

ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y EFICACIA NORMATIVA: HACIA UN SISTEMA INTEGRAL DEL FUNCIONAMIENTO DEL DERECHO

LEGAL ARGUMENTATION AND
REGULATORY EFFICIENCY: TOWARDS
A COMPREHENSIVE SYSTEM FOR
OPERATION OF THE LAW

ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E EFICÁCIA
NORMATIVA: RUMO A UM SISTEMA INTEGRAL DO
FUNCIONAMENTO DO DIREITO

MARÍA ISOLINA DABOVE*

* Investigadora del Conicet-UBA; abogada, UNR; Doctora en Derecho, Universidad Carlos III de Madrid; profesora de Filosofía del Derecho y de Derecho de la Vejez en la UNR-Unicen-UBA-UNC. isolinadabove@gmail.com

RECIBIDO: 4 DE MAYO DE 2014. ENVÍO A PARES: 4 DE MAYO DE 2014
APROBADO POR PARES: 13 DE OCTUBRE DE 2014. ACEPTADO: 18 DE NOVIEMBRE DE 2014

DOI: 10.5294/DIKA.2015.24.1.3

PARA CITAR ESTE ARTÍCULO / TO REFERENCE THIS ARTICLE / PARA CITAR ESTE ARTIGO
DABOVE, MARÍA ISOLINA, ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y EFICACIA NORMATIVA:
HACIA UN SISTEMA INTEGRAL DEL FUNCIONAMIENTO DEL DERECHO, EN DIKAION, 24-1
(2015), 36-65. DOI: 10.5294/DIKA.2015.24.1.3

RESUMEN

Desde el paradigma iusfilosófico integrativista puede afirmarse que el derecho es un fenómeno complejo y sistémico. Es posible estudiarlo desde múltiples enfoques que resultan complementarios entre sí. Así, cabe reconocer en el fenómeno jurídico una perspectiva estática y otra dinámica, y una dimensión estructural y funcional. También es posible realizar un abordaje causalista junto a otro, de corte finalista, sin que, por ello, se vea menoscabada la coherencia de nuestras investigaciones. En este trabajo se analizará la problemática de la argumentación jurídica teniendo en cuenta precisamente esta diversidad interpretativa. Se estudiará la argumentación como actividad evolutiva de carácter tridimensional. Como tarea discursiva productora: sustentable como práctica discursiva eficaz, sustentadora como discurso razonable y sustanciadora, entendida como justificadora del campo jurídico.

PALABRAS CLAVE

Argumentación jurídica; eficacia normativa; complejidad; interpretación; justificación.

ABSTRACT

Based on the integrativist jus-philosophical paradigm, the law can be characterized as a complex and systemic phenomenon. It can be studied from a variety of perspectives that complement one another. Accordingly, it is important to recognize that the legal phenomenon has a static perspective and another that is dynamic, and a structural and functional dimension. It also is possible to take a causalist approach, combined with one that is finalist in nature, without undermining the coherence of the research. This study looks at the question of legal argumentation by considering precisely this interpretative diversity. It examines argumentation as a three-dimensional progressive activity, a productive discursive task that is sustainable by way of discursive and effective practice, sustaining by way of reasonable discourse, and substantiating by way of justification in the legal field.

KEYWORDS

Legal argumentation; regulatory effectiveness; complexity; interpretation; justification.

RESUMO

Sob o paradigma *iusfilosófico* integrador, pode-se afirmar que o direito é um fenômeno complexo e sistêmico. É possível estudá-lo a partir de múltiplos enfoques que resultam complementares entre si. Assim, cabe reconhecer no fenômeno jurídico uma perspectiva estática e outra dinâmica, e uma dimensão estrutural e funcional. Também é possível realizar uma abordagem causalista junto a outra de corte finalista sem que, por isso, seja prejudicada a coerência de nossas pesquisas. Neste trabalho, será analisada a problemática da argumentação jurídica considerando precisamente essa diversidade interpretativa. A argumentação será estudada como atividade evolutiva de caráter tridimensional. Como tarefa discursiva produtora: sustentável enquanto prática discursiva eficaz, sustentadora enquanto discurso razoável e substanciadora enquanto justificadora do campo jurídico.

PALAVRAS-CHAVE

Argumentação jurídica; eficácia normativa; complexidade; interpretação; justificativa.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN; 1. LAS TAREAS DEL FUNCIONAMIENTO OPERATIVAS Y ADAPTATIVAS; 2. EL RECONOCIMIENTO DEL CASO Y DE LAS FUENTES APLICABLES; 3. SU INTERPRETACIÓN; 4. LA DETERMINACIÓN DE LOS PRINCIPIOS; 5. LA ELABORACIÓN POR CARENCIA NORMATIVA; 6. LA APLICACIÓN DE LAS FUENTES PARA LA CONSTRUCCIÓN DE NORMAS; 7. EL CARÁCTER CONJETURAL DEL FUNCIONAMIENTO DEL DERECHO; 8. CONCLUSIÓN; BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Desde el paradigma iusfilosófico trialista e integrativista que tomo como marco teórico de referencia para este trabajo, se afirma que el Derecho es un fenómeno complejo, constituido por *adjudicaciones* descriptas por *normas*, que atienden a la realización de la *justicia*.¹ Según esta perspectiva, las *adjudicaciones* forman parte de la dimensión sociológica del Derecho y constituyen los hechos —situaciones o acciones— que resultan relevantes para el mundo jurídico, por su afectación a la vida del hombre. Dentro de esta categoría *ius* sociológica, un lugar importante lo ocupan los *repartos*; es decir, las adjudicaciones que provienen de personas determinadas. Las situaciones, en cambio, hacen referencia a las *distribuciones* que son causadas por la *naturaleza*, el *azar* o las llamadas *fuerzas humanas difusas*. Ya se trate de repartos o de distribuciones, lo cierto es que de ambos surgirá una modificación en el estado de cosas anterior. Cambio que se traduce en la circulación, el flujo o la conquista eficaz de ventajas o desventajas —*potencia* o *impotencia*—, para el desarrollo de la vida.

Las *normas*, por su parte, configuran la base del plano normológico del mundo jurídico. Se trata de verdaderas construcciones lógicas acerca de todo lo que sucede —o sucedería— cada vez que se efectúa alguna adjudicación. Sin embargo, para elaborarlas hace falta identificar, primero, las *fuentes* que se refieran a ellas. Se requiere establecer cuáles son las *reglas*, los *principios*, las *costumbres* o las *doctrinas jurídicas* vinculadas que pueden utilizarse, para establecer, luego, el tipo legal y las consecuencias formales que se derivarían con su aplicación. Así, pues, en este ámbito, la teoría trialista propone abocarnos al estudio de los elementos que componen la legalidad y *validez* del mundo jurídico, tanto como a la comprensión de su costado activo o funcionamiento sistémico.

La comprensión de la justicia supone, por último, el reconocimiento de una dimensión valorativa, constitutiva del Derecho mismo. Implica la aceptación de la *exigencia de corrección*, como parámetro de legitimidad de los hechos y del sistema jurídico. Por ello, es propio de esta esfera, el estudio de los *criterios de justicia* requeridos en el caso; de las relaciones valorativas —entre *justicia* y *verdad*, *justicia* y *utilidad*, *justicia*, *poder*, *cooperación* u *orden*—. Al tiempo que también se analizan los *medios* requeridos para la construcción de un *Derecho humanista*.

1 Acerca de la Teoría Trialista argentina que se utiliza en este trabajo como marco de estudio, puede verse: W. Goldschmidt, *Introducción filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, 6º ed., Buenos Aires, Depalma, 1987; M. A. Ciuro Caldani, *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000; *Metodología jurídica y Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho*, Rosario, Zeus, 2007.

Para el trialismo el Derecho, por lo tanto, puede ser entendido como un campo homogéneo tejido por componentes heterogéneos.² Por su estructura, puede definirse entonces como un sistema complejo, resultante de las relaciones que se establecen entre elementos diversos: específicos, por sus propiedades, y determinados, por sus funciones.³ No obstante, desde la perspectiva dinámica, el Derecho se muestra como un sistema abierto, como un espacio fluctuante y homeostático que funciona en un entorno real determinado. Por ello, sus componentes parecen interactuar de manera *simultánea, dialéctica y complementaria*,⁴ en dos planos diversos. Por un lado, interactúan entre sí, conformando un complejo jurídico — socio-normo-dikelógico—, mediante un *proceso operativo, de estabilización*. Pero de otro, lo hacen también en relación con los planos ecológico, social, político, artístico y cultural constitutivos de lo real, de los cuales reciben recursos y problemas, embates y herramientas, que colocan al Derecho ante permanentes desafíos de supervivencia. Es aquí cuando el funcionamiento se desarrolla en calidad de *proceso adaptativo* y da lugar al *cambio o a fenómenos de integración*. De manera que, cada respuesta que el derecho genera, indica el nivel y la calidad de la evolución que logra asumir en su interior, en relación con el entorno.⁵

Dada, pues, la importancia que este enfoque dinámico tiene para el mundo jurídico, en este trabajo estudiaremos la problemática del funcionamiento a fin de desarrollar una teoría iusfilosófica que clarifique y sistematice sus componentes, etapas y procesos, en clave tridimensional.

A modo de hipótesis, dos afirmaciones sostienen pues, esta tarea. La primera señala que el proceso operativo tiene como finalidad consolidar la estabilización del fenómeno jurídico, mediante la conceptualización y la materialización del Derecho en sí. La segunda, en cambio, indica que los mecanismos adaptativos tienen por meta asegurar su evolución en el entorno, por medio de las tareas de cambio y enlace o relación. Por ello, desde esta teoría general, se analizará el contenido y el alcance del proceso operativo mediante el cual se articulan entre sí las adjudicaciones, las normas y las exigencias de justicia, por un lado. Pero, por otro, abordaremos también los mecanismos adaptativos que el propio Derecho genera desde sí, hacia los embates y exigencias de su medio, su entorno real.

Así, esta investigación se desarrolla mediante la metodología y las categorías de análisis que ofrece nuestro marco de referencia: la teoría trialista del Derecho.

