

SOBRE PRINCIPIOS Y NORMAS: ¿PROBLEMAS EN EL RAZONAMIENTO JURÍDICO DE LA DOGMÁTICA ARGENTINA LUEGO DE LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL?*

ON PRINCIPLES AND NORMS: PROBLEMS WITH THE LEGAL REASONING OF THE ARGENTINE DOGMATIC AFTER THE REFORM OF THE CIVIL AND COMMERCIAL CODE?

*Ernesto Abril***

Resumen: Efectuada la reforma del Código Civil y Comercial Argentino, en su título preliminar se introducen cuestiones interpretativas típicas de la tradición del 'common law', en especial, la presencia de principios y valores que, en la tradición indicada, son interpretados en forma distinta con aquello que, antes de la reforma, se consideraban como principios generales del derecho. Este trabajo analiza estudios específicos vinculados a la argumentación jurídica sobre la justificación del uso de esos dispositivos, es decir, de aquellos principios y directrices que los tribunales deberán usar. También alude a la posibilidad de que, con esa reforma, se generen disputas por la normal forma de razonamiento de quienes realizan estudios dogmáticos de derecho privado en nuestro país, pero también su impacto sobre la formación jurídica en nuestra Facultad de Derecho.

Palabras-clave: Código Civil y Comercial argentino - Principios y normas - Interpretación - Razonamiento jurídico.

Abstract: The Argentine Civil and Commercial Code, in its preliminary title, introduces interpretive foundations originated in the tradition of common law, in particular the presence of principles and values which, according to the given tradition are interpreted differently with what, before the reform, were considered as general principles of law. This paper analyses specific studies related to legal arguments on

*Trabajo presentado el 12 de septiembre de 2016 y aprobado para su publicación el 28 del mismo mes y año.

**Doctor en Derecho y Ciencias Sociales Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba-Argentina. Profesor Titular por Concurso en la Asignatura Introducción al Derecho de la misma Facultad, Investigador con Categoría I CONEAU y Director Proyecto de Investigación subsidiado por SECYT sobre Responsabilidad Objetiva proyecto 2016-2017.

the justification for the use of those rules, that is, of the principles and guidelines that courts should use. It also alludes to the possibility that, with the reform, disputes arise because of the normal way of reasoning of those engaged in private law dogmatic studies in our country. Besides, it may cause an impact on legal education in our Faculty of Law.

Keywords: Argentine Civil and Commercial Code - Principles and norms - Interpretation - Juridical reasoning.

Sumario: I. Introducción.- II. Consideraciones sobre la reforma.- III. Sobre la controversia y diferentes propuestas epistémicas. 1. Los orígenes de las controversias. 2. Breve referencia al estado actual de la controversia.- IV. A modo de conclusión.

I. Introducción

Se sostiene que la jurisprudencia es parte de la ciencia del derecho (1). Sin embargo, para acercarse a ese tipo de rigurosidad será necesario que consista en algo más que organizar y sistematizar un cuerpo de normas jurídicas (2). La cuestión requiere, además, que los juristas logren producir confianza en jueces y justiciables al tiempo de llevar a cabo esa complicada tarea de generar proposiciones descriptivas que generen una renovada práctica del Derecho. Sobre todo, cuando se acaba de incorporar en el ámbito normativo de nuestro derecho privado, una distinta tradición que se vincula al *common law* (3). Después de analizar diversos estudios sobre la reciente reforma del CC y C (4), advierto que no son muchos los juristas con la debida formación que les permita comprender y luego prestar atención respecto de este nuevo estudio constructivo del derecho con la pretensión de vincularlo a la práctica jurídica interpretativa usada en nuestro ámbito.

A su vez, incide en esta pretensión de cambio, la circunstancia de que nuestros jueces lleven a cabo su tarea en condiciones cada día más complejas. Quien tuvo experiencia

(1) POUND, R., *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, Editorial Comares, Granada, 2004.

(2) ALCHOURRÓN, C. E. Y BULYGIN, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1974, pp. 19-26.

(3) Vid.: SCHAUER, F. *Pensar como un abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2013, pp. 117-135. Esta cuestión nos hace recordar que, cuando se habla de *common law*, es habitual aludir al enfoque general de ordenamientos jurídicos de origen británico para distinguirlo del conocido *civil law*, tal como existe en países como el nuestro, que derivan de la tradición jurídica del derecho romano y del Código Napoleónico. La característica definitoria de la práctica del *common law* es la ausencia de un código maestro de leyes, siendo lo más relevante, el derecho generado por los jueces en sentencias vinculadas a disputas individuales, aunque también se sostiene que la reforma a que aludo, adhiere a una: "...interpretación activista, no originalista", aceptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su par, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y -en nuestro país- por la CSJN desde hace muchos años... a partir del caso "Kot"... Cf.: KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. "Pautas para interpretar el Código", incluido en *Código Civil y Comercial - Concordado con el régimen derogado y referenciado con legislación vigente*, 2ª reimposición, Astrea, Buenos Aires, 2015.

(4) Aludo a la reforma producida por la ley 26994, sancionada el 01/10/2014; promulgada el 07/10/2014; publicada, BO, el 08/10/2014, con fe de erratas, BO, de fecha 10/10/2014.

