

## **Capítulo V. Razones y razones jurídicas.**

En este capítulo nos ocuparemos de las razones que cuentan en la argumentación jurídica, explorando los siguientes tópicos: 1. Razonamiento jurídico y deliberación práctica. 2. Razones, racionalidad e irracionalidad. 3. Razones jurídicas. 4. Reglas. 5. Principios. 6. Los límites del derecho.

### **1. Razonamiento jurídico y deliberación práctica**

Una división tradicional del razonamiento es entre teórico y práctico. El razonamiento teórico refiere a cómo es el mundo y su objetivo es establecer hechos o justificar creencias. Cuestiones tan diversas como: *¿Es Plutón un planeta? ¿Fueron exterminados los charrúas? ¿Los astros influyen sobre el destino de las personas?*

El razonamiento práctico, por su parte, tiene por finalidad determinar qué debe ser: cuál curso de acción seguir en un contexto de múltiples opciones, qué obligaciones tienen las personas, cuáles valores son los correctos. Ejemplos de razonamientos prácticos son: *¿Debo estudiar abogacía? ¿Es buena la libertad de mercado? ¿El niño debe permanecer con la madre o el padre tras la separación de sus progenitores?*

El razonamiento jurídico es, por su finalidad última, una especie del razonamiento práctico, lo que resulta claro si se atiende a los principales contextos en que las personas argumentan sobre cuestiones vinculadas con el derecho.

En un proceso judicial, una negociación o la discusión de un proyecto de ley en el Parlamento, los participantes razonan conjuntamente o debaten sobre el mejor curso de acción a seguir en la cuestión planteada. *¿Debe ampararse la demanda? ¿Qué indemnización por un incumplimiento de contrato es adecuada? ¿Debe modificarse el Código Civil?*

Inclusive la dogmática jurídica, que se suele presentar como una discusión sobre cómo es el derecho, lo que la ubica en apariencia en el plano teórico, es mejor entendida como un debate práctico sobre cuál interpretación de un texto jurídico, entre distintas posibles, debe adoptarse en función de distintos argumentos (cánones interpretativos). Los dogmáticos dirigen su discurso a practicantes del derecho (legisladores, abogados, jueces) y a otros dogmáticos, y le atribuyen un sentido prescriptivo (la interpretación que realizan se presenta como la mejor alternativa entre las disponibles y la que debe, por tanto ser adoptada para propósitos prácticos). En las interpretaciones dogmáticas se pretenden establecer soluciones para casos generales

(instancias potenciales de aplicación de normas definidas por algún conjunto de propiedades relevantes) destinadas ser de aplicación en los casos concretos.

Una clasificación importante del razonamiento práctico distingue entre prudencial y moral. En el razonamiento prudencial, los agentes racionales intentan determinar qué deben hacer en función de *sus* propios intereses, deseos o necesidades. En el razonamiento moral, en cambio, se preguntan qué obligaciones tienen si se atienden también los intereses, deseos o necesidades relevantes de los demás involucrados.

Si decido qué voy a cenar teniendo en cuenta como variables mi deseo de ingerir comida chatarra y mi interés en preservar la salud, que me aconseja una alimentación saludable, entonces realizo un razonamiento prudencial. Si me pregunto si debo evitar un alimento en función de la contaminación que genera su producción u otras variables que atentan contra mis criterios de justicia, realizo un razonamiento moral.

Ciertos autores ven al razonamiento jurídico como típicamente prudencial (por ejemplo, los realistas norteamericanos, los *Critical Legal Studies* y algunas de las denominadas “teorías críticas) pero esta tesis, aunque plausible si se toman en cuenta los fines particulares de los litigantes y negociadores que invocan las normas de derecho, es inaceptable si se atiende al paradigma del punto de vista jurídico predominante en la teoría contemporánea: la postura del juez.

Un juez puede tener razones prudenciales (auto-interesadas) para fallar en cierto sentido: buscar un ascenso, congraciarse con sus superiores, favorecer a alguien a quien aprecia o haber recibido un soborno. Pero es evidente que estas razones no son aceptables como fundamentos de una sentencia. Por tanto, no pueden ser tomadas como genuinas razones jurídicas. Cualquier fallo que se fundara en ellas sería inaceptable y nadie estaría dispuesto a obedecerlo. La única justificación de que dos personas que están en desacuerdo en qué hacer (el vendedor aduce que el precio no se pagó totalmente y por tanto debe resolverse la compraventa; el comprador alega que sí se pagó y por tanto debe mantenerse vigente el contrato) confieran la facultad de decidir al conflicto a un tercero, es que éste lo hará atendiendo al conjunto de razones aplicables que no son otras que las que surgen de tener en cuenta el conjunto de intereses relevantes. Esta es la justificación de la obligación institucional que asumen los jueces, no solo de resolver los litigios para los que son competentes sino también de hacerlo fundándose en normas jurídicas. Por tanto, la justificación última de la obligatoriedad de las normas jurídicas (reglas y otros estándares) es que

constituyen (o pretenden constituir) razones morales para las decisiones de los jueces y otros aplicadores del derecho <sup>(1)</sup>.

El razonamiento jurídico es, por tanto, un tipo de razonamiento moral. Sin embargo, se trata de uno muy especial porque, o bien se verifica en contextos institucionalizados (proceso judicial, producción legislativa, decisión administrativa) o los presupone (dogmática, negociación). Para que haya un sistema jurídico deben existir ciertas instituciones, como los tribunales, el Parlamento o la Administración, las cuales –se acepta generalizadamente por los miembros de una sociedad- tienen poderes para producir reglas destinadas a orientar la conducta de las personas y crear obligaciones para sus destinatarios. Si estas reglas de origen institucional agotan o no el dominio de *lo jurídico* es una cuestión controversial pues, para algunos autores (anti-positivistas, no positivistas, iusnaturalistas, etc.), existen estándares jurídicos (principios, valores, razones) que no provienen de ninguna autoridad institucionalmente conferida y, sin embargo, son obligatorios para los aplicadores del derecho, en el mismo sentido que las reglas que provienen de las fuentes sociales.

## 2. Razones, racionalidad e irracionalidad

Las razones se conciben como “el único elemento fundamental del dominio normativo” y, en términos de ellas, podemos analizar las restantes nociones como *bien, deber, justificación o corrección* <sup>(2)</sup>.

Consideramos típica de los seres humanos la capacidad de identificar razones y creer, actuar o desear de acuerdo con ellas. La propia idea de *Razón* puede ser caracterizada como la capacidad de reconocer y responder (apropiadamente) a las razones que se nos aplican. En particular, es una capacidad que permite a los agentes, actuando reflexivamente o deliberativamente, reconocer que ciertos hechos constituyen razones. Lo que no quiere decir que ese reconocimiento involucre inevitablemente reflexión actual, puesto que puede basarse en la experiencia (y hacerse por ejemplo de forma mecánica o instintiva) pero de modos tales que presuponen reflexiones pasadas y mecanismos racionales de control y corrección de las identificaciones erróneas <sup>(3)</sup>.

---

<sup>1</sup> Sobre la adecuada caracterización del punto de vista del juez y de las razones jurídicas se vuelve al final de este capítulo, cuando se aborda el problema de los límites del derecho (numeral 6) y también en el capítulo 9, cuando se aborda el tema de su normatividad.

<sup>2</sup> Ver Scanlon, T.M. (2014) *Being Realistic about Reasons*. New York: Oxford University Press, cap. 1º.

<sup>3</sup> Raz, Joseph (2011) *From Normativity to Responsibility*. New York: Oxford University Press.

