

# Lagunas Axiológicas en Derecho

---

Universidad de Belgrano, Bs. As., Julio de 2021

Tutor: Brischetto Francisco

Autor: Ivanoff Estefanía

Carrera: Abogacía

Matricula: 10133784

## ÍNDICE:

---

1. Introducción Pág. 3
2. Objeto Pág. 4
3. Metodología Pág. 4
4. Hipótesis Pág. 4
5. Marco teórico Pág. 5
  - a) ¿Qué es el derecho? Pág. 5
  - b) Metodología del conocimiento jurídico e interpretación jurídica, el Código Civil y Comercial de la Nación Pág. 21
  - c) Argumentación práctica y argumentación jurídica Pág. 22
  - d) La justificación deductiva Pág. 25
  - e) Presupuestos y límites de la justificación deductiva. Casos fáciles y casos difíciles Pág. 26
6. Decisión judicial Pág. 29
7. Conclusión Pág. 30
8. Bibliografía Pág. 31

## Lagunas Axiológicas en Derecho

### 1. Introducción:

La expresión «lagunas del derecho» ha sido ambiguamente utilizada en la teoría jurídica para hacer referencia a problemas de índole muy diversa. Muchos autores han propuesto distinciones conceptuales a fin de discriminar esos múltiples usos, pero no cabe duda de que entre ellos, Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin han alcanzado un logro notable al diferenciar de manera rigurosa alguno de los más importantes núcleos de significado de tal expresión. En este sentido, revisten particular importancia sus definiciones de los conceptos de laguna normativa, esto es, un caso definido en términos de las propiedades que han sido consideradas relevantes por la autoridad normativa al cual no se le ha correlacionado solución normativa alguna, y de laguna axiológica, que se produciría cuando, pese a la existencia en el sistema jurídico de referencia de una solución para cierto caso, tal solución es considerada axiológicamente inadecuada debido a que la autoridad normativa no ha tomado como relevante cierta distinción que debería haber sido tomada en cuenta.<sup>1</sup>

Una laguna axiológica es una situación en la cual un cierto supuesto de hecho sí está reglado por una norma, pero que –según la opinión del intérprete– está reglado de forma «axiológicamente inadecuada porque el legislador no tuvo en cuenta una distinción que debería haber tomado en cuenta». Se supone que el legislador no ha tenido en cuenta la distinción en cuestión «por no haberla previsto y que, de haberla considerado, hubiera dado una solución diferente» al supuesto de que se trata.<sup>2</sup>

Un ejemplo tomado del derecho argentino puede servir para ilustrar esta noción de laguna normativa. El Código Civil Velezano regulaba el problema de la restitución de bienes inmuebles por parte de terceros poseedores. Cuando una persona en posesión de un bien inmueble de propiedad de otra lo transfiere a un tercero, surge la cuestión acerca de si, y en su caso bajo qué circunstancias, el propietario del inmueble puede recuperar su posesión del tercer poseedor o, en otros términos, bajo qué circunstancias tiene el tercer poseedor el deber de restituir el inmueble al verdadero propietario o puede conservarlo. El Código Civil establecía diferentes soluciones de acuerdo con tres propiedades relevantes: la buena fe del enajenante,

---

<sup>1</sup> Rodríguez Jorge Luis (1999), *“Lagunas axiológicas y su relevancia normativa”* Ed. Doxxa, Buenos Aires.

<sup>2</sup> C. E. Alchourrón, E. Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, 1974, 158.

la buena fe del adquirente y el carácter oneroso de la transferencia. Existían soluciones especiales para diversas combinaciones de estas tres propiedades, pero no se brindaba ninguna pauta de cómo resolver el caso en el que tanto el enajenante como el adquirente habían actuado de buena fe y la transferencia se había operado a título oneroso. He aquí el planteamiento del problema.

## 2. Objeto:

Durante el desarrollo del presente trabajo abordaremos la temática mencionada ut supra apoyándonos en autores reconocidos en la materia y demostraremos que la completitud de los sistemas jurídicos es tan solo un ideal y que efectivamente existen lagunas axiológicas en los ordenamientos jurídicos vigentes. A su vez analizaremos el campo de actuación de los jueces y las herramientas de las que los mismos disponen para resolver cuestiones que exceden lo reglado por las normas jurídicas generales. Pretendemos demostrar y comprobar que si bien el derecho está compuesto por normas jurídicas estas requieren la asistencia de principios de derecho de manera que estos auxilien a quienes deban interpretar el derecho especialmente en la resolución de casos difíciles.

## 3. Metodología

Emplearé en la presente tesina, la metodología que se apoyará específicamente en la cualitativa, para abordar la misma dentro del campo de las ciencias sociales y humanísticas, ya que es un método interpretativo, cuya interpretación se verá a través de la observancia directa, casos, legislación, etc.

También trabajaré con el método de campo, ya que permite obtener resultados y nuevos conocimientos en el campo de la realidad social, como así también para diagnosticar necesidades y problemas a efectos de aplicar los conocimientos en las esferas prácticas y conclusionales.

Por último haré uso de tres tipos de metodología investigativa, como ser la descriptiva, explorativa y la explicativa, ya que tienen que ver con la profundidad de la misma, es decir, según el nivel de conocimiento que desean alcanzar.

## 4. Hipótesis

Qué es el derecho es la primera interrogante que plantearé en el desarrollo del presente trabajo, luego abordaremos las siguientes: ¿Cómo debe ejercerse la labor jurisdiccional? Y ¿Cómo cumple el juez con el deber de resolver en aquellos casos que no se encuentran regulados por la legislación vigente?

## 5. Marco Teórico:

### a. ¿Qué es el Derecho?

En la posición de Hans Kelsen, el derecho es un producto inteligente del ser humano con el propósito de regular la conducta del hombre. En este sentido, las normas son expresiones volitivas del individuo en tanto ordenan comportamientos, obligando, prohibiendo o facultando conductas. Lo describe como un sistema social y desarrolla el aspecto coactivo del mismo refiriéndose no a que su ejecución involucre el empleo de la fuerza física sino que sus normas estatuyen actos de coacción atribuibles a la comunidad jurídica. Para este autor el momento de coacción- es decir, la circunstancia de que el acto estatuido por el orden jurídico como consecuencia de un hecho considerado como socialmente dañino, deba llevarse a cabo inclusive contra la voluntad del hombre a que toca y, en caso de oposición, recurriendo a la fuerza física- es el criterio decisivo.<sup>3</sup> Kelsen llama mínimo de libertad al principio de clausura mediante el cual todo lo que no está prohibido está permitido. Ahora bien, el establece que en la medida en que la conducta del hombre no se encuentre prohibida expresamente por el orden jurídico, es el hombre jurídicamente libre.

Habitualmente se entiende el Derecho como un orden sistemático que tiene las notas de plenitud, coherencia e independencia. Pero, tal como exponen Alchourrón y Bulygin, esto es más una apariencia que una realidad. El origen de esta falsa idea se encuentra, a su juicio, en la concurrencia de tres exigencias legales: a) el juez debe resolver todos los casos; b) sus resoluciones deben estar motivadas, y c) esta motivación debe basarse en el Derecho vigente<sup>4</sup>

Karl Larenz analizando el pensamiento de Fikentscher nos dice que este último se apropia de la idea de que la regla, tal como está en la ley, normalmente es demasiado indeterminada para poder simplemente subsumir bajo ella. Consecuentemente, aquel que quiera resolver un caso, tiene que formar él mismo en toda regla la norma "subsumible" según la cual pueda resolver precisamente el caso. Esto ocurre por medio de un procedimiento en el que la norma legal, que constituye el punto de partida- o la norma contenida en un precedente-, es completada y precisada teniendo en cuenta todas las particularidades que se estiman relevantes del caso sujeto a enjuiciamiento, añadiendo notas distintivas diferenciadoras, tanto como sea necesario hasta que este caso pueda ser subsumido, con todas sus particularidades dignas de tener en

<sup>3</sup> Kelsen, Hans: *Teoría Pura del Derecho*. Ed. Porrúa. México, 2007.

<sup>4</sup> Cfr. Bulygin, E., "Los ideales de integridad y coherencia en el pensamiento científico », en Pfeiffer, H., (ed.), *Thinking and Rethinking. A Obra y efectos de Werner Heisenberg*, Múnich, 1977.

cuenta, bajo la norma de tal manera depurada. Fikentscher denomina a este procedimiento “condensación hermenéutica” de la norma o “acercamiento hermenéutico” de norma y caso.<sup>5</sup>

Ronald Dworkin sostiene que el modelo positivista sólo tiene en cuenta las normas que tienen la particularidad de aplicarse en todo o no aplicarse. Este modelo es estrictamente normativo porque solo puede identificar normas y deja fuera del análisis las directrices y los principios. El concepto de una norma clave -como la regla de reconocimiento- permite identificar las normas mediante un test que él denomina test de su pedigree o de su origen. Este autor pretende demostrar que junto a las normas existen principios y directrices políticas que no se pueden identificar por su origen sino por su contenido y fuerza argumentativa.<sup>6</sup>

Robert Alexy en su tesis titulada “El Concepto y la Validez del Derecho” entiende que para llegar al concepto de derecho correcto o adecuado se deben relacionar tres elementos, el de la legalidad conforme al ordenamiento, el de la eficacia social y el de la corrección material. El autor denomina “Derecho” al “sistema de normas que formula una pretensión de corrección, consiste en la totalidad de las normas que pertenecen a una Constitución en general eficaz y no son extremadamente injustas, como así también en la totalidad de las normas promulgadas de acuerdo con esta Constitución y que poseen un mínimo de eficacia social o de probabilidad de eficacia y no son extremadamente injustas y al que pertenecen los principios y los argumentos normativos en los que se apoya el procedimiento de la aplicación del derecho y/o tiene que apoyarse a fin de satisfacer la pretensión de corrección.”<sup>7</sup>

El positivismo sostiene que el derecho de una comunidad es un conjunto de normas especiales usadas directa o indirectamente para determinar que conducta será castigada o sometida a coerción por el poder público. El conjunto de estas normas jurídicas válidas agota el concepto de derecho de modo que si alguna de tales normas no cubre claramente el caso de alguien, el mismo no podrá ser resuelto aplicando la ley. El juez decidirá sobre la base de otro tipo de estándar que lo guíe en la preparación de una norma nueva o en la ampliación de una existente de forma discrecional.

Dworkin distingue entre principios y directrices políticas. Denomina “directriz” o “directriz política” al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado, por lo general una mejora en algún aspecto económico, político o social de una comunidad; y “principio” a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. En su relato este autor destaca que los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia. Esto es así dado que cuando los principios se interfieren, quien debe resolver el

<sup>5</sup> Larenz, Karl: “Metodología de la ciencia del Derecho”. Ed. Ariel. España, 1980.