en esa labor cotidiana, conoce que los jueces deben dictar al menos dos sentencias por día y al mismo tiempo, tramitar entre quinientos y mil asuntos pendientes en el tribunal a su cargo, que no pueden resolver dentro de los plazos legalmente establecidos. Del mismo modo, el proceso escriturario hace imposible que asista a la producción de las pruebas y de ese modo, no permite que las partes tengan derecho a una tutela judicial efectiva, cuando son los propios jueces a quienes la Constitución les impone la obligación de proteger. Tampoco es dable soslayar la existencia de cierta degradación material de su actividad, en tanto resulta obvio que los jueces carecen de tiempo para analizar el material colectado dentro del proceso y los escritos que se presentan durante su desarrollo. Esta proposición se verifica con sólo cronometrar sus tiempos que muestran de modo evidente, que tampoco le será fácil entender lo que consta en toda la cantidad de folios que componen cada expediente. Por todo ello, se trata de comprender que nuestra administración de Justicia no es sólo un asunto de políticos y jueces, sino que es de interés de todos los ciudadanos y por eso, nos encontramos ante una clara cuestión de Estado. A todas esas deficiencias, suelen agregarse ciertos lamentables comportamientos por parte de quienes integran sus asociaciones, como opinar sin que nadie lo requiera y muchos de quienes las integran, callan y padecen, al ver que algunos de sus miembros se muestran ante los medios, dispuestos a participar en ciertos escándalos o ser entrevistados por determinados periodistas. Finalmente, tenemos demasiada experiencia sobre el modo en que las reformas afectan a grupos -más aún, si se trata de aquellos que tienen carácter corporativo- que muestran reacciones de diverso tipo, pero especialmente, la de todos aquellos que no acuerdan con ella o bien, directamente la resisten.

Viendo ahora esta misma cuestión desde el punto de vista de las propuestas teórico-dogmáticas, es posible afirmar que quienes las practican deberán llevar a cabo un complejo trabajo que estimule una nueva práctica interpretativa y doten a todos quienes en ella intervienen de una determinada y precisa orientación. Es otra ardua y compleja tarea porque se trata de modificar diversos hábitos -adquiridos a través de un tiempo inmemorial- y entre ellos, que sus análisis se presenten con más precisión y moderación a la hora de cumplir con su función, tanto si ella es descriptiva como si lo es, específicamente, normativa.

II. Consideraciones sobre la reforma

Luego de entrar en vigencia la indicada reforma del Código Civil y Comercial (CCC) corresponde preguntarse si con ella, será posible generar cambios en el modo de interpretar el derecho en general, y en especial, aquello vinculado al derecho privado y su relación con los textos constitucionales y los Tratados, en los cuales nuestro país es parte. Es decir, aquello que -extrañamente- con la reforma efectuada se entiende como una “constitucionalización del derecho privado”.

A su vez, al introducir esa reforma la distinción entre normas, principios y valores que, en sintonía con su inclusión en el CCC, el derecho privado deberá operar dentro del marco de un Estado Constitucional de Derecho y con ello, se presente una posible controversia respecto de la existencia de diferentes estructuras entre normas autoritativamente establecidas y aquellos principios, que también deben ser protegidos.

Así, el nuevo listado de fuentes establecido en su art. 1° dispone que la interpretación se debe llevar a cabo conforme a la Constitución; los tratados; la jurisprudencia; y finalmente, conforme al valor de la costumbre, en tanto ella no contraríe al derecho positivo. A su vez, el art. 2° alude explícitamente al modo de interpretar las palabras; su finalidad; su relación a leyes análogas y tratados sobre derechos humanos, principios y valores; dispositivo que se complementa, con la vaguedad propia del texto del art. 3°, en cuanto dispone que los jueces deben resolver las controversias individuales radicadas en su Tribunal, mediante a una “*decisión razonablemente fundada*”, cuestión que los comentaristas estiman presentará dificultades a la hora de determinar su alcance (5).

A partir de esta reforma, la distinción entre reglas y principios será presentada como estructuras normativas que, según el punto de vista que se adopte, se dirá que operan conforme a hermenéuticas distintas o bien, en forma contraria, que no existe diferencia alguna entre ellas. A pesar de esto, la distinción que entre reglas y principios como estructuras normativas vigentes en nuestro sistema jurídico, operarían con hermenéuticas interpretativas diversas, que construyeron un mapa poco confiable en la mayoría de los casos de pronunciamientos constitucionales emitidos por la Corte; y desde mucho tiempo, se presentaron como inferencias lógicas del propio ordenamiento jurídico argentino siendo caracterizados como Principios Generales del Derecho (en adelante PGD). Por tanto, luego de la aludida reforma, será necesario emprender el estudio de la forma de distinguir los llamados PGD, conforme a la Constitución parcialmente modificada en el año 1994 y para ello, partir antecedentes doctrinarios, jurisprudenciales y normativos que le dieron su origen.

Con el presente, pretendo mostrar la diferencia de paradigma argumentativo entre los usos de nuestra Corte Suprema de Justicia (Sala Civil) y aquello que sucede con la ideología de buena parte de los operadores jurídicos dentro del Derecho Privado en nuestro ámbito. Esto así, porque no es costumbre en ellos distinguir entre una hermenéutica vinculada a normas positivas y otra, destinada específicamente a justificar el uso de principios (en un sentido amplio). En alguna medida, esto también ocurre porque nuestra Corte supo defender, durante un largo periodo, un literalismo conceptual apegado a la estructura gramatical superficial de los textos jurídicos (6). Es decir, aquella que se aplicaba bajo la forma de un rígido silogismo específico que, en apariencia,

(5) Al respecto se afirma que la tarea del juez reposará en consultar las fuentes del derecho, establecer su relación para el caso individual y finalmente, dictar una sentencia “razonablemente fundada” y ello, soslaya que el concepto de razonabilidad es extremadamente subjetivo en materia jurídica y moral. Y eso, hará del magistrado un autor y moderador en el “diálogo” que las fuentes puedan determinar en su propio pensamiento, sin que se prevea cuál podrá ser la que privilegie a la hora de resolver. Vid.: GUIBOURG, R. A., “El riesgo de no saber qué leyes nos regirán”, en *Diario La Nación*, viernes, tres de enero de 2014.

(6) HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, J., *Principios de Filosofía del Lenguaje*, Capítulo 4 “Ars Grammatica”, Alianza Editorial, Madrid, 1986, pp. 67-135, y VERNENGO, R. J., *La Interpretación literal de la ley*, segunda edición ampliada, Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1994; y del mismo autor, *La interpretación jurídica*, en especial, capítulo VIII “Interpretación y decisión judicial”, Instituto de Investigaciones Jurídica, Serie G Estudios Doctrinales 19. UNAM, México D.F., 1997, pp. 113 y ss.

parecía generar cierta seguridad jurídica (7). Con ello, todo colaboró en soslayar toda consideración teórico-filosófica acerca de los principios en tanto estándares o guías generales que no admiten el uso de esa hermenéutica, en tanto se estime que sólo es posible interpretarlos y justificarlos mediante lógicas no monotónicas o de otro modo, hacerlo mediante la forma de un silogismo práctico.