Es casi imposible establecer un concepto de *razón* pues se trata de uno de los términos básicos a que puede reducirse la actividad de pensar: una razón para creer, desear o hacer *algo* es un hecho <sup>(4)</sup> que cuenta, en algún sentido, a favor de ese *algo*. La circularidad parece imposible de evadir si no tomamos a la razón como una idea primitiva. Cuando preguntamos cómo algo puede contar a favor de otra cosa, la única respuesta disponible parece ser “porque es una razón para ello”.

Cuando a los seres humanos, con diversos intereses y creencias que determinan la necesidad de actuación y adopción de posturas valorativas, se les presentan alternativas epistémicas, prácticas o emocionales encuentran razones para creer, desear o actuar en sentidos contrapuestos. Puede decirse de las razones que, en general, tienen peso relativo unas con respecto de otras y que algunas desplazan por completo a las restantes competidoras, determinando la creencia o el criterio de acción (aunque hay situaciones donde puede no ser posible establecer razones decisivas para que prevalezca una creencia o criterio de acción entre alternativas en conflicto) <sup>(5)</sup>.

Las razones pueden ser caracterizadas como hechos o como creencias acerca de hechos. Hay dos condiciones independientes que deben ser satisfechas para establecer que alguien está justificado en hacer lo que hizo o en creer lo que cree. Primero, se debe mostrar que las razones que se invocan apoyan el curso de acción que la persona siguió o la conclusión que extrajo. Segundo, la persona debe mostrar que actuó o cree por esas razones. La irracionalidad de las creencias o los criterios de actuación tiene que ver, por tanto, con su distancia o ajenidad respecto de los hechos en los que se sustentan.

Una razón completa es compleja en cuanto tiene al menos dos componentes. Uno de ellos es factual y el otro evaluativo. Supongamos que tengo una razón completa para no atravesar en cierto momento un descampado. El componente factual de esa razón es la creencia (que puede tener diversos grados de certeza) en una circunstancia de hecho (sobre el descampado se produce en este momento una tormenta eléctrica). El aspecto evaluativo refiere a mi valoración de las consecuencias

---

<sup>4</sup> La palabra *hecho* se toma aquí en sentido muy amplio incluyendo no solo los acontecimientos del mundo físico verificables empíricamente, sino los sucesos mentales, espirituales y en general cualquier entidad que alguien pueda postular como existente.

<sup>5</sup>Ver Scanlon, T.M. (1998) *What We Owe to Each Other*. Cambridge MA: Belknap Press of Harvard University Press, p. 17; y Parfit, Derek. (2011) *On What Matters*. New York: Oxford University Press, pp. 31-32.

de esa circunstancia (que un rayo me alcanzara tendría consecuencias terribles sobre mi persona). Al componente evaluativo se le suele denominar “operativo” y al fáctico “auxiliar” .

Es necesario hacer notar que difícilmente las razones se presenten como completas puesto que, en las diversas instancias de razonamiento, las personas suelen omitir parte de los componentes operativos y auxiliares, muchas veces porque se dan por sobreentendidos. Así, el componente auxiliar de la razón completa para no atravesar el descampado incluye múltiples creencias fácticas de diverso nivel de abstracción: sobre ese lugar hay una tormenta eléctrica; quienes atraviesan un lugar donde se produce una tormenta eléctrica tienen determinada probabilidad de ser alcanzados por un rayo; las descargas eléctricas producen daños corporales de cierta magnitud, etc. A su vez, el componente operativo podría incluir una lista exhaustiva de todas las cosas que son importantes para mí, la forma en que se relacionan entre sí (deseos de primer y segundo orden, preferencias y metapreferencias), etc.

Lo que constituye una razón completa para un agente refiere, por tanto, al conjunto de razones de que dispone ese agente. La racionalidad y la irracionalidad son conceptos normativos. Una persona cuyos actos, razones, creencias o emociones son irracionales es alguien que se ha apartado de un determinado estándar. ¿Pero cómo se determina el estándar aplicable y quién es el mejor juez para ello?

Tendríamos, entonces, dos formas de irracionalidad. Una la del individuo cuyos estándares de racionalidad no aprobamos. Por ejemplo, si somos no fumadores podemos considerar irracional la postura del fumador. Aunque la postura del fumador pueda no ser irracional desde su punto de vista (valora menos su salud que el placer que le produce el cigarrillo). Y otra es la del agente que actúa contra su propia concepción de lo razonable: casos donde hay alguna forma de inconsistencia o incoherencia. Por ejemplo, podemos (seamos fumadores o no) considerar irracional la postura de alguien que al mismo tiempo: a) no tiene interés en dejar de fumar; b) cree que fumar es altamente perjudicial para su salud; c) afirma que lo que más valora en el mundo es la preservación de su propia salud.

No hay creencia aislada que por sí misma que pueda ser considerada irracional. Es solo cuando las creencias son inconsistentes unas con otras creencias, de acuerdo con principios que sostiene el propio agente – inconsistencia interna- o un evaluador externo, que puede hablarse de un caso de irracionalidad. La irracionalidad

se da solo dentro de un set de creencias que conforman un punto de vista evaluativo (intenciones, acciones intencionales)<sup>6</sup>.

Una característica definitoria de las razones es que, como fue antes mencionado, tienen diferente fuerza. Algunas razones tienen más peso que otras en la deliberación y, en caso de conflicto, predominan. Se trata de un atributo lógico: la propia relevancia de la noción de “razón” depende de que, en caso de conflicto, las más fuertes prevalezcan sobre las más débiles. La fuerza relativa de una razón puede ser caracterizada en términos de sus posibilidades de derrotar a otras razones. Así, las razones pueden ser *conclusivas*, *absolutas* o *prima facie*. P es una razón *conclusiva* para que X haga Z si y solo si (en el caso) no se verifica la razón W que (en general) derrota a P. P es una razón *absoluta* para que X haga Z si y solo si no hay ninguna razón que pueda derrotarla (nunca es del caso que P sea derrotada). Una razón *prima facie* es aquella que no es absoluta ni conclusiva.

Desde luego, no todas las razones conclusivas son absolutas. Una razón puede ser conclusiva, porque prevalece sobre todas las razones con las cuales entra en conflicto en determinado caso, pero no absoluta si podría ser derrotada por alguna hipotética razón que no se presenta en el caso. Por ejemplo, si me duele la pierna, tengo una razón conclusiva P para consultar al traumatólogo JJ porque se trata del profesional del cual tengo las mejores referencias, dentro de los que pertenecen a la institución médica de la que soy afiliado. Pero supongamos que después se incorpora otro traumatólogo, WW, del cual tengo aún mejores referencias que de JJ. En ese caso, tendría una razón Q que prevalecería sobre P, la cual dejaría de ser conclusiva de verificarse el caso hipotético (<sup>7</sup>).

Raz introdujo una noción clave para una explicación adecuada de cómo funciona el razonamiento práctico: la idea de *razones excluyentes*. Dentro del balance de razones para hacer algo, algunas tienen más peso que otras y por lo tanto predominan sobre las demás a la hora de determinar el criterio de actuación. Por eso, algunas razones (o conjuntos de razones) son conclusivas y otras absolutas. El agente racional que quiere determinar cómo debe actuar evalúa el peso o fuerza de las razones y, en caso de conflicto, decide en base al balance de las razones que dispone.

---

<sup>6</sup> Davidson, Donald (2004) *Problems of Rationality*. New York: Oxford University Press, pp. 189-198.

<sup>7</sup> Sobre el punto ver Raz, J. (2002) *Practical Reason and Norms*. New York: Oxford University Press, pp. 25-28.

