem.

consideraciones valorativas en la toma de decisiones judiciales*. Desde una perspectiva más amplia,* ***en todo proceso de toma de decisiones judiciales se encuentran involucradas consideraciones valorativas****, tanto en la selección de las normas empleadas para justificar la decisión como en la identificación de los ´hechos´ relevantes del caso bajo consideración. En este sentido,* ***la interpretación es siempre una actividad valorativa****.* ***La ilusión formalista del modelo puramente deductivo debe ser abandonada****. Pero a fin de advertir la fuerza del modelo como un ideal,* ***es conveniente observar los tipos de argumentos utilizados para justificar las elecciones valorativas, los elementos incluidos en ellos y los motivos que subyacen a su uso***"[253] (el destacado no es original).

De tal modo, queda claro que existen determinadas circunstancias en las que se debe recurrir a consideraciones valorativas al momento de decidir cierto tipo de casos que presentan los problemas mencionados. Sin embargo, el aspecto más relevante, y que se conecta directamente con la investigación que se viene desarrollando en este trabajo, es el análisis de los argumentos que son utilizados en el marco de argumentaciones valorativas. Es decir, si se pretende evitar caer en la arbitrariedad al momento de decidir estos casos difíciles es necesario contar con marcos argumentales que puedan ser sometido a control intersubjetivo y es justamente ello lo que se busca al proponer distintas tipologías de racionalidades que se encuentran involucradas en el derecho y de las que puede derivarse un discurso particular -social, político, etc.- justificable y controlable. Así pues, pueden conjugarse las exigencias derivadas de los *principios de inexcusabilidad, justificación y legalidad* y la posibilidad de resolver también los casos difíciles sin valoraciones arbitrarias, sino por medio de interpretaciones derivadas de una discrecionalidad pasible de ser controlada. En este mismo sentido se expresa Hart al sostener que "*No creo que sea exagerado decir que las decisiones que implican discrecionalidad son racionales, fundamentalmente por la forma en que se adoptan, pero por supuesto el término «forma» debe entenderse aquí en el sentido de que incluye no sólo factores estrictamente procedimentales y la exclusión deliberada del interés privado, el perjuicio y la aplicación de la experiencia en ese campo, sino también el esfuerzo concreto por identificar los diversos valores*

[253] Op. cit., Alchourrón, p. 29.

que deben tenerse en cuenta y someterse a algún tipo de jerarquía o subordinación en el ejercicio de la discrecionalidad"[254]. No obstante, el jurista inglés aclara que "*… la discrecionalidad es una esfera en la que los argumentos a favor de una decisión u otra pueden ser racionales sin ser definitivos*"[255].

Ahora bien, es importante destacar que en modo alguno se pretende ignorar la relevancia de la aplicación de las normas jurídicas positivas en el marco de un Estado de derecho. No obstante, lo que aquí se plantea implica aceptar que no todos los casos sometidos a decisión pueden resolverse sin más mediante la aplicación una norma positiva, tal como sostiene Alchourrón "*…aquellos casos en los cuales existen problemas sistemáticos (lagunas normativas o inconsistencias) o indeterminaciones lingüísticas, esto es, aquellos casos en los cuales ninguna regla explícita decide claramente el caso en un sentido u otro*"[256]. En este mismo sentido, Genaro Carrió destaca que "*Hay normas jurídicas y ellas desempeñan un papel indispensable en la práctica cotidiana del derecho. Pero esas normas no determinan toda la conducta pues tienen una textura abierta o presentan una zona de penumbra, dentro de la cual el intérprete tiene que decidir bajo su responsabilidad. Tal decisión no puede ser razonablemente descripta como una simple deducción a partir de reglas que ya tenían un significado que aquél se limitó a descubrir. En otros términos, las reglas del sistema controlan los casos claros, pero no los de penumbra"*[257]. Si bien el jurista argentino alude principalmente a problemas derivados del lenguaje se ha visto anteriormente que frente a los problemas lógicos o sistémicos también la norma positiva por sí sola no permite la solución de ciertos casos. Por lo tanto, ante ambas clases de problemas se torna ineludible el recurso a un espectro argumental diverso para superar tales dificultades y resolver el caso. De tal modo, Carrió afirma que "*Si esta adjudicación de sentido no es arbitraria (y no tiene por qué serlo), estará guiada por ciertos standards valorativos, sociales, políticos, económicos, etc. (…) Estos criterios adicionales son los que dan fundamento a la decisión; no la regla o reglas del orden jurídico, que*

[254] Op. cit., Hart, p. 97.

[255] Op. cit., Hart, p. 98.

[256] Op. cit., Alchourrón, p. 32.

[257] Carrió, Genaro R. (2011), *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Ed. Abeledo Perrot: Buenos Aires, p. 72.

simplemente no se oponen a ella"[258]. Esta misma referencia se reproducirá al momento del desarrollo de una de las tipologías de racionalidad que se propondrá más adelante en este trabajo y se advertirá la pertinencia de aquella también en un contexto más específico al actual planteo general.

En esta inteligencia, Véronique Champeil-Desplats con cita de Richard Tremblay expresa que "*Las palabras de la ley constituyen sin dudas la materia prima de la construcción del sentido. Pero ellas solas nunca permiten la comprensión del sentido de un texto (…). También un iresponsibleesponsable tiene en cuenta no sólo el texto, sino que también se apoya sobre diferentes elementos contextuales (…) Los diferentes elementos del contexto son: los textos normativos en su conjunto; la historia de las normas; los principios no escritos del derecho; los principios de la lógica; la realidad social; las consideraciones de equidad*"[259].

Cabe destacar entonces que gran parte de este espectro argumental valorativo al que se hace referencia deriva, de entre otros factores, de los principios jurídicos que forman parte del ordenamiento jurídico pues, tal como se ha desarrollado anteriormente en este trabajo, aquellos principios exhiben claramente en muchos casos múltiples racionalidades. De tal modo, los principios juegan un papel relevante al momento de justificar las elecciones valorativas.

En este sentido, Carlos Alchourrón expresa que "*Algunos principios se encuentran vinculados con ciertas instituciones. Los principios que fundamentan ciertas disposiciones son empleados para aclarar el significado de otras prescripciones. Detrás de esos principios subyacen ciertas operaciones inductivas destinadas a ampliar el alcance de ciertas normas, mostrando sus justificaciones valorativas comunes, las cuales pueden ser utilizadas para resolver situaciones no explícitamente reguladas o aquellas cuya solución permanece incierta debido a indeterminaciones lingüísticas (…) Los argumentos a partir de principios generales jurídicos o morales son de una naturaleza diferente. En ellos, el principio frecuentemente suministra de manera directa la norma general que justifica la resolución de casos no previstos o*

[258] Op. cit., Carrió (2011), p. 57.

[259] Champeil-Desplats, Véronique (2016), *Méthodologies du Droit et de Sciences du droit*, Dalloz : Paris, p. 405.

incorrectamente resueltos por normas específicas. En otros casos el principio provee los fundamentos valorativos para la justificación de la norma que se requiere para el caso"[260].

En base a todo lo expuesto precedentemente, cabe concluir que resulta muy forzada la idea de que es arbitraria toda decisión judicial que no sea el resultado únicamente de la subsunción y deducción realizadas a partir de una norma positiva. Tal concepción es afianzada principalmente por una visión formalista y normativista del derecho que habita en un contexto ideal -lo que Carlos Alchourrón llama *Libro Maestro*, y que el propio autor relativiza[261] - y que resulta claramente ilustrada por la noción de *umbral* acuñada por Sebastián Soler que remite al principio del tercero excluido -*tertius non datur*-. Es decir, según esta concepción el derecho se aplica o no se aplica, una situación o conducta se encuentra jurídicamente regulada o no lo está, pero no hay una tercera opción que surge a partir de algún tipo de interpretación diversa a la textual de la norma positiva aplicable al caso. De tal modo, puede decirse que cualquier decisión en la que se recurra a algún argumento de carácter valorativo será considerada arbitraria. Asumir esta posición implica también aceptar otros presupuestos formales acerca del sistema jurídico como su completitud y coherencia.

Frente a esta posición, cabe mencionar la lectura que realiza Genaro Carrió acerca de la propuesta Sebastián Soler al plantear que "*La imagen del ´umbral´ es inadecuada por la siguiente razón. Para que los conceptos y términos jurídicos puedan ser usados para regular una cierta realidad, para autorizar o prescribir acciones humanas, para justificar decisiones acerca de ellas, etc., tales conceptos y términos tienen que ser definibles en términos de lenguaje natural. Y ya hemos visto que las palabras del lenguaje natural no tienen criterios de aplicación rígidos o de perfiles*

[260] Op. cit., Alchourrón, p. 30.

[261] El propio Carlos Alchourrón señala que "*La concepción del Sistema Maestro* (Libro Maestro interpretado) *fue diseñada para satisfacer los ideales políticos de seguridad e igualdad formal, pero no puede garantizar otros ideales, tales como la justicia y la equidad. Como esta restricción limita su importancia, es necesario determinar cuánto de ella puede ser preservado a la luz de los requerimientos de la práctica efectiva y de otras exigencias políticas, y apreciar su impacto en la práctica del derecho*" (Op. cit., Alchourrón, p. 17).

nítidos. Todas *ellas son actual o potencialmente vagas (…) El principio del terceo excluido sólo vale para símbolos no interpretados; esto es, en dominios donde -como ocurre en matemática pura o en lógica- se opera con símbolos precisos. Las afirmaciones de Soler, o bien presuponen que un sistema jurídico está constituido a semejanza de un sistema de geometría pura (…) o no se hace cargo de ciertas características de los lenguajes naturales que desde hace algún tiempo se vienen destacando con insistencia*"[262].

Por lo tanto, si se sale del *umbral* formalista y se acepta, tal como se ha desarrollado anteriormente, que los sistemas jurídicos presentan problemas formales -lagunas, contradicciones, sobreabundancias- y lingüísticos -vaguedad, ambigüedad, emotividad-, entonces se abre un espacio para considerar que el Juez debe contar un margen de maniobra para superar aquellas dificultades. Es decir, si se está, por ejemplo, ante un caso de laguna normativa, resulta ineludible recurrir a justificaciones valorativas para colmarla creando la norma general que resultará aplicable al caso. Asimismo, en caso de contradicciones, también se recurre a argumentos valorativos al momento de considerar que alguna de las normas en conflicto debe dejar de formar parte del sistema o bien una transformarse en excepción de la otra. Lo mismo vale para los casos que deben resolverse mediante normas que contienen conceptos vagos o ambiguos. Incluso en modelos silogísticos la valoración se hace presente tal como destaca Damiano Canale al referirse a Kelsen y la determinación de la premisas mayor y menor de un silogismo judicial y remarcar al respecto que "…*su formulación presupone, en primer lugar, la selección de la disposición normativa a utilizar para tomar la decisión y, en segundo lugar, la interpretación de tal disposición. A la luz de estas consideraciones, la formulación adoptada como la premisa mayor es el resultado de un acto de decisión que presupone elecciones discrecionales del intérprete. Según Kelsen, lo mismo vale para la premisa menor (…) la reconstrucción*

[262] Op. cit., Carrió (2011), pp. 67-68.

judicial de los hechos requiere valoraciones por parte del juez, quien selecciona los aspectos de la realidad empírica que merecen atención y reconocimiento"[263]*.*

De tal modo, la discrecionalidad se advierte como ineludible para la decisión de casos en los que se presenten las dificultades expuestas y se pretenda dar una solución fundamentada. Negar tal circunstancia implica no reconocer, en primer lugar, la existencia de los problemas lógicos y lingüísticos característicos del derecho. Si se supera el límite impuesto por el formalismo, puede aceptarse el escenario planteado por H.L.A Hart al expresar que "*En todo sistema jurídico hay un importante y amplio campo abierto al ejercicio de la discreción por los tribunales y por, otros funcionarios, quienes la ejercen fijando el contenido de criterios o pautas inicialmente vagos, resolviendo las incertidumbres de las leyes, o desarrollando y acondicionando las reglas que sólo han sido comunicadas en forma muy-general por los precedentes revestidos de autoridad*"[264]. Una vez ante tal contexto, resta formular los marcos teóricos-conceptuales de los cuales pueden derivarse argumentos para el ejercicio de la discrecionalidad y evitar así decisiones arbitrarias. Y justamente ello puede lograrse a partir del reconocimiento de una pluralidad de racionalidades de las que pueden formularse diversos discursos -social, político, etc.- que resultan jurídicos o jurídicamente relevantes y que pueden ser sometidos a control intersubjetivo. Esto implica una manera de superar las posiciones extremas que hasta hoy inciden en discusiones como las que aquí se están desarrollando. En este sentido, Hart expresa señala que "*El formalismo y el escepticismo ante las reglas son el Escila y el Caribdis de la teoría jurídica; son grandes exageraciones, que resultan saludables cuando se corrigen entre sí. La verdad se encuentra en el medio. Es mucho, ciertamente, lo que hay que hacer —y no lo podemos intentar aquí— para caracterizar en forma detallada esa vía intermedia, y para mostrar los diversos tipos de razonamiento que los*

[263] Canale, Damiano (2019), *En búsqueda de lo implícito. Ensayos sobre razonamiento e interpretación en el derecho*, Serie intermedia de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho N°25, Universidad Externado de Colombia, pp. 24-25.

[264] Hart, H.L.A. (1998), *El concepto de derecho*, Ed. Abeledo-Perrot: Buenos Aires, p. 169.

tribunales característicamente usan al cumplir la función creadora que les deja la textura abierta del derecho en la ley o en el precedente"[265].

Estas palabras de Hart resultan muy útiles para concluir esta sección pues, efectivamente, es aquella vía intermedia la que aquí se trata de desarrollar al proponer diversos tipos de argumentos provenientes de múltiples racionalidades que interactúan entre sí en el derecho y que lo definen como un fenómeno complejo, lo que implica superar las posiciones extremas y aceptar que puede plantearse una discrecionalidad controlada y que aquélla no es lo mismo que la arbitrariedad. Pero, para ello es necesario continuar con el presente desarrollo y proponer a continuación que tal discrecionalidad sólo puede darse en el ejercicio de una interpretación particular que permita la interacción con diversas racionalidades. Y ello es posible desde la óptica de una teoría realista de la interpretación.

SECCIÓN II

La interpretación como acto de voluntad -la teoría realista de la interpretación-

La superación de los límites impuestos por el formalismo jurídico implica, entre otros aspectos, recobrar la visión respecto de los contextos sociopolíticos en los que opera el derecho y, de tal modo, dejar atrás la negación de la finalidad social del derecho[266]. Ahora bien, ello sólo es posible, por un lado, mediante una propuesta teórica que evidencie la necesidad de pasar página al formalismo -tal como fue desarrollado previamente- y que amplíe el marco de racionalidad del derecho reconociendo las múltiples racionalidades que lo conforman -lo cual será analizado posteriormente en esta investigación[267]-; y, por otro lado, a partir del reconocimiento de un margen de maniobra con el que cuentan los operadores jurídicos para incorporar aquellas

[265] Op. cit., Hart, p. 183.

[266] Ver en este sentido: Champeil-Desplats, Véronique (2016), *Méthodologies du Droit et de Sciences du droit*, Dalloz : Paris, p. 151.

[267] Ver: Segunda parte, Capítulo II.

diversas racionalidades -social, política- al discurso jurídico y poder complementar el registro normativo.

Tal como se expresó anteriormente, toda decisión judicial debe encontrarse fundamentada en forma acabada y cabe agregar que tal regla se robustece en aquellos casos en los que se recurra a la incorporación de argumentos distintos al normativo. La posibilidad de evitar la arbitrariedad dependerá del control que pueda llevarse a cabo de los argumentos expuestos. Es por ello por lo que, el operador jurídico en cuestión deberá desarrollar un exhaustivo discurso en el que puedan advertirse los fundamentos de su decisión y deberá fundamentar con especial profundidad la necesidad de ampliar la interpretación para incorporar elementos provenientes de racionalidades diversas.

De tal modo, el margen de maniobra al que se hace referencia en este capítulo se relaciona justamente con una ampliación del espectro interpretativo y del ejercicio de la interpretación. Una vez planteada tal circunstancia, es importante remarcar que el concepto *interpretación* requiere de un desarrollo especial debido a las diversas posturas y acepciones que giran alrededor del mismo. En este sentido, es necesario precisar qué se entiende por interpretación y establecer sus límites. Al respecto, resulta esclarecedor el análisis efectuado por Riccardo Guastini en cuanto expresa que "*… en el lenguaje común de los juristas el vocablo ´interpretación´ es de hecho empleado para referirse (al menos) a tres tipos de actividades, radicalmente distintas, que no suelen ser distinguidas (como sería, en cambio, apropiado): 1) el reconocimiento (o la conjetura) de un significado; 2) la decisión (o la propuesta) de un significado; 3) la creación de un significado. El reconocimiento de un significado es una operación cognoscitiva (o, si se prefiere, científica). La decisión de un significado es una operación, precisamente, decisoria (o, si se prefiere, política): acto de voluntad, no de conocimiento. La creación de un significado, finalmente, es más asimilable a la legislación (a la creación de normas) que a la interpretación propiamente dicha*"[268].

[268] Guastini, Riccardo (1999), *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Ed. Gedisa: Barcelona, p. 206.

A partir de esa clasificación, cabe destacar que la discrecionalidad que se desarrolla en este capítulo se encuentra relacionada con las nociones de interpretación como decisión y como creación de significado. En esta inteligencia, Guastini señala que "*Los jueces (…) debiendo decidir controversias, no pueden limitarse a describir los posibles significados de una determinada expresión legislativa: deben, en cualquier caso, escoger uno de ellos, de forma preferente sobre los otros. E incluso si la expresión en cuestión es unívoca (tiene un único significado determinado), tampoco pueden contentarse con describirlo, deben* usarlo *para calificar el supuesto de hecho que les es presentado. La interpretación judicial no es nunca una interpretación-conocimiento: es siempre interpretación-decisión…*"[269].

Desde esta perspectiva, esta actividad intelectual se enmarca en una teoría realista de la interpretación que tiene, por un lado, como presupuesto ontológico, que el significado objetivo no existe y que por lo tanto no es posible describirlo sino solamente determinarse; y, por otro lado, como presupuesto epistemológico, que toda teoría ocupa lugar en un sistema intelectual dentro del cual se le puede asignar una cierta función y, de tal modo, se puede considerar a ese sistema intelectual como un discurso práctico -aquél de los jueces, por ejemplo- y adoptar la definición de interpretación que proporcionará los mejores servicios en el ejercicio de la actividad judicial[270].

Es importante destacar que, para esta teoría el objeto de la interpretación no puede ser una norma jurídica, sino que lo único que puede interpretarse son textos o hechos. Ello debido a que, tal como se expresó anteriormente, el significado no existe previamente a la interpretación, sino que es el producto de ella. De tal modo, la norma no se encuentra dotada de sentido, sino que ella misma es un sentido y no puede ser interpretada porque sería absurdo pretender determinar el sentido de un sentido.

A su vez, cabe remarcar que esta interpretación le confiere a quien la ejerce un poder específico. El fundamento del poder de la interpretación reside en la validez de la interpretación que produce. Al respecto, Michel Troper expresa que "*Esta interpretación no es susceptible de ser verdadera o falsa (…) no existe una*

[269] Op. cit., Guastini, pp. 203-204.

[270] Ver en este sentido : Troper, Michel (2001), *La théorie du droit, le droit, l´État,* France, Ed. Léviathan puf, Capítulo V « Une théorie réaliste de l´interprétation ».

interpretación standard a la que podamos comparar con aquella que surja de la interpretación auténtica. La ausencia de una interpretación standard podría solamente servir de argumento a la tesis de que no se puede demostrar la verdad o falsedad de la interpretación auténtica (como tampoco puede demostrarse la verdad o falsedad de una interpretación científica)"[271] (el agregado es propio). De tal modo, si la interpretación auténtica no puede ser considerada verdadera o fals*a "…es solamente debido a que, cualquiera sea su contenido, el orden jurídico le confiere efectos. Es la decisión de conferirle un sentido a un enunciado o a un hecho, y una decisión no puede ser ni verdadera ni falsa, sino solamente válida o inválida dentro de un ordenamiento jurídico dado. La validez de la decisión interpretativa es exclusivamente formal, es decir, que resulta solamente de la competencia jurídica de la autoridad que realiza la interpretación, y no de su contenido y tampoco de los métodos por la que es justificada. El hecho de que una autoridad haya empleado un método de interpretación en vez de otro no tiene ninguna incidencia sobre la validez*"[272].

Es importante destacar que, si bien la teoría realista de la interpretación deja un margen de maniobra al Juez -lo cual resulta justamente pertinente para el presente desarrollo- ello no implica que el operador jurídico en cuestión cuente con una total libertad al momento de decidir. Al respecto, los Jueces se encuentran sujetos a múltiples coacciones jurídicas, a las que se hará referencia con detalle más adelante en esta investigación[273], que restringen aquel margen de maniobra y establecen ciertos límites acotando la interpretación al sistema jurídico dentro del cual son llamados a actuar. Tal circunstancia permite distinguir entre aquellos factores que son de orden, por ejemplo, sociológico o político, de aquéllos que son propiamente jurídicos. Estas coacciones jurídicas se diferencian de las obligaciones jurídicas pues, entre otros aspectos, consisten en situaciones de hecho de dan dentro de un determinado sistema jurídico. A modo ilustrativo puede mencionarse que, en la elección de una decisión, en particular de una decisión interpretativa, una autoridad tiene en cuenta las decisiones que podrían ser tomadas por otros órganos del sistema,

[271] Op. cit., Troper (2001), p. 79.

[272] Op. cit., Troper (2001), pp. 79-80.

[273] Ver: Segunda parte; Capítulo II; Sección I.

si su razonamiento se inscribe en un conjunto de conceptos que ella misma ya ha utilizado o si ha sido utilizado por otros. De tal modo, la teoría realista de la interpretación permite concebir a la ciencia del derecho como una ciencia causal sin confundirla con una sociología o psicología jurídica[274].

Una vez delineadas las principales características de la teoría realista de la interpretación puede advertirse más claramente el motivo por el cual el ejercicio de una discrecionalidad controlada por parte de los jueces solamente puede justificarse dentro de esta teoría. En este sentido, debe repararse en que desde una perspectiva formalista y normativista el objeto de interpretación es siempre una norma jurídica y, generalmente, se entiende que debe recurrirse a una interpretación textual -en algunas ocasiones a una ontológica o a una sistémica- pues la actividad interpretativa es, según aquella visión, un acto de conocimiento por medio del cual se puede llegar al verdadero significado de una norma sea a través de su propio texto o bien la finalidad prevista por el legislador al dictarla. Sin embargo, se insiste en que tal postura elimina toda posibilidad de contar con el margen de maniobra necesario para la decisión de ciertos casos difíciles que requieren expandir los límites argumentales y, consecuentemente, también los interpretativos. En esta inteligencia, resulta relevante la reflexión efectuada por Véronique Champeil-Desplats en cuanto expresa que "*Al ser analizada la interpretación como una reconstrucción de sentido efectuada singularmente en cada decisión, el sentido conferido a un enunciado en un contexto particular queda siempre sujeto a reconsideración y a la evolución en otro contexto. En otros términos, la elección interpretativa nunca es definitiva. Cada caso en particular es susceptible de hacer surgir un nuevo sentido y de modificar las elecciones de los intérpretes*"[275]. Y luego aclara que dicha circunstancia no implica que se esté ante la imposibilidad de coherencia interpretativa sino que las interpretaciones "*…pueden ser analizadas sea como la elección de políticas jurisprudenciales eventualmente determinada por una preconcepción de la función de juzgar, sea como el producto de una serie de coacciones: coacciones argumentativas, coacciones de*

[274] En este sentido: Op. cit., Troper (2001).

[275] Op. cit., Champeil-Desplats, p. 398.

legitimidad, coacción de asegurar una previsibilidad de las decisiones para incrementar su autoridad y la probabilidad de que sean cumplidas o confirmadas"[276].

Al respecto, y a modo ilustrativo de la expansión interpretativa a la que se aludió anteriormente, resulta sumamente importante el desarrollo de la interpretación semántico-pragmática efectuado por Pierluigi Chiassoni. En este sentido, el jurista italiano expresa que tal interpretación "*…incluye, a su vez, dos operaciones interdependientes, pero lógicamente distintas, que consisten: por un lado, en determinar* el significado de las concretas expresiones *(palabras y locuciones) utilizadas en una disposición; y, por otro lado, en determinar el* significado de conjunto *de la disposición*"[277]. Y luego, con relación al significado de conjunto señala que éste depende de una serie de factores entre los que enumera "*1) La* estructura de la disposición*, a la luz de las pertinentes reglas gramaticales (…). 2) el* contexto lingüístico específico de la disposición *(…): el* contexto*, esto es, el entero documento normativo, o la parte (considerada por el intérprete) pertinente de éste, al que pertenece la disposición que hay que interpretar. 3) el* intertexto de la disposición*, constituido por todos los otros textos normativos (discurso de las fuentes) y no-normativos (textos dogmático-jurídicos, etnológicos, filosóficos, jurisprudenciales, literarios, político-económicos, médicos, teológicos, históricos, etc.), los que el intérprete considere que debe y/o puede recurrir al interpretar una disposición. 4) Los específicos* contextos extralingüísticos de la disposición *(culturales, institucionales, políticos, sociales, históricos, etc.) -esto es, las concretas ´situaciones´- a la luz de las cuales, según ejercicio del intérprete, la disposición debe ser, igualmente, interpretada*"[278].

Lo expuesto precedentemente refleja la posibilidad de pensar en una prolongación normativa y en un conjunto reglas supletorias, complementarias, es decir, proponer un eclecticismo en el uso de los métodos de interpretación que permiten justificar el

[276] Op. cit., Champeil-Desplats, p. 399.

[277] Chiassoni, Pierluigi (2011), *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, Ed. Marcial Pons: Madrid, p. 66.

[278] Op. cit., Chiassoni, p. 66.

sentido conferido a un enunciado[279]. En este sentido, cabe señalar que, al menos en Francia, "*Los juristas contemporáneos se encuentran marcados por una tendencia a apoyarse sobre la pluralidad de métodos interpretativos disponibles y a privilegiar un uso pragmático. Esta actitud está relacionada a menudo a la constatación de una fuerte diversificación de los casos a resolver en las sociedades contemporáneas, complejas y globalizadas. Frente a la complejidad, al carácter usualmente inédito e imprevisto de los hechos, a la multiplicidad de intereses o de conflictos de valores en juego, se impone la idea de que ya no es más posible dotarse de programas metodológicos interpretativos rígidos y preestablecidos. Se torna necesario tener en cuenta la singularidad de cada contexto, de cada circunstancia, y de integrar una pluralidad de órdenes de consideración cuyos pesos respectivos será reevaluado para cada uno de los cosos singulares a resolver*"[280].

Por lo tanto, se advierte la posibilidad de pensar en una expansión interpretativa que puede ir más allá del texto de la norma. Asimismo, puede plantearse que tal actividad intelectual no resulta arbitraria pues se encuentra enmarcada dentro de diversos métodos interpretativos dependiendo de las características de cada caso que deba resolverse. En este sentido, se tornan relevantes las referencias no-normativas que forman parte del *intertexto* de la disposición y sus *contextos extralingüísticos* pues permiten la incorporación, entre otros, de elementos políticos, sociales e institucionales a la interpretación y decisión de casos no rutinarios que requieren de un abordaje más complejo que excede la mera referencia normativa. De tal modo, se puede contar con marcos teórico-conceptuales intersubjetivamente controlables de los cuales se puede extraer argumentos de tipo político, social, económico, ente otros, que formen parte de la fundamentación de la solución de un caso difícil.

Esto último será desarrollado más adelante en esta investigación[281], sin embargo, cabe tener presente que aquellos marcos teórico-conceptuales surgen a partir del reconocimiento de una pluralidad de racionalidades que interactúan dentro del Derecho. Algunas de ellas más fácilmente identificables como discurso jurídico como,

[279] Ver en este sentido: Op. cit., Champeil-Desplats, p. 399.

[280] Op. cit., Champeil-Desplats, pp. 404-405.

[281] Ver: Segunda parte; Capítulo II; Secciones II, III y IV.

por ejemplo, la racionalidad formal-deductiva y la racionalidad estratégica derivada de las coacciones jurídicas; y otras cuyo reconocimiento como jurídicas o jurídicamente relevantes dependerá de la propuesta de diferentes tipologías de racionalidad que permitan identificarlas y no confundirlas con otras racionalidades lo que en definitiva permitirá justificar su relevancia para el Derecho, como, por ejemplo, la racionalidad social, la racionalidad política y la racionalidad económica.

CONCLUSIÓN

Así pues, toda esta propuesta evidencia la necesidad de que exista un margen de maniobra al momento de decidir, es decir, que pueda ejercerse una discrecionalidad controlada a partir de discursos derivados de múltiples racionalidades, sin que ello equivalga a un proceder arbitrario toda vez que puede encontrarse sujeta a múltiples métodos interpretativos.

Para ello se requiere poner en crisis la idea de una única racionalidad para el Derecho, a saber, la racionalidad formal-deductiva, la cual trae aparejada una lógica formalista y normativista que privilegia solamente métodos interpretativos íntimamente vinculados a la norma positiva -ya sea su texto, su interacción con otras normas o su finalidad-. Por el contrario, debe privilegiarse la noción de una pluralidad de racionalidades de las cuales se extraigan argumentos que destaquen diferentes elementos, por ejemplo, sociales, políticos y económicos, que interactúen con lo normativo. Todo esto depende también del reconocimiento de que hay ciertos casos cuya decisión excede la referencia normativa y, por ende, que requieren de mayor intervención argumental por parte de quien debe resolver. Esto implica una superación del formalismo que acota el fenómeno a un operador mecánico que resuelve casos rutinarios solamente a través de normas positivas. Así, expone esa imagen desactualizada ante un modelo de Derecho contemporáneo que se enfrenta a casos complejos que debe resolver mediante un abanico de normas -reglas y principios jurídicos explícitos e implícitos- y el recurso a argumentos que involucran referencias sociales y políticas, lo que exige del operador jurídico mucho más que pronunciar las palabras de ley. Lo obliga a ejercer su rol como un sujeto que actúa en un contexto -social, político, institucional, cultural, etc.- determinado que no puede ignorar pues

forma parte del Derecho y que por ello debe integrar a su discurso jurídico, en algunos casos, al momento de decidir.

En este sentido, y sin perjuicio de su particular propuesta de Teoría estructurante del Derecho, Friedrich Müller destaca la relevancia de aquellos elementos que forman parte de la precomprensión del operado jurídico y que es necesario que se encuentren presentes en las decisiones judiciales. Al respecto, el jurista alemán señala que: "*La separación de los elementos constitutivos de la precomprensión legítimos en el plano normativo de aquellos que no reposan en ninguna base normativa, como también su delimitación con relación a la precomprensión global -ideológica- se producen en el curso de la concretización. En el marco de esta última, los contenidos de la precomprensión deben ser introducidos sin camuflaje en la argumentación, si se desea que ellos no constituyan fuentes incontrolables de errores. En su defecto, no se habrá realizado sobre este punto ningún progreso con relación al positivismo legalista que ignora o esconde esos elementos*"[282].

Para finalizar, y tal como se desarrolló anteriormente, cabe reparar en que la posibilidad de este margen de maniobra solamente es posible dentro de una teoría realista de la interpretación que, si bien se distingue de la teoría propuesta por Müller, tienen algún contacto relevante a los fines de este desarrollo en lo que atañe al punto de partida para la decisión de un caso. Al respecto, ambas teorías coinciden en distinguir a la norma del texto de la norma y en aceptar que estos textos no son portadores de un significado previo ni determinan un sentido, lo cual en ambos casos implica el reconocimiento de un rol activo por parte de quien debe resolver un caso. En este sentido, expresa Müller que "*El texto de la norma no puede* contener *la normatividad. Al interior de su cuadro lingüístico, él guía y limita las posibilidades legales y, en esta medida, legítimas de la solución de la especie sometida al derecho. Los conceptos jurídicos en los textos de las normas no poseen ´significado´, no establecen ´sentido´ (…). Es más la prestación activa del receptor, del jurista que decide el caso, la que ocupa el primer plano (…)*"[283].

[282] Müller, Friedrich (1996), *Discours de la méthode juridique*, Léviathan puf : France, p. 219.

[283] Op. cit., Müller, pp. 222-223.

Todo lo expresado hasta este momento evidencia una clara necesidad de discrecionalidad la cual, tal como se analizó, se diferencia de la arbitrariedad pues puede ser controlada intersubjetivamente. En este sentido, contrariamente a lo que podría sostenerse desde una visión formalista, "*La objetividad jurídica no es pensable sin valoración y sin decisión*"[284] pues como pudo advertirse a lo largo de este capítulo y tal como se verá a lo largo de posteriores desarrollos, el Derecho como fenómeno complejo que interactúa con múltiples racionalidades no puede prescindir del sujeto de la decisión quien, indefectiblemente, debe decidir en muchos casos integrando el Derecho con elementos normativos que reflejan discursos provenientes de otras racionalidades –sociales, políticas, etc.-, como en el caso de los principios jurídicos; y/o con factores no-normativos aunque jurídicamente relevantes que ya no son reflejados en algún elemento normativo, sino que son ellos mismos discursos derivados de marcos teóricos-conceptuales diversos aunque complementarios al jurídico.

[284] Op. cit., Müller, p. 217.

SEGUNDA PARTE:

LAS RACIONALIDADES DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS

"Todo cambio supone la elaboración de un esquema conceptual basado en una teoría"

Risieri Frondizi.

CAPÍTULO I

Racionalidad y derecho

En los capítulos precedentes se ha mencionado en reiteradas oportunidades la presencia de múltiples racionalidades que interactúan en el derecho. Tal propuesta surgió a partir de la puesta en crisis de la frecuente afirmación acerca de la existencia de una única racionalidad que sería la racionalidad formal-deductiva -considerada como *la* racionalidad jurídica-. A lo largo de este trabajo se intentó fundamentar que tal aseveración no resulta correcta pues el derecho, en tanto fenómeno complejo, es atravesado por una pluralidad de racionalidades como la social, la política, la económica, entre otras. Aquellas racionalidades pueden advertirse por fuera del sistema jurídico, pero también dentro de aquél al ser reflejadas por los principios jurídicos, tal como fue desarrollado oportunamente en esta investigación[285]. En ambos escenarios, aquellas racionalidades, al interactuar con la racionalidad jurídica, permiten ampliar el espectro argumental al momento de la aplicación del derecho. Sin embargo, su incorporación al discurso jurídico –en caso de que provengan de sistemas distintos al jurídico- o su reconocimiento –en el supuesto de su reflejo a través de los principios jurídicos-, requieren de una fundamentación compleja que debe quedar sujeta a control para evitar que el ejercicio de la discrecionalidad que ello implica sea considerado como arbitrariedad –ausencia de fundamentación, mera subjetividad-.

[285] Ver: Primera parte; Capítulo I.

Por lo tanto, la posibilidad del ejercicio de una *discrecionalidad controlada* dependerá de la existencia de marcos teórico-conceptuales provenientes de cada una de las racionalidades mencionadas que limitarán el despliegue argumental. Esto ocurre, por un lado, en el supuesto de argumentos que ingresen al discurso jurídico desde diversos sistemas –social, político, económico, etc.- como de argumentos no-jurídicos, pero jurídicamente relevantes; y, por otro lado, en el caso de argumentos que surgen a partir de la interacción del contenido jurídico con otro tipo de contenido –también social, político, económico, etc.- que se encuentran en los principios jurídicos y, de tal modo, resultan, sin dudas, jurídicos.

En base a lo expuesto, en lo que sigue en este trabajo se desarrollarán diversas tipologías de racionalidades dentro de las cuales podrán proponerse aquellos marcos teórico-conceptuales.

Ahora bien, es importante aclarar que, si bien solamente se planteará la existencia de algunas de aquellas racionalidades, nada obsta a que pueda pensarse en otras. En este sentido, la opción de exhibir la racionalidad social, la racionalidad política y la racionalidad económica responde a que son aquellas que más frecuentemente se ven reflejadas en los principios jurídicos como valores u objetivos, y que también son incorporadas al discurso jurídico provenientes desde sus propios sistemas. Sin embargo, podría pensarse también en la existencia y relevancia de otras racionalidades como, por ejemplo, la racionalidad institucional, la racionalidad histórica y la racionalidad cultural.

A su vez, resulta menester remarcar que todas esas racionalidades son tipologías independientes que interactúan con la racionalidad jurídica. Es decir, no se pretende ampliar la racionalidad jurídica incorporando dentro de ella todas las otras racionalidades –pues se estaría nuevamente ante una única racionalidad, aunque más extensa- sino que, el objetivo es demostrar que el derecho comprende la existencia e interacción permanente de todas esas racionalidades que deben ser diferenciadas para su mejor identificación, comprensión, y aplicación.

Por otro lado, debe mencionarse que la propia racionalidad jurídica puede pensarse como compuesta por otras racionalidades (o sub-racionalidades). En este sentido, posteriormente se desarrollará una tipología correspondiente a una racionalidad

estratégica que opera dentro de la racionalidad jurídica pues se basa en la teoría de las coacciones jurídicas propuesta por Michel Troper, Véronique Champeil-Desplats y Christophe Grzegorczyk. Y con relación a estas sub-racionaliades jurídicas también cabe aclarar que podría pensarse en otras, como, por ejemplo, una sub-racionalidad legal o una sub-racionalidad jerárquica, que fueron desarrolladas en la introducción de este trabajo con el fin de apoyar la puesta en crisis de la noción de una racionalidad única[286].

Por lo tanto, puede plantearse que la racionalidad jurídica no puede ser considerada como la única racionalidad que opera en el derecho pues, por un lado, interactúa con otras racionalidades como la social, la política y la económica –además de la institucional e histórica que no serán desarrolladas en esta investigación- y, por otro lado, la propia racionalidad jurídica se encuentra integrada por otras sub-racionalidades como la racionalidad estratégica –además de la legal y jerárquica, que tampoco serán profundizadas-.

Ahora bien, antes de comenzar con los desarrollos correspondientes a las distintas tipologías de racionalidad mencionadas, debe efectuarse algunas consideraciones con relación a un concepto que ha sido mencionado en este trabajo en muchas ocasiones y que requiere, por lo tanto, ser precisado a los fines de lo que continúa en esta investigación, a saber, la noción de racionalidad. En esta inteligencia, seguidamente se efectuará un desarrollo con relación a este concepto con la intención de limitar su alcance y esclarecer su utilización dentro de este trabajo, debido a las diferentes acepciones que puede presentar y los distintos usos con los que suele emplearse. Es importante aclarar que en modo alguno se pretenderá agotar en las líneas que siguen el debate acerca de la racionalidad, sino simplemente ajustar su uso a la presente investigación.

De tal modo, en este primer capítulo se llevará a cabo, en la Sección I, el desarrollo acerca del concepto *racionalidad* a los fines de este trabajo, por un lado, a partir de su descripción general (A) y, luego, específicamente en su relación con el derecho (B). A continuación, en la Sección II, se presentará la noción de *pluralidad de racionalidades*

[286] Ver: Introducción; punto III.

en el derecho. En base a ello, en el segundo capítulo se exhibirán las *diversas tipologías de racionalidades* que se anunciaron previamente, a saber: la racionalidad estratégica a partir de la teoría de las coacciones jurídicas (Sección I); las pluralidades de la racionalidad desde el punto de vista de la sociología pragmática (Sección II); la racionalidad económica enfocada en el análisis económico del derecho (Sección III); y la racionalidad política que también exhibe una pluralidad de racionalidades a partir del enfoque pluralista (Sección IV).

SECCIÓN I

Delimitación del concepto racionalidad a los fines de esta investigación

A.

Acerca del concepto racionalidad

El concepto racionalidad exhibe un marcado carácter polisémico. Asimismo, es empleado en diversas áreas del conocimiento y en diferentes contextos, a veces en forma similar, pero, en ocasiones, aludiendo a distintos sentidos. A su vez, suele ser empleado con una elevada carga emotiva toda vez que *lo racional* es considerado, generalmente, como algo positivo. De tal modo, resulta indispensable delimitar los alcances de un concepto tan particular a fin de evitar que su mención pueda ser interpretada en alguna de las tan variadas formas en que puede surgir y que no se relacione con los fines de este trabajo.

En este sentido, y a nivel general, puede plantearse que "*La palabra racionalidad se emplea en al menos tres sentidos distintos: (1) Racionalidad como capacidad lingüística. En este sentido –el más débil- un ser racional es un ser capaz de comunicarse lingüísticamente (…). (2) Racionalidad como razonabilidad. En este sentido alguien es racional si da (o está dispuesto a dar) razones para decir o hacer lo que dice o hace (…) (3) Racionalidad en sentido fuerte, que presupone la capacidad*

lingüística y la razonabilidad, pero va más allá, incluyendo típicamente procesos de evaluación y optimización"[287].

A partir de la propuesta conceptual expuesta precedentemente, la racionalidad a la que se hace alusión en este trabajo es aquélla en sentido fuerte -(3)-, pues lo que se busca es justamente proponer diversos marcos teórico-conceptuales a partir de los cuales puedan someterse a control intersubjetivo argumentos que surgen del ejercicio de la discrecionalidad en la decisión de los casos difíciles y dificilísimos o estructurales a los que se aludió anteriormente en este trabajo[288]. De tal modo, la noción de racionalidad se relaciona con la discrecionalidad a la que se hizo referencia previamente en esta investigación[289], en tanto esta última implica disponer de un margen de maniobra que debe quedar sujeto a control mediante procesos de evaluación y optimización. Por lo tanto, la racionalidad en tanto método –racional- es la que permite pensar en diversos esquemas para llevar a cabo aquel control.

En esta inteligencia, cabe mencionar que, entonces, "*Hablamos de racionalidad en contextos en los cuales un agente elige o toma decisiones en función de ciertas preferencias u objetivos. Por tanto, sólo tiene sentido hablar de racionalidad en situaciones que reúnan estas dos condiciones: (1) Que haya diversas alternativas entre las que elegir; es decir, que la salida de la situación no esté unívocamente determinada. (2) Que no todo dé igual. Que unas salidas de la situación sean preferibles a otras (…) En situaciones deterministas, donde no hay nada que decidir o elegir, no se plantean problemas de racionalidad (…)* ***Un cierto margen de maniobra, y algún tipo de preferencias u objetivos deben estar dados, para que tenga sentido hablar siquiera de racionalidad***"[290] (el destacado es propio).

Ahora bien, puede irse incluso un poco más lejos en el análisis del concepto racionalidad y plantear que existe una clásica distinción entre *racionalidad teórica* –respecto de las creencias y opiniones- y *racionalidad práctica* –respecto de las

[287] Mosterín, Jesús (1999), *Epistemología y Racionalidad*, 1era. Edición, Universidad Garcilaso de la Vega, Fondo Editorial: Perú, p. 29.

[288] Ver: Primera parte; Capítulo I; Sección II; punto II.B.

[289] Ver: Primera parte; Capítulo II.

[290] Op. cit., Mosterín, pp. 29-30.

decisiones, acciones y conductas-. Además, cabe mencionar que respecto de ambas clases de racionalidad existe una *teoría formal* y una *teoría material* que las aborda. Al respecto, la primera de esas teorías cuenta con un elevado grado de consenso debido a su carácter eminentemente matemático; mientras que, la segunda, cuenta con menor consenso toda vez que no se apoya en criterios tan sólidos como la formal pues lo que busca es "…*reducir la infradeterminación de las creencias y acciones por la teoría formal mediante un cierto anclaje en la realidad…*"[291].

Más allá de la distinción entre ambas clases de racionalidad, aquéllas se encuentran íntimamente relacionadas. En este sentido, cabe señalar que "*…la racionalidad teórica es una parte o componente de la racionalidad práctica o, al menos, la racionalidad práctica presupone ya la racionalidad teórica*"[292].

Lo expuesto previamente resulta relevante a los fines de este trabajo pues, el análisis acerca de la racionalidad del derecho –que será desarrollado *infra* B- también implica una distinción de esferas de análisis entre una *racionalidad del derecho* –teórica- y una *racionalidad de la decisión judicial* –teórica/práctica-. Asimismo, ambas racionalidades se encuentran relacionadas pues, las decisiones teóricas que se asuman tienen implicancias en la praxis jurídica.

Antes de llevar este análisis acerca de la racionalidad al campo del derecho, resulta menester hacer una referencia conceptual adicional que será de utilidad para ese posterior abordaje. En esta inteligencia, cabe aludir a otra clasificación que aportará un matiz a la expuesta al comienzo de este acápite y que contribuirá –más allá de las denominaciones- a esclarecer todavía más el concepto de racionalidad a los fines de este trabajo. Al respecto, puede plantearse la existencia de cuatro tipos de racionalidad[293], a saber: *en sentido latísimo*; *en sentido amplio*; *en sentido estricto*; y *en cuanto al derecho*. La primera de ellas alude al empleo más genérico del concepto

[291] Op. cit., Mosterín, p. 30.

[292] Mosterín, Jesús (2000), *Lo Mejor Posible. Racionalidad y Acción Humana*, Ed. Alianza: España, p. 35.

[293] Ver en este sentido: HABA, Enrique P., (2018), *¿QUÉ QUIERE DECIR «RACIONAL»? (MULTIUSOS DE ESE TÉRMINO PERSUASIVO)*, Rev. Ciencias Sociales Universidad de Costa Rica, 160: 165-189 / 2018 (II). (ISSN: 0482-5276),

bajo estudio en el marco del cual no existen precisiones acerca de la justificación de calificar un pensamiento o acción como racional más allá de la postura asumida por quienes así lo consideran. En lo que atañe al segundo tipo, se cuenta con la presencia de ciertos modelos dentro de los que puede llevarse a cabo la justificación acerca de ideas y maneras de actuar; aunque, debe destacarse que se trata de modelos flexibles. Con relación al tercer tipo, se trata de la existencia de sólidos modelos de razonamiento que son compartidos a nivel intersubjetivo, tal como es el caso de las ciencias duras y la posibilidad de adaptación de esos modelos a las ciencias sociales. Finalmente, en lo que respecta al cuarto tipo, la racionalidad específicamente vinculada al derecho guarda relación, principalmente, con la *racionalidad en sentido amplio*, aunque, como será analizado posteriormente en el marco de algunas tipologías de racionalidades, puede pensarse también en una *racionalidad en sentido estricto* en la medida que pueden presentarse algunos modelos de justificación más sólidos que operen a nivel intersubjetivo,

La clasificación que antecede resulta relevante en la medida que incorpora a la *racionalidad del derecho* como una particular racionalidad para analizar y que dará pie para continuar el desarrollo en esa dirección. Sin embargo, es importante efectuar una precisión conceptual debido a la superposición de denominaciones entre las clasificaciones expuestas. En este sentido, al comienzo de este acápite se hizo referencia a una *racionalidad en sentido fuerte* que resulta más genérica que la *racionalidad en sentido estricto* pues abarcaba también la noción de *racionalidad como razonabilidad*, es decir, una noción más débil –aunque no la más débil-. Sin embargo, en ambos casos la referencia común que distingue entre lo débil o flexible y lo fuerte o estricto, es la efectiva existencia de modelos de razonamiento o la posibilidad de su existencia. Por lo tanto, cuando se aluda en este trabajo a la racionalidad vinculada al derecho se estará pensando indistintamente en las nociones de *racionalidad* y *razonabilidad* siempre que se cuente con la posibilidad de hacer referencia a modelos de control intersubjetivos de las argumentaciones a nivel teórico y práctico.

B.

La racionalidad en el campo del derecho

Continuando con el presente desarrollo, lo expuesto al final del párrafo que antecede abre la discusión acerca del *método jurídico*, puntualmente, en lo que respecta a su existencia o posibilidad. Vale aclarar que en modo alguno se pretenderá abordar esa temática en toda su dimensión pues excede los objetivos de esta investigación, pero sí es necesario efectuar algunas consideraciones al respecto a los fines de seguir aclarando y delimitando la utilización del concepto racionalidad en este trabajo.

En este sentido, cabe distinguir entre cuatro planos del pensamiento[294]: I. *Razonamiento lógico-formal* (constrictivo en el más alto grado); II. *Razonamiento sólo plausible pero intersubjetivamente controlable*; III. *Razonamiento sólo razonable, plausible pero no intersubjetivamente controlable;* y IV. *"Razonamiento privado", simple "lógica de los sentimientos*" *o intuición puramente personal*. En línea con lo que se estuvo exponiendo hasta aquí, es importante remarcar que solamente en los planos I y II puede hablarse de racionalidad y de posibilidad de método. De tal modo, la racionalidad vinculada al derecho puede abordarse tranquilamente dentro del plano II en la medida que puedan proponerse métodos de razonamientos sujetos a control intersubjetivo. Sin embargo, no debe descartarse que algunos juristas consideran posible ubicar al derecho en el plano I al considerar, al menos en la esfera de la praxis jurídica, que la lógica deóntica y la forma de proceder a partir de ella –subsunción y deducción- es el método por excelencia empleado en el derecho. Sin ingresar en la discusión que esa postura podría desencadenar, cabe remarcar que en esta investigación la existencia de múltiples racionalidades en el derecho –que será abordado posteriormente *infra* Sección II- implica también la *pluralidad de métodos* correspondientes a cada una de esas racionalidades. En este sentido, esta investigación asume la posibilidad de métodos y metodologías conjuntamente posibles a partir de la propuesta de una *pluri o interdisciplinariedad rigurosa*, que se hace necesaria a partir la existencia de las múltiples racionalidades que operan en el

[294] Ver en este sentido: Haba, Enrique P., *Racionalidad y método para el Derecho: ¿es eso posible? (I)*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, [S.l.], n. 7, p. 169-247, jun. 1990. ISSN 2386-4702.

derecho. De tal modo, no resulta plausible circunscribir la idea de método del derecho a una sola propuesta pues, de ese modo, se estaría nuevamente desconsiderando que el derecho, en tanto fenómeno complejo, presenta múltiples racionalidades que exhiben múltiples métodos que, principalmente operan en el plano II mencionado previamente, es decir, el plano del razonamiento plausible pero intersubjetivamente controlable.

En este sentido, si se asume esa posición se podrá entonces "*…dar cuenta de la pluralidad de metodologías y de métodos utilizados o preconizados al seno de los diferentes niveles de discursos jurídicos*"[295]. Esto implica claramente una ruptura con la concepción del *monismo metodológico* en el derecho -relacionada a la noción ya puesta en crisis de una única racionalidad-, principalmente con aquella concepción más estricta como la de Alf Ross -aplicación en el derecho de la metodología propia de las ciencias físicas o de la naturaleza-, pero también con el *monismo moderado* de juristas como Norberto Bobbio y Michel Virally -adaptación de la metodología de las ciencias físicas o de la naturaleza a la ciencia jurídica o, más ampliamente, a las ciencias sociales y humanas-. La postura asumida en esta investigación también implica tensionar la aceptación de que el derecho es solamente una ciencia normativa, como lo propone Hans Kelsen.

En definitiva, se trata de romper con el formalismo dogmático del método jurídico que, o bien no permite incorporar al derecho, o bien no con la importancia que merece, a diversas racionalidades que interactúan con aquél. Y, en esta inteligencia, el debate gira alrededor de la posibilidad y magnitud de aquella apertura del derecho a otras racionalidades en la medida que quiera seguir hablándose dentro de una teoría jurídica del derecho. En este sentido, resulta crucial la pregunta que efectúa la jurista francesa Véronique Champeil-Despltas, a saber: "*¿Pueden y deben los teóricos del derecho relegar fuera de sus campos de conocimiento los contextos sociales, históricos, políticas de emergencia de los conceptos jurídicos, las funciones y los efectos sociales del derecho, las condiciones de efectividad o de eficacia del derecho,*

[295] Champeil-Despltas, Véronique (2016), *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, 2e édition, Ed. Dalloz: France, p. 32.

o existen medios para integrar esas cuestiones sin caer en un sincretismo metodológico?[296].

Y la respuesta a esa pregunta es que los juristas no deben relegar todos aquellos elementos pues existe la posibilidad de que sean integrados al derecho sin que se esté ante un sincretismo metodológico. Para ello, será necesario desarrollar muy rigurosamente las condiciones de la pluri o interdisciplinariedad y siempre respetando un núcleo de exigencias metodológicas comunes "*…neutralidad axiológica, descripción del objeto, separación de hechos y de valores; rigor, claridad y coherencia del metalenguaje, protocolos de verificación o de falsificación…"*[297]. Todo ello es parte de la propuesta de esta investigación que pone evidencia la presencia e interacción de la racionalidad jurídica con otras racionalidades y busca que estas últimas entablen un diálogo con discurso jurídico, para lo cual es necesario contar con una concepción plural de la metodología y métodos que deben aplicarse.

En base a lo expresado anteriormente, puede afirmarse que es posible hablar de racionalidad en el ámbito del derecho. Lo que debe precisarse a continuación es a qué esfera de esa racionalidad se está haciendo referencia y cuáles son sus alcances. En este sentido, la racionalidad jurídica permite efectuar análisis respecto de la legitimación y justificación de los sistemas jurídicos, y también con relación a la corrección de las decisiones judiciales. De tal modo, puede plantearse la existencia de dos dimensiones de esa racionalidad referidas al derecho, a saber, una *racionalidad del derecho* vinculada a cuestiones como, por ejemplo, la coherencia y plenitud de los sistemas jurídicos; y una *racionalidad de la decisión jurídica* relativa a temas como, por ejemplo, la interpretación normativa y la justificación de la decisión. Como se verá posteriormente al desarrollar cada una de las tipologías de racionalidades, es relevante efectuar consideraciones en ambas esferas pues, las decisiones teóricas que se adopten a nivel de la *racionalidad del derecho* tendrán implicancias a nivel de la *racionalidad de la decisión jurídica*.

[296] Op. cit., Champeil-Desplats, p. 122.

[297] Ibidem.

Probablemente el caso más claro y relevante de esa interrelación es la aceptación de la existencia de una pluralidad de racionalidades al seno del derecho y de que el fenómeno jurídico no se reduce a una única racionalidad jurídica –*esfera de la racionalidad del derecho*- todo lo cual implica un desarrollo acerca del modo en que esas racionalidades interactúan dentro de una decisión judicial –*esfera de la racionalidad de la decisión jurídica*-. En términos generales ya ha sido justificada a lo largo de este trabajo la existencia de aquella pluralidad de racionalidades. Lo que resta es efectuar un desarrollo particular de cada una de ellas en lo que hace sus diferentes características y el modo en que interactúan con la racionalidad jurídica en las dos esferas antes mencionadas.

Para avanzar un poco más en el análisis de la racionalidad del derecho, es indispensable mencionar a Aulis Aarnio. El jurista finlandés, distingue entre dos tipos de racionalidad jurídica en lo que respecta a la justificación de las decisiones judiciales, a saber: la *racionalidad-L (racionalidad sensu stricto)*, relacionada a un tipo de razonamiento de inferencia lógico deductivo a partir de un silogismo o cadena de silogismos –justificación interna-; y la *racionalidad-D (racionalidad sensu largo)* asociada a procedimientos discursivos –no sólo a formas de razonamiento- que no responden a reglas lógicas y se relaciona con la justificación de las premisas –justificación externa-. Con relación a esta última racionalidad, Aarnio expresa que se trata de una "*…racionalidad conectada con el discurso*"[298].

Si bien la primera de aquellas racionalidades –*racionalidad sensu stricto*- resulta sumamente relevante para el análisis acerca de la racionalidad de las decisiones judiciales, es la segunda de ellas –*racionalidad sensu largo*- cuyo abordaje resulta más pertinente para la presente investigación pues se relaciona directamente con la noción de *aceptabilidad del resultado*. Al respecto, Aarnio expresa que "*No decimos que el proceso de razonamiento es razonable sino que hablamos del resultado razonable de la interpretación. Para ser aceptable, el resultado tiene que responder al conocimiento y al sistema de valores de la comunidad jurídica*"[299].

[298] Aarnio, Aulis (1991), *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, p.247.

[299] Op. cit., Aarnio (1991), pp. 247-248.

A partir de lo expresado anteriormente puede advertirse con claridad que la noción de racionalidad con la que se trabaja en esta investigación alude a la posibilidad de justificar y someter a control intersubjetivo argumentos cuya formalización dentro de un silogismo puede no resultar posible o adecuada pero que, sin embargo, resultan relevantes dentro del discurso jurídico desplegado para la decisión de un caso. En este sentido, puede coincidirse con Aarnio en cuanto considera que la *racionalidad sensu stricto* se trata de una forma de racionalidad demasiado restringida pues queda limitada a la posibilidad de realizar inferencias lógicas correctas mientras que, la *racionalidad sensu largo*, se relaciona con el despliegue de un discurso cuya justificación excede su sujeción a reglas lógicas, lo cual, vale aclarar, no lo convierte en irracional o arbitrario.

De tal modo, la noción de *racionalidad sensu stricto* se asocia a la idea de una única forma de racionalidad, pero la *racionalidad sensu largo* permite pensar en la construcción de múltiples racionalidades, es decir, permite hablar de una *pluralidad de racionalidades*, lo cual constituye la propuesta de esta investigación y sobre lo que se profundizará a partir del punto *infra* Sección II.

Ahora bien, es importante destacar que aquellas múltiples racionalidades deben poder quedar sujetas a control de aceptabilidad racional. Y, en este marco se torna central el interrogante que plantea Aarnio y que sirve para reflexionar dentro de este desarrollo, a saber, "*(…) ¿bajo cuáles precondiciones puede una interpretación obtener la aceptación de una comunidad jurídica que actúa racionalmente?*"[300].

Para responder a esa pregunta, el jurista finlandés plantea la posibilidad, por un lado, de una teoría procedimental del razonamiento jurídico y, por otro lado, de una teoría substancial. De tal modo, ofrece una serie de reglas y principios de la *racionalidad sensu largo*[301] aunque aclara que "*Las reglas de la racionalidad-D no son reglas universalmente válidas y eternas que gobiernan el proceso de pensamiento del hombre. En este sentido, la aceptabilidad racional no presupone una interpretación*

[300] Op. cit., Aarnio (1991), p. 249.

[301] Al respecto Aarnio alude a: *reglas de consistencia*; *reglas de eficiencia*; *reglas de sinceridad*; *reglas de generalización*; *reglas de apoyo*; *reglas de la carga de la prueba* (*reglas procedimentales de la carga de la prueba* y *reglas materiales de la carga de la prueba*.

metafísica (…). Sin embargo, este discurso racional es importante para la práctica cotidiana tanto en el trabajo científico (jurídico) como para la toma de decisiones (…). El resultado puede ser tosco o puede haber lagunas en el concepto, pero, sin él, ***es imposible entender la idea del derecho y la idea de orden jurídico***"[302] (el destacado es propio).

Y eso es justamente lo que se estuvo sosteniendo a lo largo de este trabajo, es decir, si se insiste con la idea de una única racionalidad se estará ante una noción y una praxis limitada del derecho. En este sentido, al tratar de defender una forma de racionalidad estricta se paga el elevado precio de evitar expandir el análisis acerca del fenómeno jurídico y su práctica, lo cual redundaría en un conocimiento más acabado del derecho y en una práctica que permita enfrentar toda clase de casos –los fáciles, los difíciles y los dificilísimos o estructurales-. Es cierto que esta ampliación implica dejar parcialmente de lado el rigorismo que ofrece al derecho la idea una única racionalidad formal-deductiva. Vale aclarar que se trata de un abandono parcial pues nada obsta a que esa noción de racionalidad pueda ser considerada a los efectos de pensar y aplicar el derecho en determinadas circunstancias. El escollo es que aquellas circunstancias no son siempre las mismas. Es decir, no siempre se está ante casos rutinarios y no siempre las normas jurídicas por sí solas permiten la decisión de esos casos.

Por lo tanto, cabe preguntarse qué debe hacerse en esas circunstancias. Y la respuesta que se propone en este trabajo es precisamente que debe tensionarse y cuestionarse la noción de una única racionalidad jurídica y proponer la noción de una pluralidad de racionalidades, aunque ello implique, en algunos casos, pensar desde una racionalidad más flexible. Tal como pudo advertirse con lo expuesto anteriormente, no es incorrecto referirse a ese tipo de racionalidad, sino que, por el contrario, es la única forma de proponer aquellas múltiples racionalidades y sus condiciones de aceptación y control. Al respecto, en esta investigación no se ofrecerán ni reglas ni procedimientos de aceptabilidad, sino que se propondrán diversas tipologías de racionalidad de las cuales se podrá extraer diversos marcos teóricos-conceptuales que servirán para llevar a cabo del control intersubjetivo de aceptabilidad

[302] Op. cit., Aarnio (1991), p. 252.

de los discursos derivados de esas múltiples racionalidades en su interacción con el discurso jurídico.

SECCIÓN II

La noción de pluralidad de racionalidades en el derecho

Al respecto, tal como se expresó en la introducción de esta investigación[303] y se desarrolló al final del acápite anterior, se planteó el interrogante acerca de si debía aceptarse la existencia de *un (único) modo racional* para resolver un conflicto -correspondiente al sistema: norma, hecho y subsunción-, o bien debe asumirse la posibilidad de una *pluralidad de racionalidades* existentes en función de diversos factores tales como el contexto judicial de la decisión, la coyuntura política y económica de una sociedad, las reflexiones sociales respecto a algunos valores fundamentales, etc. Ello, no sólo a los efectos de analizar la aplicación del derecho sino, también, para el estudio del derecho en tanto fenómeno complejo que involucra más aspectos -racionalidades- que el formal-deductivo, generalmente concebido como la identidad de la racionalidad jurídica.

En ese sentido, se propuso una visión crítica respecto a la noción de *una única racionalidad* la cual, más que postularse, debía probarse o justificarse en todo caso. En apoyo de esa posición se enunció, muy generalmente, la presencia en el derecho de una *pluralidad de racionalidades* que implica el reconocimiento de otros elementos distintos al "caso" y a la "norma positiva", que son relevantes a la hora analizar el fenómeno jurídico, a nivel general, y de solucionar un caso, a nivel particular. De tal modo, al plantearse la presencia en el derecho de una *pluralidad de racionalidades* este análisis puede llevarse a cabo más allá de un caso concreto y centrado en la figura del Juez como entidad abstracta que decide siempre de *una* manera racional y atendiendo siempre a las mismas preocupaciones.

Incluso la propia noción de *racionalidad jurídica* puede pensarse en el marco de una *pluralidad de racionalidades*. En este sentido, cabría preguntarse cuál es el alcance

[303] Ver: Introducción; punto III.

de aquella racionalidad, es decir, qué es *lo jurídico* que puede considerarse como *racional*. Al intentar dar respuesta a estos interrogantes se regresa al punto de partida de este desarrollo pues justamente la racionalidad jurídica suele postularse, pero sin aportar demasiados elementos de justificación pues pareciera que la racionalidad de *lo jurídico* se define por sí sola. La idea detrás de esto, tal vez, es que el derecho concebido como un conjunto de normas jurídicas válidas y vigentes es la *única racionalidad* (*racionalidad formal-deductiva*) que puede ofrecerse pues, fuera de ello, los límites de *lo jurídico* ya resultarían difusos y se daría lugar a la presencia de elementos "ajenos" que dificultarían un análisis jurídico racional. Sin embargo, esa idea no es correcta por -al menos- dos motivos. Por un lado, el derecho en tanto fenómeno complejo no es solamente un conjunto de normas válidas y vigentes lo cual lleva a expandir el alcance de *lo jurídico* a elementos de análisis no *estrictamente* normativos, como lo son, por ejemplo, *lo social*, *lo político*, *lo económico*. Se destaca la referencia a lo *estrictamente* normativo pues aquellos elementos pueden encontrarse plasmados expresa o implícitamente en los sistemas jurídicos a través de los principios jurídicos y, de tal modo, podrían ser considerados también como normativos. En ese caso, *lo jurídico* sería más amplio y requeriría una nueva fundamentación que incluya aquellas dimensiones -social, política, económica- que también pueden ser consideradas como *jurídicas* o como *jurídicamente relevantes* al formar parte de la argumentación jurídica. Ello implicaría, por lo tanto, referirse a una *pluralidad de racionalidades jurídicas* pues *lo jurídico* ya no respondería a un solo aspecto sino a una pluralidad. Por otro lado, dentro de la misma noción de *racionalidad jurídica* limitada a su aspecto normativo en términos de validez y vigencia -y por lo tanto cerrada a los otros aspectos de *lo jurídico* mencionadas previamente- también puede plantearse la existencia de otras racionalidades jurídicas que aluden a diferentes aspectos de esa racionalidad. Tal como se ha sostenido anteriormente, estos aspectos pueden constituir *sub-racionalidades jurídicas* como la *legal* y la *jerárquica* que reflejan contextos de análisis diferenciados con dinámicas propias -aunque relacionadas- que no deberían fundirse y confundirse dentro de una difusa noción de *racionalidad jurídica* que englobe todos estos aspectos.

En definitiva, la posibilidad de reconocer y aislar cada una de esas dimensiones de análisis -*lo social*, *lo político*, *lo económico* e incluso *lo legal* y *lo jerárquico*- contribuye

a pensar al derecho en forma más completa -y compleja-, es decir, sin dejar de lado aspectos que forman parte de aquél. Pensar en múltiples racionalidades implica proponer diversos campos de análisis dentro de los cuales se pueda argumentar racional y autónomamente -aunque con una autonomía relativa debido a la relación fluida que existe con *lo normativo*-.

Por lo tanto, *la racionalidad jurídica* ya no será solamente una *racionalidad formal-deductiva*, sino que aquella deberá interactuar con una *pluralidad de racionalidades* que también serán *jurídicas* o, en algunos casos, *jurídicamente relevantes*. La *racionalidad jurídica* amplía sus límites, deja permear el contenido de otras racionalidades con las que interactúa permanentemente y, de tal modo, en el marco de una *pluralidad de racionalidades jurídicas* el derecho permite abarcar más aspectos que el normativo o, incluso, lo normativo se redefine a la luz de esta pluralidad y habilita un análisis jurídico teórico y práctico más amplio.

En este contexto, y conforme se desarrolló anteriormente[304], los principios jurídicos –sean explícitos o implícitos-, en tanto normas del sistema, juegan un rol fundamental toda vez que reflejan claramente esas múltiples racionalidades en el derecho. A su vez, estas normas jurídicas permiten ejercer una interpretación y aplicación normativa que considere elementos de diversa naturaleza, y no solamente normativos, como, por ejemplo, sociales, políticos, económicos, etc. Esto resulta importante debido a que el análisis acerca de los principios jurídicos siempre se realizó presuponiendo la existencia de una única racionalidad, a saber, una racionalidad jurídica o una racionalidad moral –según el jurista que se escoja-, sin que pueda definirse precisamente sus dimensiones en ninguno de los dos casos.

Antes de continuar, cabe realizar una aclaración respecto a la *racionalidad moral* a la que se aludió previamente. La relación entre el derecho y la moral es un tema que se ha debatido y analizado extensamente. Por lo tanto, no se propondrá un desarrollo en ese sentido. Sin embargo, a grandes rasgos y para dimensionar su relevancia, cabe destacar que esta relación marca una distinción entre las propuestas del iuspostivismo y del iusnaturalismo (para algunos autores no-positivismo) a partir de mantener,

[304] Ver: Primera parte; Capítulo I.

respectivamente, las *tesis de la separación* y la *tesis de la conexión* entre el derecho y la moral. Ello, con las implicancias teóricas y prácticas derivadas de cada uno de esos puntos de vista acerca del derecho, Por lo tanto, no puede negarse la relevancia de esta relación ya sea que se reconozca su existencia o se la niegue.

No obstante, es importante resaltar que en este trabajo no se propondrá una tipología de *racionalidad moral* y ello no responde a la falta de relevancia de ese análisis, sino que se debe, por un lado, a lo inabarcable de esa empresa y, por otro lado, a los fines previstos para este trabajo. Como se verá posteriormente, la referencia a valores morales es frecuente no sólo en el derecho sino también en la filosofía política y la sociología -y también en la sociología pragmática que es el marco que emplea en este trabajo-. Resulta difícil escapar a los debates acerca del bien, lo justo, lo deseado, lo necesario, etc., cuando se analiza la relación del derecho con otras racionalidades como la(s) política(s) y la(s) social(es). Sin embargo, pensar en una *racionalidad moral* autónoma implicaría tomar partido por algún esquema de valores en detrimento de otros e inclinarse por una teoría de la justicia que sirva de base de justificación de todo análisis dentro de esa racionalidad. Por el contrario, la referencia a la moral en este desarrollo es transversal a muchos de los temas de análisis. De tal modo, el argumento moral no puede al mismo tiempo constituir una tipología de racionalidad y formar parte del marco teórico-conceptual de otras tipologías de racionalidad pues, en ese caso, la *racionalidad moral* sería más relevante que las otras racionalidades al reflejar parte de su contenido en aquellas. Y ello no es compatible con este desarrollo pues las diferentes racionalidades no se relacionan entre sí verticalmente, es decir, no existe una dinámica de jerarquía entre las diferentes tipologías, sino que cada una de ellas se relaciona con el derecho de un modo particular y, a su vez, se vinculan entre sí -aunque no necesariamente en todos los casos- pero nunca imponiendo la preminencia de ninguna.

Por lo tanto, será inevitable desplegar argumentos morales al referirse a la(s) teoría(s) de la justicia, al desarrollar las tipologías de racionalidad(es) social(es) y política(s) y también al abordar la temática de los principios jurídicos -como reflejo normativo de la pluralidad de racionalidades- tal como se analizó anteriormente[305]. En cuanto a esto

[305] Ver: Primera parte; Capítulo I.

último, esas normas suelen consagrar determinados valores dentro de los sistemas jurídicos y aquellos valores pueden ser jurídicos o pueden provenir de otros sistemas como el social, el político o el económico por resultar relevantes para la estructuración de un determinado sistema jurídico. En este sentido, la interpretación y aplicación de los principios jurídicos involucra la referencia a la moral en términos de justificar la consideración de argumentos jurídicos con carga valorativa o bien argumentos no-jurídicos, pero jurídicamente relevantes.