-
- 2 Jorge Wagensberg, *Ideas sobre la complejidad del mundo*, 3ª ed., Barcelona, Tusquet, 1994; Roger Lewin, *Complejidad. El caos como generador del orden*, Barcelona, Tusquet, trad. J. G. López Giux, 1995; Edgar Morin, *Introducción al pensamiento complejo*, Barcelona, Gedisa, trad. M. Pakman, 2007.
- 3 Ernesto Grün, *Una visión sistémica y cibernética del derecho*, Buenos Aires, Dunkin, 2004.
- 4 Como advierte el profesor Ciuro Caldani, todas las tareas son necesarias para el cabal funcionamiento del derecho, en cuanto todas se *alimentan reciprocamente, en lo que podría llamarse una dialéctica de la complementariedad*, en *La complejidad del funcionamiento de las normas*; "La Ley", en <http://www.laleyonline.com.ar/app/laley/laley/main>. Fecha de consulta: 27 de febrero de 2015
- 5 E. Grün, *Una visión sistémica y cibernética del derecho*, op. cit., pp. 61 y ss.; Claus-Wilhelm Canaris, *El sistema en la jurisprudencia*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, trad. de Juan Antonio García Amado, 1998; N. Luhmann, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, trad. Ignacio de Otto Pardo, 1983.

Pero además, por su intermedio se integran los aportes de otros tridimensionales relevantes, tales como los realizados por el brasileño Miguel Reale, por el mexicano Luis Recaséns Siches, el de los españoles Luis Legaz y Lacambra y Antonio E. Pérez Luño, de corte historicista; el del argentino Carlos Cossio; o bien, por el mismo Robert Alexy, iusfilósofo alemán, en su carácter de representante no positivista.⁶

Por último, cabe recordar que este trabajo solo pretende ser un aporte desde la teoría general del mundo jurídico, de modo que el lector podrá encontrar ejemplos alusivos a nuestro análisis en el marco de cualquier sistema jurídico positivo.

1. LAS TAREAS DEL FUNCIONAMIENTO OPERATIVAS Y ADAPTATIVAS

Para la teoría trialista, el mundo jurídico se pone en marcha por medio de una serie de tareas, lógicamente concatenadas entre sí, en su dimensión normativa, que permitirán la constitución de un modelo jurídico nuevo, que completará al anterior.⁷ Pero, desde el punto de vista *ius-sociológico*, el funcionamiento del Derecho puede ser entendido también, como aquel conjunto de repartos reactivos, ejecutados ante las disfuncionalidades del sistema; o bien, frente a los embates de su entorno. En tanto que el enfoque dikelógico muestra, asimismo, que el funcionamiento es un proceso complejo de valoraciones, producidas al hilo de los diversos fraccionamientos y desfraccionamientos de justicia, requeridos para el caso. Todas las tareas constitutivas del funcionamiento comparten el carácter operativo. Sin embargo, tres de ellas son, al propio tiempo, mecanismos adaptativos de cambio y evolución. Veamos ahora cuáles son.

En *Introducción filosófica al Derecho*, Werner Goldschmidt identificó cuatro tipos de labores propias del funcionamiento jurídico: la *interpretación* (histórica y sistemática), la *determinación*, la *elaboración* y la *aplicación* (encuadre y actualización). A la interpretación y a la aplicación les asignó carácter obligatorio permanente. En cambio, a la determinación y a la elaboración, les otorgó carácter obligatorio solo contingentemente. La primera es requerida frente a la necesidad de aplicar “principios”. La segunda, ante situaciones de carencias o lagunas normativas.⁸

6 Al respecto puede consultarse: Miguel Reale, *Teoría tridimensional del derecho. Preliminares históricos y sistemáticos*, Santiago de Compostela, Imprenta Paredes, trad. Juan Antonio Sardina-Páramo, 1973; Luis Recaséns Siches, *Tratado general de filosofía del derecho*, 17ª ed, México, Porrúa, 2003; Luis Legaz y Lacambra, *Filosofía del derecho*, 5ª ed. revisada y aumentada, Barcelona, Bosch, 1979; Antonio E. Pérez Luño, *Teoría del Derecho: una concepción de la experiencia jurídica*, Madrid, Tecnos, 2006; Carlos Cossio, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1944; Robert Alexy, *El concepto y la validez del Derecho*, Barcelona, Gedisa, trad. J. M. Seña, 1997.

7 Robert Alexy, *Derecho y razón práctica*, 2ª ed., México, Fontamara, trad. Wistano Orozco, 1998, pp. 17-18; *El concepto y la validez del Derecho, op. cit.*, pp. 172-174; Manuel Atienza, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 203-204; *Derecho y Argumentación*, Cartagena, Universidad Externado de Colombia, 1997, pp. 31-37; Marina Gascón Abellán y Alfonso García Figueroa, *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, Lima, Palestra Editores, 2003, pp. 340-346.

8 W. Goldschmidt, *Introducción filosófica al Derecho, op. cit.*, pp. 251 y ss.

Con el paso del tiempo, este escenario se enriqueció, gracias a la incorporación de las tareas de *reconocimiento* del caso y de las fuentes aplicables, por un lado, y a la asunción de la *argumentación* y de la *síntesis*, en tanto partes constitutivas de la aplicación. Por último, el profesor Ciuro Caldani puso de relieve, asimismo, el *carácter conjetural* —o hipotético—, del funcionamiento del Derecho, en su conjunto, aspecto que no había sido reconocido plenamente con anterioridad.⁹

Así, pues, en la actualidad, la teoría trialista reconoce la existencia de una nueva serie de tareas pertinentes al funcionamiento del Derecho. Integran esta secuencia: 1) el reconocimiento del caso y de las fuentes aplicables. 2) La interpretación. 3) La determinación de los principios. 4) La elaboración por carencia normativa. 5) La aplicación de las fuentes para la construcción de normas, que incluye el encuadre del caso, la actualización o la ponderación de las fuentes aplicables, la argumentación y la síntesis. Como señalamos, todas estas tareas son operativas y se desarrollan con miras a la estabilización del mundo jurídico. Pero solo tres: la determinación, la elaboración y la argumentación, son simultáneamente labores operativas y adaptativas, ya que contribuyen a su cambio y evolución.

La labor de reconocimiento se desarrolla en torno a dos cuestiones. Por un lado, se refiere a la identificación del caso por resolver. Es decir, al establecimiento de las adjudicaciones conflictivas —ya sean repartos o distribuciones; planificaciones o costumbres—. Pero por otro, se vincula asimismo, con la tarea de selección y recorte de las fuentes aplicables. La interpretación se realiza con la finalidad de averiguar el sentido y el fin de los preceptos normativos, contenidos en las fuentes reconocidas para el caso. Si las fuentes reconocidas e interpretadas son reglas, entonces, procede la concreción de la última etapa, la de su aplicación y construcción normativa. Pero, si estamos frente a un supuesto de conflicto de principios, se impone previamente el desarrollo de la determinación y la ponderación. Una situación similar se reitera ante los casos de carencias o lagunas jurídicas, que reclaman el despliegue de la tarea especial de elaboración normativa para su resolución.

La aplicación, por su parte, es un procedimiento conclusivo complejo. Su cumplimiento permite la construcción de una norma nueva para el sistema, que contiene la respuesta jurídica específica, resolutoria del conflicto en cuestión. Así, pues, para su despliegue es necesario realizar varias operaciones más. La primera de ellas es el *encuadre del caso en las fuentes aplicables*, ya reconocidas e interpretadas. Luego procede la *actualización de las reglas*, o la *ponderación de los principios* elegidos. Posteriormente, es preciso establecer la argumentación adecuada, que acredite la legitimidad de la solución establecida. Al tiempo que también corresponderá sintetizar las normas que confluyan entre sí desarticuladamente —ya jerarquizándolas, ya ajustando sus alcances—, tal como ocurre en los casos de concurso real de delitos, en el concurso de Derecho privado, entre otros.¹⁰

9 A. Ciuro Caldani, *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas*, op. cit., pp. 17 y ss.

10 A. Ciuro Caldani, *Metodología jurídica*, op. cit., pp. 32 y ss.

2. EL RECONOCIMIENTO DEL CASO Y DE LAS FUENTES APLICABLES

Uno de los primeros iusfilósofos que habló de la necesidad de admitir el reconocimiento como una tarea relevante para el funcionamiento del Derecho fue H. L. A. Hart. En *El concepto de Derecho*, el maestro de Oxford le otorga al reconocimiento el papel de *regla secundaria*, cuya función consiste en la identificación de las *reglas primarias*.¹¹ Para Hart, las *reglas primarias* son aquellas que les imponen “deberes”, positivos o negativos, a los individuos de una comunidad. Fundan, en suma, la estructura normativa, estableciendo las obligaciones y las cargas a las que debe ajustarse un sujeto para que actúe en el marco legal. Las *reglas secundarias*, en cambio, son aquellas que otorgan “potestades” —públicas o privadas—, a los operadores del Derecho. Gracias a su participación, las personas adquieren capacidad para crear, modificar, transferir o extinguir efectos contenidos en las normas del primer grupo. Son, por ello, normas que permiten el funcionamiento del sistema. La regla de reconocimiento es una de las tres categorías que HART identifica como norma secundaria. Las otras dos son las reglas *de cambio y de adjudicación*.¹²

La *regla de reconocimiento* —que es la que aquí nos interesa comprender—, se configura a fin de paliar la falta de certeza respecto de las normas vigentes. Permite detectar las características de una norma para saber si pertenece o no al campo del Derecho, otorgando, por ello, los criterios de validez del sistema de referencia.¹³ Ahora bien, para el profesor Hart, “en la vida cotidiana de un sistema jurídico, su regla de reconocimiento rara vez es formulada en forma expresa como una regla”. En la mayoría de los casos, su existencia se muestra “como una *práctica compleja* —pero normalmente *concordante*—, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el derecho por referencia a ciertos criterios. Su existencia, por lo tanto, es solo una cuestión de hecho”.¹⁴

Para el trialismo, el reconocimiento permite, por un lado, la identificación del caso por resolver. Pero por otro, posibilita también la búsqueda, la selección y el recorte de las fuentes formales aplicables. La identificación del caso no es otra cosa que el establecimiento y la jerarquización de las adjudicaciones en conflicto, ya se trate

11 H. L. A. Hart, *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, trad. Genaro R. Carrió, 1998, pp. 125 y ss.; *Postscriptum*, compilado por César Rodríguez, en *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre, 1996, pp. 89 y ss.

12 *Ibid.*, pp. 33 y ss. 125 y ss.; M. I. Dabove, “El concepto de Derecho en la teoría de H. L. Hart. Perspectiva tridimensional”, en *Revista Investigación y Docencia*, 36 (2003), pp. 33-54.

