

## TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN Y ÉTICA JUDICIAL: LOS LÍMITES DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

Enrique H. DEL CARRIL

SUMARIO: I. *Introducción: el interrogante por la ética profesional.* II. *Una pregunta previa.* III. *Ciencia y técnica.* IV. *El derecho como técnica.* V. *Consideraciones generales.* VI. *Conclusión: derecho, ética e interpretación.* VII. *Excursus: ¿qué es, entonces, el derecho?*

### I. INTRODUCCIÓN: EL INTERROGANTE POR LA ÉTICA PROFESIONAL

La pregunta por la ética en las profesiones jurídicas nos remite a cuestiones muy importantes y, a la vez, inmediatas. A dilemas que a jueces, abogados y escribanos se nos plantean en el día a día.

Generalmente tratamos de resolver estas cuestiones un poco intuitivamente, sin reflexionar demasiado ni sobre las consecuencias ni sobre el fundamento último de los caminos por los que optamos. Pero si ésta es la manera usual con la que resolvemos nuestros dilemas morales, asumir esta actitud en nuestra vida profesional puede que no sea tan conveniente. Sería largo de justificar, pero cuando nos referimos a la moral —y sin caer en relativismos— la norma a partir de la cual actuamos, en alguna medida es interna a nosotros mismos: en nuestra conciencia.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> La explicación de la existencia de esta ley a partir de la cual actúa la conciencia es un tema complejo que ocuparía mucho más que el objeto de este texto. Remitimos, por ello a alguna bibliografía básica: Pieper, Josef, *Las virtudes fundamentales*, 8a. ed., Madrid, Rialp, 2003; Millán Puelles, Antonio, *Ética y realismo*, 2a. ed., Madrid, Rialp, 1999; Basso, Domingo, *Las normas de la moralidad: génesis y desarrollo del orden moral*, Buenos Aires, Claretiana, 1993 y García Huidobro, Joaquín, *El anillo de Gíges: una introducción central de la ética*, Santiago de Chile, Andrés Bello, 2005.

Pero en la ética profesional esto no es (solamente) así. En toda profesión existen ciertas reglas que no son inferibles por pura introspección ya que responden a valores “externos” que, por ende, debemos descubrir mediante un esfuerzo de nuestra razón. Hay conductas que parecerían corresponder a conductas indiferentes desde el punto de vista de la moral general, pero que en términos de una ética profesional son acciones reprochables.

A partir de estas nociones, la reflexión sobre la ética profesional debería hacérsenos más urgente, ya que incluye tópicos que no pueden responderse si no se tiene un cierto nivel de conocimiento sobre qué consiste la deontología<sup>2</sup> concreta de la profesión que ejercemos. De allí que, antes de empezar a plantearnos cuáles deben ser las exigencias éticas que podemos reclamar de los operadores del derecho debemos respondernos una pregunta previa.

## II. UNA PREGUNTA PREVIA

Es que si vamos a asumir como obligatorias una serie de normas que parecerían no obligar en conciencia,<sup>3</sup> debemos preguntarnos primero si tiene sentido obedecerlas. Una reflexión mínima sobre este punto nos demuestra que los hombres, básicamente, obedecen las normas por dos motivos: o porque las consideran razonables (es decir, que tienden a un bien que se presenta como deseable) o por temor al castigo.

Si acatamos las reglas éticas por temor al castigo, la cuestión termina acá; sólo nos preocupará en qué condiciones y qué posibilidades existen de que ese castigo pueda ser aplicado, para que la norma sea plenamente obedecida. Pero si consideramos que —aún ante la certeza de que no seré castigado— pueden existir motivos internos para obedecer ciertas reglas éticas debo analizar si son razonables. Y la primera pregunta en este camino (y refiriéndonos específicamente al mundo del derecho) es cuestionarnos por la necesidad de estas reglas.<sup>4</sup>

2 A los efectos de este trabajo, y obviando las discusiones doctrinarias al respecto se entenderá por “moral” aquellas prescripciones que hacen al buen obrar del hombre; por “ética” las que se refieren a una actividad o aspecto específico del obrar humano y por “deontología” a aquellos conjuntos de reglas concretas que prescriben como obligatorias ciertos comportamientos.

3 No obligan en conciencia en el sentido de que no son directamente predicables de la moral general, pero sí la obligan en cuanto asumimos su obligatoriedad, ya sea porque la consideramos razonable o porque consideramos a la autoridad que la dictó digna de obediencia.

4 En rigor, la primera pregunta sería sobre la existencia de estas reglas. Pero en el caso de la ética profesional del abogado, esta cuestión está resuelta por la simple observa-

El interrogante, entonces, sería éste: ¿es pertinente exigir algún tipo de cualidad moral a quienes operan con el derecho, por el sólo hecho de que operan con el derecho? No estamos hablando aquí de la discusión (importante, por cierto, y en alguna medida relacionada con lo que queremos exponer aquí) sobre la relación entre derecho y moral,<sup>5</sup> sino de la cuestión —no menos importante— de si es adecuado reclamar de los operadores del derecho (jueces, abogados, escribanos) ciertos estándares de conducta que no sería razonable reclamar de los demás ciudadanos.

La pregunta, como dije, es pertinente porque, en una primera mirada, no parecen existir buenas razones para exigir comportamientos morales distintos por el solo hecho de que una persona ejerza una determinada profesión. El ejercicio de una profesión no parece agregar nada al ser humano que pueda afectar algo tan íntimo y personal como es su actuar moral. Es, simplemente, pura actividad externa a la persona. Aunque, por otro lado, evidentemente el ejercicio de una profesión es una actividad humana y, como tal, parecería pasible de cualificación moral como cualquier otra.

Tomemos un ejemplo de un ámbito no jurídico, para intentar clarificar esta cuestión: ¿qué precisamos de un ingeniero para que construya buenos edificios?

Evidentemente, que tenga conocimientos muy específicos que le permitan diagramarlos (nociones sobre física, por ejemplo); también precisará de ciertas nociones prácticas o instrumentales para llevar a cabo la obra y que el edificio no se venga abajo (conocimiento sobre la resistencia y duración de los materiales que va a utilizar, sobre las condiciones climáticas del lugar, etcétera). Pero, aparentemente, no necesitamos de él nada más. Nos es totalmente indiferente si es una buena o mala persona, si engaña a su mujer o si le es fiel, si es leal con sus amigos o si directamente no tiene ninguno. Parecería, entonces, existir una tajante división entre los conocimientos y habilidades necesarias para ejercer correctamente una profesión y la moral de quien efectivamente la ejerce.

En mi opinión esto no es cierto, al menos en el campo del derecho, y a comprobarlo se dirige este trabajo.

ción de los numerosos códigos de ética jurídica (de los abogados, de los jueces, de los escribanos) que existen.

<sup>5</sup> Es paradigmática en este sentido la postura de Hans Kelsen: “todo derecho positivo puede ser considerado como justo desde un punto de vista político y como injusto desde otro punto de vista también político; pero esto no puede suceder desde el punto de vista de la ciencia del derecho que como toda ciencia verdadera no valora su objeto sino que lo describe, no lo justifica o condena emocionalmente sino que lo describe” (Hans Kelsen; *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, México, Fontamara, 2003, p. 31).

En general, el camino argumental que nos ofrecen quienes intentan sostener la importancia de que existan normas de ética profesional es referirse a las consecuencias morales del trabajo humano, delimitar a partir de él un concepto de ética específico para la actividad de que se trate y extraer de él reglas concretas. Es decir, se parte de nociones generales (el trabajo humano) para construir el concepto de ética aplicable a situaciones específicas del ejercicio de un profesional. Se argumenta sobre la base de operaciones deductivas. Sin embargo, otro camino es posible: se puede partir de la observación de las características de la propia actividad profesional, para intentar llegar a la conclusión de que es o no necesaria una ética. Este camino opuesto es el de la inducción: a partir de datos singulares fácilmente conocibles podemos llegar a conclusiones más generales. Tiene el inconveniente de que estas conclusiones son mucho más modestas: si queremos predicar de toda actividad profesional la necesidad de una ética deberíamos analizar todas y cada una de ellas y, si puedo llegar a esta conclusión en cada caso, recién ahí podría crear la regla general de que toda profesión tiene necesidad de una ética. Porque si intento fijar esta regla general a partir de la observación de algunos casos individuales, estaría incurriendo en una falacia (denominada “de inducción amplificante”<sup>6</sup>).

