

# Entre artistas, científicos, profetas y operadores político-ideológicos: problemas epistemológicos en torno al objeto y método de la disciplina jurídica

*Facundo Esteban Mojico* \*

“¡Feliz aquella nación en que las leyes no fueran una ciencia!”  
Cesare Bonesana, Marqués de Beccaria (*De los delitos y las penas*)

## **Resumen**

Este ensayo analiza las peculiaridades del objeto y método de la disciplina jurídica, desde distintas perspectivas iusfilosóficas, a fin de poner a prueba si se trata de una ciencia, al menos a partir de los cánones de la epistemología tradicional, problema introducido en el apartado I. Para ello, en primer lugar, se sientan las premisas teóricas con relación a las características que debe reunir cualquier disciplina para producir “conocimiento científico” (apartado II). Luego, se examinan las tesis de las distintas escuelas iusfilosóficas (entre otras, positivismo, iusnaturalismo, realismo jurídico, trialismo) respecto a cuál es el objeto del “derecho” y se analiza si les caben objeciones epistemológicas, haciendo especial énfasis en la relación entre derecho y lenguaje en los sistemas normativos actuales (apartado III). El siguiente paso es el estudio de la evolución de la teoría de la interpretación

\* Abogado (UBA); Máster en Derecho Penal y Ciencias Penales (Universidad Pompeu Fabra y Universidad de Barcelona); Maestrando en Maestría de Filosofía de Derecho (UBA); Profesor universitario en distintas materias vinculadas al derecho penal (UBA, Universidad de Belgrano y Universidad del Salvador). Secretario del Juzgado Nacional en lo Penal Económico N° 11; fmojico@derecho.uba.ar.

jurídica –como método principal de esta disciplina, abordado tanto por la teoría del derecho como por la filosofía del derecho–, apuntándose los distintos factores extranormativos que se ponen en juego en la labor del juez, tanto en la subsunción como en la ponderación (apartado IV). En la misma línea, expongo cuál es la misión del jurista, de acuerdo a destacada doctrina, en tanto pretenda erigirse en “científico del derecho” (apartado V). Una vez afirmado el ineludible vínculo entre el derecho y la moral como herramientas del operador jurídico, siento mis puntos de partida metaéticos e indago cómo juegan estos saberes en el derecho posmoderno (apartado VI). Finalmente, adopto una conclusión que se acerca a los estudios críticos del derecho, en tanto afirmo que el derecho no es una ciencia sino una verdadera técnica del poder, con la consiguiente responsabilidad ética, política e ideológica que ello genera en el operador jurídico (apartado VII).

Palabras clave: epistemología, derecho y lenguaje, interpretación jurídica, sistemas normativos, rol del juez, rol del jurista, teorías dogmáticas, derecho y moral.

## **Among Artists, Scientists, Prophets and Political-Ideological Operators: Epistemological Problems Around the Object and Method of Legal Discipline**

### **Abstract**

This essay analyzes the distinctive traits of the object and method of the legal discipline, from different legal-philosophical perspectives, in order to test whether it is a science, at least from the traditional epistemology standards (problem introduced in section I). Therefore, in the first place, the theoretical premises are established in relation to the requirements that any discipline must meet to produce “scientific knowledge” (section II). Then, the different philosophy of law schools’ thesis are examined regarding what is the object of “law”/“jurisprudence” and whether they present epistemological objections, with special emphasis on the relationship between law and language in current regulatory systems (section III). Our next step is the study of the evolution of the legal interpretation theory –as the main method of this discipline, approached both by the theory of law and by the philosophy of law–, pointing out the different extra-normative factors that are used in

judge's work (section IV). In the same way, I present which is the mission of the jurist, according to prominent doctrine, insofar as he seeks to establish himself as a "legal scientist" (section V). Once the inescapable link between law and morality as legal operator's tools has been affirmed, I set my meta-ethical premises and I investigate how these different knowledges are related in postmodern law (section VI). Finally, I conclude that law is not a science but a true power technique, with the consequent ethical, political and ideological responsibilities that this generates in the legal operator (section VII).

Keywords: Epistemology, Law and Language, Legal Interpretation, Normative Systems, Role of the Judge, Role of the Jurist, Dogmatic Theories, Law and Morality.

## **I. Introducción: el problema**

¿Podemos afirmar tajantemente que los abogados hemos aprendido la carrera de la "ciencia jurídica"? ¿Acaso existe el derecho como ciencia? ¿Qué tipo de trabajo llevan a cabo los operadores jurídicos y de qué herramientas se valen? ¿Comparte esta disciplina las mismas características de lo que, siguiendo los parámetros de la epistemología clásica, se ha entendido por conocimiento científico? Estas y otras preguntas han servido como disparadores del presente trabajo, en el cual se abordarán distintos tópicos de la teoría general del derecho a fin de indagar sobre el carácter científico (o no) de esta disciplina.

## **II. Marco teórico: los cánones de la epistemología clásica**

Nuestro punto inicial es crucial: debemos adoptar algún marco teórico para determinar qué entendemos por "ciencia". Solo de este modo podremos verificar si el derecho contiene las características definitorias del conocimiento científico. En mi caso, acudiré al trabajo de Mario Bunge, quien define ciencia como el "... conocimiento racional, sistemático, exacto, verificable y por consiguiente falible".<sup>1</sup> El autor abraza las tesis de Merton y

1. Bunge, Mario, *La ciencia. Su método y su filosofía*, 1ª ed., Buenos Aires, Debolsillo, 2005, p. 11.

define el *ethos* científico por su universalidad, comunismo, desinterés y escepticismo organizado.<sup>2</sup>

“La ciencia es *universal* en el sentido de que sus afirmaciones y métodos son impersonales y objetivos [...] La comunidad científica, a diferencia de la técnica, es *comunista*: sus miembros comparten datos, teorías y métodos. La actividad científica, a diferencia de la técnica, es *desinteresada*: busca la verdad por la verdad. Finalmente, la actitud científica es *escéptica*, no dogmática: revisa los supuestos y resultados de la investigación a la luz de la lógica y de la observación”.<sup>3</sup>

Si bien estas tesis fueron controvertidas por trabajos más actuales, propios de la posepistemología,<sup>4</sup> Bunge refleja claramente el pensamiento epistemológico más tradicional en el cual se separan tajantemente la ciencia, la dogmática, la doxa, la superstición y la ideología. Sin desmerecer los nuevos planteos epistemológicos (los cuales serán retomados sobre el final de este trabajo), aquellos desdibujan las fronteras entre todos estos tipos de saberes, lo que no resulta útil para mi propósito.

Aclarado ello, se entiende que el conocimiento científico es objetivo pues: (i) concuerda aproximadamente con su objeto, es decir, busca alcanzar

2. En el mismo sentido, Dabove, María Isolina, “Arqueología de la Ciencia Jurídica”, en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, UNR, Rosario, FIJ, 2006, pp. 74 y 75.

3. Bunge, Mario, *La ciencia. Su método y su filosofía*, 1ª ed., Buenos Aires, Debolsillo, 2005, p. 152.

4. Follari, Roberto, *Epistemología y sociedad. Acerca del debate contemporáneo*, Rosario, Homo Sapiens, 2000, p. 11 y n. 1. La posepistemología desmitifica el pretendido carácter ahistórico y formalista de la epistemología desde la cual se pensó y construyó la ciencia moderna. Tal epistemología “gris” y los conocimientos que se produjeron en base a ella se presentaron como científicos, avalorativos y neutrales sin considerar las prácticas sociales que, entrelazadas con los enunciados, constituyen la empresa científica. Por ello, esta “concepción heredada” ha sido enfrentada a partir de 1960 por filosofías de la ciencia que, además de considerar las estructuras formales de las teorías científicas, las relacionan con las prácticas concretas y con su inserción histórica (Díaz, Esther, “El conocimiento como tecnología de poder”, en *La posciencia: el conocimiento científico en las postrimerías de la modernidad*, 1ª ed., Buenos Aires, Biblos, 2000, pp. 15 y ss.).

la verdad fáctica; y (ii) verifica la adaptación de las ideas a los hechos a través de la observación y la comprobación empírica. Asimismo, se dice que es racional dado que: (i) está constituido por conceptos, juicios y raciocinios, y no por sensaciones, imágenes, pautas de conducta, etc.; (ii) esas ideas se combinan de acuerdo con algún conjunto de reglas lógicas, a fin de producir nuevas ideas; y (iii) tales raciocinios se organizan sistémicamente, es decir, a través de conjuntos ordenados de proposiciones (teorías).<sup>5</sup> Como tales, las disciplinas científicas tienen un objeto, métodos, técnicas, grados de desarrollo diversos, objetivos y alcance.

Si bien las definiciones de la ciencia son convencionales (y, por ende, responden a criterios de utilidad) y muchos de sus conceptos son primitivos (no definidos), la delimitación de la porción del mundo que se estudiará no lo es. Dicho de otro modo, la ciencia es empírica y, si bien puede modificar el objeto de estudio, parte de los hechos, los describe y explica en términos de teorías, y siempre vuelve a ellos. De acuerdo a la epistemología clásica, la realidad siempre está por fuera del observador, le resulta independiente, aquel no la construye. Por ejemplo, los cuerpos celestes seguirán existiendo, más allá de cuántos se crea que existen, cómo se expliquen sus órbitas y la fuerza de atracción entre ellos, etc. Es decir, solo se acepta el constructivismo gnoseológico, no así el constructivismo ontológico. Por ello, el conocimiento científico es empírico y verificable, es decir, la comprobación de sus hipótesis involucra la experiencia. Lo que se acepta solo por gusto, por autoridad, por parecer evidente (habitual) o por conveniencia, no es conocimiento científico sino creencia u opinión.<sup>6</sup>

Llamamos método al proceso que llevamos a cabo a fin de alcanzar y obtener afirmaciones (provisoriamente) verdaderas, es decir, el camino que transitamos para construir conocimiento. Ahora bien, no todos los métodos propuestos resultan confiables para obtener conocimiento científico. Un método puede ser considerado confiable si: (i) siempre obtiene el mismo resultado, dadas ciertas circunstancias apropiadas; (ii) puede ser reproducido por cualquier sujeto, en las mismas circunstancias adecuadas; y

5. Bunge, Mario, *La ciencia. Su método y su filosofía*, 1ª ed., Buenos Aires, Debolsillo, 2005, pp. 20-23 y 31-33.

6. Bunge, Mario, *La ciencia. Su método y su filosofía*, 1ª ed., Buenos Aires, Debolsillo, 2005, pp. 51-54.

(iii) tales circunstancias no dependen de capacidades particulares del sujeto en cuestión, que no puedan ser científicamente explicadas (por ejemplo, la condición de médium o algún tipo de iluminación divina).<sup>7</sup> Así, en el campo de las ciencias formales tales como la lógica y la matemática se emplea el cálculo; mientras que en las ciencias empíricas se utiliza la observación y la experimentación.

### III. El objeto de la disciplina jurídica y su método

Descripto el marco teórico elegido, el siguiente paso es determinar qué estudia la “ciencia jurídica”, lo que ya resulta una tarea extremadamente compleja. Existen múltiples escuelas que caracterizan al derecho de modo muy diverso. Positivismo, iusnaturalismo, realismo jurídico, trialismo, enfoques críticos, entre otras, disputan esta pretensión de definición. A su vez, cada una de ellas tiene vertientes distintas. Esta multiplicidad constituye un problema no menor: definir el objeto de estudio condiciona las otras variables de la actividad científica. Asimismo, si aquellas parten de una concepción realista ontológica (como la expuesta en el apartado precedente), el diálogo entre los exponentes de las distintas escuelas será imposible. En suma, a cada concepto de “derecho” le corresponderá una “ciencia jurídica” distinta.<sup>8</sup> Ello ha conducido a que algunos autores prefieran adoptar una perspectiva constructivista, y no buscar tanto responder

7. Guibourg, Ricardo, “Legal science”, en *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, 2017, la traducción me pertenece.

8. Ciuro Caldani explica este problema desde una concepción trialista: “Según la concepción que se tenga del Derecho, la ciencia jurídica tendrá menos o más referencias situacionales: el unidimensionalismo dikelógico que cree en la existencia de un Derecho Natural a priori, universal y eterno, fabrica unas ciencias con estas características: le sigue con una relativa aspiración de universalidad el unidimensionalismo normológico, en el que los conceptos y la técnica suelen pretender una gran uniformidad y, por último, con una marcada referencia local, se hallan las concepciones más abiertas a las particularidades de la realidad social, principalmente el unidimensionalismo sociológico y todas las vertientes historicistas. La ciencia jurídica trialista reconoce que cada expresión del Derecho es a la vez particular y universal” (Ciuro Caldani, Miguel Ángel; “Meditaciones acerca de la ciencia jurídica”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario*, N° 2/3, p. 104).

“qué es” el derecho, como discutir acerca de lo que nos resulta esclarecedor considerar como tal.<sup>9</sup>

Por otro lado, de acuerdo a los criterios de verdad y métodos aceptados científicamente, muchas escuelas iusfilosóficas llevan las de perder. Veamos.

### *III.A. La propuesta metodológica del iusnaturalismo y su objeto*

El iusnaturalismo –ya sea teológico, racionalista o historicista– apela a la revelación sobrenatural, la evidencia o la intuición (camuflada bajo el término “razón práctica”) para definir los postulados del Derecho Natural (sí, con mayúsculas), a los cuales debe adaptarse la ley positiva para ser considerada “derecho”. Así, Kalinowski concluía que:

“Gracias al intelecto del que está dotado, el hombre es capaz de llegar al conocimiento de sus inclinaciones naturales y de los fines a los que se corresponden y hacia los cuales se orientan. Estas inclinaciones comportan una carga axiológica y normativa que el intelecto práctico, que ejerce su función cognoscitiva en vista a la dirección de la acción, aprehende emitiendo los juicios estimativos o normativos que corresponda según el caso. Es evidente que las inclinaciones humanas en cuestión son naturales en el sentido más estricto y, por lo tanto, buenas, sólo porque son esenciales, es decir, expresivas de la esencia del hombre en el cual están ancladas”.<sup>10</sup>

9. “Si se adopta la posición objetiva se abre una perspectiva de ciencia, pero esa postura tiene la desventaja de que cada uno se abroquelaba en una idea y al final se llega a una consecuencia parecida a la subjetivista [...] El constructivismo nos parece la posición más favorable al diálogo. Poniendo entre paréntesis la respuesta acerca de lo que el Derecho “es”, se puede discutir acerca de lo que nos resulta esclarecedor considerar como tal. ¿Cuál es el ámbito a tratar como Derecho? ¿Qué resulta esclarecedor considerar Derecho y qué es lo que nos parece excesivo, por ejemplo, porque confunde?” (Ciuro Caldani, Miguel Ángel; “Lecciones acerca de la Teoría General del Derecho”, en *Investigación y Docencia*, N° 32, 1992, p. 39).