13 Al respecto, César Rodríguez, en *La decisión judicial... op. cit.*, p. 48, señala: “A lo largo de *El concepto de Derecho*, Hart llama ‘reglas jurídicas’ a las normas identificables mediante la regla de reconocimiento”. De este modo, cabe inferir que la teoría hartiana no distingue entre principios y reglas: Así, por ejemplo, en: H. L. A. Hart, *El concepto de Derecho*, *op. cit.*, p. 129, puede leerse lo siguiente: “Decir que una determinada regla es válida es reconocer que ella satisface todos los requisitos establecidos en la regla de reconocimiento y, por tanto, que es una regla del sistema...”. Sobre la regla de reconocimiento también puede consultarse: Ricardo Guibourg, “Hart, Bulygin y Ruiz Manero: tres enfoques para un modelo”, en *Doxa*, 14 (1993), pp. 429-434.

14 H. L. A. Hart, *El concepto de Derecho*, *op. cit.*, p. 137; *Postscriptum*, *op. cit.*, pp. 100 y ss.

de repartos o distribuciones; ya sean ellas costumbres o planificaciones. Implica, pues, la habilidad para analizar la realidad y comprender los hechos en litigio, observando además, la vinculación que ellos tienen entre sí. El reconocimiento de las fuentes formales requiere, en cambio, estudio y actualización permanentes por parte del operador, a fin de detectar con éxito el Derecho vigente en el caso. Para el cumplimiento de esta tarea, el encargado del funcionamiento deberá acudir a la aplicación de los criterios formales y materiales básicos de validez, los cuales, frecuentemente, adoptan la forma de *principios jurídicos generales*.¹⁵

Así, por ejemplo, se tendrá que considerar cuáles son los tipos de fuentes implicadas en el caso. Se deberá averiguar si son preceptos nacionales o internacionales; constitucionales o legales; si son decretos o actas administrativas, contratos o testamentos, etc. Habrá que establecer si mantienen entre sí relaciones jerárquicas o igualitarias, si son posteriores o anteriores en el tiempo, si son especiales o generales, etc. Como sabemos, el Derecho continental otorga a cada una de estas situaciones principios jurídicos diversos de validez, homogeneizando con ello el sistema. Algunas de ellas son: la supremacía constitucional; la jerarquía constitucional de los tratados internacionales admitidos en la Constitución; el principio de irretroactividad de las leyes; la vigencia de la ley posterior (ya que deroga a la ley anterior); la primacía de los derechos adquiridos en primer término; la prevalencia de la ley especial anterior, respecto de una ley general posterior, entre otros.¹⁶

3. SU INTERPRETACIÓN

La interpretación se realiza con la finalidad de averiguar el sentido y el fin de los preceptos normativos, cuya validez ha sido reconocida para el caso. Según Goldschmidt, “la interpretación tiene por meta lograr la fidelidad de la norma formulada”.¹⁷ Es decir que, esta actividad va dirigida al descubrimiento de la voluntad del autor de la fuente considerada, su repartidor. Sin embargo, para su desarrollo, no solo habrá que atender a *lo que pensó el repartidor* —a su intención—, sino también habrá que descubrir *lo que este quiso* —el fin por él establecido—, con carácter preferente.¹⁸

Así, pues, con la interpretación es posible superar los problemas derivados de la multivocidad, a los cuales el lenguaje jurídico no es ajeno. Para el trialismo, su realización plena comprende cuatro etapas. En primer lugar, *hay que averiguar el sentido que la colectividad lingüística en la cual se formula la norma, le atribuye* (interpretación literal). En segundo término, *es preciso encontrar la auténtica voluntad del autor de la norma* (interpretación histórica). En un tercer momento,

15 Juan José Bentolila, “La tarea de reconocimiento y las constelaciones de proximidad de normas”, en *Dos filosofías del derecho argentinas anticipatorias: homenaje a Werner Goldsmichdt y Carlos Cosío*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 81 y ss.

16 W. Goldschmidt, *Introducción filosófica al Derecho*, op.cit., pp. 221 y ss; 240 y ss.

17 *Ibid.*, p. 253.

18 A. Ciuro Caldaní, *Metodología jurídica*, op cit., p. 33.

es menester comparar el sentido atribuido a la norma por la colectividad lingüística con la auténtica voluntad (interpretación comparativa). Mas, si la interpretación lingüística discrepa con la voluntad del autor, en cuarto lugar *habrá que adaptar la norma a esta última, extendiéndola, restringiéndola o sustituyéndola* (interpretación adaptativa).¹⁹

La interpretación literal se desarrolla mediante el análisis lingüístico, lógico y sistemático, de los preceptos normativos reconocidos para el caso. El *análisis lingüístico* permite averiguar el significado gramatical de cada uno de los términos empleados en las fuentes formales aplicables, atribuidos por la comunidad a la cual estas pertenecen. La *perspectiva lógica*, por su parte, nos advierte acerca del sentido de las palabras en sus contextos de uso, es decir, en el marco de las oraciones y los párrafos de un mismo texto normativo. En cambio, la *interpretación sistemática* arroja luz acerca del significado de la fuente, en atención al lugar que ocupan dentro del sistema normativo y a su jerarquía.²⁰

Para el *realismo*, la interpretación histórica tiene por meta el descubrimiento de la auténtica voluntad del autor de la norma, al redactarla. Por ello, es posible aprovechar dos caminos para su cumplimiento. En el mejor de los casos, cabe acudir a la *interpretación auténtica* —o *autógena*—, es decir, a la efectuada por el propio autor, por medio de una tarea de *introspección*. Sin embargo, lo habitual será utilizar la vía de la *interpretación heterogénea*, producida por los terceros que intervienen en calidad de operadores del sistema. En este caso, el cometido será reconstruir la voluntad del autor, de la manera más leal a su persona y a sus circunstancias. Y, para ello, habrá que valerse también de las manifestaciones extranormativas y de las suposiciones jurídicas.

Así, en el marco de las manifestaciones extra normativas, pertinente será valerse de las expresiones del autor de la fuente aplicable, reflejadas en la exposición de motivos, en las citas o notas que contenga. Otras, en cambio, pueden estar representadas por las declaraciones del autor vertidas en el diario de Sesiones del Congreso, o en los medios masivos de comunicación. Por último, cabe incluso la posibilidad de que esta interpretación haya sido registrada en los productos científicos del propio autor, sobre la temática en cuestión. Por su parte, entre las suposiciones habitualmente utilizadas para esta tarea, se encuentran, entre otras, las siguientes. La suposición de razonabilidad de su autor, de manera tal que toda interpretación que conduzca al absurdo o a la arbitrariedad, debería rechazarse (argumento a contrario, *a fortiori*, *a potiori*, etc.). La suposición de no admitir *distingos* si su autor no los hizo, la prevalencia del mal menor, entre muchos otros.²¹

Reconstruida la voluntad del autor, se impone la tarea comparativa de las interpretaciones anteriores. Con ella, se pretende enjuiciar la fidelidad o infidelidad de las fuentes aplicables, a fin de hacer prevalecer a la primera. Al respecto, dice Golds-

19 W. Goldschmidt, *Introducción filosófica al Derecho*, op. cit., pp. 254 y 255.

20 *Ibid.*, pp. 257 y ss.

21 *Ibid.*, pp. 258 y ss.

chmidt que “el supremo principio de toda interpretación consiste en la lealtad del intérprete con el autor de la norma a interpretar. En la lucha entre *verba* y *voluntas*, la victoria corresponda a esta última. Voluntad significa tanto intención como fin”.²² El artículo 99. inc. 2 de la Constitución Nacional,²³ y los *artículos 1 y 2 del Código Civil y Comercial* argentinos dan buena cuenta de este criterio, al reclamar respeto por el espíritu de la ley en la elaboración de los decretos y las sentencias.

La infidelidad de la norma puede darse en tres supuestos: 1) por sentido literal *estrecho*, respecto de la voluntad del autor; 2) por significado literal *extenso*, en relación con la interpretación auténtica; 3) por contenido literal *diverso* al del autor. En cada uno de estos casos, se hace necesaria una labor de adaptación, a fin de ajustar el elemento lingüístico a la voluntad del repartidor en cuestión. Para el primer supuesto, habrá que realizar una *interpretación extensiva*, ensanchando el significado literal para hacerlo coincidir con la voluntad del autor. Si la literalidad es extensa corresponde, en cambio, achicar su contenido mediante una *interpretación restrictiva*. Pero, si hay divergencia entre ambas, se impone, sin más, la *sustitución* de la interpretación lingüística por la histórica.²⁴

Dada la importancia estratégica que tiene la interpretación dentro del funcionamiento, todas las escuelas iusfilosóficas se han referido a ella. Goldschmidt las agrupa en cinco líneas a las que denomina: doctrinas normológicas, entre las que destaca los aportes de la Escuela de la Exégesis y de Hans Kelsen; doctrinas dikeológicas, representada básicamente por Kirchmann; doctrinas sociológicas, de las que sobresale la Jurisprudencia de intereses de Felipe Heck y la Teoría Ecológica de Carlos Cossio; doctrinas bidimensionales, de C. von Savigny y R. von Ihering; y, las doctrinas tridimensionales, de F. Geny y G. Kantorowicz.²⁵

En la actualidad, las doctrinas normológicas de la interpretación han sido continuadas por las Escuelas Analíticas del Derecho —en Argentina, un lugar especial lo ocupan, C. Alchourron, E. Buligyn y R. Guibourg—. Las doctrinas dikeológicas, por el iusnaturalismo de J. Finnis. Las doctrinas sociológicas han sido enriquecidas por los desarrollos de las Escuelas Críticas —de nuestro país, cabe destacar los estudios de E. Marí, C. Cárcova y A. Ruiz—. En tanto que, las doctrinas bidimensionales y tridimensionales, pueden ser identificadas con las perspectivas de R. Dworkin y R. Alexy, respectivamente.

Ahora bien, estas consideraciones relativas a la interpretación resultan aplicables a fuentes formales de cualquier especie. Es decir, valen tanto para comprender el sentido de una ley, como el de un tratado internacional; un decreto o un testamento;

22 *Ibid.*, pp. 263.

23 Artículo 99 de la CN argentina: “El presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: [...] Expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias...”