Por tal motivo, es importante tratar de comparar las doctrinas de jueces y otros operadores jurídicos del derecho privado usadas respecto de esos PGD y confrontarlas, con las formas de interpretación que otras Cortes Constitucionales les dieron. Con ello, será posible verificar si los usos interpretativos propios de una jurisdicción constitucional parecen coincidir o no, con aquellos que, habitualmente, se han dado hasta el presente, con pocas excepciones, por parte de la dogmática civil. Y esto también ocurre porque, en orden a la aplicación de principios, es necesaria una genuina interpretación que se caracterice por su novedad, alteridad y progresismo.

De allí, que el actual método interpretativo posiblemente deba ser reemplazado por una hermenéutica más libre, en la cual la ley deje de ser la única fuente de derecho y comience a complementarse o bien, ser reemplazada por fuentes que son propias de otros sistemas ajenos a nuestras concepciones tradicionales, tales como el uso del precedente, la costumbre, y principalmente, la específica analogía. Todo ello, nos ubica en una problemática interesante que tiene que ver con la concepción misma del Derecho Privado en Argentina.

En el fondo, lo que todo esto destaca es la existencia de una lucha por decir el Derecho y donde la supremacía del poder legislativo, parece resultar amenazada por corrientes alternativas que lo conciben como algo más que un problema geométrico. De allí que, en la medida que los jueces -y principalmente el juez constitucional- pasen a ocupar un protagonismo inusitado se revelará que, en el escenario jurídico de nuestro país, realmente ocurre o no un profundo cambio de concepción. Y en su caso, que ella se presente como un nuevo paradigma, de un lado, por un derecho sustentado en el respeto a la ley como fuente única, aplicada mediante una hermenéutica dogmática y literal; y por la otra, un derecho menos apegado a la regla positiva escrita y enfocado en un nuevo paradigma de justicia. Esta nueva forma de entender el derecho predica la necesidad de una hermenéutica basada, en algunos casos, en la tópica o la retórica; y en otros, como una nueva lógica; o una teoría estándar de la argumentación jurídica; una teoría del discurso moral práctico, del precedente jurisprudencial; o una teoría del discurso como diálogo, que resulte más cercano a la política que al Derecho.

(7) Esto se sostuvo -antes de la derogación del artículo 16 del Código Civil- por entender que los jueces debían atenerse a las palabras de la ley. Si tal directiva no resultaba aplicable, podrían recurrir a su espíritu, conforme a propósitos del legislador. Si tampoco eso era posible, tendrían que atenerse a “los principios de leyes análogas”, es decir, una ampliación del margen, pero vinculado al contenido concreto de otras leyes. Y finalmente, autorizar a los jueces para guiarse por “principios generales del derecho”, o sea, de ideas que todos creen saber, pese a que no todos comprenden de idéntica manera. De este modo, se afirma que la norma derogada establecía etapas preferentes en el proceso de interpretación de las normas del Código. Sin embargo, con lo dispuesto en este art. 3 CCC se amplía considerablemente más, la discreción de los jueces. Ver también: GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho*, Editorial Civitas S. A., Madrid, 1984.

III. Sobre la controversia y diferentes propuestas epistémicas

Dentro de esta nueva concepción del Derecho, la aplicación de los PGD como fuente de tensión de una hermenéutica que la Corte debería utilizar al resolver cuestiones puestas a su consideración. Esto demandará un estudio profundo del problema a fin de establecer si es que realmente nos encontramos ante una novedad o si en el fondo, se trata simplemente de retomar concepciones renovadas que, ya desde el Derecho Romano, eran presentadas como herramientas alternativas (8). Estas últimas concepciones fueron desarrolladas conforme a teorías como la jurisprudencia de intereses de Philipp Heck (9) y Rudolf Von Ihering (10) en Alemania; la escuela de la libre investigación científica del Derecho de Gény (11), en Francia; y posteriormente, también influyó en concepciones antiformalistas como, por ejemplo, la desarrollada, por Bonnecase (12).

Todas ellas fueron usadas por los miembros de la Corte Suprema de Justicia dentro del periodo comprendido entre 1930 y 1940 y posteriormente, permanecieron latentes para luego regresar sobre las mismas con un renovado ímpetu. Los PGD están ahora constitucionalizados con motivo de la reciente reforma del Código Civil (Capítulo I, Derecho, art. 1º - Fuentes y Aplicación). A su vez, el actual debate sobre la distinción entre reglas y principios se adoptó como un problema exclusivo del Derecho Constitucional al ser evidente la necesidad de una nueva modalidad de interpretar Derechos fundamentales (13). Sin embargo, esta distinción entre reglas y principios se origina en la práctica del derecho privado y resulta más cercana a la oposición entre Derecho natural y Derecho positivo. La fórmula de los PGD fue usada en distintos Códigos Civiles, aunque se debe reconocer que diversas legislaciones mostraron ante los PGD posturas negativas que no los reconocían como genuina fuente del Derecho. Por tanto, es necesario comprender que aún hoy subsiste una fuerte corriente doctrinaria que sostiene la inexistencia de los PGD, o en el mejor de los casos, que existiría una separación que se presenta conforme a una postura *débil* (14). Según esta tesis, la

(8) Vid.: STEIM, P. G., *El Derecho Romano en la historia de Europa*, Siglo Veintiuno de España Editores S. A. Madrid, 2001, pp. 11-12.

(9) HECK, P., *El problema de la creación del Derecho*, Ediciones Ariel S. A. Barcelona, 1961.

(10) VON IHERING, R., *Abreviatura de El Espíritu del Derecho Romano*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S. A. Madrid, 1997.

