

"Criterios y directivas de interpretación y decisión judicial"

Imerio Jorge Catenacci

El nuevo código

El Código Civil y Comercial de la Nación sancionado por ley 26994, en sus primeros artículos, establece criterios relativos al concepto, las fuentes y la aplicación del derecho. Enumera las reglas de interpretación y fija la obligación de los jueces de resolver los asuntos sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.

El artículo primero, en orden a las *fuentes* del derecho, establece que los casos que rige el código deben ser resueltos según las leyes aplicables, la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos signados por la República. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho. El mismo artículo, en orden a la *aplicación* del derecho, establece que se deberá tener en cuenta la *finalidad* de la norma. El artículo segundo, fija los criterios de interpretación de la ley, teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento. El artículo tercero, a su turno, establece que el juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.

El concepto del derecho

El nuevo ordenamiento legal identifica el derecho como una estructura formada por principios y normas. La identificación del objeto *derecho* ha generado y genera diferencias doctrinarias a partir del criterio de fundamentación que se adopte. En su momento Kant expresó que hace más de cien años que los juristas *todavía* buscan un concepto de derecho, con alusión al fenómeno de la multitud de definiciones y la lista inacabada de soluciones propuestas por los filósofos del derecho. Herbert Hart ("*El concepto del Derecho*", 1961) consideró esta cuestión como una de las preguntas *persistentes* de los juristas, y al mismo tiempo una de las *perplejidades* recurrentes de la teoría jurídica. Pocas preguntas referentes a la

sociedad han sido formuladas con tanta persistencia y respondidas por pensadores serios de manera tan diversa, extraña y aun paradójica como la pregunta "¿qué es el derecho?"

Las diferencias de los teóricos acerca del concepto de Derecho giran principalmente en que algunos autores sostienen un *concepto normativo* mientras que otros sostienen un *concepto descriptivo*. El concepto normativo hace referencia a un conjunto de *reglas* que por su contenido moral o social es *debido* observar por parte de los individuos. Es la *conducta* a seguir. En lo que *debemos* hacer. A lo que estamos *obligados a hacer*. (Catenacci, 2001,26)

El *concepto descriptivo*, en cambio, sólo hace referencia a un conjunto de *reglas* efectivamente aceptadas o aplicadas por los órganos del Estado *independientemente* de su contenido, y *cualquiera sea* la conducta a seguir.

La discusión *forma/contenido* divide a la dogmática jurídica en escenarios que no es del caso profundizar, pero que lleva a distintas concepciones de objeto "derecho". En este punto el debate se centra en admitir que el derecho es *más que forma*, es más que un texto a interpretar y aplicar, que el derecho se define por su contenido, por su relación sustancial con los principios y valores sociales.

Concebido el derecho en su concepto normativo, el ordenamiento jurídico responde a tres criterios estructurales, el de *fundamentación*, el de *derivación* y el de *coordinación*.

El criterio de fundamentación informa que toda disposición legal o normativa deriva de principios superiores. En esta dirección el CCyCN, refiriéndose a los criterios de interpretación, remite a los principios y valores jurídicos. Así los textos legales que constituyen fuente del derecho hallan su fundamentación en los principios generales del derecho.

La relación de *derivación* existe debido a que el sistema se presenta en *gradas* donde unas normas tienen mayor jerarquía que otras. En este sentido, el artículo primero del CCyCN establece que las leyes son aplicables conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte, con clara alusión a una gradación jerárquica de normas.

En tercer lugar existe una relación de *coordinación* en cuanto el sistema jurídico se compadece o interrelaciona con otros sistemas como el moral o social. Así el artículo décimo del CCyCN establece que la ley no ampara el ejercicio abusivo de

los derechos en cuanto excedan los límites impuestos por la moral y las buenas costumbres.

De las previsiones de los artículos primero a tercero del CCyCN las normas leyes o reglas no operan en vacío, sino en una estructura signada por principios y determinada en decisiones judiciales.

El marco normativo se presenta así en distintos niveles de jerarquía lo que determina el concepto de la *estructura escalonada del ordenamiento jurídico*. Estructura que se presenta en tres escalones. El escalón superior lo constituyen los *principios*, el escalón intermedio las *normas* y el escalón inferior las *decisiones judiciales* (Kaufmann, 1999, 113).

Los *principios*, nacen de la *idea* del derecho y pueden identificarse como los criterios superiores del ordenamiento. Son los principios fundamentales del ordenamiento: justicia, libertad, seguridad, igualdad, orden público, bien común.

Los principios son normas en sentido amplio, pero con una estructura distinta a las normas en sentido restringido, que se formulan con un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica determinada. Son mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible de acuerdo a las posibilidades jurídicas y fácticas que operan en sentido contrario (Bernal Pulido, 2005, 94).