Por lo cual, esta argumentación que intentaré a continuación tiene un objeto bastante más modesto: 1) justificar la necesidad de que exista una ética de lo jurídico y 2) Hacerlo a partir de la observación del derecho tal como lo conocemos en la actualidad.

### III. CIENCIA Y TÉCNICA

Volvamos a nuestro ejemplo. Habíamos llegado a la conclusión de que ese ingeniero, para construir un puente, debía estar dotado de ciertos conocimientos teóricos generales y ciertas habilidades para llevarlos a la práctica. Precisa, pues, de una *ciencia* y una *técnica*.

Según el *Diccionario* de la Real Academia Española el primero de estos términos significa un “Conjunto de conocimientos obtenidos mediante la observación y el razonamiento, sistemáticamente estructurados y de los que se deducen principios y leyes generales” y el segundo es un

<sup>6</sup> Véase Kalinowski, Georges, *Introducción a la lógica jurídica*, Buenos Aires, Editorial Universitaria, 1973.

“Conjunto de procedimientos y recursos de que se sirve una ciencia o un arte; pericia o habilidad para usar de esos procedimientos y recursos”.<sup>7</sup>

Existe, como se ve, una profunda interrelación entre la ciencia y la técnica: es imprescindible la adquisición previa de estos conocimientos teóricos (científicos) para desarrollar las habilidades (técnicas) específicas para llevar a la práctica aquello que deseo hacer.

Y volviendo al interrogante primero, parecería que esto es todo: no necesito exigirle nada más a un ingeniero para que haga un buen edificio. Los aspectos morales de su personalidad pueden tenerme sin cuidado.

No es éste el lugar para intentar cuestionar esta afirmación respecto de los ingenieros, pero... ¿qué ocurre en el caso del derecho? Veamos.

Podríamos afirmar casi sin temor a equivocarnos que el derecho también es una ciencia por cuanto implica el conocimiento de una cierta cantidad de elementos (las normas) sistemáticamente estructurados. Ésta es, al menos, la definición del “sistema jurídico” tan cara a nosotros, los juristas. Asumimos que las normas (positivas, consuetudinarias o naturales, poco importa en este caso) forman un todo lógico: cada pieza de este sistema tiene un lugar natural y necesario. El conocimiento de este sistema y de sus interrelaciones es lo que adquirimos en los estudios universitarios.

Distinta es la cuestión en lo que hace a la técnica: nos hacemos de ciertas habilidades prácticas que nos sirven para “aplicar” estos conocimientos que adquirimos a partir de los problemas concretos que se nos presentan. Estas habilidades suponen nuestro conocimiento de las normas ya que su objeto es aplicarlas a las situaciones de hecho, pero no se agotan en eso. Esta habilidad la adquirimos trabajando en (o para) la profesión jurídica.

Aunque no tenemos una palabra unívoca para referirnos al derecho como técnica, fácilmente podemos identificarlo, por ejemplo, con la tarea del juez de solucionar conflictos mediante la aplicación de la ley; actividad para la que usamos el nombre de “jurisprudencia”. Esta técnica es similar en todos los aspectos del quehacer jurídico: la actividad de los abogados, la de los escribanos o notarios, etcétera. Todos ellos parecerían realizar la misma operación práctica.

En definitiva, los operadores jurídicos, gracias al conocimiento que tienen del sistema jurídico son capaces de subsumir las situaciones conflictivas en algún “lugar” de él y, a partir de ahí (porque el derecho —y esta una de sus particularidades— no sólo es un conjunto de conoci-

<sup>7</sup> Las definiciones corresponden a la 22a. edición del *Diccionario* de la Real Academia Española.

miento estructurados sino que cuenta con remedios para el caso de que exista una violación a sus normas) extraer soluciones.

En fin, parecería que estamos en la misma situación que el ingeniero: yo necesito, por ejemplo, que el juez conozca la ciencia del derecho y sepa cómo aplicarla en sus sentencias, esto es, que pueda “hacer” jurisprudencia. Nada más; tampoco su moral personal debería preocuparme.

Nuestra conclusión sería, entonces, que si el derecho es una ciencia no hace falta exigir alguna cualidad moral para adquirir estos conocimientos; y por ser, además, una técnica tampoco hace falta tenerla. En ambos casos, la actividad jurídica no parece requerir de decisiones morales por parte del sujeto, sino tan sólo una cierta destreza en el manejo de conocimientos aprendidos.

Llegado a esta altura de mi razonamiento, el lector (por lo menos, aquél que no ha perdido el sentido común) disenterá conmigo; quizás un poco intuitivamente tendrá la certeza de que esto no es todo. Aunque más no sea en el caso de los jueces. A ellos, como mínimo, es razonable imponerles ciertas exigencias que van más allá de la pura pericia técnica.

¿Cuál es, entonces, la diferencia entre el juez y el ingeniero?

En mi opinión, no hay una sola. Es más, las diferencias son tantas que resulta difícil encontrar alguna semejanza. Pero, como dijimos, intentaremos una explicación que tome como presupuesto la observación de lo que el derecho es.

Repasemos, entonces, esas dos ideas a las que hicimos referencia al principio. Que el derecho es, a la vez, una ciencia y una técnica.

## 1. *El derecho como ciencia*

Pues bien, ¿es el derecho una ciencia?

El concepto de ciencia que ofrecimos anteriormente implica: 1) El estudio de un aspecto determinado y circunscripto de la realidad<sup>8</sup> y 2) La idea de sistema, esto es, la de ciertas leyes que describen un fenómeno y a partir de las cuales se pueden sacar nuevas conclusiones.

Veamos, entonces, cómo está conformado el sistema jurídico y cuál es la realidad sobre la que opera la ciencia del derecho.

<sup>8</sup> Bunge identifica este aspecto afirmando que la ciencia es necesariamente “especializada”, en razón de su enfoque analítico de los problemas: los aborda uno a uno y descompone todo en elementos singulares (Bunge, Mario, *La ciencia, su método y su filosofía*, Buenos Aires, Siglo Veinte, 1987, pp. 19 y 20).

Como dijimos, para que el mundo de lo jurídico pueda ser considerado como un sistema es preciso que esté conformado por leyes y que esas leyes estén interrelacionadas entre sí de tal manera que tengan potencialidad explicativa para dar respuesta a todos los interrogantes que puedan plantearse.

Para que esto sea así, para que pueda construirse una ciencia, es preciso que el objeto al que se aplique sea de alguna manera homogéneo. Si no fuera así, sería imposible encontrar fenómenos constantes e idénticos a partir de los cuales extraer leyes generales.

Pues bien, ésta es la idea que alimentaba a las dos grandes teorías que hicieron del sistema jurídico el centro de la ciencia del derecho: el iusnaturalismo racionalista y la *teoría pura del derecho*. El primero asumía la existencia de un derecho natural preexistente a las leyes positivas (a la manera de los ideales platónicos) al cual el legislador debía auscultar para dictar normas; típico de esta ideología es la creación de grandes estructuras normativas que intentaban abarcar todas las respuestas posibles sobre un aspecto de la realidad jurídica (estas estructuras son, por supuesto, los códigos decimonónicos, padres de los que nos rigen actualmente). La *teoría pura del derecho*, por su parte, intentó llegar a las mismas conclusiones pero partiendo de distintos presupuestos metodológicos: al excluirse la idea de derecho natural (tildada de “metafísica” que en Kelsen es lo mismo que decir “imposible de constatar”) se intentó llegar a la idea del sistema mediante la exclusión metodológica del concepto de derecho de todo aquello que implicara un juicio de valor<sup>9</sup> (es un presupuesto epistemológico de la *teoría pura* que los juicios de valor son por esencia irracionales).

No terciaremos aquí en la discusión sobre si estas dos ideas (la de un derecho natural existente *per se* y la de una descripción del derecho que excluya los elementos valorativos que actúan en él) son posibles. Es más, a los efectos de este trabajo podríamos incluso conceder que esta explicación pudo haber sido satisfactoria en su momento.

En efecto, en el siglo XIX y a principios del XX el derecho se había consolidado como la racionalización del ejercicio del poder por parte de los Estados;<sup>10</sup> y en este contexto era imaginable la idea de sistema en el sentido fuerte de la palabra. Los Estados, después de la dispersión me-

<sup>9</sup> Serna, Pedro, *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos: de la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación y sus problemas*, México, Porrúa, 2006, en especial pp. 22/31.

<sup>10</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, 6a. ed., Madrid, Trotta, 2005.

dieval y a partir de su surgimiento tenían el uso exclusivo y excluyente del poder punitivo, tenían la exclusividad en la creación de las leyes.