(11) GENY, F., *Método de interpretación y fuentes en Derecho Positivo*, Editorial Reus S. A., Madrid, 1925.

(12) BONNECASE, J., *Introducción al estudio del Derecho*, Editorial Temis S. A., Bogotá, 1982.

(13) ALEXY, R., *Teoría de los Derechos fundamentales*. CEC, Madrid, 1997.

(14) Un grupo importante de expositores admiten la existencia de Principios Generales del Derecho, siempre y cuando su existencia conceptual se sustente en una distinción débil entre normas y principios. Prefieren afirmar que los principios no son distintos de las normas expresadas en términos de normas jurídicas. Para ellos, los principios plantean idénticos problemas conceptuales que las normas; que no presentan un origen distinto ni constituyen una forma especial cualificada para que la moral penetre en el Derecho, sino que, del mismo modo que el resto de las normas, se puede predicar su existencia si resultan válidos conforme a la regla de reconocimiento o si la práctica de los operadores jurídicos así lo acredite. Ver: PECZENIK, A., "Los Principios Jurídicos según Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero", en *Doxa* 12, 327/31, 1992; PRIETO SANCHIS, L., *Sobre Principios y Normas. Problemas de razonamiento*

diversa tipología entre normas y principios jurídicos sólo constituye una variable que depende de cierta diversidad en las formas de argumentar y proporcionar solución a los conflictos. Las diferencias entre normas y principios tienen un carácter disyuntivo pero no son necesarias y suficientes en tanto los principios jurídicos podrían ser definidos mediante *género y diferencia*, como sucede con normas jurídicas que se configuran como tal, de acuerdo a una elección valorativa en la fase de producción del derecho (por el legislador que atribuye a algunas normas el nombre de principios); o al tiempo de aplicación del derecho en casos concretos (generalmente por los jueces), o finalmente, por el propio razonamiento jurídico tanto por aquellos, como por todos los interpretes legales.

Conforme a esta configuración, la aplicación y el razonamiento jurídico se encontrarían normalmente motivados. En otros términos, el órgano de aplicación o el intérprete dogmático, justifican aquello que dispone una determinada norma como principio y para ello, los fundan en la supuesta presencia de características diferenciales (de tipo estructural o funcional) de aquella norma frente a otras que pertenecen al mismo orden jurídico.

Por el contrario, se presenta una posición que defiende una diferencia robusta entre normas positivas y principios, directrices y valores (15) y para ello, con diversas especificaciones, predicen que ellas presentan precisas diferencias estructurales y funcionales. Además, que estas son parte de la forma de interpretar unas y otras, conforme a variaciones dependientes de una tipología diversa entre ambas.

1. Los orígenes de las controversias

El concepto de los PGD se presentó en sus orígenes como consecuencia de los procesos de codificación y en este sentido, según manifiesta Prieto Sanchís, se terminó constituyendo en un dogma la propia categoría de dos tipos de normas y mostró que ellas se encontrarían dotadas de criterios que tienen una tendencia a mostrarse como contradictorios. Así, frente a la circunstancia de que los jueces no pueden dejar de decidir conflictos a su cargo bajo el supuesto de oscuridad o inexistencia de norma aplicable al caso concreto; que al mismo tiempo siendo que el juez se considera mera boca de la ley, ellos no son los que adjudican sentidos a la norma, sino que los descubren. Para hacer compatibles ambos postulados se impuso la necesidad de adoptar el dogma de plenitud y coherencia del Derecho y con ello, la inexistencia de lagunas o contrariedades. También se hizo indispensable presentarlas con determinada apariencia de precisión y para ello, ofrecer una completa descripción de sus fuentes a fin de que los jueces puedan por tener especiales condiciones para encontrar, en todos los casos, la norma que resultará ineludiblemente aplicable.

jurídico, CEC, Cuadernos y Debates. Madrid, 1992, pp. 131 y ss.; CARRIÓ, Genaro R., *Principios Jurídicos y Positivismo Jurídico. Notas Sobre Derecho y Lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986.

(15) Entre otros muchos autores pueden citarse: HERNANDEZ MARÍN, R., *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Marcial-Pons Ediciones jurídicas, Barcelona, 1998. DIEZ-PICAZO, L., *Sistema de Derecho Civil*, Editorial Tecnos S. A. sexta edición, cuatro volúmenes. Tomo I, Madrid, 1998. DIEZ-PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Editorial Ariel S. A., Barcelona, 1992.

Tal postulación se remonta a tiempos de Aristóteles -y hasta es posible que existiera desde períodos anteriores al mismo-, que reconocía que en caso de inexistencia de leyes o posiblemente, también con el objeto de evitar su aplicación, quienes resolvían conflictos debía actuar conforme a lo que hoy aludimos con el término “equidad”. Esto porque en su tiempo, el propio Aristóteles admitió que las leyes tienen la característica distintiva de su “generalidad” y por ello, en determinadas y específicas circunstancias, suelen presentarse casos en los que la rígida aplicación de las leyes podía conducir a indebidas soluciones (16). En términos de Aristóteles: “(...) Toda ley es universal (pero), en casos en los cuales es necesario hacer un pronunciamiento general, y es imposible hacerlo de manera correcta, la ley toma en cuenta la mayoría de los casos, no sin admitir que de esta manera se comenten errores (...). Esto es por lo cual la equidad no es mejor que la justicia absoluta, sino solo que el error se debe a la generalización” (17).

Conforme a todo ello, con el tiempo, la teoría jurídica consideró a los PGD como principios originales del Derecho Natural, pero frente a su vaguedad, reconocer que era posible producir indebidas arbitrariedades. Con ello, la aplicación de normas rígidas en materia jurisdiccional podía provocar inseguridad y falta de certeza. Por ello, se hizo indispensable que se reconocieran legalmente a los PDG como una parte del sistema jurídico y entendiendo que ellos constituían una deducción por analogía desde el mismo orden jurídico para poder soslayar lagunas y al mismo tiempo, establecer su legal clausura.

