

**LAS SENTENCIAS JUDICIALES Y LOS VALORES JURÍDICOS,  
ARGUMENTACIÓN Y PONDERACIÓN: A PROPÓSITO DEL ART.  
2 DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN  
ARGENTINA**

Nicolás J. Negri<sup>1</sup>

NEGRI, N. J. Las sentencias judiciales y los valores jurídicos. Argumentación y ponderación: a propósito del art. 2 del nuevo código civil y comercial de la nación Argentina. *Rev. Ciênc. Juríd. Soc. UNIPAR*. Umarama. v. 18, n. 2, p. 163-186, jul./dez. 2015.

**RESUMEN:** La valoración constituye una realidad evidente y propia del hombre. En la tarea de juzgar, en la resolución de controversias, la valoración es una actividad que va inserta con la función jurisdiccional. Su interacción con la Constitución y los procesos judiciales exige la ponderación en caso de conflicto de principios jurídicos.

**PALABRAS CLAVE:** Juicio de valor. Valoración de bienes jurídicos. Valores.

---

**1. VALORACIÓN, VALOR Y VALORES JURÍDICOS: NOCIONES PRELIMINARES**

Yo valoro, tú valoras, el juez valora, todos valoramos. La valoración constituye una realidad evidente y propia del hombre. Valoramos las cosas más dispares: el agua, el vino, la salud, los libros, los dispositivos electrónicos, los estados de ánimos, las acciones, etcétera<sup>2</sup>.

En la tarea de juzgar, en la resolución de controversias, la valoración es una actividad que va inserta con la función jurisdiccional<sup>3</sup>. Quizás como en ninguna otra labor humana el juez pretende -en su decisión - no sólo el equilibrio entre todos los valores jurídicos, sino su maximización: aquí un sentido platónico de justicia<sup>4</sup> o, quizás, la “creación de igualaciones de libertad”, es decir, dar

DOI: <https://doi.org/10.25110/rcjs.v18i2.2015.5852>

<sup>1</sup>Magister en Derecho y Magistratura Judicial. Profesor de la Universidad Nacional de La Plata; Universidad Austral (Argentina). Funcionario judicial de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires.

<sup>2</sup>Grajales, Amós A. y Negri, Nicolás J., *Argumentación Jurídica*, ed. Astrea, Buenos Aires, 2014, p. 237.

<sup>3</sup>Recaséns Siches, Luis, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, 19ª ed., Porrúa, México, 2008, p. 172; ídem, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1956, pp. 226-227. Cossio, Carlos, *El derecho en el derecho judicial. Las lagunas del derecho. La valoración judicial*, ed. El Foro, Buenos Aires, 2002. Ezquiaga Ganuzas, Francisco, “Los juicios de valor en la decisión judicial”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n. 1, San Sebastián, 1984, pp. 33-60.

<sup>4</sup>Gómez Robledo, Antonio, *Meditación sobre la justicia*, Fondo de Cultura Económica, México,

aquello que le falta a alguien para estar en situación de igualdad con el que está interfiriendo en su conducta<sup>5</sup>. Por lo tanto, si se trata de solucionar conflictos, se debería prestar suma atención – con antelación a cualquier otro aspecto – a los valores jurídicos; no a cualquiera de ellos, sino a los que el juez tenga que elucidar para adoptar la sentencia; luego se podrá discutir sobre los criterios de valoración y sobre las normas y principios que hará valer para sostener su decisión, o sobre el razonamiento que realizará – y expondrá – para que el fallo sea aceptable o razonable, conforme a los estándares legales y constitucionales (arts. 3, Código Civil y Comercial de la Nación Argentina; 34 inc. 4, 163 incs. 5 y 6, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina; 18, Constitución de la Nación Argentina).

Ahora bien, qué significan los vocablos “valor” y “valorar”, íntimamente relacionado entre sí. Según el Diccionario de la Real Academia Española, “valor” significa – en una primera acepción – el grado de utilidad o aptitud de las cosas, para satisfacer las necesidades o proporcionar bienestar o deleite. En el sentido filosófico del término es la cualidad que poseen algunas realidades, consideradas bienes, por lo cual son estimables. Los valores tienen polaridad en cuanto son positivos o negativos, y jerarquía en cuanto son superiores o inferiores. Por su lado, “valorar” significa reconocer, estimar o apreciar el valor o mérito de alguien o algo, e implica realizar un juicio.<sup>6</sup>

Los valores – en cuanto bienes – aparecen así como realidades que mejoran o enriquecen la condición vital del hombre, en tanto que los valores jurídicos constituyen los mismos bienes –individuales o colectivos – pero que se articulan en las relaciones de justicia (alteridad<sup>7</sup>), dentro del orden social, y, por

---

1982.

<sup>5</sup>Cossio, Carlos, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, 2ª ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964, pp. 284-308; ídem, *La teoría egológica del derecho. Su problema y sus problemas*, pp. 22-26; ídem, “Justicia”, revista *La Ley*, 126-1037.

Para Finnis el complejo concepto de justicia comprende tres elementos. El primero lo denomina la “orientación hacia el otro”: la justicia tiene que ver con las relaciones y tratos de cada uno con otras personas; es “intersubjetiva” o interpersonal. El segundo es el de “el deber”, lo que le es adecuado o debido (*debitum*) a otro, y, en consecuencia, el de aquello a lo que esa otra persona tiene derecho. Y el tercer elemento lo llama “igualdad”, y dice que debe ser entendido en un sentido analógico, es decir que puede estar presente de maneras bastante variadas (Finnis, John, *Ley Natural y Derechos Naturales*, trad. Cristóbal Orrego, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, pp. 191-193).