<sup>6</sup> Dworkin, Ronald: “Los derechos en serio”. Ed. Ariel, S.A. Barcelona, 1984.

<sup>7</sup> Alexy, Robert: “El concepto y la validez del derecho”. Ed. Gedisa. Barcelona, 1994.

conflicto debe tener en cuenta el peso relativo de cada uno, por ej. el conflicto que se genera al decidir si aplicar el principio de autonomía de la voluntad contractual de las partes o declarar el abuso del derecho en cabeza de alguna de las mismas. Este procedimiento por lo general en la práctica es motivo controversia. Esto mismo no sucede con las normas jurídicas, no poseen la dimensión del peso o importancia. No se puede afirmar que en virtud de la mayor importancia de una norma sobre otra dentro del sistema una de ellas sustituye a la otra en virtud de su mayor peso. Una vez que identifica los principios como una clase de estándares aparte, Dworkin en su tesis nos cuenta con acierto que los mismos parecen funcionar con el máximo de fuerza y tener el mayor peso en los casos difíciles, extenderé este punto detenidamente más adelante.

En su art. 1, nuestro Cód. Civ. y Com. De la Nación refiere a las fuentes y aplicación del derecho argentino, establece que los casos que rige deberán ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. Asimismo establece que deberá tenerse en cuenta la finalidad de la norma. Por último dispone que los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieran a ellos o en aquellas situaciones no regladas legalmente siempre que los mismos no sean contrarios a "derecho". Del análisis del presente artículo se sigue que por derecho aplicable el Código entiende no sólo a las leyes, tratados y Constitución Nacional sino también al derecho consuetudinario que serían los usos, las prácticas y las costumbres. "En los Fundamentos del Anteproyecto se lee que "...se deja de lado la referencia a la intención del legislador. De ese modo la tarea no se limita a la intención histórica u originalista, sino que se permite una consideración de las finalidades objetivas del texto en el momento de su aplicación".

El Cód. Civ. y Com. De la Nación en su art. 2 postula que la ley deberá interpretarse teniendo en cuenta:

a) Sus palabras.-

En cuanto a este punto existe una discusión acerca de si el lenguaje debe ajustarse al ordinario o al sentido técnico en que es utilizado. Me pronuncio por que se tenga en cuenta el ordinario siempre que ello sea posible, es decir, cuando la palabra utilizada por el legislador sea discordante con el sentido técnico-jurídico de la misma, no puede prescindirse del tecnicismo.

b) Sus finalidades.-

Aquí también es pertinente realizar un breve estudio acerca de la temporalidad de las finalidades a tener en cuenta, es decir, si la ley hay que interpretarla teniendo en cuenta la voluntad del legislador al momento de dictarla o la finalidad de la norma al momento de su aplicación. De los Fundamentos del Anteproyecto se puede leer "incluimos sus finalidades, con lo cual dejamos de lado la referencia a la

intención del legislador. De ese modo la tarea no se limita a la intención histórica u originalista, sino que se permite una consideración de las finalidades objetivas del texto en el momento de su aplicación”

Por tanto es menester tener en cuenta ambas perspectivas, es decir, la ley debe interpretarse conjugando la voluntad del legislador al momento de dictarse y las finalidades objetivas de la norma en el momento de su aplicación. Agrego que ello dependerá asimismo de las circunstancias particulares del caso.

c) Los principios de las leyes análogas.-

En el Código Velezano se las incluía como fuente de derecho, sin embargo el nuevo Cód. Civ. y Com. Los trata como criterios de interpretación, según los mencionados Fundamentos ello se hizo con la finalidad de dar libertad al Juez en los diferentes casos que arriban a sus tribunales.

d) Las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos.-

Sin perjuicio de la mención que realiza el Cód. los mismos gozan de jerarquía constitucional por tanto siempre deberán ser conjugados y valorados junto con la demás normativa aplicable al caso concreto. Dejo el análisis de este punto para más adelante.

e) Los principios y valores jurídicos.-

Sin perjuicio de la discusión acerca de si los mismos son fuente o criterios de interpretación creo importante su inserción precisa dentro del nuevo Código La mención a los "principios", sin connotación alguna, aparece aquí bajo el epígrafe "interpretación". Sin embargo, en los Fundamentos del Anteproyecto se puntualiza que "...deben tenerse en cuenta los conceptos jurídicos indeterminados que surgen de los principios y valores, los cuales no sólo tienen un carácter supletorio, sino que son normas de integración y de control axiológico"<sup>8</sup>. Por tanto, agrego, si se les reconocer el status jurídico de "norma" deberían haberlos incluido como fuente para no dejar librado este tema a discusión. Para Robert Alexy los principios, son "...mandatos de optimización (...) normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas".<sup>9</sup> Este autor explica la diferencia entre principios y valores y nos dice que "...en las colisiones de principios de lo que se trata es de qué ha de ser en definitiva lo debido mientras que en la solución de una colisión de valores a lo que se responde es, en definitiva, qué es lo mejor. Una pauta que dice qué es lo debido, es decir, qué es lo ordenado, lo prohibido o lo permitido, tiene un carácter deontológico. En cambio, si dice qué es bueno o malo o mejor o peor, tiene un status axiológico. Por

<sup>8</sup> Alterini, Jorge Horacio, *"Fuentes, interpretación y aplicación del Derecho en el Código Civil y Comercial"*, LA LEY.

<sup>9</sup> Alexy, Robert, *"El concepto y la validez del derecho"*. Ed. Gedisa. Barcelona, 2004.

lo tanto, principios y valores son lo mismo, una vez con ropaje deontológico y otra con ropaje axiológico"<sup>10</sup>

Satisfechas las diferencias técnicas, la RAE define a las Deontología en su primera acepción como la "Parte de la ética que trata de los deberes, especialmente de los que rigen una actividad profesional." Y a la Axiología como la "Teoría de los valores." Asimismo define el "Valor" (tomé la acepción relacionada con lo estudiado) como el "Alcance de la significación o importancia de una cosa, acción, palabra o frase." Por tanto es coincidente esto con la teoría de Alexy que comparto, y resulta adecuada para la distinción entre ambos, los principios como impuestos por el derecho mismo y los valores como apreciaciones vinculantes de raigambre ético.

Reviste gran importancia práctica la parte en la cual refiere a las "...leyes que resulten aplicables conforme con la constitución nacional..." De la interpretación de este extracto surge que las leyes serán aplicables siempre que se encuentren de acuerdo con la Constitución Nacional argentina, interpretación esta que sería gramatical ya que de la lectura del código surge tal afirmación. Hace años Linares señaló que era necesario que la ley no quedara "...en colisión con una parte fundamental del orden jurídico: la constitución. Una construcción dogmática (...) debe tener en cuenta también la ley fundamental y concertarse con ella en una aplicación armonizante o 'constructiva' aunque nadie lo haya solicitado. Las leyes deben aplicarse 'constitucionalmente', válganos la expresión por lo didáctica".<sup>11</sup> En la nota, agregó que: "Este es un recurso hermenéutico denominado construcción, interpretación concertada o armonizante, que incluye la Constitución y le da prevalencia. Es propio de todo sistema constitucional..." Desde el derecho Constitucional se estudia el deber en que se hallan los jueces, que son quienes en última instancia resolverán el caso concreto que arriba a sus tribunales, de realizar los controles de constitucionalidad y convencionalidad. El primer antecedente del Control de Constitucionalidad, tal como lo conocemos en la actualidad de nuestro país, data de un leading case de la Corte Norteamericana del año 1803 caratulado "Marbury v. Madison", Las palabras del Juez Marshall en el caso de referencia, sirvieron como antecedente para estructurar todo el sistema argentino de control de constitucionalidad.- El Juez Marshall expresaba: "Hay sólo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquella, o la legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios, o se encuentra al mismo nivel que las leyes, y, por lo pronto, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; pero si en cambio es verdadera la segunda, entonces las

<sup>10</sup> Alexy, Robert, "El concepto y la validez del derecho". Ed. Gedisa. Barcelona, 2004.

<sup>11</sup> Linares, Juan Francisco, "Aplicación de la llamada ley clara", LA LEY, 141-968, en p. 978

constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza." Las palabras del Juez Marshall en la que fuera la sentencia de origen del control judicial de constitucionalidad evidencian la conceptualización del mismo.- Todo sistema de control de constitucionalidad tiene por finalidad cotejar las leyes o actos de los poderes públicos o de particulares con la Constitución para salvaguardar su supremacía. En términos generales el sistema constitucional argentino tuvo como fuente principal el derecho norteamericano y no hizo salvedades respecto a la atribución judicial de controlar la constitucionalidad de las leyes. Ambos sistemas carecen de previsión normativa, son producto de la jurisprudencia. La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado y ha esbozado un concepto de control de constitucionalidad y ha entendido "Que es elemento de nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la constitución para averiguar si guardan o no su conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentra en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos" Esto es consecuencia directa de la aplicación del art. 31 de la CN que establece el principio de supremacía constitucional.

Son atinadas las palabras de Bidart Campos cuando expresa que "la constitución es suprema porque es el primer fundamento del orden jurídico y del Estado; ella hace que todo lo demás sea de una manera determinada y no de otra." La característica esencial señalada (supremacía) hace necesario que todo Estado cuente con un sistema de control de constitucionalidad, entendido como la herramienta hábil para lograr que todas las normas jurídicas inferiores (sean generales o particulares) se adecuen a lo prescripto por la Constitución. No obstante, la necesidad del control de constitucionalidad no implica que el sistema seleccionado para ello sea igual o similar en todos los Estados. - Y así explica de modo brillante el Dr. Bidart Campos que "La doctrina de la supremacía constitucional exige, para su eficacia, la existencia de un sistema garantista que apunte a la defensa de la constitución y al control amplio de constitucionalidad. En efecto, el principio de la supremacía llega a la conclusión de que las normas y los actos contrarios a la constitución no valen: son inconstitucionales o anticonstitucionales. Sin embargo, nos quedaríamos a mitad de camino si después de arribar a esa conclusión, no estableciéramos un remedio para defender y restaurar la supremacía constitucional violada. Por eso, la doctrina de la supremacía pasa de inmediato a forjar el control o la revisión constitucionales." <sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> "Control de Constitucionalidad, Bidart Campos, Germán J., "Manual de la Constitución Reformada". Editorial Ediar, Buenos Aires, 1996, t. 1 Cap. V.