2. Breve referencia al estado actual de la controversia

En la actual teoría del derecho la disputa volvió al escenario del discurso jurídico mediante un artículo que, en el año 1967, publicó Ronald Dworkin, bajo el título “¿Es el Derecho un sistema de reglas?”, texto que posteriormente se incorporó a su libro: *Los Derechos en serio*, como Capítulo “El modelo de las normas” (18). En ambos casos, Dworkin expresó su oposición a la tesis central de la teoría jurídica de H.L.A. Hart (19), conforme a la cual, el Derecho sólo se encuentra formado por reglas primarias de conducta y secundarias o potestativas. Al respecto, Dworkin sostuvo que los jueces al resolver conflicto; los abogados al argumentar sobre ellos; y en general, los justiciables al interpretarlos, lo hacen usando otro tipo de normas, es decir, principios y directrices que presentan sustanciales diferencias respecto de aquellas señaladas por Hart. Afirma que, si bien estas últimas también se dirigen a ciertas decisiones que versan sobre obligaciones jurídicas en circunstancias determinadas, lo hacen de distinto modo. Esto sucede porque ellas “no se basan en una decisión particular de ningún tribunal u órgano legislativo, sino en un sentido de convivencia u oportunidad que, tanto en el foro como

(16) ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Libro V, Capítulo. X, Traducción de Mariano de Azcarate. México, 1992.

(17) ARISTÓTELES, ob. cit., 1137 a-b.

(18) Cf.: DWORKIN, R., *Los Derechos en serio*, Editorial Planeta-Agostini, Barcelona, 1999, p. 72.

(19) HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961, p. 40.

en la sociedad, se desarrolla con el tiempo” (20). Por tanto, su tesis es que el Derecho no solo se conforma con normas sino también, con otro elemento indispensable y lógicamente distinto, descubrir que un “principio es jurídico”, no es un ejercicio que se agota con una constatación sociológica o histórica sobre comportamientos observados en determinada sociedad por parte de operadores jurídicos, sino que supone la presencia de una argumentación justificadora. De otro modo que ellos operan en el campo de la justificación y no en el campo del descubrimiento o descripción del Derecho vigente.

Las normas a las que aludió Hart se aplican si se dan los hechos que describen como condición, entonces: o bien la regla es válida y su disposición debe ser aceptada, o bien no lo es, por lo que no se aplica. Así, Dworkin manifiesta que contrariamente a lo que sucede con las normas, los principios poseen una dimensión de peso o importancia o una fuerza gravitacional que implica que frente a un hecho o conjunto de hechos que deben ser regulados, el principio puede o no ser aplicado cuestión que depende del uso de ciertos criterios de razonabilidad por parte del intérprete. Si el juez decide no aplicar determinado principio y ponderar que corresponde aplicar otro que se le opone, esa decisión hace que uno de ellos sea superado por la fuerza del otro en el caso específico. Esto no implica que el primero termine derogado o declarado genéricamente inválido. Asimismo, tales principios no producen en el caso concreto un indebido cambio retroactivo del derecho, porque es sólo una consecuencia a la que el tribunal arriba, luego de realizar un estudio profundo, abstracto y filosófico de los propios fundamentos del ordenamiento jurídico y con ello, logra determinar la respuesta correcta preexistente (21).

Finalmente, esta controversia no cesó porque, posteriormente, Hart defendió su teoría sosteniendo que ella no afirma que el Derecho se integre únicamente por reglas y además por ciertas pautas como aquellas que Dworkin denomina principios. A su vez, negó que estos últimos no puedan ser también identificados conforme a la Regla Secundaria de Reconocimiento. Sin embargo, Dworkin reitera que respecto de los principios no existe ningún método empírico que pueda identificar todos aquellos principios que forman parte del Derecho. Y Hart volvió a reiterar que no puede soslayarse su clara explicación de que las normas que regulan acciones específicas, siempre pueden presentar una textura abierta que afecte su significado y hace que ellas, siempre tengan excepciones que no pueden especificarse en forma exhaustiva. De allí que las diferencias lógicas establecidas por Dworkin respecto de los principios, conforme a Hart, no son precisas e incluso, llega a sostener que puede darse el caso de normas que no se apliquen del modo “a todo o nada” y que, en tales supuestos, también es factible que se puede recurrir a la citada dimensión de peso o fuerza argumentativa, a la que alude el primero de los nombrados.

(20) Cf.: DWORKIN, R. (1999), ob. cit., pp. 94 y 95.

(21) Cf.: DWORKIN, R. (1999), ob. cit., pp. 120 y 121 y del mismo autor (1988): *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, pp. 22-43. Esto también mostraría que no se trata de un cambio retroactivo o de un nuevo Derecho generado por el Juez al resolver un caso específico, sino una solución más coherente con los principios políticos más profundos que lo sustentan, luego de que el mismo profundice la cuestión y llegue a los fundamentos más abstractos del mismo Derecho.

Sin embargo, al mismo tiempo en que Hart y Dworkin discutían acerca de si los últimos formaban o no parte de un sistema jurídico específico, Robert Alexy consideró que esa distinción sólo tiene carácter funcional y trató de comprender cuál era su objeto y la forma como son habitualmente usados. De este modo, Alexy sustentó que era necesario un discurso racional aplicable dentro del proceso de argumentación jurídica (22). Que ello es válido no sólo para la teoría, sino en la práctica, en tanto dicho aspecto es el ideal que garantiza un carácter científico a la jurisprudencia y a la vez, proporciona legitimidad a las decisiones judiciales. Su teoría sostiene que ciertas normas permiten más que otras el desarrollo de determinada clase de argumentación y es por eso, que reconoce una diversa configuración de los principios aun cuando no le sea posible determinar un límite riguroso entre normas y principios. De allí, que conforme expresamente lo sostiene Alexy: “El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son mandatos de optimización mientras que las reglas tienen el carácter de mandatos definitivos” (23). De esta manera, el principio -que tiene precedencia- sólo restringe las posibilidades jurídicas de satisfacer a aquel que es desplazado en el caso concreto (24). Pero entonces, es posible preguntarse sobre la procedencia o no, de cada uno de ellos. ¿Qué método tenemos para proponer solución a este problema? Y su respuesta es que todo depende de la fuerza gravitacional de los principios opuestos y que, simultáneamente, a diferencia de lo que ocurre con las normas, su colisión no se presenta en la dimensión de la validez y dentro del sistema jurídico, sólo que se producen en la nueva dimensión de la ponderación (25). La argumentación jurídica de Robert Alexy asume la pretensión de fundar el método jurídico mediante la aplicación de un componente con mayor racionalidad que la mera concurrencia de normas en el debate de cuestiones jurisdiccionales y al mismo tiempo, otorgar más versatilidad a sus administradores, al aplicar recursos que les son propios. En suma, su teoría tiene la pretensión de resolver, dentro de lo discursivamente posible, problemas actuales que, según piensa, superan al positivismo jurídico aun cuando ofrezca -respecto de los problemas hermenéuticos- nuevos campos para la investigación.