Y esta perspectiva no cambió con el nacimiento de las democracias modernas y el traslado del poder legisferante de la Monarquía al Parlamento. Éstos actuaban en nombre de las mayorías, es decir, como (y en representación de) un cuerpo social que era homogéneo y, por ende, poseía cierta escala de valores común. En este contexto, era relativamente fácil dictar leyes que —al propender hacia los mismos fines sociales, por haber nacido de un único campo axiológico— daban la sensación de una generación normativa que era, por un lado, coherente y sistemática y, por el otro, “aséptica” a valores.

En suma, podía suponerse que existía esa homogeneidad a partir de la cual pensar en la idea de sistema y, por ende, en la de ciencia del derecho. En definitiva, si bien es bastante discutible que no exista valoración en el derecho, ésta era una sensación bastante tangible en los Estados decimonónicos en razón de que los valores que subyacían a las normas dictadas por los órganos estatales no se problematizaban y se los daba por indiscutibles.

#### A. *El sistema jurídico como objeto científico*

Pero esta suposición (que, a pesar de todo, se mantiene) parece en la actualidad insostenible: ni los sistemas jurídicos actuales tiene las características que se les atribuyó en su momento, ni la realidad es —obviamente— la misma que en el siglo XIX. Aquella idea del sistema jurídico tal como se lo entendía tradicionalmente (ejemplificado paradigmáticamente en la pirámide kelseniana, en la cual las normas inferiores encontraban su justificación en las superiores hasta llegar a la Norma Hipotética Fundamental), es difícilmente compatible con lo que vemos en la actualidad.

Hay muchos fenómenos que ponen en seria discusión esta idea; fenómenos heterogéneos y pasibles de múltiples lecturas pero que podríamos agrupar en esa multiforme categoría llamada “neoconstitucionalismo”.<sup>11</sup>

La caracterización del sistema jurídico según el neoconstitucionalismo está lejos de parecerse a lo que acabamos de describir.

<sup>11</sup> La lectura sobre el tema es abundante. Citamos, por eso, sólo dos obras que nos parecen especialmente iluminadoras: Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, España, Trotta, 2005 y Cianciardo, Juan (coord.), *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo: Una aproximación interdisciplinaria*, Buenos Aires, Ábaco, 2006.

En primer lugar —y esta es su característica más saliente— la Constitución ha dejado de ser un texto normativo (en el mejor de los casos: generalmente se le entendía sólo como una serie de pautas político-ideológicas que interpelaba al legislador pero que poco tenían que ver con la aplicación del derecho) que se ubicaba en el vértice superior de la pirámide y desde allí “derramaba” juridicidad (en rigor, otorgaba validez) a las normas del sistema inmediatamente inferiores, éstas a las que les seguían y así sucesivamente.

Hoy se entiende que una lectura que pueda ser mínimamente admisible de las leyes, decretos o cualquier otro acto de los órganos estatales, debe ser una lectura constitucional. Es decir, que tenga una referencia directa con el texto de la Constitución. La Constitución ha dejado de ser —como se la entendía en un principio— el texto a partir del cual los poderes del Estado obtenían legitimidad, para convertirse en el baremo de toda actuación que quiera considerarse “conforme a derecho”: ya no basta con verificar que tal o cual norma le concede a éste o aquel órgano autoridad para dictar otras normas: es preciso que todas, sin importar el lugar de su escala jerárquica respondan directamente a los fines del texto constitucional.

Este dato no es menor por cuanto la Constitución, si bien podría entenderse como una norma más, está integrada por enunciaciones genéricas que parecen (o hacen referencia a) criterios morales con un alto grado de indeterminación.

La crisis de la idea de la Constitución como mera norma legitimadora de las potestades inferiores, es ya un lugar común de la reflexión iusfilosófica y tuvo muy concretos efectos prácticos. En el sistema continental europeo se advierte con claridad a partir del surgimiento de tribunales constitucionales; órganos diseñados para aplicar directamente la Constitución y con potestad para declarar inválidas las leyes o reglamentos. Y en los sistemas que contaban desde sus orígenes con el control judicial de constitucionalidad se advierte por la detracción paulatina pero ininterrumpida de las “cuestiones políticas no justiciables”.<sup>12</sup>

En segundo lugar, porque en algunas situaciones la Constitución se transforma en una norma directamente aplicable —no sólo para juzgar la validez de las normas inferiores, sino como generadora concreta de derechos y obligaciones para los individuos—. También aquí los ejemplos abundan, pero podríamos citar el caso de la Corte Suprema de Jus-

<sup>12</sup> Sagüés, Néstor P., *El tercer poder: notas sobre el perfil político del Poder Judicial*, Buenos Aires, LexisNexis, 2005; en especial el capítulo “¿el fin de las cuestiones políticas no justiciables?”.

ticia de la República Argentina “Ekmedjian”<sup>13</sup> en que se consideró operativo el derecho a réplica a pesar de que el instrumento que lo prevé (el Pacto de San José de Costa Rica) expresamente estipulaba la necesidad de una ley reglamentaria, u otros supuestos de lo que se ha dado en llamar “inconstitucionalidad por omisión”<sup>14</sup> o, por fin, la imposición al Estado<sup>15</sup> o incluso a los particulares<sup>16</sup> de los derechos-exigencias, es decir, aquellos derechos receptados en el texto constitucional pero que dependen de una acción positiva del sujeto pasivo para que puedan ser ejercidos por su titular; acción que puede ser exigida directamente en los tribunales.<sup>17</sup>

Ahora bien, como vimos este nuevo rol de la Constitución en la configuración del derecho tal como actúa y es aplicado a los casos concretos trae importantes consecuencias. La Constitución —como es sabido— constituye la carta fundacional de toda sociedad, el texto donde están cristalizados los valores que esa sociedad abraza y quiere hacer efectivos. Desde este punto de vista, la emanación de los valores constitucionales en la creación de las leyes (según el modelo tradicional) o la lectura constitucional de la ley (según el paradigma actual) no parecerían ser operaciones demasiado distintas. De hecho, la actual “lectura constitucional” de la ley, podría entenderse, bajo estos supuestos, como un intento de bucear en la intención del legislador ya que éste debería, sin más, decodificar y hacer efectiva la voluntad del constituyente.

En definitiva, ambas operaciones buscarían asegurar la supremacía de la Constitución por su carácter de texto fundacional del Estado.

13 Fallos 315:1492.

14 Sagüés, Néstor P., “Inconstitucionalidad por omisión de los poderes legislativo y ejecutivo. Su control judicial”, ED 124a. pp. 950/959.

15 El precedente “Campodónico de Beviaqua” (Fallos 323:1339) por el que se impuso al Estado la obligación de suministrar los reactivos y medicamentos necesarios para el diagnóstico y tratamiento del SIDA.

16 En “Cambiaso Péres de Nealon” (Fallos 330:3725), se impuso a una obra social la obligación de cumplir con ciertas prestaciones médicas obligatorias que —según se alegaba— no habían sido contempladas al momento de celebrar el contrato entre las partes.

17 La cuestión de la exigibilidad directa de los derechos sociales es hoy uno de los temas más controversiales en el Derecho Constitucional, aunque los autores parecen estar de acuerdo en que estos reclamos son perfectamente posibles: la discordancia gira, más bien, en torno a la extensión de esta justiciabilidad y a los mecanismos para hacerla efectiva (cfr., por ejemplo, Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *El umbral de la ciudadanía: El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006). Es que la problemática de los derechos sociales, en mi opinión, hacen imperiosa una reformulación de la idea del derecho tal como se lo entiende en la actualidad (cfr. Del Carril, Enrique H., “Los derechos sociales como anomalías. Reflexiones en torno a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista de Derecho*, Perú, vol. 8, 2007, pp. 227/247.

Pero también en este aspecto, la realidad actual del derecho ha cambiado radicalmente. A partir de 1945 la comunidad internacional viene poniendo énfasis en la promoción de los derechos humanos mediante el dictado de instrumentos multilaterales de protección. La particularidad del llamado derecho internacional de los derechos humanos es que ha colocado a la persona en el centro del sistema internacional, en el que tradicionalmente no tenía injerencia puesto que eran los Estados quienes actuaban, bajo los presupuestos de la igualdad entre naciones, la reciprocidad y la libre autodeterminación de los pueblos.<sup>18</sup>

A partir del surgimiento de las principales declaraciones de derechos humanos (la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y la Declaración Americana de los Derechos Humanos) se funda un derecho internacional en el que los principios de paridad y no injerencia de los Estados se ve, por lo menos, morigerado: estos instrumentos crean obligaciones a los Estados parte para con sus propios ciudadanos, obligaciones que pueden ser reclamadas por la comunidad internacional y a las cuales aquéllos no pueden sustraerse, ni siquiera con los métodos que se utilizan en el derecho internacional ante la violación de las obligaciones por otro Estado parte (retorsión, denuncia).