Hecha esa aclaración, cabe retomar el eje argumental y expresar que, tal como se desarrollará posteriormente *in extenso*, puede plantearse que desde el fundamento aportado por el análisis de la filosofía política (Walzer) y la sociología pragmática (Boltanski, Thévenot y Heinich), los diversos actores jurídicos que producen las normas y quienes las aplican fundan sus decisiones movilizándolas dentro de una pluralidad de mundos o de órdenes de racionalidad respecto de las que corresponde proponer una tipología para cada uno de ellos. En este sentido, la elección de aquellos autores a los fines de este trabajo responde a que sus propuestas ofrecen un marco de análisis propicio para un enfoque pluralista. En el caso de Walzer[306] ello resulta indubitable pues se trata de un exponente del pluralismo dentro de la filosofía política y, de tal modo, como se verá más adelante -*infra* Capítulo II, Sección IV-, su desarrollo acerca de las esferas de la justicia permite concebir y justificar a la pluralidad de racionalidades en el derecho. Las distintas propuestas de dinámica entre bienes sociales, sus diferentes criterios o principios de distribución y sus implicancias en la posibilidad de pensar en una sociedad justa, ofrecen campos de análisis diferenciados dentro de los cuales surgen debates en base a distintos contextos argumentales.

[306] Walzer, Michael (1997), *Las Esferas de la Justicia. Una Defensa del Pluralismo y la Igualdad*, Fondo de Cultura Económica: México; Walzer, Michael (2004), *Razón, política y pasión. 3 defectos del liberalismo*, Ed. La Balsa de la Medusa – Serie Intervenciones: Madrid; Walzer, M. y Miller, D., (1995), *Pluralism, Justice and Equality*, Oxford University Press; Walzer, Michael (2006), *Just and Unjust Wars*, 4ta edición, Basic Books: NYC; Walzer, Michael (2017), *The Paradox of Liberation. Secular Revolutions and Religious Counterrevolutions*, Yale University Press.

Por su parte, Boltanski y Thévenot[307], en el campo de la sociología pragmática también presentan desarrollos orientados hacia la pluralidad. Al respecto, en un comienzo, Boltanski propuso el estudio de los *comportamientos situados* llevaron a referirse a diversos *regímenes de acción* -amor; justicia; rutina; y violencia- que, al abordar las relaciones entre las personas y entre aquellas y las cosas, permite estructurar distintos *esquemas gramaticales* que, justamente, resultan plurales y se relacionan entre sí -pues existe la posibilidad de pasar de un régimen de acción a otro-. Por su parte, Thévenot también desarrolló un análisis en términos de distintos *regímenes de acción* -de proximidad; del plan, y de lo público (de la justificación)-. En este sentido, en el marco del desarrollo acerca de la dinámica dentro del régimen de la justicia -que es compartido en los desarrollos de ambos pensadores-, Boltanski y Thévenot proponen una pluralidad de *esquemas argumentales* -los *mundos* y las *ciudades*- que constituyen diversos *órdenes de legitimidad moral* (*ordres de grandeur*) al seno de los cuales se llevan a cabo las disputas públicas relativas al bien común. Cada uno de aquellos esquemas aluden a distintos *principios de justicia* lo cual, como se verá posteriormente al analizar la tipología de racionalidad política, permite pensar en diversas teorías de la justicia o en una teoría de *conjuntos*, tal como lo propone Will Kymlicka[308].

Por último, no puede dejar de mencionarse que el aporte de Heinich[309] en el contexto antes expuesto consiste en proporcionar un análisis desde el punto de vista de una

[307] Boltanski, Luc (1990), *El Amor y la Justicia como competencias. Tres ensayos de sociología de la acción*, Ed. Amorrortu: Buenos Aires; Boltanski, L. y Chiappello, È. (2011), *Le nouvel esprit du capitalisme*, Gallimard : France ; Boltanski, L. y Thévenot, L. (1998), *De la justification. Les économies de la grandeur*, nrf essais, Éditions Gallimard : France ; Thévenot, Laurent (2016), *La acción en plural. Una introducción a la sociología pragmática*, Ed. Siglo XXI : Buenos Aires.

[308] Kymlicka, Will (1995), *Multicultural Citizenship. A liberal theory of minority rights*, Clarendon Press – Oxford; Kymlicka, Will (2003), *Les théories de la justice : une introduction*, Ed. La Découverte : Paris ; Kymlicka, W. y Norman, W. (2000), *Citizenship in diverse societies,* Oxford University Press; Kymlicka, Will (2009), *Las odiseas multiculturales: Las nuevas políticas internacionales de la diversidad*, Ed. Paidós : España.

[309] Heinich, Nathalie, (2017), *Des valeurs. Une approche sociologique*, Éditions Gallimard : France ; Heinich, Nathalie (2018), *Ce que n´est pas l´identité*, Le Débat Gallimard : France ; Heinich, Nathalie

sociología de los valores. En este sentido, esta autora ofrece un recurso muy relevante que es una *gramática axiológica* que sirve para analizar las discusiones respecto a los valores en diferentes *registros* dentro del cual se destaca el jurídico. A su vez, Heinich destaca la existencia de una *pluralidad de valores* y considera que el *pluralismo* se adapta más que le monismo a los asuntos humanos. Por lo tanto, es posible relacionar su aporte con los de Boltanski y Thévenot dentro de lo que será el desarrollo de la pluralidad de racionalidades dentro de la tipología de racionalidad social.

De tal modo, puede apreciarse el motivo por el cual la selección de estos autores resulta importante para los fines de esta investigación. Si bien sus desarrollos son desplegados en campos de estudio distintos, el enfoque pluralista es el factor común y, por lo tanto, sus análisis cuentan con propuestas alejadas de visiones universalistas que limitarían el abordaje de sus respectivos objetos de estudio. A su vez, el ámbito jurídico no resulta ajeno a sus desarrollos y ello permite extraer conclusiones de la filosofía política y de la sociología pragmática que resulten relevantes para del derecho.

En el capítulo siguiente se desarrollarán con mayor profundidad estos enfoques dentro de la propuesta de diferentes tipologías de racionalidad lo que, en línea con lo que se expuso, ilustrará la *pluralidad de racionalidades* en el derecho.

CONCLUSIÓN

En este capítulo se abordó una noción central de la presente investigación como lo es la *racionalidad*. Tal como pudo apreciarse, se trata de un concepto polisémico y, además, con una gran carga valorativa debido a que *lo racional* suele considerarse como algo positivo. Por tales motivos, este desarrollo no podía estructurarse sobre la base de una noción tan flexible. De tal modo, la delimitación del alcance de este concepto fue una tarea insoslayable.

(2007), *De la théorie de la reconnaissance à la sociologie des valeurs*, dans La quête de reconnaissance (sous la direction de Alain Caillé), Ed. La Découvert : France, pp. 122 à 134.

No obstante, lo expuesto adquiere una dimensión y una complejidad adicionales cuando la *racionalidad* se articula dentro del ámbito del derecho pues este último concepto no resulta mucho más claro que aquella. En este sentido, el derecho concebido solamente como un conjunto de normas jurídicas -incluso cierta clase de normas jurídicas como lo son las reglas- no es sino una propuesta que delimita el objeto de estudio de un campo del conocimiento. Sin embargo, no eso no implica que detrás de ese recorte no existan decisiones acerca de aquello que se deja dentro y fuera de análisis. Es decir, que el derecho sea el estudio de las normas jurídicas válidas y vigentes en un contexto determinado es una decisión y no un axioma.

En esta inteligencia, se pudo observar aquella imagen del derecho responde a *una racionalidad* en particular que se denominó a lo largo de esta investigación *racionalidad formal-deductiva*. Por lo tanto, el derecho sería considerado racional siempre que pueda responder a los presupuestos derivados de aquella racionalidad. Uno de los aspectos más característicos de aquella racionalidad se evidencia al momento de la aplicación del derecho la cual debe responder a la estructura y dinámica previstas por la lógica del silogismo y de la subsunción-deducción. Esto implica, entre otros aspectos, aportar al campo del derecho reglas provenientes de otras disciplinas como la lógica a los efectos de que no exista lugar a dudas acerca de que el derecho puede aplicarse racionalmente, es decir, puede ser sometido a control a los efectos de justificar una decisión en particular.

Sin embargo, se expresó que la idea de una *única racionalidad* para el derecho es un mero postulado el cual, en todo caso, debería ser justificado pues el derecho, en rigor, se encuentra integrado por una pluralidad de racionalidades. Estas últimas derivan de campos del conocimiento que son concomitantes con el derecho y, en muchas ocasiones, forman parte de aquel en forma expresa o implícita a través de los principios jurídicos que, como se ha dicho, son también normas jurídicas. En este sentido, estas racionalidades con sus propios métodos surgen del análisis social, político, económico, entre otros, de donde pueden extraerse diversos marcos teórico-conceptuales a los efectos de generar argumentación sujeta a control intersubjetivo que puede resultar relevante para la justificación jurídica. Todas estas racionalidades resultan complementarias de la racionalidad formal-deductiva y contribuyen a ampliar el espectro argumental y el límite de análisis del derecho en tanto fenómeno complejo.

Si ante este escenario se formula la pregunta acerca de la racionalidad de estas racionalidades, es decir, la posibilidad de control de los argumentos sociales, políticos, económicos, etc., entonces debe adelantarse que efectivamente se está dentro de los límites de la racionalidad antes delineados. Sin embargo, a continuación, se desarrollará cada una de esas racionalidades a los efectos de justificar que no sólo resultan relevantes para el análisis y aplicación del derecho, sino que forman parte de aquel y que en todos los casos puede hablarse dentro del marco de la racionalidad que, en rigor, es un marco de racionalidades.

CAPÍTULO II

Diferentes tipologías de racionalidad

En este último capítulo se expondrán distintas tipologías de racionalidad que ilustran la noción de pluralidad de racionalidades que fue desarrollada anteriormente. Es importante destacar que, si bien puede pensarse en otras tipologías -v.gr. racionalidad institucional, racionalidad histórica-, las que serán desarrolladas a continuación guardan un estrecho vínculo con el derecho y, de tal modo, las conexiones entre todas ellas pueden resultar más claras. Asimismo, estas tipologías de racionalidad permitirán justificar la existencia de diversos marcos teóricos-conceptuales de los cuales podrán derivarse argumentos relevantes para el discurso jurídico.

En este sentido, la racionalidad jurídico-estratégica (*infra* Sección I) se presenta como un ejemplo de tipología que se articula dentro de la misma órbita de la racionalidad formal-deductiva del derecho; es decir, se trata de un desarrollo que permite explicar el modo en que los jueces toman algunas de sus decisiones dentro de un marco de -relativa- libertad al momento de interpretar y aplicar las normas. De tal modo, la definición y caracterización de esta tipología de racionalidad permite ampliar el campo de análisis de la toma de decisiones judiciales al ofrecer herramientas teórico-conceptuales que pueden complementar la visión acotada de la aplicación el derecho que ofrece la racionalidad formal-deductiva.

En esta inteligencia, las restantes tipologías de racionalidad también contribuyen a la ampliación del campo de análisis del derecho en lo que hace su definición y aplicación; sin embargo, es necesario efectuar en cada caso una justificación acerca de la relevancia de su incorporación al discurso jurídico. Al respecto, la racionalidad social (*infra* Sección II) cuenta con diferentes desarrollos teóricos, tanto desde la sociología como del derecho, que exponen la importancia de incorporar la dimensión social al análisis jurídico. Cabe aclarar que esto no se trata de una propuesta de sociología jurídica -pues ello responde a un área de estudio específico- sino que la intención es ilustrar el modo en que ciertos enfoques sociológicos pueden contribuir a complementar el discurso jurídico, principalmente a partir de las propuestas de la sociología pragmática -Boltanski, Thévenot, Heinich-. A su vez, debe señalarse que a

partir de este desarrollo se advertirá que tampoco podrá hacerse referencia a *una* racionalidad social, sino que se podrá plantear la existencia de una pluralidad de racionalidades sociales.

Por su parte, en lo que atañe a la racionalidad económica (*infra* Sección III), su punto de partida será una disciplina con un extenso desarrollo en el ámbito jurídico como lo es el Análisis Económico del Derecho. De tal modo, su relación con el derecho tampoco será ajena pues el discurso jurídico suele complementarse con el económico. Sin embargo, la propuesta de esta racionalidad no solamente busca demostrar que existen relaciones entre ambas disciplinas sino, principalmente, que la racionalidad económica forma parte de la pluralidad de racionalidades que interactúan en el derecho. Así pues, no se trata simplemente de describir el modo en que se relacionan el derecho y la economía, sino que esta última integra la estructura racional del derecho a la que expande y completa. Es decir, la racionalidad económica permite analizar el fenómeno jurídico desde una perspectiva diferente pero íntimamente relacionada al derecho y ofrece una serie herramientas teórico-conceptuales a tales efectos.

Finalmente, en lo que respecta a la racionalidad política (*infra* Sección IV), también puede advertirse una prolífera producción teórica que vincula al derecho con la ciencia y la filosofía política. De hecho, pareciera bastante difícil aludir a algunos conceptos e instituciones del derecho sin hacer referencia al discurso político -v.gr. Estado de Derecho, autonomía, legitimidad, coacción, etc.-. De tal modo, la racionalidad política también forma parte de la pluralidad de racionalidades que se propone pues, al igual que las otras racionalidades, permiten la expansión de los límites de la definición y aplicación del derecho. Al respecto, en esta investigación se ofrecerá el particular enfoque de la filosofía política pluralista -Walzer, Kymlicka- toda vez que es el que permite a su vez reflejar que no existe *una* racionalidad política sino una pluralidad de racionalidades políticas.

Cada una de estas racionalidades se relaciona con el derecho, pero sin (con)fundirse con este. Es decir, si bien el derecho se integra con ellas esto no quiere decir que el punto de vista debe volver a ubicarse dentro de aquel pues, en ese caso, se estaría nuevamente ante *una* racionalidad, aunque más amplia. Por el contrario, la intención

es advertir que cada una de estas racionalidades cuenta con su propia dinámica y su propio ámbito de aplicación a partir de los cuales interactúa con el derecho -y con las otras racionalidades-. De tal modo, es necesario poder definir y caracterizar a estas racionalidades a fin identificarlas y, a partir de allí, establecer los canales de contacto con el derecho y el modo en que contribuyen a ampliar sus límites. Y ello es justamente lo que se hará a continuación.

SECCIÓN I

Racionalidad jurídico-estratégica: Teoría de las coacciones jurídicas (Théorie des contraintes juridiques).

La *Teoría de las coacciones jurídicas* (en adelante TCJ) fue el producto de una reflexión colectiva en el seno del *Centre de Théorie et Analyse du Droit de Paris X-Nanterre* (Centro de Teoría y Análisis del Derecho de Paris X-Nanterre). A continuación, se desarrollará una introducción a esta teoría, la cual será seguida de un intento de definición y de tipología de las coacciones jurídicas en donde se presentarán sus características principales (A). Finalmente, se justificará el motivo por el cual del análisis de la TCJ puede derivarse la existencia de una racionalidad jurídico-estratégica como integrante de la pluralidad de racionalidades a la que se alude en este trabajo (B).

A.

Análisis de la Théorie des contraintes juridiques

La propuesta de la TCJ tuvo por objetivo contribuir a la solución de una paradoja relativa a la toma de decisiones judiciales, en el marco teórico propuesto por la *teoría realista de la interpretación* -que fue analizada previamente en este trabajo- según la cual los actores jurídicos son libres de interpretar los enunciados jurídicos. Cabe aclarar que, aquella libertad no se refiere a su sentido filosófico -ausencia de determinismo- sino que alude a su sentido jurídico según el cual esa libertad -de

interpretación- se encuentra determinada por ciertas causas que coaccionan a los actores jurídicos a actuar del modo en que lo hacen más que de otra manera.

En este contexto, la paradoja en cuestión sería la siguiente: las decisiones adoptadas por las jurisdicciones inferiores están sujetas al control de las autoridades superiores quienes tienen la facultad -entre otras- de revocarlas; sin embargo, eso no sucede en el caso de las decisiones tomadas por las autoridades supremas o desprovistas de control. Ahora bien, puede advertirse que aún en este último supuesto las decisiones no son el resultado de caprichos o del arbitrio, sino que siguen -en términos generales- resultando ajustadas a derecho. Por lo tanto, cabe preguntarse qué es lo que hace que aquellas jurisdicciones sobre las que no existe una instancia superior de control actúen conforme a derecho y no tiendan a resolver caprichosa o arbitrariamente.

La TCJ intentará dar respuesta a esa pregunta, tal como se desarrollará en este apartado. Para comenzar este recorrido resulta menester destacar que existen múltiples factores que pueden explicar una decisión, algunos de ellos son externos al sistema jurídico. No obstante, la propuesta no es abordar la respuesta en cuestión desde la óptica de las teorías realistas norteamericanas y escandinavas que comenzaron a considerar factores sociológicos o psicológicos con el objeto de explicar y prever las decisiones de los Magistrados.

Sino que la hipótesis que se plantea desde la TCJ es que, junto a aquellos factores extrajurídicos existen otros que son internos, es decir, que resultan solamente de la configuración del sistema jurídico. Con el objeto de ilustrar este postulado y contribuir a su comprensión cabe aludir a la metáfora del ajedrez: "*En cierta situación del juego, un jugador tiene el derecho de elegir entre muchos movimientos, todos permitidos. Sin embargo, él sabe que todos aquellos movimientos salvo uno le conducirán a una derrota cierta. No hay ninguna obligación de realizar el movimiento que lo va a salvar porque si realiza otro, no viola ninguna regla. Pero si efectúa el único movimiento que lo protege de la derrota, él afirmará -y los observadores competentes también- que estuvo coaccionado. La coacción no viene del exterior del juego: su condición psicológica, su religión, su ideología son indiferentes porque todo jugador competente habría realizado esa misma jugada. La coacción solamente puede venir de la situación del juego en ese preciso instante, una situación que resulta ella misma de todos los*

movimientos jugados hasta ese momento, de conformidad con las reglas. En ese caso, es posible afirmar que la coacción viene del sistema del ajedrez y de la situación del ajedrecista"[310].

Puede decirse que en el Derecho ocurre lo mismo. Es decir, es posible identificar en los sistemas jurídicos factores que coaccionan a los operadores judiciales a interpretar los enunciados de un modo más que de otro y a actuar de una manera en especial dentro de una gran cantidad de opciones permitidas por las reglas.

En los sistemas jurídicos la existencia de coacciones se encuentra relacionada principalmente -mas no exclusivamente- a la presencia de una pluralidad de actores con los que se debe interactuar, acordar, componer. Cada uno de estos actores disponen de los medios de actuar contra los otros y, a su vez, pretenden que sus decisiones sean respetadas. Al respecto, resulta menester precisar que "*Cada decisión debe -el ´debe´ aquí no significa que el actor estará sometido a una obligación, sino que está coaccionado- tener en cuenta los medios que el sistema le atribuye a los otros actores (asumir su responsabilidad, disolver una asamblea, revocar una decisión, casar, etc.) y anticipar el modo en que aquellos pueden usarlos. Por otra parte, sus decisiones son sometidas a una prueba de justificación*"[311].

Con relación a la cita que antecede caben efectuarse dos precisiones. La primera de ellas vinculada a la aclaración del tenor de la expresión "debe" y, la segunda, referida a la justificación de las decisiones.

En cuanto a la primera, Christophe Grzegorczyk -tomando la distinción efectuada por H.L.A Hart entre "estar obligado" (coacción) y "tener la obligación" (surgida de alguna norma)- expresa que "*crear una obligación y obligar objetivamente, son cosas distintas (…) La teoría de las coacciones jurídicas no se sitúa en la esfera de las puras obligaciones, ella no describe la existencia de normas jurídicas, ella apunta a describir las situaciones de hecho en las que se encuentran los agentes jurídicos, y de dar cuenta de aquello que* deben hacer realmente *(…) Estamos* jurídicamente

[310] Troper, Michel, Champeil-Desplats, Véronique, Grzegorczyk, Christophe, (2005), *Théorie des contraintes juridiques*, Ed. Bruylant L.G.D.J. : Paris Cedex : pp. 2-3.

[311] Op. cit., Troper, Champeil-Desplats y Grzegorczyk, p. 3.

coaccionados *de actuar de un modo determinado, porque el sistema jurídico está estructurado de manera tal que objetivamente tenemos poca opción (y a veces mismo, no tenemos ninguna opción)*"[312].

Asimismo, el jurista francés en cuestión refiere que "*La teoría de las coacciones jurídicas no niega la existencia de obligaciones jurídicas, pero valoriza la* ***visión estratégica*** *en la teoría jurídica, al partir de la simple evidencia de que la obligación puede siempre ser transgredida si ella no está eficazmente secundada por una coacción apropiada (…) pretende explicar aquello que el agente* debe hacer *(según la situación jurídica en la que opera), y por qué él debe realizar o no realizar ciertos actos*"[313] (el destacado el propio).

En lo que atañe a la segunda precisión a la que se aludió anteriormente, cabe expresar que la justificación de la decisión resulta inevitable en la medida en que se pretenda que la misma sea obedecida, pues no puede esperarse esa actitud frente a una decisión arbitraria. Sin embargo, el caso de la justificación no resulta ser el único ejemplo de una coacción jurídica, sino que también resulta de aquella la necesidad de exponer el razonamiento a través del cual se justifica.

Ahora bien, en el marco del desarrollo de la TCJ se presentan algunas dificultades. Una de ellas es la explicación causal que surge al emplear esta teoría para explicar la toma de una decisión judicial. Al respecto, solamente cabe hablar de relaciones causales entre hechos, y no entre normas o entre normas y hechos. Sin embargo, esta dificultad puede superarse adoptando una ontología expresiva de las normas y aceptando que las mismas son hechos, de modo que puedan establecerse relaciones entre normas y hechos.

Un segundo problema sería la necesidad de separar las causas jurídicas de las no jurídicas y distinguir el sistema jurídico de su entorno. En este sentido, "*Es cierto que*

---

[312] Op. cit., Troper, Champeil-Desplats y Grzegorczyk, p. 30.

[313] Troper opone esta posición a las doctrinas jurídicas tradicionales las cuales "*(…) presuponen muy a menudo que la existencia de una obligación normativa equivale a la existencia de una coacción casi-absoluta de actuar en el sentido deseado por el autor de la norma. O incluso: estas teorías identifican aquello que el algente jurídico tiene la obligación de hacer (de acuerdo con las normas jurídicas en vigor*". Op. cit., Troper, Champeil-Desplats y Grzegorczyk, pp. 30-31.

si las decisiones pueden ser comprendidas como el producto de coacciones, éstas son múltiples, de modo que una explicación total debería volver igualmente a causas sociológicas o psicológicas. Sería absurdo negar que tales causas existen. Pero si cada ciencia constituye su objeto y lo aprehende mediante la ayuda de sus propios métodos, le corresponde a la ciencia del derecho buscar y describir causas propiamente jurídicas, aquellas que residan en la configuración del sistema jurídico al momento de la decisión"[314].

A esta altura, y con el objeto de profundizar la comprensión de la TCJ, a continuación, se presentarán algunas de las características más relevantes de la misma, tal como fueron propuestas por los juristas franceses Michel Troper y Véronique Champeil-Desplats.

La primera de estas características ya fue mencionada anteriormente, mas cabe reiterarla con el objeto efectuar una exposición clara. Aquella consiste en presuponer que los actores del derecho se comportan libremente dentro del sistema jurídico, pero teniendo en cuenta que esa libertad encuentra cierta limitación en la medida en que, finalmente, se encontrarán ante un número restringido de soluciones a adoptar.

En este sentido, la hipótesis central en el desarrollo de la TCJ consiste en afirmar que "*en general esa limitación no se debe a obligaciones jurídicas en sentido clásico del término, ni a una simple voluntad de autolimitación de un poder discrecional, sino que es el producto de coacciones que pesan sobre el actor jurídico*"[315].

Es importante aclarar que el objeto de la TCJ no serán todas clases de coacciones, sino solamente las coacciones jurídicas y, por lo tanto, es relevante definirlas e identificarlas con el fin de poder distinguirlas del resto.

Al respecto, se puede definir a una coacción jurídica como "*una* ***situación de hecho*** *en la que un actor del derecho es conducido a adoptar tal decisión o tal comportamiento en mayor medida que otra u otro, en razón de la configuración del sistema jurídico que establece o en el que opera. En otros términos, la coacción jurídica es aquella que es producida por el derecho y que, contrariamente a la*

[314] Op. cit., Troper, Champeil-Desplats y Grzegorczyk, pp. 5-7.

[315] Op. cit., Troper, Champeil-Desplats y Grzegorczyk, p. 11.

concepción tradicional, debe ser percibida como una ***coacción de hecho***"[316] (el destacado es propio).

Ahora bien, a continuación, se analizarán los principales elementos de esta definición: a) que la coacción es jurídica; b) que la coacción es una situación de hecho; c) que la coacción resulta de la configuración del sistema jurídico; y d) que la coacción es sufrida por un *homo juridicus*.

En lo que respecta al elemento a) -la coacción es jurídica-, cabe expresar que deben reunirse dos condiciones para poder referirse a la noción de coacción jurídica -específicamente-. La primera de ellas opera a nivel epistemológico y alude a la necesidad de diferenciar a las coacciones jurídicas de aquellas que no tienen ese carácter, como, por ejemplo, las coacciones económicas, políticas, lingüísticas, psicológicas o sociológicas. Todas ellas pueden ser consideradas como factores externos al sistema jurídico provenientes de otros sistemas normativos (moral, social o político). Por lo tanto, se está ante coacciones jurídicas cuando "*…las soluciones se imponen al actor debido a una configuración específica del sistema jurídico (…). Es entonces el sistema jurídico el que produce la coacción*"[317]. Ahora bien, la segunda condición para que la noción coacción jurídica tenga sentido es definir qué se entiende por sistema jurídico. Al respecto, se pueden considerar como elementos definitorios que "*1. El sistema jurídico está constituido por un conjunto de enunciados con función prescriptiva producidos por los actores jurídicos. 2. Los actores jurídicos son aquellos que son designados como tales por los enunciados del sistema jurídico*"[318].

En lo que atañe al elemento b) -la coacción es una situación de hecho-, resulta importante tener presente que no existe una norma que limite o restrinja al actor del derecho, sino que se trata de un hecho. Con el objeto de aclarar lo expresado anteriormente, corresponde recordar que no es posible hablar de una relación causal entre un deber ser y un ser. Es decir, no puede explicarse en términos de causalidad la relación entre normas y tampoco la relación entre normas y hechos. No obstante, puede repararse en la idea kelseniana de aceptar relaciones entre **la percepción de**

[316] Op. cit., Troper, Champeil-Desplats y Grzegorczyk, p. 12.

[317] Op. cit., Troper, Champeil-Desplats y Grzegorczyk, p. 13

[318] Ibidem

una norma y un comportamiento. Al respecto, Kelsen expresa "*Que el derecho sea un orden coactivo no significa -como a veces suele afirmarse- que pertenezca a la esencia del derecho ´**constreñir**´ a la conducta obligatoria, a la conducta exigida por el orden jurídico. Ese comportamiento no es forzado implantando el acto coactivo, puesto que justamente corresponde llevar a cabo el acto coactivo cuando se produce la conducta prohibida, la conducta contraria a derecho, pero no la obligatoria (…)*"[319] (el destacado es propio).

Y luego, al referirse a la motivación de la conducta refiere que "*La coacción que se da en la motivación, es una coacción psíquica; y la coacción, que tanto la representación del derecho como, especialmente, las sanciones que él estatuye, ejerce sobre los sujetos sometidos al derecho, convirtiéndose en motivo de la conducta obligatoria, conforme a derecho, no debe ser confundida con el estatuir el acto obligatorio (…) Esta coacción psíquica no constituye una nota que distinga al derecho de otros sistemas sociales. El derecho es un orden coactivo, no en el sentido de que ejerce -o, más correctamente: **su representación**- coacción psíquica, sino en el sentido en que los actos coactivos, a saber: la privación coactiva de la vida, de la libertad, de bienes económicos y otros, son estatuidos por él como consecuencias de condiciones que él determina.*"[320] (el destacado no es original).

A partir de esta idea se sostiene que en el marco de la teoría de las coacciones jurídicas "*La causalidad (…) es aquella que resulta de la percepción de los actores respecto de las normas y de las relaciones entre las normas que forman el sistema jurídico (…) Presuponemos entonces una teoría de la causalidad que renuncia al conocimiento objetivo de las relaciones necesarias entre tipos de causas y tipos de efectos identificables* a priori*, como lo proponen las ciencias de la naturaleza. La presente teoría se adhiere más bien a producir una narración probable con la ayuda*

[319] Kelsen, Hans, (1982), *Teoría Pura del Derecho* (traducida del alemán por Roberto J. Vernengo), Ed. UNAM: México D.F., p. 48.

[320] Op. cit., Kelsen, pp. 48-49.

del concepto de ***rétrodiction*** *propuesto por* ***P. Veyne***[321]"[322]. En este sentido, cabe destacar que los comportamientos de los actores se producen bajo los efectos de diversos tipos de causas. Algunas de aquellas se consideran externas al sistema jurídico -psicológicas, políticas, etc.- y, a los efectos de este abordaje deben ser dejadas de lado. Sin embargo, hay otras casusas que son internas al sistema jurídico y por lo tanto resultan relevantes para este desarrollo. Además, no todos los actores cuentan con el mismo grado de información ni se desempeñan del mismo modo. Por lo tanto, "*(…) no resulta posible formular predicciones, ni tampoco dar una explicación de todos los comportamientos, sino solamente algunos. Se trata de una* ***causalidad débil*** *que permite comprender* a posteriori *que ciertos acontecimientos han ocurrido*"[323] (el destacado es propio).

Así pues, se considera que un actor es afectado por una coacción jurídica cuando dentro de todas las posibilidades que su poder discrecional le permite, solamente una o algunas de ellas se presentan como posibles. Esto no quiere decir que el actor en cuestión no pueda elegir alguna otra posibilidad, pero sí se sostiene que de hacerlo no estaría actuando racionalmente como un *homo juridicus* -tal como se explicará más adelante-.

En cuanto al elemento c) -la coacción resulta de la configuración del sistema jurídico-, solamente debe decirse que la situación de hecho que es la coacción jurídica "*…se*

[321] Paul Veyne, historiador francés, plantea en su trabajo de *Comment on écrit l´histoire* -Cómo escribimos la historia- (1971) que el modo en que se explican las cosas en la historia es muy distinto al de las ciencias. En este sentido, considera que la síntesis histórica no es más que una operación de rellenado a partir de los documentos recolectados y las hipótesis y teorías que pueden plantearse. Esta operación la denomina *rétrodiction* tomando prestado el concepto de la teoría de las probabilidades. De tal modo distingue entre *rétrodiction* y predicción, resultando esta última la explicación de lo que ocurrirá, mientras que la primera se refiere a lo que ya aconteció y debe ser explicado. De tal modo, explica que la *rétrodiction* se diferencia de la explicación causal predictiva, pues establece una causalidad en términos de probabilidad. Sin embargo, toda *rétrodiction* establece una relación causal y también, tal vez, una verdadera ley. Solamente se trata de relaciones causales diversas y que responden ante la necesidad de explicaciones originadas en distintos ámbitos.

[322] Op. cit., Troper, Champeil-Desplats y Grzegorczyk, p. 14.

[323] Ibidem.

define por la configuración del sistema jurídico en un momento determinado, es decir por el conjunto de competencias de las que gozan los diferentes actores"[324].

Por último, en lo relativo al elemento d) -la coacción es sufrida por un *homo juridicus*- se considera que para la TCJ solamente se analizarán comportamientos jurídicos-tipo que son aquellos llevados a cabo por un *homo juridicus* -provisto de una **racionalidad jurídica específica**- cuyas características se presentarán seguidamente.

En primer lugar, el *homo juridicus* es un actor jurídico en el sentido de ser un productor de normas jurídicas o un alguien que pretende producir normas jurídicas.

En segundo lugar, el *homo juridicus* busca defender la esfera de su competencia, es decir, no quiere ser revocado -en el caso de los Jueces-, pretende preservar su existencia institucional, así como mantener u optimizar su poder, principalmente al **proporcionar justificaciones institucionalmente aceptables de sus elecciones**. Esto último permite plantear una hipótesis relevante vinculada a un aspecto **estratégico** del *homo juridicus* que será abordado en la parte final de este capítulo. A tales efectos debe repararse en que, tal como sostienen los juristas franceses que presentan esta teoría, "*…salvo que se adopte una concepción amplia de estrategia, las coacciones no se manifiestan siempre en un contexto estratégico. En efecto pueden existir casos en los que un actor se haya visto coaccionado de adoptar tal solución o tal comportamiento sin que buscara ningún fin preciso. Dicho de otro modo, la relación entre medios y fines que presupone toda estrategia está ausente*"[325].

En tercer lugar, el *homo juridicus* tiene al momento de decidir un conocimiento completo del estado del sistema jurídico dentro del cual opera y de las interpretaciones que pueden realizar los otros actores de ese sistema. Al respecto, es importante destacar que "*Esas interpretaciones posibles forman parte del sistema jurídico mismo. El* homo juridicus *está principalmente atento al modo en que interpretan el derecho los actores que debe convencer o que pueden actuar contra él o su decisión*"[326].

[324] Op. cit., Troper, Champeil-Desplats y Grzegorczyk, p. 15.

[325] Op. cit., Troper, Champeil-Desplats y Grzegorczyk, p. 15 (nota al pie).

[326] Op. cit., Troper, Champeil-Desplats y Grzegorczyk, p. 16.

En cuarto y último lugar, la coacción jurídica sólo tiene sentido si consideramos que la decisión del actor se inscribe dentro del sistema jurídico y no se libera de las coacciones que el sistema jurídico le impone, es decir actuando fuera de las reglas constitutivas, por ejemplo, el recurso a un golpe de Estado.

Ahora bien, tal como se adelantó al comienzo de este apartado se aportará también un ensayo de tipología de las coacciones jurídicas cuya definición se intentó en los párrafos que anteceden.

A tal fin, siguiendo a los ideólogos de esta TCJ se presentará una clasificación de las coacciones jurídicas en función de: a) el resultado producido; b) su grado de coacción; y c) su origen.

Dentro de la primera clasificación puede, a su vez, efectuarse una subclasificación a partir de los distintos efectos producidos sobre: 1) el discurso jurídico del actor; 2) la posición institucional del actor; y 3) el comportamiento del actor.

De tal modo, en lo que respecta al resultado producido sobre el discurso jurídico del actor -a.1)- la coacción puede producir: I) una norma jurídica (la coacción puede producir una nueva norma o conferir al contenido de un enunciado un rango superior dentro de la jerarquía normativa); II) una meta-norma (se da en el caso en que los Jueces estiman que dos normas de rango constitucional -misma jerarquía- entran en conflicto y no solamente pueden resolver el caso recurriendo a una norma de este tipo); y III) un concepto o una teoría (si, por ejemplo, los constituyentes franceses de 1795 quieren que todos los ciudadanos ejerzan el derecho a voto, pero a la vez no quieren que todo el mundo vote, entonces se encuentran coaccionados a crear un nuevo concepto jurídico y considerar al ciudadano como aquél que dispone del derecho a voto; esto origina el nacimiento del concepto “nacional” que corresponde a los individuos que gozan de derechos civiles pero no políticos).

En lo que respecta al efecto producido sobre la posición institucional del actor -a).2)- cabe destacar que la coacción jurídica puede modificar la posición institucional de los actores. Lo importante será analizar aquellas modificaciones cuando resultan como efecto de la coacción y no cuando surgen como consecuencia de lo previsto por una norma de habilitación. A su vez, sobre este punto resulta relevante destacar que “*Un*

actor puede ser (…) a la vez destinatario y productor de coacciones. El actor puede producir coacciones propias para provocar cambios institucionales sufridos por otros y eventualmente por él mismo, en tres tipos de situación. Puede crear coacciones para un sistema o subsistema jurídico futuro del cual él no será un elemento (a); puede crear coacciones para un sistema o subsistema jurídico presente del cual él mismo es un elemento (b); puede crear coacciones para un sistema o subsistema jurídico futuro del cual él será un elemento (c)"[327].

A fin de ilustrar las tres situaciones mencionadas anteriormente, pueden aportarse algunos ejemplos. El caso de un sistema futuro del cual el actor no será un elemento puede ser el de las coacciones que establecen los constituyentes para los órganos constituidos al crear mecanismos de frenos y contrapesos. En el supuesto de un sistema presente del cual el actor es parte, puede mencionarse como ejemplo, dentro del ordenamiento jurídico francés, la competencia del Conseil d´État para crear un **principio fundamental reconocido por las leyes de la República -PFRLR-**, que pueden considerarse como una **especie de principios constitucionales**, tal como aconteció en Francia con el fallo *Moussa Koné* del 3 de julio de 1996. En este caso podría plantearse una superposición de las competencias del Conseil d´État y del Conseil constitutionnel, sin embargo, ello no ocurrió pues la nueva competencia del primer tribunal no afectó la competencia del segundo de enunciar un **PFRLR**. Finalmente, el caso de un sistema futuro del cual el actor será un elemento puede ilustrarse con la Cámara de los Lores que adopta una ley restringiendo su poder legislativo. Se trató de la *Parliament Act* de 1911 -complementada luego por la *Parliament Act* de 1949- mediante la cual se limitó el poder de la Cámara de los Lores en lo que respecta a su poder de veto con relación a leyes financieras y presupuestarias -*Money Bills*-, y también en lo atinente a otras leyes públicas -*Public Bills*-, este último reduciendo el poder de veto suspensivo a dos años. Si bien estas leyes se dictaron como consecuencia de una crisis de poder al seno del Parlamento británico, resulta un claro ejemplo de una coacción jurídica para un sistema futuro del cual el actor -la Cámara de los Lores- seguirá formando parte en ese momento. Otro ejemplo puede ser el del Decreto de los dos tercios de 1975 -*Décret des deux tiers*-

[327] Op. cit., Troper, Champeil-Desplats y Grzegorczyk, p. 18.

relativo a la reelección de la Convención Nacional en Francia. Al respecto, lo que se buscaba a través de este Decreto era conversar en funciones a un número significativo miembros ante la posibilidad de un giro político de relevancia en lo que respectaba a la integración y composición de la Convención Nacional. Nuevamente, más allá de los comentarios contextuales, este caso ilustra cómo un actor jurídico -la Convención Nacional francesa- adopta una modificación legislativa con efectos hacia un futuro en que ese mismo órgano se encontrará coaccionado por esa norma. En definitiva, se trata de generar condiciones jurídicas futuras que tendrán implicancias en las competencias de actores jurídicos que todavía seguirán ejerciendo sus funciones. De tal modo, se plantean coacciones jurídicas a futuro con diversas intenciones que, de acuerdo con los ejemplos mencionados, son principalmente de naturaleza jurídico-política.

Ahora bien, al retomar el análisis de la clasificación de las coacciones jurídicas en función del resultado producido, en este caso sobre el comportamiento del actor -a).3)-, cabe destacar que las coacciones jurídicas pueden llevar a los actores a adoptar un comportamiento determinado sin que tal conducta modifique su posición institucional. Puede suceder que el actor competente para nombrar a una persona para una función sufra coacciones que, sin alterar su posición institucional, tengan por efecto la restricción del alcance su elección. En este sentido, puede ilustrarse tal situación en el caso de Francia con una elección legislativa en la que resulta victoriosa la oposición de la mayoría presidencial coaccionando al Presidente a nombrar un Primer Ministro que pertenezca a la nueva mayoría parlamentaria.

Corresponde ahora abocarse a la clasificación de las coacciones jurídicas según el grado de coacción -b)-. Al respecto, pueden existir dos tipos de coacciones jurídicas. Por un lado, las *stricto sensu* respecto de las cuales el actor jurídico no tiene ni la elección del fin ni la elección de los medios. Por otro lado, las *lato sensu* en cuyo caso el actor jurídico tiene elección del fin, pero tiene la elección de los medios.

Para finalizar con la clasificación de las coacciones jurídicas, resta referirse a su clasificación en función de su origen -c)-. Sobre este punto, cabe recordar que las coacciones jurídicas provienen de hechos que son elementos del sistema jurídico. En este sentido, debe destacarse que "*En la medida en la que los elementos del sistema*

jurídico son normas, éstas no pueden ejercer coacciones si son concebidas como un Sollen, sino solamente como un Sein. Sin embargo, no es necesario estipular aquí tal o tal ontología de las normas y podemos concebirlas indiferentemente o bien como la expresión de voluntades humanas, es decir como hechos o bien como entidades ideales. ***En los dos casos, la coacción proviene en efecto solamente de un hecho, la representación por parte de un actor racional, el*** **homo juridicus*****, de la existencia de normas, de relaciones entre las normas, o incluso de la probabilidad de la emisión de una norma. Aquello que llamamos aquí ´elemento del sistema jurídico´ es solamente un hecho de este tipo"***[328](el destacado es propio).

En base a lo expuesto, las coacciones en este sentido pueden distinguirse según si: I) las coacciones pueden provenir de normas que emanan del propio actor jurídico; II) de normas que emanan de otros actores; y III) pueden emanar de elementos del sistema jurídico que no son normas.

En lo que atañe al primero de los supuestos, puede plantearse el caso de los sistemas en los que los Tribunales no se encuentran vinculados por sus propios precedentes, pero sí se encuentran coaccionados por su propia jurisprudencia. Ello puede responder a múltiples factores, pero puede pensarse como una forma para que quienes se encuentren en una situación similar se comporten de conformidad con las reglas jurisprudenciales.

En el segundo de los escenarios -normas que emanen de otros actores-, la coacción solamente puede provenir de la consideración de la probabilidad de una sanción, es decir, de tener en cuenta la existencia de una norma que tiene por destinatario otro actor a quien se le prescribe infligir una sanción.

En el tercer y último caso, -coacciones producidas por elementos del sistema que no son normas-, se trata de reglas constitutivas -distintas de las reglas jurídicas- que no prescriben conductas, sino que definen un tipo de conductas como jurídicas. Al respecto, los juristas que desarrollaron la TCJ siguen la noción de reglas constitutivas de Searle. Para comprender mejor este supuesto, cabe aludir al razonamiento y la

[328] Op. cit., Troper, Champeil-Desplats y Grzegorczyk, p. 21.

argumentación en términos de jerarquía de normas que coaccionan a los actores a recurrir a normas consideradas jerárquicamente superiores para validar o invalidar a las normas consideradas inferiores.

B.

Propuesta de una racionalidad jurídico-estratégica a partir de la Théorie des contraintes juridiques

Ahora bien, una vez presentada la TCJ, cabe abocarse a la posibilidad de derivar de aquella teoría una racionalidad estratégica como integrante de la pluralidad de racionalidades a la que se alude en este trabajo.

En este sentido, y teniendo en cuenta el desarrollo que se efectuó en la sección relativa al análisis del concepto racionalidad, la propuesta de una racionalidad estratégica no puede enmarcarse en el sentido estricto de racionalidad que pretende "*…la adaptación técnica de medios empíricos necesarios o convenientes para alcanzar de modo efectivo un fin dado, haciendo abstracción de los juicios de valor sobre esos medios en sí mismos o sobre ese fin (…)*"[329] tal como sí se podrá plantear para la propuesta de racionalidad socio-axiológica que de desarrollará más adelante[330].

Por el contrario, la racionalidad estratégica debe relacionarse con un sentido amplio de racionalidad que alude a "*…**modelos delineadamente estructurados** —al menos en apariencia— de quedar en orden (…) los referentes encarados, ya sea por cuanto respecta a ideas (formas de pensamiento) o **para maneras de actuar (conductas y procedimientos, individuales o colectivos)** o aun en cuanto a la composición de objetos dados (naturaleza, mundo social). Con ello se entiende implicado, también, que necesariamente esto mismo encarna o resulta lo apto para **promover ciertos***

[329] Haba, Enrique P., 2018, *¿QUÉ QUIERE DECIR «RACIONAL»? (MULTIUSOS DE ESE TÉRMINO PERSUASIVO)*, Rev. Ciencias Sociales Universidad de Costa Rica, 160: 165-189 / 2018 (II). (ISSN: 0482-5276), p. 168.

[330] Ver: Segunda parte; Capítulo II; Sección II.

tipos de resultados valorados como de especial relevancia positiva*; y de ahí que eso sea considerado como propio de, o se proclama como* ***deseable o hasta obligatorio para, las actuaciones de las personas****, en tales o cuales respectos (…)*"[331] (el destacado no es original).

A su vez, este sentido amplio de racionalidad se vincula con una racionalidad relevante para el derecho "*…en cuanto ello es aplicado para calificar las reglas jurídicas por sí mismas o los discursos de locutores especializados en ese dominio (sus doctrinas reconocidas y en general las argumentaciones jurídicas profesionales) o inclusive para caracterizar renglones de la vida misma del complejo tejido de funciones sociales correspondientes (creación y aplicación del derecho)*"[332].

Previo a comenzar con la caracterización de esta particular racionalidad estratégica, es importante efectuar algunas aclaraciones. En primer lugar, cabe tener presente que, por lo general la noción de racionalidad estratégica se relaciona con la teoría de la elección racional y con la teoría de los juegos. Sin embargo, la racionalidad estratégica a partir de la TCJ presenta rasgos propios que la diferenciarán de cualquier otra referencia y que, además, la ubicarán exclusivamente dentro del ámbito del derecho. En segundo lugar, resulta menester señalar que incluso en la esfera del derecho se ha hecho alusión a la idea de estrategia, pero con un sentido y finalidad diferente al que aquí su busca desarrollar. Así pues, desde la óptica de los *Critical Legal Studies*, Duncan Kennedy en su trabajo "*El Comportamiento Estratégico en la Interpretación Jurídica*" plantea la idea de que es posible para todo actor jurídico -todo intérprete del derecho- dirigir su decisión en favor de un resultado específico pero que tal resultado generalmente está motivado por preferencias ideológicas de quien interpreta que suelen determinar su posición institucional. En ese escenario, para Kennedy la discrecionalidad juega un rol determinante como herramienta del intérprete para obtener el resultado deseado -a diferencia del rol asignado a la discrecionalidad por los juristas con los que suele debatir en sus trabajos como Hart y

[331] Op. cit., Haba (2018), pp. 167-168.

[332] Op. cit., Haba (2018), p. 168.

Dworkin-[333]. No obstante, la racionalidad estratégica que se presentará a continuación no guarda relación con el enfoque crítico expuesto por Kennedy -que además contiene notas de realismo jurídico norteamericano-, sino que resulta completamente aplicable para un enfoque positivista. Es decir, se verá que no sólo puede pensarse en una actitud estratégica orientada a fines político-ideológicos, sino que puede adoptarse tal actitud incluso para quienes adoptan una postura en la que el sistema de normas jurídicas juega un rol determinante en estructuración y aplicación del derecho.

En este sentido, esta racionalidad estratégica tampoco se relaciona con la noción de estrategia que puede advertirse en el análisis económico del derecho (*law and economics*). Esta clase de estudios se encuentran principalmente enmarcados dentro de una lógica utilitarista y, generalmente, toman la teoría de elección racional como presupuesto teórico. Asimismo, es importante señalar que para el análisis económico del derecho se tornan relevantes factores y elementos extrajurídicos -aunque puedan resultar jurídicamente relevantes- mientras que, en el caso de la racionalidad estratégica a partir de la TCJ se está siempre en un contexto jurídico, siempre dentro de un sistema de normas jurídicas

Ahora bien, efectuadas aquellas aclaraciones, corresponde aportar algunos criterios relevantes para la identificación y definición de esta particular racionalidad estratégica. En primer término, debe destacarse que si bien una estrategia implica una relación medio-fin, no cabe considerar que todas las decisiones de justicia se estructuran a partir de esa lógica. Sin embargo, muchas decisiones judiciales son adoptadas considerando, previamente, un fin específico que guía y estructura la decisión. Y ello no acontece solamente desde una concepción realista. También puede aceptarse desde una concepción positivista que, por ejemplo, un Juez toma su decisión antes de estructurar los argumentos que justifiquen tal solución. Hace tiempo que ha dejado de creerse en la posibilidad de llegar a una decisión a partir de un razonamiento deductivo articulado en un silogismo sin saber de antemano cuál es la solución a la que se llegará. No obstante, no todo lo que ocurra por fuera de tal pretensión formal

[333] Al referirse Kennedy a la noción de discrecionalidad en la obra de Hart y Dworkin, alude, en el primer caso, a una propiedad de los materiales jurídicos (determinación e indeterminación: textura abierta, zona de penumbra); y, en el segundo caso, a una propiedad de los casos (casos fáciles, casos difíciles).

debe ser considerado realismo jurídico -al menos en sus versiones más extremas-. Es decir, también desde una posición que le otorgue relevancia al sistema de normas jurídicas aplicables a la solución de un caso puede buscarse una respuesta determinada sin que ello implique cumplir con preferencias ideológicas o agendas políticas, sino que se trate de elegir entre las posibilidades que el sistema de normas jurídicas en cuestión le otorga al actor jurídico -posibilidades que, tal como hemos visto, pueden encontrarse sumamente acotadas dependiendo cada caso-. A modo ilustrativo, se puede pensar en que si el Juez X -*homo juridicus*- busca decidir Y, entonces previamente tendrá que considerar aquello que le permite el sistema jurídico en el que debe operar. Asimismo, tendrá que estar al tanto de las interpretaciones que los otros actores jurídicos realizan respecto de las normas jurídicas que constituyen el sistema en cuestión. Ello, entre otras exigencias que se expresaron anteriormente.

Por lo tanto, resulta completamente posible referirse a una racionalidad estratégica en el marco del derecho y a partir de la TCJ. Ahora bien, tal como fue expuesto anteriormente se trata de una racionalidad en sentido amplio respecto de la cual será necesario establecer una serie de criterios de control intersubjetivo teniendo en cuenta que solamente se puede hablar en términos de una causalidad débil y que permite, generalmente, comprender los hechos *a posteriori*. Sin embargo, puede pensarse también la posibilidad de que el actor jurídico pueda actuar estratégicamente y partir, entonces, de una comprensión *a priori* de las posibilidades que el sistema jurídico le otorga en ese momento en particular y para ese caso en concreto.

Es importante recordar que los criterios intersubjetivos permiten establecer un control de validez por parte de una determinada comunidad científica respecto de afirmaciones que no pueden corroborarse a través de un método científico riguroso tal como si fuera el caso de las ciencias duras. De tal modo, en el ámbito del derecho existe la posibilidad de establecer métodos que permitan el control intersubjetivo de razonamientos de las características antes mencionadas, es decir, que se ubiquen dentro de un margen de constricción inferior al del razonamiento lógico-formal pero que, no por ello, queden fuera de la posibilidad de establecer algún tipo de control y resulten relevantes para justificación de los comportamientos y decisiones de los actores jurídicos.

De tal modo, corresponde recordar algunos de los principales elementos característicos de la TCJ que resultan útiles a los efectos de establecer criterios para definir y delimitar la racionalidad estratégica que aquí se desarrolla: a) la coacción jurídica es una situación de hecho que surge de la particular configuración del sistema jurídico en el que el actor jurídico debe operar -esto implica: a.1) excluir todas aquellas coacciones extrajurídicas; a.2) la consideración de la norma jurídica como hecho; y a.3) atender a la representación que el actor jurídico se hace del sistema jurídico no como factor psicológico sino fáctico; b) presencia de una pluralidad de actores con los que se debe interactuar, acordar, componer; y c) cada actor jurídico es un *homo juridicus* que, entre otras cosas, busca defender la esfera de su competencia, pretende preservar su existencia institucional, así como mantener u optimizar su poder, principalmente al proporcionar justificaciones institucionalmente aceptables de sus elecciones.

En base a lo expuesto precedentemente, resulta más preciso referirse a una **racionalidad jurídico-estratégica** toda vez que ésta se despliega necesariamente dentro del sistema jurídico y solamente contempla las coacciones jurídicas provenientes los elementos normativos que componen tal sistema. Así pues, resulta relevante aclarar expresamente que se trata de una racionalidad jurídica -además de estratégica- pues no se basa en elementos extrajurídicos y tampoco persigue fines ideológicos, políticos, económicos o personales -como sucede desde las nociones de estrategia empleadas por algunos enfoques críticos y desde el análisis económico del derecho-.

La articulación de las características propuestas por la TCJ refleja que una pluralidad de actores que operan dentro de un mismo sistema jurídico y que actúan con la racionalidad propia del *homo juridicus* tienen que articular sus decisiones dentro del campo delimitado por las normas del sistema y tienen que considerar no sólo aquellas normas sino también las diversas interpretaciones que los diferentes actores efectúan de las mismas. Todo ello implica que cada actor tiene que razonar a partir de su ubicación dentro del sistema y prever los comportamientos de los otros actores. Si consideramos, por ejemplo, que un Juez al momento de resolver pretende que su decisión no sea revocada por una instancia superior entonces tal objetivo lo llevará a tener en cuenta, entre otros factores, la jurisprudencia del Tribunal de Alzada con

relación a la materia que debe resolver y, en base a ella, podrá advertir si su decisión podrá ser confirmada o no. Si existiera coincidencia entre el criterio del Juez de instancia inferior y del Tribunal de revisión entonces la estrategia en cuestión no presentaría mayores dificultades de análisis. Sin embargo, si el Juez de instancia inferior pretende resolver en el sentido A, pero sabe *a priori* que el Tribunal de revisión presenta al respecto el criterio B, entonces el primero se encontrará coaccionado jurídicamente al momento de resolver. Salvo que no sea de su preocupación ser revocado y haber generado un dispendio innecesario al resolver en un sentido contrario al del Tribunal de revisión, lo cual no sería característico de un *homo juridicus* y, de tal modo, quedaría por fuera del análisis de la TCJ.

Sin embargo, se ha expresado que la situación paradójica que aborda principalmente la TCJ se da en las decisiones que deben adoptar Tribunales que no cuentan con instancias superiores de revisión pues, en esos casos, existiría una mayor libertad para decidir en cualquier dirección. No obstante, y partir de la TCJ se ha visto que el propio sistema jurídico coacciona a esta clase de actores jurídicos y aquella libertad se encuentra reducida a una menor cantidad de direcciones y, en algunos casos, a una sola. En este sentido, si se toma como ejemplo el caso de un Tribunal constitucional resulta claro que su preocupación en tanto *homo juridicus* no será evitar ser revocado. Sin embargo, sí puede pensarse que al momento de tomar decisiones estos Tribunales superiores buscan, tal como se expresó anteriormente, mantener u optimizar su poder, principalmente al proporcionar justificaciones institucionalmente aceptables de sus elecciones. De tal modo, puede pensarse en el caso de un Tribunal constitucional que, con el objeto de garantizar seguridad jurídica, resulta sensible a respetar sus precedentes y a los efectos que sus decisiones pueden ocasionar. En este caso, la propia jurisprudencia de este Tribunal se convierte en una coacción jurídica de relevancia. Si bien puede considerarse que el respeto a los propios precedentes puede resultar un factor de coacción jurídica para cualquier actor jurídico, lo cierto es que un Tribunal constitucional al encontrarse en la última instancia en el rol de intérprete se establece como un marco de referencia para los Tribunales de instancia inferior. Por lo tanto, los cambios jurisprudenciales en instancias inferiores pueden acontecer más frecuentemente, mientras que un cambio de criterio de un Tribunal constitucional implica una exigencia deliberativa y argumental mucho más

compleja. Y esta complejidad no se debe solamente a un respeto ciego a la propia jurisprudencia, sino que, en el afán de garantizar seguridad jurídica, toda decisión de cambio exige un análisis de aquellos precedentes y también, tal como se expresó anteriormente, del impacto que tal decisión puede ocasionar principalmente[334] a nivel institucional, es decir, dentro del mismo Poder judicial pero también respeto del Poder legislativo y el Poder ejecutivo.

En lo que respecta al impacto que puede ocasionar dentro del Poder judicial la siguiente reflexión puede resultar esclarecedora. Es importante remarcar sobre este aspecto que en la Argentina no se cuenta con un Tribunal constitucional y la Corte Suprema de Justicia de la Nación es la última instancia jurisdiccional. Asimismo, no hay ninguna norma en el ordenamiento jurídico argentino que establezca la obligatoriedad de los precedentes del Máximo Tribunal. Sin embargo, los Tribunales de instancias inferiores, por lo general, adoptan los criterios de la Corte Suprema y los emplean como guías de sus decisiones. En algunos casos puede suceder que un Tribunal de instancia inferior coincida con tales criterios y, por lo tanto, los adopte libremente. No obstante, puede suceder que alguna instancia jurisdiccional inferior no coincida con los criterios en cuestión, pero decida adoptarlos de todos modos a efectos de evitar ser revocado posteriormente y para respetar la interpretación efectuada por el Máximo Tribunal de Justicia lo cual permite, por un lado, evitar dispendios jurisdiccionales innecesarios y, por otro lado, aportar a la seguridad jurídica. Ahora bien, nada de todo esto impide que algún Tribunal de instancia inferior decida continuar resolviendo de modo contrario a lo establecido por la Corte Suprema -de hecho, esto sucede frecuentemente-. Por lo tanto, puede decirse que en el primer supuesto mencionado -Tribunal que coincide con la instancia superior- no habría una *per se* coacción jurídica -o, en su caso, sería una coacción jurídica muy débil- pues al no haber obligación legal de seguir las interpretaciones de la Corte Suprema y al coincidir con los criterios establecidos por el Máximo Tribunal, se trata de un comportamiento con un grado muy amplio de libertad y cuyo efecto contribuye a la

[334] También puede resultar interesante analizar el impacto en cuestión en la opinión pública. Sin embargo, no puede considerarse que tal factor pueda ser considerado una coacción jurídica en los términos que se viene desarrollando.

coherencia interpretativa dentro del sistema. Ahora bien, en el segundo de los supuestos -Tribunal que no coincide con la instancia superior pero aplica de todos modos su jurisprudencia- sí se presenta como un caso de coacción jurídica en los términos que se viene analizando pues el Tribunal inferior se comporta como un verdadero *homo juridicus* y adopta una decisión que no comparte pero que sabe que evita entorpecer y demorar el proceso al saber *a priori* que su decisión será revocada y, además, contribuye a armonizar los criterios dentro del sistema respetando la interpretación efectuada por el Máximo Tribunal de Justicia. En el último supuesto -Tribunal que no coincide con la instancia superior y decide resolver contrariamente a los criterios de esta última instancia- no pude hablarse de coacción jurídica bajo ningún punto de vista pues el Tribunal inferior no se comporta como un *homo juridicus* y, además, analizado *a posteriori* no puede advertirse que su comportamiento haya sido constreñido por ningún factor jurídico -seguridad jurídica, celeridad procesal, no ser revocado, etc.-.

Al retomar con el desarrollo previo al ejemplo aportado anteriormente, cabe señalar que la decisión de un Tribunal constitucional relativa a la interpretación de un derecho fundamental determinado y con respecto a la constitucionalidad o no de una ley, tiene necesariamente consecuencias para todos los sectores públicos mencionados anteriormente y, de tal modo, determinará de algún modo el comportamiento de una gran cantidad de actores jurídicos. Es importante efectuar aquí una precisión. Una de las más evidentes tensiones institucionales que pueden ocasionarse a partir de la decisión de un Tribunal constitucional es la relativa al Poder legislativo en su carácter de creador de normas respaldado por la legitimidad democrática. En este sentido, la interpretación de una norma por parte de un Tribunal constitucional puede diferir de la voluntad y/o finalidad que el legislador quiso imprimir en la norma en cuestión. Por lo tanto, estos Tribunales deberán también tener en consideración los límites de su competencia a fin de no exceder su función y ser considerada su actuación como política. Si bien, tal análisis implica una consideración de índole institucional y, por lo tanto, podría decirse que no se trata *per se* de una coacción jurídica, lo cierto es que un Tribunal constitucional tiene que respetar los límites de su competencia que se encuentra establecida normativamente. Así pues, sin perjuicio de la lectura

institucional que puede realizarse al respecto la actuación de este particular actor jurídico se encuentra enmarcada por el sistema jurídico en el que debe operar.

En esta inteligencia, se advierte claramente la presencia de una racionalidad jurídico-estratégica en el tipo de casos como los expuestos anteriormente. El actor jurídico que se tomó como caso modelo, a saber, un Tribunal constitucional -o Corte Suprema de Justicia en el caso de Argentina-, al momento de actuar tiene que considerar en primer término los límites fijados por el sistema jurídico para el ejercicio de su competencia. Luego, tiene que contemplar su propia jurisprudencia a los efectos de mantener una coherencia interpretativa dentro del sistema jurídico -en una suerte de *novela en cadena* dworkiniana- y además velar por la seguridad jurídica. Finalmente, tiene que representarse el impacto que su comportamiento ocasionará en los otros actores jurídicos. Todo ello implica que el Tribunal en cuestión tenga un margen de decisión mucho más acotado, incluso al no contar con una instancia superior de revisión. Un claro ejemplo de esta dinámica puede advertirse en el fallo "Arriola"[335] de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina -CSJN-. Esta decisión es la última dictada por aquel Tribunal en el marco de la discusión acerca de la tenencia de estupefacientes para consumo personal. En este sentido, la CSJN adoptó diferentes posturas al respecto a lo largo del tiempo y esas divergencias se debieron, principalmente, a la interpretación que se realizaba respecto del principio de reserva (art. 19 Constitución Nacional Argentina), puntalmente en lo atinente a las "acciones privadas" -derecho a la intimidad-, y su relación con el bien jurídico "salud pública" tutelado a partir de la Ley 23.737 cuyo art. 14, 2do párrafo, criminaliza la mera tenencia de estupefacientes, incluso cuando sea escaza cantidad y para consumo personal. Esos cambios de interpretación, plasmados en diferentes decisiones[336], respondieron a diversos contextos políticos que expresaban posturas no coincidentes respecto de la ampliación o restricción de los derechos. Esa sucesión de fallos ocurrió en coyunturas muy disímiles, a saber, en época de la última dictadura en la Argentina -limitación extrema de derechos-, luego en el regreso de la democracia -ampliación de

[335] Fallo "Arriola, Sebastián y otros s/ RECURSO DE HECHO causa n° 9080", Corte Suprema de Justicia de la Nación, rto. 25 de agosto de 2009.

[336] "Colavini" (Fallos 300:254); "Bazterrica" (Fallos 308:1392); "Capalbo" (Fallos 308: 1468); y "Montalvo" (Fallos 313:1333).

derechos- y, finalmente, durante un gobierno de corte neoliberal -restricción de derechos individuales-. De tal modo, en lo que atañe a esta temática, la CSJN no ha logrado mantener un mismo criterio pues se adoptaron diferentes perspectivas sobre la forma de articular el derecho a la intimidad con la salud pública protegida por el delito de tenencia de estupefacientes. Sin embargo, desde el 2009 cuando se dictó el fallo "Arriola", la CSJN ha sostenido su criterio en cuanto declaró la inconstitucionalidad del art. 14, 2do párrafo de la Ley 23.737 y, por lo tanto, ha hecho prevalecer, en esos supuestos, el derecho a la intimidad consagrado en la Constitución Nacional Argentina.

Ahora bien, esta decisión ilustra claramente la dinámica de la racionalidad jurídico-estratégica en lo relativo a la coacción jurídica ejercida por el sistema jurídico vigente y por la propia jurisprudencia de la CSJN. En este sentido, por un lado, el Tribunal define con precisión los límites del sistema jurídico dentro del cual debe tomar su decisión: art. 19 de la Constitución Nacional y art. 14, 2do párrafo de la Ley de Estupefacientes. Es decir, su decisión no debe exceder ese marco y su competencia está acotada a resolver la controversia suscitada ante el conflicto entre esas normas. Por otro lado, en lo que respecta a la necesidad de mantener una coherencia interpretativa a fin de garantizar seguridad jurídica, la CSJN alude expresamente a esta cuestión y lo considera como un aspecto central de su decisión. Ello así, toda vez que en el fallo que se está analizando, vuelve a cambiarse de criterio, lo que requiere un desarrollo argumental relevante que lo justifique. Al respecto, el Tribunal expresa "*Que si bien el debate jurídico sobre la tenencia de estupefacientes para consumo personal, aparece claramente planteado y resuelto en las posturas antagónicas de ´Montalvo´ y ´Bazterrica´, lo cierto es que habida cuenta el carácter institucional de la Corte Suprema, llevan hoy a dar las razones de este nuevo cambio. En tal sentido esta Corte admitió que ciertas normas susceptibles de ser consideradas legítimas en su origen, pudieron haberse tornado indefendibles desde el punto de vista constitucional con el transcurso del tiempo y el cambio de circunstancias objetivas relacionadas con ellas. Que en lo que aquí respecta han pasado diecinueve años de la sanción de la ley 23.737 y dieciocho de la doctrina ´Montalvo´ que legitimó su constitucionalidad (…) la extensión de ese período ha permitido demostrar que las razones pragmáticas o utilitaristas en que se sustentaba ´Montalvo´ han fracasado*".

Tal como puede apreciarse, la propia jurisprudencia del Tribunal opera como una coacción jurídica en la medida en la que la CSJN no puede dejar de lado sus criterios previos si pretende garantizar seguridad jurídica y, en caso de cambiar el criterio, debe dedicarle un tramo importante de su argumentación a tal circunstancia.

De tal modo, puede verificarse de qué modo opera la racionalidad jurídico-estratégica que, tal como se dijo anteriormente, en ocasiones el Tribunal puede plantearse previamente a adoptar una decisión al considerar todos los factores enunciados y, en otros casos, puede servir de herramienta para explicar la adopción de una determinada decisión y no de otras. En ambos casos -*a priori* o *a posteriori*- el análisis de esta racionalidad jurídico-estratégica sirve para aportar un mecanismo de control y justificación de las decisiones adoptadas por los actores jurídicos. Mecanismo que permite complementar la tradicional justificación acotada al aspecto interno del silogismo judicial (racionalidad formal-deductiva) con herramientas destinadas al aspecto externo de la justificación. Es decir, la posibilidad de advertir la existencia de una racionalidad jurídico-estratégica permite efectuar este tipo de análisis que incorporan dimensiones generalmente omitidas y que resultan completamente relevantes para explicación del derecho y del comportamiento de los actores jurídicos.

Nuevamente se insiste en que no resulta necesario excluir o suplantar a la racionalidad formal-deductiva, sino que la misma debe complementarse con las diferentes racionalidades con las que interactúa y que además son contempladas por el derecho y por los actores jurídicos. En este último caso, es frecuente el recurso a justificaciones o argumentos *a priori* de carácter jurídico-estratégico o la posibilidad de explicar causalmente -con la debilidad característica de esta particular causalidad- *a posteriori* un comportamiento determinado. Sin embargo, muchas veces eso ocurre de modo intuitivo y no logra plasmarse expresamente en una decisión.

De tal modo, la tipificación de esta racionalidad jurídico-estratégica a partir de la TCJ permite incorporar una herramienta más de análisis sin quitarle el lugar a la racionalidad formal, sino complementando a esta última. Tal como se manifestó a lo largo de este trabajo, el objetivo es la reconstrucción de una o varias nociones de racionalidad –criterios intersubjetivamente controlables de justificación- aplicables a las discusiones y argumentaciones jurídicas, que resulten útiles y aprovechables, y

que no dejen de lado los usos hoy vigentes. Cada una de aquellas nociones con su propio nombre y ámbito de aplicación delimitado -a fin de no confundirse con las nociones vecinas-, con validez intersubjetiva en sus respectivos contextos de uso. En este sentido, la racionalidad jurídico-estratégica cumple con tal objetivo. Y si bien este tipo de racionalidad no se vincula únicamente con los principios jurídicos, lo cierto es que la consideración del sistema jurídico como un factor de coacción jurídico involucra tanto a las normas positivas como a los principios jurídicos -en cualquiera de sus clasificaciones y denominaciones-, principalmente si se toma como caso modelo el de un Tribunal constitucional -u otro tipo de Tribunal superior- debido a que las decisiones emanadas de dichas jurisdicciones implican argumentar a partir de normas con un grado de generalidad elevado como lo son los derechos fundamentales y principios jurídicos -positivos, generales, institucionales, etc.-. Por lo tanto, esta particular racionalidad contribuye a ampliar el campo de análisis del derecho integrado por múltiples racionalidades y, en particular, describir y explicar en el comportamiento de los actores jurídicos a la luz de una pluralidad de racionalidades y no solamente desde su racionalidad formal-deductiva.

SECCIÓN II

Las pluralidades de la racionalidad desde el punto de vista de la sociología pragmática

La tipología de racionalidad socio-axiológica que se desarrollará a continuación presenta una doble dimensión de análisis pues su relevancia se advertirá tanto a nivel de la racionalidad del derecho como a nivel de la racionalidad de las decisiones judiciales -como una de las manifestaciones de la praxis jurídica-. En este sentido, cabe recordar que el análisis sobre la racionalidad del fenómeno jurídico -como elemento de legitimación y justificación de los sistemas jurídicos, y de corrección de las decisiones jurídicas- presenta dos planos diferentes, aunque íntimamente relacionados. Por un lado, la “racionalidad del derecho” -coherencia y plenitud, justificación de las normas, etc.-; y, por otro lado, la “racionalidad de la decisión jurídica” -interpretación del derecho, justificación y control de la decisión, etc.-. La

aludida íntima relación se debe a que los escollos que se presenten en el primer plano -teórico- tendrán implicancias, inevitablemente, en el segundo plano -teórico/práctico-. Es decir, si se incorpora o no la dimensión social dentro del análisis del derecho en el primer plano ello necesariamente tendrá consecuencias a nivel del segundo plano.

De tal modo, en el presente capítulo se analizará, en primer lugar, la incorporación de la dimensión social al análisis jurídico (A) y, en segundo lugar, las consecuencias que en la práctica jurídica -especialmente en la decisión judicial de casos difíciles- trae aparejada aquella incorporación (B); esto último implica, principalmente la posibilidad de un discurso objetivo y racional acerca de valores desde las propuestas de la sociología pragmática (1), y la utilización del argumento social en la decisión de casos difíciles -dificilísimos y estructurales- (2). Finalmente, a partir de aquellos desarrollos, se propondrán una serie de criterios con el objeto de poder tipificar una racionalidad socio-axiológica que permita someter a control intersubjetivo de justificación aquellas decisiones judiciales en las que se recurre a argumentos de tipo social que son eminentemente axiológicos (C).