<sup>6</sup>Diccionario de la Real Academia Española, 22ª ed., voces “valorar” y “valor”.

<sup>7</sup>Una de las notas características del derecho y de la justicia consiste en la alteridad o intersubjetividad. Es un aspecto de una relación social; decir relación al “otro” significa que lo que tiene razón de bien y de recto –lo virtuoso– es el equilibrio o armonía –proporción– entre dos o más sujetos, esto, es la armonía entre personas, que viene determinada por la proporción de las personas respecto de una cosa: que se dé justamente el derecho del otro.

La relación de justicia requiere dos o más sujetos en distinta y complementaria posición; acreedor –el titular del derecho– y deudor. La razón está dada por el mismo concepto de justicia: dar a cada uno

tales, son objeto de tutela jurídica<sup>8</sup>. La diferencia no es ontológica, sino circunstancial por el orden relacional en el que se presentan.

## 2. LA INCORPORACIÓN DE LOS VALORES AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO

Para una concepción del derecho, la separación entre el derecho y la moral fue un paso fundamental para el surgimiento de la “ciencia jurídica”, en la Edad Moderna (Thomassio, Kant, entre otros), puesto que fueron delimitados los objetos de estudio de ambas ramas del saber, siendo este tema uno de los postulados básicos. Sin embargo, como es sabido, dicha separación se fue resquebrajando durante el siglo XX, sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial y el enjuiciamiento de los jerarcas nazis en el Tribunal de Nüremberg, momento a partir del cual fueron surgiendo distintas corrientes de pensamiento que pusieron en jaque tal división, como es el caso de Radbruch y su fórmula “la injusticia extrema no es Derecho”.

Hoy en día, en sistema jurídico argentino, ya no se puede poner en discusión la presencia de valores. La reforma de la Constitución en 1994 constituyó todo un hito mediante la constitucionalización de varios tratados de derechos humanos, en cuyas disposiciones existen numerosos valores. Ahora, es el turno del Código Civil y Comercial en su art. 2 °, al exigir que la interpretación de las

---

lo suyo. La justicia se ordena al otro en lo que atañe a su condición de titular de cosas suyas para establecer o restablecer el orden justo.

Por eso, lo que importa es la voluntad de implantación del orden justo, no la afección o el ánimo con que se contemple al otro, esto es, no interviene la relación entre las subjetividades de las partes. La justicia se consume de preferencia en una acción externa: “lo que primeramente importa en la esfera de lo justo y de lo injusto, es la acción exterior del hombre”. El “otro” no es, propiamente, alcanzado ni tocado por el temple subjetivo de mi ánimo, por lo que yo opine, piense, sienta o quiera, sino por lo que haga. Se puede ser justo prescindiendo de la íntima disposición del sujeto agente (Cfr. Hervada, Javier, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, ed. Eunsa, Pamplona, 1992, p. 143. Pieper, Josef, *Las Virtudes Fundamentales*, 3° ed., Rialp, Bogotá, 1988, p. 108.).

Ser justo significa en este sentido reconocer al otro en cuanto otro, o lo que viene a ser lo mismo, estar dispuesto a respetar cuando no se puede amar. La justicia enseña que hay otro que no se confunde conmigo, pero que tiene derecho a lo suyo. El individuo justo es tal en la medida misma en que confirma al otro en su alteridad y procura darle lo que le corresponde (ídem).

La justicia es el bien del otro, dice Aristóteles.

<sup>8</sup>El derecho considera el obrar humano en orden a las relaciones sociales que constituyen el entramado de ‘lo justo’, en orden al mantenimiento y protección de la igualdad en la distribución de bienes y cargas que realiza el poder político, como el equilibrio que debe verificarse en las conmutaciones que se hagan en la sociedad, ya se con motivos del intercambios de bienes o con el ataque o interferencia lesiva en el derecho de las personas, generándose el deber de restitución, de restablecimiento de la situación de derecho (de dar al lesionado lo suyo; Sanz, Carlos, “Apostillas en torno al tema de la responsabilidad”, en *Prudentia Iuris*, XI, Rev. de la U.C.A., ed. Universitas, Buenos Aires, 1983, pp. 43-44; Hervada, *Lecciones...*, op. cit., p. 89.).

leyes deba ser realizado teniendo en cuenta los principios y valores jurídicos, y todo ello en forma coherente con todo el ordenamiento jurídico.

Así, lo expresado Lorenzetti en el voto que formulara en la causa “Simón”: “La incorporación de los tratados sobre derechos humanos especificados en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional es una decisión de los constituyentes, *que los poderes constituidos no pueden discutir*. La función de los jueces es claramente interpretativa, basada en un juicio de ponderación, con sustento en los principios de armonización, complementariedad, y pleno significado de todas las disposiciones” (la cursiva me pertenece)<sup>9</sup>.

De esta manera, el estudio de los valores no puede ser ignorado en el derecho de nuestro país. Debe ser objeto de un análisis serio y profundo para que la ley deba ser debidamente aplicada de conformidad con las pautas constitucionales y legales vigentes hoy en día.

