

ARGUMENTACIÓN, PRINCIPIOS Y RAZONABILIDAD. ENTRE LA IRRACIONALIDAD Y LA RACIONALIDAD

Juan CIANCIARDO*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La argumentación jurídica en el contexto del caso.* III. *La alternativa de la irracionalidad.* IV. *De nuevo sobre la circularidad: argumentación, racionalidad y razonabilidad.* V. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

El devenir de la filosofía del derecho del siglo XX ha estado signado en buena medida por la progresiva toma de conciencia del carácter práctico del fenómeno jurídico. Concretamente, desde Kelsen en adelante la crítica al paradigma positivista se ha basado en advertir las implicancias y consecuencias del hecho de que el operador jurídico se enfrente constantemente a ambigüedades, a aporías, a dificultades de difícil resolución, que exigen de su parte un esfuerzo muy especial, concretamente una argumentación que condiciona la plausibilidad de la tesis de la separación entre derecho, moral y política. En el presente trabajo pretendo lo siguiente: en primer lugar, dar cuenta de algunas de las aporías mencionadas desde la perspectiva que proporciona la distinción entre principios y reglas; en segundo lugar, exponer cuál es el problema que ofrece el recurso a los principios como modo de resolver las ambigü-

* Universidad de Navarra. Una versión anterior de este trabajo fue publicada en *Dikaion* 23, 2014, pp. 11-36.

Dejo constancia de mi gratitud con el profesor Carlos Ignacio Massini Correas por sus valiosas observaciones y sugerencias, y con la profesora Pilar Zambrano por el contenido de la nota 36, que le pertenece por completo.

dades o dilemas. Se cuestionará, en concreto, la capacidad de algunas de las versiones del principialismo para resolver los problemas de justificación y de interpretación del derecho; en tercer lugar, por último, se intentará proponer como una vía de solución prometedora un entendimiento algo distinto del más habitual acerca de la relación existente entre los principios y las reglas.

Para desarrollar el primer punto nos concentraremos en casos judiciales concretos, específicamente en los problemas de interpretación que emergen cuando aparece acuciante la necesidad de resolver, de dar respuesta.¹ En el punto siguiente (apartado II) se expondrá una síntesis de las ambigüedades que se presentan en el plano de los hechos del caso, en el momento de definir de qué se está discutiendo, por un lado, y de las que aparecen a la hora de interpretar las normas que se vinculan con su solución, por otro. Se trata aquí de recoger lo que ya ha sido señalado por diversos autores en otras oportunidades, dándole quizá un orden diferente al que se sigue en las exposiciones más frecuentes. Al toparse con uno y otro elemento (con los hechos y con las normas) el operador jurídico acaba encontrándose con disyuntivas o cursos alternativos de acción respecto de los que el sistema jurídico guarda, al menos *prima facie*, silencio.

Frente a esas ambigüedades algunos juristas —entre los que destacan en los últimos años Dworkin y Alexy—² han sugerido que tanto los problemas que se presentan en el ámbito de lo fáctico como las indeterminaciones sintácticas y semánticas de las reglas o normas son resueltos (y sólo pueden ser resueltos) acudiendo a los así llamados “principios”. Según esta opinión, es a partir de estos últimos (y fundados en ellos) que los operadores jurídicos optan por una u otra(s) de las alternativas disponibles para componer los hechos o interpretar las normas. Partiendo de lo anterior se llamará la atención sobre lo siguiente: los principios, a su vez, requieren de determinación, puesto que por sí solos no determinan nada, y esa determinación se lleva a cabo mediante reglas o normas. Teniendo esto en cuenta, la sugerencia de “principialistas”, como Dworkin o Alexy, parecería conducir a

¹ No se tratarán aquí más que tangencialmente los problemas de justificación, que aparecen más o menos próximamente dependiendo del tipo de casos. Sobre la distinción entre perspectivas justificatoria e interpretativa, *cfr.* Nino, Carlos S., *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*, Barcelona, Ariel, 1994.

² *Cfr.* Dworkin, Ronald M., “Social Rules and Legal Theory”, *The Yale Law Journal* 81, 5, abril de 1972, pp. 855-890, reimpresso luego en *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977; “The Model of Rules”, *The University of Chicago Law Review* 35, 1, otoño de 1967, pp. 14-46, reimpresso luego en *Taking Rights Seriously, op. cit.*; Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

un razonamiento circular: de las indeterminaciones de las reglas a las de los principios, y nuevamente a las de las reglas. ¿Cómo superar la amenaza a la racionalidad que esconde este planteamiento? ¿Cómo evitar que este círculo sea un círculo vicioso?

En el trabajo se examinarán algunas de las diversas alternativas de respuesta que se han dado al problema mencionado. Dos de ellas conducen a la irracionalidad. La primera asume como inevitable la insuperabilidad de la amenaza expuesta y acepta de modo directo la primacía de una voluntad ideológico-despótica por encima de cualquier intento de justificación racional; la segunda es la opción de la racionalidad cientificista, que, como veremos, sacrifica en el altar de la pureza metódica la aspiración a describir fielmente el “caso central” del fenómeno jurídico: es decir, no da cuenta del carácter práctico-interpretativo del derecho o lo reduce a patología o, en el mejor de los casos, epifenómeno. El costo es la pérdida de relevancia del derecho (que no parece aportar nada significativo a la voluntad de quien decide), y su consecuente pérdida de justificación (siendo el derecho equiparable a la violencia, no hay modo de justificarlo como alternativa a ella).³ Una tercera vía, alternativa a las dos anteriores, es la de la razonabilidad. Por las razones que se expondrán al final, se optará por esta última, aunque no se la desarrollará aquí por completo.

El objeto de este capítulo se encuentra dentro del amplio abanico de temas que el profesor Carlos Ignacio Massini Correas ha estudiado a lo largo de su fructífera trayectoria.⁴ Esta circunstancia y el hecho de que este libro esté dedicado a su homenaje justifica las múltiples referencias a los trabajos de Massini que el lector encontrará en las páginas siguientes.

II. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN EL CONTEXTO DEL CASO

La tarea de decidir un caso impone al operador jurídico la necesidad de llevar a cabo una serie de selecciones sucesivas (y vinculadas) entre alternativas distintas. Tanto cuando se enfrenta a los hechos como a las normas conec-

³ Sobre la relevancia del derecho, *cf.* Cianciardo, Juan *et al.*, *Razón jurídica y razón moral. Estudios sobre la valoración ética en derecho*, México, Porrúa, 2012.

⁴ Según Massini, “uno de los temas centrales del debate iusfilosófico contemporáneo es el del puesto de la razón en el derecho o, en otras palabras, el de la determinación más o menos precisa del carácter, de la medida y de las modalidades que reviste el innegable elemento racional que integra constitutivamente la realidad jurídica”. Massini Correas, Carlos I., “Objetividad y racionalidad en la interpretación jurídica: consideraciones a partir de la obra de Owen Fiss”, *Prudentia Iuris* 71, 2011, pp. 93-114.

tadas con esos hechos se topa con realidades que deben ser interpretadas.⁵ Debe, por tanto, “descubrir el sentido, la orientación, el núcleo de inteligibilidad que las manifestaciones del espíritu humano” presentes en la descripción de los hechos llevadas a cabo por los litigantes y en las normas “ofrecen a la inteligencia”.⁶ Se trata, claro, de dos “textos” distintos, con problemas específicos, aunque en los dos casos ocurrirá que el intérprete se enfrentará a la necesidad de optar entre dos o más caminos interpretativos que no son irrazonables. Y, contra lo que en algún momento mantuvieron algunos autores,⁷ se trata de “momentos interpretativos” que no son excepcionales sino constantes e inevitables. Veamos.