A.

Incorporación de la dimensión social al análisis jurídico

La relación entre el derecho y determinados factores sociales no es algo novedoso. En este apartado no se pretende efectuar una descripción de todas aquellas propuestas que se han presentado al respecto. La intención es destacar, por un lado, que, desde al menos una de las ópticas iuspositivista más influyentes, a saber, la kelseniana, se ha planteado la eliminación de toda referencia a elementos sociales que pudieran estar vinculados de algún modo al derecho; y, por otro lado, que tal postura nos deja ante un derecho incompleto en el sentido de que soslaya una dimensión de gran relevancia para su abordaje como un fenómeno complejo que no se agota en la normatividad.

Ahora bien, no obstante que la aludida posición normativista pretende un derecho "puro", cabe tener presente lo expresado por Michel Troper en cuanto a que tal teoría del derecho "*…no impide que paralelamente al análisis jurídico sea llevado a cabo un*

estudio del derecho desde el punto de vista sociológico, sea que este estudio no tenga el mismo objeto, porque no se refiera a normas, sino a hechos, sea que se trate del mismo objeto, pero éste será definido exclusivamente desde un punto de vista jurídico"[337].

Y es justamente ese el punto, no se busca aquí indagar sobre la importancia de una sociología jurídica sino evidenciar que, junto a un análisis normativo del derecho, puede llevarse a cabo también, sin obstáculos, un análisis sobre factores sociales íntimamente relacionados al derecho y sus normas que permitirían ampliar los límites de estudio del derecho abarcando factores de relevancia que son usualmente desconsiderados.

En este sentido, un mismo fenómeno -objeto- puede ser analizado normativamente -reglas aplicables, condición de validez, etc.- y socialmente -valoraciones, comportamientos, etc.- sin dejar de resultar, en este último caso, un análisis jurídico o jurídicamente relevante. La incorporación de la dimensión social en modo alguno altera la esfera normativa, sino que, por el contrario, la potencia, permitiendo incorporar al estudio del derecho información del medio del cual se obtiene gran parte de las herramientas para el desarrollo de la legislación y al cual luego son aplicadas las mismas. Al respecto, Carlos S. Nino expresa que "*Hoy en día resulta muy difícil negar la influencia recíproca entre el derecho y las circunstancias sociales (…) Los cambios producidos en la sociedad se reflejan, más tarde o más temprano, sobre el ordenamiento jurídico y éste, a su vez, suele servir de promotor de nuevas pautas sociales*"[338]; y agrega que "*El estudio de la posibilidad de promover cambios sociales a través del derecho se ha concentrado generalmente en la creación de normas jurídicas por los órganos legislativos. Sin embargo, la aplicación que los jueces hacen de las normas jurídicas a casos concretos no tiene menos relevancia en cuanto a las posibles consecuencias sociales*"[339]. Este último aspecto relacionado a la relevancia social al momento de la decisión judicial será desarrollado *infra* B.

[337] Troper, Michel (2011), *Le droit et la nécessité*, Léviathan puf : Paris, p. 62.

[338] Nino, Carlos S. (2015), *Introducción al análisis del derecho*, 2da edición, Ed. Astrea: Buenos Aires, p. 300.

[339] Op. cit., Nino. p. 302.

A partir de la aceptación de la relevancia de la incorporación -o, mejor dicho, del desvelo pues siempre estuvo allí- de la racionalidad social -cuyo análisis se limitará aquí a su esfera axiológica- la ciencia del derecho amplía sus confines y deja de ser una ciencia abocada solamente a las normas jurídicas. Al respecto, resulta relevante incorporar la definición de ciencia del derecho propuesta por Friedrich Müller: *"(…) es una ciencia normativa aplicada (…) que se relaciona con fenómenos reales: con la vida en común de seres humanos al seno de grupos sociales, con el control, la satisfacción y el orden de esos grupos, con el equilibrio y compensación de intereses, con la comparación y la preferencia, con el mandamiento, la prohibición, la sanción, el permiso y la organización con un fin de estabilización y de regulación de las fuerzas y grupos sociales*"[340].

Puede advertirse claramente que tal concepción de ciencia del derecho combina el estudio de factores sociales y normativos. Es importante aclarar que aquí no se adoptará ni la "metodología estructurante" ni la noción de "concretización" propuestas por Müller, puesto que ambas implican una exigencia moral del derecho y la existencia de un principio de justicia, extremos que no se condicen con la posición que se pretende adoptar en este desarrollo. Sin embargo, ello no obsta a considerar que la propuesta del derecho como una "ciencia normativa práctica aplicada" resulta adecuada a los fines planteados y es viable en la medida que se acepte la posibilidad de interacción entre distintos métodos para abordar los factores normativos y los sociales.

Al respecto, sostiene Véronique Champeil-Despltas que "*No existe un método, ni una metodología sino métodos y metodologías concurrentes y conjuntamente posibles*"[341].En este sentido, cabe remarcar que es cuestionado el modo en el que los juristas se hacen eco de factores sociales -contextos sociales, funciones y efectos sociales del derecho, etc.- sin caer dentro de un sincretismo metodológico. Entre otras razones, Kelsen propone una teoría "pura" del derecho para evitar tal circunstancia. Sin embargo, Champeil-Despltas considera que "*…ese sincretismo puede ser evitado*

[340] Müller, Friedrich (1996), *Discours de la méthode juridique*, Léviathan puf : France, pp. 169-170.

[341] Champeil-Despltas, Véronique (2016), *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, 2e édition, Ed. Dalloz: France, p. 9.

a poco que sea comprometida una reflexión metodológica profundizada sobre las condiciones de una pluri o interdisciplinariedad rigurosa (…) en la que cada uno de los saberes movilizados respete una base de exigencias metodológicas comunes…"[342].

En este sentido, algunos autores han propuesto, como un camino a seguir en esta relación intersistémica, la teoría de los sistemas que ofrece la posibilidad de comunicaciones[343]. Sin embargo, en este desarrollo no se adoptará ninguna postura definitivamente pues se trata, por el momento, de exponer la relevancia y posibilidades de interacción entre dos racionalidades distintas, pero íntimamente relacionadas.

Por lo tanto, es totalmente aceptable la idea de una ciencia del derecho que integre el análisis de factores sociales que pueden resultar jurídicos o jurídicamente relevantes. Pero, a tal fin deben poder armonizarse metodologías y métodos diferentes. En el caso de la racionalidad social, dado lo amplio del espectro de análisis de los fenómenos sociales, se propondrá el desarrollo de su dimensión axiológica. Ello así, toda vez que a los fines de la presente investigación los valores sociales representan elementos relevantes no sólo para el derecho sino también para las decisiones judiciales. En este sentido, tal como se verá posteriormente, aquellos valores sociales resultan importantes al encontrarse reflejados en ciertos principios jurídicos; al representar el contexto dentro cual algunos principios jurídicos pueden interpretarse; y al formar parte de argumentos que *prima facie* no son jurídicos, pero, en la decisión de ciertos casos difíciles, pueden tornarse jurídicamente relevantes.

Así pues, con el objeto de integrar esta racionalidad socio-axiológica a la racionalidad formal-deductiva, será necesario establecer ciertos criterios de racionalidad intersubjetiva, lo cual será desarrollado posteriormente (*infra* C). Tal como se advierte, no se pretende el pasaje de una teoría a otra distinta e "impura" -tal como podría plantearlo Bobbio-, sino que la intención es complementar la teoría y lograr que la misma abarque el análisis de fenómenos que interactúan simbióticamente con las normas. De tal modo, el objetivo es plantear que el derecho puede realizar un estudio más amplio sin descartar las relaciones que mantiene con otras racionalidades. En

[342] Op. cit., Champeil-Desplats. p. 122.

[343] Nobles, R. y Schiff, D. (2006), *A Sociology of Jurisprudence*, Hart Publishing: USA, p. 223.

este sentido, Roger Cotterrell, en referencia a Max Weber, expresa que "*El estudio del desarrollo de la racionalidad legal y sus interrelaciones con otras variedades de racionalidad (…) puede, según Weber, proveer mayores reflexiones sobre la naturaleza de lo social…*"[344]; y agrega en el sentido que se viene desarrollando que "*…la teoría social fue requerida en los estudios sociolegales para escapar a los límites del método del detalle del derecho como así también para contrarrestar el limitado empiricismo social. La promesa siempre fue ensanchar las perspectivas sociales en el derecho*"[345].

Ahora bien, hasta aquí queda claro que la incorporación de la teoría social permite ensanchar los límites del derecho y enriquecer su análisis. Como se expresó anteriormente, lo social es la arena en donde se despliega gran parte -por no decir la totalidad- del fenómeno jurídico. Tal íntima relación puede llegar al punto en el que, en caso de resultar cuestionada la identidad, coherencia y forma de lo social, ello tenga fuertes implicancias en las asunciones acerca de la naturaleza y eficacia del derecho[346].

En base a lo expuesto, a continuación, se analizarán las implicancias prácticas de la incorporación de la racionalidad socio-axiológica al derecho.

B.

Consecuencias en la práctica jurídica de la incorporación de la dimensión social

Ya se ha expuesto en esta investigación que asumir la posibilidad de una pluralidad de racionalidades existentes en el derecho implica el reconocimiento de diversos factores tales como el contexto judicial de la decisión y la coyuntura política y económica de una sociedad, entre otros. Ahora bien, entre aquellos factores cobran

[344] Cotterrell, Roger (2006), *Law, Culture and Society. Legal Ideas in the Mirror of Social Theory*, Ed. Ashgate: England, p. 17.

[345] Op. cit., Cotterrell, p. 18.

[346] Op. cit., Cotterrell, p. 20.

especial relevancia para el presente análisis **las reflexiones sociales respecto a algunos valores fundamentales los cuales, tal como se verá más adelante, pueden resultar valores fundamentables**. Poder de llevar a cabo tales reflexiones, y eventualmente plasmarlas en decisiones judiciales o, sin plasmarlas, ser consideradas al momento de tomar tales decisiones -por ejemplo, pensar en las consecuencias que pueden ocasionar o en las reacciones de la sociedad-, dependerá de la respuesta que se dé a la pregunta acerca de la posibilidad de objetividad/racionalidad en la discusión sobre valores sociales.

En este desarrollo se partirá de la idea de que es posible llevar a cabo una discusión objetiva/racional sobre valores sociales en base a un marco teórico-conceptual particular y, de tal modo, que se puede contribuir desde esta perspectiva a esclarecer la problemática de la justificación de las elecciones y la búsqueda de la acción justa -en términos de justeza- en una situación determinada (1). Luego de ello, se podrá analizar cómo esta racionalidad socio-axiológica, que resulta relevante para el derecho (conforme se expuso *supra* A), opera en aquellas decisiones judiciales que presentan esta clase de argumentos, a saber, los casos difíciles en los que intervienen en el proceso de interpretación y justificación principios jurídicos y/o en los que se recurre a argumentos extrajurídicos pero que pueden convertirse en jurídicamente relevantes dentro de un discurso jurídico controlado apropiadamente (2).

1.

Posibilidad de un discurso objetivo y racional acerca de valores sociales desde las propuestas de la sociología pragmática

La posibilidad de objetividad/racionalidad en la discusión sobre valores depende de las herramientas teóricas y conceptuales que se tomen en cuenta a tal fin. Lo que se busca evitar es que esta clase de desacuerdos lleven a recurrir a la subjetividad, a los deseos, a las emociones y a las intuiciones como medios para su resolución, al menos en lo que respecta al derecho. En este sentido, resulta muy importante, en primer lugar, la propuesta de la socióloga Nathalie Heinich, respecto de la cual se efectuó

una introducción previamente en este trabajo[347]. Tal propuesta consiste en ofrecer una descripción sistemática del sistema de valores propio a una cultura que precede a la producción de juicios de valor, y de las reglas de su aplicación, de modo de poder utilizar, sin temor a malentendidos, el término "valores". Se trata de una "ciencia social de los valores" o de una "sociología axiológica" que busca estudiar la relación que los actores mantienen con los valores a partir de sus prácticas de evaluación. Asimismo, pretende investigar a qué reglas sociales obedecen los humanos y de qué modo aquellas reglas se estabilizan o, por el contrario, evolucionan. Ello permitirá sumergirse en el estudio de la actividad normativa o axiológica, la actividad de producción de juicios de valor.

A fin de llevar a cabo este propósito, Heinich desarrolla métodos específicos de investigación adaptados a una "gramática axiológica". Al respecto, la socióloga francesa señala que "*(…) esta sociología de valores, que podríamos llamarla empírico-descriptiva, es análoga al trabajo del gramático, quien explicita las reglas de funcionamiento de una lengua, sin interesarse de ningún modo en el contenido ni en la validez de aquello que se dice. Y, al igual que el gramático frente a una lengua, el sociólogo frente a juicios de valor y principios axiológicos no busca modificar el discurso para volverlos más ´justo´, es decir, no busca producir acción: solamente pretende producir conocimiento, al explicar las condiciones bajo las que, para los actores, aquellos discursos se presentan como más o menos justos, o justificados*"[348].

En el proceso de desarrollo de la mencionada gramática axiológica, Heinich se propone analizar el término "valor" advirtiendo su prominente carácter polisémico. Frente a esta situación sugiere tres significados principales del uso de aquel término: valor-grandeza (valeur-grandeur), valor-objeto (valeur-objet), valor-principio (valeur-principe).

En este sentido, el primer significado valor-grandeza (valeur-grandeur), relacionado "al" valor ("la" valeur), se refiere a la importancia intrínseca de un objeto cualquiera, motivando su apreciación positiva. A su vez, en función del objeto al que se aplique

[347] Ver: Primera parte, Capítuo I, Sección II, punto I.B

[348] Heinich, Nathalie, (2017), *Des valeurs. Une approche sociologique*, Éditions Gallimard : France, p. 21.

este significado puede ser sinónimo de “mérito”, “cantidad”, “virtud” y “precio” en sentido figurado. Un ejemplo de este significado puede ser ilustrado mediante la pregunta acerca de “cuál es el valor de este reloj” o “cuánto vale este reloj”.

Por su parte, el segundo significado valor-objeto (valeur-objet), vinculado a “un” valor (“une” valeur), se refiere a un objeto concreto o abstracto merecedor de una apreciación positiva, es decir, un objeto comúnmente considerado como dotado “de” valor en el primer sentido del término. Ejemplos de este significado pueden resultar los siguientes: una letra de cambio (objeto concreto) o la familia (objeto abstracto).

Finalmente, el tercer significado valor-principio (valeur-principe) no se refiere a una apreciación, como en el primer significado, ni a un objeto concreto o abstracto, como en el segundo significado, sino que alude al principio en que se basa una evaluación. Un ejemplo de esto sería el siguiente: decir “esta película es muy bella” implica que, para el locutor en cuestión, en el contexto de enunciación en cuestión y con relación al objeto en cuestión, la “belleza” es un valor. En este mismo sentido, si se toma en consideración a la “moral” como un valor, podría decirse que se trata de “una película completamente indecente”; o bien, si se parte de la “responsabilidad” como valor, podría expresarse que la película en cuestión “es un magnífico mensaje político”.

Será este último significado el que tendrá un papel central en el presente desarrollo. El valor-principio tiene como característica el ser una finalidad de la argumentación. Un ejemplo pude aportar mayor claridad: decir “está bien porque es arte”, hace del arte un valor en el tercer sentido -valor principio-, es decir, un principio que gobierna una evaluación; mientras que decir “el arte es un valor porque porta consigo belleza” hace del arte un valor en el segundo sentido -valor objeto-, es decir, un bien, un objeto de una evaluación positiva -siendo ahora la belleza un valor en el tercer sentido, el principio de esta evaluación-.

Lo expuesto resulta sumamente relevante y aplicable para el derecho. Por lo general, y tal como se ha desarrollado, las referencias valorativas en el marco de la argumentación jurídica suelen considerarse como meras subjetividades que no pueden ser sometidas a un control racional. Sin embargo, en diversas ocasiones el hilo argumental se encuentra trazado a partir de los mencionados valores-principios, aunque en la jurisprudencia y la doctrina jurídica no sean reconocidos bajo esa

denominación. Una de las referencias más habituales es la noción de *conformidad al derecho*, es decir, que una decisión de adopta en fiel apego a la letra de ley. Ello implica una clara referencia a un valor-principio pues expresar, por ejemplo, que "la decisión judicial que se adoptó es correcta pues fue dictada *conforme al derecho*" hace de la *conformidad al derecho* un valor-principio toda vez que opera como un criterio de evaluación acerca de la corrección de las decisiones judiciales. Este ejemplo suele ser un tanto controversial debido a que la noción de *conformidad al derecho* no suele ser considerada como un valor sino como la *única* forma de proceder en lo que hace a la aplicación del derecho y, por lo tanto, no concurriría con ningún otro criterio. Sin embargo, y a fin de no ingresar en un debate acerca de si es o no un valor, cabe destacar que en la práctica funciona como un criterio pues se resalta que una decisión se adopta de esa manera y no de otra y, además, se le asigna una consecuencia positiva como lo es *resultar correcta*. De hecho, tanto a nivel jurisprudencial como doctrinario se entiende que las decisiones judiciales que no sean *conformes al derecho* son *arbitrarias*, es decir, muy sintéticamente, carentes de toda fundamentación. En este sentido, incluso por la existencia de una valoración negativa con consecuencias reales en el marco de un proceso judicial -v.gr. nulidad de actos procesales, resoluciones, etc.-, puede advertirse que se trata de un principio valorativo que establece una finalidad argumentativa para el derecho.

Ante este escenario cabría preguntarse acerca de la existencia otros valores-principios que puedan concurrir o interactuar con la *conformidad al derecho*. Desde el punto de vista de esta investigación, ello sería completamente posible debido a la existencia de una pluralidad de racionalidades que aportan diversos marcos argumentales de los cuales pueden surgir criterios valorativos que dialoguen con la noción de apego a la ley. Uno de los ejemplos más clásicos, que surge a partir de la distinción entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo, es el debate acerca de la existencia de un derecho injusto. Es decir, la presencia de valores sobre la base de los cuales se pueda argumentar con relación a la justicia en términos de equidad, bienestar, necesidad, etc., y que ello pueda incidir en el derecho en tanto conjunto de normas válidas y vigentes. No obstante, sin necesidad de ingresar en esa discusión, se ha visto a lo largo de este trabajo -y se continuará también en ese sentido- que el postulado de una única racionalidad jurídica formal-deductiva implica aceptar otros

presupuestos como, por ejemplo, que la única fuente de racionalidad es lo normativo, es decir, aquello que surge expresa y directamente de las normas jurídicas. En ese esquema, no pareciera controvertido que la *conformidad al derecho* sea, sino *el* valor, al menos *el* criterio por excelencia pues no cabría indagar en ningún otro lugar más que en las normas jurídicas para encontrarse dentro de los límites de *la* racionalidad jurídica. Sin embargo, el fenómeno jurídico no cabe dentro de ese marco solamente, sino que interactúa con otras racionalidades -como esta social que se está desarrollando, pero también la racionalidad económica y la racionalidad política- que incorporan sus propias fuentes de racionalidad, las cuales pasan a interactuar al seno del derecho. El presente desarrollo será un ejemplo de ello pues, desde la propuesta que está analizando se podrá argumentar valorativamente a partir de distintos valores-principios que son relevantes en distintos contextos, sin posibilidad de priorizar a alguno de ellos o de establecer una jerarquía entre valores, salvo en lo relativo a su función en aquellos contextos -*infra* concepto de *mundos* y *ciudades* en Boltanski y Thévenot-. En este mismo sentido, cuando se desarrolle más adelante la racionalidad política[349], desde un enfoque pluralista surgirá la posibilidad de argumentar dentro de diferentes *esferas de justicia* y a partir del reconocimiento de diversos grupos culturales, todo lo cual implica reconocer la existencia de diversos criterios valorativos. Y, vale aclarar, que nada de ello implica dejar de lado la noción de *conformidad al derecho*, sino que, a partir del reconocimiento de la pluralidad de racionalidades, aquella noción se en perspectiva y requiere una armonización con otros criterios que pueden también ser jurídicamente relevantes, aunque no sean referencias directas a las normas jurídicas. Es decir, en un contexto determinado la *conformidad al derecho* puede no ser el principio-valor fundamental pues alguna situación o necesidad social no se encuentra jurídicamente regulada o bien porque dentro del esquema de valores en ese contexto se privilegia un valor distinto a la aplicación irrestricta de la ley. En cuanto a este último aspecto, puede mencionarse a modo ilustrativo el caso de una Jueza que resolvió reconocer a una menor de edad una filiación triple que consistía en su madre, su padre biológico y su padre adoptivo, cuando la ley vigente aplicable

[349] Ver: Segunda parte; Capítulo II; Sección IV.

solamente reconoce la filiación doble[350]. En ese caso, la Jueza privilegió el deseo de la menor de no tener que elegir entre uno de sus padres, el cual tradujo al mundo jurídico en términos de *interés superior del niño* conforme la Declaración de los Derechos del Niño, y aportó argumentos de peso para justificar el apartamiento del límite fijado por el derecho. De tal modo, en este ejemplo la *conformidad al derecho* no fue el principio-valor que orientó la decisión, pero tampoco fue soslayado porque en definitiva toda decisión jurídica debe finalmente aportar argumentos jurídicos. Justamente la cuestión radica en determinar qué es *lo jurídico*, cuál es su alcance y la posibilidad, por lo tanto, de expandir sus límites. De este modo, lo que Heinich se propone, a partir de este concepto medular de valor-principio, es evidenciar las diferentes categorías de "principios de evaluación y de justificación" y su articulación. Es decir, lo que se busca poner de relieve es, en palabras de la socióloga francesa, "*(…) la arquitectura general de esos principios axiológicos que comandan la atribución de ´valor´, en sentido de importancia* (valeur-grandeur)*, a un objeto, una persona una acción o un estado del mundo -atribución susceptible de crear ´valores´ en sentido de bienes* (valeur-objet)"[351] (los agregados entre paréntesis son propios).

Asimismo, Heinich busca responder a la pregunta de cómo se reconoce un "valor" en el sentido de "principio de evaluación". A su vez, y más específicamente, se cuestiona cómo diferenciar un "valor privado" de un "valor público"; un "valor" de un "anti-valor"; y un "valor fundamental" de un "valor contextual". Heinich considera que a partir de las respuestas a estas preguntas se podrá verificar que la reflexión en materia de "valores" no se reduce de ningún modo a la dimensión moral.

Ahora bien, en lo que atañe a la pregunta acerca de cómo reconocer un valor, Heinich propone partir por la negativa, es decir, considerar qué no es un valor. En este sentido, manifiesta que un valor no es ni una norma, ni una regla, ni una ley, sino que todas ellas son aplicaciones de valores que justifican su creación. De aquí Heinich saca una primera conclusión importante, a saber, que para que un valor opere como tal debe ser comprendido y utilizable por todos. Asimismo, un valor implica, en términos

[350] Juzgado Civil en Familia y Sucesiones Única Nominación, Provincia de Tucumán, "L.F.F. c/ S.C.O. s/ FILIACION. EXPTE Nº 659/17.", rta. 7/2/2020.

[351] Op. cit., Heinich, p. 197.

temporales y espaciales, el largo plazo y la universalidad, respectivamente. En esta inteligencia, Heinich expresa que un valor debe ser común a todos los participantes de una misma cultura. De tal modo, la socióloga francesa traza una relevante distinción entre los valores y las normas, principalmente en cuanto los primeros no pueden ser modificados voluntariamente o en el corto plazo. Al respecto, expresa Heinich que "*(…) contrariamente a una norma y, más aún, a una regla o a una ley, no se puede decidir que tal valor es obsoleto o, a la inversa, válido: a lo sumo se puede incitar a su abandono o a su adopción. Es por ello por lo que los cambios de valor resultan de procesos largos, difusos y colectivos*"[352].

A su vez, dentro de esta primera pregunta -cómo se reconoce un valor-, Heinich introduce la noción de "pluralidad de valores". Al respecto, señala que los valores en tanto valores-principios pueden cohabitar dentro de un mismo proceso de evaluación, pueden combinarse entre ellos o reforzarse, y hasta pueden contradecirse. En este sentido, expresa que "*(…) contrariamente a lo que postula espontáneamente el reduccionismo logicista, el pluralismo está siempre más adaptado a los asuntos humanos que el monismo: eso vale tanto para los valores como para la causalidad*"[353].

En este mismo norte, Heinich señala que la pluralidad de valores que pueden intervenir en un dominio determinado no implica que ellos tengan el mismo peso. Existe una jerarquía de valores que es relativa a sus respectivos contextos. Al respecto, Heinich considera que hay tres principios jerárquicos en materia axiológica que surgen a partir de la diferencia entre: 1) "valores públicos" y "valores privados"; 2) "valores", "anti-valores" y "no-valores"; y 3) "valores fundamentales" y "valores contextuales".

Al respecto, se comenzará analizando el primero de aquellos principios, a saber, la diferencia entre "valores públicos" y "valores privados". Esta diferencia reposa sobre el grado de "publicitación". En este sentido, los "valores públicos" pueden ser públicamente reivindicados como valores de referencia. Mientras que los "valores privados" pueden orientar efectivamente la acción, pero de un modo difícilmente

[352] Op. cit., Heinich, p. 201.

[353] Op. cit., Heinich, p. 199.

reivindicable pues no resultan conformes a los valores públicos. Vale remarcar que el carácter más o menos público o privado de un valor varía en función del contexto y, principalmente, del área de actividad.

Por otra parte, el segundo de los principios jerárquicos en materia axiológica es la diferencia entre "valores", "anti-valores" y "no-valores". Al respecto, explica Heinich que un mismo principio axiológico puede, según los evaluadores y los contextos, recibir una valoración opuesta, sea positiva o negativa. En este sentido, refiere que "*(…) puede funcionar tanto como un valor, susceptible de producir ´un´ valor, tanto como un ´anti-valor´, susceptible de desvalorizar el objeto evaluado. Dicho de otro modo, aquello que es visto por algunos, en cierto contexto, como una cualidad (es decir una propiedad valorizadora) puede devenir, visto por otros o por los mismos en otro contexto, un defecto -e inversamente.*"[354]. Esto exhibe una característica propia de los valores que es la "contextualidad".

Esta "contextualidad" es una noción que contribuye al análisis jurídico, al menos desde el enfoque que se plantea en el marco de este trabajo. Justamente el análisis contextual es lo que permite enriquecer el estudio del derecho al evitar pensar en un criterio abstracto y universal para referirse a todos los conceptos, institutos y situaciones que son abordadas por aquél. Tal como se expresó con anterioridad al mencionar a los valores-principios, en cada uno de los contextos que puedan plantearse se darán dinámicas propias que involucran preferencias valorativas, asignación de significados, ponderación de bienes sociales, todo lo cual articula una particular relación entre ese contexto y el derecho. Cabe adelantar una referencia que será desarrollada con mayor precisión en una sección posterior[355] pero que ilustra claramente esta noción de contextualidad. En el escenario de Estados multiculturales o multiétnicos surge la necesidad de reconocer la existencia de diferentes grupos sociales minoritarios. Si bien aquellos grupos cohabitan y coexisten con lo que puede llamarse el grupo social mayoritario, ello no quiere decir que puedan o deban tener las mismas necesidades y que compartan un mismo esquema valorativo. Por lo general se considera que todas las personas se encuentran alcanzadas por los derechos

[354] Op. cit., Heinich, p. 215.

[355] Ver: Segunda parte; Capítulo II; Sección IV; punto C.2.

civiles y políticos que, sin efectuar distinciones, aportan una particular visión acerca de la vida de cada individuo y de su relación con la sociedad. Sin embargo, aquellos derechos son el reflejo de una historia y de una cultura que no necesariamente es compartida por los grupos culturales minoritarios. Por lo tanto, algún valor que desde la perspectiva del grupo social mayoritario es fundamental puede no ser tan relevante para un grupo minoritario, puede no ser un valor o, incluso ser un anti-valor. Bastaría con tomar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y analizar cada derecho allí consagrado desde la perspectiva, por ejemplo, de una comunidad aborigen. Podría pensarse que la propiedad privada es un valor en algunos contextos, pero, por ejemplo, en el contexto de grupos sociales con una organización social comunitaria podría resultar un no-valor e incluso un anti-valor en la medida que, en este último supuesto, la propuesta de vida comunitaria se haya establecido por una oposición a un régimen en el que se privilegia y protege la propiedad privada. En caso de conocer sus prácticas y sus valores, y de aceptarlas y respetarlas, se podría advertir que no necesariamente todos los derechos consagrados en aquel documento internacional reflejan valores de la comunidad. Cabe aclarar que efectuar consideraciones específicas que ilustren lo anterior implicaría tener un conocimiento acabado acerca de una comunidad en particular lo cual no es el objeto de este trabajo. Sin embargo, no se advierten cuestionamientos importantes para sostener la idea de que un análisis contextual puede llevar a conclusiones diferentes y todas ellas pueden resultar racionales dentro de cada uno de esos contextos.

Con relación a esta ambivalencia -un mismo valor puede ser positivo y negativo según el contexto-, Heinich aclara que no resulta sinónimo de irracionalidad, sino que depende simplemente de la vulnerabilidad contextual del valor en cuestión, del que su aplicación no es casual, sino que depende de reglas axiológicas que es posible de reconstruir.

Finalmente, la socióloga francesa remarca que no debe confundirse la noción de “anti-valor” con la de “no-valor”. Al respecto, expresa que la primera es un “principio descalificante” mientras que la segunda es un “principio no pertinente”.

A partir del siguiente ejemplo Heinich ilustra los dos principios jerárquicos en materia axiológica desarrollados precedentemente: “*(…) la belleza de una persona será un*

anti-valor para una madre de familia que busca contratar a una baby-sitter; un no-valor en un contexto de contratación para un puesto de obrero (…); un valor privado en el marco de una contratación para un puesto de agente comercial; y un valor público si se trata (…) de seleccionar una Miss."[356]

Por último, resta analizar el tercer principio de jerarquización de valores, es decir, la diferencia entre "valores fundamentales" y "valores contextuales". Esta divergencia surge a partir del grado de estabilidad o, al contrario, de vulnerabilidad a los contextos. Asimismo, este principio permite evidenciar un pequeño número de valores más recurrentes en las evaluaciones y, por lo tanto, probablemente más fundamentales para los actores. Aquí aparece el rol del sociólogo quien debe inferir a partir de la observación o de la encuesta, cuáles son los valores que los actores utilizan efectivamente y con qué grado de consistencia o de estabilidad.

La relación que existe entre este tercer principio de jerarquización y el segundo –diferencia entre "valor", "anti-valor" y "no-valor"- puede ilustrarse del siguiente modo en palabras de Heinich: "*(…) la observación permite constatar que todos los valores no tienen la capacidad de transformarse en anti-valores. Para decirlo de otro modo, entre las cualidades invocadas para valorizar una cosa, un ser, una acción, un estado del mundo, algunos siempre son positivos, mientras que otros pueden jugar positiva o negativamente. Los primeros son entonces unívocos, los segundos ambivalentes (…) en una determinada ´configuración´, algunos valores permanecen valores pase lo que pase, mientras que otros valores pueden devenir en anti-valores, según las fluctuaciones del contexto. Y es precisamente la distinción, explicitada anteriormente, entre valores y anti-valores, que permite reparar en la existencia, al lado de una gran cantidad de valores ´ambivalentes´ (…) de una pequeña cantidad de valores ´unívocos´. Los primeros poder ser llamados ´contextuales´, los segundos ´fundamentales´*"[357].

A su vez, a partir de lo manifestado anteriormente, resulta que, los valores fundamentales, a diferencia de los valores contextuales, siempre son positivos, al

[356] Op. cit., Heinich, p. 220.

[357] Op. cit., Heinich, pp. 222-223.

menos dentro de una determinada ´configuración´. Además, con relación al primer principio de jerarquización axiológico -diferencia entre "valores privados" y "valores públicos"- los valores fundamentales nunca pueden ser valores privados pues resultan incontestables y pueden ser públicamente defendidos. De lo cual que sigue que, la distinción establecida entre valores privados y públicos solamente es aplicable en caso de valores contextuales.

Por otra parte, cabe remarcar que según Heinich no existen valores fundamentales en sí mismos en todo tiempo y espacio, sino que pueden variar en grados de generalidad, medidos en base a la cantidad de contextos en los que aquellos valores son fundamentales. En este sentido, en la cultura occidental moderna, por ejemplo, los valores de justicia, coherencia y orden son valores fundamentales, es decir, no reversibles en anti-valores.

Ahora bien, en base a lo expuesto puede advertirse que los valores pueden ser jerarquizados, por un lado, según su grado de publicidad, por otro lado, según su grado de vulnerabilidad al contexto. Una vez expuestos aquellos principios de jerarquización de los valores, Heinich considera que resta reconstruir el sistema que permita la aplicación y ordenamiento de esos principios y es ello lo que llama "gramática axiológica".

El concepto de "gramática axiológica" es presentado por Heinich como una "*(…) pirámide de etapas según las que se despliega un acto evaluativo, partiendo de propiedades concretas del objeto, que son en gran cantidad, para ir hacia las diferentes categorías de herramientas cognitivas que comandan la evaluación, de más en más abstractas y de menos en menos cuantiosas*"[358].

A partir de un acotado desarrollo de la noción de "gramática axiológica" -dentro de la que se hará hincapié en el concepto mencionado anteriormente de "registros de valores"- se contará con elementos suficientes para destacar la relevancia de poder **argumentar en base a valores sociales -valores fundamentables-** en aquellos casos de interpretación y aplicación del derecho en los que el recurso a esta clase de valores -subyacentes a los textos normativos e incluso presentes en los mismos en

[358] Op. cit., Heinich, p. 225.

ciertos casos - resulta útil. Aquella posibilidad surge debido a que se puede recurrir a los valores como conceptos objetivos y racionales.

Ahora bien, tal como se expresó previamente, Heinich presenta a la "gramática axiológica" como una serie de etapas a través de las que se lleva a cabo un acto de evaluación. Aquellas etapas son las siguientes: a) las muestras (les prises); b) los criterios; c) los valores; d) los registros de valores; d) los amplificadores de valores; y e) los regímenes de calificación. Tal como puede apreciarse, se trata un paso de lo particular a lo general, de lo concreto a lo abstracto, de lo descriptivo a lo normativo, del objeto a la representación.

Un análisis exhaustivo de cada una de estas etapas implicaría un extenso desarrollo que alejaría demasiado la atención del eje central de este trabajo. En virtud de ello, si bien se ofrecerá una visión acerca de todas las etapas mencionadas, la atención se encontrará fijada principalmente en las etapas de los registros de valores y de los regímenes de calificación, pues resultan más relevantes a los fines aquí propuestos.

En lo que atañe a las "muestras" (les prises), se trata de propiedades fácticas del objeto a evaluar que son accesibles simplemente con la mirada. Son las "muestras" ofrecidas a la percepción y, más precisamente, a la experticia del especialista. En el caso de un crítico de arte, por ejemplo, serían "muestras" del objeto evaluado el material, la técnica, el color, el diseño, la forma, etc. En palabras de Heinich, constituyen "*(…) un punto de encuentro entre las propiedades objetivas de los elementos sometidos a juicio y los recursos (competencias perceptivas y principios axiológicos) de los actores que realizan tal juicio*"[359]. Pero, vale aclarar, las "muestras" no conducen directamente a los valores, sino que se requiere de una etapa previa de análisis que es la de los "criterios". Es decir, la evaluación de aquellas "muestras" a partir de categorías abstractas denominadas "criterios" que constituyen la segunda etapa evaluativa dentro de la "gramática axiológica".

Antes de continuar con el desarrollo de estas etapas de la "gramática axiológica" cabe señalar que también puede aplicarse este esquema para el análisis jurídico. Sin embargo, habría que preguntarse, en primer término, cuáles son aquellos elementos

[359] Op. cit., Heinich, p. 226.

objetivos que constituyen las “muestras” del derecho y aquella pregunta tendrá respuestas diversas según el enfoque que se adopte. En este sentido, desde algunas posiciones no cabría pensar en otros objetos de análisis distintos a las normas jurídicas y las decisiones judiciales. No obstante, también existen posturas que, sin desconsiderar la relevancia de aquellos objetos de análisis, prestan especial atención a otros fenómenos que se encuentran íntimamente relacionados a aquéllas como, por ejemplo, la respuesta social en lo que hace a su aceptación y cumplimiento. Esto último, estudiado desde la sociología pragmática -pero no se descarta que también desde otros enfoques dentro de este área del conocimiento- permitiría obtener una serie de datos objetivos que resultarían relevantes para el análisis jurídico. La posibilidad de combinar ambos objetos de análisis, o bien de considerar que el análisis normativo aislado de su interacción social no permite un estudio completo del derecho, permite aportar diferentes evaluaciones que puedan llevarse a cabo debido a la ampliación del campo de análisis.

Por lo tanto, la identificación de distintas “muestras” en el derecho serían el primer paso para luego evaluarlas a partir de una serie de “criterios” que, posteriormente, permitiría ingresar al desarrollo relativo a los “valores”. En lo que atañe a los “criterios”, tal como como se expresó, consisten en categorías de análisis abstractas. Sin embargo, aquella abstracción no implica irracionalidad, sino que resultan abstractas por oposición a las “muestras” que son elementos objetivos que pueden observados y descriptos. Dentro de cada área de estudio los “criterios” responden a las diferentes finalidades del análisis que se esté realizando. En este inteligencia, si lo que se busca estudiar es, por ejemplo, la composición de un sistema jurídico determinado, el “criterio” de análisis sea probablemente la validez y vigencia de las normas que integren ese sistema a los efectos de no integrar esa evaluación con elementos que no son relevantes pues no serían normas jurídicas válidas ni vigentes y, de tal modo, no formarían parte del sistema jurídico bajo estudio. Pero cabe también pensar en otros “criterios” si, como se expuso previamente, las “muestras” del derecho no se limitan a las normas jurídicas, sino que permiten considerar determinadas conductas sociales que hacen a la relación entre las personas y aquellas normas. De tal modo, podrían plantearse otros “criterios” como el grado de aplicación y cumplimiento de determinadas normas jurídicas, lo que implicaría un estudio acerca de la eficacia de

aquéllas y las razones que tienen las personas para respetarlas u oponerse. Si esto último se analiza desde la óptica de la "contextualidad" a la que se aludió anteriormente, se obtendrían un gran cantidad de información relevante para el análisis jurídico lo cual permitiría ingresar a una discusión acerca de "valores" a partir de una base específica sin que ello implique emitir opiniones subjetivas acerca del derecho como un sinfín de "muestras" y "criterios" o bien como un estudio limitado a *una* "muestra" y *un* "criterio" propuesto dentro de *una* racionalidad formal que, como se ha visto, no resulta ni adecuada ni conveniente para el derecho pues no permite abarcar la totalidad -o la mayor cantidad- del fenómeno jurídico.

Con lo expuesto, cabe advertir que la utilización de esta "gramática axiológica" en el marco del análisis del derecho contribuye a ordenar la discusión acerca de los valores en el derecho, a la vez que la dota de objetividad en la medida que establece una serie de pasos previos que implican análisis respecto de elementos objetivos. Es decir, esta herramienta permite que evitar, como suele ocurrir, la referencia directa a los "valores" sin las previas consideraciones acerca de las "muestras" y los "criterios". Asimismo, pone de manifiesto que es posible -y preferible- ampliar los objetos de análisis jurídicos y plantear la existencia de una pluralidad de criterios lo cual robustece el estudio del derecho.

Ahora bien, debe retomarse el desarrollo respecto a las etapas de la "gramática axiológica" y, en este sentido es preciso recordar que, en lo que respecta a la segunda etapa –la de los "criterios"-, y asimismo a la tercera -la de los "valores"- ya se ha hecho referencia a los "criterios" al plantear la diferencia que Heinich traza entre ellos y los "valores". Por lo tanto, solamente cabe tener presente la idea propuesta por la autora mencionada en cuanto a que los "criterios" forman "familias" -por ejemplo, la "familia de criterios" asociada a la belleza- y son esas "familias de criterios" las que se denominan "valores" en el sentido de "valores-principios" (valeurs-principes), es decir, a través de los cuales se efectúan las evaluaciones.

Con relación a la cuarta etapa dentro de la "gramática axiológica", a saber, los "registros de valores", cabe señalar que, ante la semejanza entre algunos valores se puede efectuar una reagrupación de aquellos valores que comparten un cierto "aire de familia". De tal modo, se denomina "registros de valores" a esas categorías

evaluativas o esas familias de valores. Estos “registros de valores” son menores en cantidad que los valores, más abstractos, y permiten una evaluación más precisa de un campo de actividad.

En este sentido, Heinich propone una serie “registros de valores” y sus respectivos “valores” que se presentan en diferentes dominios de la vida social. Lo que se propone la autora es lograr pasar de un número indeterminado de valores a un pequeño número de registros. De tal modo, para ejemplificar con algunos de ellos, propone el “registro ético” al que asocia, entre otros, los valores de moralidad, fraternidad y caridad. Luego, considera que cercana a la moralidad, pero en un plano más colectivo, los valores de responsabilidad, de patriotismo, de relevancia del interés general, se vinculan con un “registro cívico” -que es por excelencia el dominio de lo político-. A su vez, próximo al “registro cívico” se halla el “**registro jurídico**” que remite a los valores de **legalidad**, **conformidad a los reglamentos** y que es, claramente, el **dominio del derecho**. Con relación al “**registro jurídico**” Heinich expresa que “*Los valores en cuestión constituyen formas autonomizadas de valores cívicos y éticos, ya que la ley no hace más que formalizar la obligación de no perjudicar el interés general ni el interés de terceros. Pero importa marcar, a través de este registro propiamente jurídico, la capacidad de valores correspondientes de ignorar, o de contradecir aquellos que surgen del (registro) cívico o del (registro) ético, cuando la obediencia a la ley o los reglamentos prevalece en base a cualquier otro valor: se ha visto en los casos de crímenes contra la humanidad cometidos durante la Segunda Guerra mundial, y respecto de los que los autores pudieron invocar la prevalencia del (registro) jurídico para justificar sus actos.*”[360] (los agregados entre paréntesis son propios).

Algunos de aquellos registros son difícilmente asociables, pero otros lo hacen asiduamente. Por ejemplo, el registro funcional y el jurídico se pueden relacionar al analizar la oportunidad de una ley. Asimismo, pueden considerarse relevantes para el análisis del dominio del derecho algunos otros registros, como por ejemplo el cívico, el económico, el hermenéutico y el técnico.

[360] Op. cit., Heinich, p. 250.

Finalmente, en cuanto a los "registros de valores", Heinich considera que existen tres valores que en la cultura occidental moderna son considerados **valores "de base"**, es decir, valores que son requisitos fundamentales de la vida social y sin los cuales una sociedad no podría mantenerse duraderamente. Estos valores son la **racionalidad (coherencia, más generalmente), la justicia y el orden**. Ellos son siempre unívocos, es decir, son siempre positivos. En base a la gran relevancia de estos valores es que los mismos gozan de autonomía que les otorga una posición predominante en la tipología de los registros.

Corresponde ahora avocarse a la quinta etapa de la "gramática axiológica" relacionada con los "amplificadores de valores". Al respecto cabe referir que, valores como la originalidad, la rareza, la perennidad y la universalidad, resultan ambivalentes y no alcanzan ellos mismos a crear valor. Sin embargo, sirven a los fines de amplificar el valor de otro valor preexistente al que se los puede asociar. Por ejemplo, el valor belleza puede resultar amplificado por la originalidad o, al contrario, por la conformidad a los cánones. Con relación a estos amplificadores de valores Heinich expresa que "*Ellos no corresponden, lo hemos visto, a un registro de valor, sino a un nivel superior en la arborescencia, a una dimensión (espacio/tiempo) y a un régimen de cualificación (comunidad/singularidad), de la que depende el tipo de importancia afectado a un objeto: importancia por extensión para el régimen de comunidad (compartir el máximo), importancia por ser insustituible para el régimen de singularidad (no parecerse a nadie)*."[361]

La sexta y última etapa de esta gramática se refiere a dos "regímenes de cualificación" que son el "régimen de comunidad" y el "régimen de singularidad". Se trata de "*(…) dos sistemas de representación que, al más alto nivel de generalidad, determinan la modalidad según la cual serán evaluados los seres o las acciones: modalidad que asigna a priori un valor positivo a todo aquello que corresponda a un mundo común (lo cuantioso, lo estandarizado, lo conforme, lo convencional…), o modalidad que asigna a priori un valor positivo a todo aquello que se relacione con una experiencia singular (lo atípico, lo raro, lo único, lo fuera de lo común…). Estos sistemas o regímenes de ´cualificación´ (…) no son siempre percibidos ni, mucho menos,*

[361] Op. cit., Heinich, p. 268.

explicitados por los actores; pero su puesta en evidencia permite develar la coherencia de una gran cantidad de evaluaciones, principalmente en situación de controversia (…)"[362].

Al respecto, es importante señalar que cada uno de estos dos regímenes presenta afinidades variables con los diferentes registros de valores. En este sentido, por ejemplo, el régimen de comunidad se relaciona más frecuentemente con los registros cívico y jurídico que con los registros místico y afectivo.

Por otra parte, cada uno de estos regímenes puede ser empleado para guiar las evaluaciones en forma variada según los contextos. No existe una forma de establecer una prevalencia de uno sobre otro, sino que dependerá de la materia a analizar y del contexto.

Cabe finalizar el desarrollo de esta "gramática axiológica" y sus etapas con las palabras de la propia autora: "*Al recorrer las etapas sucesivas de esta ´gramática axiológica´, desde las muestras hasta los regímenes de cualificación, se pasa entonces de lo más particular a lo más general, de lo más concreto a lo más abstracto, de lo más descriptivo a lo más normativo, y del polo del objeto al polo de la representación: las muestras (generalmente implícitas, salvo en caso de ´diálogo de experto´) se sitúan en el polo más ´objetivo´; los criterios (…) (fácilmente explicitables) se sitúan en el encuentro de las propiedades y de la convencionalidad de las representaciones; los valores (explicitables en caso de desacuerdo) son convenciones evaluativas, al igual que los registros (no conscientes e implícitos, pero explicitables en caso de controversia) y los regímenes de cualificación (no conscientes e implícitos). Quiere decir que la tradicional oposición entre objetividad y subjetividad no tiene sentido aquí, porque se puede referir a dos tipos de objetividad: material (inscripta en los objetos), y cognitiva (inscripta en las representaciones)*"[363].

Y, a su vez, Heinich concluye que "*(…) los valores, en tanto etapas en el proceso de atribución de valor, son representaciones convencionales y colectivas, vividas por los actores como* ***objetivas****, necesarias, universales y* ***racionales****. Y es precisamente ello*

[362] Op. cit., Heinich, p. 269.

[363] Op. cit., Heinich, p. 274.

lo que confiere a estos principios axiológicos su ´agentivité´, dicho de otro modo su formidable capacidad de acción, y su eficacia en la producción de evaluaciones susceptibles de fabricar valor, el mismo también convencional y colectivo, al mismo tiempo que también resulta merecedor de objetividad, de necesidad, de universalidad y de racionalidad"[364].

De tal modo, puede considerarse que en el enfoque de Heinich la fundamentación en base a valores depende de la validez social. Y, en este sentido, la sociología axiológica desplegada por la mencionada autora aporta acabadamente aquel grado de validez que habilita a la fundamentación a partir de valores. La interpretación y aplicación del derecho, específicamente durante el proceso de argumentación racional en situaciones específicas en las que el recurso a los valores sociales se presenta como una herramienta argumentativa pertinente, se torna posible al contar con un discurso objetivo y racional sobre tales valores debido a la objetividad y racionalidad aportada por el enfoque sociológico de Heinich.

Como colofón cabe mencionar que, de acuerdo con la propuesta que se estuvo desarrollando, una norma es una prescripción, un imperativo de acción -u omisión-, sostenida por un valor susceptible de justificarla. Ahora bien, tales valores suelen encontrarse implícitos, pero ello no quiere decir que no existan. Y aquellos valores se vuelven explícitos en caso de controversias (disputas en justicia tal como se verá posteriormente con la propuesta de Boltanski y Thévenot), de tensiones normativas. Es decir, los valores se hacen explícitos en la crítica o la justificación. **Por medio del desarrollo de esta racionalidad socio-axiológica se busca, entre otras cosas, evidenciar el nivel axiológico subyacente al nivel normativo -incluso en ocasiones presente en el plano normativo y/o durante el proceso de interpretación y aplicación del derecho- que se convierte en jurídicamente relevante al momento de la decisión de casos difíciles en los que debe recurrirse a argumentos de tipo social, entre otros.**

Ahora bien, todo lo desarrollado hasta este punto debe ser complementado con algunas otras nociones teóricas y conceptuales que contribuyen a la posibilidad de

[364] Op. cit., Heinich, p. 275.

emplear valores sociales como elementos de justificación al momento de resolver conflictos axiológicos que puedan surgir en el proceso argumental de una decisión judicial. En este sentido, tal como se expresó anteriormente, los valores se vuelven explícitos en caso de disputa. Sin embargo, tal disputa puede llevarse a cabo "en violencia" o "en justicia". La primera de ellas implica el recurso a la fuerza y, de tal modo, será descartada para su análisis pues no es relevante dentro de un Estado de Derecho. Sin embargo, la segunda de ellas permite involucrar dos dimensiones de análisis relevantes para el presente desarrollo, a saber, la argumentación general y la justificación pública.

Por lo tanto, antes de ingresar en el abordaje de este último aspecto mencionado, resulta menester finalizar el desarrollo acerca la sociología de los valores propuesta por Heinich con una reflexión en torno a sus contribuciones para el análisis del derecho. Si bien a lo largo de este análisis se han aportado algunas ideas en este sentido con relación a diversos conceptos como, por ejemplo, valores-principios, contextualidad, etc., cabe expresar que el motivo de incorporar este enfoque al desarrollo del presente trabajo responde a la posibilidad de aportar objetividad a las referencias valorativas dentro del análisis del derecho. Con esto no se pretende superar las diferentes posiciones relativas al rol de los valores en el derecho, sino que la intención es contribuir a ubicar el debate axiológico dentro de un marco de objetividad que permita evitar el descarte de reflexiones valorativas que pueden resultar jurídicamente relevantes por el hecho de ser consideradas irracionales. La presencia de argumentos valorativos dentro del proceso de justificación de las decisiones judiciales -y también en la etapa legislativa, aunque no sea objeto de análisis en este trabajo- resulta incuestionable más allá de las posturas teóricas que puedan asumirse respecto a la presencia y el rol de los valores en el derecho. Y tal como se ha desarrollado, no toda referencia axiológica apela a valores absolutos y universales, sino que existen diversos contextos y registros donde se advierte una particular dinámica argumental que remite a la idea de valores que pueden ser justificados -valores fundamentables- y de los cuales pueden obtenerse argumentos jurídicamente relevantes y útiles para la decisión de ciertos casos que presentan una dificultad particular. En este sentido, la principal contribución de la sociología axiológica de Heinich para el análisis jurídico es la propuesta de una herramienta de

análisis y justificación de las discusiones valorativas que pueden ocurrir -y ocurren- dentro del ámbito del derecho, a la vez que pone de relieve la existencia de una pluralidad de valores que se articulan en diversos contextos dentro de los cuales se generan marcos argumentales relevantes para la justificación jurídica.

Con el objeto de profundizar y complementar el anterior desarrollo, cabe mencionar el trabajo *De la justification. Les économies de la grandeur* de los autores Luc Boltanski y Laurent Thévenot. La propuesta será, a partir de sus estructuras conceptuales centrales, la edificación de una **ciudad jurídica y un mundo jurídico -que se relacionará con el registro de valor jurídico al que se aludió anteriormente con Heinich-** en donde se puede desarrollar la disputa en justicia y de donde se pueden extraer una serie de valores sociales que pueden ser empleados en la argumentación de las decisiones judiciales en las que debe recurrirse a elementos normativos que contengan conceptos cuya interpretación remita a cuestiones socio-axiológicas y/o a elementos extrajurídicos que pueden resultar jurídicamente relevantes -en ambos casos se trata de casos difíciles-.

Tal como lo señalan los propios autores, "*nos interesamos en las coacciones que pesan sobre las discordias y sobre los esfuerzos de coordinación, las modalidades con las que las personas se comparan estableciendo equivalencias y órdenes entre ellas…*"[365].

Ahora bien, previo a llevar a cabo tal propuesta es necesario efectuar una serie de consideraciones que permitirán una mejor comprensión. En este sentido, los autores mencionados buscan mostrar que existen seis "mundos" (mondes) diferentes que se relacionan con distintas "ciudades" (cités) que reflejan la pluralidad existente de formas de generalidades. De tal modo, el reconocimiento de tales mundos y ciudades es el primer paso hacia la posibilidad de construir acuerdos en justicia.

En esta inteligencia, se propone el recurso a una forma de generalidad llamada "principio superior común" (principe supérieur commun) que permite superar las particularidades de las personas, constituir el fundamento de un acuerdo y, por lo

[365] Boltanski, L. y Thévenot, L., (1998), *De la justification. Les économies de la grandeur*, nrf essais, Éditions Gallimard : France, p. 85.

tanto, la justificación de la solución de una disputa. Tal principio -que, como se verá, cambiará de una ciudad a otra- presenta carácter normativo -no jurídico- y puede transformarse en una ley científica positiva dentro del dominio de las ciencias sociales, principalmente en la sociología y la economía.

Es importante efectuar algunas precisiones conceptuales con relación a la expresión "principio superior común". Se trata de un "principio" pues remite a la idea de concepción, valor. Es "superior" pues se ubica por sobre la disputa y el caso particular. Finalmente, es considerado "común" respecto a los actores de la disputa. Asimismo, cabe aclarar que en algunos casos puede tratarse de dos principios superiores comunes que se encuentran íntimamente relacionados y que de modo alguno afecta la posibilidad de llegar a un acuerdo si se alude a los mismos como justificación.

De tal modo, Boltanski y Thévenot consideran que, de acuerdo con las obras clásicas de filosofía política occidental -Smith, Hume, Hobbes, etc.-, las sociedades han recurrido a diversas formas de bienes comunes que se erigen como principios universales que buscan establecer el equilibrio de la justicia en caso de desacuerdos entre particulares. En este sentido, los autores sostienen que aquellas obras les permiten "*… elaborar un modelo de orden legítimo, denominado como modelo de* ciudad*, que torna explícitas las exigencias que debe satisfacer un* principio superior común *con el fin de sostener* justificaciones"[366]. Así pues, proponen la existencia de seis principios superiores comunes a los que los individuos recurren para solucionar los desacuerdos -recordando que en algunos casos pueden coexistir dos-. En este sentido, cabe destacar que la referencia a aquellos principios hace posible "*… la evaluación de las grandezas relativas de las personas que las llevan a acordar o a juzgarse agraviadas, a protestar, a reclamar justicia*"[367]. Asimismo, tal como lo sostienen Boltanski y Thévenot, por medio de estos sistemas de grandeza se busca "*… reparar en las formas de equivalencia en las que se funda el acuerdo legítimo utilizando los tratados políticos clásicos que presenta cada uno, en el equilibrio de una justicia, un principio universal destinado a regir la ciudad*"[368].

[366] Op. cit., Boltanski y Thévenot, p. 86.

[367] Op. cit., Boltanski y Thévenot, p. 87.

[368] Ibidem

Es importante aclarar que, si bien los autores se refieren al caso de Francia, no debe soslayarse que las obras de filosofía política consideradas no resultan ajenas a la cultura de Argentina. Asimismo, tal propuesta puede utilizarse como modelo para pensar en el principio superior común que puede regir en una "ciudad jurídica" cuyos elementos constitutivos pueden ser compartidos por individuos franceses y argentinos. Al respecto, Boltanski y Thévenot destacan que "***podemos decir que esos principios constituyen (…) un equipamiento político fundamental para confeccionar un vínculo social. La lista de esos principios no se encuentra cerrada, y podemos observar el esbozo de construcciones de otras* ciudades *conformadas bajo el modelo propuesto***"[369] (el destacado no es original). Previo a presentar el esbozo de la "ciudad jurídica" -y también del "mundo jurídico" como se verá luego- es necesario continuar con el desarrollo conceptual propuesto por Boltanski y Thévenot con el fin de contar con todas las herramientas relevantes para la confección de la nueva ciudad y mundo jurídicos.

Ahora bien, los autores plantean la existencia de seis ciudades (cités) e identifican un principio superior común a cada una de ellas. Así, puede hablarse de la "ciudad doméstica" (cité domestique) y de la tradición como principio superior común; de la "ciudad industrial" (cité industrielle) y de la eficacia; de la "ciudad cívica" (cité civique) y de la colectividad y de la representatividad; de la "ciudad inspirada" (cité inspirée) y de la creatividad y la autenticidad; de la "ciudad mercado" (cité marchande) y del interés y el egoísmo; y de la "ciudad de la opinión" (cité de l´opinion) y del renombre y la gloria.

Todos estos modelos de ciudades reposan sobre la base de cinco axiomas postulados por los autores: el principio de común humanidad (principe de commune humanité) -todas las personas dentro de una ciudad son capaces de llegar a acuerdos entre ellas; el principio de diferencia o disparidad (principe de dissemblance) -ausencia de toda diferenciación-; una dignidad común (une commune dignité) -igualdad de estados de las personas-; la existencia de un orden de grandeza (ordre de grandeur); y la

[369] Op. cit., Boltanski y Thévenot, p. 92.

presencia de un bien común (un bien commun) -permite dejar del lado el egoísmo para acceder a un estado de grandeza superior-.

Es importante destacar que el modelo de ciudad es una respuesta al problema de la pluralidad de principios de acuerdo y permite la construcción de un orden alrededor de un bien común. Tal como lo sostienen Boltanski y Thévenot, "*la estructura del modelo suporta dos exigencias fundamentales fuertemente antagónicas: 1) una exigencia de común humanidad que supone una forma de identidad compartida por todas las personas; 2) una exigencia de orden sobre esta humanidad. La definición del* bien común *es la piedra angular de la construcción que debe asegurar la compatibilidad entre esas dos exigencias*"[370].

Ahora bien, en cada uno de aquellos contextos serán solamente algunos argumentos los que podrán exponerse con el fin de intentar resolver el desacuerdo. En este sentido, el principio superior común será el que establezca tal límite. Si se toma como ejemplo el caso de la "ciudad doméstica" cuyo principio superior común es la tradición, puede considerarse que uno de los argumentos que puede emplearse en el marco de una disputa puede referirse a la lealtad. Ningún sentido tendría intentar llegar a un acuerdo en ese contexto argumentando en favor de una rebelión. Del mismo modo, si retomamos el caso de la "ciudad industrial" cuyo principio superior común es la eficacia, entonces puede pensarse en argumentos relacionados con la performance y/o la funcionalidad. Y así puede repararse respecto a cada una de las ciudades expuestas por Boltanski y Thévenot.

Una vez planteado el esquema de las diferentes ciudades los autores proponen poner a prueba aquellos postulados en un nivel de análisis diferente donde los órdenes de grandeza mencionados anteriormente puedan relacionarse en un "mundo" (monde) coherente en el que interactúan personas particulares -cada una de las "ciudades" se correlaciona con "mundo" que lleva el mismo nombre-. De tal modo, se referirán, en primer término, a los "mundos comunes" (mondes communs) con la intención de pensar en una teoría del acuerdo y del desacuerdo que no sea solamente una teoría de argumentos confrontados a principios sino un compromiso en las acciones de los

[370] Op. cit., Boltanski y Thévenot, p. 101.

individuos. Lo que buscan es estudiar la pertinencia de los sujetos en presencia de un mismo principio general de equivalencia en donde puede plantearse la pregunta acerca de la justeza y/o de la justicia de una situación.

Toda esta propuesta permite contribuir al esclarecimiento de la problemática de la justificación de las elecciones y comportamientos de los individuos. Asimismo, permite reparar en la búsqueda de la acción justa en una situación determinada. Por lo tanto, la argumentación como discurso se exhibe como una explicación acerca de la justeza de una decisión. Al referirse a la acción justa se alude a un sentido pragmático de "justo", es decir, aquello que es ajustado de acuerdo con las particulares circunstancias del caso. Esta precisión conceptual será retomada posteriormente pues permitirá establecer una relevante distinción con la noción de "justicia". Solamente cabe anticipar que aludir a la "justeza" de una decisión implica analizar sus efectos y fines prácticos, lo cual es posible de justificar y en modo alguno implica una apreciación subjetiva, más allá de los desacuerdos que puedan suscitarse, los que pueden resolverse acudiendo a la propuesta que se viene desarrollando, es decir, apelando a la noción de principio superior común. Y ello es así pues en cada problema que se quiera justificar intervendrán valores heterogéneos. Por lo tanto, se deberá recurrir a valores que sean ampliamente compartidos por una sociedad. Si se toma como ejemplo el caso de la "ciudad cívica" (y luego en el mundo cívico) y el principio superior común de apego a las reglas y procedimientos, entonces se podría decir que es "justo" aquello que resulta de la justa aplicación de las reglas y procedimientos, para lo cual se debería tener presentes cuáles son aquellas reglas y procedimientos y se tendría que constatar que en el caso particular se haya actuado de conformidad con ellas y ellos. Para juzgar lo justo se debe ser capaz de reconocer la naturaleza de la situación y de aplicar el principio de justicia que le corresponda.

Ahora bien, los autores consideran que, con el objeto de identificar aquellos órdenes de grandeza sobre los que versa la disputa, se requiere de una gramática para describir la consistencia de cada uno de esos órdenes de valor -lo cual puede relacionarse con el desarrollo efectuado anteriormente con relación a la "gramática axiológica" propuesta por Heinich-. En este sentido, Boltanski y Thévenot proponen que los mundos comunes, y luego cada mundo en particular -que se correlacionan con las ciudades mencionadas previamente-, presentan una serie de categorías que

permiten definir en cada uno de ellos a los sujetos, los objetos, las calificaciones y las relaciones. Es importante aclarar que solamente se mencionarán aquellas categorías que resulten relevantes para el presente análisis.

En este sentido, deben destacarse las siguientes categorías de análisis: principio superior común (*principe supérieur commun*) -que ya ha sido mencionado con relación al concepto de ciudad-; estado de grandeza (*état de grand*) -existen algunos seres que son los garantes del principio superior común y contribuyen a la coordinación de las acciones de los otros-; repertorio de sujetos (*répertoire des sujets*) -se vincula con la categoría anterior y expresa que habrá grandes sujetos y pequeños sujetos-; repertorio de objetos y dispositivos (*répertoire des objets et dispositifs*) -que contribuyen a objetivar la grandeza de las personas-; la relación de grandeza (*le rapport de grandeur*) -especifica la relación de orden entre los estados de grandeza-; la prueba modelo (*l´épreuve modèle*) -es el momento en el que un dispositivo particular se encuentra comprometido-; el modo de expresión del juicio (*le mode d´expression du jugement*) -marca la expresión de la sanción-; y la forma de la evidencia (*la forme de l´évidence*) -modalidad de conocimiento propio al mundo en cuestión-.

Ahora bien, de todas las ciudades que fueron analizadas anteriormente hay una en particular que resulta relevante para el presente desarrollo, a saber, la “ciudad cívica”. Ello, debido a su cercanía con la dimensión del derecho lo que, posteriormente, motivará la propuesta de una “ciudad jurídica” y un “mundo jurídico”. Cabe recordar que la “ciudad cívica” se refleja también en un “mundo cívico”. En esta inteligencia, resulta importante aplicar a ese mundo las categorías de análisis mencionadas previamente. De tal modo, el principio superior común puede admitir en este caso dos referencias que, si bien no son iguales, son compatibles, a saber, la colectividad y la representatividad. Por su parte, el estado de grandeza propio de este mundo cívico se relaciona con el apego a las reglas y a los procedimientos. En cuanto al repertorio de sujetos, se advierte la presencia de personas colectivas y sus representantes. En lo que atañe a los objetos, surge una primera característica particularmente relevante para el presente desarrollo pues se trata de objetos legales tales como normas jurídicas de distinto tipo -leyes, decretos- e instituciones judiciales tales como los tribunales. Respecto a la relación de grandeza, se verifica especialmente en la delegación y adhesión que implica la representación. En lo relativo a la prueba, se

refleja en las manifestaciones por la defensa de una causa justa. En lo referido al modo de expresión del juicio, se presenta como el más característico el voto. Finalmente, todo aquello vinculado a la forma de la evidencia está representado eminentemente por materiales jurídicos como textos de leyes, reglas jurídicas.

En base a lo expuesto puede advertirse que hay algunas categorías de análisis del mundo cívico que se encuentran íntimamente relacionadas con lo jurídico. Sin embargo, puede plantearse que es posible ir un poco más lejos y pensar en la existencia de una "ciudad jurídica" y "mundo jurídico". Y esto puede resultar relevante para el derecho pues permitiría establecer ciertos criterios de análisis para resolver los conflictos y desacuerdos que puedan suscitarse alrededor de acciones, pensamientos y propuestas relativos a valores jurídicos. En este sentido, es importante aclarar que la ciudad y el mundo cívicos son vecinos de la ciudad y mundo jurídicos, pero no se encuentran exclusivamente dedicados a las cuestiones propias del derecho y, de tal modo, no se presentan como una herramienta de análisis completa. Por lo tanto, a continuación, se presentarán las distintas categorías de análisis propias de un mundo jurídico -que serán comprensivas de las características de una ciudad jurídica- lo que, junto al registro de valor jurídico desarrollado previamente en términos de Heinich, permitirá contar elementos teóricos y conceptuales y una gramática propia con el objeto de llevar las disputas en justicia sobre valores sociales a un contexto de objetividad y racionalidad.

En esta inteligencia, cabe destacar que esta propuesta parte de la idea según la cual la posibilidad de discusión acerca de los valores jurídicos y de ponerlos en crisis, es una apuesta a un derecho que no se encierra dentro de sí mismo y permite un diálogo permanente. Se trata de la idea de que el derecho siempre está reformulándose con el objeto de no cristalizarse. Pero, a tal fin, es necesario dejar abierta la discusión sobre determinados valores que puedan expresar ese constante diálogo. Al respecto, F. Ost señala que "*Todo sucede, por tanto, como si el Derecho hiciera todo lo posible para darle una segunda oportunidad al debate, ya no al nivel superior de la adopción de la ley, sino a la escala individual del caso (…) Como si el Derecho, en función de una lógica realmente exponencial, edificara en todo momento escenarios de terceros, comprendiendo aquí sus propias instituciones; algo así como una puesta en escena constante, una «representación» para someter a debate su propia dramaturgia, una*

reformulación de sus propios actores (…)"[371]. Y agrega que "*…el Derecho no ceja de cavar en relación consigo mismo. Algo que es fuertemente subrayada es la capacidad que manifiesta el Derecho en la auto-distancia: una capacidad reflexiva que se transforma a veces en procedimiento crítico volcado contra sí mismo*"[372]. Para finalmente concluir al respecto, y en lo que es relevante para el presente desarrollo, que, "*Al inscribirse en esta perspectiva, el Derecho reactiva, en un sentido posiblemente emancipador, las calificaciones acordadas y las pruebas de juicio, que, en caso de cristalizar definitivamente, cerrarán a las personas y a las situaciones en escenarios intangibles y jerarquías alienantes. Boltanski y Thévenot subrayan este riesgo inherente a las pruebas de juicio, y a las economías de la grandeza que les acompañan en las diferentes «ciudades». En relación con este riesgo muy real, me parece que el Derecho, multiplicando los procedimientos de apelación y los mecanismos correctores de toda suerte, estimulando las controversias doctrinales, reservando un lugar a las correcciones tradicionales y dejando siempre abierta la puerta a las transformaciones legislativas, multiplica los instrumentos que permiten redistribuir las cartas y reactivar el juego*"[373].

Por lo tanto, este constante devenir del derecho que busca evitar estancarse y manifestarse como pura coacción, requiere de la apertura al diálogo permanente planteada por Ost. Así pues, tal circunstancia solamente puede llevarse a cabo a partir de los elementos teóricos y conceptuales propuestos anteriormente. Si bien es cierto que la noción de "ciudad" y "mundo" podrían presentarse como escenarios en los que los individuos podrían encontrarse encerrados, la idea es considerar a tales escenarios como abiertos, es decir, con la posibilidad de replantearse los distintos elementos constitutivos de los mismos. La pretensión no es clausurar el debate dentro de aquellos escenarios sino, por el contrario, evidenciar cuáles son las distintas herramientas para tener en cuenta con el objeto de llevar a cabo las disputas en justicia, pero siempre con la posibilidad de poner en crisis aquellas herramientas y modificarlas. Esto último también requerirá de contar con herramientas para tales

[371] Ost, François (2017), *¿Para qué sirve el Derecho?… para contar hasta tres,* DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 40 (2017) ISSN: 0214-8676, p. 45.

[372] Op. cit., Ost (2017), p. 46

[373] Ibidem.

modificaciones. Por ende, el primer paso hacia toda esta propuesta es presentar a la ciudad y mundo jurídicos y desarrollarlos a la luz de las diversas categorías de análisis a las que se hizo referencia anteriormente.

Ahora bien, no debe soslayarse la relevancia conceptual propuesta por Roger Cotterrell con relación al concepto de "comunidad"[374], la cual puede complementar el marco teórico-conceptual que se busca desarrollar. En este sentido, Cotterrell expresa que el concepto de comunidad implica que las relaciones sociales tienen cierta estabilidad y significado moral; y, además, que las relaciones en comunidad adoptan diferentes formas y un análisis del derecho que involucre este concepto permite un estudio de aspectos vinculados con regulaciones en diferentes tipos de relaciones sociales. En este sentido, puede pensarse en un concepto legal de comunidad que "*…reconozca la variedad de estas relaciones y la diversidad de formas en que se expresan. Consecuentemente, facilita una visión pluralista del derecho. Reconoce la importancia del orden y la coordinación*"[375].