Encarar el estudio de los valores no es algo fácil. Desde la misma filosofía en general se han planteado cuestiones básicas, tal como se puede constatar en las obras de José Ortega y Gasset (*¿Qué son los valores? Una introducción a la Estimativa*, Revista de Occidente, Madrid, 1923) y Risieri Frondizi (*¿Qué son los valores?*, ed. Fondo de Cultura Económica, 1958).

En el ámbito del derecho, los valores son estudiados dentro de la llamada “axiología jurídica” (también denominada ), que constituye uno de los temas de la Filosofía del Derecho que se ocupa de la dimensión valorativa del derecho y que tiene como misión esclarecer dicha estructura, estableciendo cuáles son los valores jurídicos, sus caracteres, relaciones, el problema de la jerarquía, etcétera<sup>10</sup>.

En la axiología jurídica se presentan tres problemas fundamentales en torno a los valores<sup>11</sup>:

a) la cognoscibilidad objetiva de los valores y su fundamento ontológico-

<sup>9</sup>Causa S. 1767. XXXVIII., “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. (Poblete) -causa N° 17.768-”, sent. del 14-VI-2005, *Fallos*, 328:2056.

<sup>10</sup>A comienzos del siglo XX se difundieron en el pensamiento occidental las doctrinas de las escuelas fenomenológica (Max Scheler y Nicolai Hartman; en juristas como Carlos Cossio, Recaséns Siches) y neokantiana (Wilhelm Windelband y Heinrich Rickert –Escuela de Baden- ; en juristas como Kelsen, Stammler y Del Vecchio), y en lo que respecta a la axiología en el campo de la filosofía jurídica empezó a hablarse de los “valores jurídicos”. En razón de ello, muchos filósofos del derecho se vieron en la necesidad de exponer su propio pensamiento acerca del tema, cuyos rasgos generales son los siguientes: a) la despreocupación o equivocidad con el manejo de la noción de “valor”; b) por la multiplicidad y disparidad de “tablas” o “plexos” de valores propuestos; c) por el lenguaje poco preciso y farragoso que vuelve confuso y a veces ininteligible el sentido último de las doctrinas; d) por el hecho de casi todas estas exposiciones tienen por fundamento no explicitado una concepción platónica de lo real y del valor que considera a este último como una esencia pura, a priori, e irreal que no existe sino que vale (Massini Correas).

<sup>11</sup>Massini Correas, Carlos L., *El derecho, los derechos humanos y el valor del derecho*, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, p. 175 y ss.

co (tesis cognoscitivistas y no cognoscitivistas)<sup>12</sup>;

b) la imprecisión lingüística: por el lenguaje poco preciso, confuso y farragoso que vuelve a veces ininteligible la exposición del tema, y

c) la multiplicidad de plexos valorativos: por la disparidad de “tablas” o “plexos” de valores propuestos.

Con relación a la primera problemática, se trata de saber si caben juicios objetivos acerca de valores, y esto en una doble sede, teórica y práctica. En sede teórica por cuanto que de la respuesta que se dé a ese interrogante, dependerá el que se considere viable o no la elaboración de una teoría de la justicia o de los valores jurídicos, en general que pueda pretenderse racional y no puramente arbitraria o meramente ideológica. En sede práctica por cuanto que la práctica del derecho es esencialmente praxis decisoria y es ineludible plantearse si cabe racionalidad para los valores que guían las decisiones jurídicas (García Amado)<sup>13</sup>.

En lo que respecta al segundo de los problemas, la cuestión se asienta en la despreocupación o equivocidad en el manejo de la misma noción fundamental de “valor”. El tema se presenta difícil a raíz de la ausencia de una clara distinción entre fines y valores en el ámbito del derecho, refiriéndose a estos conceptos de forma indistinta, lo que genera más confusión (Mouchet y Zorraquín Becú)<sup>14</sup>. Otros hablan de ideas y valores (Coing)<sup>15</sup>.

Desde la doctrina tradicional (realismo clásico), los “fines del derecho” son considerados como “bienes” (Villey, Sancho Izquierdo, Casares, Massini), dejando de lado la temática del “valor”, la que sólo arroja confusión y plantea pseudo-problemas.

En cuanto a lo segundo, por ejemplo García Máynez expone el siguiente criterio clasificatorio: a) los valores jurídicos fundamentales: justicia, seguridad y bien común; b) los valores jurídicos consecutivos: libertad, igualdad y paz social; y c) los valores jurídicos instrumentales. Carlos Cossio, por su parte, enumera siete valores: orden, seguridad, poder, paz, cooperación, solidaridad y justicia<sup>16</sup>. Batiffol, Radbruch, Henkel y otro más enumeran tres: justicia, seguridad y bien común<sup>17</sup>.

<sup>12</sup>En cuanto a las distintas posturas o corrientes puede verse Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed. Astrea, Buenos Aires, 2012, p. 383. Grajales y Negri, *Argumentación Jurídica*, op. cit. p. 268-270.

<sup>13</sup>García Amado, Juan Antonio, “La filosofía del derecho y sus temas: sobre la no necesidad de la ‘teoría del derecho’ como sucedáneo”, *Persona y Derecho*, Universidad de Navarra, n. 31, 1994, p. 128.