Sin embargo, no todas las deliberaciones se resuelven de acuerdo con el balance de razones. Las razones excluyentes constituyen razones de segundo orden que desplazan a las demás razones (de primer orden). La razón excluyente es una razón para no tener en cuenta las razones a que se refiere y, por tanto, para no actuar de acuerdo con ellas <sup>(8)</sup>. Supongamos que BB ha prometido a su difunta madre terminar la carrera de psicología. BB tiene un trabajo como programador en una empresa de computación. Su trabajo es bien pago, le garantiza estabilidad en el largo plazo (dispone de habilidades excepcionales que le garantizarían empleo permanente en alguna empresa del rubro) y ha descubierto que detesta la psicología. Jamás ejercerá como psicólogo y es consciente de que podría invertir mucho mejor su tiempo en otras actividades (lectura, deporte, viajes) que le apasionan y mejorarían su calidad de vida. BB tiene numerosas razones para dejar de estudiar psicología y solo dispone de la promesa como razón para continuar la carrera. El balance de razones (de primer orden) arrojaría seguramente una decisión de abandonar la facultad. Sin embargo, la decisión de mantener su promesa cuenta como una razón excluyente (de segundo orden) para dejar de lado todas esas razones (de primer orden) y continuar los estudios. Su decisión, en consecuencia, no se toma en base al balance de razones disponibles sino en función de una razón excluyente que impide que las otras razones sean guía de su conducta y motiven su acción.

### **3. Razones jurídicas**

Las razones jurídicas son razones prácticas (razones para la acción) que se crean e identifican en el contexto de ciertas instituciones sociales: los sistemas jurídicos. Puede caracterizarse a las instituciones sociales como conjuntos de reglas que constituyen, regulan y delimitan prácticas sociales. Existen múltiples instituciones sociales que abarcan distintas prácticas humanas: la religión, la ética de los distintos grupos étnicos y culturales, la familia, el comercio, etc.

Los sistemas jurídicos son instituciones sociales que se caracterizan por ciertos rasgos específicos. De acuerdo con Joseph Raz, estos rasgos son tres: 1) Son comprensivos, es decir, reclaman autoridad para regular (obligar, autorizar, permitir) cualquier tipo de comportamiento en una cierta comunidad. Las demás instituciones se caracterizan por pretender regular aspectos parciales de la acción humana (atados a fines o propósitos específicos). 2) Reclaman supremacía, esto es, tener autoridad para regular el establecimiento y la aplicación de los demás sistemas institucionalizados,

---

<sup>8</sup> Raz, J. (2002) ob. cit., pp. 40-45. Para un abordaje introductorio a la teoría de las razones de Raz ver Vega Gómez, J. (2004) "El positivismo excluyente de Joseph Raz". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nro. 110, pp. 709-739.

prohibiendo, permitiendo e imponiendo condiciones a todas las organizaciones normativas a que pertenecen los miembros de la comunidad. 3) Son sistemas abiertos en cuanto contienen normas cuyo propósito es dar fuerza obligatoria en el sistema a normas que no pertenecen a él (<sup>9</sup>).

Las instituciones sociales regulan el comportamiento humano utilizando el lenguaje normativo. Las normas sociales son prescripciones destinadas a guiar la conducta de sus destinatarios. O, más precisamente, son el significado de esas prescripciones (el resultado de su interpretación): *lo ordenado, prohibido o permitido*.

El lenguaje normativo no es, por supuesto, exclusivo de las normas jurídicas. La ética es un caso paradigmático. Lo mismo que los usos sociales y las reglas de etiqueta. Las religiones, por ejemplo, también suelen incluir múltiples prescripciones de conducta que pretenden ser obligatorias para sus miembros. Por ejemplo, la religión judía prescribe sobre la observancia obligatoria del sábado como día dedicado a la religión: *“No haréis, pues, trabajo alguno. Estatuto perpetuo será para vuestras generaciones dondequiera que habitéis”* (Levítico: 23:32). Ese texto es interpretado como una norma que puede formularse de la siguiente manera: *Si es sábado, entonces debe dedicarse la jornada a la religión*.

Los sistemas jurídicos están compuestos por normas y, a su vez, las normas jurídicas no existen fuera de los sistemas jurídicos: la única forma de caracterizar a una norma como *jurídica* es por su pertenencia a un sistema jurídico determinado y no, por ejemplo, por su contenido. Ello no excluye la posibilidad, aceptada por muchos teóricos, de que haya ciertos contenidos necesarios para que cualquiera sistema jurídico sea posible (<sup>10</sup>).

¿Cómo podemos establecer que una norma pertenece a un sistema jurídico? Para que las normas puedan efectivamente guiar las conductas de sus destinatarios, es necesario que éstos dispongan de mecanismos para identificar su existencia y contenido. Los estados modernos han desarrollado instituciones a las que se atribuye el poder de crear derecho: el parlamento al sancionar leyes, los órganos administrativos al dictar resoluciones y reglamentos, los jueces al sentenciar. En todos estos casos, la creación de derecho se hace en documentos que contienen enunciados a los que comúnmente se denomina “normas”. Ello que genera una

---

<sup>9</sup> Raz, J. ob. cit, pp. 152-154.

<sup>10</sup> Por ejemplo, lo que Hart denomina “contenido mínimo del derecho natural”. Ver Hart, H.L.A. (1998) [1961] El concepto de derecho. Buenos Aires: Abeledo Perrot, pp. 239-247.

terminología confusa porque así también se denomina el significado o contenido de esos enunciados.

Para evitar esa confusión es útil la distinción de Guastini entre *disposición* y *norma*. La disposición es el enunciado contenido en una fuente del derecho. Es decir, el *enunciado normativo*. Por ejemplo, un artículo de una ley; el fallo de una sentencia. Mientras que la norma es el *contenido o significado de la disposición*, el cual depende del resultado de la interpretación del enunciado normativo.

Guastini observa que entre disposiciones y normas no se da una correspondencia biunívoca por varias razones: A) Hay muchas disposiciones complejas que expresan una multiplicidad de normas conjuntas. B) Hay disposiciones vagas y ambiguas a las que es posible atribuir diversos significados. En estos casos una disposición corresponde a una multiplicidad de normas disyuntas, que son el resultado de las posibles interpretaciones del enunciado normativo. C) Hay disposiciones redundantes en el sentido es que son total o parcialmente sinónimas. En estos casos, a dos disposiciones corresponde una única norma. D) Según la opinión de muchos (aunque no de todos los) juristas existen muchas normas privadas de disposición en los sistemas jurídicos, es decir, normas que no pueden ser identificadas como significado preciso de un enunciado de las fuentes. Guastini distingue dos sentidos en que pueden existir normas sin disposición. En un sentido débil, una norma puede estar privada de disposición (concreta) pero ser el resultado (al que se llega sin demasiado esfuerzo interpretativo) de la combinación de múltiples disposiciones. En sentido fuerte, una norma está privada de disposición cuando se trata de una norma implícita, es decir, que no puede ser obtenida mediante la interpretación de ninguna disposición específica ni por la combinación de múltiples disposiciones. Es el caso de los principios, que se identifican mediante argumentaciones complejas a partir de otras normas expresas (razonamiento por analogía), considerando un subconjunto de normas de forma unitaria (como los principios del derecho laboral o administrativo) o inclusive, con independencia de cualquier disposición proveniente de las fuentes, por el razonamiento moral (como alegan algunas teorías del derecho como los anti-positivistas, los no positivistas, los positivistas inclusivos o los iusnaturalistas)<sup>11</sup>.

#### 4. Reglas

¿Cuáles son las razones o argumentos que operan como premisas normativas en el razonamiento jurídico? En buena medida la teoría contemporánea del derecho

---

<sup>11</sup> Guastini, Riccardo (1999) *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa, pp. 101-104.

se ha articulado en torno a la distinción entre reglas y principios, que algunos autores toman como dicotómica, es decir, como dos tipos de normas lógicamente diferenciadas.

Es célebre la caracterización de Hart, en la primera edición de *El concepto de derecho*, de los sistemas jurídicos como la unión de reglas primarias (que crean obligaciones) y secundarias (que permiten identificar, modificar y determinar violaciones de las reglas primarias). Las reglas consisten en pautas o criterios generales de conducta que exigen ciertas acciones específicas sobre las que hay algún grado de certeza (aunque casi siempre hay una “zona de penumbra”, es decir, cierta indeterminación sobre el número total de acciones que exigen).