24 W. Goldschmidt, *Introducción filosófica al Derecho*, pp. 262 y ss.

25 Para profundizar en el estudio de cada una de estas teorías interpretativas puede verse: W. Goldschmidt, *Introducción filosófica al Derecho*, *op. cit.*, pp. 268 y ss.; Karl Larenz, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel, trad. Enrique Gimbernat Ordeig, 1966.

la constitución o un contrato, entre otros. Sin embargo, el paradigma del Estado Constitucional vigente hoy en Occidente, ha impuesto la necesidad de distinguir —para privilegiar— un tipo especial: el de la interpretación constitucional. En este sentido, la doctrina actual es conteste en afirmar que:

[...] la Teoría de la Interpretación es el núcleo central de la Teoría de la Constitución y, en la medida en que el Estado contemporáneo es precisamente un Estado Constitucional, el problema de la interpretación es también, en cierto modo, tema central de la Teoría del Estado y de la Teoría del Derecho.²⁶

Así, pues, el reconocimiento de este caso especial de interpretación ha ido generando, también, la necesidad de instaurar jurisdicciones especiales para acometerla. De manera que durante la segunda mitad del siglo XX, en Alemania, Italia y España, por ejemplo, se constituyeron los primeros Tribunales Constitucionales, estableciendo un mecanismo de *control centralizado* en torno a la Carta Magna. En los países con *sistema de control constitucional difuso*, como el nuestro o el norteamericano, esta tarea interpretativa puede realizarla válidamente cualquier juez. Aunque también cabe reconocer que la última palabra en esta materia, queda reservada siempre a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La interpretación constitucional consiste en la atribución de un significado a términos y proposiciones escritos en la Constitución, “con el fin de obtener una decisión de problemas prácticos, fundada en la propia Norma Fundamental”.²⁷ En ella convergen intérpretes cualificados —ya se trate del Tribunal Constitucional, Tribunales Ordinarios, o la propia Corte—; un objeto específico —la Ley Fundamental—, una realidad cambiante —que motiva el conflicto— y, en consecuencia, un método que le es propio.²⁸ Para Wroblewski, los rasgos peculiares que caracterizan a este tipo de labor interpretativa son cuatro: 1) predominio de reglas de organización, y de reglas teleológicas y directivas, como objeto de trabajo. 2) Diversidad de las valoraciones inherentes a las dudas constitucionales y a las opciones interpretativas. 3) Aplicabilidad problemática de los preceptos constitucionales —que a veces requieren aplicación gradual y, a veces, aplicación indirecta—, por ser esquemáticas, abstractas, indeterminadas y elásticas. 4) Carácter especialmente político de la Constitución, por su génesis, contenido y función.²⁹

26 Francisco Javier Díaz Revorio, *Valores superiores e interpretación constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 37.

27 *Ibid.*, pp. 39-40. También puede verse: J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, 6ª ed., Coimbra, Almedina, 1993; K. Hesse, “La interpretación de la Constitución”, en *Escritos de Derecho Constitucional*, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, trad. P. Cruz Villalón, 1992; Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, trad. M. Gascón Abellán, 1995; Ricardo Guastini, *Le fonti del Diritto e l'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1993; “La Constitución como límite a la actividad legislativa”, en *Derechos y Libertades*, pp. 241-252; *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, trad. de Jordi Ferrer I. Beltrán, 1999.

28 Francisco Javier Díaz Revorio, *Valores superiores e interpretación constitucional*, *op. cit.*, p. 229.

29 J. Wroblewski, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, Civitas, trad. A. Azurza, 1988, pp. 103 y ss.; Francisco Javier Díaz Revorio, *Valores superiores e interpretación constitucional*, *op. cit.*, p. 299.

Desde el enfoque trialista del Derecho, la interpretación constitucional se muestra como una tarea compleja, con un fin de corte netamente valorativo. Por su intermedio se pretende asegurar el predominio de los criterios de justicia social y formalmente admitidos en la Ley primera, en atención a la voluntad de los constituyentes.³⁰

4. LA DETERMINACIÓN DE LOS PRINCIPIOS

En el funcionamiento del Derecho, la determinación es una *tarea especial* a la que Goldschmidt le atribuyó carácter obligatorio solo contingentemente. El único supuesto en que su desarrollo procede frente a la presencia de fuentes formales indeterminadas, las cuales, en la mayoría de los casos, adoptan la figura de principios.

Los primeros autores en admitir la importancia de diferenciar a los principios de las reglas o normas operativas del sistema fueron,³¹ el profesor norteamericano Ronald Dworkin³² y su par alemán Robert Alexy.³³ No obstante, será este último quien finalmente sistematice la cuestión.³⁴ Según Alexy, las normas pueden adquirir o

30 M. A. Ciuro Caldani, "Comprensión trialista de la justificación de las decisiones judiciales", en *Doxa*, 17 (1994), pp. 35 y ss.; Elvio Galati, "Teoría General y Filosofía del Derecho Constitucional desde la teoría trialista del mundo jurídico", en *La Ley on line*, Buenos Aires, 2005. https://www.academia.edu/5679942/_Teor%C3%ADa_General_y_Filosof%C3%ADa_del_Derecho_Constitucional. Fecha de consulta: 5 de febrero de 2015.

31 Alfonso García Figueroa, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998; Rodolfo Vigo, *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, 2º ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, 2006; "Balance de la teoría jurídica discursiva de Robert Alexy", en *Doxa*, 26 (2003), pp. 203-224; *Los Principios Jurídicos*, Buenos Aires, Depalma, 2000; Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del Derecho*, 2º ed, Buenos Aires, Astrea, 1987. Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003; Luis Prieto Sanchis, *La doctrina de los principios generales del derecho y la distinción entre principios y reglas*, en Betegon Carrillo et al., *Lecciones de Teoría del Derecho*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, pp. 335-360; *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992; Jerónimo Betegon Carrillo, "La norma jurídica", en Betegon Carrillo et al., *Lecciones de Teoría del Derecho*, op. cit., pp. 117-140; Juan Cianciardo, *El conflictivismo en los Derechos Fundamentales*, Pamplona, Eunsa, 2000; Josef Esser, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Barcelona, Bosch, s. f.

32 Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, trad. Marta Guastavino, 1984; *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, trad. de Claudia Ferrari, 1992; Rafael de Asig Roig, *Jueces y normas (La decisión judicial desde el ordenamiento)*, Madrid, Marcial Pons, 1995.

33 Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, trad. de Ernesto Garzón Valdés, 1993, pp. 49-55.; *El concepto y la validez del Derecho*, op. cit.; "Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales", en *Revista Española de Derecho Constitucional (REDC)*, 22 (66) (2002), pp. 13-64; "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", en *Doxa*, (5) (1988), pp. 139-151; *Derecho y Razón Práctica*, México, Fontamara, 1998; *Teoría de la Argumentación Jurídica. La Teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, 1989; "Justicia como corrección", en *Doxa*, 26 (2003), pp. 5-26.

34 "En la actualidad, esta discusión se continúa al hilo del planteo de tres posiciones principales: la tesis fuerte de la separación, la tesis de la conformidad —o negadora de la distinción— y la tesis débil. Entre los primeros cabe mencionar a: Dworkin, Alexy, Atienza y Ruiz Manero. Exponentes de la segunda tesis son: Hernández Marín y Pérez Luño. En tanto, entre los últimos se destaca el propio Goldschmidt, junto a Hart, Prieto Sanchis, Bobbio, Comanducci, Gianformaggio, Guastini y

bien la forma de reglas, o bien la de principios. Serán reglas, las normas que solo pueden ser cumplidas o no. De manera que, si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Las reglas son por tanto, aquellas fuentes que contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible.³⁵ Si entre ellas colisionan, el problema se resuelve optando por la única capaz de ser considerada válida para el caso. En cambio, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Así, pues, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado...³⁶ De manera que si entran en conflicto, necesitan irremediablemente el recurso de la ponderación para su superación.³⁷

En la obra de Goldschmidt, la distinción entre reglas y principios adquiere importancia, justamente para establecer si es necesaria o no la puesta en marcha de la determinación. Al igual que Dworkin o Alexy, el profesor germano-argentino reconoce que en todo sistema es posible identificar normas completas e incompletas, indicativas de esbozos de repartos. Las primeras constituyen ejemplos de reglas. Pero las últimas ilustran casos de principios. Para el *trialismo*, la determinación da lugar a dos tipos de tareas: la precisión y la reglamentación. La primera se ejecuta en esta instancia y se vincula con la labor de ponderación *alexiana*. La reglamentación, sin embargo, se concreta en realidad en el momento aplicación, ya que es esta la instancia en la cual se materializa la construcción de la nueva regla, destinada a dar respuesta particular al caso en cuestión.

Desde este enfoque, entonces, la precisión —o ponderación— bien puede ser entendida como la *determinación del peso de cada uno de los principios* en conflicto, respecto del caso por resolver. Mas para ello habrán de considerarse también los rasgos salientes del caso y los intereses esgrimidos en él. El juicio de ponderación se efectiviza mediante la asignación de razones —o argumentos— en favor y en contra de cada uno de los principios implicados en el caso. Pero concluye con la identificación del interés concreto debe preceder en el caso.³⁸

5. LA ELABORACIÓN POR CARENCIA NORMATIVA

Al igual que la determinación, la elaboración es una tarea especial del funcionamiento, requerida únicamente frente a circunstancias específicas. Goldschmidt identifica dos supuestos habilitantes de su desarrollo. Por un lado, las cuadros de lagunas normativas, ocasionadas por inexistencia de fuentes formales aplicables y la novedad del caso en cuestión. A este supuesto, lo denominó *carencia histórica*. Pero

Moreso". Al respecto véase: Daríel O. Barbero, *El derecho de igualdad y la doctrina del precedente judicial. Bases iusfundamentales del derecho privado actual*, Tesina de Maestría en Derecho Privado, defendida en Rosario, el 24 de noviembre de 2006 (en prensa), Rosario, Nova Tesis, 2008.

35 Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 87.

36 *Ibid.*, p. 86.

37 *Ibid.*, pp. 87 y ss.

38 W. Goldschmidt, *Introducción filosófica al Derecho*, op. cit., pp. 250-302; A. Ciuro Caldani, *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas*, op. cit., pp. 18-25.

por otro, señaló también la posibilidad de estar frente a una fuente formal aplicable pero que, a juicio del operador, resulta injusta para el caso. A ella la calificó: carencia dikelógica.