<sup>14</sup>Mouchet, Carlos y Zorraquín Becú, Ricardo, *Introducción al Derecho*, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970, pp. 49-77.

<sup>15</sup>Coing, Helmut, *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, ed. Bosch, Barcelona, 1961, p. 158 y ss.

<sup>16</sup>Cossio, Carlos, *La teoría egológica del derecho y el concepto de libertad*, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964, pp. 564-629.

<sup>17</sup>Batiffol, Henri, *Problemes de la base de philosophie du droit*, L.G.D.J., Paris, 1979, pp. 394-397. Henkel, Reinrich, *Introducción a la filosofía del derecho*, ed. Taurus, Madrid, 1968, p. 464 y ss.

Junto con el plexo axiológico se plantea el conflicto entre ellos (justicia y seguridad; libertad y orden; etc.) y el establecimiento de una jerarquía entre dichos valores.

En síntesis, el panorama que se presenta no es sencillo en materia de valores. Por un lado, la falta de precisión en el uso del lenguaje, por otro, la diversidad de opiniones y, a la par de ellos, el rechazo de la problemática (en materia de valores lo que no falta son diferencias).

### **3. CARACTERIZACIÓN DE LOS VALORES. SIMILITUDES Y DIFERENCIACIÓN CON LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS. LA PONDERACIÓN. ¿QUÉ FUNCIÓN DESEMPEÑAN LOS VALORES JURÍDICOS?**

En la Filosofía del Derecho, se considera que los principios y los valores están estrechamente vinculados entre sí en un doble sentido: por una parte, de la misma manera que puede hablarse de una colisión de principios y de una ponderación de principios, puede también hablarse de una colisión de valores y de una ponderación de valores: por otra, el cumplimiento gradual de los principios tiene su equivalente en la realización gradual de los valores<sup>18</sup>.

Sin embargo – se dice – que entre ambas nociones existe una diferencia importante. Los principios son mandatos de un determinado tipo; son mandatos de optimización y que, en el orden de los conceptos prácticos (von Wright), pertenecen al ámbito deontológico. Los valores, en cambio, son ubicados dentro de los conceptos axiológicos que se caracterizan por el concepto de lo bueno: la variedad de los conceptos axiológicos resulta de la variedad de los criterios de acuerdo con los cuales algo puede ser calificado de bueno (se usan conceptos de esta naturaleza cuando algo es catalogado como bello, seguro, económico, democrático, liberal o propio del Estado de derecho). En el axiológico el juicio de valor se ejemplifica como: “X es bueno”, en tanto que en el campo deontológico el juicio de obligación se ejemplifica como: “X es debido”<sup>19</sup>.

Volviendo a la idea de valor, siguiendo la exposición de Robert Alexy, se precisa que quien tiene un valor expresa un *juicio de valor* y realiza una *valoración*. Los juicios de valor y los conceptos de valor en ellos empleados son divididos en tres grupos: clasificatorios, comparativos y métricos. El profesor de Kiel expone que un juicio de valor clasificatorio se expresa cuando, por ejemplo, una determinada Constitución es catalogada como buena o mala; el aporte de los conceptos de valor clasificatorios se limita a la catalogación de los objetos sobre los que hay que juzgar en aquellos que poseen un valor positivo y aquellos

<sup>18</sup>Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 138.

<sup>19</sup>Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 139-141.

que tienen un valor negativo, como así también – en caso de que lo permitan los criterios de ponderación – aquellos que tienen un valor neutro. Los conceptos de valor comparativos permiten valoraciones más diferenciadas; son utilizados cuando de dos objetos se dice que el uno tiene un valor superior al otro o que ambos tienen el mismo valor. Enunciados valorativos comparativos como “La Constitución X es mejor que la Constitución Y” o “Ambas Constituciones son igualmente buenas” expresan juicios de preferencia o de equivalencia. Las valoraciones más exactas son las que posibilita un concepto de valor métrico, que es utilizado cuando al objeto que hay que valorar se le atribuye un número que indica un valor. Un ejemplo modélico de una valoración métrica se da cuando se expresa el valor de un inmueble con una suma de dinero. Con la ayuda de conceptos de valor clasificatorios se puede decir que algo tiene un valor positivo, negativo o neutral; con la ayuda de conceptos de valor comparativos, que a un objeto que hay que valorar le corresponde un valor mayor o el mismo valor que a otro objeto y, con la ayuda de conceptos de valor métricos, que algo tiene un valor de determinada magnitud. Siempre se trata aquí de juicios acerca de que algo tiene un valor.

En cuanto a la aplicación, se sostiene que los derechos – especialmente los llamados “fundamentales” – deben aplicarse por medio del principio de proporcionalidad, en razón del carácter de principio – es decir, de mandato de optimización<sup>20</sup> (también aplicable por su similitud al valor en cuanto “lo mejor”<sup>21</sup>) – que tienen las normas constitucionales que lo establecen. Asimismo, se entiende que la proporcionalidad presenta tres subprincipios (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), siendo el más destacado de ellos, la llamada “ley de la ponderación” y la “fórmula del peso” contenido en el último subprincipio<sup>22</sup>.

<sup>20</sup>La tesis central de Alexy es que las normas de derecho fundamental, además del concebido carácter de regla, pueden tener el carácter de principio. Cuando tienen este carácter, tales normas deben entenderse como mandatos de optimización que ordenan que el objeto protegido por el derecho fundamental se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas.