Las soluciones que las actuales sociedades reclaman para la solución de sus conflictos podrían superarse con otros métodos jurídicos y por ello, se estima que es necesario regresar al uso de la Tópica con el objeto de posibilitar una forma de argumentación jurídica que se muestre más plural y acorde a los constantes cambios que en ellas se producen.

La necesidad de fundamentar una teoría de la argumentación jurídica conforme con el actual estado del debate metodológico, tiende a obtenerse sobre la base de dos

(22) ALEXY, R., *Teoría de los Derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1998.

(23) El término “mandatos de optimización” usado por Alexy señala que un mandato que se deriva de un principio se caracteriza por poder cumplirse en diversos grados y, además, porque su aplicación depende de circunstancias fácticas y especialmente, de posibilidades jurídicas, tesis rechazada por Atienza y Ruiz Manero. Ver: ATIENZA M. Y RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Editorial Ariel S. A., Barcelona, 1996, pp. 9-11.

(24) DWORKIN, R. (1999), ob. cit., pp. 24 y ss.

(25) DWORKIN, R. (1999), ob. cit., pp. 26 y ss.

exigencias, tales como su adaptación a nuevos criterios de racionalidad que, conforme lo entiende Habermas, implica una precomprensión de la realidad como una explicación que se busca fuera de ella. Y, en segundo lugar, ubica el rol del derecho y la argumentación, como su expresión funcional dentro de una sociedad en la que se presentan exigencias no sólo regulativas, sino decididamente instrumentales para adaptarse a un sistema constitucional moderado.

A su vez, en el caso de los principios predomina un razonamiento dialéctico y retórico que, en general, propugna actitudes antiformalistas relacionadas con una hermenéutica cuyo método característico se vincula con la tópica, conforme en su momento fuera expuesta por Viehweg (26). Ella se corresponde con las llamadas lógicas no monotónicas, es decir, aquellas que se usan en el silogismo práctico, caracterizada por un tipo de argumentación en la cual el iter del paso de las premisas a la conclusión no se produce necesariamente.

Así, en un breve resumen y, en primer lugar, éste método se caracteriza como una alternativa de buscar respuesta sin partir de las normas, sino lograrlo a partir del problema que se pretende resolver desde una multiplicidad de perspectivas. Tal método inductivo permitirá -al usar proposiciones y premisas normativas- hacerlo desde el problema fáctico y valorativo propio del caso individual, en la búsqueda de una tercera vía que permita conciliar el Derecho con la justicia (27). Por ello es que se usan argumentos apodícticos o demostrativos que se corresponden con lugares comunes y examinan premisas fundadas en hechos. Obviamente, se trata de una eficiencia relativa en tanto no parte de verdades absolutas y, además, se reconoce que su fracaso se vincula con el hecho de que la teoría sobre el uso de premisas como fundamento en juicios singulares, resulta problemática por su indeterminación y además, por no definir el punto de vista que debe prevalecer. Sin embargo, se destaca que su uso por jueces y magistrados constituye una herramienta básica para deducir, dentro del sistema jurídico, sus principios, así como presentarlos en sus fallos, con determinado margen de racionalidad para que se considere que están bien argumentados.

En segundo lugar y vinculado a la *retórica*, fue Perelman quien distinguió entre razonamientos analíticos o lógico-formales respecto de razonamientos dialécticos (28). Al respecto, sostuvo que en las primeras formas de razonamiento se utiliza una lógica formal basada en el silogismo, es decir, aquella que presenta cada argumento como dependiente del anterior y de ese modo, que en su conclusión llegue al resultado necesario. Contrario a ello, el razonamiento retórico funciona en el ámbito de lo probable y conforme al mismo, no se trata de establecer verdades evidentes; pruebas manifiestas; o demostrar el carácter razonable de una determinada decisión u opinión. Por el contrario, se la usa con el objeto de persuadir y convencer, cuestión que sólo es posible dentro

(26) VIEHWEG, T., *Tópica y Filosofía del Derecho*, Gedisa Editorial Estudios Alemanes, Barcelona, 1991.

(27) ARANGO RIVADENEIRA, R., "El valor de los principios fundamentales en la interpretación Constitucional", en *Revista de Derecho Público* N° 5, Universidad de Los Andes. Bogotá, 1994, p. 56.

(28) PERELMAN, CH., "El razonamiento jurídico", *Centro de Estudios de Filosofía del Derecho, Cuaderno N° 5*, Maracaibo, 1973 y especialmente *La nueva retórica y los valores*, Editorial Civitas, Madrid, 1979.

de un auditorio al que se dirige un discurso y por ello, no es posible calificarlo como objetivo o imparcial. Para ello, se requiere partir de puntos de vista en que el orador coincide con el auditorio y desde allí, pasar a la elección para concluir presentando las premisas, dentro de un discurso cuya finalidad no sólo es obtener la adhesión del auditorio, sino también de acrecentarla.