Estos principios son *generales*, en cuanto se aplican a todos sin distinción. Son *abstractos*, es decir, no han sido formulados en normas *escritas por ningún legislador*, sino que se halla por sobre cualquier formulación escrita. Son valores supremos y fundamentales de la comunidad.

Los principios requieren ser complementados y concretizados para ser ejecutables en el sentido de la aplicación jurídica. Representan puntos fundamentales de partida axiológicos y funcionales del sistema normativo. Constituyen una declaración explícita de contenido valorativo y son caracterizados por su contenido moral y por la referencia a la idea del derecho (Hollander, 2006, 74, 79).

El segundo escalón lo constituyen las normas jurídicas, que al igual que los principios son *generales*, pero a diferencia de estos no son abstractos sino concretos. Son concretos en cuanto a que las normas se hallan determinada por un texto legal, por una formulación expresa. Las normas por esta formulación expresa son

positivas A diferencia de los principios que son *abstractos*, las normas son *concretas*, ya que han sido dictadas por el legislador para resolver situaciones debidamente caracterizadas o tipificadas.

En el tercer escalón del ordenamiento se hallan las *decisiones jurídicas, la sentencia judicial*. Constituye el proceso de *adjudicación*, a mérito del cual los jueces, a través de sus sentencias *aplican de hecho* a los *justiciables* las consecuencias previstas por el ordenamiento en caso de verificación o constatación del supuesto de hecho previsto en la norma general. Las decisiones se diferencian de los principios y las normas en que estas dos son *generales* mientras que las *decisiones* son siempre *particulares*. Se aplican exclusivamente al caso individual. Se diferencian además de los principios en que estos son *abstractos*, mientras que las decisiones son *concretas y positivas*.

Habida cuenta la estructura escalonada del derecho ninguno de estos escalones es *prescindible*. No hay *regla* jurídica sin *principio*, no hay *decisión* jurídica sin *regla* jurídica. Pero tampoco ningún escalón puede ser deducido *directamente* del escalón superior. Esto quiere decir que ninguna regla jurídica puede deducirse *sólo* a partir de los principios o la *idea* de derecho, y que ninguna *decisión* puede adoptarse *sólo* a partir de la *regla* jurídica. Afirmar que *no hay regla jurídica sin principio*, significa que no es concebible el derecho sin un *criterio valorativo*.

El CCyCN en su artículo primero prescribe que los *casos* deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. Así de acuerdo al régimen legal el derecho se define como *principios y reglas*, presenta una estructura escalonada de principios, normas constitucionales y legales y consuetudinarias., y como último escalón las decisiones judiciales.

Criterios de interpretación

El CCyCN en sus artículo segundo establece: que 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, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento. Adopta como criterio interpretativo la utilización del método gramatical, el finalista o teleológico, la analogía, los principios y valores jurídicos, la remisión a las disposiciones de los tratados internacionales de los derechos humanos, y como criterio rector el principio de coherencia.

Conceptualmente la interpretación jurídica consiste en atribuir *significado* a un determinado texto normativo. El legislador suministra un *texto normativo*. Es mediante la *interpretación* podemos determinar su *sentido* y enunciar la *norma*.

Una *regla* o *norma* es una *prescripción* de conducta *general e imperativa*. La *norma jurídica*, enuncia generalmente la conducta a la cual se *imputará* la consecuencia jurídica, es decir enuncia el *acto ilícito o conducta reprochada jurídicamente*. Corresponde distinguir entonces entre *norma jurídica* y *texto normativo* o *formulación normativa*. Un texto normativo o formulación normativa es una *entidad lingüística*, una oración, mientras que una norma es una oración *interpretada*, una expresión lingüística con *sentido* (Bulygin, 2006,43).

El *texto normativo*, es una *expresión lingüística* mientras que la *norma jurídica* es un *precepto*, es el *sentido* que el jurista desprende del *texto normativo*. De allí que la interpretación consiste en coordinar el significado de las expresiones lingüísticas utilizadas por la ley (Hollander, 2006, 75).

El ordenamiento jurídico está compuesto en su mayor parte por *textos normativos*. Esto no significa que *todo* derecho nazca por escrito, ya que no nacen por escrito los principios jurídicos ni la costumbre, que *son* derecho.

El afirmar que el ordenamiento jurídico está compuesto en su *mayor parte* por *textos* no implica más que recurrir a la experiencia cotidiana en los sistemas jurídicos modernos. El texto es la forma de *producción normativa* de los poderes del estado. La voluntad del legislador, las disposiciones del poder ejecutivo, las sentencias del poder judicial son *textos*.