Hasta la reforma constitucional del año 1994, el control de constitucionalidad era uno de los modos, de evaluar la armonía entre las leyes y la Constitución Nacional, sumamente cautelosos y para casos muy controvertidos, destacando siempre la CSJN que el mismo era la “ultima ratio” del ordenamiento jurídico. Con posterioridad el bloque de Constitucionalidad se amplió, a través de la incorporación en el art. 75 inc. 22 el cual reconoce la jerarquía Constitucional de los Tratados Internacionales. Este control se hizo mucho más amplio y dinámico, al haber un mayor margen de escrutinio de normas infraconstitucionales, añejándose a partir de allí el control de convencionalidad, fortaleciendo aún más el de razonabilidad, respecto del cual ya existían precedentes de nuestra Suprema Corte de Justicia. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano de aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos ha señalado que “los tribunales locales no deben limitarse a analizar si una ley es o no inconstitucional, sino que el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas... y la Convención Americana”<sup>13</sup>

Muchos filósofos del derecho han sostenido la idea de la completitud de los sistemas jurídicos, esto es, que no existen lagunas en el derecho en el sentido indicado. La postura de Hans Kelsen puede tomarse como un buen ejemplo de este punto de vista. El principal argumento empleado por el filósofo austríaco para justificar la tesis de que no existen lagunas en el derecho se basa en el principio de que todo lo que no está prohibido por el derecho está permitido, un principio que precluiría la existencia de lagunas en el derecho y que asimismo constituiría una verdad lógica. De manera que, en su perspectiva, para todo sistema jurídico  $\alpha$ , para toda acción  $p$  y para todo caso  $q$ , si  $p$  no está prohibida en el caso  $q$  por  $\alpha$ , entonces  $p$  está permitida en  $q$  por  $\alpha$ . En su “Teoría Pura del Derecho” el autor niega la posibilidad de que los tribunales que aplican el derecho al caso concreto resuelvan adecuando la norma general si la hubiere al caso particular dado que considera que se reposaría en la ignorancia del hecho de que cuando el orden jurídico no estatuye ninguna obligación a cargo de un individuo, su comportamiento está permitido.<sup>14</sup> Es dable inferir del presente extracto los problemas fácticos, deónticos y jurídicos a los que llevaría no comprender lo equivocado de esta premisa. Analizaré un ejemplo interesante del libro de Carlos Santiago Nino en el cual realiza una reconstrucción ficticia de una sentencia judicial la cual podría haber sido dictada en uno de los procesos de Nuremberg. Si bien es extenso, tiene un gran componente novedoso que a través de los años nos sienta a reflexionar acerca de un cambio de paradigma en el ámbito del derecho. No pretende respetar la verdad histórica sobre los argumentos realmente aducidos por los jueces en alguno de ellos en particular; “cualquier parecido con la realidad será -dice- casi una coincidencia.”

<sup>13</sup> *Conforme, Corte IDH: Caso “Boyce y otros Vs. Barbados”, párrafo 78, sent. del 20/11/2007; “Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile”, párrafo 124, sent. Del 26/09/2006 y “Caso La Cantuta Vs. Perú”, párrafo 173, sent. del 29/11/2006.*

<sup>14</sup> *Kelsen, Hans: Teoría Pura del Derecho. Ed. Porrúa. México, 2007.*

"En la ciudad de Nuremberg, a los 25 días de noviembre de 1945, se reúne el Supremo Tribunal de las Fuerzas Aliadas para dictar sentencia en el proceso seguido a los detenidos aquí presentes, por la presunta comisión de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. Habiendo escuchado los argumentos de la acusación y de la defensa de los procesados y habiendo recibido la prueba de cargo y descargo ofrecidas, los señores jueces del tribunal se expiden en los términos siguientes:

El señor juez Sempronio dijo: 'Distinguidos colegas: Estamos aquí reunidos para juzgar a un conjunto de hombres que han participado activamente en generar el que fue, sin duda alguna, el fenómeno social y político más aberrante de la historia de la humanidad. Tenemos testimonios de otros hechos históricos, lejanos y no tan lejanos, (como las "purgas" en uno de los regímenes representados en este tribunal), en que ciertos hombres proyectaron destrucción, muerte y sufrimiento sobre extensos grupos humanos. Pero difícilmente podrá citarse un antecedente comparable a los hechos que estos hombres sentados hoy en el banquillo han contribuido a desencadenar. Han sido decenas de millones de seres humanos los que se han visto afectados directa o indirectamente por las acciones criminales de estos otros individuos. Infundidos de un mesianismo vesánico, movidos por una fanática creencia en la superioridad de una cierta raza y en el destino de dominación mundial de un determinado pueblo y de su líder, estos individuos han infligido a sus congéneres daños y sufrimientos que ni siquiera fueron imaginados por los escritores que ejercitaron su fantasía para dar una vivida pintura del 'castigo eterno'. Estos hombres crearon un verdadero infierno en la extensa región del mundo donde sus armas se impusieron. Baste recordar uno de los múltiples hechos que fueron probados en este largo proceso: el del pedido por parte de un laboratorio de 'investigación científica' de un número de cadáveres de lactantes para realizar un experimento que contribuiría al avance de 'la nueva ciencia aria', y la consiguiente satisfacción del pedido por parte de algunos de los procesados, exterminando a niños de madres judías internadas en uno de los campos de concentración. Estos son los hechos que tenemos que juzgar hoy, decidiendo si corresponde o no, tal como lo pide la acusación, la aplicación de una pena a los procesados por los crímenes que se han probado ante este tribunal. La defensa de algunos de los procesados no niega los hechos sobre los que versa la acusación, sino que impugna la calificación jurídica que los haría punibles. En síntesis, la defensa propone la tesis de que estos individuos han cometido actos que cualquiera que sea su valor o disvalor moral, han sido perfectamente legítimos de acuerdo con el orden jurídico del tiempo y lugar en que fueron realizados. Los procesados, según esa tesis, eran funcionarios estatales que obraban de plena conformidad con normas jurídicas vigentes, dictadas por órganos legítimos del Estado nacionalsocialista. No sólo estaban autorizados a hacer lo que hicieron, sino que, en algunos casos, estaban legalmente obligados a hacerlo. La defensa nos recuerda un principio elemental de justicia, que la civilización que nosotros representamos ha aceptado desde hace largo tiempo y que el propio régimen nazi desconoció: ese principio, formulado usualmente con la

expresión latina *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*, prohíbe imponer una pena por un acto que no estaba prohibido por el derecho que era válido en el momento de cometerse el acto. La defensa sostiene que si castigáramos a los procesados, estaríamos infringiendo este principio liberal, puesto que los actos que juzgamos no eran punibles según el derecho que regía en el tiempo y lugar de su ejecución. Distinguidos colegas: creo que uno de los servicios más importantes que este tribunal puede prestar a la humanidad consiste en contribuir a desterrar de una vez para siempre la absurda y atroz concepción del derecho que encierra la tesis de la defensa. Esta concepción sostiene que estamos frente a un sistema jurídico cada vez que un grupo humano logra imponer cierto conjunto de normas en determinada sociedad y cuenta con la fuerza suficiente para hacerlas cumplir, cualquiera que sea el valor moral de tales normas. Esto ha generado el obscuro lema "La ley es la ley", que ha servido para justificar las opresiones más aberrantes. Desde antiguo, pensadores sumamente lúcidos han demostrado la falsedad de esta idea, con argumentos contundentes. Por encima de las normas dictadas por los hombres hay un conjunto de principios morales universalmente válidos e inmutables que establecen criterios de justicia y derechos fundamentales ínsitos a la verdadera naturaleza humana. Ellos incluyen el derecho a la vida, a la integridad física, a expresar opiniones políticas, a ejercer cultos religiosos, a no ser discriminado por razones de raza, etc., a no ser coaccionado sin un debido proceso legal. Este conjunto de principios conforman lo que se ha dado en llamar 'derecho natural'. Las normas positivas dictadas por los hombres sólo son derecho en la medida que se conforman al derecho natural y no lo contradicen. Cuando enfrentamos un sistema de normas que está en oposición tan flagrante con los principios del derecho natural como lo estuvo el ordenamiento nazi, calificarlo de 'derecho' implicaría desnaturalizar grotescamente ese sagrado nombre. ¿Qué diferencia hay entre las normas de ese ordenamiento y las de una organización delictiva como la mafia, si no es que las primeras desconocen en forma más radical aún que las últimas los principios de justicia y moralidad fundamentales? La posición de la defensa implicaría que los jueces que juzgan a los miembros de una organización delictiva tendrían que hacerlo de acuerdo con las reglas internas de esa organización y no de acuerdo con principios jurídicos válidos. Si aceptáramos la tesis que se propone, tendríamos la situación ridícula de que, después de haber vencido al monstruoso régimen nazi con 'sangre, sudor y lágrimas', terminaríamos aplicando las normas dictadas por ese mismo régimen para absolver a algunos de sus principales jefes; los vencedores se someterían a las normas de los vencidos. No siendo las regulaciones de régimen Nazi verdaderas normas jurídicas, ellas son inoperantes para legitimar los actos ejecutados de conformidad con las mismas. Por el contrario, tales actos constituyen violaciones groseras de las normas más elementales del derecho natural, que es un derecho que existía tanto en el tiempo en que tales actos fueron ejecutados, como existe ahora y existirá eternamente. Es así que resulta absurda la pretensión de la defensa de que condenar a los imputados implicaría violar el principio 'no hay pena sin ley previa que prohíba el acto'; hay una ley eterna que

prohíbe tales actos y ésta es la ley que aplicaremos si sometemos a los procesados a su justo castigo. Voto, por lo tanto, por que se condene a los procesados”