Sin embargo, en la misma obra, el propio Hart aceptaba la existencia de contenidos jurídicos que no son reglas, en cuanto constituyen estándares de valoración de la conducta que no imponen acciones concretas (quedando librada su determinación a los jueces y otros aplicadores) y a los que denominaba *estándares variables* (como la diligencia del buen padre de familia) <sup>(12)</sup>.

Razonar de acuerdo con reglas es el ejemplo más característico de argumentación jurídica. Eso no quiere decir que todos los casos se resuelvan por la sencilla identificación y mecánica aplicación de reglas preestablecidas (como sugiere una tradición formalista, de la cual la exégesis es ejemplo más acabado en nuestra cultura jurídica y que todavía cuenta con cierta influencia) pero sí que las reglas cumplen un papel decisivo en la propia existencia y posibilidades de conservación de los sistemas jurídicos.

El establecimiento de reglas permite un alto grado de predictibilidad de los criterios jurídicos (qué acciones específicas exige el derecho) haciendo posibles expectativas sociales fundadas sobre las obligaciones de las personas, lo que determina que un alto número de casos puedan ser catalogados de “fáciles”, en el sentido de que no se presenta mayor discusión sobre su contenido.

No hay que olvidar que la mayoría de las discusiones o deliberaciones donde están involucradas reglas jurídicas no llegan a los tribunales porque las partes concuerdan sobre el contenido de éstas. Dentro de los que llegan a los tribunales, sí hay un número importante de casos que pueden ser considerados “difíciles”, en el sentido que las reglas no permiten obtener una respuesta clara al problema planteado (o la que se obtiene es inaceptable para el aplicador), pero éstos son solo “la punta del

---

<sup>12</sup> Hart. H.L.A. (1998) [1961] *ob. cit.*, cap. 5.

iceberg” dentro del conjunto de situaciones donde las personas razonan y argumentan de acuerdo con el derecho (negociaciones, acuerdos, contratos, transacciones...) (13).

Las reglas están destinadas a regular casos jurídicos. Dado que la expresión “caso jurídico” es ambigua corresponde hacer una distinción básica entre *caso individual o concreto* y *caso genérico*.

Cuando hablamos de caso individual nos referimos a un acontecimiento (o conjunto de acontecimientos) empírico, que se ha verificado en lugar y tiempo determinados. Por ejemplo, el fallecimiento de XX ocurrido el 26 de diciembre de 2011, sin testar, dejando dos hijos y cónyuge supérstite. Supongamos que éstos inician el trámite de la sucesión ante un juzgado determinado. Lo que plantean ante el juez es el caso individual con todas las circunstancias que consideran relevantes en función de lo que pretenden (declaratoria de herederos, porción conyugal, etc.).

Los casos genéricos, a su vez, son clases de situaciones que comparten ciertas características. Por ejemplo, el art. 1025 del Código Civil se interpreta como conteniendo la siguiente regla: *en la sucesión intestada los descendientes legítimos o naturales excluyen a todos los demás potenciales herederos*. La regla establece un caso genérico definido por ciertas propiedades (sucesión intestada, descendientes legítimos o naturales, otros potenciales herederos) que engloba a todas las situaciones donde se verifican esas propiedades, es decir, a todos los casos en que alguien muera sin dejar testamento y tenga descendientes legítimos o naturales (14).

Las reglas se dirigen a agentes racionales, es decir, personas capaces de razonar y tomar decisiones, a quienes pretenden proporcionar razones para que actúen de cierta manera en un universo de casos. Las reglas se establecen en función de distintos propósitos y poseen una justificación subyacente que se vincula con ellos. El predicado fáctico de las reglas prescriptivas escoge alguna propiedad que se estima relevante respecto de la meta u objetivo que se persigue al establecer la regla. La regla se realiza en una formulación lingüística (una o varias disposiciones normativas) pero lo relevante es su sentido, el criterio de actuación que ella establece. Para que puedan ser seguidas, deben ser interpretadas por sus destinatarios que les atribuyen un significado que se vuelve relativamente opaco y se independiza de las razones

---

<sup>13</sup> Ver Schauer, Fredrick. (2009) *Thinking Like a Lawyer*. Cambridge (MA): Harvard University Press, cap. 2º.

<sup>14</sup> Ver Alchourron, R. y Bulygin, E. (1975) *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea, cap. II.

subyacentes que dieron lugar a su establecimiento (autonomía semántica de las reglas).

Supongamos que decreto departamental incluye una regla que prevé un límite de velocidad de 40 km/h. Es plausible considerar que la regla establecida tiene como justificación proteger la seguridad en el tránsito (por ejemplo, el juicio de la autoridad que sancionó la norma puede ser que, en condiciones normales, una velocidad superior puede poner en riesgo a los peatones y otros automovilistas). Ahora bien, cuando un conductor (supongámoslo experimentado y prudente) transita por una calle totalmente desierta, donde no advierte riesgo alguno para la seguridad de peatones u otros automovilistas (no los hay) decide manejar a una velocidad un poco mayor (digamos a 60 Km/h) corre el riesgo de que, si el hecho es advertido, se le apliquen la multa correspondiente a la infracción.

Este fenómeno de las reglas se conoce como *atrincheramiento*. Las reglas se formulan para casos generales, por lo que limitan el número de propiedades relevantes para el criterio adoptado. En la generalidad de los casos se asume, probabilísticamente, que una velocidad mayor a 40 Km/h afectaría la seguridad del tráfico en las calles. Pero esa justificación no se aplica a un caso como el planteado, donde la conducción a una velocidad mayor no genera riesgo alguno. Sin embargo, las reglas jurídicas se suelen entender como pretendiendo que su criterio sea adoptado sin que el destinatario puede invocar las razones subyacentes para mostrar que, en el caso concreto, no se verifican.

Obsérvese que la formulación lingüística de la regla podría simplemente ser la enunciación de su justificación. La regla podría establecer: “el máximo de velocidad es todo aquél que se compatible con la seguridad del tránsito en un momento determinado”. Sin embargo, esa formulación presenta el grave problema de que los conductores tenderán a discrepar sobre el máximo de velocidad que corresponde adoptar, así como sobre el nivel de seguridad que consideran necesario y la valoración de los riesgos que presenta la circulación. Por tanto, la regla así formulada no cumpliría cabalmente con la finalidad que enuncia.

Cuando hay discordancia entre la formulación lingüística de la regla y su justificación subyacente, tenemos situaciones de sub-inclusión, donde la formulación deja afuera algún caso que, si atendiéramos a su justificación, sería abarcado (por

ejemplo, si el tráfico plantea problemas especiales podría ser obligatorio ir a una velocidad aún menor que 40 Km/h) o de sobre-inclusión (como el planteado)<sup>15</sup>.

Un rasgo sumamente relevante de las reglas jurídicas –que explican el “atrincheramiento” de las razones subyacentes que las justifican y su autonomía semántica- es que la propia idea de legislación (lo que también se aplica al precedente) como fuente de derecho supone que determinadas personas tenga el poder de crear, a través de ciertos procedimientos, razones perentorias e independientes de contenido para la acción.

Una autoridad jurídica, en tanto tiene el poder de realizar enunciados normativos que se interpretan como reglas, pretende que sus prescripciones de conducta sean obedecidas de modo perentorio (a pesar de que tengan otras razones que aconsejen su desobediencia) y con independencia de que sus destinatarios estén o no de acuerdo con su contenido. En el ejemplo del tránsito, la idea es que si el legislador crea una regla de derecho –*debe circularse a un máximo de 40 Km/h*- pretende que su criterio sea obedecido aunque tengamos razones para no cumplirlo (en el caso exceder esa velocidad no afecta el fin que atribuimos a la norma) y no estemos de acuerdo con el criterio adoptado (podemos pensar, por ejemplo, que la seguridad en el tránsito requiere fijar un límite de 60 Km/h)<sup>16</sup>.