La formulación de las reglas como expresión lingüística, conlleva necesariamente las dudas e imprecisiones propias de la *textura abierta del lenguaje* que se nutre de *términos genéricos* que determinan *duda e inseguridad* acerca de los casos a los que se refiere. El lenguaje jurídico por su natural *generalidad*, se vale de expresiones *genéricas*, razón por la cual los *términos jurídicos son potencialmente vagos*. Figuras tales como *culpa, negligencia, abuso, inexperiencia, o habitualidad* constituyen conceptos afectados de *vaguedad*, ya que siempre es posible imaginar un objeto del que no disponemos de criterios para saber si pertenece a la *referencia* de la expresión.

El lenguaje jurídico también está afectado de la *ambigüedad*-característica de los *términos* o *palabras* que permite que una misma expresión tenga más de un significado- y que dependa del lector o del *contexto* en que se use el privilegiar una de ellas.

La tarea de interpretación comprende una serie de actividades diferenciadas: En primer lugar la determinación del *sentido* que posee cada uno de los elementos consignados en el *supuesto de hecho* de la norma jurídica.

En segundo lugar, cuando en el *supuesto de hecho* aparezcan conceptos *indeterminados* la interpretación conlleva una carga de *valor*. Exige una *valoración* y una *decisión* que vendrá dada por las circunstancias del caso.

En tercer lugar la interpretación impone la búsqueda del esclarecimiento de la *consecuencia jurídica* que la norma liga al supuesto de hecho.

Finalmente, cuando la norma establece una consecuencia que no está plenamente determinada, es necesaria la adopción de una *decisión* del intérprete.

Los jueces no siempre pueden deducir automáticamente una decisión a partir de una norma general. Deben interpretar las normas jurídicas y *elegir* entre interpretaciones rivales. Afirma Feteris (2007,24) que para tomar una decisión *aceptable* en su interpretación, debe *justificar su decisión* acerca de la interpretación de la norma.

Como criterios de orientación de la tarea hermenéutica existen dos concepciones diferentes acerca del *objeto* de la interpretación jurídica:

Una primera teoría considera que la interpretación del derecho tiene como resultado enunciados normativos que son siempre susceptibles de *verdad o falsedad*. Para esta concepción la tarea de interpretación es siempre una actividad *cognoscitiva*, tendiente a *conocer* lo que el legislador manda. Para la teoría cognitiva, la interpretación debe brindar la *respuesta correcta* contenida en el texto normativo. La *teoría cognitiva* considera que la interpretación es fundamentalmente un acto de *intelección*. Este acto puede ser exacto o equivocado, y por lo tanto, la sentencia del juez puede estar o no *correctamente* fundada en ley. Esta teoría guarda relación con la teoría de la sentencia como *subsunción*, de lo que se concluye que si la sentencia es un proceso *deductivo*, su conclusión, sólo puede ser, necesariamente, *verdadera* o *falsa*.

Para una segunda concepción, la interpretación del derecho tiene como resultado enunciados normativos que *no son susceptibles* de verdad ni falsedad. La interpretación no se reduce a una actividad *cognoscitiva*, sino *prescriptiva o estipulativa*. No existe *nada a conocer*. No existe *respuesta correcta* a determinar. Mediante la interpretación se *asigna, se estipula un significado* al texto normativo. La interpretación, para la *teoría prescriptiva*, no es un acto de intelección, sino un acto de *decisión*. Esto ocurre, al decir de Sebastián Soler, en el hecho de que la *validez* de la sentencia y su ejecutividad no depende de la exactitud de aquella intelección. La sentencia *equivocada también vale* y es ejecutada por los órganos del Estado.

La interpretación además, adquiere distinta dimensión cuando se ve el derecho como un conjunto de normas o como un *sistema de justa solución de los conflictos sociales*. En la concepción *normativista* la interpretación se reduce a la investigación del *sentido* de la norma aplicable. En cambio, cuando se concibe el derecho como un *sistema de justa composición de conflictos*, la interpretación no se agota en la norma, sino que constituye una operación compleja tendiente a lograr la justicia del caso concreto.

La *aplicación del derecho*, en su paso de lo *general* a lo *particular*, exige la *interpretación* de ese derecho. La función interpretativa no se limita a aclarar términos o expresiones confusas: en contra de lo que afirmaba el adagio romano *in claris non fit interpretatio*, ésta se hace necesaria *siempre*, aún en aquellos supuestos en que el mandato contenido en la norma aparece con toda *claridad* o evidencia. Porque interpretar, en sentido jurídico no es solamente aclarar cuando haga falta, sino *captar* en todo caso el *contenido* del precepto para aplicarlo a la realidad, y esta labor de captación es ya interpretativa.