En esta inteligencia, tal como se verá a continuación, el "orden" será considerado como uno de valores más relevantes dentro de la propuesta conceptual. **El orden, en términos de condiciones de seguridad, estabilidad y predictibilidad puede ser reconocido como un valor social dentro de una ciudad y mundo jurídicos**. A su vez, cabe tener presente, tal como se desarrolló anteriormente, que el orden es uno de los "valores de base" a los que alude Nathalie Heinich -junto con la racionalidad (coherencia más generalmente) y la justicia-.

Cabe aclarar que se evitará hacer alusión a la justicia como un valor social toda vez que no son novedosas las controversias que giran alrededor de ese concepto y, a su vez, se requeriría adoptar, eventualmente, alguna teoría sobre la justicia lo cual tornaría innecesario intentar una propuesta como la que se intenta desarrollar.

Ahora sí, al comenzar con la caracterización, la ciudad y mundo jurídicos pueden presentar como *principio superior común* al orden/coordinación -seguridad, estabilidad y predictibilidad-. Tal circunstancia trae aparejada la necesidad de estructuras para

[374] Op. cit., Cotterrell, Capítulo 4.

[375] Op. cit., Cotterrell, p. 77.

poder garantizar ese orden y, dentro del contexto que se está analizando, ello sería llevado a cabo por el derecho, más específicamente, en términos de la doctrina del *Rule of Law*. En este sentido, existe una clara relación con el mundo cívico propuesto por Boltanski y Thévenot -tal como se había anticipado-, en cuanto a que el estado de grandeza característico de aquel mundo es el apego a las reglas y a los procedimientos, lo que interactúa adecuadamente con la noción del *Rule of Law* como garante del orden y coordinación en la cuidad y mundo jurídicos.

En este sentido, si bien la referencia al contexto jurídico es la más relevante para la presente investigación debido a la materia que aborda, el aporte de la propuesta de Boltanski y Thévenot para el análisis del derecho es la posibilidad de pensar en una pluralidad de contextos dentro de los cuales se articulan distintas dinámicas valorativas. En este sentido, la noción del *Rule of Law* y sus implicancias es bastamente conocida dentro del mundo jurídico. Sin embargo, pueden articularse diversas formas de orden y coordinación que no respondan necesariamente a la necesidad de una referencia jurídica. Es decir, la elección de un esquema de orden y coordinación basado en el imperio de la ley no deja de ser uno de los muchos contextos -ciudades, mundos- a elegir. Si bien desde el análisis del derecho parece casi evidente e incuestionable tal elección, la idea de incorporar el enfoque de estos autores es poner en perspectiva y a cuestionar al análisis del derecho limitado a su aspecto normativo pues es allí donde se entiende que radica su peso. Ello no quiere decir que aquel aspecto no resulte relevante y tampoco se pretende ofrecer un esquema y dinámica de orden y coordinación articulados en torno a la relevancia de otra referencia distinta a la ley. Tal vez ello pueda ser posible a nivel teórico y práctico, no obstante, la intención es ampliar el marco de análisis del derecho a la posibilidad de pensar a partir de una pluralidad de racionalidades. Y, a tal fin, el desarrollo de Boltanski y Thévenot es una herramienta fundamental en la medida que cada uno de los distintos contextos que describen son el reflejo y la fuente de diversos marcos teórico-conceptuales de los cuales pueden obtenerse argumentos jurídicamente relevantes para la argumentación y decisión de casos en los que no pueda soslayarse la referencia a una pluralidad de valores en conflicto.

No obstante, con el objeto de diferenciar lo cívico y lo jurídico, puede proponerse como *estado de grandeza* propio de una ciudad y mundo jurídicos la *ratio* -en términos de

racionalidad, coherencia-, la cual, como se expresó, es considerada por Nathalie Heinich como otro “valor de base”. Tal noción permite pensar en la idea de una comunidad que acuerda ser regulada y coordinada por medio de normas e instituciones jurídicas, en la medida que aquéllas respondan a criterios de racionalidad (coherencia) vinculados a la noción de orden/coordinación -seguridad, estabilidad y predictibilidad-. Es decir, siempre y cuando las normas e instituciones jurídicas permitan garantizar el orden/coordinación -como principio superior común- entonces podrá considerarse que aquéllas resultan racionales (coherentes) y, de tal modo, se consagra el estado de grandeza *ratio*.

Continuando con la caracterización de la ciudad y mundo jurídico, puede considerarse que el *repertorio de sujetos* está compuesto de todos aquellos que de algún modo se relacionan con las instituciones jurídicas encargadas de garantizar el orden/coordinación. De tal modo, puede mencionarse a los legisladores, magistrados, funcionarios del poder ejecutivo y abogados. Estos últimos como nexo entre la esfera pública y la esfera privada, es decir, sujetos profesionales que acercan los conflictos privados a las instituciones públicas correspondientes con el objeto de alcanzar orden/coordinación.

En lo que atañe a *los objetos* característicos, surge nuevamente un punto de contacto relevante con el mundo cívico que exhibe objetos legales tales como normas jurídicas de distinto tipo -leyes, decretos- e instituciones judiciales tales como los tribunales. A estos objetos, que resultan compatibles con la ciudad y mundo jurídicos, puede sumarse la jurisprudencia, es decir, las decisiones judiciales emitidas por los Tribunales. Con relación a este objeto en particular, que se analizará más adelante (*infra* 2), cabe adelantar que resultan elementos fundamentales en una sociedad pues es allí donde puede analizarse si las normas jurídicas y las instituciones pertinentes logran garantizar el valor orden/coordinación que se traduce socialmente en términos de seguridad, estabilidad y predictibilidad. Al respecto, si se considera que aquél es el objetivo final entonces puede efectuarse un juicio de justeza -adecuación práctica- respecto a esas decisiones en la medida de advertir si se ha alcanzado o no tal meta.

En lo relativo a la *relación de grandeza*, resulta menester destacar que, a diferencia de que los legisladores y funcionarios del poder ejecutivo, los magistrados no son

electos mediante el voto popular. Tal circunstancia no resulta un dato menor toda vez que el vínculo entre aquéllos y la comunidad depende solamente de la confianza depositada en los magistrados de que garantizarán la aplicación del ordenamiento jurídico vigente pero siempre con la intención de conservar el orden/coordinación. Es decir, si bien tal relación podría basarse en la pura autoridad -*imperium*- de tales funcionarios y de la ley, cabe señalar que resulta deseable cierto grado de aceptación -*voluntas*- por parte de la comunidad respecto al ejercicio de tan relevantes competencias en cabeza de funcionarios que no elegidos en forma directa por la comunidad. Por lo tanto, aunque los representantes de los poderes legislativo y ejecutivo también forman parte de esta relación con la comunidad y contribuyen a garantizar el orden/coordinación, aquéllos reflejan más claramente la relación analizada en el mundo cívico propuesto por Bolstanski y Thévenot -representación-. En este sentido, la relación desarrollada entre magistrados y comunidad se exhibe como un aspecto característico de la ciudad y mundo jurídicos en la medida en que los primeros ejercen un rol muy relevante vinculado a la posibilidad de garantizar orden/coordinación, que constituye un elevado valor para esta comunidad, pero sin operar como representantes.

En cuanto a *la prueba*, puede advertirse nuevamente la cercanía con el mundo cívico al reflejarse en las manifestaciones por la defensa de una causa justa la cual, en base a lo desarrollado anteriormente, estará guiada por la búsqueda de orden/coordinación. No se trata de la búsqueda de causas justas individuales, sino que tal meta responde a un valor superior común a la comunidad.

En lo atinente al *modo de expresión del juicio*, la forma en que la comunidad puede expresarse en la ciudad y mundo jurídicos es mediante ciertas manifestaciones sociales que reflejen la falta de respecto al valor superior que es el orden/coordinación. En muchas ocasiones, esto puede garantizarse también a través de la participación de la sociedad civil en los procesos judiciales -ONG´s, asociaciones civiles, centros especializados de estudios, etc.-.

Finalmente, en lo que respecta a la *forma de la evidencia*, puede plantearse también la relación con el mundo cívico expresada al desarrollado los *objetos*. En este sentido, en este caso la evidencia está representada principalmente por materiales jurídicos

como textos de leyes, reglas jurídicas, a los que cabe agregar la jurisprudencia como una forma característica de la ciudad y mundo jurídico.

El desarrollo efectuado anteriormente no pretende ser concluyente sino ilustrativo. Es decir, Boltanski y Théventot plantean la posibilidad de pensar otras ciudades y mundos diferentes a las propuestas por ellos y, tal circunstancia resulta relevante para pensar en la ciudad y mundo jurídicos. Tales contextos y sus elementos característicos pueden ser ampliados, complementados e incluso cuestionados. La idea es, tal como se ha expresado, proponer un marco teórico-conceptual que permita llevar a cabo una discusión *en justicia* sobre cuestiones socio-axiológicas -que pueden ser jurídicas o resultar jurídicamente relevantes- y que permita argumentar objetiva y racionalmente en las decisiones judiciales difíciles o atípicas. La relevancia de esta propuesta para la solución de tales casos será desarrollada a continuación (*infra* 2) y, de tal modo, requerirá de una tipología de racionalidad socio-axiológica que será expuesta al final de este apartado (*infra* C).

2.

Utilización del argumento social en la decisión de casos difíciles (dificilísimos y estructurales)

El marco teórico-conceptual presentado anteriormente puede exhibirse como una herramienta relevante para lograr la justificación de argumentos jurídicos que se refieren a valores sociales. Tal como se ha expresado anteriormente, el abordaje de esta racionalidad socio-axiológica resulta relevante para el derecho, principalmente en la argumentación y decisión de los casos difíciles en los que intervienen en el proceso de interpretación y justificación principios jurídicos y/o en los que se recurre a argumentos extrajurídicos, en este caso valores sociales, que pueden convertirse en jurídicamente relevantes dentro de un discurso jurídico controlado apropiadamente.

En este sentido, resulta menester destacar las palabras de Genero R. Carrió quien, al referirse a la solución de los casos marginales o atípicos[376] y a la necesidad del intérprete en esos casos de adjudicar a la regla un sentido, sostiene que "*Si esta adjudicación de sentido no es arbitraria (y no tiene por qué serlo), estará* ***guiada por ciertos*** **standards** ***valorativos, sociales****, políticos, económicos, etc. (…) Estos criterios adicionales son los que dan fundamento a la decisión; no la regla o reglas del orden jurídico, que simplemente* no se oponen *a ella*"[377] (el destacado es propio).

En esta misma inteligencia, el jurista argentino expresa que "*Si los jueces no quieren resolver a ciegas o en forma arbitraria los casos de penumbra (…), no les basta con conocer a fondo las normas jurídicas y sus fuentes, ni saber armar con ellas estructuras coherentes. Tienen que poseer, además, una adecuada información de hecho sobre ciertos aspectos básicos de la vida de la comunidad a que pertenecen, un conocimiento serio de las consecuencias probables de sus decisiones y una inteligencia alerta para clarificar cuestiones valorativas y dar buenas razones en apoyo de las pautas no específicamente jurídicas en que, muchas veces, tienen que buscar fundamento*"[378].

[376] En cuanto a esta denominación debe tenerse en cuenta las diversas propuestas de clasificación de casos. En este trabajo se ha optado por la referencia estándar de casos fáciles/casos difíciles y se han desarrollado algunas de las más relevantes posturas al respecto. En el supuesto de Carrió es importante aclarar que efectúa una distinción entre caso claro y caso marginal, atípico o insólito. El criterio principal de distinción entre ambos es la noción hartiana de *zona de penumbra*. De tal modo, los casos claros son aquellos cuyos hechos constitutivos están claramente comprendidos por el área de significado central de los términos o expresiones en que la regla consiste. Por su parte, los casos marginales (atípicos o insólitos) son aquellos que se encuentran dentro de la zona de penumbra, es decir, son casos que no están claramente incluidos ni claramente excluidos por las palabras de la ley. Si bien la distinción propuesta por Carrió se refiere a cuestiones relativas al lenguaje, también hace alusión a los casos de lagunas. Por lo tanto, la noción de caso marginal es equiparable a la de caso difícil y, de tal modo, puede considerarse como un punto de partida relevante para el presente desarrollo en la medida que los principios jurídicos presentan más zonas de penumbra de que de claridad.

[377] Carrió, Genaro R. (2011), *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Ed. Abeledo-Perrot: Buenos Aires, p. 57.

[378] Op. cit., Carrió, p. 60.

De lo expuesto puede advertirse que en la solución de los casos atípicos -léase casos difíciles- requiere el recurso a argumentos que exceden la referencia normativa. La expresa mención de Carrió a criterios como los standards valorativos y sociales, y la referencia a los aspectos básicos de la vida de la comunidad a que pertenecen, reflejan la relevancia de contar con un esquema teórico-conceptual como el desarrollado anteriormente. Ello así, toda vez que generalmente se considera que este tipo de criterios no pueden sostenerse objetiva/racionalmente, sino que se trata de apreciaciones subjetivas intransferibles e injustificables. Por lo tanto, la posibilidad de contar con herramientas para argumentar en el sentido indicado contribuye a que la decisión de casos atípicos cuente con una acabada fundamentación, incluso cuando se debe aludir a factores que no resultan específicamente jurídicos, pero, tal como se ha indicado reiteradamente, pueden tornarse jurídicamente relevantes en el marco de la argumentación y justificación de los casos difíciles.

En esta inteligencia, resulta menester considerar también los supuestos de casos difíciles en los que forman parte del proceso de decisión y argumentación principios jurídicos. Al respecto cabe recordar que, tal como lo sostiene Pablo Navarro, un supuesto de caso difícil, es aquél que "*…requiere para su solución de un razonamiento basado en principios…*"[379]. Las diversas racionalidades de las teorías de los principios jurídicos ya fueron analizadas en la primera parte este trabajo[380] y, en tal ocasión, se hizo referencia a la existencia de principios jurídicos que reflejan un claro contenido socio-axiológico o que requieren de argumentos de ese tipo al momento de ser interpretados dentro de un esquema argumental con el fin de dotarlos de sentido o establecer y limitar su alcance.

Antes de continuar con el desarrollo de los casos difíciles en los que se encuentran involucrados principios, no debe soslayarse que también existen los llamados "casos estructurales", los que, más allá de ser considerados una especie de caso difícil o una categoría conceptual independiente, claramente no son casos rutinarios. Los casos estructurales presentan claros ejemplos de decisiones que involucran elementos

[379] Navarro, Pablo (1993), *Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del Derecho*, Doxa n° 14, pp. 252-253.

[380] Ver: Primera parte; Capítulo I.

socio-axiológicos. Al respecto, una de las principales características de estos casos es que los litigios no son considerados como *bipolares* -proceso adversarial individual y consorcial (pasivo y/o activo)- sino como *policéntricos* -Lon Fuller-, lo cual implica variantes en cuanto la concepción de los roles asignados al Juez y a las partes, a las reglas procesales y a la finalidad de la decisión -entre otros aspectos-. Además, en estos casos se la invocación o vindicación de valores de carácter público como propósitos regulatorios a nivel general y/o demandas de derechos económicos, sociales y culturales. En este sentido, sostiene Mariela Puga que "*…cuando hablamos de litigio estructural estamos siempre refiriendo a casos o litis con una fisonomía policéntrica. Es decir, una fisonomía parecida a la tela de una araña, o la de un puente, en la cual se entiende que los intereses individuales están subordinadas a una idea de conflicto más general*"[381]. Y agrega que "*En los litigios que distinguimos como estructurales, los jueces suelen reconocer como causa fuente de la violación de derechos a, por ejemplo, una regla jurídica, una política institucional compuesta de múltiples prácticas, y/o a una condición o situación social*"[382].

Sin perjuicio de la relevancia de esta categoría y de la evidente vinculación con el presente desarrollo, el abordaje de los casos estructurales requiere de un cambio de enfoque tan significativo que sería difícilmente vinculable con la propuesta que se viene desarrollando. Tanto es así que los casos estructurales implican la propuesta de una relación de causalidad estructural o social, distinta a la causalidad próxima o adecuada. De tal modo, solamente se dejará planteada la existencia de tales casos y su relación con argumentaciones relativas a valoraciones sociales, pero no se continuará con el desarrollo a partir de este eje, sino retomando la noción de caso difícil que se había propuesto anteriormente.

Así pues, retomando el hilo, en cuanto a la presencia de elementos extra-normativos en relación con los principios jurídicos, cabe destacar la noción de "principios extrasistemáticos" propuesta por Aulis Aarnio. Al respecto, expresa que "*…los principios morales pueden ser significativos en el razonamiento jurídico al modo de*

[381] Puga, Mariela (2014), *El litigio estructural*, Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo | ISSN 2362-3667, p. 56.

[382] Op. cit, Puga, p. 58.

las denominadas fuentes posibles (…) del Derecho. En un contexto jurídico, el argumento moral pasa a ser legal; dicho de otro modo, el principio moral ´extra-jurídico´ se convierte en jurídicamente relevante"[383]. Cabe aclarar que, si bien Aarnio se refiere a argumentos morales, no se advierte obstáculo para considerar que también pueden considerarse argumentos de tipo socio-axiológico.

En este sentido, el jurista finlandés expresa que "*…el discurso jurídico está abierto a también a argumentos* no-jurídicos*, que hasta entonces no han recibido soporte institucional. No importa si estos argumentos son hechos sociales o no-jurídicos (…)*"[384].

Y continuando con su razonamiento, con relación a la justificación de aquellos principios provenientes de un sistema diverso al normativo sostiene una idea que resulta sumamente relevante a los propósitos del presente desarrollo. Al respecto, plantea que "*si un principio no-jurídico es parte de un sustrato coherente de justificación que incluye por lo menos una fuente jurídica autoritativa, por ejemplo una disposición legal válida,* **este principio recibe relevancia jurídica ATC***. Un principio no-jurídico ´entra´ en el Derecho como consecuencia de un discurso jurídico apropiado. El Derecho positivo, pues, incluye no sólo reglas jurídicas dadas y Derecho consuetudinario, sino también* ***principios jurídicos que son*** **reconocidos como fundamentos para la praxis de toma de decisiones***. Es precisamente esto lo que acontece cuando un principio-valor no jurídico es confirmado por vez primera por el Tribunal Supremo. El principio recibe soporte institucional en un* ***discurso jurídico controlado apropiadamente****, incluso aunque* antes *de tal discurso no existiese en absoluto soporte institucional alguno para el principio en cuestión*"[385] (el destacado es propio).

Lo expuesto anteriormente permite corroborar que por medio de algunos principios jurídicos se evidencia en el derecho la relevancia de otras racionalidades, por ejemplo, la socio-axiológica que aquí se analiza. Y si bien no se discute que algunos de aquellos

[383] Aarnio, Aulis, *Reglas y principios en el razonamiento jurídico*, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, ISSN 1138-039X, ISSN-e 2530-6324, Nº 4, 2000, p. 596.

[384] Op. cit., Aarnio (2000), p. 601.

[385] Ibidem

principios puedan no ser jurídicos *prima facie*, lo cierto es que pueden resultar jurídicamente relevantes al momento de justificar una decisión que involucre el análisis de valoraciones sociales. Sobre este último punto podría preguntarse cuál sería el criterio para considerar que deben incorporarse en la argumentación elementos socio-axiológicos.

Al respecto, tal como se señaló previamente y como se ejemplificará a continuación, algunos principios reflejan un claro contenido socio-axiológico y requieren del marco social para ser interpretados y aplicados en forma racional -o razonable- con la necesaria posibilidad de justificar una decisión. A su vez, en algunos sistemas jurídicos la referencia a esta clase de criterios surge normativamente -aunque no libre de controversias en cuanto a su interpretación-, como en el caso de la Argentina en el que el art. 2 del Código Civil y Comercial de la Nación establece que "*La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos,* ***los principios y los valores jurídicos****, de modo coherente con todo el ordenamiento*" (el destacado no es original). Finalmente, otro criterio para la incorporación de argumentos de tipo socio-axiológico puede surgir del caso a resolver, no desde su enfoque normativo sino fáctico. Es decir, puede ocurrir que el hecho al que debe dársele solución jurídica involucre cuestiones de índole socio-axiológicas cuya elusión en el proceso de argumentación implicarían una justificación inacabada pues estaría acotada a su faz normativa -lo cual, si bien es necesario, no resulta suficiente a la luz de la existencia de extremos diversos a la norma que también requieren de justificación-.

Tal como puede advertirse, existen diversos modos en los que la racionalidad socio-axiológica se hace presente en las decisiones jurisdiccionales. Admitida tal circunstancia, lo importante es reconocer aquellos elementos y contar con herramientas para argumentar en base a ellos con el fin de incorporarlos a la argumentación sin camuflaje.

Ahora bien, otro ejemplo ilustrativo de la relación entre principios jurídicos y referencias extra-normativas de carácter socio-axiológico es el propuesto por Josef Esser. En este sentido, el jurista alemán señala que "*…la gran mayoría de los principios de derecho (…) acuden a (…) criterios tales como* standards *morales,*

convicciones sociales, etc., a pesar de lo cual exigen y obtienen una utilización y atención inmediatas por parte de los jueces"[386]. Así pues, al referirse a los "principios constructivos" plantea que se trata de normas tan generales que al momento de interpretar el Juez debe considerar elementos extra-normativos o metajurídicos, como por ejemplo los valores sociales admitidos. En este sentido, expresa que en aquellos casos la situación del Juez "*…es la del legislador en otras materias: debe pasear libremente su mirada sobre el campo entero de los valores sociales admitidos en el mundo contemporáneo, en los que se concreta una conciencia cultural apoyada en la tradición pero sujeta a un proceso de renovación constante, y cuyo precipitado es un ordenamiento social del que la constitución escrita no es más que una expresión parcial*"[387].

Cabe aclarar que la postura del jurista alemán con relación al rol del Juez pude colisionar con algunos enfoques más formalistas. No sólo porque anteriormente se mencionó que el Juez debe actuar en ocasiones como un legislador -lo cual no sería un problema para la tradición jurídica suiza por ejemplo[388]-, sino porque además Esser considera que "*no por estar libre de trabas ideológicas se ve impedido el juez de levantar la vista desde lo estrictamente jurídico a las tradiciones culturales de su país (…)*"[389].

De tal modo, y sin perjuicio de las diversas concepciones respecto al rol de los operadores jurídicos y sus límites, lo que resulta importante resaltar es la referencia a criterios de tipo socio-axiológico como elementos fundamentales al momento de interpretar aquellos principios jurídicos que requieren de un contexto de significación para poder llevar a cabo esa tarea y, a su vez, que el contexto social se presenta como el más adecuado a tal fin. En este sentido, cabe reparar en la noción de interpretación semántico-pragmática que toma en consideración, entre diversos factores, los

[386] Esser, Josef (2019), *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado (Grundsatz und norm in der richterlichen fortbildung des privatrechts)*, Ed. Olejnik: Santiago de Chile, p. 82.

[387] Op. cit., Esser, p. 87.

[388] Art. 1.2 « À défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur ».

[389] Op. cit., Esser, p. 91.

"*…específicos* contextos extralingüísticos de la disposición *(culturales, institucionales, políticos, sociales, históricos, etc.) (…) a la luz de las cuales, según el juicio del intérprete, la disposición debe ser, igualmente, interpretada*"[390].

Ahora bien, para proceder de tal modo es necesario contar con herramientas teóricas y conceptuales que permitan analizar, comprender y finalmente argumentar en base a criterios socio-axiológicos. Y aquellas herramientas son justamente las que fueron propuestas en el acápite anterior cuando se desarrollaron las nociones de "gramática axiológica" y "ciudad y mundo jurídicos".

En este sentido, en la decisión de casos difíciles -atípicos, marginales- en los que forman parte de la estructura argumental principios jurídicos cuyos significados suelen encontrarse dentro de la zona de penumbra debido a la generalidad de su formulación, o bien cuyas racionalidades exceden la mera referencia normativa pues responden a criterios metajurídicos -por ejemplo los valores sociales-, se torna indispensable contar con herramientas argumentales adecuadas para evitar que tales decisiones resulten carentes de justificación.

Si bien para algunos juristas cualquier referencia extra-normativa o metajurídica resulta *per se* un acto de arbitrariedad, lo cierto es que tal como se desarrolló en este trabajo[391] la distinción entre discrecionalidad y arbitrariedad no es solamente una cuestión semántica. Negar la existencia de la discrecionalidad implica eliminar el margen de maniobra con el que cuentan los operadores jurídicos para resolver los casos difíciles -y afines-, sin olvidar también la presencia de discrecionalidad incluso, al menos, al momento de la selección de las premisas constitutivas del silogismo judicial de un caso fácil. De tal modo, la distinción entre discrecionalidad y arbitrariedad permite conciliar las referencias jurídicas y las metajurídicas. Ello así toda vez que, la posibilidad de contar con recursos argumentales metajurídicos, en caso de ser necesarios, permite efectuar una argumentación si no racional, al menos razonable. Y tal circunstancia solamente puede darse en el marco del ejercicio de cierta discrecionalidad al no tratarse de una actividad reglada por normas positivas. Desde

[390] Chiassoni, Pierluigi (2011), *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, Ed. Marcial Pons: Madrid, p. 66.

[391] Ver: Primera parte; Capítulo II; Sección I.

ya que podrá cuestionarse cuál es el límite de aquella “cierta” discrecionalidad. Sin embargo, la respuesta sería que el límite es la medida de la argumentación y de la capacidad de control de tal argumentación. Frente a la ausencia de justificación o la referencia a criterios de orden social sin un marco teórico-conceptual adecuado, se está ante una situación de arbitrariedad. Por el contrario, en caso de tener que argumentar a partir de standards socio-axiológicos es necesario contar con las herramientas necesarias para formular argumentos de ese tenor que puedan luego ser sometidos a un control de racionalidad intersubjetiva. Cabe recordar que la necesidad de recurrir a esa clase de standards deriva de reconocer la existencia de casos difíciles -marginales, atípicos-, lo cual resulta muy difícil negar salvo que se adopte una postura formalista muy extrema -v.gr. Sebastián Soler y su noción de “umbral”-.

Por lo tanto, si se acepta que existen casos difíciles -marginales, atípicos- entonces debe aceptarse que la argumentación que se expondrá para la decisión de éstos puede exceder la referencia normativa. De tal modo, tal argumentación deberá estar sujeta a ciertos criterios de control con el objeto de permanecer dentro del ámbito de la discrecionalidad sin caer en la arbitrariedad cuando se alude a criterios metajurídicos o extra-normativos como, por ejemplo, los valores sociales.

Cabe insistir, si se recurriera a una argumentación basada en valores sociales sin un marco teórico-conceptual adecuado, se estaría ante una valoración completamente subjetiva sin más posibilidad de justificación que la voluntad del operador jurídico en cuestión. Sin embargo, al contar con aquel marco -incluso si se cuestiona el aquí propuesto y se lo quiere modificar por otro- se abre la posibilidad de estar ante una argumentación racional, lo cual, ante el reconocimiento y la aceptación de que hay casos que requieren de esta clase de fundamentaciones, presenta enormes beneficios al momento de plasmar argumentos de tipo socio-axiológicos y de su posterior control.

La relevancia de lo expresado anteriormente surge también a partir de la posibilidad de efectuar un análisis sobre los factores sociales presentes en una decisión judicial. Al respecto, cabe mencionar el “análisis funcional” de las decisiones jurisdiccionales como una de las formas de análisis técnico-jurídico propuestas por Pierluigi

Chiassoni[392], mediante el cual se busca determinar las operaciones institucionales y/o sociológicamente relevantes llevadas a cabo al decidir casos concretos.

Al respecto, cabe destacar las palabras de Carlos S. Nino en cuanto expresa que "*Los jueces tienen influencia sobre los cambios sociales, conteniéndolos o estimulándolos, no sólo a través de la reformulación de las normas jurídicas generales, sino también mediante el control de los procesos judiciales*"[393].

En esta inteligencia, al referirse oportunamente al fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Argentina "Muiña"[394] se mencionó que uno de los focos de debate -además de cuestiones de índole formales y normativas- era la existencia o no de un **cambio en la valoración social** con relación a los delitos de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura en la Argentina. Cabe recordar que el voto minoritario consideró que tal cambio no había acontecido y destacó que el juzgamiento de ese tipo de delitos es una política de estado asumida por los tres órganos y que forma parte del **contrato social de los argentinos**.

De tal modo, el voto minoritario incluyó en su argumentación los extremos mencionados anteriormente y fueron articulados con las fundamentaciones de carácter normativo. Por el contrario, el voto de la mayoría consideró que el análisis relativo a la existencia o no de un cambio en la valoración social es tarea del legislador, no del Juez, y procedió a la solución del caso como su fuera un caso simple o rutinario. Sin embargo, la evidente presencia de elementos extra-normativos en la decisión del caso debido a su relevancia institucional, política y social es motivo necesario para abordar la solución de un tal caso como un caso difícil. Si bien aquí se ha propuesto analizar aquellos casos difíciles que requieren para su solución un razonamiento a partir de principios, lo cierto es que dentro de la clasificación propuesta por Pablo Navarro -tomada a su vez por Manuel Atienza[395]- también pueden advertirse otros

[392] Ver en este sentido: Chiassoni, Pierlugi (1999), *La giurisprudenza civile. Metodi d´interpretazione e techniche argomentative*, Guiffrè: Milano.

[393] Op. cit. Nino, p. 303.

[394] Ver: Introducción; punto IV.

[395] Atienza, Manuel (1997), *Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos*, ISONOMÍA N°6, pp. 9-10.

significados de caso difícil que pueden resultar útiles a los fines de este trabajo, a saber: que no haya consenso acerca de la solución en la comunidad de juristas; y que se trate de un caso decidible solamente sopesando disposiciones jurídicas en conflicto, mediante argumentos no deductivos.

Por lo tanto, sin perjuicio de la decisión adoptada mayoritariamente por la Corte Suprema de Justicia de Argentina en ese caso, lo cierto es que existían elementos contundentes para abordar su solución como un caso difícil, lo cual hubiera exigido un mayor esfuerzo argumental al incorporar a la argumentación elementos de tipo socio-axiológicos como los destacados anteriormente -además de los institucionales y políticos que no son analizados en este momento-.

Sin desconocer que puede ocurrir que quienes son llamados a decidir puedan en ocasiones "dificultar" -transformar un caso fácil en difícil- o "simplificar" -transformar un caso difícil en fácil- el abordaje, lo cierto es que algunos casos, como el ejemplo que se analiza, resultan a todas luces difíciles y la simplificación de los mismos implica la adopción de una postura formalista que, tal como se ha sostenido, limita su visión la racionalidad formal-deductiva del derecho y de las decisiones judiciales dejando de lado aspectos relevantes como, en este caso, la racionalidad socio-axiológica -pero también la racionalidad institucional-.

De tal modo, si se asume que se está ante un caso difícil y se admiten notas argumentales como la referencia al **cambio de valoración social** y a expresiones como **contrato social de los argentinos**, entonces el marco teórico-conceptual desarrollado a lo largo de esta segunda parte puede resultar útil al momento de argumentar y justificar aquellos extremos de carácter socio-axiológico. Tal circunstancia permite establecer un **vínculo relevante entre texto y el contexto de la decisión.**

Ahora bien, para que tal argumentación y justificación puedan considerarse racionales, deben establecerse ciertos criterios que permitan efectuar un control intersubjetivo y establecer los límites de este particular discurso. No debe soslayarse, tal como se expresó en este desarrollo, que en algunos casos los argumentos de este tipo no presentan carácter jurídico *prima facie*, sino que se convierten en jurídicamente relevantes dentro de un discurso controlado. Así pues, en el apartado que sigue se

analizarán los criterios intersubjetivos de la racionalidad socio-axiológica que permitirán llevar a cabo tal control.

C.

Propuesta de tipología de racionalidad(es) social(es)

Llegado a este punto, corresponde delinear los criterios de la racionalidad socio-axiológica que permitan someter a control intersubjetivo de justificación aquellas decisiones judiciales en las que se recurre a argumentos de naturaleza social que son eminentemente axiológicos, ya sea porque en el razonamiento se encuentran involucrados principios jurídicos relacionados a argumentos de ese tipo, o bien porque tal clase de argumento resulta jurídicamente relevante para la solución de un caso.

En esta inteligencia, cabe tener presente que al momento de analizar la racionalidad jurídico-estratégica[396], se expresó que aquélla no podía abordarse desde una noción de racionalidad en sentido estricto, sino que resultaba conveniente tipificarla como una racionalidad en sentido amplio, aunque íntimamente relacionada al derecho. Sin embargo, se remarcó que la racionalidad socio-axiológica sí podría analizarse desde una racionalidad en sentido estricto. Al respecto, resulta menester recordar que aquella racionalidad alude a "*…modelos de razonamiento netamente intersubjetivos (al menos entre los conocedores de las disciplinas respectivas), en lógica formal o los acreditados en ciencias de la naturaleza. Y para las ciencias sociales, tal sentido señala la adaptación técnica de medios empíricos necesarios o convenientes para alcanzar de modo efectivo un fin dado, haciendo abstracción de los juicios de valor sobre esos medios en sí mismos o sobre ese fin: racionalidad «formal», «razón instrumental»*"[397].

[396] Ver: Segunda parte; Capítulo II; Sección I.

[397] Haba, Enrique P., *¿QUÉ QUIERE DECIR «RACIONAL»? (MULTIUSOS DE ESE TÉRMINO PERSUASIVO)*, Rev. Ciencias Sociales Universidad de Costa Rica, 160: 165-189 / 2018 (II). (ISSN: 0482-5276), p. 168.

Si bien la pretensión es aportar un contexto de racionalidad en el sentido expresado anteriormente, no debe soslayarse que la adaptación de los modelos empleados en áreas del conocimiento como, por ejemplo, la lógica a las ciencias sociales puede requerir de una cierta flexibilidad en el armado de aquellos esquemas lo cual, vale destacar, no implica *per se* estar fuera del ámbito de la racionalidad. En este sentido, la racionalidad socio-axiológica que aquí se propone se exhibe dentro del marco teórico-conceptual que se desarrolló anteriormente, el cual es el resultado de una investigaciones realizadas a través de métodos propios de las ciencias sociales.

De tal modo, la noción de racionalidad intersubjetiva permite ubicar al discurso socio-axiológico en el ámbito de un razonamiento plausible e intersubjetivamente controlable y, por lo tanto, dentro de la esfera de lo racional. Al respecto, cabe mencionar que la posibilidad de llevar a cabo aquel control depende de la existencia de criterios respecto de los que esté de acuerdo la comunidad científica en cuestión y a partir de los cuales se puede llegar a ciertos resultados probables o plausibles.

Uno de los elementos esenciales de la intersubjetividad en la ciencia es la posibilidad de contar con un lenguaje riguroso. Y es justamente ello lo que se intenta aportar aquí con el marco teórico-conceptual desarrollado. Así pues, tal como se verá más adelante, la racionalidad socio-axiológica es, principalmente, una racionalidad discursiva cuyo control será efectuado dentro del propio discurso en el que se enmarque. Y tal discurso, en el contexto del derecho que aquí se plantea, es la argumentación de una decisión judicial difícil, marginal, atípica. Por lo tanto, si bien este control intersubjetivo no garantiza una certeza absoluta, lo cierto es que permite evitar la arbitrariedad y manejarse dentro de un ámbito de discrecionalidad justificable.

En esta inteligencia, cabe destacar que en un Estado de Derecho el Juez tiene la competencia y la obligación de resolver los casos que le son sometidos a su consideración, mientras que los ciudadanos esperan “certeza jurídica” a partir de tales decisiones. Y la posibilidad de garantizar tal certeza se encuentra íntimamente vinculada con la noción de racionalidad que aquí se busca desarrollar. En este sentido, sostiene Aarnio que “*…la antigua exigencia de evitar la arbitrariedad puede ser interpretada como la exigencia de un* procedimiento racional de decisión*. Sólo este procedimiento garantiza -si es que alguno lo hace- un maco dentro del cual la*

expectativa de protección jurídica puede realizarse propiamente. Por ello, esta cara del problema (la exigencia de racionalidad) puede también llamarse certeza jurídica*. Ésta se refiere especialmente, entonces, a los rasgos racionales del procedimiento discursivo*"[398].

De tal modo, en la solución de los casos difíciles a los que se aludió en el acápite anterior, la posibilidad de garantizar que la decisión no sea arbitraria al argumentar -también- en base a argumentos socio-axiológicos, requiere que la misma sea racional. En este sentido, cobra relevancia la noción de "aceptabilidad sustancial" que, por un lado, se refiere al contenido material de la solución del caso y, por otro lado, "*…a dos propiedades de la solución: (a) la solución tiene que ser* acorde con las leyes *(presunción de legalidad); y* ***(b) la solución no puede ir en contra de la*** **moralidad** ***válida ampliamente aceptada en la sociedad (presunción de razonabilidad)***"[399](el destacado es propio).

La primera de las propiedades mencionadas anteriormente no resulta habitualmente controvertida. Sin embargo, la segunda de ellas requiere de ciertas precisiones para poder fundamentar cuál sería aquella "moralidad ampliamente aceptada en la sociedad". Y eso es justamente lo que se está proponiendo en este apartado: un marco teórico-conceptual con el objeto de dar posibilidad de fundamentación y contenido a la racionalidad socio-axiológica y a los argumentos de esa clase que puedan emplearse en la decisión de ciertos casos difíciles.

Cabe destacar que en la decisión de los casos difíciles que aquí se analizan "*la justicia material (substancial) y la razonabilidad no siempre pueden alcanzarse por medio de reglas estrictas. Se tiene que* ponderar y balancear *diferentes tipos de factores…*"[400].

Sobre este punto, ya se analizó oportunamente la fuerte tendencia a referirse a la existencia en el Derecho y en la decisión judicial de *una* racionalidad formal-deductiva[401]. Sin embargo, a medida que se fue avanzando en este desarrollo se

[398] Aarnio, Aulis (2008), *Derecho, racionalidad y comunicación social*, Distribuciones Fontamara: México, p. 36.

[399] Op. cit., Aarnio (2008), p. 37.

[400] Op. cit., Aarnio (2008), p. 41.

[401] Ver: Introducción; punto III.

evidenció que tal racionalidad, si bien fundamental, no permite por sí sola abarcar la totalidad de los casos que deben resolverse. Además, tal como se expuso en el primer acápite de este capítulo, tal racionalidad formal-deductiva no es la única dimensión de análisis relevante para el Derecho.

De este modo, y ahora sí comenzando a delinear las características de la racionalidad socio-axiológica, cabe plantear que se trata de una **racionalidad discursiva** que, tal como sostiene Aarnio, "*…no es meramente el resultado de ciertas deliberaciones filosóficas, como la teoría* habermasiana *del comportamiento comunicativo****. Las raíces de este nuevo desarrollo se encuentran, por lo menos en parte, en la sociedad misma***"[402] (el destacado es propio).

Tal como se ha expresado anteriormente, en algunos casos no alcanza con una fundamentación *formal* al momento de decidir, sino que resulta necesaria una argumentación *sustancial*. Es incuestionable que las dinámicas sociales se modifican frecuentemente y que ello requiere una recepción por parte del derecho que generalmente no ocurre al mismo tiempo. De tal modo, pueden ocurrir desfasajes entre la argumentación formal que puede ofrecerse y la argumentación sustancial que cabría para la decisión de un caso. Esto se relaciona con lo que se mencionó anteriormente en este capítulo al referirse a la "justeza" de una decisión, es decir, la posibilidad de efectuar un juicio pragmático acerca de la adecuación de la decisión al caso concreto teniendo en consideración ciertas finalidades.

En esta inteligencia, resulta relevante la distinción que propone Aarnio entre la respuesta *final* y la respuesta *correcta*. Ahora bien, la noción de respuesta correcta se encuentra controvertida. Si se refiere a una corrección formal, las reglas de la lógica aplicables al derecho pueden aportar un método cuya conclusión puede ser verificable a partir de reglas ampliamente aceptadas dentro de una comunidad científica. Sin embargo, la respuesta correcta en la decisión de casos difíciles implica también la consideración de argumentos sustanciales -por ejemplo, valoraciones sociales- que también requerirán corrección, pero para los que no se cuenta, generalmente, con criterios para llevar a cabo esa tarea.

[402] Op. cit., Aarnio (2008), p. 42.

Tal circunstancia requiere que la decisión del caso no sea solamente conforme a derecho sino también que cumpla con algunos criterios axiológicos -en este caso valoraciones sociales-. Ello, si se pretende garantizar que la resolución de un caso difícil, por un lado, no sea arbitraria y, por otro lado, exhiba un máximo de certeza jurídica respecto de los ciudadanos. Al respecto, Aarnio sostiene que "*la mera referencia (literal) a los textos de la ley o a otras fuentes con autoridad no es suficiente. La sociedad pide más y, en ocasiones, incluso preguntan por qué se ha decidido de determinada forma. La única manera de responder a* esta *pregunta es utilizando argumentos correctos (razones correctas)*"[403].

Es importante aclarar que aquellas razones serán, por un lado, razones jurídicas, pero, por otro lado, siguiendo la línea de análisis propuesta, también serán razones públicas. Efectuar un desarrollo sobre este último tipo de razones implicaría alejarse del eje planteado para este apartado. Sin embargo, resulta menester destacar la existencia y relevancia de las razones públicas al momento de decidir algunos no rutinarios. En este sentido, señala Owen Fiss que "*Sólo si afirmamos nuestra creencia en la existencia de valores públicos y en el hecho de que valores como la igualdad, la libertad, el debido proceso, la prohibición de imponer penas crueles y desproporcionadas, la seguridad de la persona o la libertad de expresión pueden tener un significado verdadero e importante que debe ser articulado e implementado -descubierto, sí-, el papel de los tribunales en nuestro sistema político llegará a ser significativo y, por este motivo, incluso inteligible*"[404].

Un claro ejemplo de lo dicho anteriormente fue la respuesta social que ocasionó el mencionado fallo "Muiña" de la Corte Suprema de Justicia de la Argentina. Cabe recordar que, al aceptarse que los condenados por delitos de lesa humanidad pueden gozar del beneficio en el cómputo de sus penas, gran parte de la sociedad argentina se manifestó en las calles protestando. Tal circunstancia demostró que hay ciertas decisiones que involucran valoraciones sociales que no deberían soslayarse. Se trató de una decisión que podría considerarse formalmente correcta -más allá de las diversas posturas que pueden asumirse, incluso recordando que se resolvió por

[403] Op. cit., Aarnio (2008), p. 53.

[404] Fiss, Owen (2007), *El derecho como razón pública*, Ed. Marcial Pons: Buenos Aires, p. 37.

mayoría-, pero no sustancialmente adecuada. Si bien podría decirse que la presión social no tendría que ser un factor para considerar por quienes son llamados a decidir, no puede dejar de advertirse que no suele ser una práctica frecuente que la sociedad responda de ese modo ante una decisión judicial. Por el contrario, tal reacción se presenta solamente en ciertos casos en los que evidentemente se encuentran comprometidos fuertes valores sociales, en el caso en cuestión la "memoria, verdad y justicia"[405] -asociada a la conocida expresión "Nunca más"- que es uno de los más importantes lemas para la sociedad argentina al recuperar la democracia luego de la última dictadura militar. En base a lo expuesto, resulta difícil comprender cómo un caso cuya decisión involucra tan altos valores para una sociedad y que implican una política de estado para la Argentina, haya sido resuelto como un caso rutinario ofreciendo *solamente* una justificación formal. Cabe insistir, no se trata de quitar peso a la justificación formal, sino que aquélla, en algunos casos, debe interactuar con otros tipos de justificaciones si se pretende dar una solución correcta o adecuada en relación con ciertos fines. En el caso ofrecido como ejemplo, puede decirse que la solución del caso implicaba articular los argumentos formales junto con argumentos sustanciales como la relevancia para sociedad argentina de los casos vinculados a los delitos de lesa humanidad.

[405] Tal como lo expresa el Ministerio de Educación de la Nación de Argentina: El Día Nacional de la Memoria por la Verdad y la Justicia es el día en el que se **conmemora** en Argentina a las **víctimas de la última dictadura militar**, autodenominada «Proceso de Reorganización Nacional», que usurpó el gobierno del Estado nacional argentino entre el 24 de marzo de 1976 y el 10 de diciembre de 1983. El objetivo es construir colectivamente una **jornada de reflexión y análisis crítico** de la historia reciente. En las escuelas se propone como un día para que los niños y los jóvenes, junto con los directivos, docentes y todos los integrantes de la comunidad educativa y local comprendan los alcances de las graves consecuencias económicas, sociales y políticas de la última dictadura militar y se comprometan activamente en la defensa de la vigencia de los derechos y las garantías establecidos por la Constitución Nacional, y del régimen político democrático. La fecha fue establecida en el año 2002 por Ley de la Nación N° 25.633, cuyo artículo 1º establece: "Institúyase el 24 de marzo como **Día Nacional de la Memoria por la Verdad y la Justicia** en conmemoración de quienes resultaron víctimas del proceso iniciado en esa fecha del año 1976.

Desde un punto de vista técnico relativo a la justificación de las decisiones, el análisis mencionado anteriormente se lleva a cabo dentro de la justificación externa que implica, en la decisión de casos difíciles, cadenas de silogismos para llegar a fundamentar la adopción de las premisas que luego se justificarán internamente. Dentro de aquellas cadenas, algunos eslabones podrán ser cuestiones formales -normativas- y otras sustanciales -en este caso valoraciones sociales, pero podrían también responder a otros criterios, v.gr. institucionales-. Tal como lo sostienen Aarnio y Wróblewsky, al momento de resolver se estará ante argumentos de tres tipos: fuentes materiales, lineamientos del razonamiento jurídico, y valores y valoraciones. Lo que debe poder garantizarse de la interacción de estas diversas cuestiones es la posibilidad de fundamentar en modo coherente las conclusiones a las que se lleguen.

En este sentido, tal como se ha expresado anteriormente, la incorporación de elementos extra-normativos o metajurídicos al razonamiento jurídico puede resultar jurídicamente relevante para la decisión de un caso, pero ello debe estar sujeto a un control que solamente puede llevarse a cabo dentro de la argumentación y en base a ciertos criterios discursivos. Debe recordarse que se la racionalidad socio-axiológica se presenta, principalmente, como una racionalidad discursiva.

Ahora bien, es momento de articular los criterios que se han presentado en el punto *supra* B.1 de esta Sección y proponer una forma de argumentar racionalmente a partir de valores sociales. Si bien existen algunas propuestas -regla de las mayorías, audiencia, cooperación social-, aquí se expondrá un marco teórico-conceptual que permitirá, idealmente, efectuar una justificación sobre valores sociales al reconocer que se puede estar en algunos casos ante valores fundamentables, es decir, justificables.

Los casos difíciles que involucran cuestiones socio-axiológicas también requieren solución, pero la posibilidad de plantear que se trata de una respuesta correcta más allá de lo formalmente justificable requiere de algunos criterios como los que se expondrán a continuación. Estos criterios no pretenden erigirse como superadores de otras propuestas sino, como una herramienta más para complementar el análisis de factores distintos a los normativos involucrados en una decisión.

De tal modo, la objetividad/racionalidad de la argumentación sobre valores sociales, que, tal como se expresó, responde a una racionalidad discursiva, es posible a partir de su interrelación con una sociología empírico-descriptiva de valores que permite determinar las condiciones bajo las que un discurso axiológico resulta más o menos justificado para una comunidad -debe recordarse que una característica propia de los valores es la "contextualidad"-. En este sentido, resulta fundamental el rol del sociólogo quien debe inferir, a partir de la observación o de la encuesta, cuáles son los valores que los actores utilizan efectivamente y con qué grado de consistencia o de estabilidad. Ahora bien, es importante destacar que la noción de valor con la que debe trabajarse en este sentido es la de *valor-principio* al presentar como características ser una finalidad de la argumentación y ser el principio en que se basa una evaluación. Sin embargo, teniendo en cuenta la contextualidad de los valores, se requiere también de reglas axiológicas que pueden ser reconstruidas a partir de un sistema que permita la aplicación y ordenamiento de esos principios, a saber, la *gramática axiológica*. Tal sistema presenta una serie de etapas que ya fueron desarrolladas anteriormente (*supra* B.1) de las que resulta importante hacer referencia a la posibilidad de *registros de valores* dentro de los que se encuentra el *registro jurídico* que remite a los valores de legalidad, conformidad a los reglamentos y que es, claramente, el dominio del derecho. A su vez, tal registro jurídico se encuentra vinculado a los *valores de base* que son considerados en la cultura occidental como requisitos fundamentales de la vida social y sin los cuales una sociedad no podría mantenerse duraderamente, que son la racionalidad (coherencia más generalmente), la justicia y el orden/coordinación.

Ahora bien, de los valores de base expresados anteriormente el orden/coordinación -en términos de seguridad, estabilidad y predictibilidad- se presenta como un valor que puede operar como *principio superior común* dentro de una *ciudad y mundo jurídicos* con el objeto de abordar las disputas *en justicia*, es decir, permitiendo la argumentación general y la justificación pública. Ese principio permite superar las particularidades de las personas, constituir el fundamento de un acuerdo y, por lo tanto, la justificación de la solución de una disputa. Además, puede transformarse en una ley científica positiva dentro del dominio de las ciencias sociales. Asimismo, dentro del esquema de *ciudad y mundo jurídicos* que fue analizado anteriormente se

cuenta con otra serie de elementos conceptuales característicos que contribuyen a este discurso, como, por ejemplo, la *ratio* -en términos de racionalidad, coherencia- como *estado de grandeza*. Tal como puede advertirse, el orden/coordinación como *valor de base* opera también como *principio superior común* dentro del esquema de la *ciudad y mundo jurídicos*. Lo mismo sucede con la racionalidad (coherencia) que también es un *valor de base*, aunque caracterizando el *estado de grandeza* de aquella ciudad y mundo.

Por lo tanto, puede referirse a valores sociales en modo objetivo pues existe la posibilidad de una racionalidad intersubjetiva en la medida que sea aceptado el marco teórico-conceptual expuesto anteriormente. Cabe insistir en que se trata de un modelo ideal que requiere adaptación a casos concretos -a modo ilustrativo puede reflexionarse entorno al análisis del fallo “Muiña” al que aludió anteriormente-. Es decir, tanto la *gramática axiológica* -y todos sus elementos- como el prototipo de *ciudad y mundos jurídicos* y todos sus elementos- son herramientas que contribuyen a la posibilidad de reconocer una racionalidad socio-axiológica al nivel del derecho y de las decisiones judiciales, específicamente de los casos difíciles en los que el argumento socio-axiológico se hace presente en principios jurídicos o en referencias extra-normativas o metajurídicas pero que pueden resultar jurídicamente relevantes. En este sentido, también se expresó que con el objeto de no resultar arbitrarias tales referencias -especialmente en el caso de elementos metajurídicos- debe contarse con criterios para integrarlas al argumento formal -normativo- y también para controlarlas dentro del esquema argumental. Así pues, todo este desarrollo tuvo por propósito contribuir a ese objetivo, es decir, contar con una herramienta para, una vez reconocida la relevancia de la racionalidad social para el derecho -luego acotada a su expresión axiológica-, incorporar la racionalidad socio-axiológica a las particulares decisiones judiciales a las que se hizo referencia dentro de un marco teórico-conceptual que garantice la posibilidad de objetividad o racionalidad intersubjetiva.

SECCIÓN III

Racionalidad económica a partir del análisis económico del derecho

En este capítulo se expondrán algunos argumentos sobre el interés de incorporar nociones propias del análisis económico al derecho como ejemplo de otra de las múltiples racionalidades que se han analizado en este trabajo.

Uno de los problemas que suele generar discusión entre juristas es que el derecho puede presentar cierto grado de dificultad para alcanzar objetividad, tanto en la producción normativa como en la resolución de casos.

Sin perjuicio de ello, no han faltado desarrollos teóricos que intentaron ofrecer criterios con la intención de alcanzar aquella objetividad. La mayoría de ellos contaron con el auxilio de otras disciplinas. De este modo se puede mencionar, a modo de ejemplo, a Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin quienes de la mano de la lógica –entre otros invaluables aportes teóricos- buscaron aportar la máxima certeza posible al derecho y a la actividad jurídica. Asimismo, cabe destacar a Ricardo Guibourg con su desarrollo sobre la Informática Jurídica Decisoria mediante la cual planteaba la posibilidad de que la Inteligencia Artificial pudiera ponerse al servicio del derecho para poder resolver los litigios del modo más efectivo y eficiente posible mediantes resultados inobjetables. Cabe aclarar que los ejemplos mencionados son meramente ilustrativos, pues su explicación y desarrollo *in extenso* serían objeto de un trabajo aparte.

En esta línea de pensamiento, se advierte que la interdisciplinariedad se presenta como una herramienta relevante a la hora de abordar el complejo fenómeno jurídico. Son variados los enfoques con los que se ha analizado el derecho. Así, se pueden mencionar los diversos aportes de disciplinas como *Law and Literature*, *Law and Humanities*, *Law and Sociology*, *Law and Psychology*.

Sin embargo, existe un enfoque que, por las particulares características de la disciplina que aporta su óptica, presenta un elevado grado de relevancia en cuanto a la posibilidad de aportar esa objetividad tan deseada por muchos juristas. Y tal enfoque es el Análisis Económico del Derecho (en adelante AED) o *Law and Economics*.

Ahora bien, es importante destacar que el AED no es un enfoque homogéneo, sino que se presenta bajo diferentes versiones. En Francia, principalmente a comienzos del siglo XX, los juristas no le adjudicaban a la economía ningún método específico, sino que se lo relacionaba con métodos propios de otras ciencias sociales. En esa línea, se puede mencionar a Paul Pic y a Frédéric Le Play que vinculaban a la economía política al método histórico, empleando así lo que se conoce como "historicismo económico". Del mismo modo, a modo de comparación, en los Estados Unidos la economía fue una de las fuentes de estímulo del realismo norteamericano. Sin embargo, cabe destacar que en Francia la importancia de este método fue perdiendo peso a medida que la ciencia económica se fue matematizando; mientras que en los Estados Unidos se continuó prestando atención tanto la economía como a las otras ciencias sociales. Uno de los principales intereses en el enfoque económico era el enfoque teleológico del derecho atento a los efectos económicos de las decisiones de justicia[406].

De tal modo, pueden considerarse como trabajos precursores sobre el Análisis Económico del Derecho y de la corriente *Law and Economics* los de Ronald Coase y Guido Calabresi y luego, en 1970, los de Richard Posner. En este último caso, se proponía un método de análisis de las reglas jurídicas a partir de elementos de la economía heredera del pensamiento neoclásico. Al respecto, "*… se trata de evaluar en particular ´las reglas y las instituciones jurídicas´ a partir de ´criterios económicos´, en particular aquel de la capacidad de ´maximizar las riquezas´"*[407].

A partir de esa línea de investigación, esta corriente fue captando la atención a punto tal que, en Francia fue cobrando nuevamente interés debido a que ofrecía un marco conceptual atractivo para reactivar algunas materias jurídicas, por ejemplo, el derecho comercial, y para el desarrollo de nuevas.

Más allá de este pequeño relato contextual acerca de los orígenes del AED, es importante remarcar que no tardaron en llegar los cuestionamientos metodológicos con relación a los usos de los saberes económicos por los juristas. Específicamente

[406] Ver en este sentido: Champeil-Desplats, Véronique (2016), *Méthodologies du Droit et des Sciences du Droit*, Ed. Dalloz : Paris.

[407] Op. cit., Champeil-Desplats, p. 250.

en lo que respecta a *qué* saberes y *cómo* se usan. Al respecto, "*Se han podido observar cuatro tipos de apropiación: reformateo, la evidencia, la evaluación-prescripción, la justificación*"[408].

En lo que respecta a la primera de ellas, los juristas han analizado los hechos económicos y su evolución desde el foco jurídico, es decir, no solamente se estudian los elementos económicos que pueden encontrarse en el derecho, sino que, además y principalmente, se estudia la economía desde el derecho. En lo que atañe a la segunda apropiación, los juristas encuentran en la economía un orden neutro y objetivo que pueden emplear para analizar lo que ocurre dentro del derecho. En este sentido, la economía puede servir a fines heurísticos pues "*…permite (…) ´revelar una lógica (…), una racionalidad del derecho´ o incluso ´otorgarle una coherencia´ que el instrumental clásico de la ciencia jurídica no se le permitiría*"[409]. En cuanto al tercer modo en que se emplean en el derecho las referencias económicas, cabe mencionar que sirven para construir criterios y métodos de evaluación del derecho. Al respecto, se considera que "*A través de estudios de impacto, balances, medidas de atractividad, de competitividad o de eficacidad de las normas jurídicas, la perspectiva es medir sus efectos económicos. Este trabajo sirve de soporte a la proposición de reformas tendientes a adaptar el derecho, a tornarlo previsible, coherente, completo o incluso competitivo y eficaz a partir de los criterios vinculados a un tipo de determinado de racionalidad económica*"[410]. Finalmente, los saberes económicos pueden servir para la justificación del discurso jurídico toda vez que se puede valer de teorías, conceptos e información que contribuyen a la posibilidad de corrección de los argumentos.

En base a lo expuesto, puede advertirse que existen diversos enfoques con relación al AED que ponen el acento en diversos aspectos de esta relación entre el campo jurídico y el económico. Algunos de los aportes más significativos a esta materia han

[408] Op. cit., Champeil-Desplats, p. 251.

[409] Op. cit., Champeil-Desplats, p. 252.

[410] Ibidem.

sido los de Coase[411] y Posner[412], como se expresó anteriormente, pero también cabe mencionar a Gary Becker[413], Robert Cooter y Thomas Ulen[414], Bruce Ackerman[415], Gordon Tullock[416] e incluso a un teórico del derecho como Pierluigi Chiassoni[417]. El abordaje de este enfoque suele estar clasificado en "positivo" (Escuela de Chicago) y "normativo" (Escuela de Yale). En lo que respecta al primero, lo que busca el AED es explicar el efecto de las normas jurídicas sobre hechos, por ejemplo, sobre los mercados; pero también permite explicar la adopción de determinadas legislaciones a partir de presupuestos económicos, es decir, determinar el motivo de la adopción de un determinado contenido y no de otro. Por su parte, en cuanto al enfoque normativo, tiene por objeto la incorporación de criterios económicos en la adopción de prescripciones normativas, es decir, qué es lo deberían hacer los distintos operadores jurídicos con el objeto de maximizar ciertas preferencias. Sin embargo, esa clasificación binaria ha sido superada pues hoy proliferan otros enfoques, como por ejemplo el "funcionalista" (Escuela de Virginia), basada principalmente en la teoría de la elección pública.

Una vez realizadas estas aclaraciones preliminares, a continuación, se desarrollará cuál es la relación en general que puede existir entre el derecho y la economía (A). Luego, se propondrá analizar algunos de los conceptos y teorías más relevantes de

---

411 Coase, R. H. (2000), *Le coût du droit*, Ed.puf : France ; Coase, R. H., *La economía y disciplinas conexas*, IUS ET VERITAS: Revista de la Asociación IUS ET VERITAS, ISSN 1995-2929, Nº. 47, 2013, págs. 334-343; Coase, R. H., *Law and Economics and A. W. Brian Simpson*, The Journal of Legal Studies, Vol. 25, No. 1 (Jan., 1996), pp. 103-119, Published By: The University of Chicago Press.

412 Posner, Richard, (2007), *El Análisis Económico del Derecho*, 2da edición, Ed. Fondo de Cultura Económica: México D.F.; Posner, Richard (2011), *Cómo deciden los jueces*, Marcial Pons: España.

413 Becker, Gary (1976), *The Economic Approach to Human Behavior*, The University of Chicago Press; Becker Gary, *Nobel Lecture: The Economic Way of Looking at Behavior*. Journal of Political Economy, University of Chicago Press, Vol. 101, No. 3 (Jun, 1993); Becker, Gary, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, Journal of Political Economy, Vol. 6, No. 2 (1996), pp. 169-217.

414 Cooter, R. y Ulen, T. S. (2016), *Derecho y Economía*, Fondo de Cultura Económica: México D.F.

415 Ackerman, Bruce, *Law, Economics, and the Problem of Legal Culture*, Duke Law Journal 929-947 (1986); available at: https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol35/iss6/1.

416 Tullock, Gordon (2005), *Law and Economics (The Selected Works of Gordon Tullock)*, 9th edition, Ed. Liberty Found: USA.

417 Chiassoni, Pierluigi (2013), *El análisis económico del derecho*, Ed. Palestra: Lima, Perú.

la economía en su relación con el derecho (B). De tal modo, con este marco teórico-conceptual, se procederá a realizar un desarrollo esta relación en el marco del *Análisis Económico del Derecho* (AED) como campo de estudio en particular (C). Seguidamente, se mencionarán las principales objeciones al AED (D). Posteriormente, se ofrecerá una visión desde la Escuela Crítica del Derecho respecto al AED con la intención de aportar un desarrollo desde diversos puntos de vista y encontrar relaciones entre ellos (E). En base al desarrollo propuesto en todos los puntos expresados anteriormente, se propondrán algunas conclusiones relativas a la relevancia de pensar al AED como una racionalidad económica que interactúa al seno del derecho junto con otras de las racionalidades que son analizadas en esta investigación (F).

A.

La relación entre el Derecho y la Economía

La idea es poner de manifiesto de qué modo la economía puede contribuir a enriquecer el análisis del derecho en tanto fenómeno complejo y puede también ofrecer herramientas para la justificación de las decisiones judiciales, especialmente aquellos casos difíciles en los que se torna relevante información que puede no surgir explícitamente de las normas pero que resulta insoslayable para la decisión del caso en la medida que se pretenda resolver con justeza. En esta misma inteligencia se ha desarrollado anteriormente el análisis acerca de la racionalidad socio-axiológica[418], es decir, a partir de la posibilidad de ofrecer un marco teórico-conceptual que pueda servir, por un lado, para ampliar el espectro de análisis del derecho expandiendo su faceta normativa y permitiendo su interacción con otras racionalidades, y, por otro lado, para proveer herramientas argumentales que sirvan para incorporar aquellas racionalidades al discurso jurídico aplicado en la decisiones judiciales.

En este sentido, se puede adelantar, de forma muy general, que la teoría económica resulta útil a los efectos de aportar una explicación del sistema legal y predecir sus

[418] Ver: Segunda parte; Capítulo II; Sección II.

consecuencias, todo ello a efectos de lograr un sistema eficiente. La eficiencia jugará un papel predominante en este análisis pues es uno de los pilares sobre los que reposa la teoría económica, tal como se verá más adelante.

Es menester señalar que la economía cuenta con un marco teórico-conceptual aceptado por la gran mayoría de los economistas, por lo que existe un consenso en esa área del conocimiento que trae aparejado un alto grado de objetividad a la hora del empleo de los conceptos y teorías propias del mundo económico. De tal modo el AED aporta un método científico útil para el derecho que permite palear algunos de los problemas propios del mundo jurídico, como por ejemplo las ambigüedades de sus términos o las posibles interpretaciones que pueden hacerse de una misma norma. Aquel análisis también resulta útil para determinar si las reglas de un sistema jurídico resultan eficaces. En este sentido, Eduardo Stordeur destaca que "*Ulen cree que el principal aporte del AED es la introducción del método científico de investigación del derecho, es decir, un compromiso mayor con la teorización abstracta y la comprobación empírica de las teorías legales*"[419].

Ahora bien, es dable aclarar que existen posturas iusfilosóficas, como aquellas que desarrollan una concepción analítica del derecho, que intentan dar respuesta a las dificultades propias del derecho. Sin embargo, muchas veces caen en los mismos baches puesto que trabajan con las mismas herramientas que desde un comienzo reconocen como defectuosas. De tal modo, en cierto punto, se intenta dar con un método aproximado al de las ciencias formales pero que contiene muchos de los elementos que, en realidad, se pretenden corregir.

Es por ello por lo que la economía se presenta como una racionalidad que interactúa con el derecho aportando todo su bagaje teórico consensuado y aceptado y desplegando sus herramientas a fin de colaborar en la corrección eficiente de algunos problemas que puedan darse al seno de los sistemas jurídicos y haciendo visible el contenido económico que puede resultar relevante en la decisión de algunos casos, tal como se ha expuesto anteriormente.

[419] Stordeur, Eduardo (h.) (2011), *Análisis Económico del Derecho. Una Introducción*, 1ª ed., Abeledo-Perrot: Buenos Aires, p. 7.

Al respecto, el método que propone el AED se encuentra más próximo al de las ciencias duras en las que las teorías presentan un grado mayor de aceptación y sólo pueden ser confrontadas por medio de una mejor teoría que sea verificable. En esta inteligencia, debe tenerse en cuenta que el empleo de matemáticas en la economía permite resultados más precisos que los ofrecidos por las diversas teorías de la argumentación jurídica. Esto no quiere decir que posturas incluso opuestas como el silogismo judicial y la hermenéutica no resulten modelos relevantes para esquematizar y justificar las decisiones judiciales, sino que en algunos casos tales procedimientos argumentales pueden ser complementados con herramientas provenientes del razonamiento económico.

Asimismo, el AED por medio de la noción de eficiencia permite que las normas jurídicas no sólo resuelvan conflictos una vez acaecidos los mismos, sino que, por medio de un sistema de incentivos y disuasiones, el derecho puede actuar de modo tal que se aliente o desaliente la realización de determinadas conductas por parte de los individuos. Se verá más adelante cómo la disuasión cumple un rol central en el análisis económico del derecho penal. Cabe poner de relieve, no obstante, que dicha concepción respecto de los incentivos no es propia del análisis económico, sino que ha sido desarrollada también por algunos juristas como es el caso de H.L.A. Hart.

Por último, es importante aclarar, tal como lo sostiene Richard Posner, que "*No deben confundirse la ´teoría económica del derecho´ y la ´teoría de la eficiencia del derecho común´. La primera trata de explicar el mayor número posible de fenómenos legales mediante el uso de la economía. La segunda (que está incluida en la primera) postula una meta económica específica para un subconjunto limitado de reglas e instituciones legales*"[420].

Estos lineamientos generales que ilustran algunos aspectos de la relación entre el derecho y la economía deben ser complementado con un desarrollo acerca de los principales conceptos y las principales teorías de la economía cuya utilización resulta relevante para el derecho.

[420] Posner, Richard, (2007), *El Análisis Económico del Derecho*, 2da edición, Ed. Fondo de Cultura Económica: México D.F., pp. 59-60.

B.

Análisis de los conceptos y teorías más relevantes de la economía en su relación con el derecho

La mayoría –para no arriesgar a decir todos- los elementos de la economía describen la conducta humana. En este aspecto se advierte una enorme semejanza con el derecho que, entre las múltiples funciones que se le asignan, puede decirse que tiene por finalidad regular las conductas de los individuos al prohibir, obligar y permitir a realizar determinados actos. De tal modo, a continuación se analizarán cuatro elementos centrales que luego resultarán útiles para comprender de qué modo el AED resulta nuevamente un enfoque importante a tener en cuenta a la hora de analizar el derecho, a saber: "*…a) la hipótesis o modelo por el cual se asume que los individuos toman decisiones con la finalidad de maximizar su utilidad; b) los precios, es decir, la relación de valor entre las alternativas que enfrenta el individuo, c) la noción de equilibrio (…) d) los principales conceptos de eficiencia (…)*"[421].

Resulta relevante efectuar una pequeña referencia respecto de cada uno de esos cuatro elementos puesto que su comprensión es necesaria a la hora de abordar el AED. De tal modo, en cuanto a la **maximización de la utilidad** se entiende que las personas buscan satisfacer todo tipo de necesidades de modo que puedan adquirir la mayor cantidad de bienes para satisfacer sus preferencias, al menor costo posible. En este sentido, "*la economía (…) podría definirse como la ciencia de la elección y, por lo tanto, aplicable tanto a decisiones que recaen sobre bienes y servicios en los mercados típicos o sobre decisiones tales como iniciar una demanda o apelar una sentencia, adoptar una unidad más de cuidado para evitar los costos esperados de una sentencia por daños y perjuicios o cumplir un convenio frente a la alternativa de enfrentar un pleito*"[422].

Asimismo, hay que tener presente lo referido al análisis económico en términos marginales, lo que implica que las personas no toman decisiones en términos absolutos, sino que, los cambios de precios afectan directamente en la oferta y la

[421] Op. cit., Stordeur, p. 20.

[422] Op. cit., Stordeur, p. 22.

demanda. Esa idea aplicada al plano normativo trae aparejado por ejemplo que "…*no resulte racional adoptar una decisión colectiva de suprimir todo el delito, aun si eso fuese posible, puesto que implicaría sacrificar demasiado otras metas usualmente deseables, como la salud o la educación*"[423]. El AED en términos marginales estudiaría el modo en que puede garantizarse la seguridad pública pero no la erradicación absoluta del delito, puesto que no es concebido como algo realista desde esa óptica.

En lo que atañe a **los precios**, cabe destacar que "*El precio consiste en una relación de valor entre diversas alternativas disponibles, razón por la cual toda elección tiene necesariamente un precio. El precio relevante de una decisión cualquiera se expresa por las alternativas que se sacrifican a consecuencia de la elección*"[424]. Este concepto aplicado al campo del AED explica que existe similitud en el modo en que las personas se comportan con relación a los precios tanto al adquirir bienes y servicios como al tomar decisiones legales, puesto que se sostiene que las normas jurídicas tienen precios implícitos. Entonces, si se considera que las normas pueden tener incidencia sobre los precios esto implica que pueden condicionar las alternativas que se les presentan para satisfacer sus preferencias y, en ese sentido, es que se entiende que la conducta de las personas en dicho contexto puede ser abordado desde la teoría económica. Al respecto, cabe señalar que "*…cuando una alternativa disminuye su precio, en términos de las demás cosas que hay que sacrificar para alcanzarla, su demanda o empleo se hace más atractiva, del mismo modo que cuando el precio sube, su empleo o demanda se hace menos atractiva. Esto sucede de hecho, también, con los institutos legales, en tanto es predecible que los operadores busquen aquellas alternativas que les signifiquen menos de otras cosas para lograr sus objetivos, es decir, aquellos institutos legales que permiten conseguir los objetivos al menor precio*"[425]. Pero ello ocurre también en el caso de los individuos pues "*(…) las personas toman en cuenta los precios implícitos en el sistema legal, por ejemplo, incrementando la tasa de incumplimiento contractual cuando las indemnizaciones por*

[423] Op. cit., Stordeur, p. 24.