Las directivas jurídicas expresadas en forma de reglas operan como razones excluyentes puesto que, además de establecer un criterio de acción, llevan consigo la pretensión de la autoridad que las dicta de que el aplicador no actúe por el balance de razones, sino que siga el criterio que establece la regla, aunque el conjunto de razones disponibles le indique otra cosa. Por ejemplo, supongamos que las leyes tributarias establecen la regla de que todos los que obtengan un ingreso mayor que \$ 100 tienen que pagar el 20 % de sus ingresos por concepto de impuesto a la renta. EE gana \$ 600 y está dispuesto a donar \$ 500 a determinadas causas benéficas que al Estado también le interesa apoyar porque son parte de sus fines (por ejemplo, un comedor escolar). El problema con EE, una persona caritativa y altruista, es que también es un anarquista que no acepta la autoridad del Estado y, por tanto no está dispuesto a pagar impuestos. Y alega ante el juez que si se le obligan a pagar los \$ 120, según el porcentaje legalmente establecido, quemará los restantes 380 y nada irá a parar a las obras benéficas. ¿Debería el juez obligar a EE a pagar sus impuestos aunque el

---

<sup>15</sup> Para un análisis exhaustivo del papel de las reglas en el razonamiento jurídico ver Schauer, Fredrik. (2004) *Las reglas en juego*. Madrid: Marcial Pons.

<sup>16</sup> La noción de razones perentorias e independientes de contenido es desarrollada en Hart, H.L.A. (1997) “Mandatos y razones jurídicas dotadas de autoridad”. *Isonomía*, N° 6, pp. 83-105.

balance de razones le indica claramente que los fines del Estados se realizarían mejor si le permitiera dar a su dinero el destino que quiere? Si tomamos a las reglas jurídicas como razones excluyentes, hay que concluir que juez tendría el deber de imponerle a EE el pago de su obligación tributaria.

La justificación de este carácter aparentemente paradójico de las reglas (deberían aplicarse aunque sean contraproducentes en ocasiones para el fin propuesto) se explica por la pretensión del derecho de ser una autoridad legítima, lo que implica que su autoridad debería estar justificada en su capacidad para permitir que los ciudadanos cumplan mejor con las razones que se les aplican que si siguieran directamente su propio criterio.

En el ejemplo mencionado, una justificación posible (aunque por supuesto discutible) podría ser que las leyes tributarias tienen en cuenta que las personas no suelen ser tan generosas y altruistas como el anarquista EE y, si se les dejara librada a su propio criterio, seguramente la cantidad de dinero que aportarían al Estado para el cumplimiento de sus fines sería menor que la necesaria.

Existen, de acuerdo con Raz, cinco formas en que la autoridad puede prestar el servicio de guiar al destinatario de sus prescripciones: cuando es más sabia que el destinatario en cuanto a establecer cómo éste debería actuar; cuando está menos sujeta a factores como la impetuosidad o la parcialidad que afectan la recta razón; cuando permite evitar aquellos casos en que seguir el propio criterio es auto-contradictorio y es preferible una estrategia indirecta; cuando posibilita evitar los costos exorbitantes que puede llegar a tener para los individuos decidir continuamente por sí mismos; cuando la autoridad está en mejor posición para obtener algo que el individuo tiene razones para procurar pero se encuentra en una posición desventajosa para hacerlo<sup>17</sup>.

Las personas pueden adoptar ante las reglas dos posturas, que Hart caracterizó como *punto de vista externo* y *punto de vista interno*. Es posible ocuparse de las reglas como un mero observador, que no las acepta (punto de vista externo), o como un miembro del grupo que las acepta y las usa como guías de conducta (punto de vista interno).

El punto de vista externo da cuenta del modo en que las reglas funcionan en la vida ciertos miembros de la comunidad que no las aceptan como justificación de la conducta sino que simplemente las tienen en cuenta para sus fines. Las tienen en

---

<sup>17</sup> Ver Raz, J. (1986) *The Morality of Freedom*. New York: Oxford University Press.

cuenta porque piensan que su violación les traerá consecuencias desagradables (enfoque predictivo).

Lo que no puede reproducir el punto de vista externo es la manera en que las reglas funcionan como tales en la vida de quienes normalmente constituyen la mayoría de la sociedad. Estos son los jueces y otros funcionarios, abogados y particulares que las usan en diversos contextos como guías para conducir la vida social, como fundamentos para decisiones, reclamaciones y críticas. Para ellos la violación de una regla no es simplemente una base para la predicción de que sobrevendrá cierta reacción hostil ante el incumplimiento, sino una razón para justificar esa hostilidad.

En toda comunidad organizada coexistirán los dos puntos vista: quienes aceptan las reglas, voluntariamente cooperan en su mantenimiento y las toman como estándar de la conducta propia y ajena; quienes no aceptan las reglas y las consideran únicamente desde el punto de vista externo, como signos de una posible consecuencia adversa (sanción, castigo formal o informal) si se comportan de determinada manera <sup>(18)</sup>.

## 5. Principios

Antes que nada es bueno erradicar un error generalizado consistente en la contraposición entre *principios* y *normas*. Si algún lugar ocupan los principios en el razonamiento jurídico es precisamente el de normas: se trata de estándares que se postulan como obligatorios, destinados a guiar el comportamiento de las personas y a la valoración de situaciones de interacción humana. Por ejemplo, el denominado principio *pro actione* que se invoca en la jurisdicción administrativa, refiere a que los jueces deberían optar por interpretaciones jurídicas (o de ciertos hechos relevantes para la viabilidad de la acción) que permitan a los interesados acceder a la jurisdicción antes que por aquellas que niegan esa posibilidad. A su vez, el principio de igualdad orienta a los creadores y aplicadores del derecho a valorar un gran número de situaciones de determinada manera (evitando incurrir en diferenciaciones arbitrarias).

Ocurre que los principios resultan estándares de acción muy heterogéneos, siendo un tema controversial en teoría del derecho cuál es su caracterización más adecuada y si es posible diferenciarlos de las reglas.

Guastini menciona cinco teorías sobre el punto: i) Los principios se caracterizan por ser formulados en un lenguaje fluido, vago o indeterminado. ii) Algunos los

---

<sup>18</sup> Hart H.L.A. (1998) [1961] ob. cit., pp. 110-113.

caracterizan por su contenido normativo, ya sea por su generalidad (un amplio campo de aplicación), ya sea por no dirigirse directamente a los comportamientos sino a las actitudes. iii) También se los caracteriza por su estructura lógica en tanto no siguen la forma típica de las reglas (Si se produce el supuesto de hecho X se aplica la consecuencia P), ya que, o bien están privados del hecho condicionante, o se trata de un hecho condicionante abierto. Algunos creen que se trata de normas categóricas (no hipotéticas) y otros creen que están privados de un ámbito específico de aplicación. iv) Otra tesis pretende caracterizar los principios en virtud de su posición en el ordenamiento jurídico. Para algunos son normas “fundamentales” que constituyen la justificación axiológica de otras normas. Para otros, constituyen la “identidad material del ordenamiento” de modo que, si se abandonan los principios más importantes el ordenamiento deja de ser el que es. v) Finalmente, algunos los caracterizan por el modo en que funcionan en la interpretación o en el razonamiento jurídico: los principios no admiten una interpretación literal, orientan la interpretación de las restantes normas del ordenamiento, su aplicación no admite la forma de subsunción, los conflictos entre principios se resuelven por técnicas como el balance y la ponderación <sup>(19)</sup>.