Finalmente cabe hablar de una interpretación *objetiva* y otra *subjetiva*. La primera pretende investigar la *voluntad de la ley*, y la segunda indagar acerca de la *voluntad del legislador*. Hay que manejar el *logos* de lo humano, la *lógica de lo razonable*. El juez, ante una norma debe preguntarse por las *razones* que llevaron al legislador a dictarla, de modo que llegue a la conclusión más justa para resolver el problema planteado.

En la tarea interpretativa no existe "*el método*" de interpretación, sino diferentes caminos de interpretación que permiten *justificar* la interpretación adoptada. Los denominados métodos de interpretación no son más que herramientas que utiliza el jurista en su proceso argumentativo.

El CCyCN identifica como criterios de interpretación las palabras de la ley, o método gramatical, el recurso a las leyes análogas o método analógico, la remisión a las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos o interpretación lógico sistemática. Pondera así la interpretación *gramatical, lógico-sistemática, y finalista*.

La interpretación *gramatical* consiste en el análisis de las palabras y expresiones con que la norma se manifiesta. Este método implica además recurrir a trabajos preparatorios, discursos parlamentarios, informaciones públicas, cuyo examen puede arrojar luz sobre el auténtico sentido de una expresión.

La interpretación *lógico-sistemática* opera cuando el precepto a interpretar se pone en contacto con las otras normas de la estructura escalonada del derecho reguladoras de la misma relación jurídica o institución.

La interpretación *finalista* o *teleológica*, consiste en contemplar el precepto desde el punto de vista de los fines que con *el mismo se propone* el ordenamiento jurídico.

El recurso del argumento por analogía permite resolver un caso no previsto por el ordenamiento jurídico, aplicando la solución prevista por el legislador para *otro caso*. La analogía opera mediante la *comparación* de dos *supuestos de hecho*, el supuesto de hecho *no regulado* y el supuesto de hecho *regulado*. Toda vez que ambos supuesto son *semejantes* pero *distintos* deberán evaluarse los elementos *relevantes* de uno y otro caso a fin de considerarlos *semejantes* y aplicarles a ambos la *misma* solución normativa. El argumento por analogía es aquel que sobre la base del conocimiento de que dos o más objetos son *semejantes* respecto de una serie de *propiedades*, y que uno de ellos posee, además alguna *otra* propiedad, se afirma en la conclusión que el o los objetos restantes *también poseen* esa *otra* propiedad. No es una *conclusión lógica* sino una *comparación*. La validez del procedimiento analógico depende ante todo de dos factores: Deben presentarse, en lo posible, muchos casos *de* para ampliar la base de comparación. La validez de una analogía depende esencialmente de la *elección del punto de comparación* y de la determinación de las características comparadas. Esta elección no se basa tanto en el conocimiento racional, es una *decisión*, y por lo tanto, el ejercicio del *poder jurisdiccional*, lo que en la mayoría de los casos ocurre sin reflexión. La analogía se funda en la *decisión*, más o menos fundada del decisor de que las notas comunes verificadas entre ambos objetos son *esenciales* o *relevantes*. Si bien esta *afirmación de correspondencia*

puede gozar de un cierto o un alto grado de *verosimilitud*, carece de *seguridad*, por lo que el argumento analógico nunca deja de ser *probable*, pero *jamás seguro*.

La decisión judicial

El CCyCN en su artículo tercero establece como directiva que el juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión *razonablemente fundada*.

La referencia a la necesaria fundamentación de la sentencia adquiere particular importancia toda vez que el legislador pide del juez una decisión *razonablemente fundada*. Esto remite a determinar el concepto de *razonabilidad* y como paso previo el de *racionalidad*.

En el ejercicio de la jurisdicción el juez decide conforme a derecho y debe fundamentar sus sentencias en el orden jurídico. El fallo judicial no es sólo la conclusión necesaria de un silogismo, sino es siempre una *decisión*, que como tal, presupone una elección entre varias posibles sobre una cuestión debatida. Y esta elección debe estar explicitada en *razones*. No basta que el juez ejercite una opción entre distintas vías de acción, debe *justificar su decisión*, y esto no remite a la teoría y práctica de la argumentación jurídica.

El problema central de toda teoría de la argumentación estriba en la determinación e identificación de ciertos *criterios de racionalidad* de las sentencias.

Oliver-Lalana, (2006, 139) observa que la sentencia judicial como decisión normativa lleva una *pretensión de justificabilidad*. Esta pretensión demanda razones o argumentos que la sustenten. Argumentos que han de ser racionales, y en su carácter de *racionales* estriba precisamente su *aceptabilidad*.