La carencia normativa puede ocasionarse en virtud de tres factores: 1) por *insuficiencia* de la fuente formal aplicable; 2) por inexistencia de fuentes, debido al olvido liso y llano del encargado de producirla; 3) debido a *hechos sobrevivientes*, imposibles de prever y posteriores a la confección de las fuentes vigentes. Estos hechos novedosos pueden ser de cualquier tipo: masivos (distribuciones) o aislados (repartos), nacionales o internacionales; científicos, técnicos o artísticos. La carencia dikelógica, por su parte, aparece toda vez que el encargado del funcionamiento estima injusta la fuente formal aplicable para el caso. Aquí, pues, la norma existe, no obstante lo cual, el operador la ha desestimado por su carácter disvalioso.³⁹

Tanto Radbruch, como Alexy, han indagado mucho acerca de la carencia dikelógica, al considerar los límites de la validez de los sistemas jurídicos.⁴⁰ Para ellos, estos límites se manifiestan frente a la hipótesis de fuentes que generen una “injusticia extrema”, respecto a las cuales cabe, sin más, su rechazo. Así, acorde con la tradición del iusnaturalismo aristotélico tomista, la fórmula radbruchiana señala que, “la injusticia extrema no puede ser considerada, en ningún caso, derecho”.⁴¹ Al tiempo que Alexy agrega como ejemplo, la violación sistemática de los derechos fundamentales, en el marco del Estado constitucional.⁴² Concretamente, al respecto escribe: “...el umbral a partir del cual las normas pierden el carácter jurídico está fijado por exigencias morales mínimas. Por ejemplo, el derecho humano elemental a la vida y a la integridad física”.⁴³

Para el trialismo, la elaboración se puede efectuar mediante dos tipos de procedimientos: la autointegración y la heterointegración. En el primer caso, se recurre a la *justicia formal* a través de la *analogía*, o de los *principios generales del derecho positivo*. La heterointegración, en cambio, se efectiviza gracias al recurso a la *justicia material*, referida a los criterios de equidad y a las circunstancias del caso.

39 W. Goldschmidt, *Introducción filosófica al Derecho*, op. cit., pp. 286 y ss.; A. Ciuro Caldani, *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas*, op. cit., pp. 18-25; Juan José Bentolilla, “La tarea de reconocimiento y las constelaciones de proximidad de normas”, op. cit.

40 Rodolfo Vigo, *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*, Buenos Aires, La Ley, 2006, pp. 25 y ss.; Renato Rabbi Baldi (coord.); *Las razones del derecho natural*, Buenos Aires, Ábaco, 1998.

41 Gustav Radbruch, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, 4º ed., trad. Wenceslao Roces, México, Fondo de Cultura Económica, 1974.

42 Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., pp. 49 y ss; *El concepto y la validez*, op. cit.; *Epílogo*, op. cit., pp. 13-64.

43 Robert Alexy, *El concepto y la validez*, op. cit., p. 54. Y también: Robert Alexy, “La institucionalización de los derechos humanos en el estado constitucional democrático”, en *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, V (8) (2000), pp. 21-41; *La institucionalización de la justicia*, Granada, Comares, trad. J. A. Seoane, E. R. Soderro y P. Rodríguez; ed. y presentación J. A. Seoane, 2005; Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho*, op. cit., pp. 93-88; Juan Omar Cofré Lagos, *Recensión*, en *Revista de Derecho*, 2 (XVIII) (2005), pp. 247-250, en http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-0950200500020. Fecha de consulta: 7 de junio de 2015.

En el marco de la justicia formal, la *analogía* es un método de construcción jurídica que se aplica frente a casos semejantes en sus características, pero diversos en su estatus normativo. Unos, están contemplados en las fuentes formales aplicables y los otros, no. Es sobre estos últimos que pesa la situación de carencia normativa. Circunstancia que, sin embargo, puede ser remediada acudiendo a la solución prevista para los primeros. Aquí, el conflicto se resuelve acudiendo a la máxima romana que indica que: donde se da la misma razón, allí debe haber igualmente la misma disposición jurídica —*Ubi est eadem ratio, ibi eadem dispositio juris esse debet*—.⁴⁴ Los *principios generales*, por su parte, son los que contienen los criterios básicos orientadores de la producción jurídica, demarcando su campo y estableciendo su sentido.

En Argentina, por ejemplo, los recursos a la justicia formal y material están previstos a justicia en los artículos 1 y 2 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Esta disposición hace referencia a ambas posibilidades al señalar que:

Artículo 1: Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma [recurso a la justicia formal]. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho [recurso a la justicia material]. Artículo 2: La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos [recurso a la justicia formal], los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento [recurso a la justicia material].

Ahora bien, la determinación y la elaboración de normas son, como dijimos, tareas simultáneamente operativas y adaptativas del sistema. Ambas permiten el cambio y la evolución del mundo jurídico. Ambas son las vías que permiten la flexibilización del derecho positivo. Así como también estas dos tareas son expresivas de la textura abierta del Derecho, tanto como de la responsabilidad que ello genere en cabeza de su operador. Cuando nos refiramos a la argumentación, profundizaremos en el alcance que ellas tienen para la dinámica jurídica.

6. LA APLICACIÓN DE LAS FUENTES PARA LA CONSTRUCCIÓN DE NORMAS

En la teoría trialista la aplicación, por su parte, puede ser definida como un proceso conclusivo complejo. Su cumplimiento da origen a una norma nueva para el sistema, receptor de la respuesta jurídica específica que resolverá, finalmente, el conflicto en cuestión. Así, pues, varias tareas son necesarias todavía para lograr su desarrollo. La primera es el *encuadre del caso en las fuentes aplicables*,

⁴⁴ W. Goldschmidt, *Introducción filosófica al Derecho*, op. cit., pp. 294-295.

ya reconocidas e interpretadas. Es decir, habrá que establecer el grado de correspondencia existente entre el caso y el derecho positivo que le concierne. Luego, es menester proceder a la *actualización de las reglas*, o la *ponderación de los principios* elegidos, según corresponda, previendo con ello, las soluciones pertinentes al conflicto en cuestión.

El encuadre y la actualización habían sido ya reconocidas por Goldschmidt como etapas propias de la aplicación.⁴⁵ Sin embargo, en la actualidad, han sido enriquecidas por la incorporación de la argumentación y la síntesis jurídica. La argumentación permite establecer las razones que acreditan la legitimidad de la solución establecida y el progreso de los repartos, por las normas. Pero facilita, también, la adaptación del sistema jurídico a las exigencias del entorno. La síntesis, por su parte, habilita la integración del mundo jurídico como modelo completo; armoniza las normas que confluyen entre sí, desarticuladamente; las jerarquiza y ajusta sus alcances, para garantizar la coherencia y cohesión del sistema en su conjunto.⁴⁶ Como ambas tareas adquieren cuerpo y se materializan en la tarea argumental, destinaresmos los párrafos que siguen a la comprensión global de su desarrollo

La argumentación y la síntesis pueden ser entendidas, entonces, desde los tres puntos de vista que componen el mundo jurídico.⁴⁷ En su dimensión *ius* sociológica, la argumentación se muestra como una práctica discursiva que se dirige a demostrar y justificar de manera eficaz las soluciones jurídicas. Es, por ello, *tarea operativa* sustentable del Derecho. El enfoque normológico nos advierte, por su parte, sobre el carácter racional y explicativo de esta actividad, sustentadora lógica del mundo jurídico. Al tiempo que, desde la perspectiva valorativa, la argumentación es una tarea discursiva sustanciadora del mundo jurídico, porque lo legitima social e institucionalmente. Así, pues, dada la importancia y la novedad de esta tarea, a continuación la estudiaremos con más detalle.

Desde el punto de vista *ius* sociológico, la argumentación es un *reparto*, una adjudicación, que lleva a cabo una persona claramente identificable, respecto de un auditorio también determinado. En el reparto argumentativo las partes se atribuyen entre sí *potencia e impotencia*. Posibilidades ventajosas o desfavorables para la acción y el desarrollo de la vida, acordes con la posición que ocupe cada uno de los protagonistas. Así, el argumentador se adjudica potencia, por el uso de su facultad comunicativa, e impotencia por la situación de “esclavitud” en la que lo colocan las palabras ya dichas. Por su parte, el receptor se adjudica —y recibe— la potencia de la escucha, junto a la impotencia de la restricción que pesa sobre su capacidad expresiva.

Por otra parte, la perspectiva sociológica de la argumentación muestra que esta tarea se lleva a cabo por el camino (*forma*) del *proceso*, de la *negociación* o la

45 *Ibid.*, pp. 300-302

46 A. Ciuro Caldani, *Metodología jurídica*, *op. cit.*, pp. 32 y ss., como muestran los casos de concurso real de delitos, el concurso de derecho privado, entre otros.

47 Manuel Atienza, *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006, pp. 77 y ss.

adhesión. En cambio, difícilmente puede concretarse por la vía de la mera imposición. Las teorías actuales sobre la argumentación se han ocupado de estudiar en especial la forma del proceso; es decir, las reglas del discurso aplicables a este reparto. A ellas nos remitimos para su cabal entendimiento.⁴⁸ El reparto argumentativo tiene lugar, además, cuando entre sus partes median razones para actuar. La argumentación es, por lo tanto, una actividad discursiva sustentable, que desarrollan “sujetos racionales”. Personas que se expresan y accionan por causa de algún *móvil*, *alegato* u *opinión social*.⁴⁹

Así, pues, en este contexto, los sujetos del reparto buscarán argumentar en función de lo que esperan, de sus metas e intereses, o de objetivos ulteriores.⁵⁰ O bien, lo harán con arreglo a la consideración positiva que realicen del reparto mismo pretendido.⁵¹ Sea ella como fuere, lo cierto es que, en ese camino, se invocan múltiples razones. “Algunas veces abiertas y sinceras; otras, solapadas, cubiertas bajo el velo de un supuesto ‘rigor técnico’, en las que no siempre se refleja la auténtica motivación que los impulsa”.⁵² Por ello, no sin razón se ha dicho que, *normalmente nada de esta actividad repartidora sucede de manera ingenua. Al momento de asumir los casos, aunque sean “imparciales” e “imparciales”, argumentadores y auditorio se convierten en partes interesadas*, dando lugar a un juego de equilibrios que pone en cuestión a los otros elementos del reparto.⁵³ De allí el riesgo de generar argumentaciones que devengan “ideológicas”, aunque las partes se sometan de común acuerdo a reglas discursivas.⁵⁴ Por último, cabe asimismo señalar que mediante la articulación de las razones de los protagonistas de esta tarea, se lleva a cabo un fin general, presente en cualquier esquema argumentativo. La *producción de discursos demostrativos*, referidos a la correspondencia, conveniencia y oportunidad de las decisiones y acciones que se pretenden sustentar.

La dimensión *ius* sociológica muestra, además, que la argumentación se concreta mediante desarrollo racionalizado del *poder* (en los *repartos autoritarios*), tanto

48 “Las reglas del discurso definen un proceso de decisión en el que no está determinado qué debe tomarse como base de la decisión y en el que no todos los pasos están prescritos”; Robert Alexy, *Teoría de la argumentación*, op. cit., p. 37; Ch. Perelman y L. Olbrechts Tyteca, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Madrid, Gredos, trad. J. Sevilla Muñoz, 1989; Jürgen Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, 3º ed., Madrid, Trotta, trad. M. Jiménez Redondo, 2001; Neil MacCormick, “Los límites de la racionalidad en el razonamiento jurídico”, en *Derecho y Moral. Ensayos analíticos*, coordinado por Jerónimo Betegón y Juan Ramón de Páramo, Barcelona, Ariel, 1990, pp. 2 y ss. Manuel Atienza, *El derecho como argumentación*, op. cit.