Como señalan Moreso y Vilajosana, la controversia tradicional sobre los principios se centraba en dos cuestiones fundamentales: a) ¿En ausencia de ley o costumbre, deben los jueces recurrir a los principios jurídicos? b) ¿Los principios jurídicos son parte del derecho natural o, por el contrario, integran el derecho positivo? La primera cuestión se contesta afirmativamente por la mayoría de las legislaciones (por ejemplo, tanto la Constitución uruguaya como el Código Civil establecen un deber de los aplicadores del derecho de recurrir a los principios en situaciones donde no hay una regulación legislativa expresa). El segundo debate refiere al problema de los límites del derecho (que se aborda al final de este capítulo) <sup>(20)</sup>.

Sin embargo, la cuestión de los principios jurídicos tomo centralidad en la teoría del derecho y la argumentación jurídica cuando Ronald Dworkin los invocó, en sus primeras obras, como argumento central contra el positivismo jurídico.

Para mostrar el funcionamiento de los principios en el razonamiento jurídico, y sus implicancias para el rechazo del positivismo, Dworkin presentó dos casos judiciales elegidos por considerarlos representativos de la argumentación de los jueces en los casos difíciles.

---

<sup>19</sup> Guastini, R. (1999) ob. cit., pp. 144-146.

<sup>20</sup> Moreso, J. y Vilajosana, J. (2004) *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons, p. 89.

Uno de esos casos es *Riggs vs. Palmer*, tramitado ante el Tribunal de Apelaciones de New York. Los datos relevantes del caso son los siguientes:

*El 13 de agosto de 1880 Francis Palmer, viudo, testó en favor de su nieto Elmer Palmer como heredero universal y dejó pequeños legados en favor de sus dos hijas. En 1882 contrajo matrimonio con la Sra. Bresse y tenía intenciones -conocidas por su nieto- de revocar su testamento. Para obtener un disfrute rápido de la herencia y la posesión inmediata de la propiedad, Palmer dio a su abuelo muerte deliberada por envenenamiento. E. Palmer tenía 16 años al momento del crimen y cumplió su condena en un reformatorio desde donde solicitó la herencia. Fue demandado por sus tías quienes reclamaron que fuera desheredado por su crimen. En esa época, la legislación sucesoria de Nueva York no preveía expresamente como causal de desheredación el haber dado muerte al causante.*

El Tribunal de apelaciones de Nueva York, sentenció por mayoría que el demandado Palmer “*por razón al crimen que cometió sobre su abuelo está privado de cualquier interés sobre la herencia dejada por aquél*”. La opinión mayoritaria fue expresada en la redacción del Juez Earl, mientras que el Juez Gray dejó sentada su opinión disconforme. La discordia se pronunció por la desestimación de la demanda, reconociendo el derecho de Palmer a heredar a su abuelo.

Uno de los argumentos centrales de mayoría es la existencia de un principio que, en el caso concreto, impedía amparar la pretensión de heredar de Palmer. Según el juez Earl, *las leyes y los contratos deben ser controlados, en su realización y efecto, por las máximas generales y fundamentales del Common Law. A ninguno se le debe permitir beneficiarse de su propio fraude o tomar ventaja de su propio error, fundar cualquier demanda sobre su iniquidad o adquirir propiedad sobre la base de su propio crimen. Estas máximas tienen su fundamento en el derecho universal administrado en todas las naciones civilizadas y en ningún lugar pueden ser sustituidas por las leyes.*

El Juez cita algunos precedentes donde se aplicó este principio. En uno de ellos, se falló desestimando el reclamo de alguien que contrató una póliza y luego asesinó al asegurado. En otro, se rechazó lo pretendido por una viuda que fue cómplice de la muerte de su esposo y luego se presentó a cobrar la dote de viudez. Estas máximas, sin que ninguna ley les atribuya vigencia o efectividad, frecuentemente controlan el efecto y anulan las palabras de los testamentos.

Elmer asesinó al testador para conferirle a sí mismo una herencia. Si el testador pudiera hablar, se pregunta Earl: ¿hablaría en favor de Elmer? La situación de éste es similar a si hubiera tomado por la fuerza la propiedad. No se trata, para la mayoría, de una situación de vacío legal (*casus omissus*) sino de la aplicabilidad al

caso concreto de un principio de vigencia universal que, por tanto, no necesita para ser obligatorio consagración expresa en disposición legislativa alguna.

El otro caso presentado por Dworkin como para mostrar la incidencia de los principios es *Henningsen vs. Bloomfield Motors inc.*, tramitado ante la Suprema Corte de Nueva Jersey. En el caso se resolvió si un fabricante de automóviles debía responder por la totalidad de los daños causados por un coche defectuoso ( gastos médicos y otros derivados de un accidente) o sí podía hacer valer una cláusula contractual de exoneración de responsabilidad, que limitaba su obligación a reparar las partes defectuosas. No pudo verificarse la existencia de ninguna ley u otra norma jurídica preexistente que impidiera al fabricante ampararse en el contrato. La Corte dio la razón al demandante, obligando a *Bloomfield Motors* a resarcir la totalidad del daño, invocando un principio según el cual, la responsabilidad del fabricante de automóviles es “especialmente intensa”.

Para Dworkin ejemplos como éste muestran que, cuando los jueces y abogados discuten sobre derechos y obligaciones jurídicas, especialmente en los casos difíciles, echan mano a estándares que no funcionan como reglas sino que operan de manera diferente, como principios, directrices políticas y otro tipo de pautas <sup>(21)</sup>.

En *The Model of Rules*, Dworkin presenta la diferencia entre principios jurídicos y reglas jurídicas como una distinción lógica. Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias pero difieren en el carácter de la orientación que dan. Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula la norma están dados, entonces, o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien, no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión. Por ejemplo, la regla que establece que un testamento válido debe ser firmado por tres testigos.

En cambio, los principios no operan de manera disyuntiva. No establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas. Es frecuente, por ejemplo, que la gente se beneficie de las injusticias que comete (como en la prescripción) pero eso no quiere decir que no beneficiarse de la propia injusticia deje de ser un principio de nuestro sistema jurídico.

---

<sup>21</sup> Aunque aclara que el argumento contra la comprensión de un sistema jurídico como “modelo de reglas” no depende de una distinción precisa entre principios, directrices y otros estándares, Dworkin realiza esa distinción. Denomina *directriz* (o *directriz política*) al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado (generalmente una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad). Llama *principio* a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure un objetivo comunitario sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.

Un principio como “nadie puede beneficiarse de su propio delito” no pretende siquiera establecer las condiciones que hacen necesaria su aplicación. Más bien enuncia una razón que discurre en una dirección pero que no exige una decisión en particular. Puede haber otros principios que apunten en dirección contraria. Es posible que nuestro principio no prevalezca pero ello no significa que desaparezca del sistema jurídico. En el caso siguiente, cuando no resulten relevantes las consideraciones contrarias, puede llegar a ser decisivo.

La distinción es más evidente en los principios que ni siquiera se parecen a reglas. Por ejemplo: “el fabricante se encuentra bajo una especial obligación en lo que se refiere a la construcción, promoción y venta de coches”. Eso sólo quiere decir que si una determinada cláusula parece injusta u onerosa, los tribunales tienen menos razón para hacerla valer que si se tratara de una compra de corbatas. La “obligación especial” tiende a favorecer una decisión que se niegue a imponer los términos de un contrato de compraventa de automóviles, pero no necesariamente la determina.

La primera diferencia trae consigo otra. Los principios tienen una dimensión que falta en las reglas: la dimensión del peso o la importancia. Cuando los principios (incluyendo a las directrices) interfieren unos con otros, quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno. Las reglas no tienen esa dimensión. En cierto sentido, una regla puede ser más importante que otras, si tiene un papel más relevante en la regulación del comportamiento. Sin embargo, no puede decirse que una regla sea más importante que otra *como regla del sistema*, de modo que cuando dos de ellas entran en conflicto, una de las dos sustituye a la otra en virtud de su mayor peso.