Estas declaraciones se complementaron (o especificaron, según algunos) con los tratados sobre la materia, principalmente, en el orden universal el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), y en el sistema americano con la Convención Americana de Derechos del Hombre (Pacto de San José de Costa Rica, PSJCR). Estos instrumentos, además del catálogo de derechos incorporaron sistemas de control del cumplimiento de sus obligaciones. Así, a partir de la década de los sesenta comienzan a funcionar la Comisión de Derechos Humanos (órgano del PIDCyP), la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, en el ámbito europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como órgano de aplicación de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Estos órganos comenzaron a producir ingente cantidad de opiniones, sentencias y recomendaciones que, al menos en teoría, eran de aplicación obligatoria para los Estados parte que habían aceptado su competencia.

Más allá de que, según los principios generales del derecho internacional, estas obligaciones eran plenamente exigibles y no era posible

<sup>18</sup> Mónica Pinto, *El derecho internacional: vigencia y desafíos en un escenario globalizado*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2004.

invocar para su cumplimiento normas internas,<sup>19</sup> lo cierto es que muchas veces los sistemas jurídicos nacionales funcionaban con total prescindencia de las normas del derecho internacional de los derechos humanos.

Pero esta nueva configuración del derecho internacional tuvo, durante las décadas de los ochenta y noventa, su impacto en los órdenes jurídicos internos.<sup>20</sup> En especial en Iberoamérica, durante este periodo comienza un proceso de constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos mediante el sencillo expediente de incluir en los textos constitucionales una adhesión a estas normas-fuentes internacionales.

La manera en que se asumió esta constitucionalización varía de país en país,<sup>21</sup> pero en todos los casos se coincidió en asignarle al derecho internacional de los derechos humanos, por lo menos, jerarquía suprallegal.

La Argentina no fue ajena a este proceso, y en la reforma constitucional de 1994 incluyó en el artículo 75, inciso 22, a los principales instrumentos internacionales de derechos humanos otorgándoles jerarquía constitucional “en las condiciones de su vigencia” y como complemento de los demás derechos y garantías.

Esta decisión del Constituyente impactó fuertemente en el perfil de la carta magna argentina, y el impacto fue tal que el sistema jurídico argentino cambió totalmente su faz.<sup>22</sup>

Pero no fue tanto la inclusión con jerarquía constitucional de los referidos instrumentos lo que generó estos efectos: más o menos explícitamente, los derechos que allí se contemplan estaban ya en la Constitución histórica o habían sido declarados pretorianamente como derivación de los derechos existente o bajo la fórmula de los derechos implícitos del artículo 33 de la Constitución Nacional.<sup>23</sup>

19 Artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: “Un Estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado”.

20 Sobre la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, véase Manili, Pablo Luis, *El Bloque de Constitucionalidad (la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino)*, Buenos Aires, La Ley, 2005.

21 Un recorrido por los países de Iberoamérica puede verse en Manili, *op. cit.*, pp. 105 y ss.

22 Como dijimos éste es un fenómeno universal generado por la paulatina constitucionalización del derecho internacional al que venimos haciendo referencia. Sin embargo, como nuestra intención aquí es inducir ciertas conclusiones a partir de la observación de la realidad jurídica, nos limitaremos a analizar el caso argentino.

23 Artículo 33: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

Lo que parece haber puesto en jaque la primacía de la Constitución es la circunstancia de que estos convenios internacionales rigen en Argentina en “las condiciones de su vigencia”, expresión que la Corte Suprema de Justicia ha interpretado que significa “tal como... efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”.<sup>24</sup> A lo que se agrega que, según nuestro texto constitucional, estos instrumentos “tienen jerarquía constitucional”, lo que implica que quedan equiparados (no incorporados) a ella con la que “se encuentran en un mismo nivel jerárquico, pero... no conforman un único cuerpo normativo, ya que cada uno conserva su fuente”.<sup>25</sup>

En consecuencia, la Constitución Nacional dejó ser el “techo ideológico” a partir del cual debía interpretarse el sistema jurídico. Los fines sociales que (con razón o sin ella) se le asignaba al texto fundamental, son difícilmente predicables de la estructura actual. El “bloque de constitucionalidad” (como lo denominan algunos autores)<sup>26</sup> que contiene los valores que, supuestamente, deben imperar en las sociedades actuales, ya no tiene un origen común y homogéneo sino que está conformado, además de por la propia Constitución, por instrumentos generados por la comunidad de las naciones, jurisprudencia emanada de organismos internacionales, opiniones de organismos de control de los tratados, costumbres internacionales consideradas obligatorias (el *ius cogens*) y un sinnúmero de otros elementos de orígenes dispares.

Vemos entonces que, al menos desde el punto de vista histórico, aquella visión del derecho como un sistema homogéneo y monolítico se ha debilitado hasta hacerse casi irreconocible.

Esta “norma de normas”, a la par que introducía en el sistema jurídico elementos que afectaba su uniformidad, ella misma se veía profundamente modificada: la inclusión en los textos constitucionales del derecho internacional de los derechos humanos (que no se integran en el texto constitucional sino que mantienen su autonomía, pero lo igualan en jerarquía) conforman un sistema jurídico de características peculiares, por cuanto ya no es posible pensar —al menos en sentido “fuerte”— en una estructura cuya lógica interna permita asumirla como perfectamente coordinada y de la cual es posible extraer respuestas consecuentes.

<sup>24</sup> Fallos 321:3555.

<sup>25</sup> Manili, *op. cit.*, p. 189.

<sup>26</sup> Por ejemplo, Manili, *op. cit.*, *passim*.

## B. La naturaleza de las normas

Pero estas características que, como vimos, rompen con la idea del sistema jurídico piramidal, no son más que la patencia histórica de ciertas condiciones que ya se encontraban en los sistemas jurídicos.

Se asumía (y así lo hemos considerado nosotros en el capítulo anterior *ad argumentandum*) que un sistema jurídico cerrado, tal como se le conocía tradicionalmente, era capaz de dar respuesta a todos los problemas jurídicos que se le plantearan. Precisamente por su condición de “sistema”, la interrelación de las normas constituía un reaseguro para extraer cualquier respuesta a partir de la coordinación lógica entre ellas. Y esta respuesta, por encontrarse dentro del sistema, era necesaria y exclusivamente jurídica: las consideraciones morales (del operador del derecho) y políticas (del Estado o del todo social al que aquél pertenecía) quedaban fuera del momento aplicativo; ingresaban a las normas al momento de su creación (el dictado de una ley era el momento político por antonomasia) pero, a partir de allí, era posible manejar ese material normativo asépticamente, desde y para el derecho.

Pero esta mirada, pensamos, excluye importantes elementos que integran el concepto mismo de derecho y que ponen en cuestión este aferrarse a la asepsia jurídica.

A partir de la explicación que acabamos de ver, podríamos identificar al sistema desde dos puntos de vista. En primer lugar, el estático, es decir, la identificación de los elementos que lo integran; y en segundo lugar, el dinámico, esto es, el modo en que estos elementos se interrelacionan y actúan.

Desde el punto de vista estático, un sistema que —como se pretendía— esté integrado por elementos jurídicos “puros” que sean refractarios a la política y la moral es, necesariamente, un sistema integrado por reglas, pero debería dejar afuera a los principios ya que éstos son claramente la manifestación de valores morales y políticos.

No nos vamos a extender aquí en las caracterizaciones de las reglas y principios, por todos conocidos.<sup>27</sup> Importa, a los fines propuestos en este trabajo, identificar de los principios sus peculiaridades que hacen imposible considerarlos solamente jurídicos.

<sup>27</sup> La literatura jurídica sobre el tema es materialmente inabarcable, ya que ésta es una de las cuestiones principales de la discusión iusfilosófica de las últimas décadas; pero las referencias insoslayables son, por supuesto, Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977 (hay traducción castellana: *Los derechos en serio*, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993) y Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

En efecto, éstos no adquieren su fuerza deóntica de su creación legislativa. Es más, ni siquiera es posible identificar en ellos un momento originario: los principios no son creados por el Estado; se suele decir que éste los “reconoce” o “los declara” pero no los crea, con lo cual nos remite a una idea de existencia *per se* e, indudablemente, preestatal (no en sentido cronológico sino lógico). De allí que esa fuerza normativa que poseen, de alguna manera, está constitutivamente integrada en ellos: los principios tienen una naturaleza moral o política, en el sentido que la materia que los constituye es moral o política.