La argumentación constituye un razonamiento formulado con el propósito de conseguir la *aceptación* o *rechazo* de una tesis determinada. La aceptación o rechazo de esa tesis dependerá de la eficacia o ineficacia de la argumentación que le sirve de apoyo. La necesidad de argumentar se presenta en toda decisión. Principalmente cuando no es posible brindar una demostración rigurosa de una posición adoptada. Más aún, incluso después de haber logrado la verificación de una tesis es necesario, además, *persuadir* a los demás por medio de una argumentación eficaz.

En el proceso de adjudicación o aplicación del derecho es necesario distinguir entre la *elaboración* y la *exposición* de la decisión judicial, es decir entre la *búsqueda de la conclusión* y su *justificación*. La decisión judicial implica una doble tarea: la de *buscar* la solución del caso planteado a la luz del ordenamiento jurídico por una parte, y al mismo tiempo, la de *justificar* ante las partes, los tribunales superiores y la sociedad, la *decisión adoptada*.

En este sentido, *justificar* significa *dar las razones* por las cuales se decidió de una manera determinada y no de otra. Razones y argumentos que han de ser *racionales*. El carácter racional de los argumentos lleva a su *aceptabilidad*. En todo proceso de aplicación del derecho se desarrollan ambas tareas, la de elaboración y la de exposición de la decisión, la de búsqueda y justificación de la decisión. La decisión judicial *no se reduce a un mero proceso de subsunción*, sino que ésta representa solamente la última fase del proceso de decisión judicial. La subsunción no resuelve la totalidad de los casos judiciales.

La sentencia se presenta formalmente como la *derivación lógica* del ordenamiento jurídico. Pero la *presentación* de la sentencia bajo la forma de un *silogismo*, en realidad es *precedida* de una actividad compleja desarrollada por el juez de *selección* de las *normas* (premisa mayor), y la *selección* de los *hechos relevantes* (premisa menor) para la solución del caso.

Por tal razón, todo supuesto de *aplicación del derecho*, requiere del juzgador una actividad previa de *selección de normas a aplicar* y de *selección de hechos relevantes a considerar*. Esta selección implica que la actividad de aplicación del derecho es *valorativa* y no *exclusivamente lógica*.

La lógica no da respuesta en los casos de *incertidumbre* acerca de las normas aplicar, en caso en que las normas a aplicar sean *contradictorias*, o en el caso de que el juez deba *preferir* aplicar una norma y no otra *también* aplicable al caso. Por ejemplo, cuando en un caso de ejercicio de la *libertad de prensa* se invoca por un tercero su *derecho a la intimidad*. Ambos son derechos de raigambre constitucional y de igual jerarquía normativa: el derecho a la información y el derecho a la intimidad, pero ante un conflicto de intereses el juez debe decidir cuál de ambos derechos *prevalecerá* en el caso planteado.

La aplicación del derecho por parte del juez genera la necesidad de resolver el problema de la posibilidad del juez de *elegir* entre una o más soluciones. Ante una

pluralidad de normas aplicables es necesario elegir *una*. Y esa elección se efectúa mediante una *valoración*. (Catenacci, 2004, 176)

El caso está sometido a la ley por subsunción *sólo después* que el juez mediante un proceso de *selección y valoración* la considera aplicable al caso planteado.

Mientras en el silogismo la verdad de las premisas se traslada *necesariamente* a la conclusión, siempre que la inferencia se haya establecido correctamente, no ocurre lo mismo cuando se trata de pasar de un *argumento* a una *decisión*. La aplicación del derecho es un procedimiento analógico, donde *la ley (deber ser)* y *el caso (ser)* se elaboran *interrelacionados* de tal forma uno con el otro, que de la *ley abstracta* mediante el proceso de *interpretación*, resulta un *tipo legal concreto* mediante una *construcción normativa*, donde el *tipo legal* y la *situación fáctica* se corresponden (Kaufmann, 1999, 113).

Esta correspondencia entre el *tipo legal* y la *situación fáctica* se realiza mediante un procedimiento de *analogía* ya que ningún caso de la realidad es *igual a otro*. Esto hace que en todo proceso de *aplicación del derecho* entren en juego factores valorativos.

La creación judicial del derecho tiene lugar en dos actos separados uno del otro: la tarea de la *comprobación de los hechos*, donde el juez en forma equidistante reflexiona a partir del *conocimiento puro* acerca de una situación fáctica hasta ahora desconocida por él, sin mezclar ningún elemento subjetivo, con intención de *verdad*, teniendo que *reconstruir* desde el pasado, y la tarea de *aplicación del derecho*, que sucede temporalmente después de la comprobación de los hechos que consiste en la tarea de determinar interpretativamente y con intención de *justicia* el *sentido* y el *alcance* de una norma o normas ya confeccionadas o dadas de antemano.