Si se da un conflicto entre dos reglas, aduce Dworkin, una de ellas no puede ser válida. La decisión sobre cuál es válida debe tomarse en consideración apelando a consideraciones que trascienden las normas mismas (otras reglas, que prefieran por ejemplo a la posterior antes que a la anterior, o la preferencia por la regla fundada en principios más importantes).

Es de hacer notar que la forma de un estándar, no deja siempre claro si se trata de una regla o de un principio. Por ejemplo, ciertas disposiciones constitucionales pueden estar redactadas bajo la forma de reglas muy generales como las que protegen la libertad de expresión y prohíben la censura. Pero también pueden ser tomadas como la mención de un principio. Con frecuencia la utilización de los legisladores de palabras como *razonable*, *negligente*, *injusto*, *significativo*, etc., cumple precisamente esa función. Ciertas disposiciones que formalmente se

interpretan como reglas se aplican sustancialmente como principios. Cada uno de esos términos hace que la aplicación de la regla que lo contiene dependa, hasta cierto punto, de principios o directrices que trascienden la regla y de tal manera hace que esta se asemeje a un principio (<sup>22</sup>).

Es indiscutible que, como plantea Dworkin, en el razonamiento jurídico que aborda los casos difíciles, los participantes –jueces, abogados, doctrinarios, negociadores- invocan muchos estándares que no son reglas y que ni siquiera se parecen a reglas. Tomemos como ejemplo un caso debatido ante la Suprema Corte de Justicia.

Una persona que había sido sometida a varias operaciones para cambiar el sexo solicitó la rectificación de su partida de nacimiento, en cuanto al nombre y el sexo. Cuando el caso fue litigado no había regla que autorizara tal rectificación, aunque posteriormente, mediante una modificación legislativa, ello se hizo posible (<sup>23</sup>).

Si reconstruimos los argumentos expuestos por el Fiscal –que se opuso a la rectificación pretendida e impugnó la sentencia de segunda instancia con el recurso de casación- encontramos lo siguiente: 1) *No hay error porque los datos concuerdan con la realidad existente al momento del nacimiento de la persona. Por tanto, la modificación está prohibida.* 2) *El sexo de una persona, desde el momento de su nacimiento, es inmutable.* 3) *Aunque la parte actora no tenga familiares, el cambio de sexo sería oponible “erga omnes”.* 4) *El cambio de sexo sería una ficción jurídica pues “los individuos de la especie humana o son hombres o son mujeres, siendo propio de la naturaleza humana que si nacen con un sexo no pueden transmutarlo al otro”.* 5) *No hay “vacío, insuficiencia u oscuridad de las leyes que habiliten una solución integrativa”.* Obsérvese que –salvo 5)- los argumentos sostenidos no dependen de la invocación de una disposición jurídica concreta de la cual se interprete la existencia de una regla expresa. Son argumentos de muy diversa forma y alcance que, se basan en creencias morales, científicas, políticas de las cuales se derivan razones para la acción, es decir, para que los jueces (en este caso los de la Suprema Corte) anulen la sentencia en litigio y dejen sin efecto la rectificación dispuesta.

---

<sup>22</sup> La postura de Dworkin es un resumen de su influyente artículo “The model of rules” (original de 1967) publicado en español en Dworkin, R. (1977) *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, pp. 61-101. Con posterioridad a “The Model of Rules”, Dworkin tomó distancia de esta diferenciación dicotómica entre reglas y principios. Dworkin, R. (2014) *Justicia para erizos*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, cap. Quinto, XIX.

<sup>23</sup> Sentencia N° 159/2005.

Si atendemos a los argumentos presentados por la mayoría de la Corte para acoger la demanda encontramos: 1) *Amparar la pretensión es acorde con “una razonable y justa ponderación entre los principios, valores y derechos fundamentales involucrados en la cuestión litigiosa”.* Estos son: *derecho a la libertad en cuanto al proyecto de vida y realización integral de la personalidad e identidad sexual; derecho de quienes se interrelacionan socialmente con el accionante a conocer los datos atinentes a su conformación biológica para decidir, eventualmente, estrechar vínculos afectivos con él que se sustenten en la buena fe y la proscripción del fraude y el engaño (art. 72 de la constitución).* 2) *El sexo es una noción compleja con diversos componentes (cromosómico o genético, anatómico, psicológico). Solo el sexo cromosómico es inmutable. Ante un individuo con edad adulta que ha cambiado sexualmente en lo anatómico y en lo psicológico, el sexo cromosómico deviene irrelevante. Debe predominar el sexo psicológico, por lo que sumado a la cirugía de reasignación sexual y la rectificación de partidas, habilita a la actora todos los actos de la vida en sociedad (incluso contraer matrimonio con el sexo opuesto) por el sexo reasignado.* 3) *El transexualismo es una condición médica para la cual la cirugía irreversible es un tratamiento indicado.* 4) *Quien elige reasignar el sexo paga un elevado costo personal y merece que se le reconozca el derecho a vivir con dignidad aunque la sociedad tenga que pagar un costo (menor) por permitir ese derecho.* 4) *No hay fraude pues la rectificación de partida con la anotación de la fecha en que se realiza, permiten conocer a cualquier interesado la real “historia” o iter de la transformación sexual verificada.* 5) *“Criterio hermenéutico evolutivo”:* se abarca la modificación solicitada en el concepto de enmienda fundado en una circunstancia esencial a los derechos de la personalidad humana. *La transexualidad no es elegida y no es fruto de un reparto de autoría humana. Por tanto, el juez tiene que preguntarse si “en función de hacer justicia tiene o no el deber de corregir o subsanar, dentro de las posibilidades al alcance de la ciencia y la justicia, toda desubicación anómala que descoloca a un ser humano en una situación existencial”.* 5) *Los arts. 72 y 73 del decreto ley N° 1.430 autorizan a rectificar o modificar las Actas de Estado Civil, por enmienda, cuando la variación del nombre u otra circunstancia, sea esencial o accidental.* 7) *Normas de “orden superior”:* Convención Americana de Derechos Humano; Pacto de Derechos Civiles y Políticos. *Consagran el derecho a la dignidad de cada persona, lo que implica el derecho a la propia identidad.*

También aquí puede advertirse una evidente diversidad de los argumentos, que solo parecen tener en común constituir razones para decidir en el determinado sentido de confirmar la sentencia recurrida. Incluso cuando se invocan disposiciones jurídicas

concretas –art. 72 de la Constitución, 73 del decreto ley N° 1.430, Convención Americana de Derechos Humanos- se los hace sustancialmente como razones o principios, es decir, no en el marco de un razonamiento de subsunción, sino como argumentos cuya fuerza depende de su contenido, es decir, es directamente moral: se mencionan porque establecen el criterio que la Corte considera correcto y no porque se los pretenda seguir como razones “independiente de contenido”.

Argumentos como “*el sexo cromosómico es inmutable y pretender modificarlo es contrario a la naturaleza humano*” o “*la reasignación del sexo implica pagar un elevado costo personal al que no se le puede añadir el costo de su desconocimiento jurídico*” solo tienen sentido como razones para actuar considerando el conjunto de intereses relevantes, especialmente de moralidad política y justicia social. Su fuerza argumentativa (la condición de ser “buenas razones”) depende exclusivamente de su contenido, esto es, de que compartamos (o no) los valores que expresan.