<sup>21</sup>Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 147.

<sup>22</sup>Una síntesis acerca del funcionamiento de los principios es formulada por Atienza, que explica que los dos primeros subprincipios (idoneidad y necesidad) se refieren a la optimización en relación con las posibilidades fácticas. Significa que una medida (una ley, una sentencia, etc.) que limita un derecho (un bien de considerable importancia) para satisfacer otro, debe ser idónea para obtener esa finalidad y necesaria, o sea, no debe ocurrir que la misma finalidad pudiera alcanzarse con un coste menor. El tercer subprincipio (proporcionalidad en sentido estricto), por el contrario, tiene que ver con la optimización en relación con las posibilidades normativas. La estructura de la ponderación, siempre según Alexy, consta de tres elementos: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación. La ley de la ponderación se formula así: “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”; y se concreta a través de tres variables en la fórmula del peso. Las tres variables son: 1) el grado de afectación de los principios en el caso concreto; 2) el peso abstracto de los

También se dice – en cuanto a la jerarquía de los valores – que no es posible establecer un orden determinado (“duro”) de valores o principios, para todos los casos, aplicable de forma obligatoria. Pero si es posible hablar acerca de un orden “blando” a través de preferencias en favor de ciertos principios o valores<sup>23</sup>.

Compartimos parcialmente con el profesor alemán la comparación realizada con los principios – las similitudes y diferencias con los valores –, aunque se advierte una explicación insuficiente – de orden conceptual – respecto de la definición y naturaleza de los valores. También adherimos a la aplicación de la ponderación para la resolución de conflictos entre derechos fundamentales, en cuanto resulta la mejor teoría disponible para el ámbito jurídico – hasta el momento – (Popper<sup>24</sup>), aunque debe reconocerse que no es la única técnica, ya que la misma debe ser articulada o completada con otras (debe sumarse la tradicional técnica de la subsunción y los demás métodos tradicionales de interpretación – no se puede ponderar sin interpretar –<sup>25</sup>) o, incluso, en un futuro mejorada en su exposición y alcances<sup>26</sup>.

En cuanto a las críticas formuladas contra la “ley de la ponderación” y la “fórmula del peso”, si bien son fuertes (se fundan, principalmente, en la indeterminación conceptual; la irracionalidad de la ponderación ante la incompatibilidad o incommensurabilidad de los principios; la vulneración del principio de Estado de Derecho; la ausencia de autonomía operativa – su resultado depende de la interpretación de las normas constitucionales y/o legales que vengan al caso

---

principios relevantes; 3) la seguridad de las apreciaciones empíricas. Alexy atribuye además un determinado valor numérico a las variables: en cuanto a la afectación de los principios y al peso abstracto, según que la afectación o el peso sea leve, medio o intenso; y en cuanto a la seguridad de las premisas fácticas, según que puedan calificarse de seguras, plausibles o no evidentemente falsas. En los casos en los que existiera un empate (el peso de los dos principios es idéntico), entrarían en juego reglas sobre la carga de la argumentación: por ejemplo, la que establece una prioridad en favor de la libertad, o a favor de la constitucionalidad de una ley (deferencia hacia el legislador; cfr. Atienza, Manuel, “A vueltas con la ponderación”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 44, 2010, pp. 46-47).

<sup>23</sup>Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 156-157.

<sup>24</sup>Popper, Karl R., *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*, traducción de Néstor Míguez, ed. Paidós, 3ª reimp., Barcelono, 1991, p. 264 y ss.; idem, *La lógica de la investigación científica*, ed. Tecnos, Madrid, 1990, pp. 290-292. Cfr. Lariguet, Guillermo, “La aplicabilidad del programa falsacionista de Popper a la ciencia jurídica”, en *Isomía*, n. 17, Octubre, 2002, p. 183 y ss.

<sup>25</sup>El mismo Atienza –uno de sus defensores- señala que para comprender la técnica argumentativa de la ponderación resulta necesario verla como un procedimiento con dos pasos: en el primero —la ponderación en sentido estricto— se pasa del nivel de los principios al de las reglas, esto es, se crea una nueva regla. Luego, en el segundo paso, se parte de la regla y se subsume en la misma el caso a resolver (“A las vueltas con la ponderación”, op. cit., p. 53).

<sup>26</sup>Bernal Pulido, Carlos, en “Estudio Introductorio”, a la 2ª edición española del libro de Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. XLV y ss.

–, etc.)<sup>27</sup>, no alcanzan para desechar sus postulados, en la medida en que la tesis no es eficazmente falseada<sup>28</sup>. Quizás el *quid* de la cuestión está en saber el cuándo hay que ponderar y cuándo está justificado hacerlo (básicamente en el contexto de la justificación externa de las premisas de una decisión judicial)<sup>29</sup>.

Bernal Pulido expone – en defensa de la teoría de los principios y la utilización de la técnica de la proporcionalidad –, que si bien la ponderación tiene un carácter formal, no puede excluir ciertas apreciaciones subjetivas del juez, es decir, no puede ser plenamente racional. “La ponderación no puede garantizar este tipo de objetividad plena, porque semejante objetividad es una utopía que no puede alcanzarse en ningún ámbito normativo”<sup>30</sup>. Las exigencias de racionalidad sólo pueden satisfacerse dentro de determinados límites<sup>31</sup>.