El *caso* y la *norma* constituyen así la *materia prima* de un proceso metódico. Ambos elementos de la decisión judicial deben ser *elaborados y coordinados* mutuamente. La *norma* pertenece al *deber ser*, como *forma abstracta general*. El *caso*, en cambio, pertenece al mundo del *ser*. Corresponde al juez extraer de la *norma* el *sentido concreto* relacionado con el caso. El juez *halla* en la norma la *solución* del caso.

Principio de racionalidad

Las cuestiones que conlleva la tarea de adjudicación del derecho hacen que el problema central de toda teoría de la argumentación estribe en la determinación de

la existencia, identificación y determinación de *criterios de racionalidad* de las sentencias. En la identificación de los criterios que aseguran la racionalidad de la decisión jurídica y en la posibilidad de predicar bajo qué condiciones es dable considerar una sentencia como una decisión racional.

Un primer criterio, básico y esencial, será el de afirmar que una decisión es racional cuando es una *decisión justificada*.

La decisión justificada en este sentido no debe ser necesariamente verdadera ni justa desde el punto de vista objetivo. Una decisión justificada es aquella que procede de un razonamiento respetuoso y riguroso de las reglas de la lógica y de la argumentación jurídica, y que construye la decisión en base a normas relevantes y pertinentes. En expresiones de Wróblewski (2008,46) una decisión es justificable cuando es el resultado de una *argumentación apropiada*.

Caso contrario, la decisión que no cumpla con este criterio, una decisión no está justificada. Que no resulta de una argumentación apropiada, no será una *decisión aceptable o plausible*.

Este primer criterio de racionalidad que afirma que toda decisión es racional cuando es una *decisión justificada* se aplica tanto a la ley como a las decisiones judiciales. Se aplican a todas las *decisiones jurídicas*.

Las decisiones jurídicas normativas- afirma Oliver- Lalana (2006,140) no sólo son adoptadas en el momento de *aplicar* el derecho sino también en el momento de su *creación*, de modo tal que toda decisión normativa deba ser justificada mediante argumentos racionales ya que de otra forma no podrá presentarse como *legítima*.

La argumentación legislativa debe da cuenta de dos *momentos* de la producción normativa. El de la *creación* de la ley y el de su *formulación escrita*. Deben expresarse los argumentos que justifican de la decisión acerca del contenido del producto normativo, y los argumentos que justifican la *formulación de la ley*.

El primero, referido a la *decisión jurídica*, el segundo a su *formulación textual*. En el primer caso, la justificación remite a los argumentos expresados en la discusión acerca del *contenido* de la ley. Lo que implica la justificación racional de la decisión política de crear la ley, sus fines y objetivos, los medios idóneos para lograr los fines propuestos.

A continuación, la argumentación legislativa se ocupa de la plasmación textual, la *formulación lingüística* de la decisión política. Se somete a discusión el *texto* original lo que provoca su eventual reformulación.

La legitimidad de las leyes por ende no sólo depende del *procedimiento* democrático de legislación sino también y acumulativamente de la *racionalidad* y de la *comunicación pública* de los argumentos que la justifican. De tal manera que la comunidad jurídica pueda conocer y comprender las razones que presentan los representantes para justificar las leyes que promulgan. Concluye Oliver-Lalana que en todo proceso de producción legislativa en el cual no se haya producido la exposición de argumentos justificatorios de los momentos de creación de la ley y de su formulación escrita, con ausencia de debates, razones, y participación de la comunidad jurídica, la ley tendrá *legitimación formal*, pero carecerá de *legitimidad normativa*, no puede presentarse como legítima.

Retomando el concepto de racionalidad, cuando se atribuye *racionalidad* a la ley, se quiere significar que no existen en el sistema *contradicciones* o *inconsistencias*.

La racionalidad de la ley debe entenderse en este sentido como *consistencia lógica*. La racionalidad hace a la *forma* de derivación normativa. Esta dimensión constituye la *racionalidad técnica*. Cuando se atribuye racionalidad a las decisiones judiciales se quiere significar que el acto jurisdiccional debe respetar las reglas de la lógica deductiva y los principios de la racionalidad práctica: consistencia coherencia, y generalización.

La literatura no ofrece criterios uniformes de racionalidad judicial. Se objeta e este respecto que es cuestionable que la praxis judicial sea vista desde un paradigma unidimensional de racionalidad, y a todo evento que resulta imposible establecer una ordenación *fija* de criterios de racionalidad.