"El señor juez Cayo dijo: 'Comparto las valoraciones morales que el distinguido juez preopinante ha hecho de los actos sometidos a la consideración de este tribunal supremo. Yo también considero que tales actos constituyen formas extremadamente aberrantes de comportamiento humano, sin precedentes de igual magnitud en el curso previo de la historia. Al formular este juicio no estoy opinando como juez sino como ser humano y como ciudadano de una nación civilizada que ha contribuido a erradicar el régimen que hizo posible esas atrocidades. La cuestión es si nos está permitido, en nuestro carácter de jueces, hacer valer estos juicios morales para arribar a una decisión en este proceso. Los juicios morales, incluso los que acabo de formular, son relativos y subjetivos. Los historiadores, sociólogos y antropólogos han mostrado cómo han variado y varían las pautas morales en distintas sociedades y etapas históricas. Lo que un pueblo en cierta época considera moralmente abominable, otro pueblo, en época o lugar diferentes, lo juzga perfectamente razonable y legítimo. ¿Podemos negar que el nazismo generó una verdadera concepción moral en la que creían honestamente grandes masas de la población en este país? No hay ningún procedimiento objetivo para demostrar la validez de ciertos juicios morales y la invalidez de otros. La idea de que existe un derecho natural inmutable y universal y asequible a la razón humana es una vana, aunque noble, ilusión. Lo demuestra el contenido divergente que los pensadores iusnaturalistas han asignado a ese presunto derecho natural a la hora de hacer explícitas sus normas. Para algunos el derecho natural consagra la monarquía absoluta; para otros, la democracia popular. Según algunos autores la propiedad privada es una institución de derecho natural; otros creen que el derecho natural sólo hace legítima la propiedad colectiva de los recursos económicos. Una de las conquistas más nobles de la humanidad ha sido la adopción de la idea de que los conflictos sociales deben resolverse, no según el capricho de las apreciaciones morales de los que están encargados de juzgarlos, sino sobre la base de normas jurídicas establecidas; es lo que se ha denominado "el estado de derecho". Esto hace posible el orden, la seguridad y la certeza en las relaciones sociales. El derecho de una comunidad es un sistema cuyos alcances pueden ser verificados empíricamente, en forma objetiva y concluyente, con independencia de nuestras valoraciones subjetivas. Cada vez que nos encontramos frente a un conjunto de normas que establecen instituciones distintivas, como tribunales de justicia, y que son dictadas y hechas efectivas por un grupo humano que tiene el monopolio de la fuerza en un territorio definido, estamos ante un sistema jurídico, que puede ser efectivamente identificado como tal, cualesquiera que sean nuestros juicios morales acerca del valor de sus disposiciones. El derecho se distingue del ordenamiento normativo de una organización delictiva, como el de la mafia, no por la justicia del contenido de sus normas, sino por el hecho de estar respaldado por un aparato coactivo que se ejerce sobre una población definida y un territorio delimitado, sin entrar en competencia, en el mismo ámbito, con un

aparato que cuente con un poder superior o equivalente. Si la mafia lograra asumir el control efectivo y estable sobre una porción definida de territorio y población, las normas que dictara constituirían un ordenamiento jurídico. Va de suyo que considero que, por las mismas razones, el sistema normativo vigente en la Alemania nazi y en los países ocupados por sus tropas, era un sistema jurídico, por más que el contenido de sus disposiciones nos parezca aborrecible. Quiero destacar que ese sistema fue reconocido internacionalmente, incluso por algunos de nuestros países antes de que decidieran declarar la guerra al Eje (no obstante que muchas de las normas que objetamos estaban vigentes y se hacían efectivas —dando lugar a algunas de las atrocidades que hoy juzgamos— en el tiempo que el sistema era casi universalmente reconocido). Por supuesto que hay una relación entre derecho y moral; nadie duda de que un sistema jurídico suele reflejar de hecho las pautas y aspiraciones morales de la comunidad o de sus grupos dominantes (el sistema nazi no fue una excepción a esto, pues reflejó la concepción moral prevaleciente en la sociedad alemana); tampoco hay dudas de que esto debe ser así para que el sistema jurídico alcance cierta estabilidad y perdurabilidad. Pero lo que cuestiono es que sea conceptualmente necesario para calificar a un sistema de jurídico que él concuerde con los principios morales y de justicia que consideramos válidos. Nosotros somos jueces, no políticos ni moralistas, y como tales debemos juzgar de acuerdo con normas jurídicas. Son las normas jurídicas, y no nuestras convicciones morales, las que establecen para nosotros la frontera entre lo legítimo y lo ilegítimo, entre lo permisible y lo punible. La existencia de normas jurídicas implica la obligatoriedad de la conducta que ellas prescriben y la legitimidad de los actos realizados de conformidad con ellas. Es verdad que no somos nosotros jueces del sistema jurídico nazi —gracias a Dios, derogado para siempre— y, en consecuencia no estamos sometidos a sus normas. Pero cualquiera que sea la posición que adoptemos acerca del origen de nuestra competencia y de las normas que estamos obligados a aplicar, terminaremos por reconocer la validez de las nefastas normas del régimen nazi en el tiempo y lugar en el que tuvieron vigencia. Si se dijera que constituimos un tribunal internacional sometido a las normas del derecho de la comunidad de naciones deberíamos concluir que ese derecho incluye el llamado "principio de efectividad", que otorga validez a todo sistema normativo dictado por un poder soberano que ejerce en forma estable el monopolio de la fuerza en un cierto territorio. Si, en cambio, se sostuviera que somos jueces de las naciones vencedoras que aplican las normas de su propio sistema jurídico, extendido transitoriamente a este territorio, deberíamos concluir que nuestros respectivos ordenamientos jurídicos incluyen entre sus principios fundamentales el de *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*, que nos obliga a juzgar los actos de acuerdo con las normas que regían en el tiempo y lugar en que fueron cometidos, y no de acuerdo con normas dictadas posteriormente o para un ámbito territorial diferente. Por cualquier camino llegamos, en nuestro carácter de jueces de derecho, al reconocimiento de la validez de las normas del derecho nazi en el momento y en el ámbito territorial en que estos actos fueron realizados. No implica esto so meternos a las normas de los vencidos, sino que es la conclusión natural de aplicar nuestras propias normas jurídicas.

Debemos, pues, aceptar la tesis de la defensa de que estos actos moralmente horribles fueron jurídicamente legítimos y no pueden ser penados. Estos individuos sentados en el banquillo fueron ya juzgados contundentemente por la opinión moral de la humanidad civilizada. No desnaturalicemos nuestros principios jurídicos para agregar a esa condena moral una pena superflua y perniciosa (cuidémonos de sentar un precedente susceptible de ser usado en el futuro con fines diferentes a los que nosotros perseguimos). A la barbarie del nazismo y a su desprecio por el estado de derecho, opongamos nuestro profundo respeto por las instituciones jurídicas. Voto, pues, por que se absuelva a los procesados'. "

El señor juez Ticio dijo: 'Las opiniones de mis ilustrados colegas me han sumido en un estado de profunda perplejidad. Tengo conciencia de nuestra responsabilidad histórica de sentar principios claros y concluyentes que expresen la respuesta que el mundo civilizado debe dar a hechos de barbarie como los que son juzgados en este proceso. Sin embargo, no he encontrado en los votos de los jueces preopinantes elementos de juicio que permitan formular tales principios. Si bien hay muchos aspectos de las opiniones que hemos escuchado con las que estoy plenamente de acuerdo, hay también en esas opiniones una serie de confusiones conceptuales y algunos presupuestos valorativos difícilmente justificables. Permítaseme comenzar por un punto que, si bien no es directamente relevante para el problema que tenemos que resolver, ha desempeñado un papel decisivo en las opiniones de mis colegas. El juez Sempronio ha sostenido que hay ciertos principios morales y de justicia que son universales y eternos, asequibles a la razón y que derivan de la "verdadera naturaleza humana". Por el contrario, el juez Cayo ha negado la existencia de un derecho natural y ha afirmado que los juicios valorativos son necesariamente subjetivos y relativos, sin que haya procedimientos racionales y objetivos para determinar su validez o invalidez. Ambas posiciones me parecen insatisfactorias. La primera no nos dice cómo se demuestra la existencia de tales principios de derecho natural, cómo se seleccionan las propiedades de los seres humanos que constituyen su verdadera esencia o naturaleza, cómo se produce la inferencia de principios normativos a partir de ciertos presuntos datos acerca de la condición humana; no estoy convencido de que sea posible inferir conclusiones acerca de lo que debe ser o debe hacerse de premisas que no son en sí mismas normativas, sino que constituyen juicios acerca de la configuración de la realidad (no resulta fácil descalificar la idea, sugerida por Hume, de que no es posible derivar el 'deber ser' del 'ser'). Por otra parte, la segunda posición, que sostiene que los juicios valorativos son subjetivos y relativos genera también dudas que no son fáciles de erradicar. ¿Será verdad que cuando decimos que algo es bueno o justo nos limitamos a dar rienda suelta a nuestras emociones, o queremos decir simplemente que nosotros, o nuestra sociedad piensa que es bueno o justo, o que aprobamos el estado de cosas a que nos estamos refiriendo? Del hecho de que las sociedades difieran en sus juicios valorativos, ¿se infiere que todos ellos sean igualmente razonables y válidos? ¿Tiene sentido sostener que ni a los hombres ni a las sociedades debemos juzgarlos de acuerdo con los principios morales que nosotros sostenemos sino de acuerdo con los que ellos sustentan? ¿No implica esto la

imposibilidad de todo juicio moral respecto de la conducta ajena (cuando el agente cree que está actuando moralmente)? ¿Es posible formular juicios morales y sostener al mismo tiempo que juicios morales opuestos son igualmente válidos? Confieso que mis dudas respecto de las dos posiciones me colocan en una situación incómoda; si bien no me parecen convincentes los procedimientos que los filósofos morales han propuesto hasta ahora para justificar principios valorativos últimos, no encuentro satisfactorio el escepticismo ético fundado en una concepción subjetivista o relativista de los valores. Pero creo que podemos dejar esta cuestión a los filósofos —de quienes espero un progresivo esclarecimiento de los problemas conceptuales y epistemológicos que ella envuelve—, puesto que, en el fondo, no es relevante para encarar la discusión que aquí se ha planteado. Aun cuando adoptemos una concepción escéptica en materia ética, no podemos eludir la formulación de juicios morales; y si formulamos juicios valorativos —como lo hace el juez Cayo— adoptamos una posición moral y estamos comprometidos a actuar en consecuencia. El problema filosófico en el que incursioné sólo se presentaría si alguien nos desafiara a justificar los principios morales últimos en los que tales juicios se basan; pero, por suerte, tal problema no se plantea aquí, ya que todos los miembros del tribunal coincidimos en nuestras convicciones morales fundamentales. La cuestión que se presenta en este proceso es, en cambio, si, como jueces, podemos hacer valer tales convicciones morales para decidir este caso, o si debemos atenernos exclusivamente a la aplicación de principios y normas jurídicas. Para el juez Sempronio no existe la disyuntiva que acabo de plantear. Para él la identificación de las reglas jurídicas implica haberlas pasado por el cedazo de nuestras convicciones morales. Un conjunto de regulaciones que contradice principios morales y de justicia considerados válidos no constituye un sistema jurídico. Yo no estoy de acuerdo con esa posición y coincido en esto con la opinión del juez Cayo. Si no nos dejamos seducir por la pretensión de encontrar la verdadera esencia del derecho y nos preocupamos, en cambio, por determinar como la expresión "derecho" es usada en el lenguaje corriente de legos y juristas, hallaremos, sin duda, que en muchos contextos, ella es aplicada para denominar sistemas normativos que no satisfacen mínimas exigencias de justicia. No todo el que hable del 'derecho nazi' se adhiere a la ideología nazi, y el propio juez Sempronio ha debido recurrir a circunloquios artificiosos para hacer referencia al conjunto de normas implantadas por el Tercer Reich, sin usar la expresión 'derecho'. Es difícil determinar los alcances definidos del término 'derecho' (o 'sistema jurídico') en el lenguaje corriente; ella es por cierto una expresión marcadamente vaga. Sin embargo, el juez Cayo no debe estar desencaminado al presuponer que la palabra se aplica a un conjunto de normas que son reconocidas, y hechas efectivas por quienes controlan el monopolio de la coacción en un cierto territorio. Tales son, aproximadamente, las condiciones que tomamos en cuenta para identificar un fenómeno como 'el derecho babilonio' o el 'derecho chino'; ellas son condiciones puramente fácticas y no incluyen propiedades valorativas. Si nos preguntamos ahora, no cómo se usa efectivamente el término 'derecho', sino cómo sería conveniente que fuera definido y empleado en cierto contexto, en primer lugar no veo que haya otro tipo de razones para preferir una