49 W. Goldschmidt, *Introducción filosófica al Derecho*, op. cit.; A. Ciuro Caldani, *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas*, op. cit.; *Metodología*, op. cit.

50 Roger Lewin, *Complejidad*, op. cit.

51 Max Weber, *Economía y sociedad*, Buenos Aires, FCE, 1992; Neil MacCormick, “Los límites de la racionalidad en el razonamiento jurídico”, op. cit., pp. 2 y ss.

52 Adolfo Villate, “La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy como herramienta para evaluar la justificación de las interpretaciones judiciales”, en *Investigación y Docencia*, 36 (2003), p. 55.

53 Como señala A. Ciuro Caldani, *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas*, op. cit.: “por ello [...] puede variar la identidad de los repartidores reales (apareciendo encargados ocultos, p. ej. influyentes ante los jueces), de los beneficiarios, de los objetos de reparto, de la forma en que se llega a las decisiones, los móviles, las razones alegadas y las razones sociales”.

54 María Isolina Dabove, “Carencias, ideologías e integración del ordenamiento normativo”, en *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, 15 (1992), pp. 69 y ss.

como por los despliegues de la *cooperación* y los consensos (*repartos autónomos*).⁵⁵ Nos advierte acerca de su propiedad organizativa; sobre su habilidad para vincular a las partes entre sí y a estas con el mundo jurídico —*in put*—. Así como también, nos descubre su capacidad adaptativa⁵⁶ al permitir la relación del Derecho con su entorno —*out put*—.⁵⁷ Con la argumentación, en suma, es posible *obtener y procesar información sobre el entorno y reaccionar de modo adecuado* a él.⁵⁸

En el Derecho, la argumentación —y síntesis— se lleva a cabo sobre un escenario sociológico integrado por un conjunto de adjudicaciones. Por ello, cada reparto argumentativo se incardinará necesariamente con todos los hechos jurídicos, en un complejo ordenado o desordenado.⁵⁹ Si el complejo se muestra ordenado, las argumentaciones serán *repetidoras o replicadoras* de costumbres y planificaciones jurídicas preestablecidas. O bien, serán *transformadoras*, si producen variaciones discursivas que desordenan el sistema y lo llevan a un nuevo modelo de organización.

Desde el punto de vista normológico, la argumentación puede ser comprendida como una *actividad discursiva sustentadora* de enunciados racionalmente fundados, por la corrección lógica de sus premisas. En este sentido, no sin razón, Alexy la ha considerado un caso especial de discurso práctico. Discurso solo posible bajo las condiciones que le imponen, precisamente, las *fuentes* del Derecho: ya se trate de la ley, el precedente, las reglas procesales o las consideraciones de la dogmática jurídica.⁶⁰ Para el trialismo —según ya vimos—, la argumentación jurídica forma parte de las *tareas necesarias* del funcionamiento normativo. Por su intermedio es posible analizar la coherencia y sistematicidad de los *enunciados elegidos* por los encargados del funcionamiento en la resolución de sus asuntos. Por ello, con la argumentación no solo se *explica* —es decir, se da cuenta de—, la elección de los preceptos normativos, sino también de su interpretación, sus usos y su aplicación.⁶¹

Cuando las fuentes del Derecho entran en conflicto, la argumentación se desarrolla, básicamente, gracias a dos tipos de razonamientos jurídicos. El *silogismo*

55 Aún cuando las teorías actuales sobre la argumentación jurídica hayan resaltado de manera especial el segundo de estos rasgos; es decir, su carácter consensual.

56 Roger Lewin, *Complejidad*, *op. cit.*

57 Un papel importante en esta propiedad adaptativa se expresa en la función que cumplen las razones sociales y las razones alegadas del reparto argumentativo. W. Goldschmidt, *Introducción filosófica al Derecho*, *op. cit.*, pp. 57 y ss.; A. Ciuro Caldani, *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas*, *op. cit.*; *Metodología*, *op. cit.*; E. Grün, *Una visión sistémica y cibernética del derecho*, *op. cit.*

58 Así, refiriéndose al desarrollo de la vida, Lewin, señala: "...cada uno de ellos puede cazar, recolectar plantas, hacer ropa, etc. Interaccionan entre sí, se produce una especialización y... ¡bang!... transición de fase, todo cambia. Se produce un nuevo nivel de organización social, un nivel superior de complejidad"; en Roger Lewin, *Complejidad*, *op. cit.*, p. 36. La autoorganización es, pues, una "propiedad natural de los sistemas genéticos complejos"; *ibid.*, p. 39.

59 W. Goldschmidt, *Introducción filosófica al Derecho*, *op. cit.*, pp. 83 y ss.; A. Ciuro Caldani, *Metodología*, *op. cit.*, pp. 23 y ss.

60 Robert Alexy, *Teoría de la argumentación*, *op. cit.*; Adolfo Villate, "La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy...", *op. cit.*, pp. 57 y ss.

61 M. A. Ciuro Caldani, *Metodología*, *op. cit.*, pp. 32 y ss.

y la *ponderación*.⁶² El primero, opera ante el reconocimiento de *reglas aplicables*. El segundo se utiliza cuando se está frente a *principios*.⁶³ Por ello en el *silogismo*, la argumentación *se infiere* de la subsunción del caso a las reglas elegidas. Toda regla es, pues, una *razón definitiva*. En la *ponderación*, en cambio, ocurre lo contrario. Los principios son solo, *prima facie*, razones explicativas. En este esquema, el encargado del funcionamiento debe dar razones de proporcionalidad cuando argumenta. Razones que avalen el mayor peso dado a un principio que a otro, con quien está en colisión.⁶⁴

Por otra parte, el *trialismo* concuerda en la necesidad de distinguir dos etapas argumentativas. El proceso de *justificación interna*, que consiste en comprobar si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación. Sin embargo, por otro lado, requiere asimismo el despliegue de un proceso de *justificación externa*, cuyo objeto es verificar la corrección de las premisas elegidas en la justificación interna.⁶⁵ Según Alexy, los parámetros de referencia en esta materia pueden muy bien ser agrupados en seis tipos distintos: reglas y formas (1) de interpretación, (2) de la argumentación dogmática, (3) del uso de los precedentes, (4) de la argumentación práctica general y (5) de la argumentación empírica, junto a (6) las llamadas formas especiales de argumentos jurídicos —verbi gracia, la analogía—. En suma, estos parámetros no son otros que aquellos que se derivan de las *fuentes jurídicas*: *la ley, la dogmática, el precedente, la razón, la empirie y las formas especiales de argumentos jurídicos*.⁶⁶

El reconocimiento alexiano del proceso de justificación externa resulta, sin duda, muy significativo para la Teoría del Derecho. Muestra el *quiebre de la interpretación mecanicista sobre los cánones de claridad normativa*. Abre las puertas de admisión a los criterios de racionalidad práctica para la solución de los casos difíciles. Así como también impone a jueces y partes una regla de proporcionalidad directa en materia de responsabilidad. De modo que: cuanto más difícil sea el caso, mayor será el deber de argumentar.⁶⁷ Así, pues, el *trialismo* considera que la argumentación es una actividad jurídica indispensable, debido a las beneficiosas

62 En el Derecho también existen otros tipos de razonamientos, como el derivado de la inducción o la analogía. Sin embargo, en el Derecho continental, el silogismo y la ponderación siguen siendo los más usuales.

63 Robert Alexy, *Teoría de los derechos*, op. cit., pp. 81 y ss.; Luis Prieto Sanchis, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992; Alfonso García Figueroa, *Principios y positivismo jurídico*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1998; Juan José Moreso, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

64 Robert Alexy, *Teoría de los derechos*, op. cit.; Juan Cianciardo, *El principio de razonabilidad*, Buenos Aires, Ábaco, 2004.

65 Jerzy Wroblewski, *Sentido y hecho en el derecho*, San Sebastián, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, trad., J. Igartua Salaverria, 1989, pp. 35 y ss.; Robert Alexy, *Teoría de los derechos*, op. cit., pp. 214 a 271.

66 Robert Alexy, *Teoría de los derechos*, op. cit., pp. 214-271.

67 Mario Chaumet, "Perspectiva trialista para la caracterización de los casos difíciles", en *Revista "Cartapacio"*, 4, Azul: Escuela de Derecho, Unicen, en <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/28/44>. Fecha de consulta: 9 de enero de 2015; Mario Chaumet y Andrea Meroi, "¿Es el Derecho un juego de los jueces? (Notas sobre Estado constitucional, principios y reglas, iura novit curiae y garantía del contradictorio)", en *La Ley*, (2008).

consecuencias lógicas que su práctica conlleva al Derecho en su conjunto. Por su participación es posible procesar la información y armonizarla con coherencia interna y externa —es decir, en relación con el entorno—. Es factible almacenarla, desecharla o utilizarla, en cadenas de razonamiento que aumentan la complejidad inicial del sistema. No obstante, como si ello fuera poco, por la argumentación se resuelve paso a paso, el problema de la adaptación del Derecho al medio, al otorgarle mecanismos de flexibilización a su estructura piramidal.⁶⁸

La argumentación, por último, es una actividad discursiva que presenta un claro costado valorativo. Su desarrollo permite justificar decisiones y acciones, pero lo hace con arreglo a algún *criterio específico de corrección*.⁶⁹ Por ello, en la argumentación es posible observar el despliegue de múltiples valores jurídicos. Junto a la *justicia*, la *verdad* y la *utilidad* también ocupan lugares relevantes. Como sabemos, mediante esta tarea *se intenta probar o refutar una tesis, convenciendo a alguien de su verdad o falsedad*.⁷⁰ Al tiempo que con ella se sopesan las ventajas y desventajas de todas las razones esgrimibles, a fin de maximizar la justificación (exigencia de la utilidad). La argumentación funciona, además, al hilo del poder, la cooperación, la previsibilidad y la solidaridad; y, en simultáneo, con la coherencia, concordancia y armonía lógica del sistema.⁷¹

Desde el punto de vista de la clasificación aristotélica de la justicia, la argumentación es una tarea que permite el desarrollo de la *justicia correctiva* y *distributiva*, tanto como el de la *equidad*. Por su intermedio es incluso posible aplicar la idea de *proporción adjudicataria*. En este sentido, recordemos que para el Estagirita, el concepto mismo de justicia es sinónimo de proporción. La justicia, a su criterio, consiste en atribuir cosas iguales a los iguales; pero desiguales a los que también lo son —y en esa misma medida—. De modo que también resultará necesario dar razones de la consideración y el trato diferenciados.⁷²

De igual forma, la argumentación plantea desafíos interesantes, vinculados al fraccionamiento y al desfraccionamiento de los reclamos de justicia.⁷³ La delimitación del campo valorativo, es decir, la determinación del tiempo, espacio, personas, objetos y normas sobre los cuales recaerán nuestros juicios de justicia; el análisis y el sopeso de las consecuencias valorativas que traerán aparejadas las decisiones y las acciones del encargado del funcionamiento son, todas ellas, *tareas evolutivas de recorte y de adaptación de los reclamos de justicia*, a lo posible y admitido como válido para el Derecho, en un entorno determinado. La producción de valoraciones, en suma, no puede tener lugar si no es sobre un marco de discrecionalidad decisoria; flexible por su elasticidad, pero marco al fin.⁷⁴ Por esta razón, será im-

68 Roger Lewin, *Complejidad*, op. cit.

69 Robert Alexy, *El concepto*, op. cit.

70 José Ferrater Mora, *Diccionario de Filosofía*, Barcelona, Ariel, 2001, tomo I, p. 218.

71 M. A. Ciuro Caldani, *La conjetura*, op. cit.

72 Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, trad. Julio Pallé Bonet, Madrid, Planeta, 1995, L. V.