[424] Op. cit., Stordeur, p. 25.

[425] Op. cit., Stordeur, p. 26.

incumplimiento son más bajas o la aplicación de éstas es menos probable, o una combinación de ambas"[426].

Por su parte, en lo relativo al **equilibrio**, cabe señalar que el mismo trae aparejada la idea de que, una vez que las personas han satisfecho sus necesidades e intereses al menor costo posible, y sin variaciones en los precios, no tienen necesidad de cambiar sus conductas pues han alcanzado un punto en el que todas las variables funcionan correctamente. En este sentido y, en cuanto a la relevancia de este concepto para el AED, hay que destacar que "*Se asume que las personas buscan maximizar su utilidad o alguna meta en particular y de ese modo se examinan los precios monetarios o no monetarios contenidos en las reglas legales y se examinan las propiedades del equilibrio o resultado estable de esas interacciones*"[427].

Por último, se debe analizar la **eficiencia**. Este concepto guarda íntima relación con el derecho, más específicamente con la administración de justicia, de la que se pretende, en algún sentido, su eficiencia. Pero es menester realizar algunas aclaraciones con relación a este concepto para poder advertir la relación que se le atribuye con el derecho. En este sentido, cabe aclarar que cuando se habla de eficiencia en el marco del AED, se refiere a una "eficiencia distributiva", es decir, eficiencia en los términos de Pareto. Ahora bien, es preciso realizar alguna aclaración para comprender esta idea. En este sentido, "*…para comprender el significado de la eficiencia de Pareto, es conveniente distinguir entre una ´mejora en el sentido de Pareto´ o ´superioridad o dominancia en el sentido de Pareto´. Se dice que un estado de cosas X es superior o domina a otro Z si nadie prefiere Z a X y al menos alguien prefiere X a Z. Supone que un estado de cosas es superior a otro si consecuencia del cambio distributivo al menos una persona está mejor y ninguna está peor, desde la perspectiva de sus propias preferencias*"[428]. Pero, esto no siempre sucede en la realidad porque, por ejemplo, una medida de gobierno que puede beneficiar a un sector de la población puede al mismo tiempo perjudicar a otro. Esto sucede

[426] Op. cit., Stordeur, p. 27.

[427] Op. cit., Stordeur, p. 29.

[428] Op. cit., Stordeur, p. 30.

constantemente con las decisiones sociales y legales que se adoptan en el seno de una sociedad.

Una vez analizados los cuatro elementos característicos de la teoría económica, resta efectuar una pequeña referencia a las nociones de “teoría de precios” y “teorías de juegos y cooperación” propias también de teoría económica.

En lo que atañe a la **teoría de precios**, esta resulta fundamental a la hora de analizar el sistema legal desde la óptica de la economía pues determina el motivo y el modo en que los individuos toman sus decisiones, en cualquier contexto. Es menester realizar una aclaración, el completo abordaje de esta teoría sería una ardua empresa y de puro contendido de teoría económica que dispersaría la atención del tema central de este desarrollo. Sin embargo, se advierte que muchos conceptos que son empleados para el desarrollo de la teoría de precios pueden ser conocidos –al menos una mínima noción- por lo que se enunciarán a modo de referencia. Entre ellos se pueden encontrar: escasez; costo de oportunidad (resignar otras alternativas disponibles); problema de asignación y producción de recursos escasos; el proceso de mercado; bienes escasos, económicos y de consumo; factores de producción (recursos naturales, trabajo y capital); utilidad marginal; costos marginales; demanda (elástica, inelástica o unitaria), oferta (elástica, inelástica o unitaria); entre otros.

Asimismo, dentro de la teoría de precios, se estudian las diferentes imperfecciones del mercado. Al respecto, es precioso destacar lo atinente a: los monopolios (derecho de defensa de la competencia); la asimetría de la información; los bienes públicos (no rivalidad y no exclusión del consumo); y las externalidades (por ejemplo, el supuesto de una fábrica que contamina y afecta la fertilidad de un campo, y traslada costos no compensados a toda la sociedad).

Resulta relevante realizar una consideración adicional con relación a las externalidades mencionadas en el párrafo anterior y su relación con lo que se conoce como el **Teorema de Coase**. Por medio de aquél puede establecerse en qué casos los individuos pueden realizar transacciones entre ellos sin necesidad de recurrir a la solución que aporta la ley. En este sentido, si por ejemplo el derecho de propiedad de un individuo se encuentra bien definido y los costos de transacción son bajos o nulos, las partes pueden prescindir de lo establecido por el texto legal a fin de solucionar los

efectos externos que pueden surgir de la operación. De este modo, se advierte cómo cuestiones de índole económicas tienen incidencia en la conducta de los individuos en situaciones en las que, desde la óptica jurídica, sólo podrían resolverse apelando a la ley. Sin embargo, en los casos en los que los costos de transacción son elevados o las partes no llegan a un acuerdo, se recurre a lo que se denomina **Teorema de Hobbes** por medio del cual se le asigna relevancia a la ley a fin de palear el conflicto entre los privados y, así, se otorga el derecho a quien se encuentra en una situación más beneficiosa para ejercer el mismo, lo que –en principio- lograría compensar a la otra parte.

De este modo, puede decirse que "*(…) el aporte de Coase al derecho y al estudio de las instituciones es fundamental. El uso combinado de los conceptos de costos de transacción y derechos de propiedad (en sentido económico) ha dado forma a un nuevo e importante esquema analítico que permite una descripción y explicación del sistema legal y de las instituciones en general, al mismo tiempo que ha colaborado a reintroducir la variable institucional en el pensamiento económico actual*"[429]**.**

Por otra parte, debe analizarse lo que respecta a la **teoría de juegos y la cooperación**. Nuevamente, debe efectuarse la aclaración de que el desarrollo teórico en torno a este tema es inmenso, motivo por el cual sólo se esbozaran algunas nociones básicas al respecto. Puede comenzarse con una reflexión acerca de la **Tesis de Smith** en términos modernos en cuanto sostiene que "*…el sistema de precios en mercados competitivos orienta las decisiones individuales en dirección a equilibrios eficientes en el sentido de Pareto. En casos de fallas o imperfecciones de mercado, sucede que las personas buscando su propio interés arriban a resultados conjuntos o equilibrios no deseables en términos de sus propias preferencias*"[430].

En este sentido, la teoría de juegos se presenta como una herramienta para demostrar equilibrios sociales, teniendo en cuenta que el bienestar personal no depende de las decisiones que tome un individuo en el afán de satisfacer sus intereses –como sucede

[429] Op. cit., Stordeur, pp. 102-103.

[430] Op. cit., Stordeur, p. 114.

en el mercado-, sino que cobran relevancia las decisiones que tomen el resto de los individuos.

A su vez, cabe señalar que existen dos tipos principales de teorías de juegos: la cooperativa y la no cooperativa. La diferencia esencial entre ambas es que, en la primea, las personas pueden negociar y logran acuerdos sometidos a condiciones generales (es de gran aplicación en teoría contractual); mientras que, en la segunda, las personas no pueden negociar y son estos supuestos en los que el sistema legal asume un rol preponderante a fin de que puedan tomarse decisiones o resolverse los conflictos.

La teoría de juegos no cooperativa tiene los siguientes elementos, a saber: los jugadores; las estrategias de aquellos; y los pagos de dichas estrategias.

Ahora bien, el modo en que la teoría de juegos pude aplicarse al AED resulta del siguiente modo: "*…un litigante enfrenta la decisión de litigar una disputa o arreglarla por un precio, o apelar una sentencia o no hacerla, un juego supone que los jugadores enfrentan alternativas (…) Los pagos representan el resultado en utilidad, dinero (o cualquier otra meta de los jugadores), consecuencia de la elección de estrategias; usualmente se les asigna un valor o número y sirven para estimar cuáles resultados son preferibles a otros. La teoría de los juegos en su forma corriente asume que las personas quieren maximizar sus pagos, es decir, que toman decisiones o eligen aquellas estrategias que maximizan sus pagos*"[431].

Para finalizar con la teoría de juegos es menester destacar que existen otros tipos de juegos, que solamente serán mencionados a fin de reflejar la riqueza teórica del análisis que se está llevando a cabo, tales como: Juego de Coordinación; Juego de la mano invisible; Juego del trabajo conjunto; Dilema del prisionero; y Juego del seguro o la confianza.

[431] Op. cit., Stordeur, pp. 116-117.

C.

El Análisis Económico del Derecho como campo de estudio particular

En los párrafos anteriores se analizaron los conceptos centrales de la teoría económica que resultan fundamentales a la hora de encarar el desarrollo del AED.

Una vez esclarecidas aquellas nociones, que pueden resultar un tanto ajenas para los juristas, se procederá a afrontar de lleno el AED. Es importante destacar que este análisis puede aplicarse a diversos ámbitos jurídicos, como, por ejemplo: el derecho de los contratos, el derecho de propiedad, el derecho de daños, el derecho penal, entre otros. Ahora, se hará foco sobre la relación en general que existe entre el derecho y la economía. Luego, se procederá a analizar en particular cómo este fenómeno se desarrolla en el derecho penal.

De este modo, es dable señalar que el enfoque económico del derecho consiste en "*…en el empleo de la teoría económica, fundamentalmente teoría de precios, a los fines de explicar el sistema legal, predecir sus consecuencias, o bien, recomendar cambios con la finalidad de obtener resultados eficientes (…)*"[432]. En este sentido, es una teoría que analiza los precios explícitos o implícitos que se encuentran, por ejemplo, en las leyes y en la jurisprudencia.

Asimismo, el AED permite analizar y sistematizar la conducta de los individuos, partiendo de la idea de que las normas e instituciones jurídicas cuentan con incentivos (precios sombra o costos). Pero no sólo puede analizarse la conducta, sino que puede dirigirse o controlarse, al fin de lograr la eficiencia tan anhelada en materia económica. De tal modo, puede decirse que la economía aporta al derecho una "teoría de la acción" basada en un criterio de premios y castigos –contenidos en las normas-, que orienta la conducta de personas, las que ya se ha dicho que siempre buscan maximizar su bienestar. Entonces, si se concibe al sistema legal como un sistema de precios, se puede anticipar las consecuencias futuras de las leyes, lo que deriva en que ya no sólo las normas operaran *ex post,* sino que se abre la posibilidad de

[432] Op. cit., Stordeur, p. 1.

adjudicarles una función *ex ante*. En ese sentido, Posner, a partir de un caso hipotético en el que X es baleado por un cazador descuidado, considera que "*No sólo son la justicia y la equidad términos no económicos, sino que al economista no le interesan (…); la única cuestión que interesa a la víctima y a su abogado es ¿quién debería solventar los costos de* este *accidente? Para el economista, el accidente es un capítulo cerrado. Los costos que inflige están sembrados. Al economista le interesa la prevención de los accidentes futuros que no se justifiquen por los costos y, por lo tanto, la reducción de la suma de los costos de los accidentes y de su prevención*"[433].

Ahora bien, el tipo de análisis planteado anteriormente parte del supuesto de que se cuenta con normas jurídicas que ya se encuentran a disposición de los individuos y, en base a ello, se estudia la respuesta de estos frente a distintos incentivos. Pero también puede efectuarse otro tipo análisis si se tiene en consideración el modo en que la economía repercute en el sistema legal.

Por otra parte, es menester destacar que existen distintos usos del enfoque económico aplicado al derecho. Así, debe distinguirse entre un análisis económico del derecho positivo y un análisis económico del derecho normativo. Para diferenciar ambas aproximaciones puede considerarse que "*Mientras el primero supone emplear economía para explicar el sistema legal o predecir las consecuencias del cambio en las reglas legales, el segundo persigue sugerir cambios al sistema legal con la finalidad de lograr la eficiencia o, aun cuando menos frecuente, cualquier otra meta o resultado deseable, como por ejemplo cierta distribución de la riqueza o el logro de un estándar de política ambiental a menores costos*"[434].

En cuanto a los **usos positivos** del AED, mediante la teoría de la acción se pretende aportar proposiciones empíricas con relación a la conducta de los individuos, lo que puede traducirse en un modo de trasladar la **racionalidad económica** a la teoría jurídica, para la que el comportamiento de los individuos resulta esencial.

Asimismo, no sólo el AED sirve para estudiar la conducta de los individuos, sino también el modo en el que se desenvuelves las instituciones legales en cuanto a la

[433] Op. cit., Posner, pp. 58-59.

[434] Op. cit., Stordeur, p. 37.

relación entre costos y beneficios aplicados a los actores. La concepción tradicional del derecho tiene una visión *ex post* con relación al modo en que las normas jurídicas producen efectos. Sin embargo, por medio del AED puede logarse un sistema coherente y racional para interpretar las normas que permita tener presente la utilización de la norma antes de que acontezcan los hechos. Tal es el caso, por ejemplo, de las reglas sobre responsabilidad objetiva que trasladan costos de los conductores hacia los peatones.

Puede advertirse una segunda función positiva del AED, a saber, aquella referida a la posibilidad de predecir la respuesta de los individuos a partir de un sistema de premios y castigos. De este modo, para simplificar la cuestión, puede decirse que una sanción elevada ante un incumplimiento contractual traería aparejado un mayor cumplimiento de aquel, a fin de evitar la sanción.

En este sentido, "*Una forma posible de definir el derecho desde el enfoque económico de la ley (…) es la idea de que éste constituye un sistema de gobierno social basado en incentivos. Si las personas (…) reaccionan a cambios en los precios contenidos en las reglas legales de manera determinada y predecible, entonces parte del estudio del derecho puede centrarse en mostrar las consecuencias del sistema legal*"[435].

Pero, tal como se expuso anteriormente, la teoría económica aplicada al derecho también puede tener **usos normativos** mediante los que pueden realizarse estudios y proponer cambios a efectos de lograr la eficiencia, pero también para alcanzar otros tipos de objetivos más específicos. Al respecto, puede hablarse de la existencia de distintos "niveles de normatividad". Según Posner, una "normatividad débil" es aquella que propone cambios a fin de lograr eficiencia en casos específicos. Esta idea no resulta controvertida porque la eficiencia se propone como un objetivo particular y no como el fundamento del sistema legal. Pero, existe otra concepción que pretende que la actividad jurisdiccional tienda a la eficiencia. Es decir, intenta ubicar a la eficiencia como *leitmotiv* del derecho. En este sentido se plantea que "*La idea central es que las reglas eficientes tienden a desplazar a las demasiado costosas, que las reglas eficientes se disputan menos en los tribunales y que además son las que subyacen a*

[435] Op. cit., Stordeur, p. 40.

buenas prácticas cooperativas y que, por lo tanto, son las que tienden a ser elegidas por las personas en sus arreglos personales"[436].

Cabe destacar que un uso normativo relevante para el presente análisis y que puede complementar el desarrollo efectuado con relación a la racionalidad social, es la posibilidad de aportar un criterio de eficiencia y/o de bienestar lo cual puede ser relacionado con la discusión acerca de la justicia. Más allá de las diversas posturas morales que puedan aportar opinión en este sentido, vale señalar que "*…quienes mantienes posiciones de tipo ´sociológicas´ de la moral (…) del derecho es evidente que requieren de un instrumento a los fines de examinar la demanda social por determinados resultados normativos (…)*"[437].

Otro uso normativo del AED es el de poder ayudar a reducir la ambigüedad propia de las normas jurídicas y aportar precisión. A modo de ejemplo, puede mencionarse la "regla o fórmula de Hand" en materia de negligencia. En este sentido, cabe mencionar que "*Esta regla define la negligencia como la ausencia de precaución justificada por sus costos. Aun cuando esta fórmula difícilmente sea directamente operativa, permite pensar mejor la regla y utilizarla siempre que el analista esté de acuerdo con que una finalidad apreciable del derecho de daños debe ser minimizar el costo de los accidentes, la suma del costo de prevención más el valor esperado de los accidentes y los costos asociados a administrar los sistemas de responsabilidad*"[438].

Por último, puede considerarse que el uso normativo también puede resultar aplicable a los distintos procedimientos legales al poner como norte la eficiencia, lo que traería aparejado la reducción de los costos, o la exigencia de más prueba, dependiendo lo que se pretenda obtener. Es decir que, también en materia procesal pueden sugerirse cambios en este sentido para lograr la eficiencia, la que puede traducirse en menores tiempos, menores exigencias probatorias o menores costos.

En los parágrafos anteriores se analizó el fenómeno del AED desde los conceptos centrales de la teoría económica hasta los vínculos que podían encontrarse entre el

[436] Op. cit., Stordeur, pp. 42-43.

[437] Op. cit., Stordeur, p. 49.

[438] Op. cit., Stordeur, p. 45.

derecho y la economía. De tal modo, se desarrolló de qué manera la economía puede resultar útil para abordar el mundo jurídico, por medio de sus usos normativo y positivo, su lenguaje técnico, sus teorías consensuadas y el empleo de las matemáticas, entre otras características abordadas.

Asimismo, se señaló que el AED podía emplearse para estudiar diversos campos jurídicos, entre los que se pueden mencionar el derecho de propiedad, el derecho de los contratos, el derecho de daños y el derecho penal. Es sobre este último que se realizará un abordaje más profundo a efectos de ilustrar cómo funciona la teoría económica aplicada al derecho penal.

El AED ofrece respuestas por medio de modelos empíricos frente a diversos temas abordados por el derecho penal y la conducta criminal.

Ahora bien, es importante tener en cuenta una caracterización que este análisis realiza respecto de las personas que cometen delitos, pues en base a ella es que se desarrolla luego toda la teoría económica aplicada al derecho penal. En ese sentido, la economía del delito concibe al delincuente como un "ser racional" que realiza un cálculo de costos y beneficios previo a llevar a cabo su conducta a fin de maximizar el resultado. Esta idea fue adoptada por autores como Jeremy Bentham y Gary Becker[439].

De tal modo, se entiende que a partir de modificaciones en determinados parámetros económicos se puede incidir en dicha conducta, disuadiéndola o haciéndola menos tentadora. En este sentido, puede entenderse que "*(…) el derecho penal puede explicarse como un conjunto de reglas y procedimientos destinados a internalizar o disuadir a las personas de cometer cierta clase de externalidades negativas graves usualmente producidas con intención de dañar que denominamos delitos*"[440].

Así, puede apreciarse que gran parte del AED aplicado al derecho penal se centra en la finalidad de disuadir a los individuos de comer delitos y en la prevención del delito. Al respecto, se debe tener presente que el derecho penal protege intereses públicos

[439] Ver en este sentido: Becker Gary, *Nobel Lecture: The Economic Way of Looking at Behavior*. Journal of Political Economy, University of Chicago Press, Vol. 101, No. 3 (Jun., 1993), pp. 385-409.

[440] Op. cit., Stordeur, p. 330.

y por ello se considera al delito como un problema social y, como tal, trae aparejado el hecho de que tanto el Estado como los individuos deben invertir en medidas de seguridad, tanto para prevenir (*ex ante*) como para dar una respuesta luego acaecida la externalidad negativa (*ex post*). En este sentido, la respuesta por excelencia que se da una vez cometido el delito es la judicial, la puesta en funcionamiento del proceso para responder frente a la externalidad negativa. Al respecto, Posner ha dicho que "*…el juez y, por ende, los abogados no pueden olvidarse del futuro. La decisión legal será un precedente que influya sobre la decisión de casos futuros. Por lo tanto, el juez debe considerar el impacto probable de fallos alternativos sobre el comportamiento futuro de la gente que realiza actividades que pueden originar la clase de accidentes que está conociendo*"[441].

De tal modo, se advierte que desde esta óptica el delito se considera como algo muy costoso para la sociedad. Así pues, el delito deja de considerarse un problema individual para pasar a ser social desde que los costos de un delito se trasladan a todas la sociedad que debe destinar dinero ya sea en su propia seguridad (alarmas, cámaras, etc.) como así también por medios de sus impuestos que son redirigidos a la prevención policial o el mantenimiento de las prisiones, entre otras. Por lo tanto, el costo se traslada de la víctima a toda la sociedad. Esa es una gran diferencia entre el AED aplicado al derecho penal y al derecho de daños, por ejemplo, en el que los costos no se extienden más allá de las partes involucradas.

Esta concepción deja patente la idea de que los tipos penales deben tener la finalidad de disuadir al delincuente para que éste no cometa un ilícito. Así se delinea un sistema en el que se presenta como lógico que los delitos más graves tengan penas más elevadas que aquellos cuya afectación social resulta menor. De tal modo, en términos económicos, si la pena es elevada ello implica un mayor costo para el delincuente en relación con el beneficio de la externalidad negativa que tenía en mente realizar, lo cual redunda en un intento de disuasión por parte del sistema penal. En este sentido, cabe destacar que tal disuasión implica que para el delincuente no exista ningún tipo de beneficio, o en términos económicos, que el beneficio neto sea negativo. Es por ello que, para esta visión, la modalidad de la pena debe ser algún tipo de castigo y no

[441] Op. cit., Posner, p. 59.

la mera recompensación a la víctima, pues en este último supuesto el delincuente quedaría en la misma situación en la que se encontraba antes de cometer el delito.

En este mismo entendimiento, el sistema penal prevé una pena menor para la tentativa debido a que, en su afán de disuadir, debe permitirle al delincuente advertir que, si detiene su accionar antes de la efectiva comisión del delito, la consecuencia no será tan severa que si hubiera cometido el delito.

Ahora bien, si el AED aplicado al derecho penal parte de la noción de un "delincuente racional", resulta interesante plantear qué sucede entonces con los menores y dementes, es decir, personas que no pueden comprender cabalmente los actos que realizan. En estos casos la disuasión no cumpliría con el efecto deseado, es por ello que en muchos casos existe una suerte de exclusión social de los mismos pues no se advierte un modo eficiente de lidiar con ellos. Es importante señalar que, desde esta visión, una norma que excluyera la responsabilidad de este tipo de personas podría llevar a que otras busquen colocarse en situaciones excluyentes y así evitar ser considerados responsables por las externalidades negativas (delitos) que cometan.

Sin perjuicio de ello, sí existen casos en los que la exoneración de responsabilidad no afecta la dinámica económica que se viene desarrollado. Un supuesto podría ser el del hurto famélico pues en este escenario no existen grandes costos para los privados, aunque si un enorme beneficio para el delincuente. De tal modo, tal circunstancia permite que en muchos casos no sea necesario poner en marcha el sistema penal para lidiar con ese tipo de situaciones pues el hurto en condiciones de hambruna no pareciera trasladar altos costos para la sociedad y el Estado.

En igual sentido puede explicarse el motivo por el cual, en el caso de la legítima defensa personal o de un tercero, también puede eximirse la responsabilidad. Se trata del mismo presupuesto de eficiencia. Es decir, en la medida que una persona pueda actuar en su propia defensa o la de un tercero se puede evitar trasladar los costos del delito a la sociedad o, al menos, minimizar el mismo. De tal modo esa visión económica del derecho penal plantea que un empleo mesurado de justicia por mano propia (justicia privada) puede contribuir al incremento de la fuerza disuasoria que se pretende alcanzar en materia penal.

Así pues, puede plantearse la idea de que no hay necesidad de invertir en formas de disuasión cuando no existen costos elevados producto de hechos delictivos.

En otro orden de ideas, resulta relevante abordar lo atinente a los tipos de penas con el que el derecho penal cuenta para poder lograr la disuasión que pretende en forma eficiente, es decir, al menor costo posible. Es por ello por lo que se debate en esta área si la mejor respuesta es la prisión o algún tipo de sanción monetaria como podría ser una multa. Al respecto, cabe señalar que, por un lado, si bien la privación de la libertad presenta un fuerte contenido disuasorio (pues resulta inconmensurable para el delincuente quien, en principio, no podría comparar el beneficio de cometer un delito con la pérdida de su libertad), por otro lado implica un enorme gasto para el Estado y la sociedad el mantenimiento de las prisiones y de los detenidos (en los EEUU la prisión perpetua de una persona de 25 años puede estimarse en un costo promedio en total de un millón de dólares). En este sentido, puede aclararse que, desde una perspectiva sociológica podría plantearse la hipótesis de que para algunos delincuentes no resulte relevante perder su libertad y, en ese caso, la prisión no sería una respuesta adecuada porque no sólo sería costosa sino además no cumpliría con su fin disuasorio. Pero, por otro lado, puede considerarse otro tipo de pena, como por ejemplo la multa o cualquier otro tipo de pena pecuniaria. Puede advertirse que en términos de eficiencia económica es preferible pues no implica ningún tipo de gasto (o casi nulo) sino que, por el contrario, genera ingresos. No obstante ello, este tipo de pena no resulta del todo efectiva pues no podrá provocar su función disuasoria en todos los casos. Así, habrá algunas personas que cuenten con un gran patrimonio para quienes una multa no resultará un obstáculo a la hora de cometer un delito. Para esas personas acaudaladas una multa (aunque elevada) no tendría efectos disuasorios. Por el contrario, habrá otro tipo de personas cuyos patrimonios no resultan suficientes para responder a las multas de modo que, en caso de cometer un delito, no podrían cumplir materialmente con la pena pecuniaria.

En mérito a ello, más allá del tipo de pena que se considere más efectiva, cabe destacar que siempre que la reducción del delito sea considerada de interés para una sociedad, lo que debe buscarse es que para el delincuente los costos del delito sean más altos que sus beneficios. Para poder alcanzar ese fin, tal como se ha señalado, se debe operar en un doble sentido, a saber, la prevención y la disuasión. Así, el

sistema penal propone sanciones que permitan cumplir con dichos objetivos. Ya se han abordado los dos tipos de penas más frecuentes como lo son la prisión y las multas. Sin perjuicio de ello no resulta ocioso destacar que existen otros tipos de medidas que el Estado puede adoptar a fin de desalentar la comisión de delitos, como por ejemplo centrar su atención en el sistema educativo, ampliar la oferta de empleos y mejorar los salarios de las personas. Sin embargo, dichas políticas también resultan costosas y sus efectos podrían apreciarse a largo plazo. Es por ello que, la respuesta del derecho penal es concreta y a corto plazo: disuasión por medio de un sistema racional y eficiente de sanciones. Pero no debe dejar de advertirse que esta respuesta a corto plazo resulta costosa pues no debe olvidarse que, para llegar a la aplicación de una sanción, primero existió el accionar de fuerzas de seguridad, luego se llevó a cabo un proceso judicial en el marco del cual se tuvo que producir prueba, y todo ello implica elevados gastos.

Asimismo, puede decirse que el sistema penal también opera sobre la prevención del delito al poder articular la oferta y cantidad de este, para hacerlo menos atractivo. En este sentido, debe considerarse que la actividad delictiva compite en el mercado con otras actividades lícitas. Algunas personas eligen el accionar ilícito toda vez que éste les resulta más rentable. En virtud de ello, el sistema penal debe actuar a efectos de reducir la oferta de delitos en una tendencia a su desaparición. De tal modo, no sólo se actúa en el ámbito de la persuasión, sino también desde la prevención. Para llevar a cabo esta última tarea el Estado puede desplegar medidas como, por ejemplo, reforzar la presencia de fuerza de seguridad en las calles, instalar cámaras de seguridad, lo cual también implica costos. Vale aclarar que el aumento de las penas resulta menos costoso que el despliegue de más efectivos policiales y la actividad jurisdiccional. Pero, a su vez, muchas veces el aumento del monto de las penas conlleva la sanción desmesurada de delitos menores, lo que repercute en que el delincuente prefiera realizar un delito más severo si de todos modos debe afrontar una pena elevada.

Se advierte que cualquier medida que se adopte implica incurrir en gastos. Es por ello que, otro gran tema que debe tratarse es cómo lograr que el gasto público para prevenir el delito sea óptimo. Para abordar esta cuestión debe plantearse que el delito implica tanto gastos privados como públicos. En este sentido, la víctima del delito es

quien sufre en forma directa los costos, pero también existe una incidencia indirecta trasladada a la sociedad pues el resto de las personas también procederán a implementar medidas de seguridad como alarmas, rejas, cámaras, etc. Asimismo, frente a esta coyuntura el Estado debe decidir cuál es la postura que adoptará a fin de dar una respuesta ante el delito. De tal modo, lo que debe hacer es introducir unidades de prevención (policías, cámaras, etc.) que permitan reducir los costos que el delito ocasiona a la víctima y a la adopción de las medidas preventivas. Es decir, debe encontrar un equilibrio óptimo entre las medidas de prevención que adopta y el costo que implicó para la víctima, a efectos de que no se adopten más unidades de prevención que las necesarias. Puesto que, en el caso contrario, se lograría disminuir el delito, pero a un costo muy elevado. La idea es encontrar el punto en el que los costos erogados para afrontar el delito no sean mayores que los que la externalidad negativa produce. Así, se reduce el costo social del delito. De tal modo, puede decirse que el delito es un hecho probable que depende de la cantidad y la calidad de la prevención[442]. En este mismo sentido, se considera que las políticas óptimas para combatir la conducta ilegal se relacionan con una asignación óptima de recursos[443].

Puede advertirse en base a lo manifestado en los párrafos anteriores que no existe una única respuesta frente al delito, pues cada una de ellas presenta sus ventajas y desventajas. Lo que resulta interesante es que este análisis se efectúa en el laboratorio penal con un enfoque distinto al propuesto por el AED. En este sentido, debe notarse que el compás en este último caso lo marca la eficiencia y la disuasión, pero no existen muchas respuestas en cuanto a la finalidad de la pena con relación al delincuente y el impacto social del delito (más allá de lo económico), lo que para el derecho penal sí es relevante. En este sentido, tal como se ha expresado, lo que se busca desde la perspectiva económica es minimizar, por un lado, el costo social del delito y, por otro lado, el costo de aplicar penas; a tal efecto, lo que se busca es encontrar la combinación óptima de sanciones que permitan alcanzar esos objetivos[444]. De tal modo, la idea no es sustituir la visión propia del derecho penal por

[442] Ver en este sentido: Op. cit., Stordeur.

[443] Ver en este sentido: Becker, Gary (1976), *The Economic Approach to Human Behavior*, The University of Chicago Press.

[444] Ver en este sentido: Op. cit., Stordeur.

la económica, sino incorporar esta última para poder ampliar el espectro de análisis y aportar otra visión que permita dar respuestas a un fenómeno tan complejo y vigente en todo el mundo como es la delincuencia.

D.
Principales objeciones al Análisis Económico del Derecho

Ahora bien, es importante aclarar que el desarrollo efectuado anteriormente no es aceptado por todos los juristas. Existen varias oposiciones al enfoque económico del derecho. Se verán algunas de ellas, pero sólo para tenerlas en cuenta. Es por ello que no se realizará un análisis profundo de las críticas y sus respuestas.

Por un lado, se considera que la economía resulta reduccionista pues ciñe todo el fenómeno jurídico al fin de alcanzar la eficiencia óptima en la resolución de conflictos y la prevención y disuasión del delito. De tal modo se ignora que dichas situaciones implican cuestiones de índole social, política y cultural que no son tenidas en cuenta por la teoría económica. Pareciera que la compleja usina jurídica podría explicarse a través de costos, beneficios, precios y teoría de juegos.

Por otro lado, también se plantean objeciones relaciona con que los operadores judiciales (abogados, jueces, fiscales, defensores, etc.) no manejan el lenguaje económico. En este sentido, deberían tener una fuerte formación en economía para poder aplicar este enfoque a su actividad diaria, pues los conceptos técnicos económicos muchas veces no resultan de simple comprensión. De tal modo, la idea de que un Juez tenga una visión economizada del derecho requiere que aquél se encuentre instruido en la teoría económica y hable el idioma económico. Caso contrario, estaría aplicando ciegamente una teoría que se pretende racional y eficiente, pero sin comprender realmente si ello contribuye a una mejor resolución del caso en el que debe trabajar.

En esta inteligencia, cabe destacar que el AED se encuentra más presente entre quienes aplican el derecho (jueces, alta administración parlamentarios) que en la doctrina. Esto se debe a la existencia de ciertas resistencias de fondo. Al respecto, cabe advertir que *“Algunos siguen convencidos en efecto de que el derecho es un*

orden normativo que expresa una pluralidad de valores. Esto no debe pues predeterminar ni la primacía de la economía, ni la de un modelo económico particular, e incluso menos la de la ciencia jurídica que la analiza. Otros oponen igualmente al análisis económico reflejos dogmáticos que buscan encerrar el estudio del derecho dentro de marcos más clásicos de la descripción, de la sistematización o de la síntesis del derecho positivo"[445]. Estas resistencias permiten explicar también la particularidad de la incorporación del AED en Francia donde se impuso como un análisis conducido sobre un fundamento neoliberal.

Asimismo, se reprocha que el AED no pueda dar respuestas para todas las áreas del derecho, ni para todas las instituciones, sino que sólo centra su análisis en aquellos ámbitos en los que su teoría puede dar algún tipo de explicación razonable. De tal modo se entiende que una teoría que sólo sirve para explicar algunos casos y no pueda ser aplicada en modo general, no tiene mucho asidero en el ámbito jurídico.

A su vez se entiende que el enfoque económico del derecho enarbola las banderas una visión conservadora de la política, lo cual trae aparejado que esa concepción se proyecte directamente sobre el fenómeno jurídico. Esta crítica implica desarrollar conceptos propios de las ciencias políticas para poder analizar si el derecho puede considerarse como conservador o no, si el derecho debe ser conservador o no, entre tantas otras cuestiones vinculadas al estudio político del derecho. Sin embargo, al ser una crítica frecuente, no resulta ocioso destacarla y tenerla presente.

Por último y, relacionada con todas las objeciones anteriores, se esgrime que el AED se olvida de la "justicia", o al menos puede decirse que tiene un concepto de justicia entendida como distributiva y centrada en la eficiencia. Este planteo requiere también un desarrollo propio extenso y que se ha dado a lo largo de toda la historia del derecho pues lo que se encuentra detrás de esto es la pregunta acerca de si el derecho guarda alguna relación con la justicia y, asimismo, la pregunta primordial respecto de qué es la justicia. Es por ello que, tal vez, esta última crítica se encuentra dirigida no tanto contra el AED sino con el concepto de justicia que adopta.

[445] Op. cit., Champeil-Desplats, p. 252.

De todos modos, resulta claro hacia dónde apuntan las críticas esbozadas, las que pueden resumirse de este modo: el AED ofrece una visión reduccionista y conservadora del fenómeno jurídico, la que a su vez resulta incomprensible para la mayoría de los operadores jurídicos quienes no manejan en el lenguaje económico y además presenta una concepción eficientista de la justicia. En este sentido, cabe recordar lo que se expuso en la introducción respecto de que no existe *un* AED, sino que se trata de *una pluralidad* de enfoques. Sin embargo, hay una tendencia a destacar su versión más ortodoxa, la cual se impone como si fuera la única. Y, a su vez, este AED exhibe una pretensión reduccionista que acota todo este fenómeno a un solo tipo de racionalidad, a saber, la racionalidad económica. Cabe destacar que se trata de una reducción incluso más acentuada pues no sólo se limita a la racionalidad económica, sino que se restringe a una cierta concepción de ella, a saber, la suya, dejando así de lado los diversos enfoques a los que se aludió anteriormente. Por lo tanto, se cae en el problema no sólo de presuponer que se trata de una racionalidad económica, sino, además, de que ella debe ser la única.

E.
Visión desde la Escuela Crítica del Derecho respecto al AED

En este apartado se brindarán algunas nociones sobre el AED analizado desde la óptica de la Escuela Crítica del derecho. Ello así a efectos de poner el énfasis en otros aspectos relevantes de la relación entre el derecho y la economía que la visión "tradicional" o "clásica", analizada anteriormente, no desarrolla.
Al respecto, la incógnita principal radica en si el derecho debe abrirse a la economía y, en caso de que así sea, cuán abierto debe ser y precisar qué modelo económico aceptaría.

Ahora bien, este estudio crítico se centra fundamentalmente en la distinción entre el discurso jurídico y el económico. A tal efecto se parte de la base de que el concepto "economía" presenta dos acepciones a) "…*un orden de discurso que se percibe como científico: hablaremos en este sentido de "ciencia económica" o de "análisis*

económico (….)"[446]*;* y b) "…*una dimensión sustancial de realidades jurídicas: hablaremos así de "dimensión económica" (del contrato, de la delegación de servicio público, de la responsabilidad administrativa, etc.); en este contexto el calificativo "económico" es empleado en sentido amplio refiriendo a consideraciones financieras o contables*"[447]. Esto permite, a su vez, establecer una distinción entre la "economía del derecho" que es el tema que se viene desarrollando en el presente trabajo (AED) y el "derecho económico" que implica un estudio jurídico respecto de la economía.

Una vez efectuada dicha distinción, este enfoque sostiene, tal como se señaló anteriormente, que el derecho y la economía tienen discursos diferentes. El primero de ellos se presenta como un "discurso científico", mientras que el estudio del derecho como discurso conlleva un análisis extenso que va desde un discurso que pretende formular prescripciones hasta la idea de que el derecho esconde poder y presenta un discurso opaco a tal fin. Lo importante es destacar que el discurso jurídico no es "científico" del mismo modo en que lo es el económico.

En base a ello, cabe efectuar las siguientes preguntas: ¿qué derecho hablan los economistas?, ¿qué representación se hacen del objeto "derecho" y qué fuentes jurídicas utilizan?

En este sentido el Estudio Crítico del AED considera que existen cuatro tipos de trabajos económicos en función de la fuente jurídica que se tome en cuenta. De tal modo, pueden destacarse: 1) **el análisis económico de conceptos jurídicos** que implica "…*someter los conceptos jurídicos a un análisis microeconómico destinado a teorizar las relaciones que unen al derecho y a los comportamientos económicos así como los resultado de esas relaciones en términos de eficiencia*"[448]; 2) **la validación de análisis económicos por la convocatoria de la doctrina**, desde este enfoque se concibe que "*la doctrina jurídica es un discurso centrado sobre la cualidad formal de las reglas, y no sobre el producto de protocolos de investigación respecto del*

[446] Kirat, Thierry y Vidal, Lauren, *Le Droit et l´Économie : Étude Critique des Relations entre les Deux Disciplines et Ébauches de Perspectives Renouvelées*, HAL archives-ouvertes, 2005, p. 1.

[447] Ibidem.

[448] Op. cit. Kirat y Vidal, p. 3.

funcionamiento social (y económico) de la regulación jurídica"[449]; 3) **el análisis económico empírico de bases jurídicas** que se relaciona principalmente con el desarrollo de trabajos estadísticos y cuantitativos; y 4) **el recurso a la observación del derecho en acción, principalmente la producción jurisprudencial** de la que debe señalarse que "…*la información jurídica es empleada por dos razones: por un lado como fuente de información sobre el funcionamiento de la regulación jurídica, lo que conduce entre otras cosas a considerar las decisiones judiciales como el soporte del conocimiento del derecho; por otra parte, como una dimensión pertinente del cuadro de formulación y de la puesta en marcha de estrategias económicas de los actores*"[450].

De tal modo, puede apreciarse que ambas disciplinas trabajan en niveles discursivos diferentes, aunque pueden, en determinadas ocasiones, conjugarse para producir un análisis más completo de algunos fenómenos en particular.

Para finalizar con esta aproximación al estudio crítico del AED resulta interesante la lectura de la siguiente cita que condensa los lineamientos principales de la postura que es reticente a la incorporación de la economía al derecho: "…*temen a todo aquello que pueda transformar las bases que estructuran el derecho en instrumentos de política económica. La economía deviene así el Caballo de Troya de un liberalismo asentado sobre un utilitarismo que tendrá por resultado investir una autoridad (juez o legislador) del poder de decir aquello que es el óptimo social, de donde surge lo arbitrario y la contingencia de las elecciones (…)*"[451]. Y, en este sentido, "…*la dimensión específicamente normativa de la regla de derecho se dejada de lado y reemplazada por un enfoque puramente fáctico en términos de incidencia. La norma jurídica pasa a ser concebida de en forma instrumental, como una herramienta que debe ser movilizada al servicio de objetivos definidos en términos económicos, tales*

[449] Op. cit. Kirat y Vidal, p. 6.

[450] Op. cit. Kirat y Vidal, p. 9.

[451] Op. cit. Kirat y Vidal, p. 15.

como la maximización de la riqueza o el empleo óptimo de recursos. El orden jurídico es ubicado bajo la dependencia funcional del sistema económico"[452].

Sin embargo, existen enfoques que tratan de conciliar ambas disciplinas y proponen trabajos pluridisciplinarios. De tal modo pueden advertirse cuatro vías para lograr tal fin: 1) **La aprehensión del derecho como operador económico** lo que implica considerar al derecho privado y al público como operadores económicos toda vez que "…*definen las condiciones dentro de las cuales las relaciones económicas son organizadas, reguladas, y resueltos los casos por los tribunales judiciales o administrativos*"[453]. En este sentido, se entiende que el realismo norteamericano a principios del Siglo XX comenzó a tener en cuenta la relación entre el derecho y sus consecuencias en la economía, la sociedad y la política; 2) **La evaluación del derecho**, es decir, de las normas vigentes y la jurisprudencia, que tienen una esencia performativa y deben ser confrontadas con la realidad económica; 3) **La renovación de los enfoques de la doctrina por la integración de grillas de lectura** económica; y 4) **Progresar hacia una mejor comprensión del funcionamiento del derecho positivo**, para lo cual puede resultar muy útil la economía pues puede producir estudios empíricos para analizar cómo funciona el derecho positivo y ellos pueden resultar útiles también para los legisladores y todos los operadores jurídicos.

Así, quedan evidenciadas las dos posturas encontradas dentro el Estudio Crítico del AED. Básicamente se puede diferenciar entre quienes, por un lado, se oponen sin ningún tipo excepción y, por otro lado, quienes encuentran nexos relevantes entre ambas disciplinas.

F.

Posibilidad de pensar en una tipología de racionalidad económica a partir del AED

[452] Op. cit. Kirat y Vidal, p. 16, cita de Frydman, B., *Les nouveaux rapports entre droit et économie: trois hypothèses concurrentes*, in Le droit dans l'action économique.

[453] Op. cit. Kirat y Vidal, p. 21.

Luego de haber efectuado este desarrollo se puede advertir que este modo de analizar el derecho tiene sus seguidores y sus detractores, sus ventajas y sus desventajas. No obstante ello, resulta difícilmente cuestionable la relevancia que este enfoque aporta al derecho.

Una de las principales cuestiones que debe plantearse es el gran contenido utilitarista con el que carga el AED, lo que es duramente reprochado por algunos juristas toda vez que entienden que ya se ha superado la concepción del derecho en esos términos, como la predicaban autores como Bentham y Austin. En este sentido, analizar todo el fenómeno jurídico en términos económicos resulta, en ocasiones, reduccionista, e implica desconsiderar otras racionalidades igualmente relevantes –social, política, etc.- con las que también interactúa. Lo mismo sucede si todo el fenómeno jurídico se reduce a la racionalidad formal (lógico-normativa), cuya crítica como única racionalidad para el derecho fue el punto de partida para pensar el desarrollo de la pluralidad de racionalidades.

Al retomar la cuestión relativa a la concentración del análisis del derecho en la racionalidad económica –desconsiderando las otras racionalidades mencionadas-, el filósofo francés Georges Bataille ha dicho que "*El pensamiento racional tiene tendencia a reducir la actividad humana a la producción y a la conservación de bienes. Reconoce que la finalidad de la vida humana es desarrollarse, es decir, incrementar y conservar las riquezas. Pero considera el consumo equivalente al de un carburante por un motor: no ve en él nada más que un elemento necesario para la producción*"[454].

Pensar que la actividad humana sólo puede interpretarse en esos términos claramente es una visión reduccionista y utilitarista.

Sin embargo, quienes propugnan las virtudes del AED entienden que la conducta humana puede ser estudiada y entendida en términos objetivos de utilidad. En este sentido, Gary Becker llega a la conclusión de que "*…el enfoque económico provee un valioso marco unificado para comprender todo el todo comportamiento humano (…) El corazón de mi argumento es que la conducta humana no está compartimentada (…) Por el contrario, toda la conducta humana puede ser vista como el accionar de*

[454] Bataille, Georges (2005), *El Límite de lo Útil*, 1ª ed., Ed. Losada: Madrid, 2005, p. 35.

participantes que maximizan su utilidad a partir de un conjunto de preferencias estables y acumulan una cantidad óptima de información y otros inputs en una variedad de mercados"[455].

De la confrontación entre el pensamiento de Bataille y el de Becker surge la esencia de las distintas posturas asumidas en torno a la consideración de la aplicación de la teoría económica al derecho. Sin embargo, resulta difícil tomar partido por una de ellas sin más. La visión del AED permite explicar muchas situaciones jurídicas muy eficazmente. Si a modo de ejemplo se piensa el caso de un gran empresario o un funcionario público que evade impuestos, en este último caso podríamos hablar de una maniobra racional pues claramente quien piensa llevar a cabo un fraude impositivo tiene en mente obtener beneficios económicos mayores de los que obtendría sin cometer el delito. Asimismo, se puede advertir que en este ejemplo el empresario o el funcionario no actúa por desesperación, sino tratando de maximizar su capital, aunque ilegalmente. Analiza los costos, las probabilidades de éxito y toma la decisión en base todos los parámetros que se desarrollaron a lo largo de este trabajo. En este sentido, se advierte que el AED no puede explicar todos los aspectos del mundo jurídico, pero su aporte es muy importante para analizar otros.

Otra situación ilustrativa de la importancia de contar con nociones propias del AED podría ser la siguiente. El derecho a la vivienda se encuentra consagrado constitucionalmente en la Argentina y, por lo tanto, puede ser gozado por todos en igualdad de condiciones. Sin embargo, la realidad demuestra que algunas personas pueden acceder a viviendas –ya sean propias o como inquilinos- y otras no. Éstas últimas, en muchos casos, recurren al Poder judicial para que su derecho sea reconocido y se les provea de alguna vivienda o, al menos, una solución temporaria. Dependiendo del país en que nos situemos la cantidad de personas sin acceso a una vivienda será más o menos abundante. Pero, si se toma en cuenta un país con mucha pobreza y con grandes dificultades habitacionales, en este supuesto, los Juzgados competentes tendrían que expedirse con relación a una enorme cantidad de pedidos de que se conceda una situación frente a la imposibilidad de ejercer ese derecho. Al momento de decidir, de resolver esa petición, el Magistrado puede tener o no en

[455] Op. cit., Becker (1976), p. 14.

cuenta la teoría económica. Aquél que conceda indiscriminadamente planes para viviendas a todos los reclamantes omite que el Poder ejecutivo del que se trate cuenta con un presupuesto determinado para poder cumplir con todas las sentencias que hagan lugar al pedido de vivienda. De tal modo, llegará un punto en que dicho presupuesto no alcance para poder responder a todos los reclamos. Entonces ¿cómo se resuelve esta situación?

Una respuesta a esa pregunta puede ser que deben tenerse presente factores económicos al momento de tomar una decisión jurídica a fin de no generar un desajuste presupuestario. Siempre que se encuentren presentes variables económicas en la resolución de un caso, no debería ignorarse la racionalidad economía. Ya sea que se trate de un contrato, un accidente automovilístico, el ejercicio del derecho de propiedad o cualquier otro supuesto por el estilo, las decisiones pueden adoptarse con mayor razonabilidad si se enfocan desde el AED.

Por lo tanto, la importancia fundamental de incorporar el análisis económico del derecho, en tanto una de las múltiples racionalidades que interactúan al seno del derecho, es la posibilidad de contar con un conjunto de nociones que se fusionan en una herramienta esencial para el abordaje de algunos casos jurídicos particulares. Los operadores jurídicos requieren contar con algunas nociones sobre este fenómeno para poder efectuar una justificación de sus decisiones que capte la mayor parte de las circunstancias que giran en torno al trabajo que llevan a cabo. En el supuesto de casos que involucren una dimensión económica –presupuestaria, impositiva, contractual, etc.- se torna esencial la posibilidad de contar con un marco teórico-conceptual y con un discurso que permita entablar relaciones con la esfera normativa del derecho. Ello, en la medida en la que se pretenda llegar a la resolución de un caso en términos de justeza, es decir, adecuando la decisión al caso en concreto, pero no solamente en relación con la norma de la cual podría derivase la solución normativa, sino también teniendo en cuenta otra dimensión del derecho que resulta fundamental para su comprensión en tanto fenómeno complejo, como lo es la dimensión económica. De tal modo, a partir de distintos criterios que pueden surgir de los elementos teóricos que se analizaron en este capítulo puede pensarse en diversas formasen los que las normas interactúan con la racionalidad económica en el marco de un razonamiento jurídico determinado. Aquí nuevamente se pone en juego la

posibilidad de conjugar dos áreas de conocimiento, dos discursos y dos métodos diversos. Pero, tal como se ha planteado a lo largo de este trabajo, ello es totalmente posible. De hecho, y tal como se ha visto, no sólo se trata de conjugar dos racionalidades, sino que, según sea el caso, pueden intervenir diversas racionalidades –social, política, etc.- que son relevantes para la decisión de un caso. De tal modo, la propuesta es siempre considerar que el derecho está compuesto de múltiples racionalidades y que cada una de ellas contribuye a esclarecer aspectos que, sin la correspondiente propuesta de incorporación al derecho, quedarían sin considerar y, por lo tanto, ofrecería una visión del derecho acotada, reducida a su aspecto normativo y su racionalidad formal.

SECCIÓN IV

Racionalidades políticas: el derecho en perspectiva a partir de un enfoque pluralista

En esta última sección se propondrá una tipología de racionalidad política que también puede formar parte del análisis y del discurso jurídico al interactuar con la racionalidad formal-deductiva en forma autónoma o bien complementando una compleja red compuesta de las diversas racionalidades desarrolladas anteriormente. Es decir, la dimensión política que, como se explicará a continuación, no resulta ajena al análisis y al discurso jurídico, puede, por un lado, contribuir a expandir el campo de estudio del derecho y, por otro lado, justificar racionalmente la decisión de casos en los que se evidencia contenido vinculado con algún aspecto que sea parte del campo de desarrollo de la filosofía política -poder, legitimidad, soberanía, minorías, etc.-. Este discurso suele asociarse -y complementarse- con el discurso social y económico, cuyas tipologías fueron desarrolladas previamente[456]. Sin embargo, teniendo en cuenta que muchos de los conceptos que son abordados desde la filosofía política forman parte de las teorías y debates dentro de la órbita del derecho, no resulta difícil pensar que el argumento político pueda operar autónomamente, es decir, sin necesidad de recurrir a referencias sociales o económicas. En este sentido, debe

[456] Ver: Segunda parte; Capítulo II; Secciones II y III.

destacarse, a modo ilustrativo, que el análisis de las diferentes teorías de la justicia suele ser abordado desde la filosofía política, más allá de su relevancia para el campo jurídico donde también es materia de estudio.

Más allá de que la relación entre el derecho y la política existe, cabe destacar que se trata de un vínculo muy complejo y que cuenta con múltiples representaciones. Algunos de los puntos de contacto donde aquella relación se expresa más con mayor notoriedad, y que ilustran su complejidad, se analizarán posteriormente -*infra* A-. No obstante, resulta menester destacar que hasta la segunda guerra mundial no resultaba fácil distinguir entre el derecho constitucional y la ciencia política. A nivel metodológico, fue recién a mediados del siglo XX que se fue instalando progresivamente la idea de que "*…existiría una ciencia jurídica del derecho constitucional que encerraría al jurista en una descripción formalista de los textos, y una ciencia política que invitaría a analizar la vida de las instituciones, sus evoluciones históricas, sus particularidades geográficas*"[457]. De tal modo, el desarrollo de esta relación también se aprecia a nivel de cuestiones relativas al método y la posibilidad de complementar ambas disciplinas respetando sus autonomías. En este sentido, en lo que atañe al nexo entre el derecho -principalmente el derecho constitucional, pero podría pensarse también respecto a otras áreas del derecho- y la ciencia política puede explicarse a partir de la oposición entre el formalismo de los métodos jurídicos circunscriptos al análisis de las reglas -naturaleza normativa, tecnicismo, encadenamiento lógico- y la ciencia política dedicada al análisis de la vida institucional. En este sentido, se entiende que "*Los métodos ofrecidos por la ciencia política se presentan claramente más ricos y atrayentes para analizar el derecho constitucional y las instituciones política que la simple repetición de textos constitucionales en la que encerraría el método jurídico*"[458]*.* Si bien no puede plantearse la existencia de un método homogéneo dentro del cual se circunscribe la ciencia política, cabe destacar que el enfoque político aporta un análisis dinámico que implica referencias históricas, sociales, institucionales, etc. y que, de tal modo,

[457] Champeil-Desplats, Véronique (2016), *Méthodologies du Droit et des Sciences du Droit*, Ed. Dalloz : Paris, p. 246.

[458] Op. cit., Champeil-Desplats, p. 248.

aplicado al derecho permite crear una síntesis realista del objeto que se esté analizando. En cuanto a esto último, no debe soslayarse la existencia de una discusión acerca de si la diferencia entre ambas disciplinas radica en el método y no en el objeto. Al respecto, puede señalarse que si se acepta que el objeto de análisis no es algo invariable y preexistente que se le impone al científico, sino que es la propia ciencia la que crea su objeto, entonces, si bien la ciencia jurídica y la ciencia política pueden analizar "algo" llamado *Estado*, *Congreso*, etc., desde sus respectivos puntos de vista esos objetos no resultan idénticos.

Por lo tanto, puede apreciarse que se trata de una relación compleja desde sus fundamentos y diversa en cuanto a sus puntos de contacto. No obstante, el aporte de esta relación para el derecho resulta considerable en la medida en que contribuye a incorporar al análisis jurídico un enfoque complejo y dinámico de diversos conceptos, institutos e instituciones relevantes para el derecho pero que también son estudiadas desde la ciencia política.

Por otra parte, es importante destacar que, al igual que fue propuesto al desarrollar la pluralidad de racionalidades desde el punto de vista de la sociología pragmática, la tipología que aquí se desarrollará también puede proponerse dentro del marco una racionalidad en sentido estricto dentro del esquema de una ciencia social. Es decir, los conceptos e ideas que aquí se analizarán son el resultado de desarrollos teóricos que se llevaron a cabo por profesionales de la filosofía política valiéndose de la metodología propia de esa disciplina. Por lo tanto, la posibilidad de pensar en un marco teórico-conceptual -o varios- del cual se puedan derivarse argumentos provenientes del discurso de la filosofía política es completamente compatible con la pretensión de racionalidad que aquí se persigue, a saber, razonamientos plausibles e intersubjetivamente controlables.

Asimismo, y al igual que en el supuesto de la tipología social, la racionalidad política que aquí se analizará no es una sola. En este sentido, tal como se verá más adelante, se propondrá un desarrollo de racionalidad política desde la perspectiva de diferentes *esferas de justicia* -en referencia a Michael Walzer- y, por lo tanto, nuevamente será mejor referirse a una pluralidad de racionalidades de la política. De tal modo, se podrá plantear también la posibilidad de pensar en diferentes teorías de la justicia asociadas

a distintos criterios -Will Kymlicka- que pueden coexistir en el marco de una *igualdad compleja* -también en referencia a Walzer-.

Vale aclarar que la referencia a Walzer y a Kymlicka ubica a este desarrollo dentro del marco de posiciones *pluralistas*, tal como se verá posteriormente al exponer sus principales conceptos e ideas. En este sentido, la elección de estos autores permite ilustrar la compleja relación entre el derecho y la política, y los aportes de aquélla para el derecho en cuanto permite incorporar una dimensión de análisis que amplía el campo de estudio del derecho el cual se encuentra, generalmente, limitado a un aspecto formal -normativo-. Y no solamente contribuyen a esta ampliación, sino que, también, aportan dinamismo a ese análisis. Al respecto, desde la visión de estos autores es necesario analizar las dinámicas internas al seno de diferentes contextos sociopolíticos para comprender las relaciones que hacen a la relevancia de determinados bienes sociales y los criterios de distribución de aquéllos lo que implica referirse a la noción de justicia. En esta inteligencia, el derecho en muchas ocasiones se encuentra encerrado dentro de un enfoque y un método formalistas que no permiten analizar con la suficiente magnitud algunos hechos, conceptos, institutos e instituciones que, desde otra óptica y a partir de otro(s) método(s) podrían adquirir desarrollos más completos y que sean consecuentes con la complejidad que pueden requerir. De tal modo, estos autores al evitar hacer referencias a propuestas abstractas y universales invitan a pensar en forma local, es decir, a nivel cultural donde pueden registrarse diferentes conjuntos de significados y también diversos valores que permiten describir y comprender, por un lado, las distintas dinámicas de organización política y social que pueden darse en cada grupo y, por otro lado, cómo comprenden el valor justicia y el modo en que se relacionan con aquél. Por lo tanto, la posibilidad de analizar el derecho desde una óptica pluralista que, a su vez, implican consideraciones desde la filosofía política que involucran aspectos morales, culturales e institucionales, es lo que refleja la relevancia de abordar esta temática a través de autores como Walzer y Kymlicka[459]. Ello, así pues, en ambos casos, puede advertirse la compleja relación entre el derecho y la política -y sus múltiples representaciones- y, además, ofrecen marcos teóricos-conceptuales relevantes para desarrollar la

[459] Ver en este sentido las obras mencionadas en las citas a pie de página 299 y 301.

pluralidad de racionalidades en el derecho, ya sea desde las *esferas de la justicia* de Walzer o desde las nociones de Estados multiculturales y poliétnicos que permiten el reconocimiento y análisis de grupos culturales minoritarios, e incluso a posibilidad de una teoría de la justicia pluralista o de conjunto, todo esto último con Kymlicka.

Sin embargo, esa visión será contrastada con autores como Rawls y Raz que no son exponentes del pluralismo, aunque, el segundo de ellos presenta en su teoría un abordaje acerca del *pluralismo moral*. En este esquema, las contribuciones de Walzer, Kymlicka y Raz -en todos los casos con marcadas oposiciones a Rawls- permitirán ampliar el campo de análisis del derecho y proponer una argumentación racional en el sentido de repensar desde la *pluralidad* a la teoría de la justicia, a los derechos individuales y de las minorías y, tal vez, a la teoría del derecho.

De tal modo, en lo que sigue se realizará una aproximación a la relación que existe entre el derecho y la política (A) partiendo del análisis de tres dimensiones en donde su contacto es más evidente: dimensión discursiva (1); dimensión pragmática (2); y dimensión teórico-conceptual (3). Luego, una vez planteada la relación entre ambos campos de estudio, se propondrá el análisis de la pluralidad de racionalidades que puede surgir a partir de la incorporación del análisis de la filosofía política al derecho, específicamente de la propuesta de distintas *esferas de justicia* de Michael Walzer (B). En este sentido, en primer lugar, se analizarán sus pilares teóricos-conceptuales, a saber: una *teoría de los bienes basada en 6 proposiciones* (1); la noción de *igualdad compleja* (2); y la existencia de *3 principios de distribución -intercambio libre, necesidades y mérito-* (3). Seguidamente, se tenderán puentes entre los análisis que pueden derivarse a partir de ese enfoque *pluralista* y el derecho que dará lugar a pensar en una teoría de la justicia no monista compuesta de fragmentos de diversas teorías *-teoría de conjuntos-* (C), lo cual implicará un desarrollo crítico acerca de la teoría de la justicia de John Rawls al ser una de las teorías más difundidas y consideradas por los autores en el último tiempo (1). Asimismo, aquel enfoque *pluralista* ofrecerá un contexto adecuado para el reconocimiento de diferentes grupos culturales minoritarios *-multiculuralismo-* dentro de los cuales se dan distintas dinámicas con relación a sus valores, necesidades, intereses y la consecuente reivindicación de derechos; ello, en oposición a una visión homogeneizadora de los individuos bajo criterios universales afianzados en el solo reconocimiento de derechos

individuales civiles y políticos (2). Finalmente, se propondrán algunas reflexiones acerca las implicancias de la racionalidad política para la teoría del derecho y si en ese sentido el *pluralismo* puede contribuir en algún aspecto (3).

A.

Derecho y Política: del "nudo de borromeo" a la "vesica piscis"

A continuación, se expondrán las distintas formas en las que se relacionan el Derecho y la Política, y la Política y el Derecho. Sin perjuicio de que puedan existir muchos vínculos entre dichos conceptos, el análisis se concentrará en sólo tres aspectos en los que esta simbiótica relación se evidencia notoriamente, los que serán llamados *dimensión discursiva*, *dimensión pragmática* y *dimensión teórico-conceptual*. Se verá cómo los dos campos a analizar se vinculan íntimamente en cada uno de dichos ámbitos conformando un tríptico que, tal como sucede con el "Jardín de las Delicias" de El Bosco, al cerrarse la obra conformamos una nueva, a saber, "La Creación del Mundo". En este caso los tres paneles que serán expuestos permitirán comprender en forma más acabada la relación entre el Derecho y la Política, la que debería quedar plasmada al cerrar la obra, tal como sucedería con la obra de arte mencionada.

Estas tres dimensiones que se analizarán se encuentran también relacionadas como un *nudo de Borromeo*, para contar con una imagen gráfica que permita representar este nexo. Se verá cómo cada una de ellas formará parte de la descripción de las otras.

En cuanto a relación **discursiva** puede adelantarse que la Política se vale del Derecho a la hora de manifestarse toda vez que éste le proporciona un lenguaje dotado de autoridad que legitima su discurso. Asimismo, el Derecho limita el accionar de la Política, a la vez que esta última proporciona el ámbito idóneo para la producción legítima de normas.

Por su parte, en lo que atañe a la **dimensión pragmática**, se expondrá el modo en el que las medidas políticas utilizan al Derecho como un telón detrás del cual desarrollarse y, a su vez, como una herramienta para implementarse. En este sentido,

cabe destacar que todo acto de gobierno se lleva adelante por medio de leyes, decretos, reglamentos, todos ellos instrumentos del mundo jurídico por excelencia. Asimismo, se ilustrará cómo los fallos de los tribunales supremos estatuyen paradigmas en las distintas materias en las que la Política se expresa, estableciendo el marco jurídico necesario en el que la misma se desenvuelve.

Por último, en lo que respecta a la **dimensión teórica**, se abordará la estrecha relación que existe entre los estudios de la Política y del Derecho, como así también entre sus conceptos centrales. En primer lugar, se tratará la idea de *Poder* y su relación con el Derecho y la Política. Además, se destacará la proximidad entre aquellos conceptos en cuanto los mismos tienen un objetivo común, a saber, regular las conductas humanas. Por último, se desarrollará el concepto *Estado de Derecho* con la intención de demostrar que, también desde un punto de vista teórico, el Derecho y la Política se encuentran vinculados.

Previo a adentrarse en el desarrollo de este trabajo resulta menester realizar la siguiente aclaración conceptual. Las expresiones *Política* y *medidas* o *actos de gobierno* serán consideradas en forma semejante toda vez que la segunda de ellas es la manifestación práctica de la primera. En este sentido, a los efectos de llevar a cabo el presente desarrollo, resultará conflictivo atenerse a una rigidez conceptual extrema. Es por ello por lo que, a lo largo de este trabajo se aportarán las definiciones conceptuales necesarias para atravesar estas líneas, pero con la previa aclaración de que el rigorismo conceptual en esta materia puede complejizar el tópico principal.

Asimismo, cabe aclarar que no se ofrecerá un análisis extenso con relación al vínculo entre la *Política* y el *Poder*, sino que se partirá de la base de que ambos son inseparables, dado que siempre que se hable de *Política*, también se hablará de *Poder*. Se realiza esta aclaración toda vez que el análisis del concepto *Política* y su relación con el *Poder* implicaría el desarrollo de un trabajo aún más extenso que desviaría el propósito central. No obstante, se dará una aproximación de dichos conceptos más adelante.

Téngase en cuenta que, detrás de dos conceptos como lo son *Política* y *Derecho*, se encuentran desarrollos teóricos vastos y de antigua data. Razón por la cual se buscará armonizar los matices teóricos a fin de poder cumplir con el cometido sin que

diferencias conceptuales, que en cada una de las ciencias estudiadas en particular puedan ser relevantes, entorpezcan el presente análisis que está centrado en la relación entre la Política y el Derecho o el Derecho y la Política.

Ahora bien, en cuanto al desarrollo del análisis de esta relación, cabe comenzar estableciendo que no es posible pensar al Derecho y a la Política como dos conceptos por separado. Asumir esta postura implica explicar la relación que existe entre ambos y es eso lo que hará a continuación.

La relación entre el Derecho y la Política es simbiótica. Pensar al Derecho en forma aislada dejaría una ciencia jurídica rígida y ciega de la realidad política -como así también, como se ha visto respecto de la realidad económica, social y cultural- que se desarrolla fuera del ámbito estrictamente normativo (racionalidad formal-deductiva). Por su parte, la idea de una Política solitaria representaría la imagen de un director de orquesta sin su batuta. Claros son los esfuerzos tanto de algunos teóricos del derecho como de algunos teóricos políticos para evitar confusiones y mixturas entre ambos campos de estudios y permitir el desarrollo de estas áreas de estudio en forma autónoma. Sin embargo, en ese afán de despojarse de todo aquello que sea ajeno a su naturaleza, se omite destacar nexos entre ambos mundos cuya relevancia es fundamental para un más completo análisis de ambos fenómenos.

A pesar de ello y, a fin de no adoptar una posición extrema que sea fácilmente criticable, es relevante tener presente que, tal como sostiene Norberto Bobbio: "*Es verdad que el poder sin derecho es ciego y el derecho sin poder queda vacío, pero también es verdad que la teoría política no puede dejar de tomar en consideración primeramente el nulo poder, independientemente de los llamados principios de legitimidad, es decir, de las razones que lo transforman en un poder legítimo, así como la teoría jurídica no puede dejar de tomar en consideración el sistema normativo en su conjunto, como una serie de normas una a otra vinculadas según un cierto principio de orden, independientemente del aparato de la fuerza predispuesto para su actuación*"[460].

[460] Bobbio, Norberto (1985), *Origen y Fundamentos del Poder Político*, Grijalbo: México, pp. 21-22.

Ahora bien, en algunos casos la relación entre el Derecho y la Política se muestra en forma explícita mientras que otros, subrepticia. Se verá a continuación cómo se manifiesta el vínculo que se analiza en cada una de las dimensiones de análisis que propuso como estructura de la primera parte de la presente sección.

1.

Dimensión discursiva

Respecto a este punto de análisis, se desarrollará la relación discursiva que existe entre el Derecho y la Política. En este sentido, el Derecho suministra a la Política de herramientas para construir y mantener la estructura sobre la que ella se erige. La Ley nunca es considerada como un argumento débil, sino que siempre goza de autoridad.

De tal modo, puede decirse que el Derecho *legitima* al discurso político. Toda medida política reposa sobre una norma o un conjunto de ellas. No existe actividad política que se desarrolle como una mera propuesta, sino que la puesta en marcha de la usina gubernamental implica siempre, en primer término, un acto legal. Ya sea una Ley, un Decreto hasta un acto de imperio como un Indulto, todos los actos de gobierno buscan ser reflejados y amparados por una norma. Es menester destacar que no se trata de una mera coincidencia o producto del azar, sino que es una exigencia de un sistema republicano de gobierno, con división de poderes, por medio de la cual se busca evitar el abuso del poder por parte de los distintos órganos del Estado.

Existe todo un entramado de normas que delimitan el campo de acción político el cual queda circunscripto a los requisitos establecidos por ellas en cada caso en particular. He aquí un ejemplo que puede ilustrar esta cuestión. Nótese que, para realizar un acto de gobierno como la expropiación, la Constitución Nacional de la Argentina en su art. 17 establece que *"La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada"*. En este sentido, se impone el empleo de un instrumento jurídico como es una Ley para poder proceder a la realización de una decisión política como resulta una expropiación.

En esta línea argumentativa resulta interesante resaltar que, no sólo una norma considerada como un “texto escrito” es necesaria a los efectos de la política tal como se manifestó precedentemente, sino que el lenguaje particular que se emplea en el ámbito jurídico es primordial para poder concretar dicho fin. Así pues, si bien este lenguaje también se vale de expresiones propias del lenguaje natural o cotidiano, también responde a exigencias técnicas. Con relación a esto último, la terminología utilizada en las normas, en los fallos o en todo otro tipo de manifestación jurídica, pretende reflejar formalidad y solidez conceptual.

Ahora bien, es de esta formalidad y solidez propia del lenguaje jurídico, como así también de la autoridad y la legitimidad que aporta el Derecho, de las que se vale la Política. Con las palabras de la Ley se construyen argumentos de mayor peso que con apreciaciones subjetivas. La objetividad en el campo político surge, al menos en parte, del recurso a la norma escrita y aun a los principios jurídicos que no se encuentren expresamente plasmados en algún instrumento jurídico.

En este sentido, no es lo mismo recurrir a una apreciación personal que ampararse en un principio constitucional a la hora de adoptar una postura. La política adopta el lenguaje jurídico como propio y eso demuestra cuán íntima puede resultar la relación entre los campos que se analizan. Es decir, ya no se trata de una inter-relación sino que se está más cerca de a una intra-relación.

Para ahondar en ese aspecto, cabe destacar que la legitimidad que aporta el Derecho a la política no sólo proviene de su contenido, sino también de sus formas. En este sentido, el mundo jurídico presenta procedimientos a seguir y, en la medida que los mismos se lleven a cabo del modo previamente establecido, todo resultado final se considerará además de lícito o legal, también legítimo.

Pero la cuestión de la legitimidad no sólo puede apreciarse del lado de la Política, sino que, como se expresará a continuación, también puede darse la relación inversa y, de tal modo, la Política puede asumir la forma de un medio idóneo en el marco del cual se producirán normas legítimas. Entonces, se puede hablar tanto de una “*Política legítima*” y un “*Derecho legítimo*”.