definición a otra que la claridad conceptual y la conveniencia para una comunicación fluida que se obtendría si se emplea la expresión de acuerdo con la definición elegida; en segundo término, no creo que haya razones de esa índole que justifiquen apartarse del uso común prevaleciente. Esto me lleva a concluir que no podemos negarnos a calificar de 'jurídico' el sistema nazi. Pero el juez Sempronio podría decir que no se trata meramente de una cuestión de palabras; como surge claramente del voto del juez Cayo, el identificar un sistema como derecho tendría consecuencias prácticas sumamente importantes, puesto que implicaría concluir que sus normas tienen o tuvieron validez o fuerza obligatoria, que los actos realizados de conformidad con ellas fueron legítimos, y que los jueces estamos obligados a reconocer tales normas en nuestras decisiones. Es aquí donde estoy en completo desacuerdo con el juez Cayo. Él nos dice que las normas de un sistema jurídico son válidas o tienen fuerza obligatoria en el tiempo y lugar en que ellas rigen, ¿pero qué quiere decir esto? Si ello significa que las normas jurídicas estipulan la obligación de realizar determinados actos, esto es obviamente cierto, pero no implica que debemos realmente realizar tales actos. También la orden de un asaltante estipula la obligación de realizar un acto, pero esto no quiere decir que debemos realizar ese acto, aunque no nos quede otro remedio que ejecutarlo. Si se pretende sostener, en cambio, que hay una obligación de obedecer las normas jurídicas —y no las órdenes de un asaltante— corresponde preguntarse de dónde surge esa obligación. No se puede contestar que surge de otra norma jurídica, puesto que si así fuera tendríamos que preguntarnos si estamos obligados a obedecer esa otra norma jurídica; en algún momento se agotarán las normas jurídicas que estipulan la obligación de obedecer a otras normas jurídicas. La única respuesta posible es que la obligación de obedecer las normas jurídicas surge de otro tipo de norma, de normas que son consideradas 'intrínsecamente obligatorias'. Ahora bien, las únicas normas de las que se puede predicar que son intrínsecamente obligatorias son las normas de una moral crítica o ideal (estas normas, a diferencia de las normas jurídicas, sólo existen en tanto son válidas u obligatorias). En definitiva, entonces, cuando el juez Cayo sostiene que las normas jurídicas son obligatorias está presuponiendo una norma o principio moral que prescribe obedecer las disposiciones de todo sistema jurídico. Él no es consecuente con su tesis de que se debe juzgar teniendo en cuenta sólo normas jurídicas y no nuestras convicciones morales. El juez Cayo introduce encubiertamente sus convicciones morales al postular que toda norma jurídica es obligatoria y debe ser reconocida por los jueces. La obligatoriedad a la que alude es una obligatoriedad moral. El que introduzca sus convicciones morales no es en sí mismo criticable —aunque sí lo es el que lo haga encubiertamente— ya que toda decisión en una materia moralmente relevante implica adoptar una posición moral; lo que hay que determinar, en cambio, es si las convicciones morales del juez Cayo son aceptables. El principio moral de que deben obedecerse y aplicarse las normas jurídicas vigentes es un principio plausible, puesto que él está vinculado con valores tales como la seguridad, el orden, la coordinación de actividades sociales, etcétera. Pero es absurdo pretender que él sea el único principio moral válido. También hay otros principios, como los que

consagran el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, etcétera. En ciertas circunstancias excepcionales, la violación de estos últimos principios, en que se incurriría si se observaran las reglas jurídicas, sería tan radical y grosera como para justificar apartarse del principio moral que prescribe atenerse al derecho vigente. Tales circunstancias se dieron durante el régimen nazi, y no puede dudarse que los funcionarios de ese régimen no podían justificar moralmente las atrocidades que ejecutaron en el mero hecho de estar ellas autorizadas o prescriptas por el derecho vigente. Es más, si un juez alemán de la época hubiera sido lo suficientemente temerario como para condenar a un funcionario por alguno de estos actos, desobedeciendo las normas jurídicas vigentes, su comportamiento hubiera estado plenamente justificado y hubiera tenido enorme mérito moral. ¿Puede decirse lo contrario de una decisión análoga que adoptase este tribunal? Ciertamente no. Tanto el principio de efectividad del derecho internacional como el principio *nulla poena sine lege praevia* del derecho interno de nuestros países son principios muy respetables que reflejan valores morales primarios, tales como la soberanía de los Estados y la seguridad individual. Estos principios deben ser observados escrupulosamente en todas las actuaciones que no involucren una verdadera catástrofe para la sociedad. Pero ningún valor moral, por más importante que sea, es absoluto y prevalece sobre todos los demás valores. Este tribunal tiene la imperiosa necesidad de ratificar contundentemente el valor de la vida, el de la integridad física, el de la intrínseca igualdad de todos los seres humanos, etcétera. Para ello no puede dejar impunes a los personeros de un régimen que se burló brutalmente de esos valores, como nunca antes había ocurrido. Esto implica dejar de lado principios jurídicos normalmente valiosos, como los que alega la defensa. Debemos asumir plenamente esta consecuencia desgraciada como un mal menor. La solución del juez Sempronio no elude tal consecuencia, sino que la implica en forma encubierta. El principio *nulla poena sine lege* exige, para penar a alguien, que exista una ley jurídica positiva que prohíba el acto; tal principio está precisamente dirigido contra la pretensión de fundamentar una pena en la violación de normas morales (que es lo que tanto el juez Sempronio como yo estamos propugnando). El curso elegido por mi distinguido colega es sumamente peligroso, pues si no se reconoce abiertamente que se está violando un principio valioso, no se deja sentado con claridad en qué circunstancias extremas tal violación es permisible, y se abre la puerta a otras violaciones encubiertas menos justificables. Voto, en consecuencia, por que se condene a los procesados'.<sup>15</sup>

No se discuten aquí las diferentes tesis sobre la relación entre derecho y moral toda vez que el material abunda, a lo que quiero apelar sí, es a la interpretación continua del derecho que deben realizar los jueces dando mérito a sus sentencias. Creo que es innegable lo erróneo de la tesis que sostiene la defensa “que los individuos han cometido actos que

---

<sup>15</sup> Nino, Carlos Santiago *“Introducción al análisis del Derecho”* pag. 18. Ed. Astrea. Ciudad de Buenos Aires, 2003.

cualquiera que sea su valor o disvalor moral, han sido perfectamente legítimos de acuerdo con el orden jurídico del tiempo y lugar en que fueron realizados.”

Las palabras de la defensa nos remiten a muchas de las sentencias que sin pregonar tan fuerte esta premisa, la siguen al fallar a ciegas. Este punto es de gran relevancia porque lo desarrollaremos a lo largo de este trabajo y es bueno cuestionar a la luz caso determinadas resoluciones judiciales (ya que no son exclusivamente sentencias) que resultan arbitrarias aún basándose en derecho vigente. Entonces abrir a debate temas como el del acápite puede generar un cambio de paradigma a mi entender necesario para la evolución del concepto de derecho, primordialmente en su faz práctica. Y refiero especialmente a esta cuestión debido a que si bien el material teórico elaborado por reconocidos doctrinarios del mundo abunda, la realidad nos sitúa en el desconocimiento -por parte del órgano jurisdiccional- de derechos esenciales basándose en el reconocimiento de la seguridad jurídica como bien jurídico tutelado de carácter superior, brindando soluciones que son prácticamente injustas.

«Ya nadie puede... afirmar en serio que la aplicación de las normas jurídicas no es sino una subsunción lógica bajo premisas mayores formadas abstractamente». Esta constatación de Karl Larenz señala uno de los pocos puntos en los que existe acuerdo en la discusión metodológico- jurídica contemporánea. La decisión jurídica, que pone fin a una disputa , expresable en un enunciado normativo singular, no se sigue lógicamente, en muchos casos, de las formulaciones de las normas jurídicas que hay que presuponer como vigentes, juntamente con los enunciados empíricos que hay que reconocer como verdaderos o probados.

Para esto existen, al menos, cuatro razones:

- (1) la vaguedad del lenguaje jurídico ,
- (2) la posibilidad de conflictos de normas ,
- (3) el hecho de que sean posibles casos que necesitan una regulación jurídica, pero para cuya regulación no existe una norma ya vigente , y
- (4) la posibilidad de decidir incluso contra el tenor literal de una norma en casos especiales.<sup>16</sup>

De ello se sigue que sin perjuicio de la descripción normativa del caso general muchas veces en el caso concreto son necesarios abordajes en los cuales se contemple al derecho de forma sistemática. Los ordenamientos jurídicos forman parte de un sistema en el cual las normas coexisten con principios universales de derecho natural y que debe satisfacer exigencias de justicia. Además las normas deben tener una justificación lógica y una finalidad que garantice la justicia de acuerdo con el derecho.

Existen principios universalmente reconocidos, como el derecho a la vida, a la libertad, a la integridad física, etc. Y la violación de estos últimos en que se incurriría si se respeta el

---

<sup>16</sup> Alexy, Robert: *La teoría de la Argumentación Jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1989.

ordenamiento jurídico violatorio los mismos, sería tan radical como para justificar apartarse del principio moral que prescribe atenerse al derecho vigente. Este último supuesto encuadraría dentro de una de las razones, expresadas por Karl Larenz, por las cuales la decisión jurídica que pone fin a una disputa no se sigue lógicamente (excepcionalmente) de las normas jurídicas vigentes, “la posibilidad de decidir incluso contra el tenor literal de una norma en casos especiales” Pero para continuar desarrollando este tema es necesario comprender qué se entiende por derecho y que prescriben distintos autores con respecto a este concepto.