Como algún autor ha dicho, descansan sobre sí mismos y entran a jugar parte del derecho (del sistema jurídico) no por su ingreso formal a partir de jerarquías o autorizaciones jurídicas sino por su uso en concreto ante situaciones determinadas. De allí que desde esta perspectiva, para identificar qué es derecho y qué no, ya no nos alcanza con atender a las estructuras formales sino que se convierte en central el momento dinámico de la aplicación del derecho al caso concreto.

Esta última idea ya desdibuja bastante la distinción entre ciencia y técnica a la que se hizo referencia al principio; pero antes de llegar a estas conclusiones, analicemos el último de los elementos que nos queda: la sociedad a la que se aplica este sistema que es el derecho.

### C. Multiculturalismo y pluralismo

Hasta aquí hemos centrado nuestra mirada exclusivamente en el derecho. Y hemos visto que, en términos de “pureza” jurídica, el paisaje es un tanto desesperanzador: un sistema jurídico abierto, heterogéneo e integrado por elementos normativos de lo más dispares.

Dijimos también que, si partíamos de un análisis histórico podríamos asumir —a modo de hipótesis— que los sistemas jurídicos tradicionalmente eran considerados cerrados y homogéneos porque las normas que lo integraban partían de una base axiológica común.

Y si bien una de las razones de la desarticulación del sistema es la inclusión de elementos normativos extraños, ésta no es la única: el sistema jurídico no sólo se ha visto afectado por esta “invasión normativa”; sus propias bases sociales han cambiado.

Aquella homogeneidad que predicábamos de los sistemas tradicionales sólo podía darse cuando la sociedad que creaba esas normas era, también, homogénea. Y esto pudo haber sido así en los sistemas nacionales: después de la conformación de los estados, el ideario de la Revolución Francesa, extendido por las tropas napoleónicas por toda Europa había —al menos en lo que al derecho se refiere— inculcado en ese

pueblo europeo una serie de coincidencias axiológicas básicas compendiadas en la frase “Libertad, Igualdad, Fraternidad”.

A partir de allí, la consolidación de las Naciones se estructuró sobre la base de un fuerte proteccionismo de estos idearios, considerados los pilares fundamentales de las democracias modernas: centralidad de la libertad individual, primacía de la voluntad mayoritaria y, además, un concepto impermeable de soberanía. Estas coincidencias básicas asumieron diversas formas en los países europeos y así se mantuvieron, especialmente a partir de la consolidación de los caracteres nacionales de los individuos y de lo refractario de los sistemas a admitir prácticas sociales (¡y personas!) catalogadas como extrañas.

Pero desde la mitad del siglo pasado, estas coincidencias fueron puestas en discusión. La cohesión social —fruto y condición de las democracias mayoritarias— en lo que a valores se refiere, se ha fragmentado dramáticamente a ojos vista.

Por un lado, la propia evolución de las democracias modernas ha demostrado que este sistema está bastante lejos de ser el paradigma de la libertad. A pesar de que, hoy día, no está en discusión que éste es el único sistema de gobierno “aceptable” por la comunidad de las naciones, se están buscando métodos para paliar los efectos propios de él que se resultan nocivos. Por un lado, la idea del gobierno del pueblo implica, como es obvio, el de la mayoría. Esto, que en sus orígenes se veía como la máxima exaltación de la libertad del ciudadano en contraposición con las monarquías absolutistas europeas de los siglos XVIII y XIX, paradójicamente hoy se lo mira con el recelo de una nueva tiranía contra aquellos grupos que, insertos dentro de los Estados nacionales, se constituyen en minorías que, por sus características, no tiene aspiraciones ni posibilidad de aspirar a una representatividad mayor.

Así, según las nuevas visiones de teoría política, las democracias actuales deberían generar canales para que estas minorías tengan, en el diálogo político, no sólo posibilidad de ser escuchadas, sino posibilidades reales de oponerse la voluntad mayoritaria.

Paradigma del tratamiento de esta cuestión es el análisis de Rawls, que busca los fundamentos de la justicia en la coordinación neutral por parte del Estado de los diversos planes de vida de los individuos sin valorarlos, para no imponer unos sobre otros.<sup>28</sup> Se insertan aquí temas im-

<sup>28</sup> Esta descripción de la teoría de la justicia de Rawls es inevitablemente esquemática. Cfr. Rawls, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press, 1999. Para un análisis crítico de la teoría rawlsiana véase Massini Correas, Carlos, “Del positivismo a la justicia procedimental: la propuesta aporética de John Rawls”, *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Hu-*

portantes como los alcances y posibilidades de la neutralidad del Estado o la discusión sobre el significado de “paternalismo” estatal.

Estos temas exceden con mucho lo que aquí estamos analizando, por lo que sólo los dejamos esbozados. Lo que importa resaltar, a los efectos de nuestro análisis, es que la constitución misma de la sociedad está cambiando. Ya no parece existir la coincidencia axiológica que era el rasgo definitorio de los Estados modernos y, por ende, el que sentaba las bases para un derecho que podía calificársele de “puro”, no porque lo fuera sino porque sus presupuestos morales y políticos no se ponían en discusión.

Lo dicho hasta ahora es una discusión que aún parte de una base común: la última coincidencia de las sociedades occidentales modernas parece ser la vigencia de la igualdad y la construcción sobre su base de los derechos humanos.

Pero este último valor coincidente también se encuentra en discusión. Tampoco tenemos espacio aquí para analizar en profundidad el tema; basta con señalar que toda la construcción político-jurídica a las que venimos haciendo referencia (primacía de la democracia como forma de gobierno, principio de igualdad, centralidad de los derechos humanos) está siendo puesta en crisis.

Esta crisis tiene una perspectiva teórica y una social. En primer lugar, se dice que la teoría de los derechos humanos y lo que ella implica es nada más que un etnocentrismo europeo, esto es, la intención de los países “centrales” de imponer sus valores como si fueran universales. No terciaremos en esta discusión —interesante, por cierto— sino que la dejamos anotada para poner en claro que con ella, la reflexión académica actual se dirige a cuestionar las mismas bases sobre las que se fundan los órdenes jurídicos tal como hoy los conocemos.

Pero esta reflexión no es meramente académica o marginal. Esta cuestión está planteando desafíos muy concretos a los órdenes jurídicos actuales.

Las fuertes corrientes migratorias hacia los centros de poder económico mundiales (Estados Unidos de América y la Unión Europea) desde los países del tercer mundo, están cambiando la faz de aquellas sociedades, que se encuentran hoy con problemas internos de difícil solución. Ya no estamos hablando solo de grupos con intereses distintos a los que sostiene la mayoría sino de comunidades que se insertan en los órdenes nacionales, pero mantienen la idiosincrasia de su país de origen;

manos, núm. 42, 2000, pp. 161-210, y Zambrano, Pilar, “Antipaternalismo y antiperfeccionismo en John Rawls y Ronald Dworkin”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 113, 2005, pp. 10 y ss.

idiosincrasia que, en algunos casos, está en abierta oposición con las bases de la nación receptora. Esto es lo que se conoce con el nombre de multiculturalismo, y su existencia está forzando a los Estados a buscar soluciones que compatibilicen, no ya intereses contrapuestos sino formas de vida distantes.<sup>29</sup> Los ejemplos son múltiples, pero la problemática en torno a los límites del uso del velo islámico y el respeto —central en la tradición europea moderna— de la libertad de conciencia constituye, quizás, el paradigma en esta cuestión.

También aquí el tema nos excede y merecería mayores reflexiones; lo traemos a colación para dejar sentado que ya ni siquiera es posible hablar de un Estado neutral a los planes de vida de los individuos, sino que el desafío es mayor: debe intentar coordinar la convivencia entre grupos que parecen repelerse entre sí.

## 2. *Primera conclusión: la crisis de la ciencia del derecho*

Hasta aquí hemos enfocado nuestro análisis en el derecho entendido como ciencia. Intentaremos sacar algunas conclusiones provisorias.