1. “Momentos interpretativos” y hechos del caso

El primer trabajo del operador jurídico consiste en determinar cuál es el problema en juego. Y aquí mismo comienza la conexión entre ese trabajo y algún valor: el propio encuadre de un problema humano como problema jurídico implica su valoración como tal en desmedro de otros encuadres posibles (problema sociológico, problema moral, etcétera). Dicho con otras palabras: la afirmación de que un problema es jurídico se hace siempre desde una precomprensión del problema y desde una precomprensión del derecho que son fruto de una serie de interpretaciones, que a su vez implican valoraciones.⁸

Más allá de esto último, la inteligibilidad jurídica (o encuadre jurídico) de ese problema requiere llevar a cabo al menos tres procesos de selección

⁵ Es por eso que ha podido decirse, con razón, que la interpretación tiene un “rol central” en el fenómeno jurídico. Cfr. Viola, Francesco y Zaccaria, Giuseppe, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma, Laterza, 2000, pp. 129-133.

⁶ Zambrano, Pilar, *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica. Una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad*, México, UNAM, 2009, 1. Cfr., asimismo, Massini, Carlos, “Determinación del derecho y directivas de interpretación jurídica”, *Revista Chilena de Derecho* 31-1, 2004, pp. 155-168.

⁷ Cfr., por ejemplo, Wróblewski, Jerzy, “L’interpretation en droit: theorie et ideologie”, *Archives de Philosophie du Droit* ND XVII, París, 1972, pp. 53 y ss.

⁸ Cfr. Gadamer, Hans-Georg, *Verdad y método*, 8a. ed., Salamanca, Sígueme, 1999, pp. 331 y ss. Sobre los límites de la propuesta gademariana, cfr., entre una bibliografía desbordante, Vigo, A., “Comprensión como experiencia de sentido y como acontecimiento. Los fundamentos de la concepción gademariana del *Verstehen*”, *Tópicos* 30, 2006, pp. 145-195 (con agudeza, se distingue entre hermenéutica filosófica y filosofía hermenéutica). Con respecto al ámbito jurídico, cfr., con diferencias entre uno y otro, Massini Correas, Carlos I., *Filosofía del derecho III. El conocimiento y la interpretación jurídicas*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2008, capítulos II, VI y VII, anexo II, y Serna, Pedro, *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, México, Porrúa, 2006, *passim*.

entre alternativas distintas. Si se pretende que esos procesos sean racionales inevitablemente deberán ser valorativos, es decir, implicarán el recurso a algún valor que oriente al intérprete en su tarea.

En primer lugar, el jurista se enfrenta a la necesidad de determinar los hechos a los que se enfrenta como hechos de un determinado tipo. Cuando una persona (física o jurídica, en este último caso a través de sus representantes) acude a un abogado lo hace para resolver un problema. Un problema que es complejo, puesto que de lo contrario lo hubiera resuelto por sus propios medios. Ese problema complejo está compuesto por una serie de hechos articulados entre sí, algunos jurídicos, otros no, algunos actos humanos, otros actos del hombre, otros meros hechos no dependientes del hombre. Cada problema es desglosable en partes; cada *factum* es desglosable en partes. En infinitas partes: el simple hecho de abrir una puerta es divisible en múltiples operaciones: levantarme, caminar hacia la puerta, girar el picaporte, separar la puerta de su marco. No todos los hechos que el observador tiene ante sus ojos cuando observa un problema humano son hechos relevantes desde el punto de vista que proporciona la inteligibilidad humana, primero, y jurídica, luego, del problema.⁹ Por esta razón, el jurista debe llevar a cabo una labor de depuración, distinguiendo aquellos aspectos de los hechos que son relevantes de aquellos otros que carecen de relevancia (o tienen una relevancia menor), tanto de cara a su comprensión como *un tipo de problema* (por ejemplo, matar a otro), como de cara a su comprensión como *un tipo de problema jurídico* (por ejemplo, homicidio), como de cara, finalmente, a su prueba como tal. Si al caminar por la calle veo que una persona arroja un golpe de puño a otra con violencia, dadas determinadas circunstancias podré establecer que allí ha habido una agresión (tipo de problema), que esa agresión es una lesión (tipo de problema jurídico) y que eso puede probarse frente a un tribunal acreditando determinados hechos (los relevantes), sin tener que acreditar todos (los irrelevantes).

Un problema colateral a los que se han mencionado es el de que la determinación de la relevancia de los hechos es en parte dependiente de otros hechos: hay hechos que son relevantes en un contexto fáctico específico e irrelevantes en un contexto distinto. Por ejemplo, el color del pelo de quien conduce un coche en un accidente de tránsito puede o no ser relevante dependiendo —entre otros factores— de que el conductor haya huido sin dejar ningún dato o no lo haya hecho. La relevancia del primer hecho depende de la existencia del segundo. El problema, entonces, es la circularidad

⁹ Cf. Taruffo, Michele, *La prueba. Artículos y conferencias*, Chile, Metropolitana, 2009, pp. 41 y ss.

(no necesariamente viciosa, pero problemática) ínsita en lo que se acaba de mencionar: la relevancia de un hecho depende de otro hecho (o de otros hechos) cuya relevancia aún no se ha establecido por completo.

En segundo lugar, una vez seleccionados los hechos relevantes hay que probarlos. Existen múltiples medios de prueba, cuya pertinencia depende de la índole de los hechos relevantes. No todos sirven para todos los casos. Por eso, el operador jurídico debe elegir *sólo* los medios de prueba pertinentes o útiles de cara al establecimiento o determinación de los hechos relevantes del caso, y descartar la producción de prueba no pertinente. Se trata de un proceso de selección guiado, nuevamente, por valores: la verdad de lo ocurrido, por un lado, y la economía procesal, por otro, los dos orientados a la justicia de la decisión. En no pocas ocasiones uno y otro valor entran en conflicto y hay que procurar su armonización. Muchas veces, sin embargo, se suele postular el sacrificio de la verdad en aras de la economía procesal. Es el caso de la así llamada “verdad negociada”, por poner un ejemplo, criticada con acierto por Michele Taruffo.¹⁰ Aparecen también en juego otros valores procesales que imponen límites a la verdad y a la economía procesales: la inviolabilidad de domicilio, por ejemplo. De la ponderación de estos valores han surgido reglas procesales que rigen situaciones críticas, como por ejemplo la así llamada “doctrina del fruto del árbol venenoso”, surgida en los Estados Unidos y adoptada por diversos países,¹¹ que determina la nulidad de toda prueba producida a través de un medio que haya violado

¹⁰ El tratamiento de esta cuestión excede el marco del presente trabajo. *Cfr.*, entre otros trabajos de este autor que se refieren al tema, Taruffo, Michele, “¿Verdad negociada?”, *Revista de Derecho XXI-1*, 2008, pp. 129-151. Con un estilo que en ocasiones no está exento de polémica, Taruffo expone allí que “la verdad de los enunciados relativos a los hechos de la causa existe o no existe en función de cómo se hayan desarrollado los acontecimientos en el mundo real, y no es objeto de negociación o de acuerdo entre las partes. Como ya ha sido dicho, la no oposición no hace verdadero eso que es falso, y tampoco hace verdadero eso que ya es verdadero por sí”.

Cfr., asimismo, con remisión a la postura de Taruffo, Vigo, Rodolfo, “De la interpretación de la ley a la argumentación desde la Constitución. Realidad, teorías y valoración”, *Dikaion*, 21, núm. 1, junio de 2012, pp. 187-227.