Se puntualiza además que debe asumirse el hecho que no puede eliminarse de las decisiones judiciales el sesgo natural de las intuiciones y percepciones subjetivas de los jueces. Por estas razones los criterios enunciados pueden darse en menor o mayor medida como *garantía de objetividad* y pretensión de exclusión de decisiones inaceptables o arbitrarias. Nozick (1993,15) afirma que en aras de la objetividad de las decisiones judiciales los criterios de racionalidad son un medio para que superemos o moderemos nuestros propios deseos, esperanzas y sesgos particulares.

Bernal Pulido identifica los siguientes criterios (2005,61):

El primero es el de la *claridad y consistencia conceptual*. El criterio de la claridad implica que el significado de los argumentos pueda ser *comprendido* por las partes que intervienen en el proceso y por la comunidad jurídica y política. Los argumentos interpretativos utilizados por el tribunal deben seguir las reglas lingüísticas de la comunidad. El criterio de la *consistencia conceptual*, se refiere a la no contradicción de los argumentos y al uso constante de los conceptos que componen tales argumentos. Esto quiere decir que el tribunal debe atribuir a los mismos conceptos siempre los mismos significados.

El segundo criterio es el de *consistencia normativa*: El fundamento de las sentencias será tanto más racional cuanto más se funde en argumentos que puedan justificar los mismos resultados interpretativos cuando se apliquen a hechos idénticos o análogos. La aplicación de los mismos argumentos a hechos distintos o la producción de resultados interpretativos diferentes deben ser siempre justificadas.

El tercer criterio es el de *saturación*. Todo argumento debe ser completo, es decir, debe contener todas las premisas que le pertenezcan. El cuarto y quinto criterio lo constituye el respeto de la lógica deductiva y las cargas de la argumentación.

El sexto criterio lo constituyen la *consistencia* y la *coherencia argumentativas*. La *consistencia argumentativa* requiere la ausencia de contradicciones entre las proposiciones que componen los argumentos. El criterio de coherencia exige que las proposiciones utilizadas en el fundamento de las decisiones encuentren sustento en las reglas, en los valores comunes o en los principios generales. Así una nueva proposición interpretativa producida en este sistema es tanto más coherente: cuanto más encuentre respaldo en otras proposiciones del sistema o en premisas normativas, analíticas o empíricas que sustenten también otras proposiciones del mismo sistema, cuanto más responda a las reglas de preferencia o de prioridad estatuidas por el sistema, y cuanto más se base en conceptos generales propios del sistema.

Por lo tanto, los criterios de racionalidad de las sentencias enumerados por la doctrina constituyen *ideas regulativas* orientadas a la praxis judicial y operan como criterios para valorar, criticar y analizar las decisiones y motivaciones de los tribunales.

Principio de razonabilidad

Cuando se atribuye *razonabilidad* a la ley se subraya la *conexión* entre la moral y el derecho, y se requiere que la ley incluya elementos de *moralidad*, de tal manera que el derecho, además del *principio de racionalidad*, cumpla con el *principio de razonabilidad*. El derecho así, constituye el resultado del ejercicio de la *razón práctica*.

Distintos autores han esbozado este principio: *Nino* ha expresado que no todo *principio moral es una norma jurídica, pero en cambio, toda norma jurídica que tiene un rol de razón operativa en el razonamiento práctico es un juicio moral especial*, y *Herber Hart*, admitió un cierto *contenido mínimo del derecho natural*.

Bernal Pulido identifica dos criterios de razonabilidad. Según un criterio propuesto por *Manuel Atienza*- la razonabilidad sería un concepto *subsidiario* de la *estricta racionalidad* de los procedimientos y razonamientos que conducen a las decisiones jurisprudenciales.

Según *Atienza* una decisión es *estrictamente racional* si respeta las reglas de la lógica deductiva, si respeta los principios de la racionalidad práctica (consistencia, coherencia, generalidad y honestidad), si encuentra fundamento e una fuente jurídica, y si no está fundada en criterios éticos o políticos no previstos por el ordenamiento jurídico.

Cuando no es posible reunir estos cuatro requisitos, como en los casos difíciles, entonces, debe adoptarse una *decisión razonable*.

Una decisión es razonable: si presenta un *punto de equilibrio* entre las exigencias contrapuestas que necesariamente deben tenerse en cuenta en el caso concreto, y si ella es *admisible* para la comunidad, entendida como un auditorio ideal.

Este objetivo puede alcanzarse mediante la búsqueda de mayor número posible de *argumentos compartidos* para poder fundamenta una *ponderación adecuada* de las exigencias jurídicas que se contrapongan en el caso.