Al respecto, cabe efectuar una aclaración antes de continuar con la dimensión discursiva. Un punto insoslayable en lo que atañe al derecho y a la legitimidad -no en término de conformidad a ciertos valores, sino el hecho de que el derecho afirma esa conformidad- es saber si esta última es la condición de la validez. Al respecto, se ha abordado esta cuestión desde diversos enfoques, a saber, desde el iusnaturalismo suele considerarse que la legitimidad es condición necesaria y suficiente de la validez -también se plantea que puede ser condición necesaria pero no suficiente porque se requiere a su vez satisfacer las condiciones previstas por una norma superior-; desde el iuspositivimo ideológico se sostiene que la validez es condición de la legitimidad; mientras que, desde el iuspositivismo kelseniano se expresa que validez y legitimidad pertenecen a dominios diferentes; y, finalmente, cabe destacar la postura de Charles Eisenmann para quien la legitimidad no es fundamento de la validez sino que puede serlo afirmar el carácter legítimo de un hecho[461]. Más allá de todas estas posiciones, cabe presentar dos afirmaciones contundentes sostenidas por Michel Troper en cuanto a que el derecho produce su propia legitimidad -este tema también será mencionado *infra* C.3-. Por un lado, el jurista francés expresa que "*El sistema jurídico caracterizado por la jerarquía de normas aparece entonces como legítimo porque realiza un valor considerado como esencial: la seguridad jurídica*"[462]; y, por otro lado, afirma que "*la legitimidad no es entonces una condición de la validez o de la juridicidad. Por el contrario, la juridicidad produce su propia legitimidad, si se considera que la juridicidad no es otra cosa que la jerarquía de normas (…) la existencia misma de la jerarquía de normas produce un modo de justificación específico (…)*"[463].

Una vez efectuada esa aclaración, y al regresar al análisis de la dimensión discursiva, debe tenerse en cuenta que el Derecho puede considerarse tanto un "texto" como un "discurso". En este último sentido, cabe destacar un aspecto con relación a la interpretación discursiva del derecho, del que se puede advertir cómo se encuentran entrelazados el Derecho y la Política. Al respecto, debe tenerse presente la Teoría discursiva del Derecho de Jürgen Habermas -la *Teoría de la Acción Comunicativa*-

[461] Ver en este sentido: Troper, Michel (2011), *Le Droit et la Nécessité*, Ed. Léviathan puf : Paris.

[462] Op. cit., Troper, p. 55.

[463] Op. cit., Troper, p. 58.

que implica tres elementos que se relacionan entre sí, a saber: a) un concepto de racionalidad comunicativa; b) un concepto de sociedad que asocie los paradigmas de vida y sistema; c) una teoría de la modernidad que explique las patologías sociales[464].

Además, es relevante destacar que el autor alemán sostiene que el Derecho se constituye como un sistema de acción integrado en el componente social de mundo de vida donde el Estado Democrático de Derecho resulta "*…la institucionalización que discurre a través del derecho legítimo (y que, por tanto, garantiza la autonomía privada) de procedimientos y presupuestos comunicativos para una formación discursiva de la opinión y la voluntad, la cual hace posible a su vez (el ejercicio de la autonomía política y) una producción legítima de normas*"[465].

Asimismo, es importante destacar el análisis efectuado por el Profesor Fritz Looz de la Göttingen Universität acerca cuarto capítulo de la citada obra de Habermas al recordar que el mencionado filósofo expresa que "*El Estado se hace necesario como poder sancionatorio, organizativo y ejecutivo, porque los derechos se deben realizar, porque la comunidad jurídica requiere tanto de una fuerza que estabilice su identidad como también de una jurisprudencia organizada y porque de la formación de la voluntad política surgen programas que deben ser implementados*"[466]*.*

De los párrafos citados precedentemente se desprende casi evidente la postura que se ha planteado a lo largo de este apartado. Así pues, se destacará la idea según la cual el Estado de Derecho resulta la "*institucionalización que discurre a través del derecho legítimo*" y que hace posible la "*producción legítima de normas*".
Así, se manifiesta tangible el modo en que esta estrecha vinculación entre Derecho y Política resulta, por momentos de conveniencia y por otros necesaria. En este sentido, el Estado de Derecho como forma de organización política, requiere indefectiblemente, aunque parezca una evidencia señalarlo, contar con el Derecho.

---

[464] Ver en este sentido: Habermas, Jürgen (1991), *Teoría de la Acción Comunicativa*, Tomo I, Taurus: Buenos Aires.

[465] Habermas, Jürgen (1998), *Facticidad y Validez: Sobre el Derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría de discurso*, Ed. Trota: Buenos Aires, p. 523.

[466] Looz, Fritz (1995), *Habermas, Facticidad y Validez*, publicado en: Geschichte und Gesellschaft, ZIS-5/2009, p. 243.

2.

Dimensión pragmática

La dimensión desarrollada previamente se entrelaza con la dimensión pragmática que se expondrá a continuación. Para comenzar este análisis cabe remontarse a la Norteamérica de fines de 1790 y comienzos de 1791, lugar y momento en el que el Congreso Federal debatió su facultad para crear el Banco de los Estados Unidos. El debate en cuestión giró en torno a las facultades implícitas del Poder Legislativo toda vez que no existía en su Carta Magna una norma que expresamente autorizara al Poder legislativo a crear un Banco. Nótese entonces que, a primera vista, el asunto era meramente jurídico. Se expusieron distintas posiciones sobre si el Congreso Federal podía realizar sólo aquello para lo que estaba expresamente autorizado o si, además, podía plantearse la existencia de otras facultades implícitas y, en base a ellas, justificar la creación del establecimiento financiero en cuestión.

Sin perjuicio de ello, es dable destacar que detrás de esa discusión jurídica se ocultó un importante trasfondo político. En septiembre de 1789 el entonces Secretario del Tesoro, Hamilton, fue requerido por la Cámara de Representantes a fin de encontrar un modo de sostener el crédito público. Debe tenerse en cuenta que, para esa fecha, muchos de los Estados norteamericanos contaban con una gran deuda debido a la importante guerra que poco tiempo atrás habían afrontado. La intención fue lograr que aquella deuda fuera absorbida por el gobierno federal y, a tal efecto, el Banco de los Estados Unidos se presentaba como un medio por demás idóneo. Ante dicho panorama, el debate jurídico, se tiñó de tintes políticos.

En este sentido, fueron dos las posiciones que se disputaron dentro del Congreso. Por un lado, el Estado de Massachusetts, que contaba con una gran deuda y, por ende, se encontraba a favor de la creación del Banco. Por su parte, el Estado de Virginia, que había logrado amortizar gran parte de su deuda y, por lo tanto, no estaba de acuerdo con tener que colaborar con los demás Estados que no habían actuado del mismo modo.

Asimismo, y, por sobre todo eso, el enfrentamiento también escondía un interés mayor: establecer un modelo político y económico, a saber, colono y esclavista por

parte de Virginia, y comerciante y astillero en el caso de Massachusetts. Finalmente, la decisión política de crear el Banco de los Estados Unidos se concretó y ello requirió también el empleo de dos normas, la Ley de Consolidación y la Ley de Asunción. Así, una vez más, la puesta en marcha de una medida gubernamental debió valerse del Derecho.

Ahora bien, acciones políticas como las descriptas no sólo han tenido lugar en Estados Unidos. Argentina también ha sido el escenario de algunos sucesos en los que se han debatido cuestiones en términos jurídicos pero que, detrás del telón jurídico, se desarrollaba la obra principal que trataba sobre la Política. Es así el caso de la Ley 318 del 25 de agosto de 1869. En esa oportunidad se suscitó un debate jurídico que, tal como sucedió en el ejemplo analizado, guardó íntima relación con una posición política. La norma mencionada establecía que toda intervención federal en las provincias debía ser previamente autorizada por ley especial. Asimismo, en su artículo 2, autorizaba al Poder Ejecutivo para que, en receso del Congreso, interviniera en el territorio de las provincias a solicitud de sus autoridades constituidas.

El Poder Ejecutivo finalmente vetó dicha Ley a los pocos días de su promulgación, el 2 de septiembre de 1869, con el fundamento de que *"cuando el Poder Ejecutivo ejerce facultades que le son propias, inherentes, ellas no pueden someterse a la reglamentación de otro poder"*[467]. Al respecto, Aja Espil, quien desarrolla la teoría de los poderes implícitos e inherentes ofrece al respecto los argumentos vertidos por Sarmiento y Dalmacio Vélez Sarsfield para vetar dicha Ley extraídos del Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación del 28 de septiembre de 1869: "*En nuestro sistema de gobierno, cada poder público tiene su esfera de acción señalada; y es base del sistema que cada uno ejerza sus facultades y llene sus deberes con prescindencia de los otros. Es de aquí que se arranca la deducción de que las atribuciones de un poder no pueden ser delegadas en otro, y como consecuencia de ella, que los actos del uno no pueden ser sometidos a la revisión y aprobación de los demás.* ***El proyecto sobre las intervenciones locales que el Congreso ha sancionado, echa por tierra aquellos principios fundamentales de nuestra***

[467] Aja Espil, Jorge (1987), *Constitución y Poder*, Tipográfica Editorial: Argentina, p. 107.

organización política y hace del Poder Ejecutivo un mero agente del Poder Legislativo"[468] (el destacado es propio).

En esta inteligencia, la facultad del Poder Ejecutivo de intervenir las provincias en aquella época resultaba una herramienta fundamental de poder. Debe tenerse en cuenta que hacía muy poco tiempo que se había sancionado la Constitución Nacional de la Argentina y que todavía las provincias se encontraban acomodándose dentro del nuevo esquema de organización administrativa y política. De tal modo, la lucha por el poder se presentaba como un factor común en todas las disputas. No sólo el Poder entre las provincias, sino también, entre los distintos poderes del Estado, en este caso el Ejecutivo y el Legislativo.

Todo este planteo de índole político se articuló por medio de la Ley que legislaba la intervención federal, un punto crítico en lo que se refiere a la lucha por el poder. En este sentido, resultaba fundamental determinar si el Poder Ejecutivo requería el acuerdo del Legislativo para intervenir una provincia o, por el contrario, si aquello era una potestad inherente del órgano de gobierno.

La palabra final al respecto fue la que determinó no sólo la validez de la norma en cuestión, sino que, como consecuencia de ello, se estableció la amplitud de las facultades del Poder Ejecutivo y, en base a ello, el poder que detenta el mismo frente al resto de los poderes y de las provincias.

En sintonía con esta última idea, resta incluir en este desarrollo el rol que juegan los Tribunales Superiores -Corte Suprema de Justicia, Corte Constitucional, etc.- en este tipo de situaciones. Tal como se ha planteado, muchas de las cuestiones políticas se manifiestan a través de algún conflicto normativo -ya sea por interpretación o por la constitucionalidad de la norma en cuestión- y por ello su solución final quedará en manos de los más altos Tribunales. Y cuando uno de esos Tribunales se expide, surge un nuevo paradigma que determina el modo de proceder con relación al tema que se abordó -sea este respetado o no por las instancias inferiores-. Por ello, la discusión que pueda darse en el ámbito político se zanja por medio del Derecho, el cual tiene la

[468] Ibidem.

última palabra, siempre que se esté en el marco de un Estado de Derecho y se pretenda respetar las decisiones emanadas de los más altos tribunales de justicia.

A mayor abundamiento conviene ilustrar esta idea con un ejemplo. En Argentina, a mediados del siglo XX había un amplio consenso respecto a que los fines fundamentales del poder de policía que ejercía el Poder Ejecutivo eran la seguridad, la salubridad y la moralidad pública. En 1944 la Corte Suprema de Justicia de la Nación por medio de los fallos "INCHAUSPE HNOS." y "FERNÁNDEZ ORQUIN, J.M. C/RIPOLL, FRANCISCO" incorporó a aquellos fines uno más, a saber, la defensa de los intereses económicos de la comunidad. De tal modo, el poder de policía se ponía a la orden del desarrollo económico y de la justicia social.

En el último de dichos fallos, la postura de la minoría señaló que *"La doctrina de la omnipotencia legislativa que se pretende fundar en una presunta voluntad de la mayoría del pueblo, es insostenible dentro de un sistema de gobierno cuya esencia es la limitación de los distintos órganos y la supremacía de la Constitución"*[469].

Por su parte, es relevante destacar la postura asumida por la mayoría en cuanto asumió que "*(…) es regla de interpretación de las leyes dar pleno efecto a la intención del legislador, computando la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con el restante ordenamiento jurídico y con los principios y garantías de la Constitución Nacional y que, en casos no expresamente contemplados, ha de preferirse la inteligencia que favorece y no que la dificulte aquella armonía y los fines perseguidos por las reglas*"[470]*.*

Lo que se intenta señalar con esto es que, la pretensión política de extender el poder de policía al interés económico de la comunidad sólo pudo encontrar legitimidad y autoridad por medio de la decisión adoptada por la Corte Suprema.

Por todo ello, es plausible postular que, el problema vinculado al Derecho en los casos analizados fue sólo la lucha por determinar cuál sería la posición correcta. El discurso jurídico, con carácter de autoridad al pasar por la pluma de la Corte Suprema,

[469] Op. cit., Aja Espil, p. 166.

[470] Op. cit., Aja Espil, p. 167.

establece paradigmas y en base a ellos la Política se articula. El Derecho determina el campo en el que la política va a desarrollarse y cómo habrá de hacerlo.

En base a lo desarrollado precedentemente, se vislumbra claramente la idea del Derecho como instrumento de la Política. En este sentido, la relación entre dichos ámbitos puede verse figurada, por un lado, en las Leyes, que reflejan -por lo general- una ideología estática y destinada a mantenerse en el tiempo, y, por otro lado, en las decisiones judiciales en las que se refleja el comportamiento y pensamiento político más dinámico de la sociedad.

De tal modo, el Derecho se presenta como un objeto de análisis por medio del cual se dilucidan o se entienden las decisiones gubernamentales, la inclinación de estas, la orientación política, entre otras cuestiones.

3.

Dimensión teórico-conceptual

Finalmente, a las dos dimensiones que se analizaros resta incorporarle una tercera, a saber, la dimensión teórico-conceptual. Al respecto, resulta conveniente comenzar este análisis con algunas definiciones cardinales sobre el tema que se aborda. En la introducción a este desarrollo se realizó una aclaración vinculada a otra íntima e insoslayable relación, a saber, aquella entre la *Política* y el *Poder*. Cierto es que se trata de un tema que se aborda, por lo general, desde el campo teórico de la política. No obstante, como se demostrará a continuación de la mano de Norberto Bobbio y Luigi Ferrajoli, el Derecho también participa de dicha relación y se verá cómo esta tríada conceptual -*Política, Poder y Derecho*- pone de manifiesto la relación teórica que existe entre el Derecho y la Política.

De este modo, Bobbio en su Diccionario de Política aporta, por un lado, el concepto moderno de *Política*, al que lo contrapone con el significado clásico. En tal sentido sostiene que "*En la edad moderna el término perdió su significado original (...) sustituido por otras expresiones como ´ciencia del estado´, ´doctrina del estado´, ´ciencia política´, ´filosofía política´, etc., y se emplea comúnmente para indicar la actividad o el conjunto de actividades que de alguna manera tienen como término de*

referencia la polis, es decir el estado. De esta actividad la polis a veces es el sujeto, por lo cual pertenecen a la esfera de la política actos como el ordenar (o prohibir) algo con efectos vinculantes para todos los miembros de un determinado grupo social, el ejercicio de un dominio exclusivo sobre un determinado territorio, el legislar con normas válidas erga omnes"[471].

Es menester destacar de esta última cita aquellos actos que son considerados como "propios de la actividad política", puesto que los mismos se encuentran relacionados notoriamente con la actividad jurídica. En este sentido, el ordenar o prohibir una conducta es una clara tarea que se llevará a cabo por medio de Leyes, por ende, allí puede encontrarse nuevamente al Derecho.

Asimismo, en necesario efectuar algunas apreciaciones relacionadas con otro concepto fundamental que gira en torno a la Política como así también al Derecho, esto es, el *Poder*. Debe aclararse que no se aportará una definición de dicho concepto, debido a lo complejo de dicha empresa. En esta inteligencia, el mismo Karl Loewenstein ha planteado aquella dificultad al considerar al Poder como parte de la "enigmática tríada"[472] y en este sentido ha considerado que, junto al amor y la fe, dominan la vida del hombre en sociedad y se encuentra presente en todas las relaciones humanas. Ahora bien, en cuanto a la aproximación que se realizará al concepto de Poder resulta relevante tener presente lo que Bobbio dice al respecto. Al respecto, el pensador italiano expresa que "*(...) varias formas de poder que se basan en los medios de los cuales se sirve el sujeto activo de la relación para condicionar el comportamiento del sujeto pasivo (...) tres grandes clases (...): el poder económico, el poder ideológico y el poder político. (…) Esta distinción entre tres tipos principales de poder se encuentra, aunque expresamente de diferentes maneras, en la mayor parte de las teorías sociales contemporáneas, en las cuales el sistema social en su conjunto aparece directa o indirectamente articulado en tres subsistemas principales, que son la organización de las fuerzas productivas, la organización del consenso y la organización de la coacción*"[473].

[471] Bobbio, Norberto (2008). *Diccionario de Política*, Siglo Veintiuno Editores: México, p. 1215.

[472] Ver en este sentido: Loewenstein, Karl (2018), *Teoría de la Constitución*, Ed. Ariel: Barcelona.

[473] Op. cit., Bobbio (2008), pp. 1216-1217.

En base de las aproximaciones conceptuales esbozadas anteriormente, corresponde resaltar la relación que puede encontrarse entre la Política y el Poder. Principalmente se señalará lo atinente al "poder político". En este sentido, Bobbio refiere que "*Lo que caracteriza al poder político es la exclusividad del uso de la fuerza respecto de todos los grupos que actúan en un determinado contexto social, exclusividad que es el resultado de un proceso que se desarrolló en toda sociedad organizada hacia la monopolización de la posesión y el uso de los medios con los cuales es posible ejercer la coacción física. Este proceso de monopolización es paralelo al proceso de criminalización y de penalización de los actos de violencia que no se realicen por personas autorizadas por los detentadores y beneficiarios de este monopolio*"[474]*.*

Asimismo, cabe destacar que Bobbio le asigna al poder político ciertas características particulares que lo diferencian de otras formas de poder. Una de aquellas características es la *inclusividad* a la que define como "*(…) la posibilidad de intervenir imperativamente en toda esfera de posible actividad de los miembros del grupo dirigiéndoles hacia un fin deseado o distrayéndolos hacia un fin no deseado a través del instrumento del ordenamiento jurídico, es decir de un conjunto de normas primarias dirigidas a los miembros del grupo y de normas secundarias dirigidas a funcionarios especializados, autorizados a intervenir en el caso de violación de las primeras*"[475]*.*

Y una vez que esta conceptualización se aproxima a evidenciar con claridad la relación entre el Poder y el Derecho, cabe también tener presente la reflexión de Bobbio en cuanto expresa que "*Poder y derecho (...) son, por así decirlo, dos caras de la misma moneda. Entre escritores políticos y juristas, el contraste implica cuál de esta moneda sea el frente y cuál el reverso: para los primeros el frente es el poder y el reverso el derecho, para los segundos es lo contrario*"[476].

Una vez propuesta esa aproximación, el autor italiano continúa luego con la siguiente pregunta "*(...) ¿va antes el poder o la norma? A pesar de la obstinación con que los teóricos del Derecho por un lado y los teóricos de la política por el otro insisten en*

[474] Op. cit., Bobbio (2008), p. 1218.

[475] Op. cit., Bobbio (2008), p. 1219.

[476] Op. cit., Bobbio (1985), pp. 22-23.

sostener que va antes la norma (la teoría de la norma fundamental de Kelsen) o antes el poder (la vieja y siempre nueva teoría de la soberanía como potestas superiorem non recognoscens), la solución del problema depende exclusivamente del punto de vista en el que nos pongamos. Si se parte del poder desde abajo, se llega, pasando de un poder inferior a uno superior, al poder de los poderes, al sumo poder; si se parte de la norma desde abajo, se llega, pasando de la norma inferior a la superior, a la norma de las normas, a la norma fundamental. Pero nada mejor que esta reducción en el vértice nos permite comprender que el problema del poder y de la norma son las dos caras de una misma moneda"[477].

Por último, es importante hacer una última apreciación con referencia a Bobbio en cuanto señala una relevante reflexión acerca de Max Weber y Hans Kelsen con relación al tema que se está desarrollando. En este sentido, el pensador italiano expresa que Weber arriba a su célebre tipología de las formas de poder político a partir de la distinción entre "poder de hecho" (*Macht*) y "poder de derecho" (*Herrschaft*). Mientras que, por su parte, Kelsen parte de la distinción entre validez de las normas y la eficacia del ordenamiento jurídico y llega en su *Allegemeine Theorie der Normen* (1979) a oponerse al problema del "poder jurídico" *(Rechtsmacht),* lo que permite analizar el ordenamiento jurídico desde el punto de vista del deber ser (*Sollen)* pero también desde el ser (*Sein*)*.* De tal modo, Bobbio concluye que "*En un cierto sentido se puede decir que Weber y Kelsen llegan a la misma conclusión, a la conclusión de que el poder legítimo se distingue del poder de hecho en cuanto a un poder regulado por normas, pero partiendo de dos puntos de vista opuestos, el primero de la noción de poder que tiene necesidad de ser regulado para volverse legítimo, el segundo de la noción del ordenamiento normativo que tiene necesidad de la fuerza para volverse efectivo*"[478].

Ahora bien, una vez realizadas las anteriores aclaraciones conceptuales se habrá de señalar lo que se estima como una importante relación entre los conceptos de *Política*, *Derecho* y *Poder*. En este sentido, una de las principales características del poder

[477] Bobbio, Norberto (1990), *Contribución a la teoría del derecho*. Edición de Alfonso Ruiz Miguel: Madrid: Debate, p. 302.

[478] Ibidem.

político es el monopolio de la fuerza y, el Derecho, le permite llevar a cabo dicho cometido en forma legítima. Al respecto, G.B. Powell y G.A. Almond han señalado que "*Estamos de acuerdo con Max Weber en el hecho de que la fuerza física legítima es el hilo conductor de la acción del sistema político, lo que le confiere su particular calidad e importancia y su coherencia como sistema. Las autoridades políticas, y sólo ellas, tienen el derecho predominantemente aceptado de usar la coerción y de ordenar obediencia en base a la misma (...) Cuando hablamos de sistema político incluimos todas las interacciones que afectan el uso o la amenaza del uso de la coerción física legítima*"[479].

Así puede observarse cómo se da la dinámica conceptual entre el Derecho y la Política. Por medio de instrumentos jurídicos el Derecho garantiza que el monopolio de la fuerza quede en cabeza del Estado. Eso faculta a las autoridades políticas a poder llevar a cabo uno de sus propósitos principales que es regular la conducta de los ciudadanos. A este último propósito el Derecho también presenta su asistencia puesto que, el modo idóneo de llevar a cabo dicha pretensión en un Estado de Derecho es por medio de Leyes que hayan emanado del Poder legislativo, de acuerdo con el procedimiento establecido en la Norma Fundamental a tal efecto. Finalmente, el legítimo ejercicio de la coerción por medio del Estado es un modo de asegurar el cumplimiento de las normas.

En el párrafo anterior se mencionó otro concepto importante a los efectos de este trabajo, cuyo abordaje ya se había adelantado en la introducción, a saber, el Estado de Derecho. Ahora bien, resultará necesario señalar de qué modo el vínculo que se viene analizando se hace manifiesto por medio de esta expresión. A tal fin, es pertinente tener presente el desarrollo que realiza Luigi Ferrajoli quien ofrece dos acepciones del concepto "Estado de Derecho", una de ellas es el sentido lato o formal que: *"…designa cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son* conferidos *por la ley y ejercitados en las* formas *y con los procedimientos legalmente establecidos"*[480].

[479] Powell, G.B. y Almond, G.A. (1970), *Política Comparada*. Ed. Paidós: Buenos Aires, p. 55.

[480] Ferrajoli, Luigi, *Pasado y Futuro del estado de derecho*, Revista internacional de filosofía política, ISSN 1132-9432, Nº 17, 2001, p. 31.

Por otra parte, el aludido autor destaca el sentido fuerte o sustancial de dicho concepto y expresa que este "*…designa, en cambio, sólo aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están, además,* sujetos *a la ley (y, por lo tanto, limitados o vinculados por ella), no sólo en lo relativo a las formas, sino también en los* contenidos*. En este significado más restringido (…) son estados de derecho aquellos ordenamientos en los que todos los poderes, incluido el legislativo, están vinculados al respeto de principios sustanciales, establecidos por las normas constitucionales, como la división de poderes y los derechos fundamentales*"[481].

En base a ello, Ferrajoli continúa explicando que "*Estos dos significados corresponden a dos modelos normativos diferentes: el modelo paleo-iuspostivista del estado legislativo de derecho (o estado legal), que surge con el nacimiento del estado moderno como monopolio de la producción jurídica, y el modelo neo-iuspositivista del estado constitucional de derecho (o estado constitucional), producto, a su vez, de la difusión en Europa, tras la segunda guerra mundial, de las constituciones rígidas y del control de constitucionalidad de las leyes ordinarias*"[482].

A partir de lo manifestado precedentemente resulta importante destacar entonces la existencia de un Estado legislativo de derecho y de un Estado constitucional de derecho. En cuanto al primero de ellos es importante reconocer que *"…el estado de derecho moderno nace, con la forma del estado legislativo de derecho (...) con la afirmación del principio de legalidad como criterio exclusivo de identificación del derecho válido y antes aún existente, con independencia de su valoración como justo"*[483].

Por su parte, en lo que atañe al Estado constitucional de derecho, implicó algunos cambios significativos tales como *"la subordinación de la legalidad misma -garantizada por una específica jurisdicción de legitimidad- a constituciones rígidas,*

[481] Ibidem.

[482] Ibidem.

[483] Op. cit., Ferrajoli, p. 32.

jerárquicamente supraordenadas a las leyes como normas de reconocimiento de su validez"[484].

Uno de los cambios fundamentales a destacar del paso de un modelo de estado legislativo a uno constitucional, según Ferrajoli es que "*La subordinación de la ley a los principios constitucionales equivale a introducir una dimensión sustancial, no sólo en las condiciones de validez de las normas, sino también en la naturaleza de la democracia, para la que representa un límite, a la vez que la completa. Un límite porque a los derechos constitucionalmente establecidos corresponden prohibiciones y obligaciones impuestas a los poderes de la mayoría, que de otra forma serían absolutos. Y la completa porque estas mismas prohibiciones y obligaciones se configuran como otras tantas garantías de los derechos de todos, frente a los abusos de tales poderes que -como la experiencia enseña- podrían de otro modo arrollar, junto con los derechos, al propio método democrático (…) las filosofías jurídicas y políticas son siempre un reflejo y a la vez un factor constitutivo y, por decirlo así, performativo de las concretas experiencias jurídicas de sus respectivos momentos (…)*"[485].

De tal modo, luego de este desarrollo, puede plantearse que el concepto "Estado de Derecho" se presenta como el paroxismo conceptual en el que se refleja vivamente le relación entre el Derecho y la Política. Se puede vislumbrar las relevantes implicancias que su abordaje acarrea tanto para el mundo jurídico, como para el político.

Para concluir, vale destacar que seguramente puedan encontrarse otros vínculos entre el Derecho y la Política, sin embargo, en esta primera parte se expusieron los nexos en los que dicha relación se exhibe, tal vez, en forma más clara.
Cabe poner de relieve que no se pretendió dejar zanjada la cuestión en torno al debate generado a raíz de la vinculación entre ambos conceptos, sino que el objetivo central fue destacar las tres dimensiones de análisis en las que el Derecho y la Política encuentran su punto en común.

[484] Op. cit., Ferrajoli, p. 34.

[485] Op. cit., Ferrajoli, p. 35.

Asimismo, debe reiterarse que no se encuentra en el espíritu de este desarrollo quitar autonomía al Derecho y a la Política como campos de estudio diferenciados. Por el contrario, estudiar la interacción entre ambos conceptos enriquece el entendimiento de cada esfera en particular y potencia su análisis.

Por otra parte, no resulta ocioso manifestar que durante la redacción de estas líneas surgieron diferentes preguntas, inquietudes e incluso obstáculos. Sin embargo, al mismo tiempo, de la pluma de los autores citados nacieron las respuestas y certezas esenciales para sortear aquellas barreras.

Previo a sumergirse en este debate, puede surgir una cuestionamiento de simple lectura, aunque de compleja solución: ¿es posible pensar al Derecho y a la Política por separado? De lo expuesto, surge inmediatamente la inclinación por el *no*, la vinculación entre el Derecho y la Política es más tangible de lo que suele plantearse, como así también su fundamentación. Es así como puede lograrse comprender al Derecho en términos políticos y a la Política en términos jurídicos, lo cual contribuye a enriquecer el análisis del fenómeno jurídico.

Este desarrollo nació pensado como una especie de "*nudo de borromeo",* conformado por las tres dimensiones de análisis que se identificaron como relevantes para proponer la existencia de la relación pretendida -*dimensiones discursiva, pragmática y teórico-conceptual*-.

Finalmente, en virtud de todo lo expuesto, no queda más que concluir esta primera parte con otra imagen, a saber, la del símbolo de la "*vesica piscis":* dos círculos del mismo radio cuyos centros se encuentran en la circunferencia del otro, es decir, dos mundos con sus propiedades y características, pero conectados entre sí, dos nudos entrelazados que sin atajos remiten a la innegable relación entre el Derecho y la Política.

B.

Racionalidad política: una tipología expresada en una pluralidad de esferas

Con lo expuesto hasta aquí se ilustró la relación que existe entre el derecho y la política, al menos desde las dimensiones propuestas. Ahora corresponde afinar ese

análisis y pensar la relación entre ambos campos de estudio en función del desarrollo propuesto para este trabajo. Es decir, lo que se abordará a continuación es el modo en el que el análisis jurídico y el análisis político se complementan y cómo ello permite pensar en una racionalidad política que forma parte del derecho, lo cual contribuye a comprender y repensar a este último.

Previo a comenzar con este desarrollo, cabe destacar que la propuesta de esta tipología de racionalidad política comparte con la ya analizada racionalidad social[486] la imposibilidad de referirse a *una* racionalidad. En este sentido, al desarrollar la racionalidad social se sostuvo que pueden advertirse diversas racionalidades sociales derivadas de los distintos *mundos* y *ciudades* a los que aluden Boltanski y Thévenot. Es decir, si bien puede hablarse de *una* tipología ello es a los efectos de diferenciarla, principalmente, de la racionalidad formal-deductiva, pero, a su vez, de las otras tipologías de racionalidad desarrolladas anteriormente. Sin embargo, tanto la racionalidad social como la política en tanto tipologías exhiben una pluralidad de variantes que responden a diversos criterios que pueden adoptarse para su definición y desarrollo. Cabe recordar que uno de los objetivos de esta investigación era la propuesta de diversas tipologías de racionalidad que ilustraran la crítica a la idea de la *única racionalidad* para el derecho que aquí se ha llamado *racionalidad formal-deductiva*. De tal modo, el hecho de referirse a una pluralidad de racionalidades, incluso dentro de algunas de las tipologías propuestas, no hace más que justificar aquel punto de partida pues la *pluralidad de racionalidades* se evidencia como la forma más adecuada para el análisis del fenómeno jurídico, superando así un estudio limitado del derecho, y particularmente de su aplicación, desde la óptica de una (única) racionalidad.

Vale aclarar que también podría plantearse la presencia de una pluralidad de racionalidades dentro de la racionalidad económica que se ha propuesto[487]. No obstante, al abordarse aquella tipología se ha mencionado que el Análisis Económico del Derecho como campo de estudio cuenta con diversas variantes a partir de los desarrollos de distintos teóricos. Por lo tanto, la *pluralidad* en ese caso respondería a la posibilidad de pensar en diferentes racionalidades económicas, pero a partir de

[486] Ver: Segunda parte; Capítulo II; Sección II.

[487] Ver: Segunda parte; Capítulo II; Sección III.

distintos puntos de partida teórico-conceptuales. Es por ese motivo que al momento de desarrollar la racionalidad económica se puso el acento específicamente en una de aquellas versiones por considerarla la más extendida en el análisis del derecho. En este sentido, la diferencia con lo que se planteó respecto de la racionalidad social y lo que se desarrollará con relación a la racionalidad política, es que en estos casos los propios puntos de partida ofrecen una pluralidad de criterios de análisis que permiten pensar en diversas racionalidades dentro de una misma tipología sin que resulten desarrollos incompatibles. De todos modos, más allá de esta aclaración, la *pluralidad* sigue siendo la clave de esta investigación.

Ahora bien, al ingresar en el desarrollo de la tipología de racionalidad política y sus diferentes racionalidades, resulta ineludible la referencia a Michael Walzer pues su noción de diferentes *esferas de justicia* ofrece una clara imagen de aquella pluralidad. Es importante destacar que este autor se contrapone a la propuesta de *justicia distributiva* de John Rawls quien se refiere a *un solo criterio universal* -sus *principios de justicia*- aplicable para un conjunto de bienes específicos -*bienes primarios sociales*-. Al respecto, Walzer, al ser un particularista, alude a la existencia de múltiples criterios lo cual, a los efectos de este desarrollo, permite pensar en múltiples racionalidades políticas. Vale destacar que aquella contraposición resulta relevante no sólo para ilustrar dos visiones diferenciadas en cuanto al abordaje de la justicia distributiva, sino también porque esta oposición se realiza con relación a la teoría de Rawls que resulta un punto de partida insoslayable tal como se analizará más adelante -*infra* C.1-.

Retomando el camino que propone Walzer, a los efectos de analizar la justicia en una sociedad no puede pensarse en un solo criterio pues en toda sociedad existen diferentes *bienes sociales* que se relacionan con distintas *esferas (criterios) de distribución*. A su vez, cada sociedad le otorga a esos bienes un *significado* distinto que influye directamente en la forma en son distribuidos. De allí surge para el pensador norteamericano la imposibilidad de analizar este fenómeno desde la óptica de un criterio -una racionalidad- sino que se impone la necesidad de un abordaje a partir de una pluralidad de principios de justicia -pluralidad de racionalidades- que surgen de un análisis particularista del contexto sociocultural e histórico.

Antes de continuar, es importante efectuar una precisión conceptual. A lo largo de este desarrollo se hará alusión en muchas ocasiones a la noción *principios de justicia,* aunque ello se realice desde reflexiones provenientes de la filosofía política, lo cual permitiría pensar en la existencia de *principios de política*. En realidad, si bien podría trazarse una distinción conceptual entre ambas clases de principios, lo cierto es que dentro de cada una de las *esferas de justicia* propuestas por Walzer pueden encontrarse diversos *principios de justicia* que reflejan las particulares dinámicas dentro de cada una de esas esferas en lo que hace a la valoración de determinados bienes sociales, sus significados y los criterios o principios de distribución de aquéllos. Todo ello a los efectos de analizar, específicamente para este trabajo, la noción de *justicia distributiva* como punto de partida para analizar el derecho desde el enfoque pluralista propuesto por este pensado norteamericano. Ello no quita, tal como se expresó, que desde en análisis de la filosofía política pueda hablarse de *principios de política* que puedan aludir a dinámicas distintas a las mencionadas como, por ejemplo, la relación entre un determinado modelo de organización política y sus instituciones, y, a su vez, entre aquellos y la sociedad. Lo mismo puede plantearse acerca de *principios sociales* que podrían proponerse desde la sociología y que pretendan plasmar relaciones que se den al seno de las sociedades, incluso a partir de la consideración de *principios políticos*. Es decir, se trata de distintos campos de análisis que, aunque puedan encontrarse relacionados, cuentan con sus propios marcos conceptuales que facilitan los desarrollos dentro de sus respectivas áreas. Caso contrario, todos esos análisis quedarían englobados dentro de la noción *principios de justicia* lo cual no sólo no refleja necesariamente y siempre dinámicas políticas y sociales, sino que, además, limita el estudio a un solo aspecto o, al menos, lo interpreta a la luz de una particular dinámica. Por lo tanto, si bien este desarrollo estará concentrado principalmente en la noción de *principios de justicia*, ello no obsta a la posibilidad de reconocer *principios políticos* que puedan relacionarse con aquellos e incluso fundamentarlos.

Con el objeto de comprender con mayor profundidad esta propuesta, a continuación, se analizarán sus principales basamentos teóricos-conceptuales, a saber: una *teoría de los bienes basada en seis proposiciones* (1); la noción de *igualdad compleja* (2); y

la existencia de *tres principios de distribución: intercambio libre, necesidades y mérito* (3).

1.

Una teoría de los bienes basada en seis proposiciones

De tal modo, en primer lugar, en lo que concierne a la *teoría de los bienes*, Walzer parte de un objetivo central en cuanto expresa que "*Mi propósito (…) es describir una sociedad donde ningún bien social sirva o pueda servir como medio de dominación"*[488]. Por lo tanto, ya desde un comienzo el abordaje se aleja de la búsqueda de un solo criterio que sirva para describir la dinámica de la justicia pues, cuando se refiere a ella, alude a la existencia de una multiplicidad de bienes y a una multiplicidad de maneras de distribuirlos -sistemas distributivos-, en muchos lugares y épocas. En este sentido, el pensador norteamericano expresa que "*A lo largo de la historia, el mercado ha sido uno de los mecanismos más importantes para la distribución de los bienes sociales; pero nunca ha sido, y en ningún lado es hoy, un sistema distributivo completo. Análogamente, nunca ha existido un criterio decisivo único a partir del cual todas las distribuciones sean controladas, ni un conjunto único de agentes tomando tales decisiones*"[489]. Y en este mismo sentido, aunque pensando en otros mecanismos o criterios para la distribución, agrega que "*…nunca ha habido un criterio único, o un conjunto único de criterios interrelacionados, para toda distribución. El mérito, la calificación, la cuna, la sangre, la amistad, la necesidad, el libre intercambio, la lealtad política, la decisión democrática: todo ello ha tenido lugar, junto con muchos otros factores, en difícil coexistencia, invocado por grupos en competencia, confundido entre sí*"[490].

En base a lo expuesto, la propuesta de Walzer contribuye al desarrollo de la presente investigación en cuanto no concibe la posibilidad de pensar a la justicia -en su caso la

[488] Walzer, Michael (1997), *Las Esferas de la Justicia. Una Defensa del Pluralismo y la Igualdad*, Fondo de Cultura Económica: México, p. 11.

[489] Op. cit., Walzer, p. 18.

[490] Ibidem.

justicia distributiva- a partir de un solo criterio pues entiende que "*…la justicia no es -como lo es el utilitarismo- una ciencia integrada, sino un arte de la diferenciación. Y la igualdad es sólo el resultado de este arte…"*[491]. Incluso no sólo se limita a establecer una pluralidad criterios, sino que va más allá y plantea que "*…los principios de la justicia son en sí mismo plurales en su forma…"*[492].

Sin embargo, a los efectos de comprender completamente su propuesta, es necesario adentrarse en su *teoría de los bienes* que Walzer resume en seis proposiciones: "*1. Todos los bienes que la justicia distributiva considera son bienes sociales (…) Los bienes en el mundo tienen significados compartidos porque la concepción y la creación son procesos sociales. (…) 2. Los individuos asumen identidades concretas por la manera en que conciben y crean -y luego poseen y emplean- los bienes sociales (…) 3. No existe un solo conjunto de bienes básicos o primarios concebible para todos los mundos morales y materiales (…) 4. (…) es la significación de los bienes lo que determina su movimiento. Los criterios y procedimientos distributivos son intrínsecos no con respecto al bien en sí mismo sino con respecto al bien social. 5. Los significados sociales poseen carácter histórico, al igual que las distribuciones. Éstas, justas e injustas, cambian a través del tiempo (…) 6. Cuando los significados son distintos, las distribuciones deben ser autónomas. Todo bien social o conjunto de bienes sociales constituye, por así decirlo, una esfera distributiva dentro de la cual sólo ciertos criterios y disposiciones son apropiados*"[493].

De aquellas proposiciones resulta importante efectuar algunas consideraciones para continuar el hilo del presente desarrollo. En lo que respecta a la primera proposición, el hecho de que la concepción y creación de los significados de los bienes son procesos sociales explica también que en cada sociedad puedan existir distintos significados. Lo cual, es una primera muestra de pluralismo. A su vez, en lo atinente a la cuarta proposición, cabe agregar que la comprensión acerca del significado del bien para quienes lo consideran como tal permite determinar las razones en virtud de las cuales ese bien debería ser distribuido. En este sentido, Walzer expresa que *"Toda*

[491] Op. cit., Walzer, p. 13.

[492] Op. cit., Walzer, p. 19.

[493] Op. cit., Walzer, pp. 21-23.

distribución es justa o injusta en relación con los significados sociales de los bienes de que se trate (…)"[494]. Finalmente, en cuanto a la sexta proposición, cabe destacar que es allí donde expresa el núcleo de su propuesta de distintas esferas de justicia con criterios autónomos dentro de cada una ellas. Al respecto, Walzer sostiene que, por ejemplo, el dinero no es un criterio de relevancia en el marco de las investiduras eclesiásticas y, por su parte, que la piedad tampoco lo sería en el mercado. Sin embargo, a pesar de consagrar esa autonomía propia de cada esfera, el pensador norteamericano aclara que se trata de una autonomía relativa pues "*En ninguna sociedad, por supuesto, los significados sociales son distintos por completo. Lo que ocurra en una esfera distributiva afecta a lo que ocurra en otras; a lo sumo podremos buscar una autonomía relativa*"[495].

De este modo, queda más claramente delineado el campo de análisis propuesto por Walzer en el cual pueden vislumbrarse diferentes esferas de justicia con criterios autónomos, pero en forma relativa pues existen ciertos puntos de contacto entre aquellas esferas. Esta relación puede explicarse en cuanto Walzer expresa que "*…la mayoría de las sociedades se organizan de acuerdo con lo que podríamos considerar una versión social de la norma fundamental: un bien o un conjunto de bienes es dominante y determinante de valor de todas las esferas de la distribución. Tal bien o conjunto de bienes es comúnmente monopolizado, y su valor mantenido por la fuerza y la cohesión de quienes lo poseen. Llamo a un bien dominante si los individuos que lo poseen, por el hecho de poseerlo, pueden disponer de otra amplia gamas de bienes*"[496].

De lo expuesto previamente surgen dos conceptos adicionales para comprender las desigualdades que puedan darse al seno de las distintas sociedades, a saber, *monopolio* y *predominio* de los bienes sociales. Ante estos distintos escenarios, y pensando en sociedades igualitarias, Walzer se propone prestar más atención a la reducción del *predominio* de algún bien que a la destrucción o restricción de su *monopolio*, pues, en el primer caso, se puede sobrepasar los límites de otras esferas.

[494] Op. cit., Walzer, p. 22.

[495] Op. cit., Walzer, p. 23.

[496] Op. cit., Walzer, p. 24.

En el afán de pensar una sociedad igualitaria no se pretende eliminar las diferencias que pueden ocasionarse por medio del monopolio, sino que el objetivo es evitar la dominación. Una de las primeras preguntas que puede surgir al leer estas reflexiones es qué sucede con el poder político en este contexto. Al respecto, Walzer aclara que el poder político es una especie particular de bien -pues las personas pueden hacerlo, valorarlo, intercambiarlo, compartirlo- pero, a su vez es el agente regulador de los bienes sociales en general.

2.

La noción de "igualdad compleja"

En este sentido, y retomando una idea expresada anteriormente, lo que se busca es alcanzar una sociedad en la que no exista la dominación sin que ello implique acabar con las diferencias. Por lo general, podría plantearse que referirse a una *sociedad justa* trae aparejado una propuesta acerca de la *igualdad* y no de la *diferencia*. No obstante, Walzer elige el camino de la *diferenciación* a la cual relaciona directamente con la noción de justicia. Al respecto, señala que "*…la justicia conducirá a la armonía sólo si conduce a la separación. Buenas verjas hacen sociedades justas*"[497].

Esta idea que, en una primera impresión, podría parecer contraintuitiva, requiere, para su mejor comprensión y aceptación, de un desarrollo adicional relativo a la importante distinción entre la *igualdad simple* y la *igualdad compleja*. La primera de ellas está relacionada con "*1. La pretensión de que el bien dominante, sea cual fuere, sea redistribuido de modo que pueda ser igualmente o al menos ampliamente compartido: ello equivale a afirmar que el monopolio es injusto*"[498]. Por su parte, la *igualdad compleja* se relaciona con "*2. La pretensión de que se abran vías para la distribución autónoma de todos los bienes sociales: ello equivale a afirmar que el predominio es injusto*"[499].

[497] Op. cit., Walzer, p. 328.

[498] Op. cit., Walzer, p. 26.

[499] Ibidem.

En base a lo expuesto con relación a la distinción entre *monopolio* y *dominio*, puede advertirse que Walzer opta por la noción de *igualdad compleja*. En este sentido, refiere que "*El planteamiento de la igualdad compleja parte de nuestra noción (…) de los diversos bienes sociales; posteriormente versa sobre cómo nos relacionamos unos con otros por medio de esos bienes. La igualdad simple es una condición distributiva simple, de modo que si yo tengo 14 sombreros y otra persona tiene también 14, estamos en condición de igualdad. La igualdad es una compleja relación de personas regulada por los bienes que hacemos, compartimos e intercambiamos entre nosotros; no es una identidad de posesiones. Requiere entonces una diversidad de criterios distributivos que reflejen la diversidad de los bienes sociales*"[500].

Y esta noción de *igualdad compleja* es la que permite pensar en la propuesta de una pluralidad de bienes y una pluralidad de principios o criterios de distribución. Todo lo cual no podría darse en el marco de la *igualdad simple* en la que el análisis recaería en la desigualdad ocasionada a partir de la presencia de un tipo de bien social que resulte monopólico, y respecto del cual existe solamente un criterio de distribución. Un ejemplo de ello puede ser el dinero, respecto del cual, Walzer advierte que en la práctica no es neutral, sino que es un *bien dominante* y que se ve monopolizado por personas que tienen un talento especial para las transacciones y el comercio. De tal modo, el resto de los individuos solicitan la redistribución del dinero y el establecimiento de un régimen de *igualdad simple*.

Sin embargo, para llevar a cabo aquella redistribución hay que pensar en un criterio distributivo para repartirlo en forma equitativa y ello quedaría en manos de alguien -o pocos- que tomen esa decisión y ejecuten la redistribución, lo cual daría lugar a la *tiranía*. En este sentido, Walzer considera que no hay motivos para pensar que todas las personas deban tener lo mismo, pero siempre que se esté hablando dentro de una misma esfera -*desigualdad legítima*- pues, en el caso de que un bien ejerza influencia en otra esfera allí se estaría ante una *desigualdad ilegítima*.

En línea con lo expuesto, Walzer considera que la *igualdad compleja* es lo opuesto a la *tiranía* pues aquel tipo de igualdad "*…significa que ningún ciudadano ubicado en*

[500] Op. cit., Walzer, p. 31.

una esfera o en relación con un bien social determinado puede ser coartado por ubicarse en otra esfera, con respecto a un bien distinto. De esta manera, el ciudadano X puede ser escogido por encima del ciudadano Y para un cargo político, y así los dos serán desiguales en la esfera política. Pero no lo serán de modo general mientras el cargo de X no le confiera ventajas sobre Y en cualquiera otra esfera -cuidado médico superior, acceso a mejores escuelas para sus hijos, oportunidades empresariales y así por lo demás-. Siempre y cuando el cargo no sea un bien dominante, los titulares del cargo estarán en relación de igualdad, o al menos podrán estarlo, con respecto a los hombres y mujeres que gobiernan"[501].

Por lo tanto, la pluralidad de bienes y criterios de distribución solamente pueden interactuar en el marco de una *igualdad compleja* que en modo alguno repudia la *diferenciación* siempre que esto ocurra dentro de una misma esfera, pues ello sería una *desigualdad legítima*. Y esto marcaría el camino hacia una *sociedad justa* en la que debe evitarse el predominio de un bien social por sobre todos los otros y su consecuente distribución -o redistribución, ante la denuncia de un monopolio- de forma tiránica. De tal modo, la *igualdad compleja* es lo que hace posible evitar la dominación y pensar en una articulación de diversas esferas de justicia en la que pueden encontrarse diversos bienes sociales que se distribuyen a partir de una pluralidad de criterios. Al respecto, Walzer expresa que "*Los bines sociales tienen significados sociales, y nosotros encontramos acceso a la justicia distributiva a través de la interpretación de esos significados.* ***Buscamos principios internos para cada esfera distributiva***"[502] (el destacado es propio). En este sentido, y para completar la propuesta de Walzer, a continuación, se desarrollarán los tres principios distributivos principales, lo cual no quiere decir, vale aclarar, que no puedan existir otros.

3.

Tres principios de distribución: intercambio libre, necesidades y mérito

[501] Op. cit., Walzer, p. 33.

[502] Op. cit., Walzer, p. 32.

En esta inteligencia, Walzer expresa que la crítica al predominio y a la dominación tiene como base un *principio distributivo abierto* que puede plantearse del siguiente modo "*Ningún bien social X ha de ser distribuido entre hombres y mujeres que posean algún otro bien Y simplemente porque poseen Y sin tomar en cuenta el significado de X*"[503].

Al respecto, señala que existen tres criterios que cumplen con el *principio distributivo abierto*, a saber, *intercambio libre*, *merecimiento* y *necesidad*. Y aclara que "*…los tres poseen fuerza real, pero ninguno la tiene en toda la gama de las distribuciones. Son parte de la historia, no del todo*"[504]. A continuación, se aludirá a estos principios distributivos para su mejor comprensión.

En lo relativo al *intercambio libre*, Walzer refiere que "*…es palmariamente abierto; no garantiza ningún resultado distributivo en particular (…) No hay bienes predominantes ni monopolios (…) Cada intercambio es una revelación de significado social (…) El mercado es realmente plural en sus operaciones y en sus resultados, infinitamente sensitivo a los significados que los individuos aparejan a los bienes*"[505].

En lo que atañe al *merecimiento*, Walzer expresa también pareciera ser abierto y diverso. No obstante, señala que "*El merecimiento parece requerir un vínculo especialmente estrecho entre los bienes particulares y las personas particulares, mientras que la justicia sólo en ocasiones requiere un vínculo tal*"[506]. En este sentido, explica que "*…aunque estuviésemos en posibilidad de ordenar la distribución de amor, influencia, cargos, obras de arte y demás a poderosos árbitros del merecimiento, ¿de qué manera podríamos seleccionarlos? (…) El merecimiento es una exigencia seria, aunque exige juicios difíciles, y sólo en condiciones muy especiales produce distribuciones específicas*"[507]

[503] Op. cit., Walzer, p. 34.

[504] Ibidem.

[505] Ibidem.

[506] Op. cit., Walzer, p. 37.

[507] Ibidem.

Finalmente, en cuanto a la *necesidad* plantea que "*…genera una esfera distributiva particular dentro de la cual ella misma es el principio distributivo apropiado. En una sociedad pobre, una gran proporción de riqueza social sería llevada hasta esta esfera. Pero dada la variedad de bienes que surgen de cualquier vida común, incluso cuando es vivida a un nivel material muy bajo, otros criterios distributivos operarán siempre paralelamente a la necesidad, y siempre será necesario preocuparse por las fronteras que demarcan unos criterios de otros*"[508].

Y concluye con relación a los tres criterios que "*…cualquier criterio, sea cual fuere su fuerza, cumple con la regla general* (del principio distributivo abierto) *dentro de su propia esfera y en ninguna otra más. Éste es el efecto de la regla: bienes diversos a diversos grupos de hombres y mujeres, de acuerdo con razones diversas*"[509] (la aclaración entre paréntesis es propia).

Ahora sí se ha llegado a este momento en el cual, con un despliegue más acabado de la propuesta de Walzer puede proponerse una serie de ideas que ilustren cómo esta tipología de racionalidad política -que abarca en sí misma múltiples de racionalidades- puede interactuar con el derecho en el marco de un esquema integrado por una pluralidad de racionalidades. En lo que atañe a las múltiples racionalidades políticas, aquellas responden a las distintas esferas en donde interactúan diversos bienes sociales que se distribuyen a partir de distintos criterios o principios. Walzer ofrece como ejemplos y analiza como esferas de distribución la pertenencia, la seguridad y el bienestar, el dinero y la mercancía, el cargo, el trabajo duro, el tiempo libre, la educación, el parentesco y el amor, la gracia divina, el reconocimiento, y el poder político.

Así quedan reflejadas las distintas esferas que, con una autonomía relativa entre ellas, reproducen campos en los que puede argumentarse racionalmente, a partir de distintos criterios, con relación a distintos objetos de análisis -bienes sociales-. Es importante destacar que aquellas esferas deben encontrarse separadas y esos límites deben ser claros y defendidos. Al respecto, Walzer expresa que "*La igualdad compleja*

[508] Op. cit., Walzer, p. 38.

[509] Op. cit., Walzer, p. 39.

exige la defensa de las fronteras; funciona mediante la diferenciación de bienes (…) Pero sólo podemos hablar de un régimen *de igualdad compleja cuando hay muchas fronteras por defenderse. Cualquiera que sea su número no puede ser determinado; un número cerrado no existe. La igualdad simple es más sencilla: un bien predominante ampliamente distribuido hace igualitaria a una sociedad. Pero la complejidad es difícil: ¿cuántos bienes deben ser autónomamente concebidos antes de que las relaciones que regulan puedan convertirse en relaciones entre mujeres y hombres iguales? No existe una respuesta concreta y por consiguiente no existe un régimen ideal. Pero tan pronto empezamos a distinguir los significados y a demarcar las esferas distributivas, nos embarcamos en una empresa igualitaria*"[510].

Y en este sentido, Walzer considera que el entorno adecuado para llevar a cabo aquella empresa es la *comunidad política*, pues es allí donde los *bienes sociales* son compartidos, divididos e intercambiados a través de las *fronteras políticas*. La *comunidad política* "*…es lo que más se acerca a un mundo de significados comunes*"[511]. Sin embargo, no debe soslayarse que según Walzer "*La comunidad es en sí misma un bien (…) que es distribuido. Pero es un bien que sólo puede ser distribuido acogiendo a los individuos (…) los individuos deber ser físicamente admitidos y políticamente recibidos. De ahí que la pertenencia no pueda ser repartida por una agencia externa; su valor depende de una decisión interna. Si no hubiese comunidades capaces de tomar tales decisiones, no habría en este caso bien alguno que valiera la pena distribuir. La única opción viable para la comunidad política es la humanidad misma (…)*"[512].

Por lo tanto, la *igualdad compleja* sería la forma que asume la *justicia*, y es lo opuesto al totalitarismo en cuanto reflejan "*…la máxima diferenciación contrapuesta a la máxima coordinación*"[513]. Es por tal motivo por el cual no puede hablarse de una sola noción de justicia, pues "*La justicia está enraizada en las distintas nociones de lugares,*

[510] Op. cit., Walzer, p. 41.

[511] Ibidem.

[512] Op. cit., Walzer, p. 42.

[513] Op. cit., Walzer, p. 326.

honores, tareas, cosas de todas clases, que constituyen un modo de vida compartido. Contravenir tales nociones es (siempre) obrar injustamente"[514].

Con relación a lo expuesto, cabe destacar que los tribunales de justicia en muchas ocasiones adoptan algunas de las nociones que fueron mencionadas previamente. En este sentido, si se considera al acceso a la información pública no sólo como un derecho fundamental -que también se relaciona directamente con el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión- sino, también, como un bien social en los términos antes desarrollados, entonces puede advertirse el debate que suele generarse con relación a los monopolios en manos de los medios de comunicación masiva, que en rigor constituyen "medios masivos de comunicación". Al respecto, el manejo de la información pública en una sociedad se presenta como un bien social relevante que puede relacionarse con diversos criterios de distribución a los que hace alusión Walzer como, por ejemplo, la seguridad, el dinero y la mercancía, el cargo, el reconocimiento, y el poder político.

De tal modo, la posibilidad de referirse a una *igualdad compleja* -lo cual implica la diferenciación- requiere, en primer lugar, evitar el manejo monopólico y preminente de un determinado bien social, en este caso, de la información pública y, en segundo lugar, lograr una redistribución de aquél, pero a partir de diversos criterios según las diferentes características de la comunidad política para la cual ese bien es relevante. Es decir, lo que se busca es evitar caer nuevamente en la redistribución a partir de un único criterio pues, en ese caso, se estaría negando la diversidad que representan los distintos grupos sociales con sus propias dinámicas que representan distintas *esferas de justicia* las cuales cuentan con diversos criterios de redistribución. Cabe recordar que, según lo expuesto, la justicia no implica la coordinación para la distribución de un bien social en iguales condiciones para todas las personas -*igualdad simple*- sino que aquella exige la máxima diferenciación pues no todos los grupos sociales necesitan ni reclaman lo mismo.

En este sentido, si la información pública solamente queda en manos de medios de comunicación monopólicos claramente no se estará ante una situación de justicia,

[514] Op. cit., Walzer, p. 324.

tanto en los términos de Walzer como en lo relativo a la tutela de los derechos fundamentales de libertad de expresión y acceso a la información. Pero, a los efectos de poder referirse a un contexto de justicia, la redistribución de aquel bien social debe respetar la pluralidad y la diversidad. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresó que "*(…) la libertad de expresión se puede ver afectada ante la existencia de monopolios u oligopolios en la propiedad de los medios de comunicación, situaciones en que el Estado debe actuar para evitar la concentración y promover el pluralismo de voces, opiniones y visiones. En esta medida, el Estado debe democratizar el acceso a los diferentes medios de comunicación, garantizar la diversidad y el pluralismo (…) el Estado tiene el deber de adoptar las medidas necesarias para que todos los segmentos de la población puedan acceder a los medios de comunicación (…) Para conseguir dicha finalidad, es preciso que el Estado democratice su acceso de manera tal que reconozca, fomente o incentive las formas y usos diversos que cada sector puede adoptar para acceder y operar estos medios y, por consiguiente, cree espacios para formas diferenciadas de medios de comunicación y los correspondientes instrumentos legales para conferirles seguridad jurídica*"[515].

Aquella decisión permite ilustrar claramente el desarrollo efectuado hasta aquí pues ante el manejo monopólico de un bien social la respuesta fue la exigencia de creación de formas diferenciadas de medios de comunicación. Es importante destacar que en el caso mencionado el conflicto se originó ante la imposibilidad de cuatro comunidades indígenas de Guatemala que no podían ejercer sus derechos a la libertad de expresión y sus derechos culturales. De tal modo, el criterio de distribución dentro de aquel grupo culturar no responde al poder político o al dinero, sino, principalmente, al reconocimiento. En este sentido, si se tratara de otro grupo cultural, podría plantearse que el criterio de distribución sí podría ser el poder político y, en base a aquel, reclamar una redistribución del bien social que le permita el acceso a determinados beneficios relacionados a ese criterio, por ejemplo, la posibilidad de manejar la pauta publicitaria oficial.

[515] Corte IDH, caso "Pueblos indígenas Maya Kaqchikel de Sumpango y otros c/ Guatemala" (2021).

Ahora bien, antes de concluir este apartado, y proponiendo un diálogo con el derecho, resulta pertinente traer al debate a Joseph Raz quien, al referirse al derecho como la voz autoritativa de una *comunidad política* expresa que "*Las reglas jurídicas son en cuanto tales autoritativas, y esa cualidad les pertenece en virtud de su jerarquía en una comunidad política a la que pertenecen y que, en parte, constituyen. Su carácter autoritativo está conectado con el hecho de ser el derecho de una comunidad política.*"[516]. De este modo, puede advertirse aquí también cómo el contexto aportado por la *comunidad política* resulta idóneo para llevar a cabo el presente análisis.

En este sentido, Raz plantea que ante los profundos y rápidos cambios sociales a los que el derecho debe enfrentarse, prefiere "*…hablar de una ´comunidad política´ más que del ´Estado´, pues otras formas de comunidad política también son parcialmente constituidas por órdenes jurídicos del tipo que nos es familiar en Estados contemporáneos.* ***Lo que es común a todos ellos es la visión de la comunidad como agente que es capaz de decisión y acción***"[517] (el destacado es propio).

Esta noción de *comunidad política* diferenciada del Estado permite pensar en una pluralidad de comunidades políticas que puede relacionarse con la existencia de los distintos grupos culturales. Aunque hay que aclarar que ello no implica para Raz que cada grupo tenga su propio derecho, sino en el sentido de que se reivindican sus derechos diferenciados y que interactúen con los derechos individuales de las mayorías, pero que se los reconoce como grupos diversos. Ello así, pues como se desarrollará con mayor extensión más adelante -*infra* C.2 y C.3-, Raz no es un pensador de la pluralidad, pero sí presenta una concepción del liberalismo que integra un principio un principio mínimo de justicia social y que requiere de cierto recurso al pluralismo moral. Por lo tanto, si bien Walzer y Raz deben ser analizados desde dos planos diferenciados, algunas de sus propuestas resultan coincidentes, por ejemplo, en lo que atañe a la distinción entre enfoques universales y locales, aunque cada uno de ellos les asigne una relevancia distinta a las consecuencias derivadas de esos análisis. Asimismo, como también se verá posteriormente, el liberalismo de Raz se

[516] Raz, Joseph (2013), *Entre la autoridad y la interpretación. Sobre la teoría del derecho y la razón práctica*, Ed. Marcial Pons: Madrid, p. 113.

[517] Op. cit., Raz (2013), pp. 113-114.

opone al de John Rawls y, por lo tanto, el primero de ellos resulta pertinente para este análisis en los términos en los que se desarrollará, más adelante, la teoría de la justicia de Rawls -*infra* C.1.-.

En esta inteligencia, y con el alcance expresado previamente, Raz expresa que "*…al considerar comunidades políticas, reconocemos una distinción entre estándares de conducta que expresan las decisiones de la comunidad sobre el modo en que la gente debería comportarse, los derechos que tiene, etc., y posturas sobre esos asuntos que, independientemente de cuán sólidas y populares sean, o tienen la marca de la comunidad (…)* ***Allí donde la distinción se encuentra, el derecho representa la voz de la comunidad, aquellos de sus estándares que expresan sus decisiones sobre la conducta de la gente***"[518] (el destacado es propio).

Y esto resulta relevante pues, tal como se expresó al introducir a Raz al debate, permite comenzar a relacionar el enfoque de filosofía política que se venía desarrollando con el derecho. En este sentido, uno de los estándares a los que se aludió anteriormente es el *estándar jurídico* que pertenece a las comunidades en cuanto en éstas "*…son concebidas por sus miembros como agentes, una concepción que se corresponde con el hecho de que tienen órganos, líderes e instituciones políticas que en circunstancias adecuadas actúan por la comunidad*"[519]. Al respecto, Raz considera que la posibilidad de la identificarse con la comunidad jurídica es intrínsecamente valiosa y, de tal modo, sostiene que "*Para entender la naturaleza del derecho debemos entender su papel como parcialmente constitutivo de una comunidad política, y por tanto como objeto de identificación, como jugando un papel importante en el sentido de quiénes somos*"[520].

El marco teórico-conceptual que puede obtenerse a partir de la propuesta desarrollada en este acápite no solamente resulta ilustrativo en cuanto a la dificultad de postular racionalidades únicas para analizar fenómenos complejos, sino también en lo que respecta a la posibilidad de desplegar una pluralidad de esquemas argumentales, todos ellos racionales, dentro de sus diferentes esferas. En el punto que sigue, tal

[518] Op. cit., Raz (2013), p. 114.

[519] Op. cit., Raz (2013), p. 115.

[520] Op. cit., Raz (2013), p. 118.

como fue anticipado al comienzo de esta sección, se propondrán puentes entre los análisis que pueden derivarse a partir de ese enfoque pluralista y el derecho, lo que implicará también un desarrollo crítico acerca de la teoría de la justicia de John Rawls, que es una de las teorías de la justicia más extendidas en el campo jurídico en el último tiempo. De tal crítica surgirá nuevamente que el enfoque pluralista exige pensar en diversas teorías de la justicia o, tal vez, en una teoría pluralista de la justicia.

C.

Teoría(s) de la justicia desde un enfoque pluralista

Para abordar este apartado, cabe retomar una de las últimas ideas con relación a la propuesta de Walzer. En este sentido, el pensador norteamericano se opone a una racionalidad abstracta y universal pues considera que los individuos forman parte de una comunidad y de una cultura, y es dentro de esos contextos donde forman sus concepciones acerca de la justicia. De tal modo, se exhibe una noción de ciudadanía pluralista debido a que cada una de esas comunidades y culturas serán diferentes.

En esta inteligencia, resulta difícil referirse en *una* teoría de la justicia, pues puede pensarse en distintos valores últimos -igualdad, libertad, bien común, acuerdo contractual, utilidad, por mencionar algunos de los más conocidos- que operen como criterios para articular esas teorías -y, a partir de ellos establecer principios, resolver controversias internas, etc.-, dentro de cada comunidad, y sin posibilidad de argumentar que uno de ellos es necesariamente más relevante que otro. Por lo tanto, se presenta la posibilidad de pensar en una teoría *de conjunto* de la justicia como propone Will Kymlicka quien expresa "*Si hay tantos valores últimos potenciales, ¿por qué deberíamos continuar pensando que una teoría política pertinente debería apoyarse sobre uno solo de ellos? Sin lugar a duda, la única respuesta sensata ante esta pluralidad de valores es abandonar la idea de desarrollar una teoría ´monista´ de la justicia. La idea de subordinar a un valor todos los otros valores se presenta casi*

como una forma de fanatismo"[521]. Y, luego de efectuar ese diagnóstico, agrega que "*Para cumplir con su tarea, una teoría de la justicia deberá entonces aceptar asimilar fragmentos y piezas de la mayoría de las teorías existentes*"[522]*.*

Este quiebre que plantea Kymlicka es completamente relevante a los fines de esta investigación pues, si bien no se ha optado por ninguna teoría de la justicia en especial -debido a que asumir tal posición limitaría el análisis a los principios propuestos por esa teoría-, tampoco podría haberse elegido solamente una pues las distintas tipologías de racionalidad, y las diversas racionalidades que pueden surgir dentro de algunas de ellas, no permitirían justificar coherentemente la inclinación por una sola teoría. En este sentido, y tal como se ha planteado desde el comienzo de esta investigación, la idea de *una* racionalidad para el derecho debe ser justificada y no meramente postulada, del mismo modo que debe acontecer con la noción de *una* teoría de la justicia. Ante ese escenario, la posibilidad de una *pluralidad* de racionalidades y una *pluralidad* de teorías de la justicia pueden contribuir a comprender más acabadamente el fenómeno jurídico y adaptar su práctica a situaciones complejas que requieren un abordaje que, en ocasiones, excede la racionalidad formal-deductiva y que puede encontrar elementos de relevancia en otras racionalidades como las analizadas en las distintas secciones de este último capítulo.

1.

Algunos comentarios sobre la Teoría de la justicia de John Rawls a partir del enfoque pluralista

Para dimensionar los alcances del cambio de enfoque propuesto por Kymlicka resulta necesario efectuar algunas consideraciones acerca de una de las teorías de la justicia que mayor impacto ha generado y que suele ser un punto de referencia insoslayable para los autores que la comparten o la cuestionan, a saber, la teoría de John Rawls.

[521] Kymlicka, Will (2003), *Les théories de la justice : une introduction*, Ed. La Découverte : Paris, pp. 9-10.

[522] Op. cit., Kymlicka (2003), p. 10.

En este sentido, Kymlicka expresa que "*…todos los teóricos de la justicia posteriores tuvieron que definirse con relación a Rawls. Para explicar en qué consisten sus teorías, tienen que explicar en qué se diferencian con la de Rawls…*"[523]. No obstante, cabe aclarar que no se desarrollará toda la teoría de Rawls -pues existen gran cantidad de estudios en ese sentido- sino que solamente se mencionarán aquellos aspectos cuyo análisis resultan relevantes para el presente trabajo y que se refieren especialmente a los *principios de justicia*.

La teoría de la justicia de Rawls resulta conflictiva desde el enfoque pluralista que se propuso anteriormente. En este sentido, este autor alude a la existencia de *bienes primarios sociales* -la libertad, las oportunidades, la riqueza, el sentido de la propia vida-, que son distribuidos directamente por las instituciones sociales, por lo que establece una primacía de determinados bienes por sobre otros. A su vez, dentro de aquellos bienes primarios algunos son más importantes que otros, por ejemplo, "*La igual libertad es prioritaria con relación a la igualdad de oportunidades, que es ella misma prioritaria con relación a la igualación de recursos*"[524]. Por otra parte, Rawls considera que aquellos *bienes primarios* son cosas que toda persona racional quiere con independencia de otros deseos personales. Cabe destacar que Rawls también alude a *bienes primarios naturales*, que son afectados por las instituciones sociales pero que no son distribuidos directamente por aquellas como, por ejemplo, la salud, la inteligencia, la fuerza y la imaginación. Sin embargo, a estos últimos este autor no les asigna la misma consideración que a los *bienes sociales* tal como lo destaca y cuestiona Kymlicka.

Todo esto contrasta con la oposición a la *preminencia* o *dominación* de algún bien social planteada por Walzer. En este sentido, de acuerdo con su enfoque, ese análisis universal propuesto por Rawls no tendría lugar pues, en primer lugar, existe una gran variedad de bienes sociales respecto de los que no puede asignarse una jerarquía universal; y, de tal modo, en segundo lugar, el análisis debe efectuarse en el marco de diferentes *esferas de justicia* dentro de las cuales esos bienes adquieren sus diversos significados, criterios de relevancia y dinámicas de distribución otorgados por

[523] Op. cit., Kymlicka (2003), pp. 63-64.

[524] Op. cit., Kymlicka (2003), p. 65.

un determinado grupo social. Por lo tanto, no hay forma de pensar en criterios universales de distribución, en jerarquías y tampoco en que todas las personas -racionales- desean los mismos bienes.

Otro de los aspectos conflictivos se advierte en el hecho de que para Rawls la cuestión acerca de la justicia reposa en la distribución equitativa de aquellos bienes sociales primarios, salvo que la distribución inequitativa del conjunto de esos bienes o de uno alguno de ellos beneficie a los más desfavorecidos[525]. En este sentido, cabe tener presente que Rawls "*…vincula la idea de justicia a aquella de repartición equitativa de los bienes sociales, pero sin embargo con una modificación importante. Tratamos a los individuos sobre una base de igualdad no eliminando todas las desigualdades, sino eliminando aquellas que desfavorecen a ciertas personas. Si algunas desigualdades benefician a todo el mundo al producir aptitudes y energías socialmente útiles, ellas serán de tal modo aceptables para todos"*[526]. Por lo tanto, para este autor, "*Las desigualdades son aceptables si ellas aumentan mi justa parte inicial, pero no lo son si ellas se extienden sobre esta justa parte, como en el utilitarismo*"[527].