¹¹ La *Fruit of the Poisonous Tree Doctrine* surgió en Estados Unidos en el caso resuelto por su Corte Suprema *Silverthorne Lumber Co. vs. Estados Unidos*, 251, U.S. 385, 1920; en Argentina fue adoptada por su Corte Suprema en los casos *Montenegro*, *Luciano Bernardino*, fallos 303:1938 (1981) y *Florentino, Diego*, fallos 306:1752 (1984). En otros países, en cambio, la doctrina fue rechazada o aplicada con matices; *cfr.*, por ejemplo, las peculiaridades del caso australiano en Arenson, Kenneth J., “Rejection of the Fruit of the Poisonous Tree Doctrine in Australia: a Retreat from Progressivism”, *U. Notre Dame Austl. L. Rev.* 13, 2011, p. 17. Sobre los orígenes de esta doctrina, *cfr.* Pitler, Robert M., “The Fruit of the Poisonous Tree Revisited and Shepar-dized”, *Cal. L. Rev.* 56, 1968, p. 579.

alguna de las garantías procesales reconocidas en la Constitución (o que se derive de un medio así).¹²

En tercer lugar, en la mayoría de los casos la prueba producida conduce a conclusiones no totalmente coincidentes —y no pocas veces contradictorias— respecto de los hechos. El intérprete se enfrenta en este punto a la necesidad de asignar diversos grados de importancia a la prueba producida, según cuál sea su fuerza de convicción. Si no pudiera asignarse distinta fuerza de convicción a las pruebas contradictorias o no plenamente coincidentes no sería posible establecer qué ocurrió, cuál es el problema jurídico en juego. Vale la pena resaltar que la formación de esa convicción tiene un objeto propio: lo ocurrido. La convicción debe formarse acerca de *lo que pasó*, sobre la base de las pruebas producidas que son seleccionadas y sopesadas según la “sana crítica”.¹³ Convicción íntima no equivale a convicción irracional o incomunicable (que haría inverificable su racionalidad).¹⁴

En suma: en las tres ocasiones mencionadas el jurista se enfrenta a la necesidad de elegir entre caminos diversos, todos ellos disponibles para él.

2. *Los textos y las proposiciones*

Una vez definido el problema humano que se debate dentro de un contexto que le proporciona una cierta inteligibilidad, resulta necesario: *a)* encontrar las normas jurídicas que se vinculan con él; *b)* interpretar esas normas jurídicas, y *c)* llegar a un resultado. Cada uno de los pasos de este proceso es valorativo, como se expondrá a continuación.

En primer lugar, deben seleccionarse los textos o materiales jurídicos que se conectan de algún modo con los hechos y que pueden brindar pautas o criterios para hallar una solución. De modo análogo a lo ocurrido con

¹² Sobre la evolución jurisprudencial de esta doctrina puede consultarse Ashraf, Michael Jeffrey, “United States v. Patane: Miranda’s Excesses”, *Journal of Civil Rights and Economic Development* 20-1, 2005, p. 7; Bransdorfer, Mark S., “Miranda Right-to-Counsel Violations and the Fruit of the Poisonous Tree Doctrine”, *Ind. L.J.* 62, 1986-1987, p. 1061.

¹³ Así ocurre, por ejemplo, en Argentina. En el artículo 386 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación se establece, al respecto, que “Salvo disposición legal en contrario, los jueces formarán su convicción respecto de la prueba, de conformidad con las reglas de la sana crítica. No tendrán el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa”. *Cfr.* Colombo, Carlos J. y Kiper, Claudio M., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación: anotado y comentado*, 3a. ed., Buenos Aires, La Ley, 2011, t. IV, pp. 124-133, y sus referencias.

¹⁴ Taruffo, Michele, “Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba”, en Taruffo, Michele, *La prueba. Artículos y conferencias*, *op. cit.*, pp. 23-43.

los hechos, tampoco aquí el jurista puede operar de un modo mecánico o a-valorativo, puesto que también ahora se enfrenta a la necesidad de seleccionar entre distintas alternativas.

No es una tarea sencilla. No lo es sobre todo en nuestros días, en los que asistimos a un desbordamiento de fuentes que frecuentemente produce agobio y perplejidad.¹⁵ Como es sabido, las lagunas contemporáneas no suelen ocurrir como consecuencia de que un caso concreto no se encuentre conectado con ninguna norma, sino más bien porque se relaciona con un abanico amplísimo de normas de diversa estructura y jerarquía que no siempre son coherentes entre sí.¹⁶ Lo primero, entonces, es seleccionar cuáles de esas normas son relevantes para dar con una solución correcta del caso. Vale la pena detenerse un momento en un ejemplo concreto que permita entender mejor lo que se pretende decir.

En 1980 la Corte Suprema de la Argentina debió resolver el siguiente caso: una persona de diecisiete años y diez meses de edad pidió autorización judicial para donar un riñón a su hermano, de veinte años, necesitado de un trasplante.¹⁷ La norma entonces vigente establecía que: “toda persona capaz, mayor de 18 años, podrá disponer de la ablación en vida de algún órgano o de material anatómico de su propio cuerpo para ser implantado en otro ser humano, en tanto el receptor fuere con respecto al dador, padre, madre, hijo o hermano consanguíneo...” (artículo 13 de la Ley 21541). A la persona que pretendía donar le faltaban, por tanto, dos meses para cumplir la edad prevista por la ley. El eje de la cuestión jurídica que se debatía en el caso pasaba por establecer, entonces, si esos dos meses faltantes podían ser “suplidos” con la autorización judicial. En las instancias anteriores a la Corte Suprema se respondió negativamente al interrogante. El procurador general de la Corte, por su parte, dictaminó en contra de la pretensión, y propuso, por tanto, confirmar la sentencia de la segunda instancia. La Corte Suprema, en cambio, revocó lo decidido e hizo lugar a la demanda, aunque lo hizo dividida en dos grupos, cada uno con sus propios fundamentos.

¹⁵ Un texto recomendable por su claridad y profundidad es Pérez Luño, Antonio Enrique, *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, Sevilla, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, 1993, *passim*. Cfr., asimismo, González Ordovás, Ma. José, *Ineficacia, anomia y fuentes del derecho*, Madrid, Dikynson, 2003, *passim*.

¹⁶ Cfr. Vergara, Óscar, “Epilogo”, en Vergara, Óscar (ed.), *Teorías del sistema jurídico*, Granada, Comares, 2009, PP. 307-325.

¹⁷ CSJN, *Saguir y Dib*, fallos 302:1284, 1980. Este caso dio lugar a lo largo de los años a un buen número de estudios y ha sido utilizado para entender el funcionamiento de la Corte Suprema argentina. Entre ellos, cfr. Ibarlucea, Emilio A., “La Corte Suprema y la interpretación previsor de la ley y de la Constitución”, *La Ley Sup. Const.*, agosto de 2010, p. 79.

Hubo, en síntesis, tres posiciones distintas respecto de la posición: *a*) negar lo pedido (sentencias de primera y segunda instancia y dictamen del procurador); *b*) hacer lugar a lo pedido por razones X (mayoría de la Corte), y *c*) hacer lugar a lo pedido por razones Y (disidencia de fundamentos de la Corte). Pues bien, las tres posiciones seleccionaron como norma relevante la ya citada, como era indudable, pero divergieron en la selección de otras normas relevantes para el caso por su conexidad con la norma respecto de cuya relevancia hubo coincidencia.

Para la posición *a*) no había ninguna norma relevante más allá del artículo 13 de la Ley 21541; para la posición *b*), en cambio, también eran relevantes todas las normas constitucionales referentes al derecho a la salud y a la protección de la familia; para la posición *c*), por último, además del artículo 13 eran relevantes todas las normas del derecho civil que regulaban la capacidad de los menores. Diferencias como éstas pueden encontrarse en prácticamente todos los casos en los que una sentencia revoca lo decidido por otra sentencia por razones jurídicas (no por diferencias acerca del encuadre fáctico). El ejemplo permite concluir que: 1) con un caso se conectan muchas normas; 2) sólo algunas de las normas tienen relevancia, y 3) no es sencillo establecer cuáles son normas relevantes.

En segundo lugar, a la selección de normas relevantes o pertinentes se le superpone la tarea de determinar cuál es su sentido, por un lado, y cuál es su sentido específico a la luz del caso concreto que se está examinando, por otro. Se trata de tareas conectadas, por dos razones: la decisión acerca de la relevancia de una norma supone su interpretación, al menos inicial; la decisión acerca de la relevancia de una norma por su conexidad con otra norma indudablemente relevante supone la opción por dos métodos de interpretación: el teleológico y el sistemático.