10. Kalinowski, Georges en Vigo, Rodolfo L., “Una teoría distintiva ‘fuerte’ entre normas y principios jurídicos”, en Delgado Barrio, Javier y Vigo, Rodolfo L., *Sobre los principios jurídicos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 116.

Valga otro referente contemporáneo: Finnis identifica las siete formas básicas de bien humano explicando que se trata de valores básicos “evidentes”, “obvios” e “indemostrables”:

“... si uno presta atención cuidadosa y honestamente a las posibilidades humanas relevantes uno puede comprender, sin razonar a partir de ningún otro juicio, que la realización de esas posibilidades es, en cuanto tal, buena y deseable para la persona humana; y (ii) que esta comprensión no requiere de justificación ulterior”.<sup>11</sup>

En nuestro medio, Vigo sostiene que la razón humana, de manera fácil e inmediata, está en condiciones de reconocer y formular aquellos principios del derecho (o derechos humanos) en la medida en que “... penetre en la naturaleza humana y la lea jurídicamente, o sea esclareciendo aquellos ‘suyos’ o ‘atribuciones’ que tienen en igualdad todos los hombres”, principios que expresarían “... la juridicidad primera o radical que permite constituir, confirmar o invalidar cualquier otra juridicidad creada por los hombres”.<sup>12</sup>

Incluso si se obviase que esta (supuesta) cualidad del intelecto humano que permite aprehender y conocer estas “verdades axiológicas” se trata de un atributo que no puede explicarse científicamente, lo cierto es que la realidad histórica demuestra que no existen consensos mínimos intersubjetivos al respecto una vez que se utiliza este método. La intuición, introspección, evidencia analítica, intelecto o razón práctica funciona como la galera del mago: nunca sabemos qué puede encontrarse adentro y tampoco es usual encontrar dos galeras iguales. Cada mago tiene sus propios trucos.

Tal vez el siguiente ejemplo actual sea ilustrativo: no albergo dudas en cuanto a que tanto el sector que luchó por que se legalice el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo en Argentina, como aquellos que se oponían a dicha reforma estaban íntimamente convencidos –si se quiere, apodóticamente– de que les asistía *la* razón, que su postura era “buena y deseable para la vida humana” y que los diversos derechos que invocaban

11. Finnis, John M., *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, pp. 99-111.

12. Vigo, *op. cit.*, pp. 116-117.

a favor y en contra de sus posiciones eran tan ciertos y elementales como verdaderos.

El gran problema de partir de esta premisa metodológica es que carece de herramientas para explicar la divergencia intersubjetiva en materia axiológica: ¿cuál es el problema de quien no advierte tan claramente como nosotros las “inclinaciones naturales” de las personas? ¿Acaso una falta de cuidado u honestidad? ¿Tal vez una tara intelectual?

Además, en casi todas las tesis iusnaturalistas lo característico de estos principios morales y de justicia es que son asequibles a la razón y universalmente válidos<sup>13</sup> y, por ello mismo, no serían falibles o abiertos tal como exige el conocimiento científico.<sup>14</sup> Más que ciencia, el iusnaturalismo propone una verdadera postura dogmática.

### *III.B. El enfoque integrador o trialismo*

En lo que concierne a la compleja teoría trialista, para la comprensión goldschmidtiana corresponde atender a un mundo jurídico donde se integran repartos de potencia e impotencia (dimensión sociológica) captados por normas que los describen e integran (dimensión normológica) y valorados, los repartos y las normas, por el valor justicia (dimensión dikelógica).<sup>15</sup> Por ello, el trialismo se encuentra en el mismo aprieto que el iusnaturalismo, si no logra reconducir su dimensión axiológica a alguna versión constructivista ética.<sup>16</sup>

13. Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2003, pp. 27-30.

14. Bunge, Mario, *La ciencia. Su método y su filosofía*, 1ª ed., Buenos Aires, Debolsillo, 2005, pp. 44-45.

15. Ciuro Caldani, Miguel Ángel, “Razones del trialismo (A Werner Goldschmidt, treinta años después)”, en *Investigación y Docencia*, ISSN 1514-2469, Número 52 – 2016/2017, p. 132.

16. Por ejemplo, Goldschmidt, tributario del idealismo genético, sostenía la objetividad de los valores. Por su parte, Ciuro Caldani advierte esta inconsistencia y propone su superación a través de su construcción, especialmente, asignando relevancia al valor supremo “justicia” (Ciuro Caldani, Miguel Ángel, “Lecciones acerca de la Teoría General del Derecho”, en *Investigación y Docencia*, N° 32, 1992, p. 41).

### III.C. Las escuelas de la “naturaleza de las cosas”

Por su parte, las escuelas jurídicas que se fundan en “la naturaleza de las cosas” sostienen que existen ciertos aspectos de la realidad que poseen fuerza normativa y, por ende, constituyen una fuente de derecho a la cual debe adecuarse el derecho positivo. Por ejemplo, Hans Welzel<sup>17</sup> postulaba la existencia de “estructuras lógico-objetivas” o “estructuras lógico-reales” (*sachlogische Strukturen*) respecto de las cuales pueden formularse “declaraciones de validez universal”, que “... están dadas de antemano al legislador” y que, por lo tanto, le imponen limitaciones materiales a su obra. “No llegamos al derecho natural legítimo cuando proyectamos nuestros deseos en un reino ideal, sino cuando con fatigoso trabajo, investigamos las legalidades lógico-objetivas que como un tejido atraviesan todo el derecho positivo, dándole un punto de apoyo firme, libre de toda arbitrariedad”. Por supuesto, la individualización de aquellas estructuras es la “noble tarea” de la ciencia jurídica y le otorga “... una gran responsabilidad frente al derecho y confiere seriedad y jerarquía a su actividad: es de esta manera protectora del derecho”. Welzel, padre del finalismo en la dogmática jurídico-penal, desarrolló toda su teoría del delito a partir de estas “estructuras lógico-objetivas”, como los conceptos de “acción”, “culpa” y “dolo”.<sup>18</sup>

Además de las mismas objeciones epistemológicas que le caben al iusnaturalismo, a estas escuelas basadas en “la naturaleza de las cosas” se les puede formular otra adicional: incurren en una falacia naturalista, al pretender fundar la normatividad de ciertos (supuestos) hechos y características –faz prescriptiva– simplemente porque se trataría de la (supuesta) descripción correcta de la porción de la realidad pertinente –faz descriptiva–; cuya evidencia, prueba y contenido son por demás dudosos.

17. Welzel, Hans, *Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1962, pp. 34-43.

18. En la misma línea, Gimbernat Ordeig critica el papel atribuido a la naturaleza de las cosas por el finalismo y las derivaciones dogmáticas que de ello realizaron en la teoría del hecho punible (Gimbernat Ordeig, Enrique, *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, 2ª ed., Buenos Aires, BdeF, 2020, pp. 115-119).

### III.D. El realismo jurídico

En principio, el realismo jurídico y el positivismo conceptual (o metodológico) no tendrían el mismo problema: sintéticamente, la primera escuela entiende que el derecho está constituido por las decisiones judiciales y por aquello que el juez tiene en consideración a la hora de fallar; mientras que la segunda afirma que el concepto de derecho debe caracterizarse solamente según propiedades descriptivas y, en este sentido, lo identifica –con más o menos matices– como sistemas normativos.<sup>19</sup>

El movimiento realista norteamericano (Oliver W. Holmes, Karl Llewelyn, Jerome Frank) desplaza del corazón del sistema a las normas y coloca allí a las decisiones judiciales. Las normas generales y abstractas son rebajadas al rango de reglas de papel (*paper rules*), simples posibilidades jurídicas; y se presta especial atención a las reglas reales (*real rules*), es decir, aquellas que efectivamente son consideradas y aplicadas por los jueces en sus resoluciones.

Con crudeza y escepticismo, el punto de vista clásico que privilegia la regla y el deber de obediencia es sustituido por los ojos del “hombre malo”. Lo único que le interesa a aquel son las eventuales consecuencias de sus actos. La cuestión ya no es ¿cuál es mi deber?, sino ¿qué probabilidades hay de que mi comportamiento sea sancionado? Dado que las reglas y normas ya no se imponen *a priori* al operador jurídico (por ende, solo constituyen una posible justificación de su decisión), se entiende que aquellas solo representarán una predicción del futuro pronunciamiento. Así, Holmes definió el derecho como “... las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto, nada más ni nada menos” y en los mismos términos explicó la noción de “deber jurídico”.<sup>20</sup>

Sin embargo, la tesis realista no define lo que es el derecho, sino lo que los operadores hacen con eso que (necesariamente otros) llaman derecho. No cabe duda de que los jueces siguen algún tipo de norma para tomar sus decisiones, sin embargo, el realismo no puede explicar de qué tipo son y cómo se las distingue de otras clases de normas. Ya Olivecrona había advertido:

19. Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2003, pp. 37-43.

20. Holmes, O. W., *La senda del derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1975, pp. 20-21.

“Las posibilidades de un fallo a favor del demandante son calculadas sobre la base del conocimiento del derecho (cuando no únicamente sobre la base de la idiosincrasia del juez o del hecho de que éste ha sido sobornado, etcétera). Pero las reglas jurídicas que se refieren a pretensiones y al derecho de propiedad son concebidas como reglas acerca de derechos subjetivos y deberes. Sin embargo, estas reglas no son enunciados sobre probabilidades: el derecho no predice las acciones probables de los tribunales; se lo concibe como imponiendo ciertas acciones a estos últimos. Cuando estudiamos los precedentes encontramos decisiones que se refieren a los derechos y deberes de las partes en los litigios; como se señaló, las decisiones judiciales no son predicciones de la conducta futura de los tribunales”.<sup>21</sup>

Es decir, no construye una ciencia propiamente jurídica, sino que hace sociología del derecho. El realismo debería limitarse a compendiar decisión jurisprudencial tras decisión, sin otra potencialidad teórica que utilizarlos como base para nuevas predicciones. De este modo, pierde un referente externo con el cual entender, explicar y criticar lo que es propiamente jurídico (y lo que no). ¿Por qué razón un cambio radical en la interpretación judicial de alguna norma en particular podría estar (o no) equivocado, si en ambos casos se trata de normas aplicadas por jueces? En suma, el realismo jurídico ciertamente esboza una explicación científica de lo que los operadores jurídicos realizan diariamente desde la perspectiva de un “observador externo”, pero no puede explicar las razones por las que lo hacen, ni tampoco ofrece herramientas teóricas para discutir sobre la corrección o incorrección de la labor de tales operadores.

### *III.E. El iuspositivismo*

Detengámonos ahora a examinar el “objeto” de la pretendida “ciencia jurídica positivista”. Aquel se circunscribe a normas (en sentido lato), es decir, constructos humanos edificados a partir del lenguaje corriente. A diferencia de otras ciencias que se encuentran mediadas por el lenguaje (toda

21. Olivecrona, Karl, *Lenguaje jurídico y realidad*, México, Fontamara, 1991, p. 20.

producción cultural lo está), la materia prima del derecho es directamente el propio lenguaje. Por esta razón, los órdenes normativos acarrearán indefectiblemente los defectos de los lenguajes naturales<sup>22</sup> y resultan: (i) vagos, en tanto muchas veces no existen límites precisos del significado que normalmente se adjudica a una palabra o expresión; y (ii) ambiguos, dado que algunos términos o expresiones pueden asociarse a más de un significado (polisemia), problema lingüístico que puede darse en una palabra o en la construcción de una frase.<sup>23</sup>

En el mismo sentido, Hart también afirmó que el límite a la orientación general de la conducta humana que pueden ofrecer las normas generales está dado por la misma naturaleza del lenguaje.<sup>24</sup> Para explicar este límite intrínseco a las formulaciones normativas, acuñó el concepto de “textura abierta del lenguaje humano”, característica general que se identifica con la falta de certeza en la zona marginal (o de penumbra) de los términos, es decir, con su potencial vaguedad. No vivimos en un mundo caracterizado por un número finito de notas, en el cual podamos prever anticipadamente todas sus posibles combinaciones para todas las posibilidades imaginables. Los legisladores humanos no pueden tener tal conocimiento de todas las eventuales combinaciones de circunstancias que el futuro pueda deparar; de otro modo, serían verdaderos dioses. Existen situaciones de hecho generadas a partir del desarrollo cultural, social, tecnológico o científico de las comunidades que tornan inciertos los supuestos de uso de un término.

Alchourrón y Bulygin han denominado “lagunas de reconocimiento” a estos problemas de indeterminación semántica de conceptos en los cuales no se sabe si un caso individual pertenece o no al caso genérico. En oposición a ellas, las “lagunas de conocimiento” se vinculan a supuestos en los cuales existe falta de información fáctica sobre los hechos involucrados, de modo tal que no puede afirmarse si el caso en cuestión reúne o no las

22. En el mismo sentido, Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2003, p. 45.

23. Guibourg, Ricardo A., “La interpretación del derecho desde el punto de vista analítico”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* N°9, Asociación Argentina de Derecho Comparado, 1991, p. 159.

24. Hart, Herbert L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963, pp. 155-169.

propiedades de la clase del caso genérico<sup>25</sup> –problema de corte empírico que también fue estudiado por Jerome Frank, exponente ya nombrado del realismo norteamericano.<sup>26</sup>

Los ordenamientos jurídicos están lejos de ser un conjunto de normas precisas y unívocas. Aun cuando ya estaban presentes en los textos constitucionales decimonónicos, con mayor intensidad a partir de la segunda etapa del constitucionalismo en el siglo XX los sistemas normativos fueron plagándose de garantías, directrices y principios generales que estructuran jerárquicamente la interpretación de las restantes normas.