Aquí nuevamente se encuentra una marcada diferencia con Walzer quien, como se expresó anteriormente, considera que puede existir una *desigualdad legítima* dentro de una misma esfera de justicia pues no hay motivos para pensar que todas las personas deben tener lo mismo. Vale recordar que esa idea se aplica siempre dentro de cada esfera porque en el caso de que un bien ejerza influencia en otra esfera, entonces habría que referirse a una *desigualdad ilegítima*. Asimismo, la igualdad a la que alude Walzer es una *igualdad compleja* que implica la *diferenciación* mientras que, puede decirse que la igualdad a la que hacer referencia Rawls es una *igualdad simple* en los términos propuestos por el pensador norteamericano -*supra* B.3-, es decir, determinados bienes sociales dominantes que buscan distribuirse equitativamente en

[525] Ver en este sentido: Rawls, John (1971), *A Theory of Justice*, Oxford University Press: Londres.

[526] Op. cit., Kymlicka (2003), p. 64.

[527] Ibidem.

base a criterios universales -*principios de justicia*[528]- derivados de un contrato social hipotético -*posición original y equilibrio reflexivo*-.

A partir de esos *principios de justicia*, y principalmente en base al *principio de libertad*[529], Rawls busca preservar las *libertades fundamentales* que, según este autor, son los derechos civiles y políticos propios de las democracias liberales -derecho al voto, derecho a ser candidato a cargos públicos, libertad de prensa, etc.- Sobre este aspecto pueden plantearse nuevamente algunos reparos desde un análisis pluralista pues, si bien no suele discutirse la relevancia de garantizar aquellos derechos, suele ser un argumento que tiende a homogeneizar a la sociedad. En este sentido, y tal como será desarrollado posteriormente -*infra* 2-, la sociedad se encuentra compuesta de diversos grupos culturales minoritarios que además del reconocimiento de esos derechos civiles y políticos demandan la tutela de diversos aspectos que son propios de esos grupos y no de otros, y menos todavía de la sociedad entendida como un grupo homogéneo. Es decir, desde el enfoque de Rawls toda la sociedad quedaría abarcada por los *principios de justicia* y por las *libertades fundamentales*, aunque, en rigor, determinados grupos culturales reivindiquen diferentes principios justicia -o interpreten aquellos de modo distinto- y demanden, además de aquellas libertades fundamentales -que se refieren a todas las personas din distinción- otras que respondan a sus propias necesidades e intereses en tanto grupo diferenciado. En rigor, vale aclarar que Rawls sí alude a la existencia de diferencias sociales, pero define la posición de las personas desventajadas a partir de la posesión de *bienes sociales primaros*. Es decir, para Rawls dos personas se encontrarán en igualdad en materia de bien estar si ellas poseen la misma distribución de bienes primarios sociales incluso si una de ellas presenta algún tipo de afectación física o psíquica -en alusión a los *bienes primarios naturales*-. En este sentido, Rawls considera que "*…las personas nacidas en un contexto étnico o social desfavorable no sólo deben tener acceso a las mismas ventajas sociales, sino que también tienen derecho a*

[528] Se trata del *principio de libertad* y del *principio de diferencia* -ver en este sentido Op. cit., Rawls (1971)-. Vale aclarar que la referencia a la *diferencia* en ese último principio no tiene el mismo sentido que la *diferencia* planteada por Walzer.

[529] Existen también algunos desarrollos interesantes que pueden derivarse a partir del análisis del *principio de diferencia* como, por ejemplo, la (justa) distribución de recursos económicos.

compensaciones…"[530] -vale aclarar que Rawls no toma la misma posición respecto de las *desventajas naturales*-. Por lo tanto, el conflicto con el enfoque pluralista no cede a partir de estas consideraciones pues el reconocimiento de grupos culturales minoritarios como *desventajados* y su compensación mediante el reconocimiento de los *bienes primarios sociales* implica una mirada universal y jerarquizada que ubica por encima de aquellos grupos a la sociedad racional que se rige a través de una serie de derechos civiles y políticos que no necesariamente -y suficientemente- son los que aquellas minorías reivindican en forma prioritaria.

En este sentido, debe destacarse que Kymlicka también cuestiona la teoría de Rawls pues considera que el listado de bienes primarios sociales resulta incompleto y, además, destaca la importancia de la pertenencia a una comunidad en la construcción de los bienes sociales lo que denota su enfoque pluralista. Incluso plantea que la *pertenencia etnocomunitaria* debería ser consdierado como un *bien primario*. Por otra parte, tal como fue anticipado, Kymlicka plantea que la teoría de Rawls debería asignarle mayor consideración a los *bienes primarios naturales* pues aquellos no juegan ningún rol al momento de evaluar las situaciones de desventaja social que solamente son analizadas desde el criterio de los *bienes primarios sociales*.

Por último, en el marco de una reflexión crítica a la teoría de la justicia de Rawls no puede omitirse a Raz cuya pertinencia para esta sección, aunque no sea un exponente del pluralismo, ya ha sido justificada. Este autor cuestiona la posición de Rawls acerca de la *neutralidad política*[531]. En este sentido, aquella *neutralidad* implica, básicamente, que el Estado no puede tomar partido y privilegiar determinados valores -morales, sociales, etc.- frente a otros y, de tal modo, tampoco puede preferir un proyecto de vida por sobre otro. Lo anterior surge a partir de la consideración de que en las sociedades modernas impera un contexto de pluralidad en el cual se presentan frecuentemente desacuerdos acerca de los valores a ponderar. De tal modo, la *neutralidad* permite que las decisiones políticas que se adopten se basen en principios independientes a la pluralidad de criterios valorativos en conflicto al seno de una sociedad. Así, la *neutralidad* permite limitar la posibilidad de articular argumentos que

[530] Op. cit., Kymlicka (2003), p. 86.

[531] Ver en este sentido: Rawls, John, *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press, 1996.

otorguen preminencia a determinadas concepciones morales, sociales, religiosas, etc. y, a su vez, se establece como la base para pensar en principios políticos, sociales y de justicia que todos los ciudadanos puedan aceptar sin perjuicio de sus diferentes concepciones y convicciones individuales.

Frente a esto, Raz desde su posición liberal *perfeccionista* no comparte aquel postulado de *neutralidad* porque considera que el Estado sí emite juicios de valor relativos a aquellos aspectos, pero a efectos de garantizar la *autonomía* de las personas, lo cual para él es uno de los valores fundamentales. No obstante, cabe aclarar que, según Raz, esto no implica que el Estado deba tomar partido acerca de cuál es la mejor forma de vida y, de tal modo, descartar a las otras. Por el contrario, Raz entiende que el *perfeccionismo* que profesa resulta compatible con el *pluralismo* puesto que este último es el que refleja del mejor modo la *autonomía*. En pocas palabras, la *pluralidad* es el presupuesto de la *autonomía* pues, para considerar que una persona es autónoma debe poder contar una variedad de vidas alternativas posibles -moralmente admisibles- y elegir entre aquellas. Finalmente, y para completar el esquema argumental de Raz, cabe destacar que para este autor tiene que existir un elemento adicional, a saber, las *formas sociales* que garantizan la efectividad de la *autonomía* y de la *pluralidad*. Estas *formas sociales* consisten en actividades, prácticas o contextos como las profesiones, el arte, la familia, la amistad, etc., dentro de las cuales puedan plasmarse y verse reflejadas aquellas alternativas aceptables obre la buena vida.

Por todo ello, Raz considera que es el Estado el encargado de garantizar la *autonomía* a partir del reconocimiento de la *pluralidad* y conservando las *formas sociales*. De tal modo, y en lo que respecta al *pluralismo* como enfoque relevante para el presente desarrollo cabe destacar que Raz expresa al respecto que "*El pluralismo moral afirma la existencia de una multitud de formas de vida incompatibles pero moralmente valiosas. Está asociado con una defensa de la autonomía. Combina naturalmente con la idea de que los individuos deben desarrollarse libremente a fin de encontrar para ellos mismos la forma del bien que quieran perseguir en sus vidas. Ambos combinados llevan a conclusiones políticas que son en ciertos aspectos similares a las de Rawls: la actividad política debe preocuparse en proveer a los individuos con los medios para que puedan desarrollarse, lo que les permite elegir e intentar llevar a cabo sus propias*

concepciones del bien. Pero aquí no hay nada que se refiera a la neutralidad (…)"[532]. Y en base a ello establece como conclusiones que "…*Rawls y otros que argumentan a favor de la neutralidad en modo similar se equivocan al establecer sus casos, y que a veces asumen muy rápido o una simple conexión entre neutralidad y autonomía personal*"[533].

De lo anterior, puede advertirse que la posición de Raz es superadora de la de Rawls en el sentido que pretende llevarse a cabo este desarrollo. En ambos casos la *autonomía* es un principio relevante, sin embargo, existe una tajante distinción en cuanto para Rawls ese principio se logra mediante la *neutralidad* y, según Raz, a través de la intervención del Estado en los términos expuestos previamente, pero, fundamentalmente, reconociendo una *pluralidad de valores* todos ellos moralmente admisibles.

No obstante, y tal como advirtió anteriormente, Raz no es un pluralista, como sí lo son Walzer y Kymlicka, pues su pluralismo está limitado al aspecto moral y, en cierta medida, a la posibilidad de concebir la relevancia de los enfoques locales frente a los universales -como se verá *infra* 2 y 3- pero siempre dentro de una *cultura común*. En definitiva, el pluralismo de Raz está solamente relacionado con la posibilidad de garantizar la autonomía pues, en caso de no existir la pluralidad -variedad de opciones moralmente aceptables-, no podría hablarse efectivamente de autonomía dado que no habría opciones entre las que llevarla a la práctica. Es decir, el pluralismo de Raz es un pluralismo respecto de los valores y, en ese sentido, su aporte para este desarrollo resulta también relevante.

A su vez, es importante destacar que la referencia a temas vinculados con la filosofía moral -análisis sobre el bien, la buena vida, etc.- responde a que, tal como sostiene Kymlicka "*…hay una continuidad fundamental entre la filosofía moral y la política al menos sobre dos aspectos. En primer lugar, (…) tenemos obligaciones morales hacia nuestros semejantes, y algunas de esas obligaciones surgen de una responsabilidad pública, aplicada a través de instituciones públicas, mientras que otras surgen de una*

[532] Raz, Joseph, *The Morality of Freedom*, Oxford: Clarendon Press, 1986, p. 133.

[533] Ibidem.

responsabilidad personal, que implica reglas de conducta personal. La filosofía política se interesa en las obligaciones que justifican el recurso a las instituciones públicas (…) el contenido de esas responsabilidades y las fronteras que las separan deben ser definidas en función de principios morales más profundos. En segundo lugar -y los dos aspectos estás relacionados-, toda concepción de nuestras responsabilidades públicas debe inscribirse dentro de un marco moral más amplio, susceptible de hacer lugar y de dar sentido a nuestras responsabilidades privadas"[534].

De tal modo, todas las preguntas que puedan surgir con relación a la relación entre filosofía moral y filosofía política, y las relaciones o conflictos que puedan acontecer entre los valores públicos y los valores personales solamente pueden ser abordadas en el contexto de *diversas* teorías, tal como se sostuvo previamente. En este sentido, Kymlicka sostiene que "*…la prueba de éxito de una teoría de la justicia reposa sobre el hecho de que ella sea coherente con nuestras convicciones bien apreciadas sobre la justicia y que ella contribuya a esclarecerlas*". Y, en base a ello, el pensador canadiense concluye que "*Uno de los objetivos centrales de la filosofía política (…) es evaluar las teorías rivales de la justicia para medir la fuerza y la coherencia de los argumentos que ellas proponen en favor de sus tesis*".

Por lo tanto, a lo largo de este apartado se han aportado una serie de reflexiones respecto de la teoría de la justicia de Rawls a partir de un enfoque pluralista -con las limitaciones del caso en lo que atañe a Raz- que llevan a pensar que la idea de *una* teoría de la justicia parece no del todo fundada. Nuevamente se está ante el caso de una idea postulada que, en rigor, debería justificarse. De tal modo, a partir del enfoque pluralista se puede pensar en la existencia de una *pluralidad* de teorías de la justicia que pueden responder a valores -principios, criterios- distintos sin que ninguna de ellas pueda ser considerada preferible a la otra *prima facie*. También podría plantearse la existencia de una teoría *de conjuntos* que esté compuesta por diversos fragmentos de otras teorías. En todo caso, siempre se requerirá analizar los argumentos aportados a favor o en contra de los principios de justicia para ver si aquellos son argumentos convincentes. Así, para llevar a cabo este análisis que tiene fuertes implicancias para el derecho, se debe recurrir al argumento moral que, según

[534] Op. cit., Kymlicka (2003), pp. 12-13.

Kymlicka es el trasfondo de la filosofía política. Ello explica el motivo de llevar a cabo el presente desarrollo en el que se involucró el debate acerca cuestiones morales las que, tal como se expuso en el primer capítulo de la segunda parte de este trabajo, si bien no fueron propuestas dentro del contexto de una tipología particular -es decir como una *racionalidad moral*-, el argumento moral se hace presente inevitablemente al desplegar el discurso racional en el marco de otras racionalidades propuestas, principalmente en el caso de la *racionalidad social* y la *racionalidad política* que aquí se desarrolla.

2.

Enfoque pluralista y multiculturalismo: implicancias sobre el análisis de los derechos individuales y los derechos de las minorías

El anterior desarrollo, al plantear la existencia de diversos criterios valorativos que responden al reconocimiento de diferentes grupos sociales, trae al centro del análisis al *multiculturalismo* y, ante ese contexto, surgen algunos interrogantes acerca de cómo puede operar el derecho en ese escenario. En términos generales puede plantearse que en las democracias liberales se vela principalmente por la libertad e igualdad de sus ciudadanos a quienes provee de una serie de derechos civiles y políticos sin distinciones entre diferentes grupos de pertenencia. Sin embargo, ante el multiculturalismo se impone el debate sobre la posibilidad de garantizar derechos para grupos-diferenciados que responden usualmente a minorías étnicas, lingüísticas, territoriales, representativas, etc. A primera vista, pareciera que ello se opone al liberalismo de corte individualista y ofrece una visión colectivista o comunitarista de la libertad e igualdad. Asimismo, pareciera sugerir una oposición entre derechos individuales y derechos colectivos. No obstante, ello no es necesariamente así. Tal como lo explica Kymlicka, "*Los derechos de los grupos-diferenciados pueden ser*

reconocidos a los miembros individuales de un grupo, o al grupo como un todo, o a un estado federal/provincia dentro de la cual el grupo conforma la mayoría"[535].

De tal modo, en rigor los interrogantes no deberían encontrarse a partir de esa distinción entre derechos individuales y derechos colectivos, lo cual, como se vio, no es problemática. En todo caso, la verdadera pregunta es, como lo plantea Kymlicka "*…por qué algunos derechos pertenecen a los grupos-diferenciados -es decir, por qué los miembros de ciertos grupos deben tener derechos relacionados a la tierra, lenguaje, representación, etc. que los miembros de otros grupos no tienen*"[536].

Es allí, nuevamente en la diferencia entre los grupos y los distintos derechos que deben reconocerse a los miembros de cada uno de ellos donde reposa la noción de justicia. No obstante, para Kymlicka, ello requiere también de una *ciudadanía diferenciada*. De tal modo, puede advertirse la cercanía de la propuesta del pensador canadiense con la de Walzer en lo que respecta al rechazo a criterios universales pues cada grupo presenta características y necesidades diferentes que exigen respuestas también diferentes. Y todo ello, si no fuera desde la óptica de una *ciudadanía multicultural*, quedaría oculto detrás de la idea de una ciudadanía universal que en modo alguno podría dar respuestas diferenciadas y que, por lo tanto, ofrece una visión limitada de la noción de justicia.

En lo que atañe a las implicancias jurídicas que esta propuesta involucra -y que resulta relevante para esta investigación-, cabe destacar que se debate el modo en que deben ser abordados los derechos de los diferentes grupos culturales -minorías nacionales y grupos étnicos-. En las democracias liberales se considera que ello se realiza garantizando los derechos civiles y políticos de los individuos pues, de tal modo, es que aquellos grupos pueden gozar de libertad de asociación, religión, expresión, de organización política, etc., y así proteger su grupo. Sin embargo, también se concibe la idea de que la mejor forma de abordar jurídica los derechos de estos grupos es a través de medidas legislativas o constitucionales especiales, referidas a cada grupo en particular, es decir, más allá de los derechos civiles y políticos antes mencionados.

[535] Kymlicka, Will (1995), *Multicultural Citizenship. A liberal theory of minority rights*, Clarendon Press – Oxford, p. 45.

[536] Op. cit., Kymlicka (1995), p. 46.

Al respecto, Kymlicka señala que existen al menos "*…tres formas de derechos de grupos específicos: (1) derechos de autogobierno; (2) derechos poliétnicos; y (3) derechos especiales de representación*"[537]. El primero de esos grupos implica alguna forma de delegación de poderes a las minorías nacionales que puede llevarse a cabo a través de diferentes modelos de federalismo. El segundo de ellos puede abarcar distintas medidas de apoyo económico y la sanción de legislación que proteja a esos grupos. Finalmente, el tercer grupo de derechos implica que esos grupos cuentes con una representación mínima en las principales instituciones estatales, como por ejemplo el Congreso o el Parlamento.

Ahora bien, Kymlicka considera que estos derechos pueden superponerse y que los diferentes grupos culturales pueden reclamar más de uno de ellos a la vez, pero no necesariamente los mismos. Al respecto, aporta el siguiente ejemplo: "*…los grupos indígenas pueden reclamar tanto representación especial en el gobierno central, en virtud de su posición desventajada, como también varios poderes de autogobierno, en virtud de su estatus como ´pueblo´ o ´nación´. Pero estos derechos no tienen la necesidad de ir juntos. Un grupo oprimido, como los discapacitados, puede buscar representación especial, pero no tiene bases para reclamar sea autogobierno o derechos poliétnicos. Por el contrario, un grupo inmigrante económicamente exitoso puede buscar derechos poliétnicos, pero no tiene bases para reclamar sea representación especial o autogobierno, etc.*"[538].

Ahora bien, cabe destacar que esos diferentes grupos pueden encontrarse en Estados multinacionales -donde serán considerados *minorías nacionales*- o en Estados poliétnicos -en cuyo caso serán *grupos étnicos*-. En el primer caso, suele tratarse de grupos preexistentes en un determinado territorio a los que se les impone una cultura mayoritaria luego de procesos coactivos como una invasión o, en el mejor de los escenarios, procesos de federalización de esos territorios -que no necesariamente son menos coactivos-. En el segundo supuesto, el grupo más ilustrativo son los inmigrantes que, a diferencia de los primeros grupos, se trasladan en forma voluntaria

[537] Op. cit., Kymlicka (1995), p. 27.

[538] Op. cit., Kymlicka (1995), p. 33.

-más allá de que esos movimientos suelen ser causados por conflictos armados, problemas ambientales, etc.-.

Tal como se expuso anteriormente, estos grupos requieren de ciertos derechos que son diferentes a los que son consagrados a quienes constituyen las mayorías culturales pues, justamente, constituyen minorías culturales que requieren de una serie de derechos especiales a los efectos de tener una identidad, ser reconocidos y respetados dentro de un Estado multinacional o poliétnico. Ello no quiere decir que a las personas que integran esos grupos minoritarios no deba reconocérseles los derechos individuales -civiles y políticos- previstos para la mayoría cultural, pero ello no es suficiente en la medida en la que quiera hablarse de una verdadera *ciudadanía multicultural*.

Uno de los debates que surgen a partir de lo expuesto es la posibilidad de que los derechos que se les reconozcan a aquellas minorías sean contrarios a los derechos individuales. Al respecto, Kymlicka expresa que hay dos tipos de reivindicaciones que los grupos minoritarios pueden llevar a cabo, a saber, *restricciones internas* y *protecciones externas*. En lo que respecta a las primeras, involucran relaciones intra-grupales y lo que buscan es limitar la libertad de sus propios miembros, por ejemplo, para que no abandonen su costumbres o para lograr la solidaridad de todo el grupo. A modo ilustrativo, una forma en la que se puede manifestar estas restricciones puede ser la discriminación de aquellas personas que deciden adoptar una religión distinta a la profesada y practicada por aquel grupo. En lo que atañe a las segundas -las *protecciones externas*-, se refieren a relaciones inter-grupales y buscan proteger al grupo minoritario de la influencia que puede ejercer sobre él las decisiones de la mayoría. En este sentido, Kymlicka considera que solamente las *protecciones externas* se reivindican en Estados multinacionales o poliétnicos pues plantea que "*…las restricciones internas pueden existir y en efecto existen en países culturalmente homogéneos. El deseo de proteger las prácticas culturales del desacuerdo interno existe de algún modo en toda cultura, incluso en naciones-estados homogéneos. Las protecciones externas, sin embargo, sólo pueden surgir en estados multinacionales o*

poliétnicos, debido a que ellos protegen a un grupo étnico o nacional en particular del impacto desestabilizador de la mayoría social"[539].

Ahora bien, una de las formas en las que suele llevarse a cabo la reivindicación de las *protecciones externas* es a través del reclamo por derechos de aquellas minorías. Tanto aquellos reclamos como las respuestas que los Estados dan pueden verse, generalmente, reflejados en decisiones judiciales. Es decir, en algunos casos la primera medida no es la sanción de alguna normativa especial y, menos todavía, una reforma constitucional. Esto se debe a que los procesos legislativos y las reformas constitucionales suelen tomar mucho tiempo y no solamente de tiempo procesal sino político, pues deben reunirse, primero, las voluntades y, luego, las mayorías necesarias en el Poder Legislativo para alcanzar esos objetivos. En lo que respecta al supuesto de reconocimiento en una Constitución, en Latinoamérica se cuenta con el caso de Bolivia cuya Constitución Política del Estado plasma en su primer artículo gran parte de las nociones a las que se hizo alusión con anterioridad al expresar que "*Bolivia se constituye en un* ***Estado*** *Unitario Social de Derecho* ***Plurinacional Comunitario****, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías.* ***Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico****, dentro del proceso integrador del país*" (el destacado es propio).

Por otra parte, también se cuenta a nivel internacional con algunos cuerpos normativos en la materia como, por ejemplo, en especial la *Declaración sobre las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas*[540] y el *Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales del Consejo de Europa*[541]; pero también aluden a esta temática el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* -art.27[542]-, el *Pacto Internacional de Derechos Económicos,*

[539] Op. cit., Kymlicka (1995), p. 37.

[540] Aprobada por la Asamblea General de la ONU por Res. 47/135, el 18 de diciembre 1992.

[541] Realizado en Estrasburgo el 1 de febrero de 1995.

[542] "*En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma*".

Sociales y Culturales -art.2, párrafo 2[543]-, la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* -art.1[544]-, entre otros. En todos esos casos, con sus respectivos procedimientos regionales -Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Europea de Derechos Humanos, Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, etc.- de denuncia y protección de los derechos allí reconocidos. Sin embargo, cabe destacar que para Kymlicka este abordaje resulta insuficiente pues en definitiva busca homogeneizar cuando, en realidad, el camino en pensar en una *ciudadanía diferenciada* en función de distintos grupos.

Sin embargo, tal como se manifestó, las primeras respuestas del Estado suelen provenir del Poder Judicial ante las demandas efectuadas por distintas minorías pues es la forma más rápida -o al menos más rápida que las otras vías mencionadas- de lograr el reconocimiento de los derechos reclamados. A modo ilustrativo, y nuevamente en el marco de lo que a todas luces es considerado un caso muy difícil o estructural[545], la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Argentina se ha expedido en el marco de un recurso interpuesto por comunidades de pueblos originarios Mapuches frente a la creación por parte de la provincia de Neuquén de un municipio dentro del territorio en el que habitan aquellas comunidades. En ese contexto, se planteó que "*La cuestión a dilucidar consiste entonces en determinar si, en el caso de autos, el Estado provincial al ejercer la facultad de crear el municipio ha vulnerado los* ***derechos a la consulta y a la participación de los pueblos indígenas****, consagrados*

[543] "*Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*".

[544] "*En la presente Convención la expresión ´discriminación racial´ denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública*".

[545] Ver: Primera parte, Capítulo I; Sección II; punto II.A.

en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales"[546] (el destacado es propio). Aquellos derechos "*…luego de afirmar la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas, les garantiza un conjunto de derechos específicos basados en el deber de asegurar ´el respeto a su identidad cultural´, entre los que destaca como instrumento para hacerlos efectivos el derecho a la participación en la gestión referida a los recursos naturales y otros intereses que los afecten*"[547]. Y en base a ese razonamiento se llega a la conclusión de que "*Esta prerrogativa importa ´oír la voz de los pueblos indígenas´ con el fin de tomar en cuenta sus intereses, opiniones y puntos de vista en determinados asuntos y prevenir posibles lesiones a su identidad cultural cuando se adopten medidas que puedan afectar su forma de vida o sus costumbres tradicionales. Esta participación debe permitir que los pueblos indígenas expresen sus inquietudes, propuestas y apreciaciones en una etapa oportuna por medio de procedimientos apropiados para resguardar sus derechos e intereses*"[548].

A partir de este hilo argumental, el máximo tribunal de justicia de la Argentina resolvió por mayoría -solamente uno de sus Ministros votó en disidencia- que se debía hacer lugar al recurso presentado por las comunidades originarias y, en lo pertinente para este análisis, que se debía crear, por un lado, una mesa de diálogo entre la Provincia de Neuquén y aquellas comunidades y, por otro lado, mecanismos permanentes de participación institucional y comunicación. En este sentido, se expresó que "*…de lo que se trata es de hacer viable la máxima vigencia posible de los derechos diferenciales reconocidos, y no de minimizarlos considerándolos implícitos dentro de las prerrogativas comunes al resto de la población*"[549]; y, a su vez, que "*…la solución que se propone se presenta como aquella que,* ***en un marco multicultural y diverso****, permite encauzar la situación institucional vigente con la protección*

[546] Del voto del Ministro Horacio Rosatti, CSJ 1490/2011(47-C)/CS1Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c/ Provincia del Neuquén s/ acción de inconstitucionalidad, 8 de abril 2021.

[547] Ibidem.

[548] Ibidem.

[549] Ibidem.

constitucional que requieren los pueblos y comunidades indígenas involucrados"[550] (el destacado es propio).

Por su parte, en lo que atañe al abordaje respecto de las minorías religiosas, la Corte Europea de Derechos Humanos consideró como violatorio del art. 9 de la Convenio Europeo de Derechos Humanos -que consagra la libertad de pensamiento, conciencia y de religión- la intervención de la policía moldava para dispersar a un grupo de personas de religión musulmana que se encontraban rezando en un local privado que era alquilado por una persona que, posteriormente, fue considerada culpable por la práctica de una religión no reconocida por el Estado moldavo[551]. Al respecto, el tribunal sostuvo que reconocer la posibilidad del Estado de sancionar a todas las personas que profesen alguna religión no reconocida formalmente por aquél implicaría la exclusión de aquellas personas que representan minorías religiosas y, además, que el Estado puede establecer los que una persona debe creer. Finalmente, la Corte EDH consideró que aceptar tal limitación no se corresponde con una necesidad social reclamada[552].

A su vez, como ejemplo de una decisión relativa al reconocimiento del derecho a voto respecto de una minoría nacional, el mencionado tribunal europeo de protección de los derechos humanos reconoció una afectación a tal derecho con relación a un ciudadano chipriota turco a quien el Gobierno de Chipre no le permitía votar en las elecciones legislativas por existir una distinta regulación respecto de los ciudadanos

[550] Ibidem.

[551] Corte EDH, caso "Masev c. Moldova", n° 6303/05 (2009).

[552] "*The Court does not contest the State's power to put in place a requirement for the registration of religious denominations in a manner compatible with Articles 9 and 11 of the Convention. However, it does not follow, as the Government appear to argue, that it is compatible with the Convention to sanction the individual members of an unregistered religious denomination for praying or otherwise manifesting their religious beliefs. To admit the contrary would amount to the exclusion of minority religious beliefs which are not formally registered with the State and, consequently, would amount to admitting that a State can dictate what a person must believe. The Court cannot agree with such an approach and considers that the limitation on the right to freedom of religion provided by Article 200 § 3 of the Code of Administrative Offences constituted an interference which did not correspond to a pressing social need and was therefore not necessary in a democratic society. Accordingly, there has been a violation of Article 9 of the Convention*". De la decision de la Corte EHD en el caso mencionado.

chipriotas griegos[553]. En este caso, la Corte Europea consideró que no había motivos objetivos razonables que sirvieran para justificar un tratamiento diferenciado entre los ciudadanos chipriotas en lo relativo al derecho al voto[554].

Las decisiones judiciales que se mencionaron previamente ilustran en forma clara la problemática y la discusión planteadas por Kymlicka y que guardan relación también con algunas de las nociones propuestas por Walzer. Es decir, se pudo advertir las implicancias de reconocer una pluralidad de criterios que pueden surgir de distintas esferas de justicia -de acuerdo con la particular dinámica de distribución de bienes sociales-, o bien una pluralidad de grupos culturales -que demandan derechos a partir de sus particulares necesidades e intereses-. En ambos casos las claves son la pluralidad y la diferencia que se ven reflejadas en los diferentes grupos culturales que exigen abordajes diferenciados. Y para poder llevar a cabo ese análisis se requiere contar con criterios dentro de cada una de esas esferas o grupos para poder argumentar con relación al reconocimiento de determinados derechos, la falta de aquellos, su relación con otras esferas o grupos, entre otros aspectos. De este modo, el análisis que se lleve a cabo respecto de cada uno de esas esferas y esos grupos será racional independientemente del desarrollo que se realice con relación a otra esfera u otro grupo. Si bien se ha visto con Walzer que la autonomía de cada esfera es una autonomía relativa, ello no implica que cada uno de esos ámbitos cuente con elementos de análisis -bienes, derechos, necesidades, intereses, criterios de distribución, etc.- que permitan argumentos diferenciados y todos ellos racionales

---

[553] Corte EDH, caso “Aziz c. Chypre”, n° 69949/01 (2004).

[554] « *36. La Cour (…) relève que le requérant est un ressortissant chypriote résidant dans la partie de Chypre contrôlée par le Gouvernement et que c'est son appartenance à la communauté chypriote turque qui explique la différence de traitement constatée, laquelle trouve son origine dans les dispositions constitutionnelles – devenues inapplicables en pratique – régissant les droits électoraux respectifs des membres de la communauté chypriote grecque et des membres de la communauté chypriote turque. 37. La Cour prend note des arguments du Gouvernement, dans lesquels elle ne voit toutefois pas de motifs objectifs et raisonnables propres à justifier pareille différence de traitement, compte tenu en particulier du fait que les Chypriotes turcs dans la situation du requérant ne peuvent voter à aucune élection législative. 38. La Cour estime par conséquent qu'il existe une nette inégalité de traitement dans la jouissance du droit en question et qu'elle constitue un aspect fondamental du litige (…)*». De la decisión de la Corte EDH en el caso mencionado.

dentro de su esfera o grupo y, en algunos casos, también en relación con otras esferas o grupos. Todo esto demuestra que la única forma de poder llevar a cabo estos desarrollos es a partir del reconocimiento de una tipología de racionalidad política que, a su vez, contenga una pluralidad de racionalidades políticas que surgirán de las diferentes esferas de justicia o grupos culturales. Lo cual, por su parte, permite pensar en diversas teorías de la justicia o en una teoría de la justicia compuesta por diversos criterios -o valores últimos-. Nada de todo eso sería posible si se insiste en una visión monista tanto en lo que respecta a la racionalidad del fenómeno jurídico.

3.

Racionalidad política y teoría del derecho: ¿hay lugar para el pluralismo?

Ahora bien, más allá de las consecuencias que el enfoque *pluralista* puede traer aparejado al analizar la teoría de la justicia y el debate acerca de los derechos individuales y los derechos de las minorías, también puede generar algún impacto en lo que atañe a la teoría del derecho.

Sin embargo, previo a adentrarse en el enfoque pluralista, cabe destacar la relación que existe entre el análisis político y la teoría del derecho lo cual es una muestra más de la importante relación entre ambos campos de estudio tal como se desarrolló al comienzo de esta sección -*supra* A-. En este sentido, tal como lo expresa Michel Troper "*No es solamente la definición del Estado que depende de la teoría del derecho, sino todo el análisis de su organización y de su funcionamiento. En otras palabras, una teoría jurídica permite comprender la organización y el funcionamiento reales del poder político en el Estado moderno*"[555]. Asimismo, el jurista francés considera que "*La teoría del derecho es una sociología del Estado en tanto que ella aporta una descripción del Estado como sistema de repartición del poder y como modo de legitimación*"[556]. Cabe recordar que ya se efectuó un análisis acerca de la relación

[555] Op. cit., Troper, p. 68.

[556] Op. cit., Troper, p. 69.

entre derecho y legitimidad -*supra* A.1-, no obstante, resulta menester señalar sobre el tema que aquí se aborda que la coacción ejercida por el Estado se presenta como legítima porque se ejerce conforme al derecho. En este sentido, la relación se hace evidente desde el momento en que "*… el sistema jurídico produce su racionalidad y en ello consiste la reivindicación del monopolio de la coacción legítima. El poder del Estado es aquél que le permite presentar como válidas y racionales decisiones que no se pueden justificar por medios lógicos*"[557]. De este modo, Troper traza una relación entre la teoría de la norma fundamental y la jerarquía de normas de Kelsen y la teoría de la soberanía en tanto la validez de las normas responde a un criterio jerárquico que, en una instancia, alude a la idea de autoridad soberana. En ese contexto, "*…la teoría jurídica describe bien una realidad, que es una cierta organización y un cierto tipo de legitimación del poder político*"[558]. Por lo tanto, puede advertirse que el análisis político permite aportar una dimensión de análisis relevante para reflexionar acerca de la teoría del derecho. Lo que resta analizar es si el enfoque pluralista puede contribuir en este sentido o si bien sus implicancias no afectan al desarrollo de la teoría del derecho.

En este sentido, cabe traer nuevamente al debate a Joseph Raz quien reconoce que el concepto de derecho -como todos los otros conceptos- es *local* pues es el producto de una cultura específica. De tal modo, si bien, tal como se expresó anteriormente, Raz no es un exponente del pluralismo, su análisis en cuanto opone el enfoque local al enfoque universal, resulta relevante a los fines de este desarrollo. Es importante detenerse un instante para analizar el motivo por el cual un jurista que no exhibe un enfoque pluralista pareciera aportar, de todos modos, elementos que contribuyen a reflexionar en términos de localidad lo que aporta, en definitiva, algunas conclusiones diferenciadas sobre un mismo fenómeno. Es decir, a primera vista, podría decirse que se estaría ante alguna clase de contradicción. Sin embargo, esta circunstancia puede entenderse a partir del análisis que ofrece Martha Nussbaum cuando se refiere al

[557] Op. cit., Troper, p. 73.

[558] Op. cit., Troper, p. 74.

liberalismo perfeccionista profesado por Raz[559] y expresa que "*Para Raz, la clave del valor moral personal y político es la autonomía, un poder para autodirigirse y autogobernarse. Para esto (…) él vincula la aceptación del pluralismo moral: para entender por qué solo una relativa extensión del rango de opciones apoya la autonomía, uno debe entender el hecho de que existen muchas formas incompatibles de vivir, y que todas ellas son moralmente buenas. Por consiguiente, la doctrina de Raz sobre la autonomía, como él mismo lo indica, requiere de la aceptación del pluralismo moral y usa dicha idea para respaldar su relación de opciones adecuadas (…)* ***Así, Raz defiende una teoría en dos partes: que el valor central es la autonomía, pero, como él entiende esa idea, requiere de la aceptación de otra doctrina controversial sobre el valor moral, llamada pluralismo***"[560](el destacado es propio).

Sobre este aspecto, debe destacarse que este pluralismo es considerado por Raz como un *pluralismo interno* y es precisamente éste el punto de contacto con el presente desarrollo pues, nuevamente en palabras de Nussbaum "*El pluralismo interno nos dice que hay varios elementos distintos e intrínsecamente valorables que pueden ser combinados en una única y razonablemente coherente idea de la vida buena humana. El pluralismo interno emprende la labor de organizar estas varias fuentes de valor de la mejor manera posible.* ***La mayoría de las culturas son interno-pluralistas:*** *esto es, recomiendan un rango de elementos de valor interrelacionados, sosteniendo que muchos de estos tienen un valor intrínseco; y proponen una forma de organizarlos todos*"[561]. En base a todo lo expuesto puede advertirse que, en definitiva, no puede descartarse en Raz un cierto enfoque pluralista que, aunque se encuentra limitado a lo expuesto anteriormente, explica el motivo por el cual se

[559] Ver en este sentido: Raz, Joseph, *The Morality of Freedom* (Oxford: Clarendon Press, 1986) y "Autonomy, Toleration, and the Harm Principle," en Issues in Contemporary Legal Philosophy, ed. Ruth Gavison (New York and Oxford: Oxford University Press, 1987), 313-33, 331-2.

[560] Nussbaum, Marta C. *Liberalismo Perfeccionista y Liberalismo Político (Parte 1)*, Revista IUS ET VERITAS, N° 52, Julio 2016 / ISSN 1995-2929 (originalmente publicado por la Editorial Wiley como: Martha C. Nussbaum, "Perfectionist Liberalism and Political Liberalism," Philosophy & Public Affairs 29 (2011): 3-45. © 2011 Wiley Periodicals, Inc. Philosophy & Public Affairs 29, No. 1.), p. 371.

[561] Op. cit., Nussbaum, p. 375.

advierte cierta permeabilidad de aquél a sus análisis respecto al derecho y que resultan relevantes, por ende, para este desarrollo.

Una vez aclarado ello, debe destacarse que, si bien Raz niega que el reconocimiento del carácter *local* del concepto de derecho tenga alguna consecuencia interesante para la teoría del derecho, no obstante, expresa que "*…si nos apoyamos exclusivamente en nuestros conceptos* (v.gr., el concepto de derecho)*, no comprenderemos en profundidad, y podríamos distorsionar o representar mal, estructuras políticas extrañas, pues no estaríamos al tanto del modo en que conciben sus propias prácticas e instituciones. El punto crucial aquí es que el modo en que una cultura entiende sus propias prácticas e instituciones no es independiente de lo que son. Las prácticas sociales y las instituciones humanas son un producto de la conducta intencional, orientada a un propósito, de mucha gente interactuando con otra (…) ellas -las prácticas y las instituciones- adquieren su forma, en parte, por el modo en que son entendidas por la gente que está involucrada en esas prácticas e instituciones. Son manifestaciones de la autocomprensión de su cultura*"[562].

De tal modo, si bien la mención a Raz implica establecer un contrapunto respecto al enfoque pluralista que se propone, parece difícil negar que muchas de sus ideas contribuyan a resaltar la importancia de los aspectos culturales de una sociedad -prácticas, instituciones, autocomprensión, etc.- para el derecho. Sin embargo, Raz relaciona la relevancia de aquellos aspectos culturales con la propuesta de H.L.A Hart de distinguir entre el punto de vista externo y el punto de vista interno[563] encontrando es este último un campo de análisis insoslayable para el estudio y comprensión del derecho. En este sentido, Hart expresa que el punto de vista interno es "*…el punto de vista de quienes no se limitan a registrar y predecir la conducta que se adecúa a las reglas, sino que* usan *las reglas como criterios o pautas para valorar su conducta y la de los demás*"[564]. Por lo tanto, desde ese enfoque que resulta muy importante incluso

[562] Op. cit., Raz (2013), p. 109.

[563] Ver en este sentido: Hart, H.L.A. (1968), *El Concepto de Derecho.* Ed. Abeledo-Perrot: Buenos Aires, Cap. V.

[564] Op. cit., Hart, p. 122.

para la *existencia* de un sistema jurídico, como destaca Hart[565] y comparte Raz, contar con la posibilidad de comprender localmente las prácticas sociales y sus instituciones.

No obstante, tal como se expresó, ello es lo más lejos que Raz va en su propuesta de análisis local. Es decir, no le asigna a tal circunstancia la posibilidad de pensar en diversas teorías del derecho en oposición a una teoría general del derecho. En este sentido, Raz sostiene que no puede hablarse de teorías locales del derecho ni por considerar las distintas prácticas judiciales -en este caso en oposición a lo que considera que Dworkin pretende, a saber, una teoría del derecho los Estados Unidos-, ni por la existencia de diversos conceptos de derecho. Al respecto, expresa que "*…una teoría del derecho se propone explicar el derecho donde quiera que se encuentre…*"[566].

Sin embargo, cabe señalar que Raz hace alusión a una teoría del derecho en sentido formal. Por lo tanto, si bien no será parte del presente desarrollo -debido a que no es el objeto de esta investigación y su abordaje requeriría de un desarrollo considerable que implicaría alejarse demasiado del hilo que se despliega en esta sección- puede plantearse legitimante el interrogante acerca de la posibilidad de concebir diversas teorías del derecho de carácter local a partir de un enfoque pluralista. Es decir, cabe indagar acerca de las consecuencias que el reconocimiento de diferentes grupos sociales -con sus respectivas prácticas, conceptos, instituciones, valores, etc.- trae para la teoría del derecho como área de estudio. En ese contexto, podría cuestionarse la existencia de *una* teoría *general* del derecho pues se pondría en tela de juicio el criterio de aquella "generalidad" y, por el contrario, podría pregonarse por una pluralidad de teorías del derecho que respondan a un criterio local. Asimismo, en los términos expuestos por Troper aunque sin este alcance pluralista, la teoría del derecho permite describir la dinámica entre el derecho y poder del Estado -en términos del ejercicio de la coacción legítima- y esa descripción puede variar según el escenario que se esté describiendo. La idea de que el derecho produce su propia legitimidad si bien puede ser de carácter general, invita a reflexionar en las particulares dinámicas de cada sistema jurídico a los efectos de describir las distintas realidades de

[565] Op. cit., Hart, p. 249.

[566] Op. cit, Raz (2013), p. 55.

distribución del poder y la puesta en práctica del derecho. En definitiva, establecer un vínculo tan fuerte entre el análisis político y la teoría del derecho implica aceptar un análisis dinámico y diferenciado que no tendría lugar si se negara tal relación o si se le otorgara a la teoría del derecho una función distinta.

A lo largo de esta última sección se propuso definir y describir otra tipología más de racionalidad que interactúa con el derecho. Tal como pudo advertirse, son muchos los puntos de contacto entre el análisis político -filosofía política, teoría política- y el análisis jurídico. A su vez, además de la cantidad, aquellos puntos son muy relevantes para una comprensión más profunda y completa de ambos campos de estudio. En lo que respecta al derecho, resulta indudable que marco-teórico conceptual aportado por la filosofía y teoría política es un elemento insoslayable a la hora de describir y comprender la estructura de un sistema jurídico y su dinámica en lo que respecta a las pujas de poder entre los distintos Poderes del Estado -Ejecutivo, Legislativo y Judicial-. De tal modo, la posibilidad de pensar la dinámica jurídica desde conceptos como *Estado, legitimidad*, *poder, soberanía*, *autonomía*, entre otros, amplía el margen de análisis el cual no queda solamente limitado a su aspecto formal -normativo- que implica anclarse en la idea de *una* racionalidad formal-deductiva. Por el contrario, la incorporación de la racionalidad política al análisis del derecho permite tomar distancia del núcleo duro jurídico y repensar sus conceptos, institutos y teorías lo cual se advierte como necesario ante los vertiginosos cambios políticos y sociales.

Con relación a este último aspecto, el análisis que puede aportar esta racionalidad política contribuye a trazar un nuevo mapa que reconozca la existencia de grupos sociales minoritarios para los que la estructura y la dinámica de los sistemas jurídicos sostenidos -jurídica y políticamente- desde hace mucho tiempo no resultan adecuados. En este sentido, la incorporación de un análisis *pluralista* desde la filosofía política -que incluye en algún aspecto a la filosofía moral- habilita una nueva dimensión de estudios que no pueden abordarse desde principios abstractos y universales y tampoco considerando a la sociedad como una masa homogénea. Por el contrario, el escenario actual exhibe la crisis de conceptos muy fuertes como el de *Estado* el cual pasa a ser planteado en términos de *plurinacionalidad* o *plurietnicidad*. Ello implica, a su vez, replantear los conceptos de *soberanía* y *autonomía* que reflejan estructuras y dinámicas que no se condicen con las necesidades e intereses de muchos grupos

culturales. Esta situación trae aparejada la necesidad de superar determinados postulados del derecho que, a la luz de lo expuesto, estarían describiendo un fenómeno que ya no existe o que, al menos, está en crisis.

Por lo tanto, desde este enfoque *pluralista* la racionalidad política ya no es singular, sino que debe hablarse más precisamente de *racionalidades políticas* pues cada *esfera de justicia* -para ilustrar campos de análisis diferenciados pero relacionados- aporta su propio marco teórico-conceptual dentro del cual se articulan conceptos, significados, valores, criterios o principios de distribución y la consecuente reivindicación de derechos que respondan a todos esos elementos. De tal modo, este enfoque lleva a pensar en diversas teorías de la justicia o a una teoría de conjuntos que reconozca dentro de cada esfera los valores fundamentales que rigen las dinámicas de justicia en lo que hace, entre otros aspectos, a la tutela de determinados principios de justicia y el reconocimiento de determinados derechos. En lo que respecta a esto último, este enfoque también permite evaluar la relación de los grupos minoritarios con los derechos civiles y políticos reconocidos a todas las personas sin distinciones. Esto, a su vez, genera impacto en el derecho en lo que respecta a su aplicación, tal como pudo ilustrarse con la referencia jurisprudencial argentina relativa al reconocimiento de los derechos del pueblo mapuche.

En definitiva, ya sea desde la dimensión discursiva, pragmática y/o teórico-conceptual, la(s) racionalidad(es) política(s) es un marco insoslayable al momento de analizar y describir al derecho, desde su aspecto teórico, su estructura y sus implicancias prácticas en lo que respecta a la distribución de poderes, la sanción legislativa y la aplicación del derecho. En lo que atañe a esto último, y al igual que ocurre con las otras racionalidades analizadas en este trabajo, la incorporación de una racionalidad distinta a la formal-deductiva amplía el margen argumental y permite abordar cuestiones que, de otro modo, quedarían fuera del campo de análisis. Es decir, la posibilidad de incorporar al esquema argumental de una decisión judicial -que, por lo general, y tal como se vio, responden a casos muy difíciles o estructurales- nociones como, por ejemplo, *principio de soberanía*, *distribución de poderes, legitimidad, minorías culturales*, etc., y hacerlas interactuar con las normas jurídicas -reglas y principios jurídicos-, permite llegar a una decisión que contemple toda la dimensión del conflicto y no solamente su aspecto formal.

Negar su relevancia para el derecho implicaría perder la posibilidad de llevar a cabo el análisis que se desarrolló en esta sección el cual, más allá de las distintas posturas que puedan asumirse al respecto, enriquece el estudio del derecho y amplía los límites de su campo de análisis hacia sitios que, en rigor, tal como se advirtió en este desarrollo, no estaban tan lejos.

CONCLUSIÓN

A lo largo de este capítulo se desarrollaron diversas tipologías de racionalidades que permitieron llenar de contenido todas las referencias previas en esta investigación a la noción de *pluralidad de racionalidades*. Tal como pudo apreciarse, si bien cada una de aquellas cuenta con su propio desarrollo y justificación, todas se relacionan *de algún modo* con el derecho.

Esto permite contar con un panorama más amplio y elaborado respecto a la propuesta de considerar al derecho como un fenómeno complejo que excede la mera referencia a su aspecto normativo, formal-deductivo, el cual adquiere una nueva interpretación a la luz de la interacción con las racionalidades que fueron expuestas.

Incluso pudo advertirse que cada una de las racionalidades también puede comprender una *pluralidad de racionalidades*. En este sentido, a modo ilustrativo, no resulta posible referirse a *la* racionalidad social o a *la* racionalidad política pues, según el enfoque teórico que se adopte, se podrá aludir a *una pluralidad* de racionalidades sociales y de racionalidades políticas.

De tal modo, la intención no fue solamente cuestionar el postulado de *una única racionalidad* para el derecho a partir de la justificación acerca de la existencia de múltiples racionalidades que forman parte de aquel sino, a su vez, demostrar que la *pluralidad de racionalidades* es el criterio que mejor permite definirlo, comprenderlo y aplicarlo. Por lo tanto, si lo que se buscaba era superar una visión monista en cuanto a la discusión acerca de la racionalidad del derecho entonces no era posible ampliarla para luego volver a limitarla.

Sin embargo, es importante aclarar que esta propuesta no implica ingresar en una remisión al infinito de pluralidad. Si bien lo que se busca es no limitar los alcances del derecho, no es menos cierto que ello debe realizarse en base a determinados criterios que justifiquen la presencia de aquellos límites flexibles. Y justamente la propuesta de las racionalidades que se desarrollaron a lo largo de este capítulo aportan el fundamento teórico y práctico de poner de relieve la relación entre el derecho con aquellas. Es decir, estas racionalidades más allá de guardar relación con el derecho permiten aportar diversos marcos teórico-conceptuales de los cuales pueden derivarse argumentos relevantes para la argumentación jurídica que pueden ser sometidos a control intersubjetivo.

De tal modo, la elección de estas diversas racionalidades no fue aleatoria, sino que se trabajó con aquellas que reflejan más claramente su vínculo con el derecho -a esta altura resulta difícil negar, por ejemplo, los relevantes enfoques sociales, económicos y políticos del derecho-. No debe olvidarse que estas racionalidades no son las únicas respecto de las cuales puede tenderse puentes hacia el derecho -también puede pensarse en una racionalidad institucional y una racionalidad histórica-.

En base a lo expuesto, esta *pluralidad de racionalidades* no viene a romper el núcleo claro y sólido que constituye la racionalidad formal-deductiva del derecho con la propuesta de borrar todo límite y criterio. Por el contrario, el objetivo es replantearse aquel núcleo, ponerlo en perspectiva y expandir los confines del derecho, pero hacia dimensiones de análisis que nunca le fueron ajenas y de las cuales se puede nutrir. Por lo tanto, la *pluralidad de racionalidades* implica racionalidad en cada una de ellas -tal como fue desarrollado- y los nuevos límites de análisis y aplicación del derecho si bien son más flexibles, no por ello son menos racionales pues toda expansión del derecho deberá quedar sujeta a control y ello sólo será posible a partir de tipologías de racionalidades bien definidas que aporten criterios para juzgar su relevancia y pertinencia para el derecho. Fuera de ello, no habrá lugar para su consideración. Así pues, a partir del análisis que se llevó a cabo a lo largo de este capítulo se pudo justificar que al menos estas racionalidades expuestas pueden constituir los nuevos límites de la racionalidad jurídica y que en modo alguna resultan contrarias a la racionalidad formal-deductiva sino en todo caso, complementarias. El esfuerzo consiste en hacer dialogar estas distintas racionalidades a través de sus marcos

teórico-conceptuales y sus esquemas metodológicos. Puede que en ese diálogo el núcleo sólido de la racionalidad formal-deductiva ceda hacia una forma más flexible y que ello, según algunos juristas, puede resultar en detrimento del derecho. Por el contrario, pareciera certero preguntarse qué es lo que se está sacrificando, dejando fuera del análisis, solamente para garantizar certeza donde en definitiva nunca la hubo.

CONCLUSIÓN GENERAL

Las ideas arraigadas a un área del conocimiento y a su práctica no suelen ser sencillas de cuestionar. Sin embargo, es importante someterlas al escrutinio coyuntural a los efectos de corroborar su pertinencia y, eventualmente, actualizarlas, adaptarlas o modificarlas. El formalismo jurídico impuso una cosmovisión acerca del derecho, tanto en lo que respecta a su abordaje teórico y conceptual como práctico. Algunos de sus presupuestos como, por ejemplo, la completitud del sistema jurídico y la noción de legislador racional han sido considerados por algunos juristas como dogmas e ideales. En estas condiciones, el derecho se presenta como una estructura rígida y ritualista que depende del éxito performativo de una serie de ficciones que lo sustentan lo cual lo asemeja a un esquema mítico o religioso. Esto último resulta paradójico pues suele cuestionarse la posibilidad de racionalidad de aquellos esquemas y se los contrasta con la evolución del conocimiento hacia propuestas metodológicas que abandonan las referencias a autoridades sobrehumanas y se fundan en esquemas teórico-conceptuales delineados a partir de la investigación y la experimentación. Sin embargo, desde una postura formalista suele considerarse que todo enfoque que tome en cuenta elementos externos al sistema jurídico no responde a un esquema racional pues generalmente recurren a valoraciones cuya posibilidad de control depende de criterios subjetivos, emotivos, es decir, irracionales. Frente a esto el formalismo pretende exhibirse como la alternativa racional pero sus inflexibles y ficticios presupuestos también le otorgan un cierto grado de irracionalidad, por un lado, al exigir el cumplimiento de requisitos dogmáticos e ideales y, por otro lado, al otorgarle al *Codex* un rol de autoridad central que incluso excede a su aplicador.

En este sentido, asumir una postura formalista con relación al derecho lleva, entonces, a considerar que la racionalidad jurídica es aquella que responde a sus presupuestos y es la que en esta investigación se ha denominado racionalidad formal-deductiva. Esto que podría parecer un planteo no sólo coherente sino además inocuo, es en rigor el resultado de una decisión teórica que implica también consecuencias prácticas y, como toda decisión racional, responde a ciertos criterios. Estos criterios pueden ser de diversas naturalezas, pero a fin de no polemizar con la referencia a aspectos

controvertidos, cabe destacar que el criterio jurídico generalmente invocado es la posibilidad de garantizar seguridad jurídica. En este sentido, la concepción formalista del derecho y su racionalidad formal-deductiva pareciera ser la única manera alcanzar ese objetivo. Desde esta perspectiva, la seguridad jurídica equivaldría al previo y pleno conocimiento de las normas que integran el sistema jurídico las cuales, además de la exigencia de ser objetivas y claras, solamente pueden verse alteradas a través de los procedimientos prestablecidos a tal efecto. Por lo tanto, todo lo que atente contra ello sería considerado como un problema para el derecho pues si aquello que compone al sistema jurídico no es completamente conocido, no resulta claro *a priori* y/o depende de la intermediación de la persona que debe aplicar las normas, entonces, ya no podría garantizarse objetividad y, consecuentemente, tampoco seguridad jurídica.

De lo expuesto puede advertirse que hay al menos dos elementos que, desde un enfoque formalista, son problemáticos, a saber, la falta de precisión normativa y quien aplica las normas. El formalismo busca lidiar con ambas cuestiones, por un lado, al negar -o al menos subestimar- los problemas derivados de la *textura abierta* del derecho y, por otro lado, aunque relacionado a lo anterior, al limitar el campo de acción del juez. De tal modo, si se considera que las normas jurídicas no cuentan con una *zona de penumbra*, entonces, los jueces no tienen más que aplicar el derecho vigente el cual siempre preverá una respuesta clara para cada caso.

Esto último parece, nuevamente, coherente e incluso deseable. Nada más idílico que un sistema jurídico con aquellas características. Sin embargo, el precio de sostener ese sueño jurídico es muy elevado tanto a nivel teórico como práctico. En este sentido, resulta muy complicado negar los problemas lógicos y lingüísticos a los que se enfrenta el derecho. Más allá del caso de las lagunas que si bien es muy ilustrativo es también objeto de prolíferos debates inconclusos que implican tomar alguna posición, pareciera incuestionable que los sistemas jurídicos pueden, al menos, presentar contradicciones, sobreabundancias, conceptos vagos o ambiguos. Negar tal posibilidad o restarle importancia implica idealizar al derecho pues, más allá de la posición teórica que pueda asumirse, la práctica aporta múltiples evidencias sobre la existencia de aquellos defectos. Además, tal negación deja sin margen de maniobra al juez quien o bien reproduce aquella postura idealizada del sistema jurídico o bien

detecta alguno de los mencionados problemas lógicos y lingüísticos, pero sin posibilidad de intervenir.

En ambos casos, se estaría privilegiando mantener una posición en detrimento de una práctica jurídica que tenga la suficiente flexibilidad para sortear problemas que no sólo acontecen sino que parecieran inevitables por las propias características del lenguaje empleado y porque, en rigor, el legislador racional no es más que otro ideal y, por lo tanto, no sólo no puede regular *a priori* todas las conductas sino que, además, en los casos que sí logra reglamentar puede ocurrir que los conceptos empleados presenten problemas al momento de ser aplicados que podían o no ser previstos. Si incluso ante este escenario se continúa sosteniendo un enfoque formalista entonces tal vez la negación o subestimación respondan a alguna preferencia ideológica que se traduce al derecho bajo esta apariencia. Pero, a los efectos de no polemizar en ese sentido, cabe al menos destacar que la seguridad jurídica que suele enarbolarse como estandarte del formalismo jurídico puede asumir otras características sin desvirtuarse y sin exigir del derecho una unidad tan deformante -como sostiene Genaro Carrió-. Es decir, la noción seguridad jurídica no es propiedad exclusiva del formalismo y, por lo tanto, puede pensarse en otros alcances de aquella a partir de distintos enfoques teóricos y filosóficos.

Sumado a lo anterior, la presencia de principios como normas que integran los ordenamientos jurídicos en forma expresa o implícita es un aspecto poco deseado para el formalismo, pero incuestionable. Basta con revisar las legislaciones para encontrar principios jurídicos que interactúan dentro del sistema con las reglas y que, de tal modo, no deben ser desconsiderados al momento de adoptar decisiones que los involucran. Los extensos debates en torno a los principios jurídicos que, entre otros aspectos, cuestionan su carácter normativo ilustran una toma de posición en cuanto a la preferencia de un tipo de norma con relación a otra. En este sentido, las reglas positivas suelen considerarse como el elemento jurídico por excelencia para el formalismo pues su estructura y su carácter prescriptivo cumplen con los presupuestos a los que se aludió. Es decir, las reglas permiten *prima facie* garantizar la objetividad y claridad tan valorada por el formalismo y, a su vez, limitan la intervención del juez quien no tiene más que descubrir la regla aplicable al caso y disponer la consecuencia normativa prevista a través de la subsunción y deducción.

Por el contrario, en el caso de los principios jurídicos suele ocurrir que algún segmento de su estructura -antecedente o consecuente-, o incluso ambos, no se encuentre completamente determinado y, además, que no se trate de una norma prescriptiva, es decir, que no prevea una consecuencia jurídica específica. A su vez, los principios suelen ser las normas jurídicas que más claramente reflejan la pluralidad de racionalidades en los ordenamientos jurídicos pues su contenido abierto incorpora al derecho aspectos de naturaleza social, política, económica, etc. Ante este escenario surgen las preguntas acerca del rol de los principios y la forma de aplicarlos. Claramente nada de esto sería relevante en caso de negar la existencia de los principios jurídicos o de considerar que no son verdaderas normas jurídicas. No obstante, tal como se desarrolló extensamente en esta investigación, los principios jurídicos son normas y forman parte de los ordenamientos jurídicos. De tal modo, las preguntas acerca de sus roles y formas de aplicación son genuinas y requieren respuestas. Más allá de todas las clasificaciones de los principios jurídicos y de todas las funciones que fueron expuestas, no debe soslayarse que este debate implica también -y tal vez fundamentalmente- replantear el rol del juez.

En este sentido, la relación del juez con la regla no es la misma que con el principio, aunque en ambos casos se trate de un vínculo con normas jurídicas. Ante los principios jurídicos la intervención del juez en tanto intérprete es inevitable pues aquellas normas requieren ser determinadas. En rigor, si se adopta una postura realista de la interpretación los jueces deben interpretar todas las normas, incluso las reglas, pues las normas son siempre enunciados interpretados. Es decir, las normas adquieren significado a partir de la interpretación que es un acto de voluntad y no de conocimiento. Más allá de coincidir o no con esta posición teórica, es indiscutible desde cualquier postura que el juez no puede aplicar los principios jurídicos del mismo modo que aplica las reglas. Y esto lleva a la discusión acerca de la ponderación como forma de aplicar los principios la cual puede oponerse a la subsunción o, según algunos juristas, complementarla. Esta cuestión mereció un extenso abordaje en esta investigación, sin embargo, lo que aquí debe destacarse es que más allá del método empleado el juez cuenta con un rol importante que en el esquema formalista es rechazado.

Todo este desarrollo no es una forma de justificar una mayor intervención por parte de los jueces en la aplicación del derecho a partir de la consagración de cierta ideología. Por el contrario, se trata de evidenciar una problemática teórica y práctica que se origina a partir del reconocimiento de los principios jurídicos como normas que forman parte de los ordenamientos jurídicos y, por lo tanto, pueden formar parte de los argumentos desplegados al momento de adoptar una decisión judicial. En este contexto, resulta incuestionable que los jueces tengan que interpretar los principios jurídicos a los efectos de determinar su alcance fáctico y normativo y el modo en que se relacionan con las reglas dentro de un esquema argumental. Esta actividad es considerada por algunos juristas como arbitraria o discrecional pues los jueces deben recurrir a argumentos distintos a los previstos por la propia norma a los efectos de resolver el alcance de los principios y las colisiones que pueden ocasionarse con otros principios al momento de aplicarse. Esto sería justamente uno de los males más temidos para el formalismo, es decir, que ya no se esté ante un gobierno de leyes previas, objetivas y claras pues los jueces tendrían un poder superior en la medida que determinan el significado de las normas en cada interpretación y aplicación lo cual no podría quedar sujeto a ningún tipo de control racional.

Aquello último, sin embargo, no es un verdadero problema porque no es cierto que los argumentos empleados por los jueces al momento de interpretar y aplicar los principios no puedan ser controlados racionalmente. Probablemente no puedan serlo en la medida que se considere que la única racionalidad jurídica es la formal-deductiva -incluso según algunos juristas los principios también pueden aplicarse a partir de la subsunción y deducción-. Pero, si se acepta la existencia de una pluralidad de racionalidades que forman parte del derecho, entonces, puede considerarse que cada una de aquellas provee marcos teórico-conceptuales dentro de los cuales la argumentación puede quedar sujeta a control intersubjetivo. De tal modo, en la medida que ello se plasme en la argumentación resultaría un exceso considerar que se trata de un proceder arbitrario, aunque es cierto que será discrecional. Hay quienes niegan que exista alguna distinción ente arbitrariedad y discrecionalidad. Sin embargo, esta postura no hace más que ilustrar nuevamente un enfoque formalista a través de la lógica del umbral en la cual o bien se está dentro o bien se está afuera, pero no hay una postura intermedia. Y el derecho no siempre responde a esa lógica y debe

insistirse en que forzar a que todo un fenómeno complejo como el derecho se rija a través de una dinámica tan rígida puede traer más inconvenientes que beneficios. De tal modo, puede decirse que entre la arbitrariedad y la aplicación irrestricta y fundada de la norma jurídica existe un punto intermedio que es el ejercicio de una discrecionalidad controlada por los diferentes esquemas que proveen las diversas racionalidades que integran al derecho -social, política, económica, etc.-. Reconocer aquel margen de maniobra a los jueces es un paso fundamental hacia la posibilidad expandir el campo del derecho para su mejor comprensión y aplicación.

Es importante remarcar que esta propuesta no implica que siempre deba ejercerse la discrecionalidad. No todos los casos a resolver serán difíciles o estructurales lo cual, entre otros aspectos, determina que no siempre deberán aplicarse principios jurídicos. Esto quiere decir que hay casos claros, fáciles, y que para la decisión de aquellos la racionalidad formal-deductiva puede resultar suficiente a los efectos de controlar el accionar del juez quien solamente debe aplicar la norma correspondiente por medio de la subsunción y deducción. Si bien gran parte de este desarrollo se concentró en el enfoque formalista, no debe omitirse que la visión del realismo extremo que considera que todos son casos de penumbra, difíciles, y que las normas jurídicas no son más que adornos, no es menos deformante. Es decir, tanto el formalismo como el realismo extremo presentan dos versiones del derecho -en su aspecto teórico y práctico- idealizadas -por no decir caricaturescas- que exacerban algunos de sus aspectos, pero siempre en detrimento de otros. En este sentido, no es necesario justificar que los jueces deben intervenir -y de hecho intervienen- en la decisión judicial al interpretar las normas negando la importancia de éstas, como así tampoco se requiere crear una cadena de presupuestos idealizados que chocan constantemente con la práctica para garantizar que las normas se encuentran por sobre sus aplicadores. El derecho está compuesto de ambos escenarios, es decir, hay casos claros y de penumbra, y los jueces siempre deben contar, en primer lugar, con margen de maniobra para actuar en uno y otro caso y, además, con las herramientas necesarias -teorías, conceptos, métodos, etc.- a fin de responder en cada situación pues, tal como se desarrolló, presentan características distintas y exigen de quien debe decidir diferentes destrezas intelectuales -lógicas, argumentales, etc.-. Si bien no hay una forma categórica de diferenciar entre aquellos casos, algunos juristas han

ofrecido criterios de distinción que son generalmente compartidos en el ámbito del derecho. Esta falta de certeza puede plantear el interrogante acerca del uso abusivo de la discrecionalidad para resolver casos que, *prima facie*, no lo requerirían. Sin embargo, ello podrá plantearse eventualmente a través de la demostración de aquel exceso y de la posibilidad de resolver el caso sin necesidad de buscar argumentos por fuera de los previstos por las normas jurídicas aplicables. Es decir, en ningún escenario es un problema irremediable aceptar todo lo expuesto hasta aquí pues la posibilidad de demostrar la arbitrariedad de una decisión siempre será posible.

En definitiva, todo lo expuesto implica reconocer que el derecho es un terreno indeterminado y, a su vez, aceptar que ello no es tan grave como algunos enfoques lo hacen parecer. En vez de negar aquella indeterminación a costa de ofrecer una visión deformada del derecho, una mejor alternativa es ofrecer herramientas a los efectos de abordarla y contribuir a establecer criterios racionales dentro de los cuales el derecho puede desenvolverse con mayor amplitud. Y este fue justamente uno de los principales objetivos de esta investigación, a saber, aportar diferentes tipologías de racionalidades con las que el derecho interactúa y de las cuales pueda obtener marcos teórico-conceptuales a fin de ampliar su espectro argumental. Todas aquellas racionalidades continúan interactuando con la racionalidad formal-deductiva a la cual complementan. Debe destacarse una vez más, esta racionalidad aporta una relevante dimensión de análisis del derecho y permite su aplicación a partir de procedimientos cuya posibilidad de corrección es muy elevada y que puede considerarse como *hard logic*. En este sentido, el control de los argumentos jurídicos que puedan extraerse de las racionalidades sociales, políticas o económicas, e incluso de argumentos no-jurídicos pero jurídicamente relevantes, queda sujeto a la aceptabilidad intersubjetiva de cada una de esas racionalidades a partir de los marcos teóricos-conceptuales que pueden derivarse de aquellas. En este sentido, estas racionalidades se desarrollan en el ámbito de lo que puede considerase como *soft logic* lo cual, más allá de su denominación a los efectos de distinguirla de la *hard logic*, en modo alguno implica que no se esté dentro del ámbito de lo racional. La discusión aquí planteada nunca fue binaria, es decir, el cambio de una racionalidad por otra o el planteo de que un enfoque es racional y otro irracional.

De tal modo, cada esquema cuenta con algún criterio de racionalidad y no necesariamente cabe afirmar que alguno es más racional que otro, al menos en forma abstracta y absoluta, es decir, sin realizar esa aseveración a partir de algún criterio y sin posibilidad de cambio. La intención de este trabajo no fue eliminar el enfoque formal-deductivo que resulta muy relevante para explicar algunos aspectos del derecho y para la aplicación de éste en determinados casos. Por el contrario, lo que se buscó fue cuestionar el postulado, la afirmación dogmática de que la racionalidad formal-deductiva es la única racionalidad del derecho. En ese sentido, la noción de pluralidad de racionalidades como enfoque alternativo permitió expandir los límites del derecho hacia otras racionalidades de las cuales aquel puede valerse a los efectos ser comprendido y aplicado de forma más amplia. Y el pasaje de un enfoque a otro no implica necesariamente pasar de lo racional a lo irracional. Al respecto, Enrique Dussel plantea que se está acostumbrado a pensar el pasaje del *mythos* al *lógos* como *"(…) un salto que parte de lo* irracional *y alcanza lo* racional*; de lo empírico concreto a lo universal, de lo sensible a lo conceptual. Esto es falso. Dicho pasaje se cumple de una narrativa con un cierto grado de racionalidad a otro discurso con un grado diverso de racionalidad*"[567]: Aquí nuevamente cabe reparar en la paradoja del formalismo que desde su propio enfoque se consideraría *lógos* y dejaría el lugar del *mythos* a la propuesta de pluralidad de racionalidades y, por lo tanto, sería un salto hacia lo irracional. Sin embargo, no resulta menos mítico el hecho de que la autoridad del derecho esté depositada en la ley, es decir, en un objeto y que prescinde del sujeto que la aplica y, además, que ello garantice un gobierno de leyes el cual es preferible a un gobierno de seres humanos. Desde este punto de vista, la propuesta de una pluralidad de racionalidades en modo alguno resulta un pasaje hacia lo irracional, sino que permite descubrir aspectos que se mantuvieron ocultos durante mucho tiempo detrás de la coraza de racionalidad formal-deductiva, aspectos que guardan relación con el contexto del derecho del cual se nutre permanentemente para su creación, comprensión y aplicación. De tal modo, la racionalidad formal-deductiva pasa a interactuar con otras racionalidades y ello contribuye a que el derecho gane un

[567] Dussel, Enrique (2015), *Filosofías del sur. Descolonización y transmodernidad*, Ed. Akal: México, p. 14.

espectro de análisis superior al que permite el enfoque formalista cuyas virtudes, más allá de los cuestionamientos efectuados, no fueron desconocidas.