No alcanza, en efecto, con seleccionar a un conjunto de textos normativos generales por su relevancia para el caso. Esos textos no conducirán a nada a menos que sean transformados en proposiciones normativas singulares. El paso de unos a otras no es sencillo: los textos están transidos de indeterminaciones sintácticas y semánticas que deben ser resueltas si se pretende que sirvan como criterios o parámetros para resolver el caso. No es una tarea sencilla, también, porque el paso precedente depende en alguna medida de éste, lo que conduce a una cierta circularidad. Es decir, para establecer la relevancia de un texto para el caso, por su conexidad o relación con él, previamente habrá que determinar cuál es su sentido, como mínimo *prima facie*. Y el establecimiento del sentido depende, a su vez, de su relevancia para el caso, porque de no tenerla no haría falta establecerlo, y porque su

establecimiento se hace siempre en orden a un fin (la solución del caso) y en un contexto sistemático (el de las normas también conectadas con el caso).

La determinación del sentido de los textos requiere la mediación de un método de interpretación o de una combinación de métodos. Esto implica la selección de ese método o de esa combinación entre muchos métodos y combinaciones posibles. Es una selección no rigurosamente lógica.¹⁸ O, dicho con otras palabras, el empleo de la lógica no elimina la pluralidad de opciones disponibles, si bien la reduce. La selección es guiada por una solución que se intuye valiosa, y los resultados de la aplicación del método de interpretación elegido al texto que requiere interpretación reconducen al resultado, lo perfilan, lo mejoran, o, incluso, conducen a su descarte como resultado que cabe dentro del margen de lo discursivamente posible.

3. *La necesidad de elegir*

El intérprete se enfrenta, entonces, a la necesidad de elegir entre diversas alternativas posibles, varias veces, tanto a la hora de determinar los hechos del caso como a la de determinar cuáles son las proposiciones normativas con arreglo a las cuales el caso debe ser resuelto. Dicho con otras palabras, las proposiciones normativas se erigen como razones para decidir en un sentido o en otro el caso planteado, pero llegar a su determinación exige una serie sucesiva de elecciones. Esas elecciones o determinaciones deben hacerse sobre la base de razones. Éste es el sentido preciso del principio de razonabilidad de la interpretación, complemento del principio de razonabilidad de la ley o principio de proporcionalidad: en cada una de esas encrucijadas (cada vez que es necesario optar por uno u otro camino), el intérprete no puede elegir lo que le dé la gana; debe elegir razonablemente, es decir, dando razones.¹⁹ Hay, en definitiva, un ir y venir de la mirada desde los textos normativos generales a las proposiciones normativas singulares que resultan de ellos, y de estas últimas a los textos y a las circunstancias del

¹⁸ Cfr. Betti, Emilio, *Interpretazione Della Legge e Degli Atti Giuridici. Teoria generale e dogmatica*, *op. cit.*, pp. 261 y ss., y, sobre todo, la contundente exposición de Lombardi Vallauri, Luigi, *Corso di Filosofia del Diritto*, Padova, Cedam, 1995, pp. 25-39. Cfr. también, del mismo autor, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milán, Giuffrè, 1975, pp. 240-334.

¹⁹ Como surge del análisis precedente, “la noción de «lo razonable» es usada... en cada uno de los pasos del razonamiento judicial: la determinación de los hechos, la cualificación e interpretación de las reglas aplicables, el uso de variadas fórmulas retóricas y lógicas” (Olivier, Corten, “The Notion of «Reasonable» in International Law: Legal Discourse, Reason and Contradictions”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48, núm. 3, julio de 1999, pp. 613-625.

caso. Ese ir y venir de la mirada requiere que el intérprete: *a)* decida entre varias opciones que se le presentan como posibles, y *b)* dé razones de por qué ha elegido del modo en el que lo hizo.

Como es ampliamente conocido, un conjunto de autores, entre quienes destacan Ronald Dworkin, en el ámbito anglosajón, y Robert Alexy, en el ámbito europeo-continental, ha puesto de manifiesto que la jurisprudencia constitucional lleva a cabo esta última actividad (la de fundamentar las sucesivas decisiones interpretativas que adopta) a través de los principios jurídicos, y más concretamente, en el Estado constitucional, a través de los principios constitucionales. Los principios son, desde esta perspectiva, proposiciones normativas más amplias y flexibles que las reglas y se refieren a algún bien o algún estado de cosas hacia el que hay que tender (Alexy los define como “mandatos de optimización”). Ellos guían al intérprete dentro del laberinto de elecciones que inevitablemente debe recorrer al llevar a cabo su tarea.

Dicho con otras palabras, las sucesivas elecciones que debe llevar a cabo el operador jurídico serán razonables en la medida en que se fundamenten en algún principio. Desde esta perspectiva, la *razón* que se esconde detrás de la razonabilidad de una elección es un principio. Sin embargo, como mencionaba al comienzo de la exposición, surge aquí un nuevo problema: el intento de resolver la indeterminación de las reglas acudiendo a los principios se enfrenta a la indeterminación de los propios principios —característica que les es inherente—, que sólo puede ser solventada por medio de la creación de reglas. Estas reglas, a su vez, padecerán de indeterminación, que a su vez remitirá a principios, y así sucesivamente. La razonabilidad discursiva pende, por eso, de la posibilidad de trascender este círculo, de transformarlo en un espiral que permita la determinación progresiva de una solución aceptable para el problema planteado. ¿Es esto posible? Se han propuesto dos alternativas radicales: la irracionalidad, que responde a la pregunta negativamente, o la racionalidad *more* científica, que se resigna a la indeterminación, y, junto con ellas, varias opciones o alternativas intermedias. En las páginas siguientes se analizarán los rasgos centrales de cada una de las posiciones mencionadas.

III. LA ALTERNATIVA DE LA IRRACIONALIDAD

Entre quienes eligen la primera opción se encuentran los seguidores del *Critical Legal Studies Movement* (en adelante, CLS), para quienes no hay racionalidad jurídica *qua* jurídica. Detrás de cualquiera de los intentos que se han

hecho en esa dirección se ocultaría un afán de dominación que debe ser des-
enmascarado.²⁰ Esta posición se enmarca dentro de una variante de la filoso-
fía contemporánea (la “filosofía de la sospecha”) que surge de la así llamada
unholly trinity, integrada por Marx, Nietzsche y Freud. Según Carlos Ignacio
Massini, los caracteres de esta última son dos:

(i) la negación del papel central del sujeto y de la conciencia individual en la
conformación del conocimiento y de la praxis humana, y (ii) un escepticismo
radical —una sospecha integral— acerca de las posibilidades de un conoci-
miento racional, objetivo, y por lo tanto veritativo, en todo el ámbito de la
praxis humana: ética personal, derecho, economía”.²¹

Además de estas notas “negativas” existe una tercera, de carácter “po-
sitivo”: “detrás de las estructuras aparentes —y engañosas— de la existen-
cia, existe un núcleo de verdadera realidad que explica y da sentido a esas
estructuras”.²² Qué cosa sea ese núcleo difiere según los autores “y resul-
ta ser la infraestructura de las relaciones de producción económica, según
Marx, la moral basada en el resentimiento y las relaciones de mero poder,
en Nietzsche; el inconsciente determinado por pulsiones de origen predom-
inantemente sexual, en Freud”.²³ En todos los casos, “la función del pen-
samiento —que ha de ser necesariamente *crítico*— es la de desvelar esa rea-
lidad radical, denunciando la falsedad y la mentira de las apariencias y de
todo el pensamiento que pretende justificarlas”.²⁴

Situados sobre esta base, los seguidores del CLS llevaron a cabo una
crítica interesante del modo habitual de entender la interpretación en los
Estados Unidos, tomando

muchos argumentos de los realistas contra el formalismo jurídico (contra la
ilusión del certeza y aplicabilidad mecánica del derecho) enfatizando la in-
determinación del lenguaje jurídico y la discrecionalidad del intérprete. Con

²⁰ Ése sería, según algunos autores, el norte del trabajo filosófico. Dice al respecto Ri-
coeur, por ejemplo, que “el filósofo contemporáneo encuentra a Freud en los mismos pasajes
que a Nietzsche y a Marx; los tres se erigen delante de él como los protagonistas de la sos-
pecha, los que arrancan las máscaras. Ha nacido un problema nuevo; el de la mentira de la
conciencia, el de la conciencia como mentira...”. Ricoeur, Paul, *El conflicto de las interpretacio-
nes*, trad. de A. Falcón, Buenos Aires, FCE, 2003, p. 95.