Parece realmente difícil considerar que el derecho es una ciencia, no (por el momento) porque su método no pueda calificarse de científico sino principalmente porque el objeto al que se aplica está lejos de poseer los caracteres indispensables para ser sometido a una metodología científica estricta. Dijimos que la ciencia precisaba de una cierta homogeneidad en la realidad que sometía a su investigación para poder extraer válidamente de ella leyes generales.

Pero el derecho tal como lo conocemos hoy en día parece más una materia informe e impredecible:

En primer lugar, porque sus elementos son absolutamente heterogéneos. Aunque nos centráramos únicamente en el derecho positivo, vimos que convergen en él normas provenientes de los más disímiles orígenes, lo que los hace difícilmente compatibles o, más bien, imposibles de reducir a estructuras generales y abarcativas. Y ni siquiera su fundamento último, la sociedad, puede transmitirle la preciada unidad: las civilizaciones actuales, signadas por la dispersión de valores y por el fenómeno del multiculturalismo, ponen en crisis de la idea de un fin social único, al que el derecho debe dirigirse.

En segundo lugar, porque la “intrusión” de los textos constitucionales en todos los aspectos del derecho positivo ponen en jaque la idea de

<sup>29</sup> Cianciardo, Juan (dir.), *Multiculturalismo y universalismo de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008.

asepsia, que la ciencia considera su valor máspreciado. La configuración de estos textos principalmente con principios jurídicos hace de ella una materia impregnada de elementos provenientes de la moral y la política.

Además porque esta misma idea de la constitucionalización de la vida jurídica por el actuar de los principios en todos los órdenes de la aplicación del derecho cuestiona la misma existencia del sistema jurídico “fuerte”; es decir, como una estructura puramente lógica y coherente a partir de la cual puedo extraer automáticamente reglas generales.

En consecuencia, si no existen elementos objetivos (en el sentido de empíricamente verificables) sobre los que basarse, se abren dos posibilidades: o el derecho no puede ser considerado una ciencia o deberíamos redefinir esta noción para que la abarque.

#### IV. EL DERECHO COMO TÉCNICA

De lo dicho podemos extraer, también, otra conclusión: si el derecho no puede aspirar a aportar respuestas al modo científico, resulta central el momento aplicativo. El sistema jurídico pasa entonces a ser tan sólo un dato para lo que se constituye el momento liminar del derecho, el de su aplicación a los casos concretos.

Pasamos así a la segunda pregunta que nos hiciéramos: ¿es el derecho una técnica?

Con lo dicho hasta ahora parecería bastar para impugnar también esta afirmación. Si la técnica es la aplicación de conocimientos científicos sobre una realidad para transformarla, difícilmente esto pueda ocurrir si aquellos conocimientos no son tales.

Pero además, existen otras razones para poner en duda su condición de técnica. Estas razones (al menos las que tomaremos en consideración aquí) también pueden advertirse de la mera observación de lo que ocurre con el derecho actual, aunque esta vez centrándonos en su aplicación.

##### *1. Aplicar o interpretar*

No es lo mismo aplicar que interpretar; y la técnica es un método aplicativo, mientras que el derecho es un fenómeno interpretativo. Esto podría parecer puro verbalismo pero encierra grandes cuestiones.<sup>30</sup>

<sup>30</sup> Cfr., por ejemplo, D'Agostino, Francesco, *Filosofía del derecho*, Bogotá, Temis, 2007; en especial el capítulo XII “La interpretación del derecho”, pp. 145/157.

Quien aplica ciertos conocimientos a la realidad se limita a hacer uso de ellos para transformarla; de allí que en este supuesto el sujeto hace las veces de medio o instrumento: lo que realmente produce esa transformación a la que hicimos referencia es la ciencia (en rigor, la instrumentalización de ella). Nada pone el hombre en este proceso (a excepción, por supuesto, de fuerza física o intelectual). Es por esto que las máquinas pueden suplir perfectamente la actividad humana en estos casos.

En cambio, quien interpreta (esos conocimientos y la realidad misma) también hace uso de los aquellos para producir cambios. Pero en este hacer, el sujeto mismo se convierte en algo central. La actividad que despliega es vivencial: su existencialidad juega un papel esencial en este movimiento. La interpretación como actividad transformadora hace del sujeto la matriz de la transformación misma. Lo que de ella saldrá no es un simple producto sino que dirá mucho de su autor. Interpretar implica una operación que modifica a la vez la realidad y al propio sujeto.

El análisis del momento aplicativo del derecho hace patente esta operación.

Uno de los fines principales del derecho —entendido en este sentido técnico— es la solución de conflictos. El sistema jurídico del que venimos haciendo referencia existe por y para poder encontrar todas las respuestas que requieran la solución de los conflictos sociales.

Pero el paso de las normas a la solución del caso está lejos de ser una operación mecánica. Por su propia naturaleza, las normas son enunciaciones de situaciones generales y abstractas dirigidas a categorías (también generales y abstractas) de individuos. Para lograr que, a partir de la máxima generalización de las normas, pueda llegar a la solución de un caso concreto debe existir algún elemento intermedios que produzcan este traspaso. Como se dijo, se consideraba que este intermediario era el sistema jurídico.

Pero el sistema está lejos de aportar las respuestas concretas y particularizadas que requiere la solución de conflictos humanos: la realidad es infinita y por ello inabarcable en toda su dimensión en categorías racionales.

De allí que lo central, aquello que puede servir de puente entre la generalidad de las normas y la particularidad del caso sólo puede ser el hombre. Éste participa de estos dos aspectos: por un lado, al estar inserto en el mundo (al ser parte de él) es un ser que vive en el aquí y ahora, en el acontecer particularizado del tiempo; por el otro, por su condición racional le es asequible el mundo de lo general. La razón es precisamente el instrumento capaz de crear estas categorías abstractas.

Pero a la vez, no existe (en el sentido de existencia empírica) el “hombre” como tal. Existe el individuo concreto, particularizado que, además de la razón “carga” con una determinada experiencia de vida, con una determinada visión del mundo, con una muy concreta categoría de valores que ha asumido como propios.

De allí que, como es obvio, en esta operación de “interpretar” el derecho, la persona ponga mucho de sí. La “puesta en correspondencia” del derecho con los hechos del caso<sup>31</sup> es una opción existencial. Entre estos dos extremos (las leyes generales, por un lado, y la circunstancias vivencial a la que se aplica, por el otro) está el individuo, que no llega al caso aséptico de valores como pretendían, por igual, el iusnaturalismo racionalista y el positivismo legalista. La noción que mejor explica esta situación es la idea del “prejuicio”, introducida por Gadamer,<sup>32</sup> aunque insinuada antes por Heidegger.<sup>33</sup>

Este término posee una carga emotiva negativa: es la “opinión previa y tenaz, por lo general desfavorable, acerca de algo que se conoce mal”.<sup>34</sup> Y ciertamente resulta escandalosa si le atribuimos esta condición a un juez. Pero en la filosofía gadameriana tiene un significado muy distinto: el prejuicio es, como su nombre lo indica, el juicio anterior (o, más precisamente, concomitante) con el cual el ser humano accede al conocimiento de los hechos.

En el caso del derecho, este prejuicio está constituido por el conocimiento que tiene el operador del derecho que irá a aplicar —sobre la base de los valores a los que adhiere— y por la experiencia formada por haber enfrentado con anterioridad casos similares. Si esto es así, si el operador llega al momento aplicativo del derecho cargado con una serie de expectativas o ideas preconcebidas sobre la cuestión, estamos muy lejos de aquella idea del derecho como una técnica que aplica mecánicamente las normas.

## *2. La interpretación como concreción del derecho*

Del análisis de este momento aplicativo, se advierte que la operación es mucho más compleja que la mera “subsunción” de la ley en el caso.

<sup>31</sup> La frase es de Kaufmann (véase *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, Bogotá, Temis, 1998 y *Filosofía del derecho*, 4a. ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997).

<sup>32</sup> Gadamer, Hans Georg, *Verdad y método*, Salamanca, Sígueme, 1996.

<sup>33</sup> Heidegger, Martin, *El ser y el tiempo*, 2a. ed., Bogotá, Fondo De Cultura Económica, 1993.

<sup>34</sup> *Diccionario de la Real Academia*, 22a. ed., segunda acepción.

Ya no estaremos frente a una aplicación sino a un momento interpretativo, con todo lo que ello implica.<sup>35</sup>

En este contexto la ley ocupa un lugar más modesto que el que tradicionalmente se le atribuía. Si bien, especialmente en la cultura jurídica continental europea (de la que proviene la latinoamericana) no es posible prescindir del dato legal, éste no es determinante. En primer lugar porque cualquier interpretación, por más que intente someterse a la literalidad textual de la norma, se encontrará con una multivocidad de significados posibles entre los que tendrá que optar.<sup>36</sup> En segundo lugar, porque además de esta opción, en el proceso interpretativo el operador tomará innumerables decisiones valorativas, que hacen de este proceso algo muy lejano a esa idea aséptica de la que venimos hablando.