Norma (ahora en sentido estricto, también denominada “regla”) es la correlación condicional entre un conjunto o clase de circunstancias relevantes (caso) y una conducta definida deónticamente, es decir, calificada en términos de permitido, obligatorio y prohibido (solución). Por otro lado, siguiendo la conocida distinción propuesta por Dworkin entre directrices y principios,<sup>27</sup> las primeras proponen estándares a ser alcanzados, generalmente, en algún campo político, económico o social de la comunidad (por ejemplo, la promoción de la industria –art. 75, inc. 18, de la Constitución Nacional Argentina–). Por su parte, los principios postulan estándares que deben ser observados, pero no porque aseguren o favorezcan algún objetivo político/social/económico deseable, sino por exigencias de justicia, equidad o alguna otra dimensión de la moralidad (por ejemplo, el derecho a la intimidad –art. 18 de la Constitución Nacional Argentina–). Existen otro tipo de enunciados que pueden formar parte de un sistema normativo (estipulaciones de definiciones normativas, las “reglas secundarias” enunciadas por Hart, etc.), pero no me ocuparé de ellos en este trabajo.

Dworkin explica que existen dos diferencias principales entre normas y directrices/principios.<sup>28</sup> Ante todo, una distinción lógica pues las normas

25. Alchourrón, Carlos Eduardo y Bulygin, Eugenio, *Sistemas normativos. Introducción de la metodología de las ciencias jurídicas*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2017, pp. 47-51.

26. Frank en Duquelsky Gómez, Diego J., “El rol del juez en una sociedad democrática”, en *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Faculdade de Direito de Vitoria*, v. 16, Nº 2, julio/diciembre 2015, pp. 129-130.

27. En lo sucesivo, Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2010, pp. 72-80.

28. La diferenciación fuerte entre normas y principios/directrices postulada por este autor no es compartida por otros, problema que será retomado en el apartado V.

se aplican a manera de disyuntivas, es decir, si se dan las circunstancias de hecho previstas como condición, la consecuencia jurídica se aplica automáticamente (en tanto la norma sea válida). Su aplicabilidad es “todo o nada”. En caso de darse dos normas contradictorias, solo una de ellas puede aplicarse (en tanto exista alguna metarregla que dirima este conflicto, tal como norma posterior/norma anterior, norma superior/norma inferior, norma especial/norma general). Por otro lado, los principios o directrices otorgan razones para decidir, esto es, dan sentido, informan e incluso justifican normas y decisiones. La razón que proporcionan discurre en un sentido, pero no exige una decisión particular, e incluso puede haber otros principios que otorguen una razón en sentido opuesto. Esto conduce a una segunda diferencia: en contraste con las normas, los principios y directrices tienen una dimensión de peso o importancia.

Sobre la distinción entre reglas y principios se volverá luego; por el momento, repárese en todos los derechos humanos (principios) y las garantías consagradas: igualdad, libertad, legalidad, educación, vivienda, derecho de huelga, defensa en juicio, etc. ¿A partir de aquellos podemos construir conceptos claros, precisos e inequívocos, características que debe revestir el conocimiento científico?<sup>29</sup> Difícilmente. Por el contrario, para la visión principialista “estándar” los derechos fundamentales se encuentran configurados como principios –y no como reglas– por razones

“... que remiten a la pretensión de duración larga de los textos constitucionales, a las dificultades para su modificación, a la necesidad de que los mismos constituyan, durante un amplio horizonte temporal, el terreno común compartido para la deliberación pública. Pues para ello resulta conveniente que los textos constitucionales no cierren la deliberación respecto al alcance y a la articulación recíproca entre los derechos que ellos mismos confieren. El no cierre de la deliberación respecto al alcance de cada uno de los derechos y respecto a la articulación recíproca entre ellos se logra, primero, mediante el uso de términos fuertemente valorativos para caracterizar los derechos y, segundo,

29. Bunge, Mario, *La ciencia. Su método y su filosofía*, 1ª ed., Buenos Aires, Debolsillo, 2005, pp. 28-30.

no pretendiendo anticipar –lo que resultaría una pretensión infundada, pues el constituyente no es, obviamente, omnisciente– todas las posibles combinaciones de propiedades –y la relevancia de cada una de ellas– que puedan presentar los casos futuros en que haya una oportunidad de realizar el contenido de más de un derecho constitucionalmente conferido, de un derecho fundamental”.<sup>30</sup>

A su vez, salvo raras excepciones, a nivel convencional los derechos fundamentales y garantías han sido formulados en términos amplios porque forman parte de tratados multilaterales que se integran a cuantiosos ordenamientos internos en virtud de los compromisos asumidos por cada Estado.<sup>31</sup>

¿Se han consagrado reglas positivas que prevean el modo en que debe ser determinado qué tipo de principio debe informar la interpretación de una norma concreta o la resolución de un caso particular? No: los principios constitucionales/convencionales no tienen un campo de aplicación determinado; incluso si su aplicabilidad no es controvertida en un caso concreto, tampoco establecen soluciones unívocas en tanto la adscripción de significado puede ser altamente divergente<sup>32</sup> (a modo de ejemplo, piénsese en los distintos modos de entender el “principio de igualdad” y cómo ello impactaría al momento de evaluar la legitimidad de políticas de cupo para cargos públicos). Los conflictos entre principios no pueden resolverse por medio de los criterios estándar de solución de conflictos entre normas,<sup>33</sup> a saber, las metarreglas abordadas anteriormente; su empleo implica la “ponderación”,

30. Manero, Juan Ruiz, “A propósito de un último texto de Luigi Ferrajoli. Una nota sobre reglas, principios, ‘soluciones en abstracto’ y ‘ponderaciones equitativas’”, en *Doxa*, N° 35, 2012, p. 823.

31. Quizá una excepción sean las reglas previstas en la “Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes”, como por ejemplo su art. 2.2. Ello quizás se deba a que la prohibición de infligir torturas se ha considerado por algún sector de la doctrina como el único principio imponderable o “absoluto”.

32. Guastini, Ricardo, *Interpretar y argumentar*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 211.

33. Guastini, Ricardo, *Interpretar y argumentar*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 214.

criterio metodológico que se profundizará más adelante. Ahora bien, ¿existen normas legales que zanjén cómo establecer el “peso relativo” de cada principio al ponderarlos, en casos de colisión? Tampoco. ¿Establecen los principios aquellos supuestos en los cuales hay que llevar acciones positivas para satisfacerlos, en qué grado y quiénes son los obligados a hacerlo en cada caso? Otra vez, la respuesta es negativa.<sup>34</sup>

Aun así, el positivismo puede jactarse de que el objeto de estudio del derecho está dado por normas, principios, directrices y garantías que pueden identificarse empíricamente: todas ellas están consagradas en textos legales (o pueden inferirse de ellos, como los denominados “principios implícitos”).<sup>35</sup> Como puede intuirse de los problemas hasta aquí esbozados, la controversia no se funda tanto en identificar las formulaciones normativas como en determinar su sentido; en otras palabras, la gran mayoría de las discusiones jurídicas pasan menos por señalar lo que dijo el legislador (en principio, todos los operadores pueden leer) que por explicar lo que *quiso decir*. A esta tarea, que implica desarrollar el contenido de los enunciados de derecho (formulaciones normativas), la relación existente entre sí y la determinación de sus consecuencias normativas en casos concretos, se la llama interpretación. Aquí está el talón de Aquiles de la pretensión cientificista del positivismo jurídico.

#### **IV. La interpretación jurídica. Del formalismo jurídico al comportamiento estratégico**

##### *IV.A. El formalismo y el “misterio de la subsunción”*

Desde el proceso de codificación en adelante, el formalismo jurídico ha asumido la función del juez como una actividad puramente mecánica de aplicación de la ley, a través de la “subsunción” de los hechos particulares del caso en las circunstancias relevantes consagradas por la norma.

34. Con mayor profundidad, Guibourg, Ricardo A., “El derecho ante el enfoque analítico”, en Ghirardi, Olsen A. (dir.), *Diez años*. Córdoba, Instituto de Filosofía del Derecho, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2007.

35. A los fines de este ensayo, ignoro deliberadamente la cuestión de si la costumbre puede tratarse de una fuente de derecho positiva o no.

Las “reglas” se aplican utilizando un mero silogismo, cuya premisa mayor es la norma jurídica aplicable, la premisa menor es la descripción del hecho que se juzga, y la conclusión, la solución del caso. El juez debe limitarse a reconocer la norma aplicable al caso bajo examen, prescindiendo de toda actividad creadora y absteniéndose de la utilización de cualquier tipo de elemento o material que no sea exclusivamente normativo. Beccaria llegó a calificar a la interpretación como un “mal”, constituido por “la fatal licencia de razonar, de la cual nacen arbitrariedades y venales controversias”.

“No hay cosa más peligrosa que aquel axioma común de que es necesario consultar el espíritu de la ley. Esto es un dique roto al torrente de opiniones [...] Cada hombre tiene su punto de vista, y cada hombre en tiempos diferentes tiene uno distinto. El espíritu de la ley sería, pues, el resultado de la buena o mala lógica de un juez, de una buena o mala digestión; dependería de la violencia de sus pasiones, de la debilidad del que sufre, de las relaciones del juez con el ofendido, y de todas aquellas pequeñas fuerzas que cambian las apariencias de cada objeto en el ánimo fluctuante del hombre. De aquí que veamos cambiarse muchas veces la suerte de un ciudadano en su tránsito por diversos tribunales, y ser la vida de los desdichados víctimas de falsos raciocinios o del ocasional fermento de los humores de un juez, que toma por legítima interpretación el vago resultado de toda aquella confusa serie de nociones que se le agitan en la mente”.<sup>36</sup>

Por ello, el formalismo asume que el ordenamiento positivo es completo y cerrado, es decir, allí se encuentran todas las soluciones posibles (inexistencia de lagunas normativas).

Los defectos de los lenguajes naturales ya examinados son purgados a través de términos técnicos. En nuestro medio, Soler sostenía que “... entre el concepto de hipoteca y el de triángulo existe la coincidencia de que ambos

36. Beccaria, Cesare, *De los delitos y las penas*, Buenos Aires, Hyspa, Libertador, 2005, pp. 25-27.

están constituidos por un número limitado de elementos puestos”.<sup>37</sup> De todos modos, se postula la existencia de un método adecuado para determinar el verdadero sentido de las normas, aplicado y reconocido a través de una simple operación intelectual. Aquí la discusión versa sobre cuál es el método en cuestión, destacándose la interpretación literal o gramatical, exegética o auténtica, sistemática, dinámica, teleológica, etc.

#### *IV.B. Conflictos entre diversos métodos interpretativos*

Más allá de todas estas ficciones –sobre las cuales volveré luego–, lo cierto es que los ordenamientos jurídicos no suelen tener expresamente consagrados métodos de interpretación y, aunque así lo fuese, las respuestas posibles seguirían siendo múltiples. Tomemos el caso del Código Civil y Comercial de Argentina: 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”. Sin embargo, aquel cuerpo normativo carece de un meta-criterio que determine el orden en el cual hay que aplicarlos o que zanje cómo deben resolverse las contradicciones interpretativas a las cuales se llegaría aplicando distintos métodos. Claro que no se trata exclusivamente de un problema local.<sup>38</sup> Frente a esta incertidumbre, ¿qué método conviene adoptar y cuál es el fundamento de dicha elección? Una vez más, un criterio axiológico que no puede ser verificado empíricamente.

En el campo del derecho constitucional argentino, en base a un trabajo de Néstor Sagiús, Roberto Gargarella rastreó al menos quince métodos de interpretación de la Constitución Nacional por parte de la Corte Suprema

37. Soler en Duquelsky Gómez, Diego J., “El rol del juez en una sociedad democrática”, en *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Faculdade de Direito de Vitoria*, v. 16, Nº 2, julio/diciembre 2015, pp. 128.

38. Igual de confuso, el artículo 3 del Código Civil español establece que “1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas. 2. La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita”.

de Justicia de la Nación, los cuales han sido utilizados indistintamente sin fundamento alguno, obteniendo soluciones contradictorias a partir de ellos. Entre la alquimia y el carnaval interpretativo,

“el riesgo que en última instancia enfrentamos es el de que –amparados en la amplia discrecionalidad que tienen para escoger criterios interpretativos, y la total ausencia de controles institucionales sobre dicho proceso de selección– los jueces *definan primero (de acuerdo a sus gustos personales, costumbres, o intereses) de qué modo quieren decidir el caso, y luego opten por un criterio o una serie de criterios interpretativos que, leídos de cierta manera, le permitan dar apoyo a la decisión que de antemano habían seleccionado como preferible*”.<sup>39</sup>

No obstante ello, incluso si se postulara la primacía e imperio de un único método de interpretación, podrían existir de todos modos diversas soluciones al alcance del operador jurídico.<sup>40</sup> Resulta ilustrativo de ello las propias discusiones que se dieron en el seno de cada método, como el caso de la interpretación gramatical: ¿las operaciones interpretativas de un enunciado jurídico deben moverse en el marco de la asignación de sentido que sus términos reciben conforme a los usos sociales estables (reglas del lenguaje ordinario)? ¿O más bien, alternativa o acumulativamente, deben hacerlo en el marco representado por el conjunto de sentidos posibles de tales términos, reales o figurados, en uso o en desuso? Como se observa, estas dos opciones presuponen decantarse por el uso del lenguaje ordinario: ahora bien, ¿no podría asentarse la interpretación en el sentido jurídico de los términos de la ley, ya sea a partir de las propias definiciones legales o por conceptos dogmáticos extralegales?<sup>41</sup> La potencial pluralidad de sentidos

39. Gargarella, Roberto, “De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional. La interpretación del Derecho en manos de la Corte Suprema argentina”, en *Jurisprudencia Argentina*. Lexis Nexis (2007-2), Fascículo II, 3-10.