Un papel fundamental de los principios es que, en los casos difíciles, operan como argumentos para el cambio de las reglas. Las discusiones suelen centrarse en qué principios (o razones normativas en general) hay para modificar la interpretación actual de las disposiciones, creando una nueva regla, y qué principios operan en sentido contrario, para el mantenimiento del *status quo* interpretativo. Esto, desde luego, implica reconocer que los jueces modifican (y no solo aplican) el derecho. Y que, cuando los problemas plantan una especial complejidad y hay un fuerte desacuerdo en cuanto a la solución a adoptar, en las discusiones jurídicas se mezclan –hasta hacerse a veces indistinguibles- los razonamientos sobre *cuál es el derecho del caso* y *cuál debería ser el derecho del caso*.

## **6. Los límites del derecho**

La relación entre las reglas y los principios en el razonamiento jurídico puede caracterizarse como dinámica: los principios *desbordan* a las reglas (confrontan con ellas y llevan en ocasiones a su desaplicación) pero luego, cuando se han impuesto las soluciones que determinan en casos similares, conducen a la estabilidad de nuevas reglas.

En los casos fáciles –la mayoría de situaciones donde se delibera y argumenta sobre lo que “el derecho establece”- se razona de acuerdo con reglas preestablecidas sobre las cuales no se presentan problemas importantes de interpretación y no se requieren más argumentos normativos que la invocación de la propia regla. En los casos difíciles, por el contrario, parece no haber límites para los argumentos

normativos posibles –principios, valores, directrices, razones- que se invocan para modificar o desaplicar reglas preexistentes o para crear nuevas reglas. Estas nuevas reglas, una vez que logran estabilidad –son reconocidas y aplicadas por el número suficiente de operadores- permiten que numerosos casos (similares a los que antes eran difíciles) se resuelvan como fáciles, a partir de un razonamiento de subsunción.

Si quisiéramos establecer cuáles son los límites del derecho, tendríamos que partir de algún criterio generalizado de identificación de normas válidas, que permita diferenciarlas claramente de otros estándares (los “no jurídicos”). Esto es lo que, pensó Hart, posibilitaba la denominada *regla de reconocimiento* y que constituía uno de los pilares de su teoría positivista. La existencia de un test de diferenciación entre el derecho válido y el resto de las normas, permitía dar cuenta de la tesis de las fuentes sociales, la separación conceptual del derecho y la moral, así como de la discrecionalidad judicial.

Dworkin, apelando a los principios, argumentó la falsedad de cualquier regla de reconocimiento posible. La regla de reconocimiento, adujo, solo puede suministrar criterios formales de validez –su origen en una ley, sentencia o costumbre- pero los principios –que son también normas obligatorias para los jueces- no pueden ser identificados por criterios formales sino por su contenido moral (representan algo bueno, valioso, correcto, justo, etc). De modo que para Dworkin las tres tesis positivistas son falsas: no todo el derecho proviene de las fuentes sociales; no hay separación conceptual entre el derecho y la moral; no existe la discrecionalidad judicial (en sentido fuerte) porque no hay límites para el derecho. Desde esta óptica, no hay, en última instancia, un criterio coherente de distinción entre lo “jurídico” y “no jurídico”<sup>(24)</sup>.

El debate contemporáneo sobre los límites del derecho es vasto y complejo, en tanto involucra numerosas teorías (positivismo inclusivo y excluyente, anti-positivismo, ius-naturalismo, así como otras teorías no reductibles a estas categorías) y múltiples cuestiones que se entrecruzan con ella (naturaleza y normatividad del derecho; objetividad de los valores; autonomía de la teoría del derecho).

---

<sup>24</sup> Esta discusión es conocida como el “debate Hart-Dworkin”. Es de remarcar que Hart en la segunda edición de *El concepto de derecho* (1994), publicada póstumamente, acepta algunos de los argumentos de Dworkin y afirma que los principios pueden integrar la regla de reconocimiento en los sistemas jurídicos donde hayan sido incorporados a ésta (es decir, donde los jueces los tomen como efectivamente obligatorios). Esta solución había sido considerada de antemano inviable por Dworkin, que argumentaba que una regla de reconocimiento que pretendiera incorporar los principios sería, o bien tan compleja que su reconstrucción sería imposible (por la vastedad y mutabilidad de los principios) o bien trivial, puesto que se limitaría a expresar algo así como “es derecho...todo lo que es derecho”

### Bibliografía recomendada

Alchourron, R. y Bulygin, E. (1975) *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea,

Davidson, Donald (2004) *Problems of Rationality*. New York: Oxford University Press, pp. 189-198.

Dworkin, R. (1977) *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, pp. 61-101.

Dworkin, R. (2014) *Justicia para erizos*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, cap. Quinto, XIX

Guastini, Riccardo (1999) *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa,

Hart, H.L.A. (1997) "Mandatos y razones jurídicas dotadas de autoridad". *Isonomía*, N° 6, pp. 83-105.

Marquisio, R. (2015). "Teoría del derecho y filosofía moral". *Revista de la Facultad de Derecho*, Nro. 38, pp. 161-182

Moreso, J. y Vilajosana. J. (2004) *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons,

Parfit, Derek. (2011) *On What Matters*. New York: Oxford University Press

Raz, J. (1986) *The Morality of Freedom*. New York: Oxford University Press.

Raz, J. (2002) *Practical Reason and Norms*. New York: Oxford University Press

Raz, Joseph (2011) *From Normativity to Responsibility*. New York: Oxford University Press.

Scanlon, T.M. (1998) *What We Owe to Each Other*. Cambridge MA: Belknap Press of Harvard University Press

Scanlon, T.M. (2014) *Being Realistic about Reasons*. New York: Oxford University Press, cap. 1º.

Schauer, Fredrick. (2009) *Thinking Like a Lawyer*. Cambridge (MA): Harvard University Press, cap. 2º.

Schauer, Fredrik. (2004) *Las reglas en juego*. Madrid: Marcial Pons.

Vega Gómez, J. (2004) "El positivismo excluyente de Joseph Raz". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nro. 110, pp. 709-739.

### **Para la discusión**

Veamos la sentencia N° 396/2016 del Tribunal de lo Contencioso Administrativo (disponible online: <http://www.tca.gub.uy/fallos.php>). En el fallo de dicha sentencia, el Tribunal, por mayoría, dispuso la anulación del acto administrativo denegatorio de la petición de la accionante de que “se declarase no obligatoria a su respecto la realización del estudio de mamografía (u cualquier otro tipo de estudio que sea perjudicial para su salud) como requisito para obtener el carné de salud”.

1. A partir de la lectura de la sentencia, contestar las siguientes preguntas.

¿Cuál es el problema jurídico que el tribunal estaba llamado a resolver? ¿Hay diferencias entre la mayoría y el Ministro disconforme a la hora de formular el problema? ¿Se trata de un conflicto moral? ¿Si es así, cómo podría ser formulado?

2. Reconstruir el razonamiento por el cual la mayoría llega a la conclusión de que procede anular el acto impugnado.

3. Reconstruir el razonamiento del Ministro disconforme por el cual llega a la conclusión de que procede confirmar el acto impugnado.

4. Tomando en cuenta, el razonamiento de la mayoría: ¿cuáles sería las “razones jurídicas” relevantes? ¿Cuál sería la regla de derecho que resuelve el caso? ¿Hay principios que llevan a la desaplicación de alguna regla? ¿Qué quiere decir la fórmula “interpretar el derecho desde la Constitución”, teniendo en cuenta la distinción entre reglas y principios, y el problema de los límites del derecho?

5. Tomando en cuenta el razonamiento del Ministro disconforme: ¿cuáles son las diferencias que tiene con la postura mayoritaria en cuanto a las “razones jurídicas” relevantes, la regla de derecho que resuelve el caso y la eventual incidencia de principios que lleven a desaplicar alguna regla. ¿Por qué el Ministro disconforme no incluye la fórmula “interpretar el derecho desde la Constitución” entre los argumentos para resolver el caso?