73 W. Goldschmidt, *Introducción filosófica al Derecho*, op. cit., pp.: 401 y ss.; M. A. Ciuro Caldani, *La conjetura*, op. cit., pp. 18 y ss.

74 Ricardo Guibourg, *Pensar las normas*, Buenos Aires, Eudeba, 1999.

portante en cada caso evaluar los efectos, los beneficios y los costos que el acto valorativo acarreará sobre las adjudicaciones y las normas jurídicas. Solo al final de este proceso será posible saber si el grado de discrecionalidad empleado por el operador está o no justificado.⁷⁵

Así, una ponderación amplia y flexible de la problemática en cuestión, acrecentará las esferas de justicia compartidas por la comunidad. Resaltará el carácter ejemplar y universalizador del caso, e instalará un modelo de respuesta jurídica que modificará el porvenir. Producirá, pues, un *desfraccionamiento dikelógico*.⁷⁶ Pero lo hará bajo el riesgo cierto de aumentar y estirar también el marco de *discrecionalidad* del encargado del funcionamiento jurídico. Si la respuesta es reduccionista, o bien, “mezquina”, en relación con el campo valorable, con la argumentación se producirá un claro fraccionamiento de justicia. De esta forma, la seguridad jurídica se consolidará, pero a costa de aceptar la rigidez normativa.

Desde el plano valorativo se observa, asimismo, que la argumentación tiene lugar bajo el patrón de algún *criterio de justicia compartido* socialmente, en un contexto determinado.⁷⁷ El trialismo propone entender este criterio como la virtualidad fáctica y normativa de *asegurar a cada individuo una esfera de libertad tal —coexistente con la esfera de los demás— que le permita desarrollar sus planes vida y personalizarse*.⁷⁸ Si la argumentación logra mostrar las posibilidades de concreción de este sentido de justicia —es decir, la legitimidad de los repartidores y los beneficiarios del objeto, las razones y los caminos constitutivos del reparto, y la legitimidad de las normas—, entonces repartos y normas resultan, así, justificadas. Por ello bien puede decirse que, para la teoría trialista, este es el contenido material que cabe otorgar al principio alexiano de corrección jurídica.⁷⁹

La perspectiva trialista de la justicia muestra, además, que el *funcionamiento sistémico —global— del Derecho* se justifica, en la medida en que respete las exigencias valorativas derivadas del *humanismo* y la *tolerancia*. Ello implica aceptar, siguiendo a Kant, que la argumentación será valiosa, solo si se construye sobre consensos que consideren *a la persona como fin en sí, a la igualdad y a la comunidad*, presupuestos de adjudicación jurídica.⁸⁰

El Derecho occidental actual pone a disposición de la tarea argumentativa, herramientas significativas para el desarrollo jurídico humanista. Así, el modelo del

75 Marisa Iglesias Vila, *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1999.

76 W. Goldschmidt, *Introducción filosófica al Derecho*, op. cit.; pp. 401 y ss.; M. A. Ciuro Caldani, *Metodología*, op. cit., pp. 77 y ss.

77 Aulis Aarnio, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, trad. E. Garzón Valdés, 1991.

78 W. Goldschmidt, *Introducción filosófica al Derecho*, op. cit.

79 M. I. Dabove, D. O. Barbero y E. Nawojczyk, “Wener Goldschmidt y Robert Alexy: corsi e ricorsi del integrativismo jurídico”, en *Dos filosofías del derecho argentinas anticipatorias: homenaje a Werner Goldschmidt y Carlos Cossío*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 37 y ss. *Wener Goldschmidt y Robert Alexy... op. cit.*, pp. 37 y ss.

80 W. Goldschmidt, *Introducción filosófica al Derecho*, op. cit., pp. 418 y ss.; M. A. Ciuro Caldani, *La conjetura*, op. cit., pp. 85 y ss.

Estado constitucional de derecho y la vigencia de los *derechos fundamentales* le otorgan a la argumentación criterios valorativos específicos y direccionados.⁸¹ Ya no se trata de argumentar desde la libertad o la igualdad del esquema clásico, sino que ahora se exige hacerlo sobre la base interpretativa que ofrece el paradigma mencionado.⁸² Guastini caracteriza este modelo con siete propiedades: 1) la existencia de una Constitución rígida, que incorpora los derechos fundamentales; 2) la garantía jurisdiccional de la Constitución; 3) la fuerza vinculante de la Constitución; 4) su “sobreinterpretación” (se interpreta extensivamente y de ella se deducen principios implícitos); 5) la interpretación adecuadora de las leyes; 6) la aplicación directa de las normas constitucionales, también para regular las relaciones entre particulares; 7) la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas, que incluye el control constitucional sobre la discrecionalidad política del legislador.⁸³

Los derechos fundamentales, por su parte, incorporan a la Constitución los *medios de fortalecimiento* para los sujetos frágilmente situados en el sistema.⁸⁴ De modo tal que, por su intermedio, se han positivizado instituciones, principios y reglas que amplían: 1) la autonomía personal; y 2) debilitan la intervención estatal, por la división y descentralización de su poder. Asimismo, han establecido derechos y garantías que protegen al individuo frente a variadas contingencias (enfermedad, niñez, vejez, discapacidad, desempleo, pobreza, ignorancia, etc.). Así, la vigencia de los derechos económicos sociales y culturales, y de los derechos fundamentales vinculados a la paz y al desarrollo. Las nuevas fronteras del mundo jurídico vinculadas al bioderecho y al derecho ambiental, el derecho de la niñez, de la ancianidad y de la discapacidad, el derecho de la educación y de la ciencia; o el derecho del arte. Todas ellas, pues, también dan cuenta de una nueva realidad jurídica, que condiciona sustancialmente la tarea argumentativa.

7. EL CARÁCTER CONJETURAL DEL FUNCIONAMIENTO DEL DERECHO

El funcionamiento de las normas muestra, por último, que el Derecho se desenvuelve de manera conjetural. Vale decir, el mundo jurídico opera y se desarrolla sobre una importante base de suposiciones, hipótesis y especulaciones, acerca de lo que el mundo es, o pueda ser, en su conjunto. Razón por la cual cabe inferir, que el Derecho también opera sometido a fuertes dosis de incertidumbre. Así, para el profesor Ciuro Caldani, el mundo jurídico se realiza con carácter futurizo, “en el curso de la posibilidad con miras a alcanzar, en el devenir, su confirmación en la realidad”.⁸⁵

81 Robert Alexy, *El concepto y la validez...*, *op. cit.*

82 Mario Chaumet y Andrea Meroni, “¿Es el Derecho un juego de los jueces?”, *op. cit.*

83 Ricardo Guastini, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, pp. 154 y ss.; Mario Chaumet y Andrea Meroni, “¿Es el Derecho un juego de los jueces?”, *op. cit.*

84 W. Goldschmidt, *Introducción...* *op. cit.*, pp. 446 y ss.

85 M. I. Ciuro Caldani, *Metodología*, *op. cit.*, p. 425 y ss.

Desde el punto de vista etimológico, la conjetura es un *juicio que se forma de las cosas o acaecimientos por indicios y observaciones*. Pero es también, “una lección no atestiguada en la tradición textual y que la edición crítica reconstruye, de acuerdo con otros indicios”.⁸⁶ En suma, una conjetura no es otra cosa que una suposición acerca de la realidad, una hipótesis, una interpretación posible, respecto a lo que el mundo —o una relación jurídica— pueda ser.

El Derecho, como sabemos, es un *objeto-sujeto* de la realidad, un componente dado, pero también construido por el hombre, supuesto y puesto por él. Sus operadores, pues, recurren a una enorme red de conjeturas, y presunciones de las que se valen como verdades prácticas operativas.⁸⁷ Ahora bien, existen dos tipos de presunciones en torno al Derecho. En un grupo se encuentran las llamadas presunciones legales y fácticas. “Las primeras se fundan en una ley que las establece y consagra, mientras que las segundas (igualmente llamadas *aut iudicis*, *aut facti*) son deducciones que los hombres, especialmente el juez en el seno del proceso judicial, deduce para averiguar o establecer ciertas verdades”.⁸⁸

Las presunciones legales, a su vez, pueden ser *iuris et de iure* o bien, *iuris tantum*. Las primeras no admiten prueba que las contradiga y si lo hacen las segundas. Ejemplos clásicos ilustrativos en todos los sistemas jurídicos de las presunciones *iure et de iure* son todas aquellas referidas al conocimiento general del Derecho positivo, razón por la cual nadie puede alegar como defensa su propia torpeza; o bien las presunciones materia de pruebas genéticas sobre filiación. Otro caso ilustrativo es el que establece la presunción de la propiedad de las cosas muebles, a favor del poseedor de buena fe, siempre que la cosa no sea robada, ni perdida y haya sido obtenida a título oneroso. Son, en cambio, presunciones *iuris tantum*: la buena fe, la entrega del título de crédito que hace presumir el pago de la deuda; la presunción de autenticidad del contenido del documento que aparece firmado por una persona, si la firma es reconocida como auténtica; el contenido de una escritura pública, en cuanto expresión de verdad: se presume que son comunes los bienes adquiridos durante el matrimonio; la muerte en caso de ausencia, sin aviso, por determinado periodo de tiempo, entre muchas otras.⁸⁹

Por último, la dinámica jurídica muestra, asimismo, que la tarea conjetural a veces se remite a una realidad futura, pero cercana y previsible. O bien, se refiere a *funcionamientos que pueden quedar en el terreno de la mera suposición*. En el primer caso, las conjeturas del Derecho se vinculan a regularidades comprobables en promedio, a una realidad con altas dosis de estabilidad interna y del entorno. En el segundo, en cambio, el funcionamiento se complica ya que suele apoyarse en interpretaciones estratégicas, sujetas al principio de incertidumbre.⁹⁰

86 Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 22º ed., Madrid, Espasa, 2001, t. 1, p. 625.