40. En el mismo sentido, Gargarella, *op. cit.*, ejemplificando a partir de los criterios “historicista” y “dinámico”.

41. El problema es planteado por Silva Sánchez, Jesús-María, “La interpretación de las leyes y la cultura de los juristas”, en *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario*, Bogotá,

también se deriva de la interpretación exegética: ¿tenemos que atender a las motivaciones de cada uno de los legisladores cuyo voto dio lugar a la sanción de la norma, a las motivaciones de cada uno de los grupos políticos que votaron por la norma, o a las motivaciones del grupo político mayoritario? ¿Qué ocurre cuando no hay un único grupo político conformando la mayoría? ¿Y cuando hay un único grupo, qué ocurre cuando las motivaciones compatibles con la ideología partidaria son múltiples?<sup>42</sup>

Kelsen, quien tampoco creía en la existencia de métodos adecuados para la determinación de una única solución correcta, advirtió y explicó claramente este problema. Frente a supuestos de indeterminación (ya sea en los elementos del hecho ilícito como a nivel de la sanción), la norma se ofrece como un marco abierto a varias posibilidades. Todo acto de aplicación es conforme a la norma si no sale de este marco y si, en cambio, lo llena de alguna de todas las maneras posibles. La interpretación es la determinación del sentido de la norma, a saber, la comprobación de las diversas maneras posibles de colmar esa indeterminación. Desde el punto de vista jurídico, todas tienen igual valor (todas son científicas), más allá de la perspectiva moral/política/ideológica que adopte el operador para elegir una de esas alternativas. En sus propias palabras: “El derecho positivo no permite la elección de la solución ‘justa’ entre las diversas posibilidades contenidas en el marco de la norma, con lo cual el problema por resolver no es de la competencia de la ciencia del derecho sino de la política jurídica”.<sup>43</sup> Así, se observa cómo la interpretación (dentro del marco de la norma) es un acto de voluntad (no de conocimiento) librado a la discrecionalidad del juez.

Por su parte, MacCormick<sup>44</sup> reconoció la considerable complejidad del argumento interpretativo en el derecho pues existen muchos tipos –destacando como sus tres principales categorías a los argumentos lingüísticos,

---

Montealegre Lynett/Caro John (eds.), Universidad Externado de Colombia, 2008, pp. 212 y ss.

42. Zambrano, Pilar, *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica. Una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad*. Universidad Nacional Autónoma de México (Instituto de Investigaciones Jurídicas), Estudios Jurídicos, 142, p. 43.

43. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 4ª ed., Buenos Aires, Eudeba, 2010, pp. 129-138.

44. MacCormick, Neil, “Argumentación e interpretación en el derecho”, en *Doxa*, N° 33, 2010, pp. 65-78.

sistemáticos y teleológicos/deontológicos–, cada uno de ellos capaz de generar interpretaciones diferentes a nivel intracategorico, e igualmente es posible que existan conflictos entre argumentos de distintas categorías. Por ello, el abordaje y resolución de estos conflictos interpretativos implica reflexionar más allá de los valores y principios que subyacen a cada una de las categorías de argumentos:

“Tras la interpretación lingüística yace el objetivo de preservar la claridad y la exactitud del lenguaje legislativo y el principio de justicia que prohíbe la reescritura judicial retrospectiva de las palabras del legislador; tras la interpretación sistémica está el principio de racionalidad fundado en el valor de la coherencia e integridad del sistema jurídico; tras la interpretación teleológica/deontológica está el respeto por la exigencia de la razón práctica de que la acción humana esté guiada por valores a alcanzar o por principios a observar”.

Más allá de que el autor sugirió otorgar mayor peso a los argumentos lingüísticos y sistémicos en el derecho –pues disminuyen el alcance de las disputas sobre los valores y principios gobernantes en el ámbito social, lo que constituye una importante razón justificativa para el mantenimiento de las instituciones jurídicas y otro tipo de instituciones sociales–, reconoció que la prelación sugerida es controversial “... dado que en sí mismos toman una posición argumentativa de tipo práctico sobre la forma correcta de entender, de justificar, y de usar las instituciones jurídicas e instituciones similares en las sociedades democráticas”. En efecto, la argumentación sobre el derecho no puede confinarse a una argumentación puramente interpretativa, sino que nos obliga a movernos en la esfera más amplia de la argumentación práctica.

“Debemos reflexionar sobre los valores y principios adecuados a las instituciones de las sociedades, los estados y las comunidades internacionales y supranacionales en las que habitamos. Necesitamos pensar sobre el significado del constitucionalismo o *Rechtstaatlichkeit*, la democracia, el principio de legalidad, la separación de poderes, la justicia procedimental, la equidad, los derechos humanos y la integridad de las instituciones estatales. Todo ello, junto a otras cuestiones, entra en juego cuando

buscamos una visión completamente explicada y justificada de la mejor aproximación a la interpretación jurídica en los casos problemáticos”.

Así, el profesor escocés concluyó que “... la teoría de la interpretación como tema intrínseco al estudio de la argumentación práctica nos conduce necesariamente a las aguas más profundas de la normativa constitucional y la teoría política; es decir, a la libre argumentación práctica aplicada a las instituciones políticas y jurídicas básicas”.

En estos términos, resulta claro que la elección entre diversas opciones interpretativas –al seno de un método específico y también entre diversos de ellos– no resulta una elección meramente “jurídica”, sino influida por opciones previas en materia ética, política e ideológica.

#### *IV.C. El comportamiento de los jueces según Alf Ross y Duncan Kennedy*

El juez está lejos de ser la boca muda que pronuncia las palabras de la ley.<sup>45</sup> Alf Ross explica que las decisiones de los jueces se encuentran condicionadas *de facto*, al menos, por estos elementos: (i) en cuanto a las creencias, no solo el conocimiento (generalmente imperfecto) de las normas jurídicas vigentes y de los hechos planteados en el caso, sino también de una serie de circunstancias de orden político, social y económico, que rodearon tanto la sanción de las normas jurídicas como la producción del hecho propuesto a examen del juez; (ii) en cuanto a las actitudes, la conciencia jurídica formal (el deseo de aplicar estrictamente las leyes sin ninguna otra consideración) compite casi siempre con la conciencia jurídica material, o sea con el deseo de llegar a una solución valorativamente aceptable.<sup>46</sup> Todas estas variables se ponen en juego al decidir los casos particulares.

45. La expresión le pertenece a Montesquieu y refleja de algún modo la pretensión de la burguesía triunfante en la Revolución Francesa, temerosa de la arbitrariedad judicial del antiguo régimen (al igual que las palabras de Beccaria ya recordadas). Tal pretensión no peca de ingenua sino de ideológica, en tanto los nuevos códigos que tendrían que aplicar aquellos jueces condensaban el ideario liberal-burgués de los juristas racionalistas.

46. Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, 1963, en Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2003, p. 297.

Duncan Kennedy, uno de los fundadores de los *critical legal studies* (CLS) norteamericanos, va un paso más allá y le da una vuelta de tuerca fenomenológica a las teorías de la interpretación jurídica comúnmente defendidas por el positivismo.<sup>47</sup>

En primer lugar, destaca algunos elementos comunes en los planteos de Hart y Kelsen, como referentes clásicos de aquella escuela iusfilosófica con quienes discutirá. Como ya vimos anteriormente, apunta que ambos autores imaginan las normas sujetas a interpretación como un área o espacio que tiene dos partes. En Hart, existe un “núcleo de certeza” y una “zona de penumbra”, también llamada “margen de vaguedad” o “área de textura abierta”. Por su parte, Kelsen desarrolló la imagen de la norma como un “marco abierto a varias posibilidades”. Coinciden en que, finalmente, la determinación de una norma dada es una cuestión de grado que depende, entre otras circunstancias, de: (i) la manera en que fue formulada y el lenguaje empleado (los defectos de los lenguajes naturales); (ii) ciertas situaciones de hecho generadas a partir del desarrollo cultural, social, tecnológico o científico de las comunidades que tornan inciertos los supuestos de uso de un término.

En la “penumbra hartiana” o “dentro del marco kelseniano” –es decir, una vez verificadas las diversas maneras posibles de colmar la indeterminación normativa–, la decisión judicial se transforma en una cuestión de discreción, o de equilibrio de las consideraciones en conflicto (ponderación) o de creación de derecho. Ambos autores sostienen que no existe un método único e infalible para determinar el “verdadero sentido de la norma” en estos casos.

Sin embargo, para los casos que se ubican en el área de certeza o claramente fuera del marco de la norma, Kennedy afirma que tanto Hart como Kelsen hablan como si la cognición de un significado correcto de la solución normativa fuese automática y sencilla, suponiendo la buena fe del intérprete. En este punto y por mucho que quieran distanciarse del formalismo jurídico, Kennedy concluye que ambos autores positivistas se acercan a dicha teoría, solo que aquella postulaba la existencia una única solución correcta y

47. Kennedy, Duncan, *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2010, pp. 27-84 y 85-104.

accesible a cualquier intérprete por una mera operación intelectual en todos los casos imaginables.

La primera crítica de los *critical legal studies* (CLS) es que el antiformalismo de Hart y Kelsen presupone el esquema de acuerdo con el cual todo caso se ubica o bien en el área de determinación o bien en la zona de penumbra o marco. Sin embargo, ninguno de ellos explica cómo es que la situación jurídica se encuadra en alguno de estos “espacios”. Es decir, qué operación lleva a cabo el intérprete para determinar este encuadre inicial, del cual dependerá si existe una respuesta correcta predeterminada normativamente o no. De algún modo, se pone de relieve la paradoja que encierra el viejo aforismo *in claris non fit interpretatio*: para determinar que una norma es (o no) clara, primero hay necesariamente que interpretarla.

La aproximación fenomenológica de Kennedy brinda una explicación de la determinación e indeterminación normativa: ella es influida por el “trabajo jurídico”, entendido como la transformación de una aprehensión inicial de lo que los materiales jurídicos del sistema exigen, realizado por un actor que persigue una meta o una visión de lo que aquellos deberían exigir. El trabajo jurídico es emprendido estratégicamente, ya sea que se dirija a núcleos o marcos, o a penumbras, conflictos y lagunas. Esta actividad es estratégica en tanto apunta a transformar una aprehensión inicial de lo que el sistema normativo exige, dados los hechos del caso, en una nueva aprehensión del sistema que también se aplique al caso concreto pero que se corresponda con las preferencias extrajurídicas del trabajador intérprete (otorgándole particular relevancia a su ideología). En pocas palabras, se introduce el “trabajo estratégico” como factor que media la cognición y la discreción del intérprete.

Lo radical del enfoque de los CLS es que cuestiona la idea de que la determinación e indeterminación normativa (cuya existencia contingente también afirman al igual que el positivismo) resulten “cualidades” o “atributos” inherentes a la norma, independientes del trabajo del intérprete. Dicho de otro modo, ponen entre paréntesis la pregunta “ontológica” de la naturaleza esencial y cognoscible de la norma, sin asumir un compromiso previo con una respuesta en uno u otro sentido al momento de emprender el trabajo estratégico.

Ahora bien, todo trabajo presupone un medio, algo que el trabajador moldea. En nuestro caso, Kennedy afirma que el intérprete busca, selecciona y utiliza los materiales jurídicos (todo el cuerpo de normas jurídicas válidas –ya

sean normas en sentido estricto, principios, garantías, precedentes judiciales, etc.—, la doctrina, el diccionario, las definiciones jurídico-técnicas) para convencer a un cierto tipo de audiencia (y a sí mismo) de que una aprehensión inicial de determinación o indeterminación normativa estaba equivocada. Sin embargo, no hay nada que garantice que esta empresa será exitosa. Ello, pues el trabajo no es ni pura cognición de derecho imperativo, ni mera discreción en la creación de derecho de acuerdo con una “preferencia legislativa” del intérprete. El trabajo estratégico pivotea entre estos dos extremos, se encuentra en el medio de ellos. Los materiales jurídicos restringen el trabajo, pero solo contra un esfuerzo para hacer que aquellos signifiquen una cosa u otra. El éxito estratégico contra una determinación o indeterminación inicial “obvia” es una función del tiempo, la estrategia y habilidades de quienquiera que tenga el poder de hacer una interpretación jurídica, y de los atributos “intrínsecos” u “objetivos” de la norma que uno está tratando de cambiar, tal como estos aparecen en el contexto de los hechos examinados.

Kennedy resume el comportamiento estratégico en la interpretación jurídica en tres tipos distintos de trabajo:

- (i) en primer lugar, intentar encontrar argumentos jurídicos que producirán el efecto de necesidad jurídica para un resultado concreto —esto es, para una norma aplicada a los hechos dados— diferente del resultado que al principio aparecía como obviamente exigido.
- (ii) en segundo lugar, tratar de que lo que aparentemente era una decisión judicial obviamente discrecional (ubicada en la penumbra o dentro del marco) parezca una decisión en la que, después de todo y contraintuitivamente, hay un resultado particular que es exigido por los materiales (es decir, el caso cae dentro del núcleo de certeza o se encuentra fuera del marco).
- (iii) en tercer lugar, intentar desplazar un resultado inicialmente exigido de manera obvia por el derecho por una percepción de la situación en la cual el intérprete está obligado a elegir entre alternativas jurídicamente permisibles (a saber, mover una solución del núcleo hacia la penumbra o interior del marco, permitiendo la discreción judicial).

En todos estos casos, el intérprete trabaja para crear o deshacer la determinación, más que simplemente para registrarla, dar cuenta de ella o vivirla como algo impuesto por la situación.

En este intento de desestabilización de una aprehensión inicial, el comportamiento estratégico se sustenta parcialmente en las preferencias extra-jurídicas del intérprete: así, Kennedy acudirá una y otra vez a la ideología –entendida como un “proyecto de universalización” de una *intelligentsia* que algunos ven como una mera racionalización de intereses de un grupo específico, pero cuyos adeptos defienden como provechosa para el interés general de todos–<sup>48</sup> como factor de gran relevancia en este trabajo. La interpretación, asúmase expresamente o no, siempre se encuentra permeada por la ideología. Así, existen tres posturas básicas: (i) el juez “activista”, que asume explícitamente esta interacción y emprende el trabajo estratégico de acuerdo a su propias preferencias legislativas; (ii) el juez que se asume “neutral” en términos ideológicos, porque alterna impredeciblemente entre las operaciones definidas por las ideologías en conflicto; (iii) el juez “centrista”, quien idea las soluciones normativas dándole algo a cada bando ideológico, pero nunca le otorga a ninguno de ellos todo lo que demanda.

## **V. Los principios, su distinción con las reglas y la ponderación**

### *V.A. Presentación del problema*

La caracterización de los principios, su distinción con las reglas y la ponderación como su método específico de empleo han sido temas reiteradamente abordados por la teoría general del derecho contemporánea.