²¹ Massini Correas, Carlos I., “El cierre de la razón en el derecho. Duncan Kennedy y
la crítica de la racionalidad en la aplicación / interpretación jurídica”, *Persona y Derecho*, 64,
2011, pp. 121-141.

²² *Idem.*

²³ *Idem.*

²⁴ *Idem.*

esta “crítica interna” de la razón jurídica, el CLS aspira a poner al descubierto el sentido político de la práctica cotidiana de los jueces y de los juristas.²⁵

Sin embargo, como señala Massini,

este escepticismo acerca de la legalidad y racionalidad tanto del establecimiento de los hechos del caso como del sentido de las normas aplicables, fue introducido por los integrantes del CLS en el esquema comprensivo de la filosofía de la sospecha, de modo tal que lo que en los realistas aparecía como el mero resultado de una aceptación descarnada y cínica de la experiencia de la vida jurídica de las cortes de justicia, se transforma en el CLS en una explicación integral del derecho en clave crítico-escéptica y, en definitiva, emancipatoria.²⁶

Dentro de estas coordenadas, Duncan Kennedy, uno de los representantes actuales más destacados del CLS, afirma que: *a)* las indeterminaciones del derecho conducen siempre a la creación de derecho nuevo, no son derivación (determinación o conclusión) de los textos interpretados; *b)* la creación de derecho nuevo se lleva a cabo sobre la base de la ideología política de base del intérprete, que se reduce a “liberalismo” o “conservadurismo”; *c)* a pesar de lo dicho, es decir, a pesar de que la tarea interpretativa es una tarea creativa, los intérpretes aspiran a que los destinatarios de ese trabajo crean que sus soluciones se siguen racionalmente de los materiales jurídicos disponibles.²⁷

Mirando las cosas desde esta perspectiva, Kennedy se enfrenta a la dificultad de elucidar la racionalidad de las ideologías que se encuentran en la base de la creación del derecho. El problema es que, para él, las ideologías también son textos sujetos a interpretación: “las ocasiones para el comportamiento estratégico al elegir una interpretación de la ideología propia serán al menos tan numerosas como las que hay para elegir una interpre-

²⁵ Pérez Lledó, Juan A., “Teorías críticas del derecho”, en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco, *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996, p. 97, y Pérez Lledó, Juan A., *El movimiento “Critical Legal Studies”*, Madrid, Tecnos, 1996.

²⁶ Massini Correas, Carlos I., “El cierre de la razón en el derecho...”, *op. cit.*, p. 125.

²⁷ *Cfr.* Kennedy, Duncan, *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*, trad. G. Moro, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2010, p. 27. Respecto del último punto, Kennedy sostiene que “en las sentencias judiciales... los jueces *siempre* «niegan» en el sentido común del término, que estén actuando por motivos ideológicos. Esto es, afirman expresamente que el resultado... fue alcanzado siguiendo procedimientos interpretativos impersonales que excluyen la influencia de sus ideologías personales. Obviamente se trata de una convención y dice poco sobre lo que realmente está sucediendo” (36).

tación de los materiales jurídicos”,²⁸ lo que plantea el problema de la circularidad (sobre el que volveremos más adelante). Se produce así una *regressio ad infinitum* que clausura toda racionalidad:

para el observador abocado a un proyecto de teoría social crítica, lo que necesita ser explicado es el acontecimiento (la elección judicial de una norma), y cada nivel de textualidad detrás del acontecimiento es útil... Mientras no esperemos más del esfuerzo explicativo de estas experiencias de clausura, la regresión infinita presenta oportunidades para una descripción más rica y para respuestas más inteligentes, más que para un desastre metodológico.²⁹

Este planteamiento tiene al menos dos problemas. En primer lugar, si la interpretación es creación, y la creación es una tarea de desenmascaramiento constante, no se comprende qué es lo que se crea. Podría pensarse que se trata de la solución de un problema humano. ¿Pero de qué solución se trata, si en el fondo es indistinguible de la violencia o del azar? Más que de solución debería hablarse, quizá, de salida. La voluntad ciega por completo opta, sin ninguna razón que la avale, por cortar la cadena de desenmascaramiento en alguno de sus eslabones. Pero si no hay nada que interpretar no hay, en el fondo, interpretación alguna, ni tampoco tiene sentido indagar acerca de razones. En segundo lugar, además de irracional, el desenmascaramiento es imposible. La tarea de “desenmascarar” supone que hay una cara que está oculta o enmascarada; quitar la máscara sería, desde este punto de vista, el modo de acceder a ella. Si sólo hay máscaras —una tras otra, una sucesión de máscaras—, en el fondo no hay ninguna máscara, porque el sentido de la máscara lo proporciona la cara que se oculta. Si la tarea jurídica es un puro desenmascarar sin cara oculta que revelar, entonces es imposible salir de la vanidad y la perplejidad, y más vale el silencio.

Si la tesis expuesta fuera cierta, la indeterminación los hechos y de las reglas sería, entonces, irresoluble racionalmente, y estaríamos —en definitiva— frente a una tarea que depende enteramente de la voluntad del intérprete. Sin embargo, los sistemas jurídicos contemporáneos funcionan teniendo en miras la aspiración precisamente contraria. Por ejemplo, el fenómeno de las normas que prohíben la arbitrariedad o el del principio de razonabilidad,³⁰ ya mencionado, se explican precisamente por el afán de evitar que se tomen decisiones que no estén avaladas por razones: como límite,

²⁸ *Ibidem*, p. 50.

²⁹ *Ibidem*, p. 51.

³⁰ Un ejemplo de lo primero, en el artículo 9.3 de la Constitución Española que consagra la “interdicción de arbitrariedad” de los poderes públicos. Un ejemplo de lo segundo, en el

en un caso, y como herramienta destinada a fijar caso a caso ese límite, en el otro, de la discrecionalidad del operador jurídico a la hora de afrontar las sucesivas elecciones que tiene entre manos. ¿Vivimos en una ficción, como denuncia Kennedy? ¿O existen respuestas que evitan o superan el riesgo de la irracionalidad?

La propuesta del CLS acaba en la imposibilidad de distinguir entre derecho y violencia, puesto que un derecho que prescinde de la razón no puede pretender ser, precisamente, una “razón para la acción”,³¹ y queda reducido a mera imposición violenta. En definitiva, su desconfianza en las posibilidades de conocer el bien impide distinguir de modo consistente y sólido —es decir, argumentable— lo humano de lo inhumano. Por otro lado, no acaba de justificar su “denuncia” del ocultamiento deliberado de los móviles reales que explicarían el proceder real. ¿En qué se basa para ello? ¿Cuáles serían esos móviles reales? Si no es posible conocer realmente nada, ¿cómo conocer entonces ese encubrimiento? ¿Cómo “sospechar” que se encubre y, más aun, qué se encubre?

IV. DE NUEVO SOBRE LA CIRCULARIDAD: ARGUMENTACIÓN, RACIONALIDAD Y RAZONABILIDAD

1. *Síntesis del problema*

El análisis de las inconsistencias internas y externas de la vía de la irracionalidad, las preguntas que desde allí se abren sin respuesta, es sin duda uno de los modos de ingresar a la exploración de un camino alternativo, que eluda la transformación del derecho en una broma grotesca (por utilizar una conocida expresión de Dworkin), es decir, en una máscara o farsa. Antes de exponer la alternativa positivista y las dificultades que conlleva, y, finalmente, la solución que aquí se propone, corresponde sintetizar brevemente el problema planteado.

1. Se ha llevado a cabo una constatación: el operador jurídico habitualmente resuelve sus dilemas sobre la base de razones que son evaluadas en su razonabilidad (es decir, en su condición de auténticas razones) por las

artículo 28 de la Constitución Argentina, sobre cuya base la Corte Suprema de ese país ha fundamentado el principio de razonabilidad.