En este sentido, pueden extrapolarse nuevamente al presente desarrollo las palabras de Dussel en cuanto sostiene que "*Es un* progreso *en la precisión unívoca, en la claridad semántica, en la simplicidad, en la fuerza conclusiva de su fundamentación, pero es una* pérdida *de los muchos sentidos del símbolo que pueden ser hermenéuticamente redescubiertos en momentos y lugares diversos (…)*"[568]. Si bien el filósofo argentino no se está refiriendo al formalismo y a la pluralidad de racionalidades, su reflexión resulta relevante pues, en definitiva, refleja la discusión que se estuvo llevando a cabo. Anteriormente se expresó que el formalismo paga un precio muy elevado para garantizar la seguridad jurídica y ese precio es justamente la desvinculación del derecho de su contexto social, político, económico y del sujeto -o al menos, de algunos sujetos-. Es decir, a los efectos de asegurar objetividad y racionalidad se dejó de lado todo aquello que lo dota de sentido y le otorga su carácter dinámico bajo el pretexto de que nada de ello puede ser racional o, en el mejor de los casos, que no responde a la racionalidad jurídica. Sin embargo, con la propuesta de diferentes tipologías de racionalidades que se ha desarrollado en esta investigación aquella excusa queda refutada. No caben dudas acerca de la posibilidad de incorporar racionalmente al derecho el discurso estratégico, social, político o económico.

Para finalizar, pero al mismo tiempo dejar abierta la puerta a posteriores interrogantes -pues esta investigación en modo alguno pretendía clausurar el debate sino por el contrario, buscaba repensar algunas ideas que suelen encontrarse muy arraigadas en la teoría jurídica-, cabe destacar que la referencia a un pensador como Enrique Dussel no fue aleatoria. La posibilidad de abordar el fenómeno jurídico contemporáneo el cual debe responder a una dinámica cada vez más vertiginosa impuesta por el reconocimiento de sociedades y fronteras complejas, Estados multiétnicos y plurinacionales, pandemias, etc., requiere de un amplio espectro de análisis que sólo puede surgir a partir de del enfoque aportado por una pluralidad de racionalidades. En este sentido, tal vez nunca el derecho ha tenido que responder ante cambios tan drásticos e intempestivos y, además, reflejar las problemáticas y necesidades de

[568] Ibidem.

minorías sociales que reivindican y reclaman su propia identidad y su propios derechos. La postura homogeneizadora que suele asumir el derecho tiende a responder ante estas situaciones con las mismas herramientas con las que regula a las mayorías sociales y, en algunos casos, a determinados grupos vulnerables. Sin embargo, la respuesta a los reclamos de las minorías sociales, por ejemplo, no debería ser abordado desde el mismo derecho que se reconoce a las mayorías y tampoco deberían ser consideradas como grupos vulnerables pues sus reivindicaciones se relacionan con procesos de autodeterminación y no con el reconocimiento y la participación en un derecho del que no son del todo parte. En este contexto, la posibilidad de llevar a cabo análisis contextuales basados en diferentes racionalidades jurídicas, sociales, políticas y económicas es el único modo en que el derecho puede adaptarse rápidamente a estos cambios y ofrecer respuestas que reconozcan la pluralidad, la respeten y la regulen no como un todo homogeneizado sino, como un conjunto variado de elementos que interactúan entre sí. A estos fines, los principios jurídicos suelen presentarse como herramientas jurídicas más eficaces que las reglas las cuales, por lo general, no contemplan estas problemáticas. Es decir, ante la ausencia de reglas específicas que puedan emplearse para responder ante algunos de aquellos reclamos, el derecho debe encontrar fundamento en normas jurídicas que reflejen determinadas directrices y/o valores, es decir, que permitan expresar argumentos que reconozcan la amplitud del abordaje requerido que, como se expresó, implica contemplar elementos derivados del análisis social, político, económico, etc.

Con este horizonte, el enfoque aportado por la pluralidad de racionalidades es el punto de partida para repensar las teorías, los conceptos y los institutos jurídicos que han ocupado el centro del derecho durante mucho tiempo. Asimismo, este enfoque permite abordar el fenómeno jurídico en toda su extensión sin dejarlo limitado a su aspecto normativo. Las normas jurídicas surgen a partir de los acontecimientos, problemas, necesidades y reclamos que tienen origen en las dimensiones sociales, políticas y económicas. A través del derecho se busca dar alguna respuesta a aquellas circunstancias, pero ello no implica que deba olvidarse el origen pues, en definitiva, las normas jurídicas están compuestas por aquellos problemas, necesidades, etc. Las normas jurídicas al sancionarse no deberían recubrirse de algún material aislante e

impermeable que evite toda influencia del contexto. Es como si el origen de las normas jurídicas fuera trágico o poco decoroso y, luego del proceso legislativo, se escondieran los restos de los debates sociales, políticos y económicos para nunca más ser encontrados. El derecho es una herramienta fundamental para la convivencia social y para coordinar la relación de la sociedad con el Estado y de los Estados entre sí. Cada uno de esos vínculos está atravesado por circunstancias que reclaman normas, pero también exigen, y cada vez con mayor frecuencia e intensidad, sentido, comprensión y sensibilidad. Y estas dimensiones de análisis solamente pueden encontrarse en la arena de lo social, lo político y lo económico. De tal modo, la pluralidad de racionalidades es una apuesta a la apertura del derecho hacia sus confines olvidados y a recobrar su relación con lo contextual, con lo particular, con lo humano que muchas veces se pierden -o se ocultan- en la objetiva y clara letra de la ley.

BIBLIOGRAFÍA

- Aarnio, Aulis (1991), *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales: Madrid.
- Aarnio, Aulis, *Reglas y principios en el razonamiento jurídico*, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, ISSN 1138-039X, ISSN-e 2530-6324, Nº 4, 2000.
- Aarnio, Aulis (2008), *Derecho, racionalidad y comunicación social*, Distribuciones Fontamara: México.
- Ackerman, Bruce, *Law, Economics, and the Problem of Legal Culture*, Duke Law Journal 929-947 (1986).
- Aja Espil, Jorge (1987), *Constitución y Poder*, Tipográfica Editorial: Argentina
- Alchourrón, Carlos (2000), *Sobre lógica y derecho*, ISONOMÍA N°13 (Título original: “On Law and Logic”, publicado en Ratio Juris 9, vol. Nº 4, diciembre de 1996).
- Alchourrón, C.E. y Bulygin, E. (2012), *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, 2da edición revisada, Ed. Astrea: Buenos Aires.
- Alexy, Robert, *Sistemas Jurídicos, Principios Jurídicos y Razón Práctica*, Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, ISSN 0214-8676, ISSN-e 2386-4702, Nº 5, 1988, págs. 139-154.
- Alexy, Robert (1993), *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales: Madrid.
- Alexy, Robert (1994), *El Concepto y la Validez del Derecho*, 2da edición, Ed. Gedisa: Barcelona.
- Alexy, Robert, *La Tesis del Caso Especial*, Isegoría, (21), 23–35. https://doi.org/10.3989/isegoria.1999.i21.75.
- Alexy, Robert, *On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin's Critique.* Ratio juris: An international journal of jurisprudence and philosophy of law, ISSN 0952-1917, Vol. 13, Nº 2, 2000, págs.138-147.

- Alexy, Robert, *Justicia como Corrección*, Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, ISSN 0214-8676, ISSN-e 2386-4702, Nº 26, 2003, págs. 161-171.
- Alexy, Robert (2006), *Derecho y Razón Práctica*, Fontamara: México.
- Alexy, Robert (2007), *Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Ed. Palestra Editores: Lima, Perú.
- Alexy, Robert, *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*, El canon neoconstitucional / coord. por Miguel Carbonell Sánchez, Leonardo García Jaramillo, 2010, ISBN 978-84-9879-162-4, págs. 106-116).
- Alexy, Robert, *Los Derechos Fundamentales y el Principio de Proporcionalidad*, Revista española de derecho constitucional, ISSN 0211-5743, Año nº 31, Nº 91, 2011, págs. 11-29.
- Alexy, Robert (2012), *La construcción de los Derechos Fundamentales*, Ed. Ad-Hoc: Buenos Aires.
- Alexy, Robert, *EL No Positivismo Incluyente*, Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, ISSN 0214-8676, ISSN-e 2386-4702, Nº 36, 2013, págs. 15-24.
- Alexy, Robert, *Principios Formales*, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, [S.l.], n. 37, p. 15-29, nov. 2014. ISSN 2386-4702.
- Alexy, Robert (2019). *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, Palestra Editores: Lima, Perú.
- Alonso, Juan Pablo (compilador) (2016), *Racionalidad en el derecho*. Ed. Eudeba: Buenos Aires.
- Alonso, Juan Pablo (2018), *Principios jurídicos implícitos*, Ed. Marcial Pons: Buenos Aires.
- Atienza, Manuel (1989), *Sobre lo razonable en el Derecho*. Madrid: Revista española de Derecho constitucional, nro. 27, pp. 93-110.
- Atienza, Manuel (1990), *La argumentación jurídica en un caso difícil. La huelga de hambre de los 'Grapo', en Jueces para la democracia*, Madrid: Revista española de Derecho constitucional, nro. 9, pp. 31-37.
- Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Sobre principios y reglas*, en Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 10, 1991.

- Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (1996), *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 1era edición, Editorial Ariel S.A: Barcelona.
- Atienza, Manuel. *Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos*. Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, ISONOMÍA núm. 6 (abril 1997).
- Atienza, Manuel (2005), *Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM): México D.F.
- Atienza, M. y Ruiz Manero, J., *Dejemos Atrás el Positivismo Jurídico*, Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, núm. 27 (octubre 2007), México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, [s.a.], pp. 7-28.
- Bäcker, Carsten, *Reglas, Principios y Derrotabilidad*, Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, ISSN 0214-8676, ISSN-e 2386-4702, Nº 37, 2014, págs. 31-44.
- Bataille, Georges (2005), *El Límite de lo Útil*, 1ª ed., Ed. Losada: Madrid, 2005.
- Becker, Gary (1976), *The Economic Approach to Human Behavior*, The University of Chicago Press.
- Becker Gary, *Nobel Lecture: The Economic Way of Looking at Behavior*. Journal of Political Economy, University of Chicago Press, Vol. 101, No. 3 (Jun, 1993).
- Becker, Gary, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, Journal of Political Economy, Vol. 6, No. 2 (1996), pp. 169-217.
- Bernal Pulido, Carlos, *La Racionalidad de la Ponderación*, Revista española de derecho constitucional, ISSN 0211-5743, Año nº 26, Nº 77, 2006, págs. 51-75.
- Bernal Pulido, Carlos. *Estructura y Límites de la Ponderación*, Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, ISSN 0214-8676, ISSN-e 2386-4702, Nº 26, 2003, págs. 225-238.
- Bobbio, Norberto (1985), *Origen y Fundamentos del Poder Político*, Grijalbo: México.
- Bobbio, Norberto, *La razón en el derecho. Observaciones preliminares*, Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 2 (1985), pp.17-26.

- Bobbio, Norberto (1990), *Contribución a la teoría del derecho*. Edición de Alfonso Ruiz Miguel: Madrid: Debate.
- Bobbio, Norberto (2008). *Diccionario de Política*, Siglo Veintiuno Editores: México.
- Boltanski, Luc (1990), *El Amor y la Justicia como competencias. Tres ensayos de sociología de la acción*, Ed. Amorrortu: Buenos Aires.
- Boltanski, L. y Thévenot, L. (1998), *De la justification. Les économies de la grandeur*, nrf essais, Éditions Gallimard : France.
- Boltanski, L. y Chiappello, È. (2011), *Le nouvel esprit du capitalisme*, Gallimard : France.
- Canale, Damiano (2019), *En búsqueda de lo implícito. Ensayos sobre razonamiento e interpretación en el derecho*, Serie intermedia de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho N°25, Universidad Externado de Colombia.
- Carrió, Genaro (1967), *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria en la jurisprudencia de la corte suprema*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot.
- Carrió, Genaro R. (2011), *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Ed. Abeledo Perrot: Buenos Aires.
- Champeil-Desplats, Véronique (2008), *La Déclaration des droits de l´homme et du citoyen, source de principes implicites : « La révolution permanente »*, publicado en *Les Principes en droit*, bajo la dirección de Sylvie Caudal, Ed. Economica.
- Champeil-Desplats, Véronique (2016), *Méthodologies du Droit et de Sciences du droit*, Dalloz : Paris.
- Chiassoni, Pierlugi (1999), *La giurisprudenza civile. Metodi d´interpretazione e techniche argomentative*, Guiffrè: Milano.
- Chiassoni, Pierluigi (2011), *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, Ed. Marcial Pons: Madrid.
- Chiassoni, Pierluigi (2013), *El análisis económico del derecho*, Ed. Palestra: Lima, Perú.
- Clérico, Laura (2012), *Sobre "casos" y ponderación. Los modelos de Alexy y Moreso. ¿Más similitudes que diferencias?*, ISONOMÍA No. 37.

- Coase, R. H., *Law and Economics and A. W. Brian Simpson*, The Journal of Legal Studies, Vol. 25, No. 1 (Jan., 1996), pp. 103-119, Published By: The University of Chicago Press.
- Coase, R. H. (2000), *Le coût du droit*, Ed.puf : France.
- Coase, R. H., *La economía y disciplinas conexas*, IUS ET VERITAS: Revista de la Asociación IUS ET VERITAS, ISSN 1995-2929, Nº. 47, 2013, págs. 334-343.
- Comanducci, Paolo, *Principios Jurídicos e Indeterminación del Derecho*, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, [S.l.], n. 21-v2, p. 89-104, nov. 1998. ISSN 2386-4702.
- Cooter, R. y Ulen, T. S. (2016), *Derecho y Economía*, Fondo de Cultura Económica: México D.F.
- Cotterrell, Roger (2006), *Law, Culture and Society. Legal Ideas in the Mirror of Social Theory*, Ed. Ashgate: England.
- Derrida, Jacques (1997), *Fuerza de ley. El fundamento místico de la autoridad*, Traducción de Adolfo Baberá y Patricio Peñalver Gómez, Madrid, Tecnos.
- Dussel, Enrique (2015), *Filosofías del sur. Descolonización y transmodernidad*, Ed. Akal: México.
- Dworkin, Ronald (2010), *Los derechos en serio*, Ed. Ariel Derecho: Barcelona.
- Dworkin, Ronald (2012), *El Imperio de la Justicia*, 2° edición, Ed. Gedisa: Barcelona.
- Dworkin, Ronald (2012), *Una Cuestión de Principios*, Ed. Siglo XXI: Buenos Aires.
- Esser, Joseph, *La interpretación*, Anuario de filosofía del derecho, ISSN 0518-0872, Nº 3, 1986, págs. 41-74.
- Esser, Josef (2019), *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Ediciones Olejnik: Santiago de Chile.
- Ferrajoli, Luigi, *Pasado y Futuro del estado de derecho*, Revista internacional de filosofía política, ISSN 1132-9432, Nº 17, 2001.
- Ferrajoli, Luigi, *El constitucionalismo entre principios y reglas*, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 35 (2012) ISSN: 0214-8676.

- Fiss, Owen (2007), *El derecho como razón pública*, Ed. Marcial Pons: Buenos Aires.
- Gaido Paula (2011), *Las Pretensiones Normativas del Derecho. Un Análisis de las Concepciones de Robert Alexy y Joseph Raz*, Ed. Marcial Pons: Buenos Aires.
- García Figueroa, A. J. (1998), *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid.
- Gianformaggio, Letizia, *L´interpretazione della Constituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi*, en Rivista internazionale di filosofía del diritto (1985).
- Gómez, Ricardo J. (2014), *La dimensión valorativa de las ciencias. Hacia una filosofía política*, Ed. Universidad Nacional de Quilmes: Provincia de Buenos Aires.
- Guastini, Riccardo (1999), *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, 1era edición, Ed. Gedisa: Barcelona.
- Guibourg, R.A, *Alexy y su fórmula del peso*, en Gustavo A. Beade y Laura Clérico (eds.), (2011). *Desafíos a la ponderación*, Universidad Externado de Colombia: Bogotá.
- Haba, Enrique P., *Racionalidad y método para el Derecho: ¿es eso posible? (I)*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, [S.l.], n. 7, p. 169-247, jun. 1990. ISSN 2386-4702.
- Haba, Enrique P., (2018), *¿QUÉ QUIERE DECIR «RACIONAL»? (MULTIUSOS DE ESE TÉRMINO PERSUASIVO)*, Rev. Ciencias Sociales Universidad de Costa Rica, 160: 165-189 / 2018 (II). (ISSN: 0482-5276).
- Habermas, Jürgen (1991), *Teoría de la Acción Comunicativa*, Tomo I, Taurus: Buenos Aires.
- Habermas, Jürgen (1998), *Facticidad y Validez: Sobre el Derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría de discurso*, Ed. Trota: Buenos Aires.
- Hamon, Francis y Troper, Michel (2014), « *Manuel Droit constitutionnel »,* 35 ° édition, Ed. LGDJ : France.

- Hart, H.L.A. (1998), *El concepto de derecho*, Ed. Abeledo-Perrot: Buenos Aires.
- Hart, H.L.A. (2014), *Discrecionalidad*, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 37, ISSN: 0214-8676.
- Heinich, Nathalie (2007), *De la théorie de la reconnaissance à la sociologie des valeurs*, dans La quête de reconnaissance (sous la direction de Alain Caillé), Ed. La Découvert : France, pp. 122 à 134.
- Heinich, Nathalie, (2017), *Des valeurs. Une approche sociologique*, Éditions Gallimard : France.
- Heinich, Nathalie (2018), *Ce que n´est pas l´identité*, Le Débat Gallimard : France.
- Kelsen, Hans, (1982), *Teoría Pura del Derecho* (traducida del alemán por Roberto J. Vernengo), Ed. UNAM: México D.F.
- Kirat, Thierry y Vidal, Lauren, *Le Droit et l´Économie : Étude Critique des Relations entre les Deux Disciplines et Ébauches de Perspectives Renouvelées*, HAL archives-ouvertes, 2005.
- Kymlicka, Will (1995), *Multicultural Citizenship. A liberal theory of minority rights*, Clarendon Press – Oxford.
- Kymlicka, W. y Norman, W. (2000), *Citizenship in diverse societies,* Oxford University Press.
- Kymlicka, Will (2003), *Les théories de la justice : une introduction*, Ed. La Découverte : Paris.
- Kymlicka, Will (2009), *Las odiseas multiculturales: Las nuevas políticas internacionales de la diversidad*, Ed. Paidós: España.
- Loewenstein, Karl (2018), *Teoría de la Constitución*, Ed. Ariel: Barcelona.
- Looz, Fritz (1995), *Habermas, Facticidad y Validez*, publicado en: Geschichte und Gesellschaft, ZIS-5/2009.
- Martí, J.L., *El realismo jurídico: ¿una amenaza para el liberalismo y la democracia?*, Isonomía no.17, México oct. 2002.
- Moreso, J. J., *Alexy y la aritmética de la ponderación*, Derechos sociales y ponderación / coord. por Ricardo García Manrique, 2009, ISBN 978-84-612-1228-6, págs. 223-248.

- Moreso, J.J (2009), *La Constitución: modelo para armar*, Ed. Marcial Pons: Buenos Aires.
- Mosterín, Jesús (1999), *Epistemología y Racionalidad*, 1era. Edición, Universidad Garcilaso de la Vega, Fondo Editorial: Perú.
- Mosterín, Jesús (2000), *Lo Mejor Posible. Racionalidad y Acción Humana*, Ed. Alianza: España.
- Müller, Friedrich (1996), *Discours de la méthode juridique*, Léviathan puf : France.
- Navarro, Pablo E., *Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del Derecho*, Doxa. N. 14 (1993). ISSN 0214-8876.
- Nino, Carlos S. (2003), *Introducción al análisis del derecho*, 2da edición, Ed. Astrea: Buenos Aires.
- Nobles, R. y Schiff, D. (2006), *A Sociology of Jurisprudence*, Hart Publishing: USA.
- Nussbaum, Marta C. *Liberalismo Perfeccionista y Liberalismo Político (Parte 1)*, Revista IUS ET VERITAS, N° 52, Julio 2016 / ISSN 1995-2929 (originalmente publicado por la Editorial Wiley como: Martha C. Nussbaum, “Perfectionist Liberalism and Political Liberalism,” Philosophy & Public Affairs 29 (2011): 3-45. © 2011 Wiley Periodicals, Inc. Philosophy & Public Affairs 29, No. 1.).
- Ost, François (1993)*, Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez,* Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, ISSN 0214-8676, ISSN-e 2386-4702, Nº 14.
- Ost, François (2017), *¿Para qué sirve el Derecho?… para contar hasta tres,* DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 40 (2017) ISSN: 0214-8676.
- Pashukanis, E.B. (2003), *The General Theory of Law and Marxism*, Transaction Publishers.
- Peczenik, Aleksander, *Los Principios Jurídicos según Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero*, Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, ISSN 0214-8676, ISSN-e 2386-4702, Nº 12, 1992, págs. 327-331.
- Posner, Richard, (2007), *El Análisis Económico del Derecho*, 2da edición, Ed. Fondo de Cultura Económica: México D.F.
- Posner, Richard (2011), *Cómo deciden los jueces*, Marcial Pons: España.

- Powell, G.B. y Almond, G.A. (1970), *Política Comparada*. Ed. Paidós: Buenos Aires.
- Prieto Sanchis, Luis, *Diez Argumentos a propósito de los Principios*, Jueces para la democracia, ISSN 1133-0627, Nº 26, 1996, págs. 41-49.
- Prieto Sanchis, Luis (2013), *Sobre Principios y Normas*, *problemas del razonamiento jurídico*, Palestra Editores: Lima.
- Puga, Mariela. *El litigio estructural*. Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo, Argentina. ISSN 2362-3667, Año 1, N° 2 (2014).
- Ramos Pascua, J. A., *El Fundamento del Vigor Jurídico de los Principios. Dwornkin frente a Esser*, Boletín Oficial del Estado, Gobierno de España, Anuario de Filosofía del Derecho IX (1992) 269-290.
- Rawls, John (1971), *A Theory of Justice*, Oxford University Press: Londres.
- Rawls, John, *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press, 1996.
- Raz, Joseph, *The Morality of Freedom*, Oxford: Clarendon Press, 1986.
- Raz, Joseph, *Autonomy, Toleration, and the Harm Principle*, en Issues in Contemporary Legal Philosophy, ed. Ruth Gavison (New York and Oxford: Oxford University Press, 1987).
- Raz, J., Alexy, R., y Bulygin, E. (2007), *Una discusión sobre la teoría del derecho*, Ed. Marcial Pons: Madrid.
- Raz, Joseph (2013), *Entre la autoridad y la interpretación. Sobre la teoría del derecho y la razón práctica*, Ed. Marcial Pons: Madrid.
- Raz, Joseph, *Principios jurídicos y los límites del derecho*, Ideas & Derecho, N°12, 2016, Ed. Astrea: Buenos Aires (título original: *Legal principles and the limits of law*, publicado en The Yale Law Journal, vol. 81, N°5, Apr. 1972).
- Rodríguez, Jorge, *La Derrotabilidad de las Normas Jurídicas*, Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, núm. 6 (abril 1997), pp. 149-167.
- Rodríguez, Jorge (2002), *Lógica de los sistemas jurídicos*. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid.
- Ross, Alf (2011), *Sobre el Derecho y la Justicia*, 3° edición, Ed. Eudeba: Buenos Aires.

- Ruiz Manero, J., Alonso, J.P. (coord.) (2018), *Imperio de la ley y ponderación de principios*, Colección Filosofía y Derecho, Serie Diálogos, Ed. Astrea: Buenos Aires.
- Segura Ortega, Manuel (1998), *La Racionalidad Jurídica*, Ed. Tecnos: Madrid.
- Sobrevilla, David, *El Modelo Jurídico de Reglas, Principios y Procedimientos de Robert Alexy*, Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho, ISSN 1405-0218, Nº. 4, 1996, págs. 97-113.
- Soler, Sebastián (1970)*, Las palabras de la ley*, Ed. Praxis Jurídica: México.
- Soler, Sebastián (2016), *La interpretación de la ley*, Ed. Ibáñez-Ediciones Olejnik: Buenos Aires.
- Stordeur, Eduardo (h.) (2011), *Análisis Económico del Derecho. Una Introducción*, 1ª ed., Abeledo-Perrot: Buenos Aires.
- Thévenot, Laurent (2016), *La acción en plural. Una introducción a la sociología pragmática*, Ed. Siglo XXI: Buenos Aires.
- Troper, Michel (2001), *La théorie du droit, le droit l´État,* Ed. Lévianthan puf : Paris.
- Troper, Michel, Champeil-Desplats, Véronique, Grzegorczyk, Christophe, (2005), *Théorie des contraintes juridiques*, Ed. Bruylant L.G.D.J. : Paris Cedex.
- Troper, Michel (2011), *Le droit et la nécessité*, Ed. Léviathan puf : Paris.
- Tullock, Gordon (2005), *Law and Economics (The Selected Works of Gordon Tullock)*, 9th edition, Ed. Liberty Found: USA.
- Tusseau, Guillaume (2008), *Métathéorie de la notion de principe dans la théorie du droit contemporaine sur quelques écoles de définition des principes*, p. 75-112, publicado en *Les Principes en droit*, bajo la dirección de Sylvie Caudal, Ed. Económica.
- Vigo, Rodolfo L. (2000), *Los Principios Jurídicos. Una Perspectiva Jurisprudencial*, Ed. Depalma: Buenos Aires.
- Walzer, M. y Miller, D., (1995), *Pluralism, Justice and Equality*, Oxford University Press.
- Walzer, Michael (1997), *Las Esferas de la Justicia. Una Defensa del Pluralismo y la Igualdad*, Fondo de Cultura Económica: México.

- Walzer, Michael (2004), *Razón, política y pasión. 3 defectos del liberalismo*, Ed. La Balsa de la Medusa – Serie Intervenciones: Madrid.
- Walzer, Michael (2006), *Just and Unjust Wars*, 4th edition, Basic Books: NYC.
- Walzer, Michael (2017), *The Paradox of Liberation. Secular Revolutions and Religious Counterrevolutions*, Yale University Press.
- Wróblewski, Jerzy, *Legal decision and its justification*, Logique et Analyse, vol. 14, no. 53/54, 1971, pp- 409-19, JSTOR.
- Zuleta, Hugo R. (2008), *Normas y justificación. Una investigación lógica*, Ed. Marcial Pons: Buenos Aires.

Fuentes de derecho positivo:

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela” (2008).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Velázquez Rodríguez Vs. Honduras” (1988).
- Corte IDH, caso “Pueblos indígenas Maya Kaqchikel de Sumpango y otros c/ Guatemala” (2021).
- Corte Europea de Derechos Humanos, Caso “Suominen v. Finland”, n°. 37801/97 (2003).
- Corte Europea de Derechos Humanos, Caso “Soering c. Reino Unido”, nº 14038/88 (1989).
- Corte Europea de Derechos Humanos, Caso “Masev c. Moldova”, n° 6303/05 (2009).
- Corte Europea de Derechos Humanos, Caso “Aziz c. Chypre”, n° 69949/01 (2004).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), 1574/2014/RH1, “Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otro s/ recurso extraordinario” (2017).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), FLP 91003389/2012/T01/93/1/RH11, “Hidalgo Garzón, Carlos del Señor y otros s/ inf. art. 144 bis inc. 1 -último párrafo- según ley 14.616, privación ilegal libertad

agravada (art. 142 inc. 1), privación ilegal libertad agravada (art. 142 inc. 5), inf. art. 144 ter 1° párrafo según ley 14.616-, inf. art. 144 ter 2° párrafo según ley 14.616-, homicidio agravado con ensañamiento - alevosía, sustracción de menores de 10 años (art. 146)" (2018).

- Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)" -Fallos: 331:1622- (2008).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), V. 856. XXXVIII, Recurso de hecho "Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus" (2005).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), Fallos 276:132, 295:140, 278, 538, 323:2879.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), A.891. XLIV, "Arriola, Sebastián y otros s/ RECURSO DE HECHO causa n° 9080" (2009).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), "Colavini, Ariel Omar" -Fallos 300:254- (1978).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), "Bazterrica, Gustavo Mario s/ tenencia de estupefacientes" -Fallos 308:1392- (1986).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), "Capalbo, Alejandro C." -Fallos 308: 1468- (1986).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), M.114 XXIII, "Montalvo, Ernesto Alfredo s/ Infr. ley 20.771" -Fallos 313:1333- (1990).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), "Inchauspe Hnos., Pedro c/ Junta Nacional de Carnes" -Fallos 199:483- (1944).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), "Fernández Orquín, José María c/ Ripoll, Francisco s/ Fijación de precios" (1966).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), 1490/2011(47-C)/CS1, "Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c/ Provincia del Neuquén s/ acción de inconstitucionalidad" (2021).
- Conseil constitutionnel (Francia), Décision n° 71-44 DC, du 16 juillet 1971
- Conseil constitutionnel (Francia), Décision n° 77-101 L, du 3 novembre 1977.

- Juzgado Civil en Familia y Sucesiones Única Nominación, Provincia de Tucumán (Argentina), “L.F.F. c/ S.C.O. s/ FILIACION. EXPTE Nº 659/17.” (2020).

RESUMEN EN FRANCÉS

PRINCIPES JURIDIQUES ET PLURALITÉ DES RATIONALITÉS

L'analyse concernant la rationalité du phénomène juridique — en tant qu'élément de légitimation et de justification des systèmes juridiques, et de correction des décisions juridiques — s'articule autour de deux axes. D'un côté, la « rationalité du droit » — cohérence et plénitude, justification des normes, etc. —, de l'autre, « la rationalité des décisions juridiques » — interprétation du droit, justification et contrôle de la décision, etc. —. Cependant, les problèmes présents sur le premier plan — le plan théorique— entraîneront inévitablement des répercussions sur le second — le plan théorique/pratique —.

Par conséquent, le présent travail propose un parcours invitant à la réflexion autour de deux plans indissociables — le plan théorique et le plan pratique — permettant ainsi, d'une part, l'étude des « rationalités des théories des principes » — analyse et typologie des grands auteurs de la Théorie du droit —, et d'autre part, des « rationalités des principes » — analyse des rationalités mise en œuvre dans les décisions juridictionnelles faisant appel à des principes juridiques—. Cette analyse permettra de mettre en évidence la grande diversité existant autour de la notion de « rationalité » — dans son utilisation et ses définitions — présente au moment d'aborder les principes juridiques, tant sur le plan théorique que dans sa mise en application pratique.

Dans ce contexte, l'emploi des principes juridiques comme fondement des décisions des tribunaux a été toujours critiqué, notamment, à cause de l'absence de rationalité. Les principes juridiques sont généralement considérés comme l´expression de valeurs, ou bien le reflet de la morale dans l'ordre juridique. Pour cette raison, les règles positives occupent une place de privilège au moment de la justification juridique, c'est-à-dire, elles sont considérées comme rationnelles pour le seul motif d'être codifiées. Néanmoins, les principes juridiques sont aussi rationnels que les règles positives, si l'on considère l'existence d'une pluralité de rationalités – juridique,

politique, sociale, économique, etc. –, et non l'idée d'une rationalité unique, *id est*, « la » rationalité formelle-déductive. Par ailleurs, il existe des cas juridiques – *structurels*, *very hard cases* – qui ont besoin d'une justification fondée pas seulement sur des règles positives, mais aussi sur des principes juridiques, parce que la règle ne permet pas de résoudre le problème *correctement*, avec *justesse*.

Or, il est important de signaler qu'il n'est pas nécessaire d'opposer ni les règles aux principes ni la *subsomption* à la *pondération*. Les deux paires peuvent coexister dans le même système normatif et les « conflits » et « collisions » entre eux peuvent être résolues indistinctement. Pourvu que les normes – règles et principes – soient considérées comme des outils à disposition des magistrats pour la résolution d'un conflit, aucun obstacle n'empêchera qu'ils puissent les utiliser sans devoir s'interroger sur leur « validité » ou « hiérarchie ».

Sans même développer cette idée, on peut prévoir que le *positivisme juridique* (au moins le formalisme et normativisme) serait en désaccord avec elle pour des raisons diverses. Ce courant remettrait en cause principalement la validité des *principes* et la manière dont ils peuvent être utilisés dans un raisonnement logico-juridique. Mais ces remises en cause sont concevables depuis la théorie du droit proposée d'une manière générale par ce type de positivisme. En effet, l'inclusion des principes et de la pondération dans la structure rationnelle positiviste provoquerait l'effondrement de ses fondations et, par conséquent, on ne pourrait plus parler de positivisme juridique – on entrerait dans le domaine de la valorisation, la morale, etc.

Les idées reçues enracinées dans un domaine du savoir et dans sa mise en application ne sont généralement pas faciles à remettre en cause. Il est cependant essentiel de les soumettre à un examen détaillé afin de vérifier leur bien-fondé et, éventuellement, de les mettre à jour, de les adapter ou de les modifier. Le formalisme juridique a imposé une certaine cosmovision du droit, tant au niveau de son approche théorique et conceptuelle qu'au niveau de sa mise en pratique. Certains de ces postulats, telles que par exemple la complétude du système juridique ou la notion de législateur rationnel ont été considérés par certains juristes en tant que dogmes et idéaux. Le doit se présente ainsi comme une structure rigide et ritualiste, dépendant du succès performatif de toute une série de fictions sur lesquelles il repose. D'un point de vue

formaliste, on considère généralement que toutes les approches prenant en compte des éléments extérieurs au système juridique ne correspondent pas à un schéma rationnel, car elles font souvent appel à des valorations dont les possibilités de contrôle dépendent de critères subjectifs, émotifs, en d'autres termes, irrationnels. En contrepartie, le formalisme prétend se présenter comme une alternative rationnelle.

De ce point de vue, assumer une posture formaliste par rapport au droit nous amène donc à considérer que la rationalité juridique est celle qui répond à ses présupposés et elle est également celle qui, dans ce travail, est appelée rationalité formelle-déductive. La conception formaliste du droit et sa rationalité formelle-déductive se présenterait comme étant la seule manière d'atteindre l'une des principales valeurs des systèmes juridiques, à savoir la sécurité juridique.

Dans cette perspective, la sécurité juridique équivaudrait à une connaissance préalable et totale des normes contenues dans le système juridique qui, en plus de devoir être objectives et claires, ne pourraient être altérées que par les procédures préalablement établies à cet effet. Par conséquent, tout ce qui va à cet encontre serait considéré par le droit comme un problème, car si les composantes du système juridique ne sont pas parfaitement connues, ne sont pas claires *a priori* et/ou dépendent de l'intermédiation de la personne devant appliquer les normes, alors l'objectivité n'est plus garantie, et par ricochet, la sécurité juridique non plus.

Au vu des éléments ci-dessus exposés, on peut remarquer qu'il existe au moins deux éléments qui, dans la perspective formaliste, sont problématiques : le manque de précision normative et le fait de savoir qui doit mettre les normes en application. Le formalisme cherche à prendre en compte ces deux questions, d'une part en niant — ou du moins en sous-estimant — les problèmes provenant de la *texture ouverte* du droit, d'autre part, bien que cela ait un rapport avec ce qui vient d'être exposé, en limitant le champ d'action des juges. De cette manière, si on considère que les normes juridiques n'ont pas de *zone d'ombre*, les juges n'ont alors plus qu'à appliquer le droit en vigueur qui fournira toujours une réponse claire pour chaque cas. C'est cependant là que naît le débat de savoir si les principes juridiques peuvent être considérés ou non comme étant des normes à part entière d'un système juridique.

En ce sens, la présence de principes en tant que normes intégrant expressément ou implicitement les réglementations juridiques est indiscutable. Il suffit d'observer les législations pour trouver des principes juridiques qui sont en interaction avec les règles dans le système et qui, par conséquent, ne doivent pas être laissés de côté au moment de prendre des décisions les concernant. Les long débats centrés sur les principes juridiques qui, entre autres aspects, remettent en question son caractère normatif illustrent une certaine prise de position concernant la préférence d'un certain type de norme par rapport à une autre. D'ailleurs, les règles positives peuvent être considérées comme étant pour le formalisme l'élément juridique par excellence, leur structure et leur caractère prescriptif répondant aux postulats exposés ci-dessus. En d'autres termes, les règles permettent *prima facie* de garantir l'objectivité et la clarté si chère au formalisme tout en limitant l'intervention des juges dont la seule mission est de découvrir la règle applicable dans chaque cas et de prévoir la conséquence normative prévue, par le biais de la subsomption ou de la déduction. Au contraire, dans le cas des principes juridiques, il arrive généralement que l'un des éléments de sa structure — antécédent ou conséquent — ou même les deux, ne soit pas entièrement déterminé et qu'il ne s'agisse pas non plus d'une norme prescriptive, c'est-à-dire qu'elle ne prévoit aucune conséquence juridique précise. Par conséquent, les principes sont des normes intégrant les systèmes juridiques au même titre que les règles positives, même s'il existe des différences entre les deux, relatives à leur structure logique et à leur mise en application. Cela revient à dire que règle et principe sont deux types appartenant au genre norme juridique.

Toutefois, il ne faut pas rester sur un simple problème d'appellations. L'important est de remarquer que les règles positives ne permettent pas toujours aux magistrats de résoudre un conflit. Ce n'est pas seulement à cause des difficultés propres au langage – imprécision, ambiguïté, etc. – ou de l'existence des problèmes logiques -la présence d'un type de lacune normative, axiologique, etc. ; ou antinomies–, mais parce que certains cas présentent des caractéristiques excédant les problèmes logiques et du langage mentionnés ci-dessus.

Dans ce sens, il serait convenable de proposer une nouvelle catégorie de « cas ». On fait généralement référence aux « cas simples », « cas intermédiaires » et « cas difficiles ». Bien qu'ils puissent exister d'autres catégories, celles-ci s'avèrent

suffisantes pour le développement de cette étude. Ce sont les « cas difficiles » qui présentent les problèmes logiques mentionnés dans le paragraphe précédent – imprécision, ambigüité, etc. Or, pour résoudre ce genre de cas, les magistrats peuvent suivre le chemin du positivisme (formalisme, normativisme), car bien qu'ils réalisent une sorte d'interprétation ou d'argumentation pour surmonter ces difficultés, c'est finalement la norme positive qui résout le cas. Les lacunes normatives pourraient être l'objet d'une réflexion supplémentaire car ce qu'elles montrent justement c'est le manque d'une norme positive permettant de résoudre le cas. Quoique le magistrat soit obligé de se prononcer, ne pouvant pas s'abstenir sous prétexte de vide règlementaire, on peut se demander si, « remplissant » cette lacune, il ne réalise pas une sorte d'exercice intellectuel de type évaluatif en employant au maximum son pouvoir discrétionnaire. En définitive, ce qu'il fait c'est créer une norme générale dont découle une norme particulière ou individuelle qui résoudra le cas. Cette dernière partie du raisonnement positiviste n'appelle pas d'autres discussions mais le moment de création de la norme positive est un point qui devrait être interrogé davantage.

Il est possible d'affirmer que dans cette situation le magistrat est en train de « valoriser » des principes, et pourquoi pas de les « pondérer », pour en tirer la norme positive générale qui intégrera le système. C'est-à-dire, la rationalité positiviste et la subsomption s'appliquent au moment de la résolution du cas mais pas dans la tâche de solution des problèmes propres aux cas difficiles, pas très clairement au moins face aux « lacunes ». Mais même en laissant de côté cette difficulté, il est intéressant d'analyser les manières de résoudre, depuis les normes positives et la subsomption, ce qu'on appelle les « cas très difficiles ». Quelques juristes les appellent « cas structuraux » – cf. Pr. Mariela Puga – et d'autres, « cas tragiques » – cf. Pr. Manuel Atienza –. Ce qui est important, au-delà de leur dénomination, c'est qu'ils apparaissent comme un type de cas différent aux « cas difficiles ». Ces « cas très difficiles » (p. ex. cas « *Mendoza* », « *Verbitsky* », « *Muiña* » en Argentine, entre autres) présentent des caractéristiques spécifiques qui les rendent encore plus difficiles que les « cas difficiles ». Il ne s'agit plus des problèmes liés au langage ou à l'existence de lacunes ou antinomies, mais d'autres types d'inconvénients, tels que la pluralité de demandeurs et défendeurs, de normes positives applicables, d'intérêts, etc. C'est-à-dire, ce sont des cas qui ne peuvent pas être résolus par la simple subsomption du fait

à la norme positive. Et ceci n'est pas dû à l'existence d'une lacune mais à ce qui suit : soit il y a plus d'une norme pouvant être appliquée au cas sans qu'il existe entre elles une hypothèse de contradiction ou d'antinomie, soit il y a une norme applicable mais elle ne permet pas de résoudre le conflit *correctement*. Cette circonstance est le résultat de la complexité inhérente à ces cas qui défient la logique juridique et argumentative.

Il est important de signaler que ce type de cas implique un changement de paradigme casuistique mais aussi pragmatique, surtout concernant les compétences des magistrats. Dans ce sens, on peut parler du passage d'un « juge Jupiter » à un « juge Hermès » – d'après la terminologie de F. Ost. Les rapports à l'intérieur des sociétés et les conflits qui en découlent évoluent au même titre que ces sociétés. Les magistrats doivent gérer pas seulement les normes nationales mais également les normes internationales, qu'ils doivent tenir de plus en plus en compte. Les conflits soumis par les individus aux tribunaux sont de plus en plus complexes – différents pays, participation des ONG, utilisation de technologie, etc. Face à ces cas, la norme positive se heurte à un nombre croissant de difficultés, car elle ne peut pas par elle-même donner la solution adéquate.

De ce point de vue, le rapport entretenu par les juges avec les règles ne sont pas les mêmes que ceux qu'ils entretiennent avec les principes, bien qu'il s'agisse dans les deux cas d'un lien avec les normes juridiques. Face aux principes juridiques, l'intervention des juges en tant qu'interprètes est inévitable, car ces normes ont besoin d'être déterminées. Plus précisément, si l'on adopte une posture réaliste de l'interprétation, les juges devraient interpréter toutes les normes, y compris les règles, puisque les normes sont toujours des énoncés interprétés. En d'autres termes, les normes n'acquièrent un sens qu'au moment de leur interprétation, ce qui est un acte de volonté et non de savoir. Que l'on adhère ou non à cette posture théorique, il est indéniable, sous n'importe quel point de vue, que les juges ne peuvent appliquer les principes juridiques de la même manière qu'ils appliquent les règles. Et ceci renvoie à la polémique concernant la pondération en tant que manière d'appliquer les principes, qui peut entrer en conflit avec la subsomption ou, selon certains juristes, la compléter.

Il s'agit de mettre en évidence une problématique théorique et pratique qui trouve son origine dans la reconnaissance des principes juridiques en tant que normes faisant partie des ordonnancements juridiques et qui peuvent par conséquent intégrer les arguments déployés lors de l'adoption d'une décision judiciaire. Dans ce contexte, il est indiscutable que les juges aient à interpréter les principes juridiques afin de déterminer leurs champs d'application factuel et normatif ainsi que la façon dont ils entrent en rapport avec les règles dans un schéma argumentatif. Cette activité est considérée par certains juristes comme étant arbitraire ou discrétionnaire, car les juges doivent avoir recours à des arguments différents de ceux prévus par la norme elle-même, dans le but de définir la portée des principes et de résoudre les conflits pouvant survenir avec d'autres principes au moment de leur mise en application.

En conséquence, il faut reconnaître aux juges une marge de manœuvre, de discrétionnarité, *tacite* dans ces cas selon H.L.A. Hart, mais surtout vérifiable, c´est à dire, passible d´être contrôlée inter-subjectivement à partir des divers cadres théorique-conceptuels dérivés d´une pluralité des rationalités –sociale, politique, économique, etc.-. Si un cas ne peut pas être réduit à l'exercice intellectuel de *subsomption et déduction,* les magistrats doivent pouvoir compter avec un autre outil pour accomplir le devoir de se prononcer afin d´éviter la sanction prévue dans l'article 4 du Code civil français : « *Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice* ».

L'une des principales critiques faites à la discrétionnarité est l'impossibilité d'établir des limites claires et, par conséquent, sa similitude avec l'exercice d'un pouvoir arbitraire. Néanmoins, c´est important de remarquer qu´il existe une différence conceptuelle entre discrétionnaire et arbitraire et qu´il faut les distinguer. Le premier concept exige la présence des arguments quoiqu´ils soient (juridiques ou extra-juridiques mais juridiquement pertinents), de justification. Le deuxième concept implique justement l´absence totale des arguments et, pour cette raison, l´impossibilité de soumettre une telle décision au contrôle.

D'un autre côté, ces critiques se basent sur le fait que, dans l'exercice de la discrétionnarité, il ne s'agit pas d'être régit par des lois préalables, objectives et claires,

puisque les juges détiendraient un pouvoir supérieur, dans la mesure où ils déterminent le sens des normes lors de chaque interprétation et mise en application, échappant ainsi à n'importe quel type de contrôle rationnel. Il ne s'agit cependant pas là d'un véritable problème, car il est inexact que les arguments employés par les juges lors de l'interprétation et de la mise en application des principes ne peuvent être rationnellement contrôlés. Ils ne peuvent probablement pas l'être dans la mesure où l'on considère que la seule rationalité juridique possible est la rationalité formelle-déductive. Mais si on accepte l'existence d'une pluralité de rationalités faisant partie du droit, on peut alors considérer que chacune d'entre elles fournit des cadres théorico-conceptuels différents, parmi lesquels l'argumentation peut être soumise à un contrôle intersubjectif. De cette façon, dans la mesure où cela se reflète dans l'argumentation, il serait excessif de considérer qu'il s'agit d'un procédé arbitraire, même s'il est vrai qu'il sera discrétionnaire.

Il est important de remarquer que cette proposition n'implique pas qu'il faille toujours exercer la discrétionnarité. Tous les cas qui se présentent ne seront pas toujours difficiles ou structurelles, ce qui détermine en autre, qu'il ne sera pas toujours nécessaire d'y appliquer des principes juridiques. Cela revient à dire qu'il existe des cas qui sont clairs, faciles et que pour la décision les concernant, la rationalité formelle-déductive peut être suffisante pour contrôler les agissements des juges, qui n'ont plus qu'à mettre en mettre en application la norme correspondante par le biais de la subsomption et de la déduction.

Bien qu'une grande partie de la présente analyse se soit penchée sur l'approche d'un positivisme formaliste, il ne faudrait pas oublier que la vision du réalisme extrême qui considère que tous les cas sont obscurs, difficiles et que les normes juridiques ne sont que des fioritures, n'en est pas moins faussée. En d'autres termes, que ce soit le formalisme ou le réalisme extrême, ils présentent tous deux une vision du droit idéalisée — dans ses aspects théoriques et pratiques — faisant ressortir certains aspects, mais toujours au détriment des autres.

Il n'est donc pas nécessaire de justifier le fait que les juges doivent intervenir dans la décision judiciaire — ils le font d'ailleurs — en interprétant les normes et en reniant ainsi leur importance, tout comme il est inutile de créer un enchainement de

présupposés idéalisés qui entrent constamment en conflit avec la pratique, afin de s'assurer que les normes soient au-dessus de ceux qui les mettent en application. Les deux cas de figure existent dans le droit, c'est-à-dire qu'il existe des cas qui sont claires et d'autres obscures, et les juges doivent toujours pouvoir disposer, en premier lieu, d'une marge de manœuvre afin de pouvoir agir dans l'une ou l'autre cas, et par ailleurs, des outils nécessaires — théories, concepts, méthodes, etc. — afin de faire face à toutes les situations, puisqu'elles présentent toutes des caractéristiques différentes et exigent de la part des décideurs des aptitudes intellectuelles — logiques, argumentatives, etc. — différenciées.

Or, ce qui importe ce n'est pas de trouver une manière de justifier seulement que la discrétionnarité peut être exercée rationnellement mais de montrer que, dans certains cas, elle est une exigence nécessaire. C'est vrai que le magistrat qui décide de façon discrétionnaire doit réaliser un effort argumentatif supplémentaire pour éviter de tomber dans une valorisation arbitraire, mais ceci n'implique pas le discrédit de cette manière de raisonner, car il faut avoir toujours à l'esprit la différence entre « rationnel » et « raisonnable ».

On peut faire quelques réflexions autour de la distinction présentée ci-dessus. Elle est liée à un autre débat qui concerne la nécessité de considérer soit *une (seule) méthode rationnelle* pour la résolution d'un conflit – correspondant au système : norme, fait et subsomption –, soit la possibilité d'une *pluralité de rationalités* – tel qu'il est posé par Véronique Champeil-Desplats – qui existent en fonction de divers aspects tels que le contexte judiciaire de la décision, facteurs sociaux, politiques, etc., qui demande *une pluralité des méthodes*. C'est la première proposition qui est exigée, spécialement aux opérateurs juridiques, par le positivisme formaliste et normativiste, c'est-à-dire, la résolution d'un cas via un mode (méthode) rationnel – dans ce cas, il faudrait définir cette *rationalité*. Mais la *pluralité de rationalités* dépasse l'exigence demandée aux magistrats, car elle implique la reconnaissance des éléments différents du « cas » et de la « norme positive » significatifs pour la résolution d'un cas. Ainsi, si on accepte qu'il ne faut pas parler de *la* rationalité mais d'une *pluralité*, cette analyse peut-elle être menée au-delà d'un cas concret et centré sur la figure du magistrat comme entité abstraite décidant toujours d'*une* manière rationnelle et ayant les mêmes préoccupations.

Dans ce contexte, les principes juridiques –soient explicites ou implicites- jouent un rôle fondamental parce que, en tant que normes, ils reflètent clairement ces différentes rationalités et ils permettent d´exercer une interprétation normative qui prend en considération des éléments de nature divers, pas seulement normatifs, à savoir, sociaux, politiques, économiques, etc. Cette interprétation peut être exercée seulement avec la reconnaissance de la marge de manouvre crée par l´exercice d´une discrétionnarité controlée.

Une fois ces réflexions faites, on peut conclure qu'il n'est peut-être pas nécessaire de chercher la justification dans le domaine du rationnel car le raisonnable peut remplacer dans de nombreux cas cette exigence, ou bien on peut faire appel à l'acceptation de l'existence de multiples rationalités. Le cadre de la discrétionnarité se trouve justement dans le terrain de la pluralité de rationalités. Si ce n'était pas le cas, le juge ne devrait qu'appliquer la norme qui résout le cas ou bien, par contre, tomber dans l'arbitraire. Mais si le magistrat décide discrétionnairement il/elle se met dans l'obligation d'argumenter, de fonder sa position.

L'apparence de rationalité et d'objectivité exigée par le positivisme formaliste et normativiste – d'où proviennent la plupart des critiques à la discrétionnarité – cache à plusieurs reprises l'exercice de la valorisation, bien qu'elle ne soit pas reconnue comme telle. L'obligation du juge de se prononcer conformément au droit, en appliquant une normative positive valide et en vigueur, a plus d'objectivité que l'obligation du juge de trouver une solution quand, dans le cadre du même système normatif, il ne peut pas résoudre le conflit. Pourtant, ceci n'empêche pas que le magistrat rationnel doive occasionnellement exercer son raisonnement à travers une autre forme – en faisant appel à l'analyse d'une pluralité de rationalités. Au fond, ce n'est que différentes « méthodes » pour arriver à la résolution d'un cas.

Tout ceci implique que le droit soit reconnu comme étant un domaine indéterminé, et également d'accepter que cela n'est pas aussi grave que certaines approches voudraient le faire croire. Au lieu de nier cette indétermination, négation conduisant à une vision déformée du droit, il serait préférable de proposer des outils permettant de l'aborder et contribuant à l'établissement de critères rationnels à partir desquels le droit pourrait se développer plus amplement. Il s'agit justement là de l'un des principaux

objectifs de ce travail de recherche, c'est-à-dire d'apporter différentes typologies de rationalités en interaction avec le droit et à partir desquelles il serait possible d'élaborer des cadres théorico-conceptuels dans le but de développer son champ d'argumentation. Toutes ces rationalités ne cessent d'interagir avec la rationalité formelle-déductive en la complétant.

Il est une fois de plus nécessaire de remarquer que cette rationalité offre une analyse du droit pertinente et en permet une mise en application basée sur des procédures dont la possibilité de correction est très élevée et qui peut être considérée comme *hard logic*. Ainsi, le contrôle des arguments juridiques pouvant naître des rationalités sociales, politiques ou économiques, et même d'arguments non-juridiques mais juridiquement pertinents, est soumis à l'acceptabilité intersubjective de chacune de ces rationalités à partir des cadres théorico-conceptuels qui en découlent. En ce sens, ces rationalités se développent dans un domaine que l'on peut considérer comme étant *soft logic* qui, au-delà du nom que l'on voudra bien lui donner pour le différentier de la *hard logic*, d'une façon ou d'une autre implique qu'il soit en dehors du domaine rationnel. Il ne s'est jamais agi ici d'un problème binaire, c'est-à-dire qu'il ne s'agit pas d'échanger une rationalité contre une autre ou d'opter pour une approche qui serait rationnelle et l'autre non.

Tous les schémas disposent donc ainsi d'un critère de rationalité et il n'est pas nécessaire d'affirmer que certains sont plus rationnels que d'autres, tout du moins de manière abstraite et absolue, c'est-à-dire, de faire cette allégation sans s'appuyer sur des critères et de manière indiscutable. Ce travail ne cherche pas à balayer l'approche formelle-déductive, très utile pour expliquer certains aspects du droit et pour sa mise en application dans certains cas. Il s'attache au contraire à remettre en question le postulat, l'affirmation dogmatique selon laquelle la rationalité formelle-déductive constitue la seule rationalité du droit. En ce sens, la notion de pluralité des rationalités en tant qu'approche alternative permet d'étendre les limites du droit vers d'autres rationalités dont il peut se prévaloir afin d'être compris et appliqué d'une manière plus large. Et passer d'une approche à l'autre n'implique pas forcément de passer de la rationalité à l'irrationalité.

Et, de ce point de vue, les principes juridiques deviennent pertinents, car ces normes — à la différence des règles — reflètent la pluralité des rationalités interagissant dans le droit. Ainsi, les principes mettent indubitablement en exergue un contenu juridique, mais qui est également en rapport, selon les cas, avec un contenu social, politique, économique, etc. En ce sens, il existe des cas pour lesquels les principes juridiques disposent d'éléments normatifs — concepts — qui font explicitement référence à ces contenus, mais il existe d'autres cas où l'indétermination caractéristique de ces normes permet d'introduire dans le discours juridique des éléments pouvant être considérés comme non-juridiques ou extra-normatifs, mais juridiquement pertinents pour l'argumentation. C'est donc à travers les principes juridiques que l'on peut observer clairement la pluralité de rationalités qui interagissent dans le droit et qui offrent également un support normatif à partir duquel il est possible d'extraire des arguments de natures diverses.

Mais, à partir de la pluralité de rationalités, il est par ailleurs possible d'interpréter un même principe juridique de différentes manières et il peut par conséquent acquérir plusieurs sens selon la posture idéologique o philosophique adoptée. Selon le point de vue choisi dans ce travail concernant la théorie réaliste de l'interprétation, l'interprétation sera toujours nécessaire, et par conséquent, il sera impossible de fixer par avance le sens d'un principe quel qu'il soit. Ainsi, chacune des rationalités intégrant le droit — sociale, politique, économique, etc. — permettra une approche différente qui amplifiera le champ d'interprétation, tout en offrant un cadre argumentatif approprié pour justifier rationnellement ces interprétations qui dépasseront souvent la sphère strictement normative. Il est donc de nouveau nécessaire de revenir sur la problématique initiale de cette analyse à la lumière de ces réflexions, c'est-à-dire que si l'on accepte l'existence de diverses formes d'interprétation d'une norme à partir de la présence de différentes rationalités, alors comment est-il possible de soutenir la thèse de l'existence d'une seule rationalité du droit ? Tout comme nous venons de le justifier : cette thèse ne peut être soutenue, elle doit être justifiée. Cependant, au-delà du succès de cette entreprise, en toute rigueur, le champ de possibilités fourni par les multiples rationalités conformant le droit en enrichit l'analyse, la théorisation et la mise en application.

En ce sens, et en rapport avec le développement concernant la discrétionnarité, une des typologies de rationalité proposées, à savoir, la rationalité juridico-stratégiques basée sur la *Théorie des contraintes juridiques*, permet de montrer qu'il est possible d'identifier au sein des systèmes juridiques des facteurs faisant peser des contraintes sur les opérateurs juridiques devant interpréter les énoncés d'une certaine façon plutôt que d'une autre, et choisir une certaine manière de procéder parmi le large éventail offert par les règles. Par conséquent, la possibilité d'identifier cette rationalité permet de poser, dans le domaine juridique lui-même, l'existence d'une dimension d'analyse concernant l'application du droit échappant à l'approche proposée par la rationalité formelle-déductive et prenant toute son importance dans la mise en application des principes juridiques pour laquelle la marge d'interprétation est nettement supérieure.

Donc, l'idée innovante du projet est d'étudier le concept de principe juridique sous l'angle de la pluralité des rationalités avec lesquelles les mobilisent les acteurs juridiques. En effet jusqu'à présent, les analyses des principes se sont effectuées en présupposant l'existence d'une seule rationalité, à savoir, une rationalité – selon les auteurs – soit juridique, soit morale, sans d'ailleurs que tous ne définissent très précisément ces dimensions. L'hypothèse du projet de thèse est, en se fondant notamment sur les analyses de la philosophie politique et de la sociologie pragmatique -mais aussi de l´analyse économique du droit-, que les divers acteurs qui produisent des normes juridiques et les juges eux-mêmes fondent leurs décisions sur des principes en les mobilisant dans une pluralité d'ordres de rationalité dont il s'agira notamment de dresser une typologie. Il n'y aurait donc pas une rationalité juridique mais plusieurs, ou alors l'unicité est à démontrer, non à postuler.

Le projet s´inscrit dans les réflexions générales actuelles de la théorie et du droit, mais aussi dans celles qui ont pu naître sur la pluralité des mondes ou des ordres de rationalité au sein de la philosophie politique (Walzer, Kymlicka) et de la sociologie pragmatique (Boltanski, Thévenot, Heinich).

Dans cette optique, les auteurs retenus pour réaliser cette étude sont ceux dont les propositions offrent un cadre d'analyse propice à une *approche pluraliste*. Dans le cas de Walzer, cela est indubitable puisqu'il est l'un des représentants du pluralisme au sein de la philosophie politique et que par conséquent, son travail concernant les

sphères de la justice permet de concevoir et de justifier la pluralité des rationalités dans le droit. Les différentes propositions de dynamiques entre les biens sociaux, leurs critères respectifs ou principes de distribution et leurs répercussions sur la possibilité de penser une société plus juste, offrent des champs d'analyse diférenciés donnant naissance à des débats autour de divers contextes argumentatifs.

Pour leur part, dans le domaine de la sociologie pragmatique, Boltanski et Thévenot présentent également des développements orientés vers la pluralité. En ce sens, Boltanski a tout d'abord proposé une étude des *comportements situés* qui ont amené à faire référence à divers *régimes d'action* — l'amour, la justice, la routine et la violence — qui, lorsqu'on aborde le rapport des personnes entre elles, ou celui qu'elles entretiennent avec les objets, permet de mettre en place différents *schémas grammaticaux* qui sont justement pluriels et en interaction — il existe en effet la possibilité de passer d'un régime d'action à l'autre —. Pour sa part, Thévenot a également développé une analyse reposant sur divers *régimes d'action* — de proximité, du plan, de ce qui est public (de la justification) —. En ce sens, dans le cadre du développement concernant la dynamique au sein du régime de la justice — commun aux développements de ces deux penseurs —, Boltanski et Thévenot proposent une pluralité de *schémas argumentatifs* — les *mondes* et les *villes* — constituant divers *ordres de légitimité morale* (*ordres de grandeur*) au sein desquels se déroulent les disputes publiques concernant le bien commun. Chacun de ces schémas fait référence à différents *principes de justice* permettant ainsi de penser des théories de la justice différenciées ou une théorie d'*ensembles*, telle qu'elle est proposée par Will Kymlicka. Ce dernier contribue également à établir un rapport entre l'approche pluraliste et le *multiculturalisme* permettant ainsi une analyse juridique des *minorités nationales* ou *groupes ethniques* basée sur des concepts telle que la *citoyenneté différenciée* dans le cadre d'États multinationaux ou polyethniques.

Finalement, Il ne faudrait pas oublier de mentionner les apports de Heinich qui, dans le contexte ci-dessus exposé, ont permis d'offrir une analyse basée sur une *sociologie des valeurs*. En ce sens, cette auteure fournit un outil très pertinent : une *grammaire axiologique* servant à analyser les discussions autour des valeurs impliquées dans divers *registres* au sein desquels on retrouve le juridique. Pour sa part, Heinich met

également l'accent sur l'existence d'une *pluralité de valeurs* et considère que le *pluralisme* s'adapte mieux que le monisme aux choses humaines.

Il est donc possible de comprendre pourquoi le choix de ces auteurs revêt une grande importance dans ce travail de recherche. Bien que leurs théories intègrent d'autres domaines d'étude, l'approche pluraliste en est le facteur commun et, c'est la raison pour laquelle leurs analyses reposent sur des propositions s'éloignant des visions universalistes qui limiteraient le champ de leurs objets d'étude. Pour ce qui est du domaine juridique, il n'est pas tellement éloigné de ces développements et cela permet de tirer des conclusions qui, bien qu'elles émanent de la philosophie politique et de la sociologie pragmatique peuvent servir pour le droit.

C'est à partir de ces propositions que l'on peut poser les typologies de rationalité sociale et de rationalité politique qui, au sens strict, ne sont pas non plus les seules rationalités existantes, chacune d'entre elles impliquant à son tour une pluralité de rationalités. Et, à partir de ces rationalités, il devient possible d'obtenir des cadres théorico-conceptuels d'où sont extraits des arguments pertinents servant à l'analyse et à la mise en application du droit.

En ce qui concerne la/les rationalité(s) sociale(s), il est nécessaire de mentionner que si une norme est une prescription, un impératif d'action — ou d'omission —, elle est soutenue par une valeur susceptible de la justifier, ces valeurs sont souvent implicites, mais cela ne signifie pas qu'elles n'existent pas. Ces valeurs deviennent explicites dans le cas où il existe des controverses — des *disputes en justice* (tels que l'expriment Boltanski et Thévenot), des tensions normatives. Cela revient à dire que les valeurs deviennent explicites au moment de la critique ou de la justification. Par le biais du développement de cette rationalité socio-axiologique, on cherche à mettre en évidence, entre autres, le niveau axiologique sous-jacent au niveau normatif — et même parfois présent sur le plan normatif et/ou pendant le processus d'interprétation et d'application du droit — qui devient juridiquement pertinent au moment de la décision dans des cas où il est nécessaire d'avoir recours à des arguments de type social.

Par ailleurs, si l'on a choisi d'incorporer cette approche sociale dans ce travail, c'est parce qu'elle présente la possibilité d'ajouter de l'objectivité aux références valoratives

dans l'analyse du droit. Il ne s'agit pas ici de dépasser les positions concernant le rôle des valeurs dans le droit, mais plutôt de chercher à contribuer à positionner le débat axiologique dans un cadre d'objectivité permettant d'éviter de laisser de côté les réflexions valoratives pouvant se révéler juridiquement pertinentes par le fait d'être considérées comme étant irrationnelles. La présence d'arguments valoratifs dans le processus de justification des décisions judiciaires est indiscutable, au-delà des points de vue théoriques dont on se réclame concernant la présence et le rôle des valeurs dans le droit. Et tout comme cela vient d'être dit, toutes les références axiologiques ne font pas appel à des valeurs absolues et universelles, mais il existe au contraire différents contextes et registres dans lesquels il est possible d'observer une dynamique argumentative particulière renvoyant à l'idée de valeurs pouvant être justifiées — des valeurs fondamentales — et à partir desquelles il est possible d'extraire des arguments juridiquement pertinents et utiles pour la décision dans certains cas présentant des difficultés particulières. En ce sens, la principale contribution de la sociologie axiologique de Heinich pour l'analyse juridique est d'avoir proposé un outil d'analyse et de justification pour les discussions valoratives pouvant avoir lieu — et ayant effectivement lieu— dans le domaine du droit, tout en mettant en exergue l'existence d'une pluralité de valeurs qui s'articulent dans des contextes différents au sein desquels se forment des cadres argumentatifs pertinents pour la justification juridique.

Pour leur part, en ce qui concerne la/les rationalité(s) politique(s), il est nécessaire de mentionner que le rapport entre l'analyse juridique et la science et la philosophie politique est complexe au niveau de ses fondements et diverse en ce qui concerne ses points de contact. Cependant, ce rapport a permis de grandes avancées dans le droit, dans la mesure où il contribue à l'intégration dans l'analyse juridique d'une approche complexe et dynamique de certains concepts, établissements et institutions pertinents pour le droit, mais qui sont également étudiées dans la perspective de la science et de la philosophie politique — État, division des pouvoirs, légitimité, contrainte, etc. — permettant l'incorporation d'une dimension d'analyse élargissant le champ d'étude du droit, celui-ci se limitant généralement à un aspect formel — normatif —. Elles contribuent non seulement à cet élargissement, mais elles donnent également du dynamisme à cette analyse. Dans cette optique, à partir des rationalités politiques

proposées, il est indispensable d'analyser les dynamiques internes au sein des différents contextes sociopolitiques afin de comprendre les rapports déterminant la pertinence de certains biens sociaux ainsi que leurs critères de distribution, ce qui implique de faire référence à la notion de justice. Ainsi, en évitant de se référer à des propositions abstraites et universelles, nous sommes invités à penser de manière plus locale, c'est-à-dire, à un niveau culturel, là où il est possible d'observer différents ensembles de significations ainsi que diverses valeurs permettant la description et la compréhension, d'une part des différentes dynamiques d'organisation politique et sociale relatives à chaque groupe et d'autre part, la manière de comprendre la valeur justice et le rapport qu'elles entretiennent avec elle. Par conséquent, c'est la possibilité d'analyser le droit dans une optique pluraliste, impliquant à son tour des considérations appartenant à la philosophie politique et ayant une dimension morale, culturelle et institutionnelle, qui rend judicieux le fait d'aborder cette thématique par le biais d'auteur tels que Walzer et Kymlicka. Il est alors possible d'observer dans les deux cas, le rapport complexe existant entre le droit et la politique — ainsi que ses multiples représentations — et ils offrent par ailleurs des cadres théorico-conceptuels pertinent dans le développement de la pluralité des rationalités dans le droit.

Finalement, en ce qui concerne la rationalité économique, il est d'une importance capitale d'incorporer l'analyse économique au droit, afin de pouvoir disposer d'un ensemble de notions qui, en se fusionnant, finissent par former un outil essentiel pour aborder certaines décisions juridiques spécifiques. Il est nécessaire que les opérateurs juridiques intègrent certaines notions relatives à cette approche afin de pouvoir justifier leurs décisions par l'intégration du plus grand nombre possible de circonstances touchant au cas dont il est question — théorie de jeux, théorie de prix, d'équilibre, d'efficacité, etc. —. Dans les cas qui impliqueraient une dimension économique — budgétaire, fiscale, contractuelle, etc.— la possibilité de pouvoir s'appuyer sur un cadre théorico-conceptuel et sur un discours permettant le dialogue avec la sphère normative du droit, devient essentiel. Et ceci dans la mesure où l'on prétend résoudre un cas en termes de justesse, c'est-à-dire, en ajustant la décision à chaque cas en particulier, mais pas seulement en ce qui concerne la norme sur laquelle reposerait la solution normative, mais également en prenant en compte une autre dimension du droit qui se révèle essentielle dans sa compréhension en tant que phénomène

complexe, telle que la dimension économique. Il est ainsi possible de penser différentes manières à travers lesquelles interagissent les normes avec la rationalité économique dans le cadre d'un raisonnement juridique bien déterminé. L'enjeu en est une fois de plus, la combinaison de deux domaines du savoir, de deux discours et de deux méthodes différentes.

Par conséquent, l'intention de cette étude est de repenser la Théorie du Droit à partir d'une pluralité de rationalités complémentaires, ce qui permettrait, d'une part, d'élargir l'éventail de l'analyse du droit en tant que phénomène complexe, c'est-à-dire, en le considérant comme plus qu'un ensemble de normes positives ; et, d'une autre, de transposer cet élargissement dans la pratique des opérateurs juridiques, de telle sorte que des multiples rationalités analysées puissent découler différents registres discursifs –le social, le politique, le économique, etc.– pour justifier les décisions judiciaires, entre autres.

Dans cette perspective, l'approche offerte par la pluralité de rationalités devient le point de départ pour penser les théories, les concepts et les institutions juridiques qui ont longtemps été au cœur du droit. Cette approche permet également d'aborder les phénomènes juridiques dans toute leur amplitude sans qu'ils soient limités par leur aspect normatif. Les normes juridiques trouvent leur origine dans différents évènements, problèmes, besoins et réclamations surgissant sur le plan social, politique et économique. Le droit cherche à y apporter des réponses, mais il ne faudrait jamais oublier d'où elles tirent leur origine, puisqu'en définitive, les normes juridiques sont justement conformées par ces problèmes, ces besoins, etc. Les normes juridiques, au moment d'être sanctionnées ne devraient pas devenir hermétiques et imperméables aux influences du contexte.

Le droit est un outil essentiel dans la cohabitation sociale et dans la coordination des liens existant entre la société et l'État et entre les États entre eux. Tous ces liens reposent sur des circonstances qui ont besoin de normes, mais ils exigent également, et de manière de plus en plus pressante et fréquente, de prendre du sens, d'être compris et qu'on y soit sensible. Et ces niveaux d'analyse ne peuvent exister qu'au niveau social, politique et économique. Ainsi, parier sur la pluralité de rationalités, c'est parier sur une ouverture du droit vers des horizons oubliés et sur le rétablissement de

son rapport avec le contexte, et plus particulièrement, avec la dimension humaine qui sont trop souvent délaissés — ou cachés — par l'objectivité et la clarté des textes de loi.