Así, se ha asociado a los principios un conjunto amplio de rasgos: “la generalidad, la indeterminación (elasticidad, indefinición, vaguedad), la fundamentalidad, la alta jerarquía, el carácter reformulatorio respecto de normas del sistema, la vinculación a la idea del derecho, lo explícito de su contenido valorativo, la ubicuidad o la validez general, la dificultad de su conocimiento seguro, etc.”.<sup>49</sup>

48. Kennedy, Duncan, *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2010, p. 28. Como se observa, Kennedy libera al concepto de ideología de su carga napoleónica.

49. García Figueroa en Fernández Núñez, Miguel, “La ponderación: análisis de la situación del debate en España”, en *Doxa*, N° 40, 2017, p. 357.

La dicotomía entre los principios y reglas ha suscitado tres posturas distintas: (i) la teoría de la separación fuerte, que sostiene que existen diferencias cualitativas entre unos y otras; (ii) la tesis de la separación débil, que estima la distinción como una diferencia de grado, de carácter cuantitativo; (iii) la tesis de la conformidad, para la cual no habría diferencia alguna entre principios y reglas.<sup>50</sup>

Robert Alexy –partidario de la tesis de la separación fuerte– ha definido a los principios como “mandatos de optimización”, los cuales no determinan exactamente lo que debe hacerse, sino que disponen “que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”, por lo que son susceptibles de “ser cumplidos en diferente grado”. El ámbito de las posibilidades jurídicas “es determinado por los principios y reglas opuestos”.<sup>51</sup>

Según Atienza y Ruiz Manero, el elemento distintivo entre reglas y principios (en sentido estricto) se sitúa básicamente en el antecedente (condiciones de aplicación o caso) de ambos tipos de normas: en las primeras está integrado por un conjunto de propiedades definidas, es decir, se configura de forma cerrada; mientras que en los segundos el antecedente se configura de modo abierto, no contiene otra cosa sino que se dé una oportunidad de realizar la acción modalizada deónticamente en el consecuente. Ahora bien, esta modalización deóntica no pretende, como en el caso de las reglas, ser concluyente, sino meramente *prima facie*,

“... por la simple razón de que en muchas ocasiones en que se da la oportunidad de realizar la acción ordenada por un cierto principio, se da también la oportunidad de realizar la acción, incompatible con la anterior, ordenada por otro principio [...] Los principios no posibilitan, a diferencia de las reglas, eludir la deliberación sobre las razones en pro o en contra de realizar la acción ordenada por cada uno de ellos frente a las razones en

50. García Figueroa en Fernández Núñez, Miguel, “La ponderación: análisis de la situación del debate en España”, en *Doxa*, N° 40, 2017, p. 358. A su vez, con mayor profundidad, Alonso, Juan Pablo, *Interpretación de las normas y derecho penal*, Buenos Aires, Didot, 2016, pp. 195-222.

51. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 86-87.

pro o en contra de realizar la acción ordenada por otro principio concurrente”.<sup>52</sup>

Por este motivo, como se adelantó, los métodos de solución de conflictos entre normas no son aplicables a los principios y aquí se postula la ponderación como la operación idónea para resolver colisiones de principios, operación que “... desemboca en la formulación de una regla que establece, dadas ciertas circunstancias genéricas, la prevalencia de uno de los principios sobre el otro, es decir, que, dadas esas circunstancias genéricas, debe ser *concluyentemente* lo ordenado por alguno de los principios en concurrencia...”.<sup>53</sup> Estas reglas obtenidas como resultado del proceso ponderativo valen en tanto un nuevo caso individual no presente una propiedad adicional, no contemplada en la regla resultante originariamente, lo suficientemente relevante como para exigir una operación de *distinguishing*, cuyo resultado sería una nueva regla “más fina” que la anterior.<sup>54</sup>

#### *V.B. El modelo de la ponderación según Alexy*

Pues bien, existe consenso en punto a que Alexy fue el primer autor que desarrolló con profundidad la estructura de la ponderación, como modelo descriptivo y normativo de lo que los tribunales alemanes empezaron a aplicar a partir de la tradicional doctrina de la “prohibición de exceso”.<sup>55</sup> Como tal, su modelo consta de tres elementos: la ley de ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación.

De acuerdo a la ley de la ponderación, “... la medida permitida de no satisfacción o de afectación de uno de los principios depende del grado de importancia de la satisfacción del otro”, lo que ya pone de manifiesto que “...

52. Manero, Juan Ruiz, “A propósito de un último texto de Luigi Ferrajoli. Una nota sobre reglas, principios, ‘soluciones en abstracto’ y ‘ponderaciones equitativas’”, en *Doxa*, N° 35, 2012, pp. 821-823 y sus notas al pie.

53. Manero, Juan Ruiz, “A propósito de un último texto de Luigi Ferrajoli. Una nota sobre reglas, principios, ‘soluciones en abstracto’ y ‘ponderaciones equitativas’”, en *Doxa*, N° 35, 2012, p. 823.

54. *Ibidem*.

55. Montealegre en Fernández Núñez, Miguel, “La ponderación: análisis de la situación del debate en España”, en *Doxa*, N° 40, 2017, p. 356.

el peso de los principios no es determinable en sí mismo o absolutamente, sino que siempre puede hablarse tan sólo de pesos relativos”.<sup>56</sup> Esta ley se desarrolla en tres pasos: “1. El establecimiento del grado de afectación de principios en un determinado caso, 2. el establecimiento de la necesidad de satisfacer la importancia del segundo principio, que juega en sentido contrario al primero, y 3. la determinación de si la importancia del segundo principio justifica el detrimento o no satisfacción del primero”.<sup>57</sup>

A su vez, la ley de la ponderación –en concreto, su tercera etapa– “... se concreta mediante tres variables que conforman la fórmula del peso, que van a justificar la preferencia del primer principio respecto al segundo: 1. el grado de afectación de los principios en el caso, 2. el peso abstracto de cada principio en juego, 3. la seguridad de las afirmaciones empíricas”.<sup>58</sup>

“Con el fin de comprender el grado de afectación y de importancia, Alexy establece varias escalas triádicas: por un lado, las calificaciones de ‘leve, medio e intenso’ para la posible afectación de los principios y su peso abstracto y las de ‘no evidentemente falsas, plausibles y seguras’ en lo referente a la seguridad de las afirmaciones empíricas. De igual modo, considera que, como instrumento heurístico, tales escalas pueden ser representadas aritméticamente como 1, 2, 4. Esta formulación, advierte Alexy, no hay que tomarla al pie de la letra, sino más bien como una analogía ‘instructiva’...”.<sup>59</sup>

Finalmente, el tercer y último elemento de la estructura de la ponderación, las cargas de argumentación, operan cuando existe un “empate” entre los pesos de los principios en conflicto, es decir, cuando los valores resultantes de la aplicación de la fórmula del peso son idénticos. Estas cargas de

56. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 161.

57. Fernández Núñez, Miguel, “La ponderación: análisis de la situación del debate en España”, en *Doxa*, N° 40, 2017, p. 364-365.

58. *Ibidem*.

59. *Ibidem*. Con mayor profundidad, Bernal Pulido, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación”, en *Doxa*, N° 26, 2003, pp. 227-230.

argumentación o fórmulas de desempate han variado en la obra de Alexy: en la *Teoría de los derechos fundamentales* defendió la existencia de una carga argumentativa en favor de la libertad jurídica y la igualdad jurídica (*in dubio pro libertate*); varios años luego, en el “Epílogo” a la anterior obra citada, se inclinó por una carga de argumentación diferente que prioriza el principio democrático en que se funda la competencia del Parlamento, es decir, que los empates juegan a favor del acto que se enjuicia (*in dubio pro legislatore*).<sup>60</sup>

### *V.C. Las críticas al modelo de la ponderación según Alexy*

Esbozado sucintamente el modelo desarrollado por Alexy, ahora se desarrollarán las diversas críticas que se le han esgrimido.

a) No existe un criterio racional y objetivo para determinar los factores que inciden en la fórmula del peso, a saber: el peso abstracto de los principios involucrados, su grado de afectación en el caso concreto y la seguridad de las premisas relativas a la afectación.

En lo que concierne a la primera objeción, se ha apuntado que el peso abstracto es una variable muy singular que “... remite siempre a consideraciones ideológicas y hace necesaria una toma de postura por parte del intérprete sobre aspectos materiales, relativos a la idea de Constitución, de Estado y de Justicia”.<sup>61</sup> Por esta razón, la utilización de escalas triádicas en este paso presenta límites de racionalidad en tanto depara amplios márgenes de subjetividad al intérprete.<sup>62</sup> Con acierto, Guibourg apuntó que los principios

“... no son elementos materiales y su valor individual en comparación con el de otros no es evidente a la percepción material [...]

60. Bernal Pulido, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación”, en *Doxa*, N° 26, 2003, pp. 230-232.

61. Bernal Pulido, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación”, en *Doxa*, N° 26, 2003, p. 235.

62. Bernal Pulido, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación”, en *Doxa*, N° 26, 2003, pp. 235-236.

Sin embargo, no propone método alguno para adquirir el conocimiento de tales pesos abstractos. 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”.<sup>63</sup>

Moreso también ha afirmado que construir una escala abstracta de ordenación de los derechos fundamentales no parece posible ni deseable.<sup>64</sup> Esta última objeción resulta especialmente acertada en el marco de nuestras sociedades pluralistas, multiculturales y posmodernas.

En cuanto al segundo problema, Bernal Pulido destaca que allí inciden premisas de tipo fáctico, analítico y normativo extremadamente inciertas, dudas que solo pueden ser resueltas por el operador jurídico –principalmente, el juez– “... después de adoptar una postura material e ideológica”.<sup>65</sup> En la misma línea desarrollada en la primera objeción, Guibourg destacó que tampoco existe un método confiable y racional para encontrar la cantidad objetiva de la interferencia requerida en los “pesos concretos” de los principios. Del mismo modo, Moreso ha señalado que la utilización de escalas triádicas para medir la afectación de los derechos resulta una metáfora pues en esta materia no disponemos de conceptos métricos ni comparativos.<sup>66</sup>

Por último, con relación a los límites de racionalidad que aparecen al intentar establecer la certeza de las premisas empíricas relativas a la afectación de los principios, Bernal Pulido ha destacado que “... desde el punto de vista empírico, la afectación de un principio depende de la mayor o menor eficacia, rapidez, probabilidad, alcance y duración de la intervención que

63. Guibourg, Ricardo, “Alexy y su fórmula del peso”, en Beade, Gustavo A. y Clérico, Laura (eds.), *Desafíos a la ponderación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, pp. 157-187.

64. Moreso en Fernández Núñez, Miguel, “La ponderación: análisis de la situación del debate en España”, en *Doxa*, N° 40, 2017, pp. 368-369.

65. Bernal Pulido, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación”, en *Doxa*, N° 26, 2003, pp. 232-234.

66. Moreso en Fernández Núñez, Miguel, “La ponderación: análisis de la situación del debate en España”, en *Doxa*, N° 40, 2017, pp. 368-369.

en él implique la medida enjuiciada en la ponderación”, complejidad que aumenta al combinar las variables, a lo que debe sumarse los límites en los conocimientos empíricos del intérprete.<sup>67</sup>

b) La contradicción entre las diversas cargas de argumentación propuestas por Alexy también reflejan un claro límite a la racionalidad de la ponderación, que en este punto queda a merced de la postura ideológica del juez.<sup>68</sup>

c) Incluso si se lo considerase correcto, la ponderación resultaría siempre un método “ad hoc” dado que, según Alexy, esta operación siempre se refiere a un caso individual. El hecho de que una característica individual conlleve una solución distinta de la ya tomada anteriormente y que en cada nueva ocasión haya que ponderar implica decantarse por un modelo particularista, en lugar de uno generalista. Moreso reflejó de este modo la potencial objeción particularista:

“... dado que las circunstancias están descritas mediante propiedades, y las propiedades de los casos individuales son potencialmente infinitas, es posible repetir esta operación hasta el infinito, mostrando que las colisiones entre principios no son eliminables y que, por lo tanto, el razonamiento moral no está sujeto a la racionalidad subsuntiva. Tampoco conseguimos huir del desafío del particularismo si reformulamos los principios diciendo que, e.g., se reconoce la libertad de información siempre que no colisione con otros principios que, en las circunstancias del caso, tienen precedencia frente a él. No lo conseguimos porque si reformulamos así todos los principios solamente hacemos explícita la cláusula *ceteris paribus*, que hace explícita la intuición de que dichos principios establecen sólo derechos y deberes *prima facie*”.<sup>69</sup>

67. Bernal Pulido, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación”, en *Doxa*, N° 26, 2003, pp. 236-237.

68. Bernal Pulido, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación”, en *Doxa*, N° 26, 2003, p. 237.

69. En lo sucesivo, Moreso, José Juan, “Conflictos entre principios constitucionales”, en Carbonell Sánchez, Miguel (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, 2003, pp. 99-122.

### V.D. *¿Modelos alternativos más racionales?*

En un intento de huir del escepticismo y el particularismo en materia de ponderación, Moreso concibió un modelo alternativo que conlleva "... una reformulación ideal de los principios que tenga en cuenta todas las propiedades potencialmente relevantes". La clave radica en explicitar las condiciones de aplicación de los diversos principios involucrados de manera que el conflicto sea evitado (es decir, suprimiendo el carácter *prima facie* de su aplicabilidad), reduciendo la ponderación a un tipo de subsunción.

A tal efecto, utilizando el aparato conceptual de *Sistemas normativos* (obra que será abordada en el siguiente apartado), Moreso desarrolla los siguientes pasos.

- 1) En primer lugar, debe delimitarse claramente el "Universo del discurso", de modo de acotar de forma explícita el ámbito del problema jurídico a tratar.
- 2) Luego, se determinan los diversos principios que regulen tal situación, es decir, los principios concurrentes en el potencial conflicto.
- 3) Una vez establecidos tales principios, deben reconstruirse "... 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". A tal fin, al igual que en las reglas, debemos aislar las propiedades relevantes seleccionando los casos paradigmáticos –reales o hipotéticos– que restringen el ámbito de las reconstrucciones admisibles. Resultan inadmisibles aquellas reconstrucciones que no den cuenta de nuestras "sólidas intuiciones". "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".
- 4) Finalmente, deben formularse las reglas que resuelvan de forma única todos los casos del "Universo del discurso" previamente acotado (paso 1). De este modo, se solucionan de forma consistente y completa todos los casos posibles de dicho universo. "No hay más deberes derrotables, los deberes que surgen de la reformulación, de la explicitación 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".