### **b. Metodología del conocimiento jurídico e interpretación jurídica, el Código Civil y Comercial de la Nación**

En el derecho –en cuanto realidad práctica- es preciso conocer a través de un método que se adecue a la especial naturaleza de su objeto, de forma tal que pueda concluirse en directivas o estimaciones acerca del obrar humano, con las peculiaridades propias con las que se rodea en la experiencia jurídica (normas, intereses, instituciones, etc.) En su obra “La Prudencia Jurídica” Massini nos cuenta que cuando el Emperador Augusto otorgó, en los comienzos de la era cristiana el *ius publice responderi ex auctoritate Principis* ('derecho a dar una respuesta con autoridad imperial') a los más notables juristas de la Roma Imperial, lo hizo en virtud de su reconocida virtud de *iuris prudentis*, es decir, de poseedores, en grado eminente, de una especial forma de conocimiento jurídico: el prudencial . Papiliano, Ulpiano, Gayo, Paulo y Modestino se destacaban entre los hombres de derecho romano por su especial aptitud para investigar cual era la solución justa para cada uno de los casos concretos sobre los que se les consultaba.<sup>17</sup> Veinte siglos después de haberse acuñado el vocablo reaparece en las sentencias de los tribunales la referencia a la “prudencia jurídica” y al “conocimiento prudencial” del derecho como elementos indispensables para el acierto en los fallos. Dicho ello es dable citar los dichos de la Corte Suprema en el fallo “Oilher, Juan Carlos c/Arenillas, Oscar Norberto”. Dijo allí la Corte “Si es cierto que el legislador es soberano en la sanción de la ley, el juez no lo es menos en la apreciación y valoración de los hechos y si no puede éste, en principio, juzgar de la equidad de la ley no sólo puede sino que debe juzgar con equidad en los casos particulares sometidos a su decisión. De lo contrario, aplicar la ley se convertiría en una tarea mecánica reñida con la naturaleza misma del derecho y conduciría, a menudo, al absurdo que ya previeron los romanos: *summum jus, summa injuria*. Hacer justicia, misión específica de los magistrados, no importa otra cosa que la recta determinación de lo justo in concreto; y ello sólo se puede lograr ejerciendo la virtud de prudencia animada con vivo espíritu de justicia en la realización efectiva del derecho en las situaciones reales que se le presenten, lo que exige conjugar los principios enunciados en la ley con los elementos fácticos del caso, cuyo consciente desconocimiento no se compadece con la misión de administrar justicia.”

---

<sup>17</sup> Massini, Carlos Ignacio: *La Prudencia Jurídica “Introducción a la gnoseología del Derecho”*. Ed Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2006. “Conf. Di Pietro, Alfredo y Lapieza Elli, Ángel, *Manual de Derecho Romano*, Buenos Aires 1976”

Del análisis de las prescripciones de nuestro código surge que la ley debe ser interpretada “teniendo en cuenta sus palabras”, interpretación literal; sus finalidades que forman parte si se quiere de la interpretación teleológica junto con el análisis de las mismas al momento de aplicarse la norma; las leyes análogas entendemos como respeto al principio de coherencia y armonía del ordenamiento jurídico; las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos que con la reforma del año 1994 alcanzaron el reconocimiento de su jerarquía constitucional y por tanto tienen jerarquía superior a las leyes; los principios y los valores jurídicos de modo coherente con todo el ordenamiento, punto interesante para evaluar aquí es la existencia o inexistencia de lagunas normativas en el derecho.

La función judicial consiste en resolver los casos que son traídos al conocimiento de los tribunales, y ya desde la norma contenida en el Código Velezano derogado se imponía a los jueces el deber de resolver, y no les estaba permitido excusarse de hacerlo bajo la invocación de la existencia de “*silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes*” —art. 15—. El art. 3 del Código Civil y Comercial de la Nación dispone que los jueces deben resolver aquellos asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada. El legislador ha indicado que la referencia a la razonabilidad de la decisión es un requisito derivado de la doctrina de la arbitrariedad elaborada por la Corte Suprema; de tal suerte, la interpretación de la expresión “... razonablemente...” debe apuntar a que las decisiones se encuentren suficientemente fundadas, y que no puedan admitirse sentencias carentes de fundamentos, determinadas por la sola voluntad del juez, o con omisiones sustanciales para la adecuada solución del litigio. Esta disposición se aplica extensivamente a todos los órganos que ejerzan jurisdicción —más allá de su competencia o naturaleza— que deban decidir casos, con obligación de fundarlos. De ello surge la interrogante de si y en el caso cómo deberán resolver los tribunales aquellos casos aún en ausencia de norma expresa que regule, solucione, o consecuencia el acontecimiento que arriba a sus tribunales. He aquí una razón práctica de la insuficiencia de las normas jurídicas y la consecuente necesidad de estándares morales y jurídicos que no sean normas que auxilien la labor jurisdiccional ya que de cualquier manera; con o sin principios, con o sin normas, los tribunales tienen la obligación de resolver.

### **c. Argumentación práctica y argumentación jurídica según MacCormick:**

La argumentación práctica en general, y la argumentación jurídica en particular, cumple para MacCormick, esencialmente, una función de justificación. Esta función justificatoria está presente incluso cuando la argumentación persigue una finalidad de persuasión, pues sólo se puede persuadir si los argumentos están justificados, esto es —en el caso de la argumentación jurídica— si están en conformidad con los hechos establecidos y con las normas vigentes. Incluso quienes afirman que la argumentación explícita que puede hallarse en las sentencias judiciales está dirigida a encubrir las verdaderas razones de la decisión, estarían en realidad presuponiendo la idea de justificación; justificar una decisión jurídica quiere decir, pues, dar

razones que muestren que las decisiones en cuestión aseguran la justicia de acuerdo con el derecho. Dicho de otra manera, MacCormick parte de la distinción entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación, y sitúa su teoría de la argumentación jurídica precisamente en este segundo ámbito. Pero ello no quiere decir que su teoría sea simplemente prescriptiva, sino que, al mismo tiempo, es también descriptiva. No trata únicamente de mostrar bajo qué condiciones puede considerarse justificada una decisión jurídica, sino que pretende, además, explicar que las decisiones jurídicas, de hecho, se justifican precisamente de acuerdo con dicho modelo. En este segundo sentido, su teoría consistiría en la formulación de una serie de hipótesis falsables. Pero falsables ¿en relación con qué práctica? MacCormick toma como objeto de estudio las decisiones publicadas de los tribunales de justicia británicos (de Inglaterra y de Escocia), pero considera que, en lo fundamental, el modelo puede extenderse a cualquier sistema jurídico (al menos, a cualquier sistema jurídico evolucionado). Por otro lado, las peculiaridades del estilo de los jueces británicos presentan, en su opinión, estas dos ventajas: la primera consiste en que las decisiones se toman por mayoría simple y cada juez tiene que escribir su fallo (a diferencia de la práctica usual en el civil law o en otros sistemas de common law, como el estadounidense, en donde el ponente redacta una sentencia que expresa el parecer del tribunal en conjunto), lo que hace que aparezcan en forma más clara las diversas soluciones posibles para cada caso difícil; y la segunda consiste en que la ausencia de una carrera judicial hace que los jueces se recluten entre los propios abogados, lo que lleva a que aquellos asuman un estilo menos impersonal y que refleja con más intensidad el hecho de que la argumentación jurídica es esencialmente una controversia. En fin, justificar una decisión práctica significa necesariamente una referencia a premisas normativas. Pero las premisas normativas últimas no son, en opinión de MacCormick, el producto de una cadena de razonamiento lógico. Ello no quiere decir tampoco que no se pueda dar ningún tipo de razón a favor de unos u otros principios normativos. Se pueden dar, pero estas no son ya razones concluyentes, sino razones que necesariamente implican una referencia a nuestra naturaleza afectiva y que encierran, por tanto, una dimensión subjetiva. A su vez, esto último no impide que se pueda hablar de una razón práctica, en cuanto que tales razones no son puramente *ad hoc* o *ad hominem*; no son reacciones puramente emocionales, sino razones que deben poseer la nota de universalidad. Pero, en definitiva, lo esencial es que gente honesta y razonable podría discrepar: lo que nos hace adherirnos a determinados principios antes que a otros es tanto nuestra racionalidad como nuestra afectividad. La teoría de MacCormick sobre la argumentación jurídica —y sobre la argumentación práctica en general— gira realmente en torno a esta tesis.<sup>18</sup>

El Derecho puede verse (aunque no sea ésta la única aproximación posible) como una técnica, un instrumento, para el tratamiento de cierto tipo de problemas, de conflictos sociales.

---

<sup>18</sup> Atienza, Manuel: *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1991.

En cada una de las instancias jurídicas (legislativa, judicial, etc.) se producen decisiones que, en los Derechos contemporáneos, tienen que estar sustentadas en razones, tienen que estar argumentadas. ¿Pero qué significa argumentar? ¿Y qué relación hay entre argumentar y decidir? En principio, parecería que los dos fenómenos —argumentar y decidir— van indisolublemente ligados: el legislador, el juez, el abogado, el jurista teórico... tiene que argumentar porque tiene que decidir él o que proponer a otro que decida en algún sentido: la argumentación sigue —o precede— a la decisión, como la sombra al cuerpo. Pero, sin embargo, esta apreciación no es del todo exacta. Por un lado, es perfectamente posible que se decida sin argumentar, sin dar razones de por qué se decide de determinada manera. De hecho, la práctica de la argumentación (motivación) judicial es relativamente reciente en los sistemas jurídicos de tipo continental (en los del common law no ha sido así, puesto que sin una mínima explicitación de las rationes decidendi de los casos, esos sistemas no podrían funcionar); y hay muchas decisiones (de órganos administrativos y también de órganos judiciales —las de menor importancia—) que no se motivan, pues en otro caso se haría imposible el funcionamiento de las instituciones. Y, por otro lado, las argumentaciones no tienen lugar únicamente en contextos prácticos (en relación con decisiones y acciones), sino también en contextos teóricos (a propósito de creencias y opiniones). La argumentación judicial en materia de hechos, por ejemplo, es de esta segunda naturaleza, si bien es cierto que, en última instancia (como ocurre con todo el razonamiento jurídico), tiene un carácter práctico: si se da por acreditado el hecho H, es porque ello es una condición para la adopción (justificada) de una determinada decisión.<sup>19</sup>

Siguiendo a Robert Alexy cuando hay supuestos en los que la decisión de un caso singular no se sigue lógicamente ni de las normas presupuestas, ni de enunciados sólidamente fundamentados de un sistema cualquiera (juntamente con enunciados empíricos), ni puede ser fundamentada concluyentemente con ayuda de las reglas de la metodología jurídica, entonces al decisor le queda un campo de acción en el que tiene que elegir entre varias soluciones, a partir de normas jurídicas, reglas metodológicas y enunciados de sistemas jurídicos no determinados ulteriormente.