³¹ Cfr. un desarrollo de esta idea en Velarde, Caridad, “Presentación”, *Persona y Derecho*, 64, 2011, pp. 5-12, y las citas.

partes, por las instancias siguientes (por otros jueces), por la doctrina y, en algunos casos con relevancia institucional, por la opinión pública.³²

2. La razonabilidad práctica implica referencia a fines. *Prima facie*, será razonable una elección si la alternativa elegida por el intérprete (frente a una o varias alternativas distintas) es el medio más idóneo (en el sentido de eficaz y eficiente) para alcanzar determinado fin. En esa idoneidad reside de modo inmediato la razonabilidad de la elección.³³

3. Ese fin determinado (para el que la alternativa elegida es medio) y no otros fines es el que en el contexto preciso del caso puede ser conocido y debe ser perseguido por la práctica social que llamamos derecho. La normatividad de la elección de una alternativa concreta se deriva, en última instancia, del carácter normativo que tiene el fin, que a su vez supone su cognoscibilidad y su prevalencia frente a otros fines posibles. Por esto, en segundo lugar, la razonabilidad de una elección depende de que existan razones que avalen la elección previa del fin.

4. Existen, en efecto, varios fines disponibles o, dicho con otras palabras, varios fines que hipotéticamente persigue la norma o el conjunto de normas cuya aplicación se debate. ¿Cómo establecer cuál de esos fines es el que debe ser perseguido en el contexto del caso? Esta pregunta es sin duda crucial y de difícil respuesta. Es crucial porque la afirmación precedente de que la razonabilidad implica inmediatamente adecuación al fin depende a su vez de la selección correcta del fin (tiene sentido sólo si es posible afirmar la corrección o justicia o razonabilidad del fin en sí mismo). Y es de difícil respuesta porque involucra a una teoría de la justicia.

Una primera posibilidad es resolver esta competencia entre fines acudiendo a determinaciones de esos mismos fines que supongan una solución

³² Cfr. un desarrollo de esta conocida idea de Ch. Perelman en Manassero, María de los Ángeles, *De la argumentación al derecho razonable. Un estudio sobre Chaïm Perelman*, Pamplona, Eunsa, 2001, *passim*; algo más reciente, de la misma autora, “La nueva retórica como razonamiento práctico. La teoría de la argumentación de Chaïm Perelman”, en Serna, Pedro (dir.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica: revisión crítica de algunas teorías contemporáneas*, 2a. ed., Granada, Comares, 2005, pp. 13-69.

Cfr. sobre esto, asimismo, Etcheverry, Juan B., “Causas y naturaleza de la discrecionalidad judicial en la interpretación constitucional”, en Cianciardo, Juan (ed.), *La interpretación de los derechos constitucionales. Ir y venir entre la teoría y sus aplicaciones concretas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2011, pp. 47-55.

³³ He expuesto las implicancias filosóficas de la idea de razonabilidad y proporcionalidad en “Los fundamentos de la exigencia de razonabilidad”, en Cianciardo, Juan (coord.), *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo. Una aproximación interdisciplinaria*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006, pp. 21-36; un tratamiento más amplio en Cianciardo, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*; 2a. ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Ábaco, 2009, *passim*.

del problema; es decir, dar respuesta a través de lo que establezcan normas que, con estructura de reglas, sean precisamente el resultado que ha dado el legislador (o eventualmente un juez) a la competencia entre fines o principios (las reglas son el fruto, según Alexy, de la ponderación entre principios).³⁴

Sin embargo, esto no es aceptable como explicación última porque si lo fuera conduciría a la circularidad apuntada páginas más arriba (*petitio principii*); es decir, si para resolver la indeterminación de reglas se debe acudir a principios, y para resolver las colisiones entre principios se debe acudir a reglas, se incurre en un círculo *prima facie* irracional. Tampoco resulta admisible el recurso a un fin ulterior respecto del que el fin seleccionado opere como medio, porque llevaría a una regresión al infinito (*regressus ad infinitum*).

¿Cómo evitar, entonces, una y otra dificultad? Si no fueran superables no habría otra alternativa que dar la razón a planteamientos como el de Duncan Kennedy: tras la razonabilidad no habría otra cosa que fuerza encubierta.

2. La propuesta positivista: el debate sobre el carácter jurídico de los principios

El positivismo jurídico post-hartiano ha propuesto distinguir entre la identificación del derecho y su interpretación. Mientras que la primera sería, desde este punto de vista, un hecho constatable *more científico*, en el caso de la interpretación resultaría inevitable el recurso a la moral. Desde esta última cabría, entonces, explicar y justificar la elección de una u otra de las alternativas interpretativas a las que se enfrenta el operador jurídico, bien porque el derecho así lo permite (es decir, permite el recurso a instancias no jurídicas para resolver sus indeterminaciones u oscuridades), bien porque la moral se incorpora al derecho (es decir, se “juridifica” luego de su paso por alguna fuente social).³⁵ Una y otra posición caracterizan al positivismo jurídico excluyente y al positivismo jurídico incluyente, respectivamente.³⁶

³⁴ Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit. Un análisis de esta idea en Cianciardo, Juan, *El ejercicio regular de los derechos. Análisis y crítica del conflictivismo*, Buenos Aires, Ad hoc, 2007, capítulo 3, y, más recientemente, en Rivas, Pedro, “Notas sobre las dificultades de la doctrina de la ponderación de bienes”, en Cianciardo, Juan (ed.), *La interpretación de los derechos constitucionales. Ir y venir entre la teoría y sus aplicaciones concretas*, op. cit., pp. 75-80.

³⁵ Cfr. Zambrano, Pilar, *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica...*, op. cit., capítulo 1, con referencias a J. Raz y a W. Waluchow como expresiones de una y otra postura, y Etcheverry, Juan B., *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente. Un estado de la cuestión*, México, UNAM, 2006, *passim*.

³⁶ Como es sabido, el debate entre positivistas incluyentes y excluyentes se generó a raíz de la crítica de Ronald Dworkin a las tesis positivistas de Hart acerca de la separación en-

Desde esta perspectiva, la racionalidad jurídica tiene un ámbito de actuación específico: el de la identificación. No puede hablarse estrictamente de racionalidad en la interpretación, puesto que en ese ámbito jugarían un rol central las convicciones morales personales del intérprete, no sujetas a un control de objetividad.

Habría, pues, dos grados de racionalidad: la racionalidad plena en el ámbito de la identificación, y una racionalidad de segundo orden, en el ámbito de la interpretación, en el que lo único evaluable o controlable es que la interpretación no frustre o transgreda la identificación. El problema central de esta propuesta radica en la imposibilidad de distinguir tal como se pretende entre identificación e interpretación. Esto último se percibe bien si se advierte que desde esta perspectiva:

a) En la raíz de este intento de disociación se encuentran dos razones, no estrictamente relacionadas en todos los autores. Por un lado, se pretende evitar la así llamada “paradoja de la irrelevancia”, es decir, el argumento según el cual si el derecho estuviera conectado con la moral sería superfluo,

tre derecho y moral en la determinación de la validez del derecho y en su interpretación, esbozada en una serie de artículos publicados entre 1965 y 1976, luego recopilados en los primeros seis capítulos de *Taking Rights Seriously*, Londres, Gerald Duckworth & Co. Ltd., 1977. Las primeras respuestas a las críticas de Dworkin aparecieron en los siguientes trabajos: Philip, E. Soper, “Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart / Dworkin Dispute”, *Michigan Law Review* 75, 1977, p. 473; Coleman, Jules, “Negative and Positive Positivism”, *Journal of Legal Studies* 11, Chicago, 1982, p. 139 [reimpresos en Cohen, Marshall (ed.), *Ronald Dworkin & Contemporary Jurisprudence*, Londres, Duckworth, 1984, capítulos 1 y 2], y Lyons, David, “Principles, Positivism and Legal Theory”, *Yale Law Journal* 87, 1977, p. 415. Dworkin respondió a estas y otras críticas en Dworkin, Ronald, “Seven Critics”, *Georgia Law Review*, vol. 11, núm. 5, 1977, y en Cohen, Marshall (ed.), *op. cit.*, pp. 247-300. El propio Hart respondió a las críticas de Dworkin, más allá de los debates que continúan hasta hoy, en el famoso Postscript a Herbert Lionel Adolphus Hart, *The Concept of Law*, 2a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 238-276. Entre los principales referentes del *exclusive legal positivism* cabe incluir a Brian Leiter, “Legal Realism, Hard Positivism and the Limits of Conceptual Analysis”, en Coleman, Jules (ed.), *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2001, p. 355; Raz, Joseph, “Legal Positivism and the Sources of Law”, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1979, p. 37; Shapiro, Scott, “On Hart’s Way out”, *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript and the Concept of Law*, *cit.*, p. 149; Marmor, Andrei, “Exclusive Legal Positivism”, en Coleman, Jules y Shapiro, Scott (eds.), *Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2002, p. 104. Por su parte, el “Inclusive Legal Positivism” nuclea a autores como Coleman, Jules, “Negative and Positive Positivism”, *op. cit.*; del mismo autor “Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis”, *Legal Theory* 2, 1998, p. 381, y *The Practice of Principle. In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2001; Waluchow, Wilfred, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, 2003; del mismo autor “Authority and the Practical Difference Thesis: a Defense of Legal Positivism”, *Legal Theory* 6, 2000, pp. 45-82.