Descripto este modelo subsuntivo alternativo, encuentro una objeción metodológica al modo en el cual se transforman los principios y sus asunciones implícitas (paso 3): no existe un método intersubjetivo racional para identificar la tesis de relevancia adecuada para aislar los casos paradigmáticos y propiedades relevantes. En efecto, una y otra vez el límite es impuesto al intérprete por nuestras “sólidas intuiciones”.

“... tampoco es necesario asumir que carecemos absolutamente de criterios para establecer la jerarquía, *dadas determinadas circunstancias* [...] Aquellas reconstrucciones de estos derechos que no den cuenta de estas sólidas intuiciones, pueden considerarse reconstrucciones *inadmisibles*. La admisibilidad de una reconstrucción depende, entonces, de su capacidad de dar cuenta de los *casos paradigmáticos*. Las dudas sobre cómo ordenar los principios en casos de conflicto ocurren en un trasfondo, a menudo inarticulado, en el cual *intuitivamente* acordamos en la solución de tales conflictos para determinados casos que, de alguna manera, son obvios para nosotros”.

Por las razones ya expuestas en los apartados II y III.a, la “intuición” no puede ser un método para construir conocimiento jurídico de carácter científico. Y esta es la única herramienta ofrecida por el autor para purgar el “subjetivismo radical”.

#### *V.E. Otro problema involucrado en los sistemas normativos contemporáneos: la derrotabilidad*

Finalmente, cabe mencionar que la coexistencia de normas (en sentido estricto), directrices y principios ha dado origen a un nuevo problema interpretativo: la coherencia entre todas estas normas y la llamada “derrotabilidad de las normas jurídicas” por principios –no solo explícitos, sino también implícitos–.<sup>70</sup> Nuevamente, otro nivel de más complejidad e incertidumbre.

70. Nuevamente, véase Alonso, Juan Pablo, *Interpretación de las normas y derecho penal*, Buenos Aires, Didot, 2016, p. 297 y ss.

## VI. La labor creativa de la doctrina y de sus teorías jurídicas

Hasta aquí el rol del juez como intérprete. Ahora bien: ¿cuál es la misión del jurista frente a las distintas complejidades que plantea la descripción de los sistemas normativos?

Alchourrón y Bulygin desarrollaron un sofisticado modelo de ciencia jurídica que pretende ser exclusivamente descriptivo.<sup>71</sup> En efecto, para los autores la interpretación es la determinación de las consecuencias normativas de un conjunto de enunciados de derecho para un problema o materia determinada, y ellos propusieron hacerlo como un sistema deductivo axiomático. Así, los elementos de la tarea sistematizadora del derecho son los siguientes: (i) un problema o conjunto de problemas (materia), cuya regulación normativa interesa al jurista; (ii) un conjunto de enunciados de derecho que regula la materia en cuestión; y (iii) un conjunto de reglas de inferencia que el jurista usa para la derivación de las consecuencias.

“Los tres elementos mencionados (la materia, los enunciados de la base y las reglas de inferencia) determinan el contenido del sistema, y la labor del científico consiste en formularlo explícitamente y, a lo más, en reorganizarlo. (Esto refleja la idea de que la ciencia no ‘crea’, sino sólo conoce o describe el derecho)”.<sup>72</sup>

Así, trazan una línea divisoria entre dos tareas u operaciones diferentes que desarrolla la ciencia jurídica: en primer lugar, la identificación de los enunciados que constituirán la base axiomática del sistema normativo, lo que conlleva ciertos problemas empíricos; y, luego, el despliegue de las operaciones lógicas propias de la sistematización de los enunciados del derecho previamente seleccionados.

Si bien la elección de la materia es arbitraria en el sentido de que depende enteramente del interés del jurista, según los autores la selección de

71. Alchourrón, Carlos Eduardo y Bulygin, Eugenio, *Sistemas normativos. Introducción de la metodología de las ciencias jurídicas*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2017; especialmente, pp. 103-140.

72. Alchourrón, Carlos Eduardo y Bulygin, Eugenio, *Sistemas normativos. Introducción de la metodología de las ciencias jurídicas*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2017, p. 109.

los enunciados que han de integrar la base no lo es, pues está determinada por dos factores: los enunciados de la base deben ser enunciados de derecho válidos y la base debe contener todos los enunciados que tengan consecuencias normativas para la materia elegida. Ahora bien, Alchourrón y Bulygin reconocen que el problema de seleccionar todos los enunciados relevantes para la materia varía según las distintas fuentes del derecho, con lo cual aquí se reproducen los problemas analizados al momento de determinar el objeto de estudio de la disciplina jurídica (apartado III).

En una segunda etapa, la sistematización implica derivar las consecuencias normativas de la base utilizando reglas de inferencia –los autores se valen de la lógica deóntica–, lo que permite mostrar los defectos lógicos que el sistema normativo pueda tener, como tales, errores relacionales y contingentes a un determinado sistema. Dichos problemas son: (i) las “lagunas normativas”, que atañen a la completitud del sistema, en tanto puede existir una combinación de condiciones relevantes a la que ninguna norma del sistema asigne una solución determinada; (ii) las “contradicciones o inconsistencias”, que guardan relación con la coherencia del sistema, las cuales se dan cuando un sistema normativo asigna a un mismo caso dos soluciones deónticamente incompatibles entre sí; (iii) por último, las “redundancias”, supuesto que se verifica cuando más de una norma de un sistema normativo correlaciona a un mismo caso soluciones coincidentes. Luego de formular o presentar las consecuencias normativas del sistema, la tarea última del jurista solo puede ceñirse al reemplazo de la base original axiomática por una más económica pero equivalente a ella, es decir, la reformulación del sistema debe limitarse a la enunciación de principios jurídicos que sean lo más generales posibles (eliminando el casuismo y las redundancias) siempre que tengan las mismas consecuencias lógicas que los enunciados de derecho que reemplazan.

¿Qué debe hacer el jurista respecto de las lagunas normativas y contradicciones detectadas en el sistema normativo estudiado, según Alchourrón y Bulygin? Estos defectos afectan al sistema mismo, en el sentido de que su eliminación requiere una modificación del sistema. “En otras palabras: si un sistema tiene lagunas o incoherencias, la única manera de eliminarlas es la construcción de un nuevo sistema, distinto del anterior”;<sup>73</sup> tarea que de

73. Alchourrón, Carlos Eduardo y Bulygin, Eugenio, *Sistemas normativos. Introducción de la metodología de las ciencias jurídicas*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2017, p. 120.

acuerdo a los autores compete exclusivamente al legislador. A lo sumo, el jurista puede formular sugerencias para la eliminación de estos problemas lógicos.

Su propuesta, en cuanto pretende delinear una ciencia jurídica puramente descriptiva, tiene tres puntos débiles. En primer lugar, en los sistemas jurídicos actuales en los cuales reinan los principios y garantías, el operador jurídico goza de mayor discrecionalidad al momento de seleccionar los enunciados de derecho que compondrán la base axiomática del sistema normativo. Esa selección no puede ser objeto de examen y crítica empírica, cuestión que los propios autores reconocen.<sup>74</sup> En segundo lugar, para derivar las consecuencias normativas de los enunciados de derecho hay que interpretarlos, con toda la discrecionalidad e incertidumbre que ello acarrea, como ya vimos. Finalmente, en el caso concreto de los principios, la construcción de su estructura lógica también supone ciertas complejidades adicionales. Tal como explica Alonso:

“Muchos jusfilósofos sostienen que la estructura lógica de los principios guarda cierta analogía con la estructura lógica de las normas condicionales. Alexy, Atienza y Ruiz Manero, Alchourrón y Bulygin, por ejemplo. Hay otros jusfilósofos que sostienen que la estructura lógica de los principios debería reconstruirse mediante esquemas de lógica de preferencias u otras estructuras de tipo semántico, pero, por cierto, no son los más numerosos. Incluso hay quienes rechazan el delinear alguna estructura lógica de los principios, sosteniendo que a los principios no se les aplica la lógica deductiva, sino que se aplican argumentativamente [...]

Quienes sostienen la analogía estructural de los principios con las normas condicionales suelen sostener, también, que los principios son una versión ‘debilitada’ de las normas. Las opciones son tres:

74. En una nota al pie, Alchourrón y Bulygin expresan que “... como el derecho se formula en lenguaje ordinario, las inferencias de los juristas rara vez son rigurosamente formales y la cuestión de saber si un determinado enunciado tiene o no tales consecuencias y si ha de figurar, por lo tanto, en la base, no puede resolverse a veces por medios puramente racionales. En esas situaciones todo lo que puede hacer el científico, en cuanto tal, es señalar las posibles alternativas y las consecuencias de cada una de ellas, dejando a la decisión de las autoridades competentes la elección de una u otra” (*op. cit.*, p. 116, n. 14).

i) debilitar el antecedente, ii) debilitar el consecuente y, 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)".<sup>75</sup>

El problema del empleo de condicionales con conectivas debilitadas estriba en la pérdida de capacidad inferencial, en tanto dicha conectiva no satisface la ley de refuerzo del antecedente y el *modus ponens* deóntico, de modo tal que no sirve para justificar deductivamente ninguna decisión práctica.<sup>76</sup>

Otras posibilidades serían considerar a los principios como condicionales derrotables incorporando una función de revisión en el antecedente, como postuló luego el propio Alchourrón (lo que invita a preguntarse si esto no implica nuevamente una forma de particularismo jurídico) o, finalmente, verificar si es posible reconstruir la estructura lógica de los principios sin guardar analogía con aquella de las normas condicionales (por ejemplo, una estructura de tipo lógica de preferencias, la cual es utilizada por Alonso para inferir "principios implícitos").<sup>77</sup>

Dejando a un lado los primeros dos problemas empíricos vinculados a la selección de las normas (en sentido lato) propias de la base axiomática, la poco certera formalización de los principios jurídicos demuestra que pensar el derecho contemporáneo en clave de ciencia formal tiene una aplicación incierta y un rendimiento práctico limitado.

Sin embargo, queda claro que Alchourrón y Bulygin no desconocen los defectos e imprecisiones de los sistemas normativos. En la práctica jurídica cotidiana, la abstención que los autores proponen a nivel del jurista (a saber, la imposibilidad de modificación del sistema normativo) es insostenible respecto de los jueces, quienes están obligados a fallar en todos los casos

75. Alonso, Juan Pablo, "La clasificación cuatripartita de las normas jurídicas de Ferrajoli" y "La estructura lógica de los principios de Robert Alexy. Un análisis crítico", ambos disponibles en la web.

76. Alchourrón en Alonso, "La clasificación cuatripartita de las normas jurídicas de Ferrajoli".

77. *Ibidem*.

sometidos a su examen. Veamos algunas de las justificaciones que se han dado para tornar operativo el derecho en el día a día.

A fin de colmar los defectos de los órdenes normativos, y aun así continuar profesando una fe ciega en las normas positivas, el formalismo desarrolló la figura (dogmática) del legislador racional; construcción que tuvo impacto no solo a nivel doctrinario –con el desarrollo de la dogmática jurídica– sino también en el campo jurisprudencial.<sup>78</sup> Así, se atribuyeron al legislador ciertas propiedades que están muy lejos de caracterizar a los legisladores reales: se habla del legislador como si fuera un único individuo, imperecedero, consciente, omnisciente, operativo, justo, coherente, omnicomprendido y preciso. ¿Cuál es la función de este modelo ficticio que, obviamente, no se asume como tal? Nino lo explica claramente: al presuponer la racionalidad del legislador,

“... los juristas dogmáticos pueden atribuirle las soluciones propuestas por ellos para adecuar el derecho a ciertos *standards* axiológicos vigentes, cerrar sus lagunas, eliminar sus contradicciones, precisar sus términos vagos, prescindir de las normas superfluas, etcétera, sin que aparezcan como una modificación del orden jurídico positivo, sino como si se tratara de una descripción del derecho vigente tal como genuinamente debió haber sido pensado por el legislador”.<sup>79</sup> De este modo, se introducen una serie de reglas que sirven de guía para la interpretación de la ley y que podrían inferirse de las propiedades de las cuales un derecho originado en un legislador racional debería estar dotado.<sup>80</sup>

Por lo general, los juristas trasponen los límites de la “labor científica”, de acuerdo a los parámetros establecidos por Alchourrón

78. La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ha sostenido en reiteradas ocasiones que “...la inconsecuencia o la falta de previsión no se suponen en el legislador y por esto se reconoce como un principio que las leyes deben interpretarse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto” (Fallos 297:142, 300:1080, 301:460, 315:6228, entre muchos otros).

79. Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2003, p. 329.

80. Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2003, pp. 328-333.

y Bulygin. Ello se produce a través del desarrollo de “teorías dogmáticas”,<sup>81</sup> que se presentan como descriptivas de algún aspecto importante de la realidad social o del estatus ontológico de alguna institución o concepto. De este modo, aparece como si su aceptación o rechazo dependiera de su verdad o falsedad empírica o trascendente (nuevamente, véase el caso de Welzel). Sin embargo y aunque no siempre resulte evidente, las teorías dogmáticas están constituidas por enunciados de índole normativa, según lo ponen de manifiesto las funciones que cumplen dichas teorías. Por un lado, las teorías de la dogmática jurídica sirven para justificar normas legisladas que se infieren de aquellas (es decir, se construyen a modo de principios generales que no alterarían la base axiomática de los sistemas normativos). Sin embargo, las teorías también cumplen la función mucho más importante de facilitar la inferencia de nuevas normas no pertenecientes al derecho legislado. Esta capacidad ambivalente de las teorías dogmáticas, de permitir derivar tanto normas pertenecientes al sistema legislado como nuevas normas a partir de los principios y criterios esbozados por aquellas, “... fundamenta su enorme utilidad para la creación del derecho por parte de los juristas bajo el ropaje de una explicación del derecho positivo o de la realidad que lo circunda”.<sup>82</sup> El grave defecto de estas metodologías es que en ellas “... no tiene lugar la evaluación de las posibles consecuencias sociales, económicas, etcétera, de las soluciones jurídicas, ni tampoco su estimación valorativa”.<sup>83</sup>

El ejemplo paradigmático de aquellas es la “teoría del delito”: en los países del sistema continental europeo se discute hace más de un siglo sobre los presupuestos y categorías que configuran el “delito” (acción, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, punibilidad), con un nivel de sofisticación y desarrollo tan avanzado

81. Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2003, pp. 333-338.

82. Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2003, p. 334.

83. Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2003, p. 338.

que las controversias se dan siempre en el marco de los propios conceptos desarrollados por la teoría, y pocas veces en torno a las disposiciones legales concretas.

El derecho como disciplina presenta otra complejidad, vinculada al desarrollo de las teorías explicadas anteriormente: la “ciencia jurídica” se transforma a su vez en su propio objeto de estudio. Los tribunales acuden en múltiples ocasiones a la opinión y teorías de doctrinarios para fundar sus decisiones, muchas veces, hasta prescindiendo del sentido literal de las palabras de la ley (ciertamente, de aquí se deriva en parte la fuerza del realismo jurídico). “La ciencia jurídica se convierte frecuentemente por su influencia en los repartidores en fuente de normas y en componente de su propio objeto”.<sup>84</sup>

“El carácter autorreferencial del derecho hace que –a diferencia de, por ejemplo, el estudio científico de la historia– sea imposible una división exacta entre la realidad observada en las fuentes y los textos especializados resultantes de su abordaje científico. Más bien, todo nuevo texto sobre el derecho vigente se convierte, con su publicación, en parte del material que trata, y por eso, por su mera existencia, modifica el material con respecto al cual los futuros intérpretes deben justificar sus interpretaciones. En esa medida ‘la ciencia del derecho no solo describe su objeto, más bien también lo modifica en tanto que lo describe’”.<sup>85</sup>

En cierto punto, ello es entendible en función de la ineludible labor integradora y creativa del intérprete/jurista. Sin embargo, en mi opinión esta inevitable particularidad tiene un efecto nocivo: es campo fértil para los argumentos de autoridad y tiende a cristalizar los dogmatismos doctrinarios. Muchas veces los autores e incluso los tribunales sucumben a esta tentación: si la solución del caso jurídico se integra con el criterio propio, el “derecho” es mi opinión (y no otra distinta o contraria). Como se pregunta

84. Ciuro Caldani, Miguel Ángel, “Meditaciones acerca de la ciencia jurídica”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario*, N° 2/3, p. 106.

85. Pawlik, Michael, *Das Unrecht des Bürgers*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012, pp. 39-45.

Pawlik, ¿qué dogmático no considera un éxito el que la *praxis* acepte sus propuestas de resolución? Ciertamente, el problema no viene dado por la integración de las preferencias, valoraciones, convicciones, horizontes de sentido e ideología del operador en su interpretación jurídica: no constituyen un “error” ni tampoco el operador jurídico podría desentenderse de estos condicionantes. Como veremos en el próximo apartado, el problema es otorgarle a estos condicionantes un estatuto epistemológico superior a aquellos distintos de los propios.

## **VII. Ética y epistemología: ¿podemos afirmar verdades morales?**

El análisis precedente arroja una conclusión que, en lo personal, no puedo sortear de modo alguno: el fenómeno normativo se encuentra integrado por una ineludible dimensión valorativa. Intentar impedir el ingreso del discurso ético en el campo jurídico es tratar de agarrar el agua con las manos. Negarlo es una opción cínica que encubre las preferencias axiológicas e ideológicas del intérprete bajo ropajes descriptivistas o trascendentes, o implica un conocimiento ingenuo de los sistemas normativos. La selección de enunciados de derecho relevantes para un caso, su interpretación y correlación, la creación de teorías y sistemas normativos, todo ello, reposa en última instancia en actos de voluntad y preferencias valorativas.

Volvamos al primer problema planteado: ¿cómo demostramos que “lo jurídico” tiene entidad empírica y verificable? ¿De qué manera volvemos asequible a nuestra “ciencia” esta dimensión axiológica?

No pretendo aquí desarrollar completamente las distintas posiciones existentes en materia de metaética.<sup>86</sup> Sin embargo, sí expondré brevemente

86. La metaética (también llamada ética analítica) procura determinar si existen procedimientos racionales de justificación de la validez de los juicios de valor, de modo tal que aquella demostración resulte asequible a cualquier persona. En otras palabras, analiza el tipo de significado que caracteriza a los términos éticos (tales como “bueno”, “malo”, “justo”, “incorrecto”). En definitiva, la posibilidad de justificar racionalmente los razonamientos éticos depende de qué clase de juicios son ellos y qué significado tienen las expresiones que se usan generalmente para formularlos. Con mayor profundidad, Hospers, John, *Introducción al análisis filosófico*, 2ª ed., Madrid, Alianza Universidad, 1980.

te mi opinión al respecto. Como sostiene Mackie,<sup>87</sup> es el realismo moral (tesis que abraza el descriptivismo ético) el que tiene la carga de probar que dentro de la estructura del mundo existen algo así como entidades, propiedades o relaciones, llamadas “valores” (cuestión metafísica) pero, además, debe esclarecer cuál es la facultad del conocimiento que llevaría a tal comprobación objetiva (cuestión epistemológica). En el plano metaético, no encuentro respuestas convincentes o sólidas para afirmar la existencia de hechos morales, que puedan ser aseguibles con algún grado de certeza y precisión, y de los cuales podamos predicar su verdad o falsedad. Otra respuesta posible que se ensayó en el mismo sentido se asentó en la debilidad epistemológica del descriptivismo ético: Guibourg se pliega al no descriptivismo pues concluye que en el discurso moral no están dadas las condiciones epistemológicas necesarias para un uso consistente del concepto de verdad:

“... es claro que los juicios éticos no son verdaderos ni falsos, ya que los criterios generales de aceptabilidad según los cuales ellos suelen aceptarse están muy lejos de ser incontrovertidos: aun cuando algunas o muchas personas coincidan fuertemente en un conjunto de criterios, muchas otras emplean criterios diferentes...”<sup>88</sup>

¿Ello implica que en la discusión jurídica “valga todo”? Claro que no, el hecho de que se niegue la existencia de verdades morales no nos hace caer en la anarquía o el solipsismo ético. El “no descriptivismo ético” contiene una dosis de escepticismo que es perfectamente compatible –en el nivel de la ética normativa– con los valores democráticos: cuanto más realista se es en el plano moral, menos incentivos se tienen para ser tolerante con los “otros”, los “disidentes”, los “enemigos”. Algo similar le sucedió a Kelsen cuando trató infructuosamente de definir qué era la justicia: convencido de que se trataba de una empresa imposible, postuló la filosofía relativista de

87. Mackie, John. *Ética. La invención del bien y del mal*, Barcelona, Gedisa, 2000, pp. 17-55.

88. Guibourg, Ricardo A., *La construcción del pensamiento. Decisiones metodológicas*. Buenos Aires, Colihue, 2006, p. 136.

la justicia y dentro de ella el principio fundamental ético de la tolerancia, compatible con el diálogo en las sociedades democráticas.<sup>89</sup>

El derecho posmoderno –incompatible con todo discurso de autoridad que procure monopolizar la verdad ética, jurídica, política e ideológica– obtiene su legitimidad del estricto respeto al “procedimiento equitativo de discusión”. Como explica Ost,

“... sea cual fuere el contenido material de las soluciones que impone, el Derecho es ante todo un procedimiento de discusión pública razonable, un modo de solución de conflictos equitativo y contradictorio. Desde que nuestras sociedades se representan como autoconstituyentes y ya no buscan en alguna garantía meta-social el modelo a seguir, desde el momento en que nuestras reglas, incluso las más fundamentales, se muestran convencionales, la primera garantía de legitimidad reside en el respeto a las condiciones de la discusión sin coacción. Este respeto a las formas, a los plazos, a los procedimientos es realmente esencial y consubstancial al Derecho. Tiene el doble mérito de descalificar a la vez a la violencia que intentaría imponer su punto de vista por la fuerza y la buena consciencia mayoritaria que arriesga todo por imponer sus opiniones en nombre del pretendido consenso. El procedimiento jurídico, parlamentario y judicial, traza (en sentido propio y también figurado) el espacio de la controversia, ella asegura la puesta en escena o la formulación de la contestación, de la disidencia, de la defensa. Vuelve visible la división social y propone las vías argumentativas para hacerla negociable. Tal es, seguramente, el mérito esencial y la radical originalidad de la democracia. Tal es también la virtud de la intervención del juez en el conflicto. Más que el mérito intrínseco de la decisión que sería llevado a tomar, es la interposición que opera en el corazón de una relación de fuerza lo que constituye su legitimidad”.<sup>90</sup>

89. Kelsen, Hans, “¿Qué es la justicia?”, disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/09/doctrina44074.pdf>.

90. Ost, François, “Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez”, en *Doxa*, N° 14, 1993, p. 190.

La legitimidad procedimental, a su vez, encuentra un nexo de necesidad con algunos derechos fundamentales. No se trata de un juego meramente formal, sino que debe garantizar ciertos contenidos materiales mínimos.

“Si se dirige, en efecto, a favorecer a la minoría, así como a dar sistemáticamente la palabra a la defensa, está bien que se reconozca a cada uno el derecho de expresión, incluyendo al más débil y al más extraño. Al encuentro de la dialéctica identidad (‘nosotros’)/exclusión (‘ellos’), los procedimientos jurídicos tienen este efecto de universalizar y, por lo tanto, de igualar, al menos parcial o potencialmente, el derecho a la palabra”.<sup>91</sup>

Por ello, también deben ser reconocidos los siguientes derechos: libertad de opinión, libertad de expresión, integridad física y seguridad (no podría haber debate equitativo bajo apremio de la coerción física). Como se observa, se comparte mayormente el programa ético-normativo propuesto por algunos de los autores iusnaturalistas citados en este trabajo, pero no así sus puntos de partida metodológicos y epistemológicos. Claro que, bajo la premisa metaética aquí escogida, estos derechos fundamentales podrían tornarse frágiles, como reconoció Bulygin.<sup>92</sup> Al menos, ello debería recordarnos que, más que reconocimientos de exigencias de razonabilidad práctica, la consagración de estos derechos son fruto de fuertes luchas y conquistas políticas, lo que también demuestra la necesidad de dar combate en la arena política por su efectiva tutela y goce. En palabras del autor indicado:

“...la fundamentación de los derechos humanos en el derecho natural o en una moral absoluta no sólo es teóricamente poco convincente, sino políticamente sospechosa, pues una fundamentación de este tipo tiende a crear una falsa sensación de seguridad: si los derechos humanos tienen una base tan firme, no hace falta

91. Ost, François, “Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez”, en *Doxa*, Nº 14, 1993, p. 191.

92. Bulygin, Eugenio, “Sobre el status ontológico de los derechos humanos”, en *Doxa*, Nº 4, 1987, p. 84.

preocuparse mayormente por su suerte, ya que ellos no pueden ser aniquilados por el hombre”.<sup>93</sup>

No obstante, vale la pena destacar la siguiente advertencia de Ferrajoli:

“... el terreno del objetivismo ético y de las verdades morales –en contra de la idea corriente de que en él hallarían un fundamento más seguro, por objetivo, los juicios morales y la defensa de valores que profesamos con firmeza, y por eso también un anclaje más seguro las ponderaciones entre principios– es siempre resbaladizo. Sabemos que en la historia del pensamiento político, de Platón y Aristóteles en adelante, las argumentaciones fácticas en apoyo de la desigualdad de los hombres han sido bastante más numerosas que las producidas a favor de su igualdad e igual dignidad. Pero esto quiere decir que la igualdad no es un hecho sino un valor; que su afirmación no es una aserción, sino una prescripción; que como tal la asumimos y la defendemos, precisamente porque, de hecho, somos diferentes y desiguales”.<sup>94</sup>

### **VIII. El rol asumido por el intérprete jurídico: ¿artista, científico, profeta u operador político-ideológico?**

A lo largo de este ensayo expuse una extensa suma de particularidades propias de la disciplina jurídica que la alejan de las características “clásicas” del conocimiento científico. En este sentido, el objeto del “derecho” está constituido por lenguaje (materia polisémica), no suele ser claro y preciso; presenta una inevitable carga ideológica y valorativa; aun cuando muchas veces se presenta como verdad monolítica, no puede ser verificado empíricamente; la búsqueda de la determinación de su sentido (interpretación) –ya sea a través de la subsunción o la ponderación– resultan actividades creativas, al igual que la labor sistematizadora del jurista; la disciplina se autorreferencia como propio objeto de estudio; pensarla como una ciencia

93. *Ibidem*.

94. Ferrajoli, Luigi, “El constitucionalismo entre principios y reglas”, en *Doxa*, N° 35, 2012, p. 798.

formal presenta múltiples dificultades y una utilidad marcadamente limitada, etc.

Por estos motivos, el operador jurídico no puede comportarse como un *artista*, en tanto debe explicitar las razones y métodos desplegados en su labor creativa e, incluso, debe (y podemos exigirle) rendir cuenta de ello. Es decir, el gran poder que ejerce y el amplio marco de discrecionalidad que dispone le obligan a otorgar una justificación racional de su obra. A mayor nivel de libertad en la fundamentación de sus decisiones, mayor deber de explicación de las razones que las motivan. De lo contrario, su discrecionalidad se transformaría en mera arbitrariedad.