Ya hemos hablado del juego de los principios en el derecho y de cómo éstos se introducen en el mundo jurídico, no a partir de ingresos formalizados, sino por su razonabilidad intrínseca. Estos principios tienen un contenido eminentemente moral o político y, como tales, integran el momento interpretativo a partir de la decisión del operador de ponderarlos en el caso concreto.<sup>37</sup>

Además, la propia metodología utilizada por los operadores en la resolución de casos está lejos de ser un proceso neutral. Era común en los ordenamientos jurídicos decimonónicos establecer ciertas reglas interpretativas para que sean utilizadas al momento de aplicar el derecho.<sup>38</sup> Según estas normas, el intérprete debía seguir un camino jerárquico en la aplicación de los métodos interpretativos que iba en un orden decreciente de “precisión” (en el sentido de fieles a la voluntad del legislador). Así, usualmente debía comenzar por el método literal para

35 Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato, “El derecho natural como núcleo de racionalidad de la realidad jurídica”, en Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato (coord.) *Las razones del derecho natural: perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*, Buenos Aires, Ábaco, 2000.

36 Carrió, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, LexisNexis, 5a. ed., Abeledo-Perrot, 2006; Del Carril, Enrique H., *El lenguaje de los jueces: criterios para la delimitación de significados lingüísticos en el razonamiento judicial*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007.

37 Esta decisión del operador de considerarlos en el caso es lo que determina su vigencia jurídica (cfr. Serna, Pedro, *op. cit.*).

38 Un ejemplo de ello es el Código Civil Argentino: “Artículo 16: Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso. Artículo 17: Los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente”.

concluir en la (considerada) muy oscura interpretación teleológica de los principios generales del derecho.

Pero como se ha advertido, esta “metodología de métodos” está lejos de coincidir con lo que, en la realidad, hacen los operadores jurídicos; más que seguir esta progresión jerárquica quien aplica el derecho suele hacer el camino inverso: primero encuentra el resultado que considera justo y, a partir de allí, busca el método interpretativo que “lo lleve” a él.<sup>39</sup> Esta contraposición ha sido elocuentemente definida como una “metodología de resultados” y la opción, como se ve, es eminentemente valorativa.

Ni siquiera en la determinación de los hechos del caso, se verifica esta objetividad en el sentido fuerte de la palabra (es decir, como antónimo de “subjetividad”). Es más, éste —el de los hechos— sea quizás el momento de mayor discrecionalidad del intérprete.<sup>40</sup> La idea del proceso judicial como una suerte de ritual a partir del cual era posible develar la “verdad jurídica objetiva” a la que *a posteriori* se le aplicaba la norma, ha sido puesta en cuestión. También aquí los ejemplos abundan, pero basta con traer a colación las agudas observaciones de Karl Larenz en las que destaca la profunda interrelación entre el proceso de determinación o depuración de los hechos, y el de elección de la norma que se le habrá de aplicar.<sup>41</sup>

### 3. Segunda conclusión: la indeterminación del derecho

Así, podemos llegar a otras conclusiones provisorias en lo que se refiere al derecho como técnica.

En primer lugar, que el derecho es altamente indeterminado por lo que la idea de ciertos conocimientos (ciencia) que se aplican mecánicamente a partir de determinadas metodologías (técnica) está bastante lejos de ser una totalmente explicación ajustada a la realidad del derecho actual.

Los procesos utilizados en esta operación (los métodos de interpretación) están lejos de ser exactos y, además, el material obtenido a partir de ellos (la interpretación de los hechos y las normas) no tiene una pre-

<sup>39</sup> Lombardi Vallauri, *Corso di filosofia del diritto*, Padova, 1981.

<sup>40</sup> Cfr. Andrés Ibáñez, Perfecto, “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 12, 1992, pp. 257-300.

<sup>41</sup> Según el autor, existirían los “hechos brutos” sólo ingresan al proceso interpretativo luego de una depuración que los transforma en “hechos jurídico”; y esta depuración se realiza teniendo en miras la norma que habrá de aplicarle (Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel, 1966).

cisión o univocidad que permita considerar a la interpretación jurídica una técnica, al menos no en el sentido que le diéramos a la palabra en un principio.

En el derecho, entonces, los procesos con pretensión de exactitud científica o técnica no satisfacen una explicación acabada de su naturaleza. Queda fuera de esta explicación la dimensión de lo valorativo, que necesariamente integra la interpretación

En suma, el ámbito de libertad del intérprete es grande y esto nos lleva a replantearnos los postulados con los que iniciáramos este texto para encontrar una reformulación que se ajuste a la realidad de lo que el derecho es hoy.

## V. CONSIDERACIONES GENERALES

¿Qué podemos extraer del análisis que venimos realizando? Principalmente, que el derecho no es (sólo) una ciencia ni una técnica, por las siguientes razones:

1. Su objeto es heterogéneo e indeterminado. Y esta afirmación se aplica tanto si consideramos como objeto del derecho a la sociedad como si lo circunscribimos a las normas.

En el primer caso, la conformación de las sociedades actuales (pluralismo, multiculturalismo) hacen muy difícil considerarlo un “objeto”, con las condiciones que esto implica, a partir del cual se puedan extraer normas generales. En el segundo caso porque las normas positivas son susceptibles de múltiples lecturas, entre las cuales al intérprete sólo le resta optar, fundándose en criterios axiológicos. Y lo mismo puedo decirse de los hechos a los cuales esas reglas habrán de aplicarse.

2. El método al que recurre el derecho no parece ajustarse a lo que se considera un “método científico”,<sup>42</sup> esto es, basado en lo experimental o lo lógico-analítico.

No hay, por supuesto, posibilidad de experimentación alguna. Y aunque consideráramos posible la inducción para la construcción de las leyes generales (explicación ésta un tanto simplista, porque evidentemente no son lo mismo las leyes científicas que sólo intentan explicar una serie de fenómenos a partir de sus comportamientos coincidentes, que las leyes jurídicas cuya intención es reglamentar situaciones futuras) su posterior aplicación está lejos de ser mecánica.

En efecto, las reglas generales dejan grandes espacios para la discrecionalidad del intérprete (ya no del técnico) quien los “rellena” con

<sup>42</sup> Bunge, *op. cit.*, pp. 16/36.

elementos traídos de la moral y la política. En este sentido, los métodos de interpretación tampoco aportan claridad porque, por un lado, no existen criterios a partir de los cuales el intérprete deba optar por alguno de ellos (el criterio de selección es, como se dijo, la metodología de resultados) y por el otro, porque ni de existir estos criterios la cuestión se solucionaría porque estos métodos no llevan a respuestas unívocas, por lo que —también aquí— la subjetividad del intérprete juega un papel fundamental.

En rigor, esto no quiere decir que no exista una metodología del derecho, sino que las que se aplican no se ajustan a los estándares de lo que se considera científico.

No entraremos aquí a analizar cuál es esta metodología, pero dejemos asentado que se parece a: un proceso argumentativo, donde lo central es persuadir a los oyentes de la bondad de una determinada solución y un proceso dialéctico, en el que se accede a la verdad mediante la contraposición de posturas, su superación, síntesis, y así sucesivamente.

3. Los fines del derecho no se asemejan en absoluto a los de las ciencias, aunque sí en alguna medida a los de la técnica.

Los fines de toda ciencia son exclusivamente teóricos. Ellas se proponen obtener mediante la observación una explicación lo más acertada posible de la porción de realidad a la que se dirigen. En cambio, los fines de la técnica difieren: ella busca aplicar estos conocimientos para transformar la realidad en función de un objetivo útil.

Evidentemente, los fines del derecho se parece más a estos últimos. Estructuras racionales como la ley o, incluso, el sistema jurídico, se dirigen a dos fines principales: ordenar la sociedad y obtener soluciones justas para resolver las controversias que se susciten.