87 M. I. Ciuro Caldani, *Metodología*, op. cit., pp. 425 y ss.

88 Leandro Pacheco Barassi, *Presunciones y conjeturas*, en http://www.aafd.org.ar/archivos/13_jornada_Pacheco_Barassi.pdf. Fecha de consulta: 14 de septiembre de 2014.

89 *Idem*.

90 M. I. Ciuro Caldani, *Metodología*, op. cit., p. 430.

8. CONCLUSIÓN

En este trabajo, hemos intentado comprender al Derecho desde una perspectiva dinámica, estudiando la problemática de su funcionamiento. Hemos visto, pues, que el funcionamiento es un proceso operativo mediante el cual se articulan *entre sí* las adjudicaciones, las normas y las exigencias de justicia. Pero, se constituye también como un potente mecanismo adaptativo, que el propio Derecho genera *desde sí hacia* los embates y las exigencias de su medio, su entorno real. El proceso operativo tiene como finalidad consolidar la estabilización del fenómeno jurídico, mediante la conceptualización y la materialización del Derecho en sí. En cambio, los mecanismos adaptativos tienen por meta asegurar su evolución en el entorno, por medio de las tareas de cambio y enlace o relación.

Para el trialismo de Goldschmidt, cuatro etapas desencadenan esta dinámica: la interpretación, la determinación, la elaboración y la aplicación. Pero en la actualidad, Ciuro Caldani ha enriquecido el panorama, con la incorporación de las tareas de reconocimiento, argumentación, síntesis y conjetura del mundo jurídico. El camino recorrido muestra, en suma, la enorme complejidad del proceso constructivo del mundo jurídico, en la medida en que pretende articular las adjudicaciones, normas y justicia que, a nuestro juicio, lo componen.

BIBLIOGRAFÍA

- Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, trad. E. Garzón Valdés, 1991.
- Alexy, Robert, "Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales", en *Revista Española de Derecho Constitucional (REDC)*, 22 (66) (2002), pp. 13-64.
- Alexy, Robert, "Justicia como corrección", en *Doxa*, 26 (2003), pp. 5-26.
- Alexy, Robert, "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", en *Doxa*, 5 (1988), pp. 139-151.
- Alexy, Robert, *Derecho y razón práctica*, 2ª ed., México, Fontamara, trad. Wistano Orozco, 1998.
- Alexy, Robert, *El concepto y la validez del Derecho*, Barcelona, Gedisa, trad. J. M. Seña, 1997.
- Alexy, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica. La Teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, 1989.
- Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, trad. de Ernesto Garzón Valdés, 1993.
- Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, trad. Julio Pallé Bonet, Madrid, Planeta, 1995.
- Atienza, Manuel, *Derecho y Argumentación*, Cartagena, Universidad Externado de Colombia, 1997.

- Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006.
- Atienza, Manuel, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- Bentolila, Juan José, “La tarea de reconocimiento y las constelaciones de proximidad de normas”, en *Dos filosofías del derecho argentinas anticipatorias: homenaje a Werner Goldsmichdt y Carlos Cossio*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007.
- Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- Canaris, Claus-Wilhelm, *El sistema en la jurisprudencia*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, trad de Juan Antonio García Amado, 1998.
- Cianciardo, Juan, *El conflictivismo en los Derechos Fundamentales*, Pamplona, Eunsa, 2000.
- Cianciardo, Juan, *El principio de razonabilidad*, Buenos Aires, Ábaco, 2004.
- Ciuro Caldani, M. A., “Comprensión trialista de la justificación de las decisiones judiciales”, en *Doxa*, 17 (1994), pp. 35 y ss.
- Ciuro Caldani, M. A., *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.
- Ciuro Caldani, M. A., *Metodología jurídica y Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho*, Rosario, Zeus, 2007.
- Cofré Lagos, J. O., *Recensión*, en *Revista de Derecho*, 2 (XVIII) (2005), pp. 247-250, en http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-0950200500020. Fecha de consulta: 7 de junio de 2015.
- Cossio, Carlos, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1944.
- Chaumet, Mario y Andrea Meroy, “¿Es el Derecho un juego de los jueces? (Notas sobre Estado constitucional, principios y reglas, iura novit curiæ y garantía del contradictorio)”, en *La Ley* (2008).
- Dabove, M. I., “El concepto de Derecho en la teoría de H. L. Hart. Perspectiva tridimensional”, en *Revista Investigación y Docencia*, 36 (2003), pp. 33 a 54.
- Dabove, María Isolina, “Carencias, ideologías e integración del ordenamiento normativo”, en *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, 15 (1992), pp. 69 y ss.
- De Asig Roig, Rafael *Jueces y normas (La decisión judicial desde el ordenamiento)*, Madrid, Marcial Pons, 1995.
- Díaz Revorio, Francisco Javier, *Valores superiores e interpretación constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

- Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, trad. de Claudia Ferrari, 1992.
- Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, trad. Marta Guastavino, 1984.
- Esser, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Barcelona, Bosch, s. f.
- Ferrater Mora, José, *Diccionario de Filosofía*, Barcelona, Ariel, 2001, tomo I.
- Galati, Elvio, "Teoría General y Filosofía del Derecho Constitucional desde la teoría trialista del mundo jurídico", en *La Ley on line*, Buenos Aires, 2005, en https://www.academia.edu/5679942/_Teor%C3%ADa_General_y_Filosof%C3%ADa_del_Derecho_Constitucional Fecha de consulta: 5 de febrero de 2015.
- García Figueroa, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- Gascón Abellán, Marina y Alfonso García Figueroa, *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, Lima, Palestra Editores, 2003.
- Goldschmidt, W., *Introducción filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, 6º ed., Buenos Aires, Depalma, 1987.
- Gomes Canotilho, J. J., *Direito constitucional*, 6º ed., Coimbra, Almedina, 1993.
- Grün, Ernesto, *Una visión sistémica y cibernética del derecho*, Buenos Aires, Dunker, 2004.
- Guastini, Ricardo, "La Constitución como límite a la actividad legislativa", en *Derechos y Libertades*, pp. 241-252; *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, trad de Jordi Ferrer i Beltrán, 1999.
- Guastini, Ricardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001.
- Guastini, Ricardo, *Le fondi del Diritto e l'interpretazione*, Milano, Giuffré, 1993.
- Guibourg, Ricardo, "Hart, Bulygin y Ruiz Manero: tres enfoques para un modelo", en *Doxa*, 14 (1993), pp. 429-434.
- Guibourg, Ricardo, *Pensar las normas*, Buenos Aires, Eudeba, 1999.
- Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, 3º ed., Madrid, Trotta, trad. M. Jiménez Redondo, 2001.
- Hart, H. L. A., *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, trad. Genaro R. Carrió, 1998.
- Hart, H. L. A., *Postscriptum*, compilado por César Rodríguez, en *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre, 1996.
- Hesse, K., "La interpretación de la Constitución", en *Escritos de Derecho Constitucional*, 2º ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, trad. P. Cruz Villalón, 1992.

- Iglesias Vila, Marisa, *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1999.
- Larenz, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel, trad. Enrique Gimbernat Ordeig, 1966.
- Legaz y Lacambra, Luis, *Filosofía del derecho*, 5ª ed. revisada y aumentada, Barcelona, Bosch, 1979.
- Lewin, Roger, *Complejidad. El caos como generador del orden*, Barcelona, Tusquet, trad. J. G. López Giux, 1995.
- Luhmann, Niklas, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, trad. Ignacio de Otto Pardo, 1983.
- Luis Recaséns Siches, *Tratado general de filosofía del derecho*, 17ª ed, México, Porrúa, 2003.
- MacCormick, Neil, “Los límites de la racionalidad en el razonamiento jurídico”, en *Derecho y Moral. Ensayos analíticos*, coordinado por Jerónimo Betegón y Juan Ramón de Páramo, Barcelona, Ariel, 1990.
- Morin, Edgar, *Introducción al pensamiento complejo*, Barcelona, Gedisa, trad. M. Pakman, 2007.
- Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del Derecho*, 2º ed, Buenos Aires, Astrea, 1987.
- Perelman, Ch. y L. Olbrechts Tyteca, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Madrid, Gredos, trad. J. Sevilla Muñoz, 1989.
- Pérez Luño, Antonio E., *Teoría del Derecho: una concepción de la experiencia jurídica*, Madrid, Tecnos, 2006.
- Prieto Sanchis, Luis, *La doctrina de los principios generales del derecho y la distinción entre principios y reglas*, en Betegón Carrillo et al., *Lecciones de Teoría del Derecho*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.
- Prieto Sanchis, Luis, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- Radbruch, Gustav, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, 4º ed., trad. Wenceslao Roces, México, Fondo de Cultura Económica, 1974.
- Reale, Miguel, *Teoría tridimensional del derecho. Preliminares históricos y sistemáticos*, Santiago de Compostela, Imprenta Paredes, trad. Juan Antonio Sardina-Páramo, 1973.
- Vigo, Rodolfo, “Balance de la teoría jurídica discursiva de Robert Alexy”, en *Doxa*, 26 (2003), pp. 203-224.
- Vigo, Rodolfo, *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*, Buenos Aires,
- Vigo, Rodolfo, *Los Principios Jurídicos*, Buenos Aires, Depalma, 2000.

- Vigo, Rodolfo, *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, 2º ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, 2006.
- Wagensberg, Jorge, *Ideas sobre la complejidad del mundo*, 3º ed., Barcelona, Tusquet, 1994.
- Weber, Max, *Economía y sociedad*, Buenos Aires, FCE, 1992.
- Wroblewski, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, Civitas, trad. A. Azurza, 1988.
- Wroblewski, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*, San Sebastián, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, trad., J. Igartua Salaverria, 1989.
- Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, trad. M. Gascón Abellán, 1995.