No se puede afirmar que todas las decisiones jurídicas expresan directamente mandatos, prohibiciones o permisiones. Esto no es así, por ejemplo, respecto de los juicios de configuración. Tampoco se defiende aquí la tesis más débil de que todas las decisiones se pueden reconducir a formas básicas que, como expresiones normativas, solo contienen operadores deónticos básicos como «obligatorio», «prohibido» y «permitido». En este contexto

---

<sup>19</sup> Atienza, Manuel: *Curso de argumentación jurídica*. Ed. Trotta. Madrid 2013.

es suficiente con que las decisiones jurídicas impliquen, al menos, mandatos, prohibiciones o permisiones.<sup>20</sup>

De la elección de un enunciado normativo entre muchos otros del sistema surge la acción de valoración del intérprete por ej. En el dictado de una sentencia. Con aquella podrá denotarse la preferencia de una acción sobre otra bajo análisis y ello importaría un enjuiciamiento de la alternativa elegida como mejor en algún sentido que deberá ser fundado pero que de todas maneras implicará siempre una valoración. En este sentido Karl Larenz habla del “reconocimiento de que la aplicación de la ley no se agota en la subsunción, sino que exige en gran medida valoraciones del aplicador”<sup>21</sup> Esser constata que “las valoraciones tienen una importancia central en todas las decisiones de algún modo problemáticas” Kriele llega al resultado de que no se puede “desconocer de ninguna manera el elemento valorativo, normativo-teleológico y político-jurídico, contenido en toda interpretación”

#### **d. La justificación deductiva:**

MacCormick entiende al proceso de argumentación jurídica como el medio por el cual se toman decisiones jurídicas particulares; es decir, por el cual se decide la obligación, responsabilidad o sanción en un caso particular. El proceso de argumentación jurídica de primer nivel es un proceso de justificación lógico-deductivo.<sup>22</sup>

Como sabemos, el proceso lógico de justificación es independiente de la verdad o falsedad de las premisas (i. e., de las proposiciones que usamos en los argumentos). Para saber si alguien realizó o no tal acción (p. ej., si firmó un contrato, si asesinó a una persona, si falsificó un documento, etcétera) tenemos que emplear métodos de descubrimiento; es decir, métodos que nos digan algo acerca de los hechos. Para saber si la ocurrencia de esos hechos es una razón suficiente para la aplicación de una norma tenemos que revisar las condiciones de aplicación de la norma e interpretar su contenido o significado. La lógica dice muy poco acerca de esa labor. Sin embargo, cuando se ha decidido la interpretación de la norma y se confía en la verdad de los hechos, entonces podemos usar la lógica deductiva para llegar a una conclusión. El juez puede usar esta conclusión para tomar una decisión, por ejemplo, para declarar inocente o culpable a una persona, para imponerle alguna carga de responsabilidad, etcétera.

---

<sup>20</sup> Alexy, Robert: *La teoría de la Argumentación Jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1989.

<sup>21</sup> K. Larenz, *Ibid.*, p. 150.

<sup>22</sup> *El rol de la lógica en el derecho (o en el proceso justificativo del derecho)*, insinúa MacCormick [2005:30s], es el de evaluar y elucidar los argumentos justificativos, dándole así cierta fuerza demostrativa al razonamiento jurídico, cfr. MacCormick [1992: 181s].

Manuel Atienza considera que una decisión jurídica cuando menos tiene que estar justificada internamente, y que la justificación interna es independiente de la justificación externa en el sentido de que la primera es condición necesaria, pero no suficiente, para la segunda y coincide.

La palabra «motivar» puede utilizarse en varios sentidos, pero cuando se dice que los jueces tienen la obligación de motivar sus decisiones, lo que quiere decirse es que deben justificarlas. Cada uno de esos dos aspectos de las decisiones constituiría el objeto de estudio de disciplinas distintas: del contexto de descubrimiento tendrían que ocuparse diversas ciencias sociales (psicología, sociología, etc.); mientras que la teoría del Derecho (y por tanto, la teoría de la argumentación jurídica) se situaría exclusivamente en el contexto de justificación. Es importante darse cuenta de que la distinción en cuestión no coincide con la que puede trazarse entre el discurso descriptivo y el prescriptivo: se puede describir cómo los jueces, de hecho, toman sus decisiones, pero también puede prescribirse cómo deberían hacerlo; y otro tanto pasa en relación con la justificación.<sup>23</sup>

#### **e. Presupuestos y límites de la justificación deductiva. Casos fáciles y casos difíciles**

Explica MacCormick que la justificación deductiva tiene sus presupuestos y sus límites. Un primer presupuesto es que el juez tiene el deber de aplicar las reglas del derecho válido; sin entrar en la naturaleza de dicho deber, lo que parece claro es que la justificación deductiva se produce en el contexto de razones subyacentes que justifican la obligación de los jueces en cuestión (por ejemplo, la certeza del derecho, la división de poderes, etc.) y que, en ocasiones pesan más que el deber de hacer justicia (digamos, justicia en abstracto). Un segundo presupuesto es que el juez puede identificar cuáles son las reglas válidas, lo que implica aceptar que existen criterios de reconocimiento compartidos por los jueces. Pero, además, la justificación deductiva tiene sus límites en el sentido de que la formulación de las premisas normativas o fácticas puede plantear problemas. O, dicho de otro modo, además de casos fáciles a los jueces se les pueden presentar también casos difíciles. MacCormick efectúa una división cuatripartita de casos difíciles, según que se trate de problemas de interpretación, de relevancia, de prueba o de calificación. Los dos primeros afectan a la premisa normativa, y los dos últimos a la premisa fáctica. Existe un problema de interpretación cuando no hay duda sobre cuál sea la norma aplicable (es decir, tenemos una norma de la forma  $p \rightarrow q$ ), pero la

<sup>23</sup> Atienza, Manuel: *Curso de argumentación jurídica*. Ed. Trotta. Madrid 2013. “La teoría estándar de la argumentación jurídica parte de la distinción entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación de las decisiones judiciales, y circunscribe el estudio de la argumentación jurídica a este último ámbito. O sea, una cosa sería dar cuenta de los motivos (en el sentido de los factores causales) de diverso tipo que llevan a un juez o a un tribunal a tomar una determinada decisión; y otra señalar las razones que permiten considerar esa decisión como algo aceptable, justificado. En otros términos: una cosa son las razones que explican la decisión, y otra las que la justifican.”

norma en cuestión admite más de una lectura (por ejemplo, podría interpretarse en el sentido de  $p' \rightarrow q$ , o bien  $p'' \rightarrow q$ ). Así, la Race Relations Act de 1968 prohíbe la discriminación en el Reino Unido sobre la base de color, raza, origen nacional o étnico, pero surgen dudas a propósito de si la prohibición cubre también un supuesto en que una autoridad local establece que sólo los nacionales británicos tienen derecho a obtener una vivienda protegida. Es decir, la norma en cuestión podría interpretarse en el sentido de entender que discriminar por razón de origen nacional (incluyendo la nacionalidad actual) es ilegal ( $p' \rightarrow q$ ), o bien en el sentido de que discriminar por razón de origen nacional (pero sin incluir la nacionalidad actual) es ilegal ( $p'' \rightarrow q$ ); esta última es precisamente la interpretación aceptada por la mayoría de la Cámara de Loes en el caso *Ealing Borough Council contra Race Relations Board* (1972 AC 342).<sup>24</sup>

-Problemas de interpretación: En este caso el juez sabe la norma, pero esta presenta varias interpretaciones posibles.

-Problemas de relevancia: El juez no sabe si hay o no normas relevantes que se puedan aplicar al caso.

-Problemas de la prueba: No hay acuerdo sobre el supuesto de hecho, bien porque no se sabe qué pasó, o porque el acusado niega los hechos, o porque no hay suficientes pruebas.

-Problemas de calificación: Hay acuerdo sobre los hechos, pero no se sabe si los hechos cubren el supuesto de hecho de la ley. P.e., no se sabe si una inseminación artificial heteróloga sin consentimiento se puede catalogar o no como adulterio.

Una decisión será razonable si cumple estos dos requisitos: si es lógicamente consistente (fácilmente comprobable recurriendo a la lógica formal) y si es "justa" (para ello ha de cumplir unos requisitos, como el de universalidad). Sin embargo, no todos los casos son tan sencillos como el silogismo aquí expuesto. Por ello se pueden distinguir casos fáciles y casos difíciles. Los casos fáciles son aquellos en los que el juez no tiene ningún problema a la hora de establecer los hechos, saber qué normas ha de aplicar, etc. La decisión consiste en pasar de las premisas a la conclusión. Pero en los procesos jurídicos a menudo se presentan casos más difíciles. El problema se suele dar en el establecimiento de premisas y puede tener como fuentes problemas de interpretación, de relevancia, de prueba o de calificación.

La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento. Una teoría, por muy atractiva, elocuente y concisa que sea, tiene que ser rechazada o revisada si no es verdadera; de igual modo, no importa que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser reformadas o abolidas.<sup>25</sup>

Como adelantáramos en la resolución de casos difíciles es necesario apelar a las consecuencias que la decisión acarrearía una vez adoptada.

Habitualmente se entiende el Derecho como un orden sistemático que tiene las notas de

<sup>24</sup> Atienza, Manuel: *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1991.

<sup>25</sup> Rawls John: *Teoría de la Justicia*, Harvard University Press, 1971.

plenitud, coherencia e independencia. Pero, tal como exponen Alchourrón y Bulygin, esto es más una apariencia que una realidad. El origen de esta falsa idea se encuentra, a su juicio, en la concurrencia de tres exigencias legales: a) el juez debe resolver todos los casos; b) sus resoluciones deben estar motivadas, y c) esta motivación debe basarse en el Derecho vigente. De aquí resulta el corolario de que el Derecho no puede tener lagunas ni contradicciones. Pero obviamente esto no es así. El Derecho tiene, de hecho, lagunas y contradicciones. Por eso, cuando el juez se enfrenta a un caso para el que el ordenamiento jurídico no le indica una solución clara, tiende a desarrollar una argumentación que encubre que la solución final no se deduce de modo estrictamente lógico de aquél. Por tanto, Alchourrón y Bulygin precisan que la plenitud y la coherencia son ideales de la ciencia jurídica, pero no realidades.

Ronald Dworkin en su tesis nos explica que una vez identificados los principios como una clase de estándares aparte, diferentes de las normas jurídicas comprobamos que estamos repletos de ellos. Aclarado ello surge la necesidad de determinar que su máximo peso y relevancia es en la resolución de casos difíciles. En casos de esta índole el juez crea derecho a través del dictado de una norma determinada antes inexistente ya que el tribunal cita principios que justifican la adopción de una norma nueva. Es importante remarcar que la norma no existe, según Dworkin, antes que el caso haya sido decidido.