Por otra parte, la racionalidad propia del derecho no es teórica, sino práctica, la que se dirige al actuar, a la acción: las conductas y las normas – reglas y principios – que las regulan y responden a criterios diferentes, sobre todo porque detrás de ello se encuentran los valores o bienes que protegen, y que no pueden ser estimados de la misma manera que otros objetos. El derecho es un objeto cultural (Cossio) y no material<sup>32</sup>. La ponderación es racional desde el punto

<sup>27</sup>García Amado, Juan Antonio, “Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neo constitucionalismo”, en Miguel Carbonell (ed.), *Teoría del neo constitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 237-264; ídem, “Tres sentencias del Tribunal Constitucional. O cuán de fácil es la veracidad periodística y qué liviano el honor de los ciudadanos”, *Estudios de derecho* (Universidad de Antioquia -Colombia- Facultad de Derecho y Ciencias Políticas), n. 139, v. LXII, 2005, pp. 104-134; ídem, “Ductibilidad del derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios”, *Archivos de Filosofía del Derecho*, t. XIII y XIV, 1996-1997, p. 71; ídem, “El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia”, en Ricardo Sanín Restrepo (coordinador académico), *Justicia Constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*, ed. Legis, Bogotá, 2006, pp. 119-163: <http://geocities.com/jagamado>. Véase también el trabajo del profesor Leandro Vergara, “Crítica a la teoría de la ponderación alexiana”, publicado en la revista *La Ley*, 2013-D-1238.

<sup>28</sup>En el fondo la ponderación constituye un esquema formal, cuya base es una noción elemental de justicia o de racionalidad: los beneficios deben superar a los costes. Por lo tanto, la ley de la ponderación no es una técnica o método idóneo para resolver un problema, es solo una ayuda, porque el litigio requiere de una fundamentación material, de índole interpretativo (Atienza).

<sup>29</sup>Atienza, Manuel, “A vueltas con la ponderación”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 44 (2010), pp. 43-59. El profesor de Alicante considera que la ponderación debe ser empleada cuando median las siguientes circunstancias: 1) no hay una regla que regule el caso (existe una laguna normativa en el nivel de las reglas); 2) existe una regla pero, por alguna razón, la misma resulta inadecuada, esto es, hay lo que cabría llamar una laguna axiológica (en el nivel siempre de las reglas); 3) o bien, simplemente, es dudoso si existe o no una regla del sistema que regule aceptablemente el caso.

<sup>30</sup>Bernal Pulido, Carlos, “Estudio introductorio”, en Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed. en español, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. XLV.

<sup>31</sup>Bernal Pulido, Carlos, “”, en *Doxa*, n. 26, 2003, p. 232. Ídem, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 763 y ss.

<sup>32</sup>Cfr. Grajales y Negri, *Argumentación Jurídica*, op. cit., p. 95.

de vista práctico porque satisface las exigencias de la racionalidad del discurso jurídico: la fórmula del peso es una forma de argumento<sup>33</sup>.

Respecto de las objeciones relativas a la indeterminación conceptual, Bernal Pulido considera que la incomparabilidad y la inconmensurabilidad de la ponderación pueden refutarse si se tiene en cuenta el papel que juegan la ley de la ponderación y la fórmula del peso. La ley de la ponderación (“Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”), a su criterio, determina con claridad conceptual la estructura de la ponderación<sup>34</sup>. Además, entiende la definición de la teoría de los principios.

Finalmente, en cuanto a la objeción del formalismo constitucional debe refutarse, dice Bernal Pulido, sobre la base de que “la teoría de los principios respeta los límites de los márgenes semánticos de las disposiciones de derecho fundamental. Es innegable que los derechos fundamentales representan una institucionalización en el sistema jurídico de los valores de la teleología o de los principios que aparecen en la moral en forma de derechos humanos... Ahora bien, quien quiera rechazar la institucionalización de estos conceptos morales en los derechos fundamentales, debe rechazar también la positividad de estos derechos y con ello, un rasgo decisivo del Estado constitucional democrático: la protección del individuo frente al abuso del poder. No obstante, la tesis de la institucionalización no implica la existencia de una constitución «metafísica», independiente del texto constitucional. La teoría de los principios reconoce la positividad de los derechos fundamentales... Ahora bien, lo que ocurre es que

<sup>33</sup>Bernal Pulido, “Estudio introductorio”, op. cit., p. XLVII.

<sup>34</sup>Bernal Pulido, “Estudio Introductorio”, op. cit., p. XLVII. El autor colombiano señala que la estructura de la ponderación “puede dividirse en los tres pasos que Alexy diferencia en el Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*: ‘En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro’. La fórmula del peso amplía la definición de la ponderación, para incluir en ella las premisas concernientes al peso abstracto de los principios y la seguridad de las apreciaciones empíricas. Mediante la escala triádica, esta fórmula aclara también cómo pueden compararse los grados de intervención en y de satisfacción de los principios en colisión, así como su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas. Mediante el cociente, la fórmula del peso aclarar cómo se determinan las relaciones de precedencia entre los principios en colisión y, mediante la carga de argumentación, cómo deben decidirse los casos de empate, es decir, a favor del Legislador”.