puesto que bastaría con la esta última para resolver los problemas de coordinación social.³⁷ Dicho con otras palabras, se pretende asegurar la relevancia del derecho frente a otros órdenes normativos, particularmente frente a la moral, reservando al derecho el rol o la función de identificar normas específicas con arreglo a las cuales deben juzgarse los casos. En esto residiría, pues, su razón de ser.

Por otro lado, se busca evitar o controlar los problemas que se derivarían para la sociedad como consecuencia de la pluralidad de concepciones morales disponibles, por la dificultad o por la imposibilidad de dar con una concepción superadora de las restantes. Esto último es ciertamente paradójico al menos en algunos autores, los decididamente escépticos: parten de un pluralismo que consideran completamente inevitable pero esgrimen una razón moral (los inconvenientes prácticos que se producirían si cada uno pretendiera hacer primar su propia concepción ética) para postular la separación conceptual entre derecho y moral.

b) Se acepta, sin embargo, que la interpretación es inevitable —puesto que la indeterminación también lo es, como caso periférico (en algunas de las variantes del positivismo excluyente) o central (en las restantes variantes del positivismo excluyente y en el positivismo incluyente)—.

c) Ahora bien, si la interpretación es inevitable, como lo hacen, repito, las dos perspectivas apuntadas —Dworkin, con acierto, define al derecho como una “práctica social interpretativa”—,³⁸ entonces es imposible identificar al derecho sin interpretarlo, y por lo tanto sin conectarlo con la moral. Dicho de otro modo: la identificación de la norma o las normas aplicables requiere inevitablemente su interpretación si de verdad se pretende que sir-

³⁷ *Cfr.*, al respecto, Cianciardo, Juan, “The Paradox of the Moral Irrelevance of the Government and the Law. A Critique of Carlos Nino’s Approach”, *Ratio Iuris* 25, núm. 3, 2012, pp. 368-380 (DOI: 10.1111/j.1467-9337.2012.00518.x).

³⁸ Dworkin, Ronald, *Law’s Empire*, Oxford, Hart Publishing, 1988, 47-96. Una explicación de por qué la aceptación del “rol central” de la interpretación conduce a definir al derecho como práctica, en Pariotti, Elena, “Interpretazione, comunità giuridica e integrazione sovrazionale”, *Persona y Derecho*, 51, pp. 315-356. Se dice allí que “La tesi della centralità deir-interpretazione retroagisce inevitabilmente sulla concezione del diritto, sostenendo la concezione del diritto come interpretazione. In questa prospettiva il concetto di interpretazione viene a saldarsi a quello di pratica. L’interpretazione è essenzialmente una pratica. Il diritto positivo è il risultato di un percorso di positivizzazione, rispetto al quale l’atto produttivo del legislatore —per i sistemi di civil law— e il precedente —per i sistemi di common law— costituiscono solo il momento iniziale” (pp. 318 y 319). *Cfr.*, asimismo, Viola, Francesco, *Il diritto come pratica sociale*, Milán, Jaca Book, 1990, pp. 19 y 20.

va como norte, por un lado, y como frontera, por otro, respecto de la actividad interpretativa del operador jurídico.³⁹

Más allá de este importante defecto, lo cierto es que la tarea interpretativa así concebida carece de un referente que la dote de sentido, puesto que los principios que aparentemente la regulan (no jurídicos, en el positivismo excluyente, jurídicos en el incluyente) tienen base, según las posiciones metaéticas al uso en el positivismo, en el discurso social que sigue un determinado procedimiento,⁴⁰ o en la mera positividad de las constituciones que los recogen,⁴¹ o en la conciencia individual del intérprete,⁴² todas ellas instancias relativas que acaban remitiendo nuevamente a reglas.⁴³ Se produce así la *petitio principii* que se señalaba líneas más arriba.

En conclusión:

a) La distinción entre identificación e interpretación carece de sentido tal como es planteada por el positivismo, puesto que no permite una cosa ni la otra si se pretende que el derecho sea precisamente esto: una práctica social con sentido, razonable.

b) Siendo las cosas así, si la identificación sin interpretación es imposible y la interpretación es moral, entonces el derecho no es relevante, es decir, es incapaz por sí mismo de proporcionar una razón para actuar con prescindencia de la moral.⁴⁴ Por otro lado, siendo la moral un asunto estrictamente no-científico, “al final los funcionarios deciden los casos particulares conforme a criterios subjetivos, es decir, con base en sus inclinaciones”.⁴⁵

c) En tercer lugar, una parte del lenguaje jurídico cotidiano, concretamente la referida a la existencia de derechos humanos que son reconocidos y no creados, al contenido esencial de esos derechos, al principio de propor-

³⁹ Cfr. la posición de Marmor en este punto en Marmor, Andrei, *Positive Law and Objective Values*, Oxford, Clarendon Press, 2001, pp. 141 y ss. Una crítica certera en Etcheverry, Juan B., *Objetividad y determinación del derecho. Un diálogo con los herederos de Hart*, Granada, Comares, 2009, pp. 216 y ss.

⁴⁰ Es el caso de Carlos Nino, entre otros. Cfr. Nino, Carlos S., *Derecho, moral y política. II. Fundamentos del liberalismo político. Derechos humanos y democracia deliberativa*, Buenos Aires, Gedisa, 2007, pp. 185-233.

⁴¹ Esa parece ser la posición de Luigi Ferrajoli. Cfr. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, trad. de P. Andrés et al., Madrid, Trotta, 2007. Cfr., sobre este trabajo, Massini Correas, Carlos Ignacio, “El fundamento de los derechos humanos en la propuesta positivista-relativista de Luigi Ferrajoli”, *Persona y Derecho* 61, 2009, pp. 227-247.

⁴² Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de R. J. Vernengo, México, UNAM, 1981, pp. 349-356.

⁴³ Cfr. Etcheverry, Juan B., *Objetividad y determinación del derecho...*, *op. cit.*, pp. 219 y ss.

⁴⁴ Cfr. Cianciardo, Juan, “The Paradox of the Moral Irrelevance of the Government and the Law...”, *op. cit.*

⁴⁵ Etcheverry, Juan B., *Objetividad y determinación del derecho...*, *op. cit.*, 198.

cionalidad, al principio de razonabilidad, etcétera, no sería más que cháchara o poesía o sinsentidos, al menos si se pretende fidelidad con la filosofía analítica en su versión positivista.⁴⁶

3. *La noción de bienes humanos básicos como punto de partida para una propuesta alternativa*

Resta, de acuerdo con lo anticipado en la introducción, dar sólo una pincelada básica acerca de una propuesta alternativa a la planteada. Se trata, en concreto, de tres apuntes brevísimos que servirán, quizá, como puente o pasaporte a otros trabajos en los que estos temas han sido ampliamente desarrollados.