En el caso de Toulmin, la teoría se desplaza hacia una lógica operativa o aplicada cuya fuerza reside en los argumentos (29). Así, este autor destaca que un buen argumento es aquel que resiste la crítica y a su favor, es posible presentar un caso que satisface los criterios y para ello, requiere un veredicto favorable. De allí, que Toulmin se encargue de destacar la relevancia de diferenciar argumentar y razonar. Sostiene que argumenta quien formula pretensiones, las cuestiona y luego de ello, las respalda mediante razones. Por el contrario, quien razona opera con un sentido más estricto, conforme al cual se alude a la actividad de proporcionar razones en favor de una pretensión y mostrar el modo en que ellas tienen éxito para proporcionarle fuerza. De esta forma, un argumento se constituye sobre la base de cuatro elementos, a saber: la pretensión, las razones, la garantía y el respaldo. Se trata de un tipo de argumento práctico y no lógico, porque el paso desde los argumentos a la conclusión, no resulta necesario en tanto opera con respaldos modales, tales como: “presumiblemente”, “probablemente”, “con toda probabilidad”, “según parece”, etc. Como consecuencia, el sistema jurídico se presenta como un escenario ideal para la práctica y el análisis de este tipo de razonamientos en tanto proporciona un foro intenso para argumentar sobre distintas versiones de los hechos dentro de un conflicto que se presenta como de solución imposible, aun cuando se recurra a una mediación o conciliación. Por ello, los tribunales de apelación son los que brindan la oportunidad de revisar argumentos, pero no lo hacen desde la óptica de los hechos, sino mediante el análisis de cuestiones de derecho.

A su vez, Neil MacCormick formula una teoría del estándar argumentativo en tanto práctica y específicamente, aquella que es jurídica y persigue cumplir, en ambos casos, una función de justificación (30). Así, la argumentación se puede encontrar en las sentencias cuando ellas se dirigen a ocultar las verdaderas razones de la decisión. Justificar una decisión jurídica consistiría en proporcionar razones que destaquen que con ellas se asegura una justicia conforme al Derecho. Para este expositor, justificar una decisión en un caso difícil significa, en primer término, cumplir con el requisito de universalidad. En segundo lugar, trata de fundamentar que la decisión tiene sentido en relación con el sistema, es decir, que respeta principios de consistencia y coherencia, análisis que sólo considera posible generar desde el sistema y sus normas vigentes. De esa forma, MacCormick asevera que aun cuando los argumentos consecuencialistas son decisivos a fin de justificar una decisión, ello no puede ser, en modo alguno, concluyente. Por tanto, en contra de lo que sostuvo Dworkin, consideró imposible la pretensión que, para

(29) TOULMIN, ST. E., *El puesto de la razón en la ética*, Alianza Editores, Madrid, 1979.

(30) MACCORMICK, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 2012; y “Legal Reasoning and Practical Reason”, en *Midwest Studies in Philosophy*, n° 7, Oxford, 1982. También: BENGOTXEA, J., *Razonamiento jurídico y post-positivismo: La contribución de Neil MacCormick*, Universidad del País Vasco, 2010.

cada caso difícil, pueda existir una única respuesta correcta. El razonamiento jurídico es aquel firmemente institucionalizado y formalizado como razonamiento moral y para ello, será necesario recurrir a una teoría estándar de la argumentación cuya justificación, dentro de las sentencias, se entenderá como un mecanismo que proporciona razones para demostrar que la decisión jurisdiccional asegura una justicia conforme a derecho. Se trata de un análisis que se lleva a cabo sólo dentro del contexto de la justificación y en ningún caso, en el contexto de descubrimiento. Por tanto, en este caso la relación argumentativa no vuelve a mostrarse como producto de un razonamiento lógico, sino que es el que deriva de criterios subjetivos del juzgador -no necesariamente emocionales- que constituyen el producto de una honesta y razonable indagación llevada a cabo por el juzgador en la búsqueda de hacer justicia y al mismo tiempo, poder sustentarla en justificaciones de carácter deductivo. En síntesis, se trata de partir de reglas validas del sistema que, una vez determinadas, permitan efectuar una justificación interna respaldada por razones subjetivas, como la consistencia y coherencia de la sentencia con relación al mundo y que, en el caso concreto, se sustentan en argumentos fundados en principios, es decir, en un tipo de normas que, a pesar de su textura abierta, la persona acepta por considerar que determinada decisión tiene fuerza explicativa y justificadora.

Para finalizar con este breve repaso, corresponde aludir a la teoría procedimental de Jürgen Habermas (31), en cuyo desarrollo se plantea un discurso jurídico y normativo entendido como diálogo que se orienta a obtener un acuerdo racional y convincente para quienes intervienen en una deliberación, al tiempo de adoptar una decisión que afecta al colectivo. Esta teoría se caracteriza por un procedimiento deliberativo *real* dentro del cual pueden participar un número ilimitado de individuos, siempre que respeten ciertas reglas entre las cuales se excluye la coactividad y además, se asegure la vigencia de los argumentos conjuntamente, con todas las precisiones necesarias para ellos. Las exigencias de los argumentos formulan como condiciones o bien, como reglas. Finalmente, el proceso de decisión puede incluir o no la posibilidad de la modificación de las convicciones normativas de los individuos que deliberan y que existen al comenzar el procedimiento. Tales reglas no garantizan que se pueda alcanzar acuerdo para toda cuestión práctica, como tampoco que siempre será posible alcanzar un acuerdo en el que todos los que intervienen estén dispuestos a seguir lo que se decida. Esta situación puede producirse en dos situaciones: sea porque el acuerdo sólo pueda cumplirse de modo aproximado; o bien, porque en el proceso de formación del juicio y la voluntad, existan discrepancias entendidas en el sentido de que saber aquello que es correcto, no significa necesariamente estar dispuesto a actuar conforme a lo que se decide. Por ello, se destaca que el ideal se encuentra en el logro del consenso, pero aun cuando el mismo no se logre, ello no significará un fracaso, porque el proceso de acuerdo, por sí mismo, constituye una razón suficiente. Tal teoría, también fue, en parte, adoptada por el propio Alexy, pero sólo en la medida en que se usan reglas y formas del discurso práctico general, pero, al mismo tiempo, si se valen de reglas y formas del discurso jurídico que expresa la sujeción a la ley, a los precedentes y a la dogmática aceptada dentro del sistema legal.