“Estos elementos excluyen la posibilidad de que la ponderación sea puramente subjetiva. Desde luego, la fórmula del peso no es un algoritmo. Esta fórmula no determina por sí misma el grado de intervención ni el grado de satisfacción de los principios en colisión, ni su peso abstracto, así como tampoco el grado de seguridad de las premisas que en cada caso deban tenerse en cuenta. Hay casos fáciles relativos a la determinación de estas magnitudes. Sin embargo, también hay casos difíciles en los que no es claro cuál sea la magnitud que deba atribuirse a estas variables”.

el texto de las disposiciones de los derechos fundamentales es indeterminado y está dotado de un margen semántico en relación con el objeto de los principios. La interpretación de los derechos fundamentales consiste en establecer, dentro de ese margen semántico, que es lo debido. La teoría de los principios no defiende la tesis de que dentro de los márgenes semánticos de los derechos fundamentales existe una Constitución plena, coherente y determinada, ni que ella prescribe una respuesta correcta para cada caso. Una parte importante de la teoría de los principios es la dogmática de los márgenes de acción. Mediante los márgenes de acción estructural del Legislador, es decir, el margen de acción para la determinación de fines y el margen de acción para la elección de medios, la teoría de los principios garantiza el respeto del principio democrático. De esta manera, se reconoce que la legislación no constituye una mera aplicación de los mandatos de optimización. Las disposiciones de derecho fundamentales no ordenan ni prohíben nada en relación con muchos casos posibles. Pues bien, en donde la Constitución nada prescribe, el Legislador tiene competencia para decidir. Algo similar puede decirse de la relación entre los derechos fundamentales y la jurisdicción ordinaria. Las disposiciones de derechos fundamentales son en muchos casos indiferentes en relación con la interpretación del Derecho ordinario y la valoración de las pruebas por parte de la jurisdicción ordinaria. La jurisdicción ordinaria dispone de un margen de acción para la interpretación de las disposiciones legislativas que sean acordes con la Constitución, en los casos en que no sea procedente llevar a cabo una interpretación conforme con la Constitución. Asimismo, la jurisdicción ordinaria dispone de un margen de acción para la valoración de las pruebas, siempre y cuando no se vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva”.

En suma, para garantizar el respeto de los márgenes de acción del Legislador y de la jurisdicción ordinaria, y en consecuencia, dejar sin fundamento las objeciones que acusan a la teoría de los principios de desconocer estos márgenes, Bernal Pulido propone ampliar la definición de los principios en cuanto mandatos de optimización; la idea de optimización no puede significar la supresión de todo margen legislativo para la toma de decisiones políticas y de todo margen de la jurisdicción ordinaria para la interpretación del derecho ordinario y la valoración de pruebas. “Los principios son mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas, fácticas y —aquí viene la modificación— epistémicas existentes”<sup>35</sup>.

Al margen de las respuestas a las objeciones contra la ponderación, cabe referirse a las funciones que desempeñan los valores (y los principios). En los Fundamentos del Código, se señala que a los efectos de interpretar las leyes “deben tenerse en cuenta los conceptos jurídicos indeterminados que surgen de los

<sup>35</sup>Bernal Pulido, “Estudio Introductorio”, op. cit., p. LIII.

principios y valores, los cuales no solo tienen un carácter supletorio, sino que son normas de integración y control axiológico”.

Estas funciones se pueden sistematizar en tres: a) *axiológica* (o “correctiva”): opera como válvula de ajuste ante soluciones legales que contrarían el sentido más básico de justicia – por ej., ante un exceso formalismo<sup>36</sup> –; b) *supletoria* (o función “productiva”, según Tarello): actúa ante “lagunas” del sistema jurídico o a “fin de no aplicar determinadas normas que resultan contrarias a una solución de justicia, es decir, que son contrarias a una práctica social, a una costumbre del foro o a ciertos criterios objetivos” (función también denominada “limitativa”); c) *integrativa* (o función “interpretativa”): acaece cuando, añade el jurista italiano, “el recurso a los principios ayuda a despejar dudas entre varias interpretaciones posibles, escogiendo aquella que mejor se ajuste al principio en juego”<sup>37</sup>.

Finalmente, la Comisión considera inconveniente “una enumeración de principios y de valores por su carácter dinámico”. Este criterio, dice Rabbi-Baldi, guarda coherencia con la función de tales directrices (en especial, en su faceta “productiva”) y con la estructura abierta del Código, orientada hacia el “judicialismo”: no cabe efectuar una enumeración tasada de estándares, ya que éstos van surgiendo en cada caso y se estructuran en el marco de determinadas circunstancias históricas<sup>38</sup>.

#### 4. DISCURSO JURÍDICO, VALORACIÓN Y VALORES. ¿ES POSIBLE ARGUMENTAR A PARTIR DE VALORES?

En el contexto del proceso judicial, en el que corresponde adoptar una decisión que resuelva el caso de acuerdo con los derechos reconocidos en el or-

<sup>36</sup>Al respecto, cabe recordar el famoso caso “Ohiler c. Arenillas” (*Fallos*, 302:1611), donde la Corte Suprema de Justicia dijo: “los jueces deben encontrar una solución justa del caso, lo justo concreto, superando la visión del juez como mero aplicador mecánico del derecho”.