Hemos visto cómo las vías de la irracionalidad y del racionalismo acaban privando al derecho de aquello que ha constituido su razón de ser desde el derecho antiguo hasta nuestros días: expresar qué es lo suyo de cada uno, resolver de modo razonable y pacífico los problemas de coordinación y los conflictos que se producen en el seno de la sociedad. El logro de ese fin presupone ciertas condiciones. Se trata de auténticos *a priori* de la cultura jurídica. En el caso concreto de la interpretación, lo que se asume es, en primer lugar, la existencia de un referente que dote de sentido al diálogo o interacción entre principios y reglas, y que evite de este modo la circularidad o el regreso al infinito. Desde la tradición clásica se ha sugerido que la única respuesta consistente a este problema es la que parte de la existencia de determinados bienes humanos básicos, evidentes por sí mismos, que operan siempre como fines últimos y armonizables de todas las elecciones humanas.⁴⁷

Ese punto es el lugar en el que el discurso de los derechos se contacta con un referente que, vale la pena repetirlo, le proporciona sentido —es decir, lo dota de contenido y de normatividad—, y que corta el reenvío entre principios y reglas (o, mejor dicho, permite su disolución a través de un avance en espiral hacia la solución) y evita la formación de una cadena infinita de derivaciones. Como afirma Finnis,

Tomás de Aquino pensó en estas razones básicas como los primeros principios prácticos o principios de la razón práctica; “principios” tanto como pro-

⁴⁶ Cfr. Llano, Alejandro, *Metafísica y lenguaje*, 3a. ed., Pamplona, Eunsa, 2011, p. 14.

⁴⁷ Se han elaborado al respecto varios listados, no enteramente coincidentes. Cfr. una exposición de las aportaciones de Finnis, John *et al.*, en Alkire, Sabina, *Valuing Freedom: Sen's Capability Approach and Poverty Reduction*, Oxford, OUP, 2002.

posiciones de la mayor generalidad y comprehensividad, cuanto como fuentes de todo pensamiento inteligente acerca de qué hacer. Son los “principios de la ley natural o del derecho natural” que los juristas andan buscando.⁴⁸

El diálogo entre principios y reglas en su diálogo sobre *algo* —específicamente sobre esas razones básicas y unas circunstancias concretas a las que deben ser aplicadas— que sirve como piso de la discusión, como punto de partida de un proceso que llevará a una determinación concreta de lo que debe hacerse aquí y ahora, revistiendo, según el caso, la forma de una demanda, una contestación de demanda o una sentencia.

Se asume también, en segundo lugar, que el conocimiento y el paso o trayecto de los primeros principios hasta los juicios relativamente específicos aptos para ser leyes o sentencias judiciales de una comunidad política justa es posible y se lleva a cabo a través de la razón, en una dimensión que la filosofía clásica definió como práctica. La razón práctica es la capacidad humana de decidir en casos concretos, e implica la inteligencia —que mueve a la voluntad presentándole inicialmente un abanico de posibilidades de decisión— y la voluntad —que ofrece a la inteligencia como proyecto, al hacerle considerar una circunstancia y no otra, lo que era mera posibilidad—. ⁴⁹ A esto último se oponen tanto los racionalismos (que afirman la primacía de la inteligencia y le niegan todo papel a la voluntad) como los irracionalismos (que hacen exactamente lo contrario). Equivale, en cambio, en el caso concreto que nos ocupa, a la afirmación de la objetividad del derecho; una objetividad entendida en el sentido de independencia del conocimiento respecto de la subjetividad. Debe tenerse presente, en este contexto, por un lado, que “defender que es posible conocer «algo» de modo objetivo no implica afirmar que ese «algo» existe más allá de si puede ser conocido, como muchas veces se sostiene, porque en tal caso no se podría saber si ese «algo» realmente existe”,⁵⁰ y por otro, que “si bien se ha reconocido la limi-

⁴⁸ Finnis, John, “Foundations of Practical Reason Revisited”, *American Journal of Jurisprudence* 50, 2005, pp. 109-131. Existe una traducción al español de Carlos I. Massini Correas, por la que se cita, “Revisando los fundamentos de la razón práctica”, *Persona y Derecho* 64, 2011, pp. 15-42, 27.

⁴⁹ Aquino, Tomás de, *Summa Theologiae*, I-II, q. 13, a. 6, ad. 3; De malo, q. 6, a. 1, ad. 15. Se afirma en este último lugar: “la causa que hace que la voluntad quiera algo, no siempre actúa con carácter necesario: porque la voluntad misma puede presentar un impedimento, o bien eliminar esa consideración que la induce a querer, o bien considerando lo opuesto”. De este texto y otro similares Carlos Llano deduce que Tomás de Aquino propone que en el acto de decidir existe una cierta primacía de la voluntad. *Cfr. Examen filosófico del acto de la decisión*, Pamplona, EUNSA, 2010, pp. 27-49.

⁵⁰ Etcheverry, Juan B., *Objetividad y determinación del derecho...*, *op. cit.*, p. 235. *Cfr.*, asimismo, Serna, Pedro, *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos*, México, Porrúa, 2006, pp. 130 y ss.

tación del ser humano que conoce inevitablemente desde un punto de vista, desde dentro de una cultura, tradición, lenguaje, etcétera; dicho reconocimiento no tiene por qué negar que su capacidad para conocer se encuentra abierta a algún conocimiento objetivo. De otro modo, el conocimiento mismo no tendría sentido, porque al final no habría nada susceptible de ser conocido”.⁵¹

En tercer lugar, la superación de la aporía aquí tratada sólo puede lograrse desde la aceptación de un concepto preciso de principio, con unas características bien definidas. En el planteamiento neomarxista se pretende fundamentar la racionalidad en una determinación sucesiva de la voluntad de poder. Pero desde el poder sólo cabe fundamentar el poder mismo, y el envío y reenvío entre principios y reglas no puede superarse de modo racional. El principio no es más que manifestación de voluntad, de una voluntad provisoria, revocable, y necesitada de precisiones. Si los principios son sólo construcciones, resultados de acuerdos, la superación de la circularidad que se ha criticado se torna imposible.⁵²

V. CONCLUSIONES

Llegados a este punto corresponde llevar a cabo un balance de algunas de las conclusiones centrales de este trabajo.

1. El examen de la jurisprudencia pone de manifiesto de modo evidente que el derecho requiere determinación, tanto al nivel de los hechos como al de las normas.

2. La resolución de uno y otro tipo de indeterminación se alcanza mediante el recurso a razones. Es decir, los juristas dan razones acerca de por qué han elegido una alternativa a la hora de interpretar los hechos y las reglas, y no otras alternativas disponibles.

3. Estas razones consisten en afirmaciones acerca de que la alternativa seleccionada por el intérprete entre las alternativas existentes es la que mejor conduce al logro de un determinado fin, y su carácter de tal es evaluado sucesivamente por las partes, por instancias judiciales distintas de la que tomó la decisión, por la doctrina y —en algunos casos— por la opinión pública.

⁵¹ *Ibidem*, p. 236.

⁵² Massini Correas, Carlos I., “Principios bioéticos, absolutos morales y el caso de la clonación humana”, *Revista Chilena de Derecho* 28, núm. 4, octubre-diciembre de 2001, pp. 747-757.

4. La existencia de un fin dota de normatividad al recurso a razones como salida de las indeterminaciones. Dicho con otras palabras, recurrir a razones no es una opción para el intérprete, sino un deber cuya deonticidad procede de los fines que mueven al derecho.

5. La determinación del fin no puede hacerse recurriendo a alguna regla que pondere los fines existentes, puesto que de ser así se incurriría en una regresión al infinito o en un razonamiento circular.

6. El envío y reenvío entre medios y fines exige, para tener sentido, la existencia de algún referente objetivo.

7. La tradición clásica ha propuesto la noción de bienes humanos básicos como razones que se explican por sí mismas, autoevidentes, que cumplirían esa función.

8. Esta tradición, a su vez, propone: *a)* a la razón práctica como facultad encargada de determinar lo indeterminado a través de ese proceso en espiral en el que interactúan hechos, reglas y principios, que conduce a una solución ajustada del problema humano en juego, y *b)* la idea de razonabilidad como alternativa superadora a la irracionalidad —en que se incurre, por ejemplo, desde el CLS—, y a la racionalidad cientificista —propuesta desde el positivismo—.