(31) HABERMAS, J., *Facticidad y Validez*, Editorial Trotta, Madrid, 2000; y *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, Editorial Trotta, Madrid, 1989.

IV. A modo de conclusión

Cualquiera sea el método que se use para realizar una interpretación de textos jurídicos, ella demanda precisar las características definitorias de normas y principios y si es necesario, trabajar con cada clase de ellos. Del mismo modo, si es necesario, se tendrá que adecuar la interpretación al método que se estime pertinente.

La distinción real entre principios y reglas se determina con menor dificultad si se tienen en cuenta los objetivos explícitos o implícitos que acompañan a cada estándar al tiempo de determinar su función. Así, por ejemplo, si se toma un caso de divorcio es normal que, para adjudicar la tenencia de hijos menores, la norma que establece que los jueces deben asignarlas teniendo en cuenta “(...) *promover el interés superior del menor*” y, del mismo modo, nuestra Corte generó durante años, la declaración de invalidez de aquellas “*sentencias arbitrarias*”. De igual modo, también se publicitó disposiciones autoritativas mediante carteles ubicados en autopistas, al disponer que, para circular en automóvil, la “velocidad máxima será de 100 kilómetros/h”. Si se observan estos ejemplos, estimo que será evidente que esta norma tendrá mayor precisión que si, en su reemplazo, se usara su justificación subyacente, es decir, que la razón de dictarla es el deseo de quien legisla que los automóviles sean conducidos “con cuidado y precaución”. Lo que pretendo señalar, que ya fue expresado en su momento por Hans Kelsen respecto de términos genéricos y abstractos en las Constituciones, es decir, en los dos primeros ejemplos, el “interés superior” y en el segundo, “sentencias arbitrarias” son términos excesivamente amplios, vagos, generales e imprecisos. Mientras que el último ejemplo, realiza la calificación de una acción en forma precisa mediante entidades matemáticas, que no admiten apartarse de lo que dispone.

Del mismo modo, la diferencia entre normas y principios aparece por todos lados, y ningún debate sobre el razonamiento jurídico será completo sin hacer una cuidadosa consideración de esta distinción fundamental (32). De modo que se advierte que la diferencia entre ambos es, en primer término, una cuestión de grado, donde en el primer extremo se encontrará la mayor vaguedad y en el otro, se presentará la más extrema precisión. De allí, que dentro de ese continuo, “la elección del punto del espectro puede ser un mecanismo muy efectivo para controlar el manejo de la discrecionalidad por parte de la autoridad de aplicación, expresión que remite a una preocupación central para el derecho” (33).

También respecto de esto, la diferencia entre reglas y principios resulta otra manera de determinar la toma de decisiones entre el presente y el futuro, sin perder de vista que su ubicación dentro de ese continuo es útil para determinar la autoridad que tome decisiones dentro de esos periodos. Para ello, se estima que no existe una única solución para concretar esta determinación inevitable. Estamos, pues, ante una distinción central

(32) Vid. GRONDIN, J. R., “Are Rules Really Better than Standards”, *Hastings Law Journal*, 45:569 (1994); DIVER, C., “The Optimal Precision of Administrative Rules”, *Yale Law Journal*, 93:65 (1983); y en cuestiones constitucionales, SULLIVAN, K. M. “The Supreme Court, 1991 Term-Foreword: The Justices of Rules and Standards”, *Harvard Law Review*, 106: 741 (1992).

(33) SCHAUER, F. (2013), ob. cit., p. 197.

sobre cuestiones vinculadas al control legislativo y la discrecionalidad administrativa. Y, además, que la graduación entre amplitud y restricción no tiene demasiada relación con la escala que va desde la mayor precisión a la más extrema vaguedad. Este último problema constituye un ejemplo muy conocido expuesto por Wittgenstein respecto de la referencia del término “juegos” (34).

Si analizamos cada una de las características que se predicen de las normas y los principios, la conclusión obvia es que este último tipo estándares reflejan de modo más próximo, ciertos presupuestos de la institucionalidad y de la vida social. Por tanto, ellos se presentan como instrumentos de solución de conflictos más dinámico o si se quiere, contemporáneo a la vertiginosa y cambiante realidad que se afronta. Sin embargo, conviene reiterar que será difícil la desaparición de un hábito de pensamiento conservador, que analiza los textos jurídicos mediante una gramática superficial, con el objeto de persuadirnos que los mismos tienen un único y correcto sentido. Será esta la aportación que puedan realizar nuestras asignaturas vinculadas a la Teoría y la Filosofía del Derecho para despertar el interés de sus alumnos frente a los cambios producidos con la reforma de nuestro ordenamiento jurídico. Para ello, será necesario proporcionar información sobre un sólido cuerpo de estudios filosóficos respecto del derecho y mostrar sus diversas perspectivas sobre técnicas de creación de normas. Sin embargo, deberemos también tener presente que no se trata de una tarea exclusiva del poder legislativo y que, al reconocer que los jueces también lo hacen y será necesario prestar una mayor atención al respecto, que hasta este momento no se ha efectuado.

Finalmente, también porque su conocimiento es relevante para todo jurista práctico y permite comprender que el estudio tradicional de la dogmática, sobre cualquier área del derecho, se puede hacer más inteligible mediante un análisis reflexivo y crítico de sus conceptos más abstractos, para luego, articular respuestas más precisas vinculadas a nuestra específica práctica.

(34) Cf.: WITTGENSTEIN, L., *Investigaciones Filosóficas*, UNAM-Crítica, México, 1988, donde se hace referencia a lo que se conoce como “parecido de familia” indicando que no existen condiciones necesarias y suficientes que compartan todas las aplicaciones adecuadas de la palabra “juego”.