Esto explica por qué en la aplicación concreta del derecho en la sociedad aparecen elementos políticos. Más allá de que —como dijimos— toda interpretación implica la asunción por parte del intérprete de ciertas opciones valorativas, es evidente que un proceso que tenga por objeto ordenar la sociedad deberá tener en consideración aquello que es esencial a ella: su dimensión política. Porque la política es, precisamente, la actividad humana que tiende a dirigir la acción de la sociedad hacia la toma de decisiones para la consecución de los objetivos de un grupo social. De allí que este aspecto —por más que muchos intentaron separarlo— integra necesariamente el momento aplicativo del derecho, aun cuando se intente negarlo u ocultarlo.

Encontrar la solución justa de un caso implica encontrar una solución acorde con criterios políticos y morales.

Porque la justicia —en su definición clásica, al menos— excede con mucho la mera composición del equilibrio entre las partes y se proyecta a los otros aspectos de la sociedad en que está inserta. En este sentido, si bien la clasificación de Aristóteles de la justicia en conmutativa, distributiva, legal, parecería —entendida estrictamente— dejar fuera en el primer supuesto el elemento comunitario, lo cierto es que en la realidad los tres aspectos se encuentran indisolublemente unidos.<sup>43</sup>

## VI. CONCLUSIÓN: DERECHO, ÉTICA E INTERPRETACIÓN

El panorama que hemos pintado podría parecer bastante desalentador. No existe ya seguridad alguna en el derecho y parecería que del material normativo es posible extraer cualquier respuesta.

En efecto, si la centralidad del derecho se traslada desde el sistema jurídico —donde estábamos acostumbrados a ubicarla— al momento aplicativo concreto, todas las seguridades se desploman. Si el derecho recién “es” cuando se lo aplica a las situaciones concretas de la vida y, si además, esta aplicación no es mecánica sino que está transida de elementos valorativos que introduce el intérprete, parecería que no es posible prever cuál será la respuesta del derecho ante casos futuros ni, lo que es peor, controlar la justicia de la solución de este caso concreto.

Ante esta impresión, muchos se abroquelan en la idea del sistema jurídico y de la norma abstracta como último bastión de la previsibilidad y el reaseguro contra la arbitrariedad. Pero esta *petitio principii* no resuelve el problema; más bien lo oculta.

En consecuencia, el camino más adecuado es enfrentar esta nueva situación y buscar soluciones que sirvan para retornar al valor tan deseado de la previsibilidad y encontrar mecanismos que nos pongan a cubierto de la arbitrariedad de los aplicadores del derecho.

En esta senda, dos son las cuestiones que deben ser profundizadas. Ambas pueden dar respuesta a la lógica incertidumbre del derecho tal como lo hemos descrito.

La primera de ellas es la teoría de la interpretación. Racionalizar el proceso interpretativo para, a partir del análisis intrínseco de éste, tomar conciencia de cómo funciona y cuáles son sus virtudes y falencias es una tarea que no debe demorarse.<sup>44</sup>

<sup>43</sup> Finnis, John, *Ley Natural, derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, pp. 191/221.

<sup>44</sup> Esta preocupación existe y la reflexión sobre esta cuestión crece día a día. Sin embargo, echamos de menos una teoría general que abarque todo el análisis del proceso in-

Lograr plenamente este objetivo implicará, por un lado, impedir la arbitrariedad en la toma de decisión y, además, hacer patentes los “momentos” discrecionales con los que se encuentra el intérprete para que éste pueda someterlos a discusión; una discusión que, evidentemente, tendrá no sólo ribetes jurídicos sino también políticos y morales, pero que es preciso asumir.

El otro camino es la ética de los operadores jurídicos. Hemos visto cómo el objeto del derecho es altamente indeterminado y los métodos que se aplican para operar con él dejan grandes espacios de decisión libre (en el sentido de valorativa) a los operadores. Y si —como dijimos— la solución en la teoría es profundizar en el análisis del proceso interpretativo, la solución en la práctica está en la confianza de los operadores en que aquellos que “dicen del derecho” (*iuris dictio*) están realmente buscando la solución justa del caso.

Y esta confianza sólo se logra a partir de exigencias éticas estrictas. Puedo no saber exactamente cómo este juez, este abogado, este notario, llega a determinar el derecho del caso, pero si confío en su criterio y honestidad este desconocimiento será simplemente anecdótico.

Así, la ética profesional adquiere especial relevancia en estos momentos en que el derecho parece ser una materia informe. Si yo no puedo obtener la (falsa) seguridad de la ciencia, debo confiar en el prestigio de quienes la aplican.

De allí —y dejo abierto este tema, que merecería de por sí, un trabajo entero— la importancia, no sólo de la moral individual de los operadores del derecho sino de la constitución de ciertas reglas cuyos fines excedan a la persona y tiendan a la perfección de las profesiones jurídicas. Reglas a partir de las cuales estas profesiones ganen en prestigio y, en consecuencia, en confianza por parte de la comunidad en que aplicarán el derecho con justicia y lealtad.

## VII. *EXCURSUS*: ¿QUÉ ES, ENTONCES, EL DERECHO?

Hemos llegado, en el capítulo anterior, al objetivo de esta argumentación: probar, a partir de la descripción de la realidad jurídica, la necesidad de la ética profesional.

terpretativo. En fin, las obras son innumerables, podemos citar, por ejemplo, Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989; Larenz, Karl, *op. cit.*, Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

Pero en este camino hemos dejado abiertas innumerables cuestiones. Una —no menor, por cierto— es la que se genera a partir de descartar la calificación del derecho como ciencia y cómo técnica.

En primer lugar, he de confesar que en las páginas precedentes he manejado un concepto de “ciencia” más bien estrecho: el que se identifica con las ciencias “duras”, que excluyen de su objeto todo aquello que no es empíricamente constatable o inducible. Y a partir de este concepto extraje las demás características de este tipo de ciencia: perspectiva teórica y avalorativa, método matematizante y constitución *a priori* del objeto científico.

Existen, por supuesto, otras concepciones de las ciencias que podrían admitir al derecho —y a otras ciencias sociales— bajo su definición. Me refiero a la noción de “ciencia práctica”. No entraré en este tema, porque excedería el objeto de este texto.<sup>45</sup>

Dentro de esta concepción del derecho como realidad práctica y de una ciencia con estas condiciones es posible entender que ciertos aspectos del derecho pueden aspirar a esta científicidad. Sin embargo, como venimos viendo, el momento central del derecho no es el de la especulación más o menos teórica sino el momento interpretativo. La naturaleza del derecho como tal está en su concreción en los casos particulares.

De allí que la mejor definición de la naturaleza del derecho está en la vieja máxima que trae Ulpiano “*ars boni et aequi*”, el arte de lo bueno y lo equitativo.

Según lo que venimos diciendo el derecho sería, entonces, un arte. Y creo que esta identificación es la que más se ajusta al derecho por cuanto la noción de arte contiene todos los elementos del derecho como producto interpretativo.

Es más, indudablemente una de las características salientes de todo el arte es su condición de interpretación. El músico, el pintor y el poeta no hacen más que interpretar la realidad. Esto es la operación que Aristóteles identifica como mimesis;<sup>46</sup> no es una reconstrucción teórica y objetiva, al modo del historiador sino algo distinto, que tiende a la vez a lo posible y lo deseable: “La distinción entre el historiador y el poeta no consiste en que uno escriba en prosa y el otro en verso; se podrá trasladar al verso la obra de Herodoto, y ella seguiría siendo una clase de his-

<sup>45</sup> Sobre la noción de “ciencia práctica” véase Massini Correas, Carlos I., *Filosofía del derecho (tomo III). El conocimiento y la interpretación jurídica*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, pp. 61 y ss., y Hervada, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, Buenos Aires, Ábaco, 2008, pp. 205 y ss.

<sup>46</sup> Aristóteles, *Poética*.

toria. La diferencia reside en que uno relata lo que ha sucedido, y el otro lo que podría haber acontecido. De aquí que la poesía sea más filosófica y de mayor dignidad que la historia, puesto que sus afirmaciones son más bien del tipo de las universales, mientras que las de la historia son particulares...”.<sup>47</sup>

En el arte como interpretación de la realidad está mediada por la subjetividad. No consiste solo en ser “fiel” al modelo sino que la subjetividad de quien realiza la obra juega un papel primordial. Pero, por otro lado, el artista está en cierta manera, limitado por la *lex artis*.

En efecto, la creatividad del artista debe enmarcarse en las limitaciones de aquellos objetos que le servirán para realizar la obra; y si intenta forzar la naturaleza de ellos, fracasará la obra misma.

Al igual que estos, la *lex artis*, del derecho está dado por las reglas que establecen el “buen hacer” en el ámbito de las profesiones jurídicas: la ética profesional.

<sup>47</sup> *Poética*, 1451b.