Sin embargo, el intérprete tampoco puede asumir su tarea como un *científico*. Ello, no obstante –como adelanté al explicar brevemente el marco teórico elegido (apartado II)– la posepistemología ha puesto en jaque muchas de las características del *ethos* científico: (i) se postula que la ciencia es una producción y, por lo tanto, no una simple constatación de algo preconstituido; (ii) la ciencia no señala cómo son los hechos, solo el comportamiento ideal de leyes que en la realidad fáctica nunca se dan aisladas; (iii) la observación científica no es neutral ni objetiva, se capta diferencialmente de acuerdo con cuáles son los supuestos –explícitos o no– que ordenan la mirada del observador; (iv) no existe un lenguaje neutro interteórico que pudiera remitir directamente a lo real para resolver diferencias, o para permitir comunicación fluida; (v) el científico no es un desinteresado buscador de verdades, sino un sujeto socialmente condicionado que persigue su propia legitimación.<sup>95</sup>

Quizás, alterando el marco conceptual epistemológico, puede acudir al rescate del carácter científico de la disciplina jurídica. Sin embargo, ello privaría al método de las cualidades que lo convierten en un instrumento que permite alcanzar intersubjetivamente verdades empíricas (provisorias). Tampoco los juristas que se asumen como *científicos* reniegan de los cánones de la epistemología tradicional: de allí pretenden derivar su prestigio y noble misión (una vez más, recuérdense las palabras de Welzel). De ese

95. Con mayor profundidad, Follari, Roberto, *Epistemología y sociedad. Acerca del debate contemporáneo*, Rosario, Homo Sapiens, 2000, pp. 11-14. Bunge responde a muchas de las críticas que la nueva sociología de la ciencia realiza a la epistemología clásica en Bunge, Mario, *La ciencia. Su método y su filosofía*, 1ª ed., Buenos Aires, Debolsillo, 2005, pp. 151-183.

modo, también ocultan bajo ropajes descriptivistas (“naturalezas jurídicas”, “esencias”, “instituciones”, etc.) sus propias inclinaciones valorativas e ideológicas.<sup>96</sup> Esta pretendida actitud aséptica se condensa en el siguiente pasaje del voto de un magistrado del Tribunal Constitucional Español, el cual se pronunció en un caso en el cual se discutían si los supuestos no punibles del aborto resultaban inconstitucionales (o no):

“Es cierto que esta errónea concepción de la jurisdicción constitucional parece muy extendida en nuestra sociedad; que precisamente con motivo de este recurso se han expresado en la prensa multitud de opiniones que implícita o explícitamente partían del supuesto de que el fundamento de nuestra Sentencia había de ser el juicio sobre la licitud o ilicitud ética del aborto, o la conveniencia de su despenalización, y que (y ello es aún más penoso) destacadas figuras políticas, e incluso miembros del Gobierno, han efectuado declaraciones que manifiestamente arrancaban del mismo convencimiento. Es evidente, sin embargo, que por difundida que esté, tal idea es errónea e incompatible con nuestra Constitución y con los principios que le sirven de base. El Tribunal Constitucional, que no ostenta la representación popular, pero que sí tiene el tremendo poder de invalidar las leyes que los representantes del pueblo han aprobado, no ha recibido este poder en atención a la calidad personal de quienes lo integran, sino sólo porque es un Tribunal. *Su fuerza es la del Derecho y su decisión no puede fundarse nunca por tanto, en cuanto ello es humanamente posible, en nuestras propias preferencias éticas o políticas, sino sólo en un razonamiento que respete rigurosamente los requisitos propios de la interpretación jurídica*”.<sup>97</sup>

96. En palabras de Nino: “La búsqueda de esencias, de estructuras ontológicas, de la ‘naturaleza jurídica’ de ciertas instituciones, la formulación de definiciones ‘reales’, permite a los juristas establecer soluciones normativas bajo la pretensión de elucidar conceptos jurídicos que supuestamente reflejarían aspectos trascendentes de la realidad, aprehensibles por medios no empíricos” (Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2003, p. 336).

97. STC 53/1985 (pleno), del 11/04/1985, voto particular del Magistrado Francisco Rubio Llorente (el destacado me pertenece).

¿Acaso esta supuesta ajenidad es posible? Traigo aquí la demoledora exposición de Cossio:

“... el jurista, sospechosamente sordo a los fuertes vientos de su mundo circundante, todavía está en la tesitura de que las tachas ideológicas únicamente pueden alcanzar al legislador o al juez, más no propiamente a él, en razón de la neutralidad científica que lo definiría [...] cuánto hay de ideología en la imagen técnica del derecho con la que los juristas participan en la vida de todos, en razón de la importantísima función social que ellos desempeñan. Y dado que esa imagen se fusiona con el derecho que, de verdad, vive la gente en su entendimiento societario, todavía puede destacarse [...] el mismo engaño ideológico de los juristas, cuyas protestas de neutralidad y cuyas pretensiones de estar por encima de las ideologías del poder, resultan así, tan enfáticas como poco consistentes. En conexión con este aspecto del problema, no es suficiente, claro está, que el propio jurista proclame, según lo hace, la inutilidad de toda filosofía del derecho, si en esta proclama, a su turno como ideología, sólo se enmascara cínicamente el propósito de bloquear el análisis de lo que a la neutralidad ideológica de ese jurista concierne”.<sup>98</sup>

Por último, el intérprete tampoco puede creerse un *profeta*. Aun cuando asuma la innegable carga valorativa del derecho, debe llevar a cabo su labor con decidida humildad, en tanto aún no se ha probado la existencia de un método intersubjetivo convincente para conocer “hechos morales” y determinar su contenido. Debemos renegar de los *sacerdotes jurídicos*: hay que desconfiar de aquellos que entienden que pueden explicar y describir acabadamente qué es la dignidad humana, el Estado de Derecho, los principios de las “naciones civilizadas”, cómo opera la razón práctica y las “verdades” que ofrece, etc.

En definitiva, pueden construirse teorías metódicas, sistémicas, precisas y coherentes (la teoría del delito en el campo del derecho penal es prueba

98. Cossio, Carlos, *Ideología y derecho*, pp. 10-13, obra inédita recogida en Cárcova, Carlos María, *Las teorías jurídicas post positivistas*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, pp. 102-103. Aquí el concepto de ideología mantiene su carga negativa (o napoleónica); carga a la cual yo no asocio la “ideología”.

de ello), pero la materia prima de aquellas continúan siendo los dogmas aceptados por la comunidad jurídica, que no tienen la calidad de ser empíricamente comprobables.

Descartados los *artistas, científicos y profetas*, ¿cómo debe asumir su rol el operador jurídico? Más allá de la flaqueza que origina a nivel de seguridad jurídica, el problema del derecho no está dado tanto por su inevitable dimensión axiológica-creativa y su carácter acientífico, como por el ocultamiento de estas circunstancias. No es casualidad que, junto a los cuestionamientos de la posepistemología, haya surgido la escuela crítica y los movimientos alternativos del derecho. Sus autores no reniegan de la dimensión axiológica del derecho; teorizan sobre el carácter político de la actividad del operador jurídico al tiempo que afirman la politicidad del propio derecho; estudian cuáles son las condiciones sociales, económicas, culturales y políticas en las cuales se produce el discurso jurídico; y cómo su contenido guarda relación con tales factores.

Tratando de comprender la dimensión social del derecho y su complejidad estructural, y echando mano de la semiología y la teoría del discurso, Cárcova describe el razonamiento judicial del siguiente modo:

“Las concepciones generales vigentes, las ideologías, los valores, determinan las interconexiones significativas de los textos y de los relatos y tales concepciones generales son las que se dinamizan a través de la actividad del intérprete, que en ningún caso es solipsística, sino social. No hay un intérprete, sino multiplicidad de intérpretes. Porque su interpretación es social, el intérprete es un sujeto sujetado. Tiene libertad, pero también límites. El relato sobre un hecho acaecido resulta de un material disperso, desordenado y caótico. Quien ordena ese material (novelista, cronista, jurista) selecciona, ordena, desecha, omite (y agrega). La plausibilidad fáctica de los acontecimientos descriptos, depende en gran medida de la coherencia narrativa. Pero no sólo de su coherencia interna, sino también de su coherencia con los otros relatos (representaciones, ideologías, valoraciones, precedentes) que circulan en el espacio público de la comunicación”.<sup>99</sup>

99. Cárcova, Carlos María, *Las teorías jurídicas post positivistas*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 188.

En esta línea, creo que es más útil partir de una perspectiva constructivista, que exponga al “derecho” como una disciplina “dogmática”, verdadera tecnología de poder, que –lejos del oscurantismo teórico– explicita claramente sus fundamentos políticos, ideológicos y éticos últimos, los haga parte de la discusión democrática y los someta al escrutinio público para su fundamentación y selección.

La disciplina jurídica no se mueve en el campo de la demostración, sino en el de la argumentación. Pivotea entre la regla y el hecho, entre la normatividad y la facticidad, entre el orden y el desorden, entre la letra y el espíritu, entre la fuerza y la justicia.<sup>100</sup> Como tal, debería ser más modesta: tendríamos que exigir operadores jurídicos más intelectualmente honestos en los planos político, ético e ideológico. Solo así podremos examinar intersubjetivamente las verdaderas razones que subyacen en sus decisiones e interpretaciones normativas. Esa es mi humilde pretensión.

## Bibliografía

- Alchourrón, Carlos Eduardo y Bulygin, Eugenio, *Sistemas normativos. Introducción de la metodología de las ciencias jurídicas*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2017.
- Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- Alonso, Juan Pablo, *Interpretación de las normas y derecho penal*, Buenos Aires, Didot, 2016.
- Alonso, Juan Pablo, “La clasificación cuatripartita de las normas jurídicas de Ferrajoli” y “La estructura lógica de los principios de Robert Alexy. Un análisis crítico”, ambos disponibles en la web.
- Beccaria, Cesare, *De los delitos y las penas*, Buenos Aires, Hyspa, Libertador, 2005.
- Bernal Pulido, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación”, en *Doxa*, N° 26, 2003.
- Bulygin, Eugenio, “Sobre el status ontológico de los derechos humanos”, en *Doxa*, N° 4, 1987

100. Ost, François, “Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez”, en *Doxa*, N° 14, 1993, p. 187.

- Bunge, Mario, *La ciencia. Su método y su filosofía*, 1ª ed., Buenos Aires, Debolsillo, 2005.
- Dabove, María Isolina, “Arqueología de la Ciencia Jurídica”, en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, UNR, Rosario, FIJ, 2006.
- Carcova, Carlos María, *Las teorías jurídicas post positivistas*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012.
- Ciuro Caldani, Miguel Ángel, “Lecciones acerca de la Teoría General del Derecho”, en *Investigación y Docencia*, N° 32, 1992.
- Ciuro Caldani, Miguel Ángel, “Meditaciones acerca de la ciencia jurídica”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario*, N° 2/3, 1982.
- Ciuro Caldani, Miguel Ángel, “Razones del trialismo (A Werner Goldschmidt, treinta años después)”, en *Investigación y Docencia*, N° 52, ISSN 1514-2469, 2016-2017.
- Díaz, Esther, “El conocimiento como tecnología de poder”, en *La posciencia: el conocimiento científico en las postrimetrías de la modernidad*, 1ª ed., Buenos Aires, Biblos, 2000.
- Duquelsky Gómez, Diego J., “El rol del juez en una sociedad democrática”, en *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Faculdade de Direito de Vitoria*, v. 16, N° 2, julio/diciembre 2015.
- Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2010.
- Fernández Núñez, Miguel, “La ponderación: análisis de la situación del debate en España”, en *Doxa*, N° 40, 2017.
- Finnis, John M., *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000.
- Follari, Roberto, *Epistemología y sociedad. Acerca del debate contemporáneo*, Rosario, Homo Sapiens, 2000.
- Ferrajoli, Luigi, “El constitucionalismo entre principios y reglas”, en *Doxa*, N° 35, 2012.
- Gargarella, Roberto; “De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional. La interpretación del Derecho en manos de la Corte Suprema argentina”, en *Jurisprudencia Argentina*. Lexis Nexis (2007-2), Fascículo II, 3-10.
- Gimberat Ordeig, Enrique, *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, 2ª ed., Buenos Aires, BdeF, 2020.

- Guastini, Ricardo, *Interpretar y argumentar*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.
- Guibourg, Ricardo Alberto, “El derecho ante el enfoque analítico” en Ghirardi, Olsen A. (dir.), *Diez años*. Córdoba, Instituto de Filosofía del Derecho. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2007.
- Guibourg, Ricardo A., *La construcción del pensamiento. Decisiones metodológicas*. Buenos Aires, Colihue, 2006.
- Guibourg, Ricardo Alberto, “La interpretación del derecho desde el punto de vista analítico”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, N° 9, Asociación Argentina de Derecho Comparado, 1991.
- Guibourg, Ricardo Alberto, “Legal science”, en *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, Springer, 2017.
- Guibourg, Ricardo, “Alexy y su fórmula del peso”, en Beade, Gustavo A. y Clérico, Laura (eds.), *Desafíos a la ponderación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011.
- Hart, Herbert L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963.
- Holmes, Oliver Wendell, *La senda del derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1975.
- Hospers, John, *Introducción al análisis filosófico*, 2ª ed., Madrid, Alianza Universidad, 1980.
- Kelsen, Hans, “¿Qué es la justicia?”, disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/09/doctrina44074.pdf>.
- Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 4ª ed., Buenos Aires, Eudeba, 2010.
- Kennedy, Duncan, *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2010.
- Mackie, John, *Ética. La invención del bien y del mal*, Barcelona, Gedisa, 2000.
- MacCormick, Neil, “Argumentación e interpretación en el derecho”, en *Doxa*, N° 33, 2010.
- Manero, Juan Ruiz, “A propósito de un último texto de Luigi Ferrajoli. Una nota sobre reglas, principios, ‘soluciones en abstracto’ y ‘ponderaciones equitativas’”, en *Doxa*, N° 35, 2012.
- Moreso, José Juan, “Conflictos entre principios constitucionales”, en Carbonell Sánchez, Miguel (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, 2003.

- Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, 2003.
- Olivecrona, Karl, *Lenguaje jurídico y realidad*, México, Fontamara, 1991.
- Ost, François, “Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez”, en *Doxa*, N° 14, 1993.
- Pawlik, Michael, *Das Unrecht des Bürgers*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012.
- Silva Sánchez, Jesús-María, “La interpretación de las leyes y la cultura de los juristas”, en *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario*, Bogotá, Montealegre Lynett/Caro John (eds.)—Universidad Externado de Colombia, 2008.
- Vigo, Rodolfo L., “Una teoría distintiva ‘fuerte’ entre normas y principios jurídicos”, en Delgado Barrio, Javier y Vigo, Rodolfo L., *Sobre los principios jurídicos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998.
- Zambrano, Pilar, *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica. Una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad*. Universidad Nacional Autónoma de México (Instituto de Investigaciones Jurídicas), Estudios Jurídicos, 2009.