Los “casos difíciles”, han sido históricamente estudiados por su importancia práctica y teórica. Desde un punto de vista práctico, constituyen tanto un problema como un desafío para la actividad jurisdiccional, dado que ponen en evidencia la precariedad del sistema normativo. En efecto, no existe ordenamiento jurídico alguno que pueda prever todos los supuestos fácticos en sus normas, ni suprimir la ambigüedad propia con la que muchas de sus disposiciones expresan su contenido prescriptivo. Los “casos difíciles”, a su vez, han sido vistos por los operadores jurídicos como una oportunidad para mostrar las fortalezas y debilidades dando razón sus teorías iusfilosóficas.

Para Dworkin, en general, hay dos clases de “casos difíciles”: i) aquéllos para los cuales no existe una ley o precedente judicial que los resuelva; y ii) aquéllos que no pueden ser resueltos a la luz de una interpretación, reinterpretación o extensión de la ley o el precedente existente en el sistema. En ambos casos, los jueces no han de resolver de forma discrecional, sino conforme a principios que se encuentran presentes en el propio sistema político. Estos principios, que Dworkin conceptualmente distingue de las políticas generales, se extraen del ordenamiento jurídico y en tal sentido no derivan de intereses particulares o colectivos del cuerpo social, ni suponen la creación de nuevos deberes jurídicos; sino simplemente la toma de conciencia y la explicitación de los derechos que ya están contenidos en el sistema.

Los principios, en el contexto de Hard Cases, son proposiciones que expresan un derecho individual; que describen derechos. Y en su implementación, los jueces han de observar lo que Dworkin llama “el principio de responsabilidad política”. Conforme a este principio, cuando se resuelve un caso (difícil o no) los tribunales de justicia han de fallar de

manera general y consistente, pues en el fondo la actividad jurisdiccional supone una teoría política comprensiva que habilita al juez tanto para resolver el caso sometido a su conocimiento como para justificar argumentativamente que la solución por él propuesta se deriva del entramado político del sistema. En este sentido, la actividad jurisdiccional, incluso a propósito de los “casos difíciles”, no se reduce nunca al mero ejercicio de una potestad discrecional.

Para caracterizar su interpretación sobre la forma en que han de resolverse los “casos difíciles”, Dworkin introduce la figura del juez Hércules, como “un abogado con súper habilidades, conocimientos, paciencia y perspicacia”. Y, a propósito de la manera en que éste ha de proceder frente a los “casos difíciles” escribe: “Él debe construir, por así decir, una teoría constitucional; dado que él es Hércules nosotros podemos suponer que él puede desarrollar una teoría política completa que justifique la constitución como un todo. Debe ser un esquema que ajuste las reglas particulares de esa constitución, por supuesto”.

Esta manera de concebir la actividad de los tribunales de justicia busca poner de manifiesto, como ha de ser considerado y operado el derecho en un determinado sistema jurídico. Ya no se trata simplemente de la aplicación reiterada en el tiempo de una ley o un precedente, sino más bien de entender que “la fuerza gravitacional del precedente (o de la ley) puede ser explicada mediante la apelación, no a la sabiduría de hacer cumplir el precedente, sino a la equidad de tratar de manera similar a los casos”; de manera tal que “Hércules, cuando define la fuerza gravitacional de un precedente particular, debe tener en consideración sólo el argumento de principio que justifica ese precedente”. Con esto Dworkin termina de definir su teoría ya no sólo como una concepción política comprensiva de la actividad jurisdiccional, sino como una verdadera teoría moral de la política y el derecho que, por lo menos conjeturalmente y de la mano de Hércules, está en condiciones de resolver todo caso difícil de una manera cierta, segura y justa. Pues, por lo menos en su teoría, todo caso difícil tiene sólo una respuesta correcta que, por cierto, nada tiene que ver con la discrecionalidad judicial.<sup>26</sup>

## 6. Decisión Judicial

MacCormick expone en su tesis tres grandes principios, que posibilitan la toma de decisión, y nos permite saber cuándo una decisión está mal tomada. Estos serán los de universalidad, consistencia y coherencia, y consecuencias. Estos tres principios se distribuyen entre la justificación interna y la justificación externa de una decisión judicial. En la justificación interna rige el principio de universalidad. La norma que se quiere aplicar ha de ser universal. Aquí rige el principio de justicia formal, que vendría a decir: Si tratamos a X de tal manera, entonces todos los casos iguales a X han de ser tratados de igual forma. Una decisión que

---

<sup>26</sup> Dworkin, Ronald. *Hard Cases*, *Harvard Law Review*, Vol. 88 (1975)

viole tal principio ha de ser rechazada.

En cuanto a la justificación externa, MacCormick distingue entre el ajuste de la decisión con el sistema, y el ajuste con el mundo. Para que una decisión se ajuste con el sistema esta ha de ser consistente y coherente con el mismo. La consistencia exige que la ley seguida en la resolución del caso no esté en contradicción con el sistema de leyes vigente. La coherencia es un término más amplio, y MacCormick distingue entre coherencia normativa (cuando varias normas se subsumen en una sola, sin caer en contradicciones) y coherencia narrativa (cuando la narración de los hechos es coherente).

Otro elemento decisivo en la corrección externa del razonamiento jurídico son las consecuencias de la decisión. Primero hay que distinguir cuidadosamente entre resultado de una acción (que es parte intrínseca de la acción) y consecuencia de una acción (que algo extrínseco a la acción). En segundo lugar hay que aclarar que el hecho de que algunos casos difíciles se puedan resolver apelando a las consecuencias no quiere decir que MacCormick sea consecuencialista: No dice MacCormick que todas las sentencias hayan de resolverse apelando a las consecuencias, sino que dentro de los casos difíciles (en los cuales no encontramos otro modo de decidir), es razonable apelar a las consecuencias de una decisión para resolver el caso.

## 7. Conclusiones:

Siguiendo la idea de Alchourron y Bullygin la completitud de los sistemas jurídicos es tan solo un ideal. La aplicación mecánica del derecho a que bien se refiere el fallo citado, "Oilher, Juan Carlos c/Arenillas, Oscar Norberto", no implica cumplimiento de la función de administrar justicia. Las normas jurídicas no son la única herramienta con la que cuentan los jueces para dar razón a sus fallos. El Sistema jurídico será justo en la medida que se amplíe el reconocimiento jurisprudencial de los principios y valores jurídicos con carácter -dependiendo del caso- superior a las leyes en sentido formal para que de esa forma la comunidad entienda que debe ajustar su conducta a lo que, no solo es "obligado" por la letra de la ley pretendiendo burlarla, sino al obrar debido.

No existen lagunas normativas en derecho toda vez que los casos a los cuales no les brinda solución una norma determinada pueden ser resueltos con otro tipo de estándares, como ser principios generales del derecho, directrices, etc. y no pueden considerarse permitidos como propone Kelsen. De esta manera se precluiría el deber de resolver mediante decisión razonablemente fundada en que se hallan los jueces no sólo por la vía del art. 3 sino como obligación implícita incluida dentro de su función de "Administrar Justicia" Como afirma Karl Larenz "la aplicación de la ley no se agota en la subsunción, sino que exige en gran medida valoraciones del aplicador" Pero, como adelantara la realidad nos sitúa en el desconocimiento -por parte del órgano jurisdiccional- de derechos esenciales basándose en el

reconocimiento de la seguridad jurídica como bien jurídico tutelado de carácter superior, brindando soluciones que son prácticamente injustas.

Sentencias verdaderamente justas serán aquellas en las que se realicen los debidos controles de constitucionalidad y convencionalidad ya que solo ello cumple con uno de los preceptos más importantes de nuestra Ley Fundamental, “ El principio de Supremacía Constitucional” por el hecho de que las leyes deben subordinarse a ella y no pueden contrariarla bajo ningún concepto. Cada uno de los artículos de la CN debe ser respetado por las leyes que dicte el Congreso y si así no fuera son los tribunales los que al examinar su validez declaren su inconstitucionalidad.

## .Bibliografía

- *Atienza, Manuel: Curso de argumentación jurídica. Ed. Trotta. Madrid 2013.*
- *Alexy, Robert: La teoría de la Argumentación Jurídica. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1989.*
- *Atienza, Manuel: Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1991.*
- *Alexy, Robert: La teoría de la Argumentación Jurídica. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1989.*
- *Atienza, Manuel: Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1991.*
- *Alterini, Jorge Horacio, “Fuentes, interpretación y aplicación del Derecho en el Código Civil y Comercial”, LA LEY.*
- *Bulygin, E., “Los ideales de integridad y coherencia en el pensamiento científico », en Pfeiffer, H., (ed.), Thinking and Rethinking. A Obra y efectos de Werner Heisenberg, Múnich, 1977*
- *Bidart Campos, Germán J. “Control de Constitucionalidad, ”Manual de la Constitución Reformada”. Editorial Ediar, Buenos Aires, 1996, t. 1 Cap. V.*
- *C. E. Alchourrón, E. Bulygin, Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales, Buenos Aires, 1974.*
- *Conforme, Corte IDH: Caso “Boyce y otros Vs. Barbados”, párrafo 78, sent. del 20/11/2007; “Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile”, párrafo 124, sent. Del 26/09/2006 y “Caso La Cantuta Vs. Perú”, párrafo 173, sent. del 29/11/2006*
- *Dworkin, Ronald: “Los derechos en serio”. Ed. Ariel, S.A. Barcelona, 1984.*
- *Dworkin, Ronald. Hard Cases, Harvard Law Review, Vol. 88 (1975)*
- *Kelsen, Hans: Teoría Pura del Derecho. Ed. Porrúa. México, 2007.*

- *Larenz, Karl: "Metodología de la ciencia del Derecho". Ed. Ariel. España, 1980.*
- *Linares, Juan Francisco, "Aplicación de la llamada ley clara", LA LEY*
- *Massini, Carlos Ignacio: La Prudencia Jurídica "Introducción a la gnoseología del Derecho". Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2006. "Conf. Di Pietro, Alfredo y Lapieza Elli, Ángel, Manual de Derecho Romano, Buenos Aires 1976"*
- *Nino, Carlos Santiago "Introducción al análisis del Derecho" pag. 18. Ed. Astrea. Ciudad de Buenos Aires, 2003.*
- *Rawls John: Teoría de la Justicia, Harvard University Press, 1971.*
- *Rodríguez Jorge Luis: "Lagunas axiológicas y su relevancia normativa" Ed. Doxxa, Buenos Aires, 1999.*