En otro significado, más restringido, una decisión razonable es una decisión *no arbitraria*, es decir, fundada en una *razón jurídica* legítima.

La CSJN en distintos pronunciamientos ha caracterizado la razonabilidad como la adecuación de medios y fines, justificada por los hechos y las circunstancias que le

han dado origen y por la necesidad de salvaguardar el interés público comprometido. Lo razonable en sentido jurídico político supone equilibrio, moderación, armonía. Lo razonable es lo axiológicamente válido según las circunstancias del caso, lo oportuno, lo conveniente en función de todos los valores.

Como conclusión, admitir la distinción entre *racionalidad* y *razonabilidad* implica admitir la existencia de *sistemas jurídicos lógicamente racionales pero injustos y carentes de razonabilidad*. Consiste en afirmar que el derecho no se agota en la *racionalidad técnica*, sino se fundamenta en *criterios morales* en *criterios de razonabilidad*.

Bibliografía

AARNIO, Aulis, (1991) *"Lo racional como razonable"*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

ALEXY, Robert, (1989) *"Teoría de 3a argumentación jurídica"*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

ATIENZA, Manuel, (1991) *"Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica"*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

ATIENZA, Manuel, (1993) *"Tras la justicia"*, Ariel, Barcelona.

BERNAL PULIDO, Carlos (2005) *"El Derecho de los derechos"*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

BULYGIN, Eugenio (2006) *"Sobre el problema de la objetividad del derecho"*, en Cardinaux, Nancy, *"Las razones de la producción del derecho: argumentación constitucional, argumentación parlamentaria y argumentación en la selección de los jueces"*, Facultad de Derecho, UBA, Buenos Aires.

CARDINAUX, Nancy (2006) *"Las razones de la producción del derecho: argumentación constitucional, argumentación parlamentaria y argumentación en la selección de los jueces"*, Facultad de Derecho, UBA, Buenos Aires.

CASANOVAS I ROMEU, Pompeu, y MORESO I MATEOS, Josep Joan, *"Argumentació i pragmàtica del dret"*, Edicions de la Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, 1998

CATENACCI, Imerio Jorge (2001), *"Introducción al derecho"*, Astrea, Buenos Aires.

CATENACCI, Imerio Jorge (2004), *"Introducción a la teoría del derecho"*, Virtudes, Salta.

DEHESA AVILA, Gerardo (2004) *"Introducción a la retórica y la argumentación"*, Suprema Corte de la Justicia de la Nación", México.

ENGISCH, Karl, (1990) *"Introducción al pensamiento jurídico"*, Guadarrama, Madrid,

FETERIS, Eveline, (2007), *"Fundamentos de la argumentación jurídica"*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

GARCIA MAYNES, Eduardo, (1994) *"Lógica del raciocinio jurídico"*, Fontamara, México.

HOLLANDER, Pavel (2006), "Interpretación de las normas jurídicas constitucionales: un rompecabezas metodológico", en Cardinaux, N. "Las razones de la producción del derecho: argumentación constitucional, argumentación parlamentaria y argumentación en la selección de los jueces", Facultad de Derecho, UBA, Buenos Aires.

GHIRARDI, Olsen, (1987) "*Lógica del proceso judicial*", Marcos Lerner Editora, Córdoba, Argentina.

HERNANDEZ GIL, Antonio, (1995) "*El abogado y el razonamiento jurídico*", Madrid.

KAUFMAN, Arthur, (1999) "*Filosofía del derecho*" Universidad Externado de Colombia.,

KLUG, Ulrich, (1990) "*Lógica jurídica*", Temis, Colombia.

MANS PUIGARNAU, Jaime, (1969) "*Lógica para juristas*", Bosch, Barcelona.

MARTINEAU, Francois, (200) "*Técnicas de argumentación del abogado*", Bosch, Barcelona.

NINO, Carlos S. (1992) "*Fundamentos del derecho constitucional*", Astrea, Buenos Aires.

NOZICK, Roberto (1993) "*La naturaleza de la racionalidad*", Paidós, Barcelona.

OLIVER-LALANA, Daniel (2006), "Argumentación parlamentaria y legitimidad de las leyes", en Cardinaux, N. Las razones de la producción del derecho: argumentación constitucional, argumentación parlamentaria y argumentación en la selección de los jueces", Facultad de Derecho, UBA, Buenos Aires.

ROIG, Rafael de Asis, (1995) "*Jueces y normas*", Marcial Pons, Madrid.

;

WESTON, Anthony, (1994) "*Las claves de la argumentación*", Ariel, Barcelona.

WROBLEWKI, Jerzy (2008), "*Sentido y hecho en el derecho*", Fontamara, México.