En este sentido también ha resuelto que: “La función judicial no se agota en la letra de la ley con olvido de la efectiva y eficaz realización del derecho. Para ello debe atenderse, antes que a un criterio formalista, a la vigencia de los principios amparados por la Constitución y que surgen de la necesidad de proveer al bien común, considerado como el conjunto de las condiciones de la vida social que hacen posible tanto a la comunidad como a cada uno de sus miembros el logro más pleno y más fácil de su propia perfección” (Moyano, Marcelina”, 1976, *Fallos*, 296:65).

“La función judicial no se agota en la letra de la ley con olvido de la efectiva y eficaz realización del derecho; para ello debe atenderse, antes que a un criterio formalista, a la vigencia de los principios que ampara la Constitución Nacional” (“Industrias Camporesi S.A.C.I.F.I.”, 1981, *Fallos*, 303:1535; “Asseo de Choch, Aldo”, 1976, *Fallos*, 296:691).

<sup>37</sup>Rabbi-Baldi, Renato, comentario al art. 2, en Rivera, Julio C. y Medina, Graciela (directores), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, ed. La Ley, Buenos Aires, 2014, t. I, p. 65. Las citas de Giovanni Tarello, se refieren a la obra *L'interpretazione della legge*, ed. Giuffrè, Milano, 1980.

<sup>38</sup>Ibidem.

den jurídico, en el que se ha “positivizado” principios y valores (art. 2, Cód. Civ. y Com. de la Nación Argentina), y en el que se controvierten hechos y se han producidos pruebas, la argumentación a partir de ponderaciones y valoraciones – y de valores – no es solo posible sino que en algunos casos resulta necesaria e ineludible<sup>39</sup>.

En efecto, la situación de hecho que debe regularse o resolverse en un proceso judicial, es objeto de una valoración por parte del magistrado; no se trata de algo cognoscible en forma directa, cierta e inmediata, sino de una realidad compleja que llega a conocimiento del tribunal a través de la prueba y que es valorada por éste. En algunos casos en forma evidente, pero en todos en mayor o menor medida, el juez debe valorar, estimar los hechos; debe verificar su alcance, tratar de descubrir su sentido, emitir un juicio acerca del valor de los medios de prueba y de las pretensiones de las partes. Como dice Massini, los hechos jurídicos no tienen el carácter axiológicamente neutro que pueden tener aquellos que estudian la física; por el contrario, son hechos humanos libres realizados en la convivencia social, que en virtud de aquel carácter, son esencialmente valiosos o disvaliosos<sup>40</sup>.

Al respecto, Helmut Coing ha dicho que la aplicación de la ley no puede proceder nunca de modo exclusivo en la forma de la inferencia puramente lógica, subsumiendo una determinada actividad vital bajo los conceptos generales de la ley. “*La aplicación de la ley es más bien siempre valoración de los hechos según los juicios de valor contenidos en el derecho...* La decisión depende de una valoración de intereses. Para aplicar determinada norma a un hecho no basta pues con que el hecho pueda ser situado sin dificultad bajo los conceptos generales de la norma; además, el *juicio de valor* del que ha partido el orden jurídico tiene que ser adecuado al hecho y estar pensado para el caso en cuestión”<sup>41</sup>.

Para dictar una sentencia en el que resulta necesario determinar el grado de utilidad o aptitud de las cosas, para satisfacer necesidades o proporcionar un cierto bienestar (por ejemplo, cuando corresponde cuantificar la indemnización del daño moral o la reparación económica por la incapacidad física sufrida por un accidente de tránsito). O bien se requiere comparar las cualidades de algunos bie-

<sup>39</sup>Ezquiaga Ganuzas, “Los juicios de valor en la decisión judicial”, op. cit., p. 33 y ss.

<sup>40</sup>Massini, Carlos I., *Sobre el realismo jurídico*, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, p. 120.

<sup>41</sup>Coing, Helmut, *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, ed. Ariel, Barcelona, 1961, p. 274. A ello añade que: “La posibilidad de subsunción lógica bajo la norma no puede pasar de ser más que un primer punto de apoyo o de partida. Si la subsunción es posible, hay que tener en cuenta la norma para la decisión; pero sólo hay que aplicarla si también interesa al caso por su sentido, esto es, por los valores y finalidades en que descansa. Decidir jurídicamente no significa sin más subsumir, pero tampoco significa decidir libremente, sino decidir según las ideas y los objetivos morales del derecho. La ciencia jurídica tiene por tanto que elaborar y destacar claramente esas ideas y esos objetivos”. Hay otra edición de este libro: Asde Ediciones Previas, Córdoba, Argentina, 1995 (p. 272).

nes (como, por ejemplo, la libertad o la vida privada) para dilucidar un conflicto relacionado con la publicación de cierta información, los valores y los criterios de valoración resultan necesarios.

Al igual que Newton procedió a la elaboración de la teoría de la gravitación universal mediante aquella inspiración genial que le suscitó la contemplación de la caída de la manzana y, posteriormente, procedió buscar una justificación para lo que había barruntado, de la misma manera el juez con su presentimiento o intuición sobre la resolución justa del caso, fundada en la lógica de lo “razonable”, exige luego también de una justificación o argumentación jurídica que no son, precisamente, aquellas “pseudo-justificaciones que buscaban los juristas del siglo XIX, valiéndose de artilugios dialécticos o piruetas de lógica deductiva para presentar el fallo intuido como justo a manera de la conclusión de un silogismo, cuya premisa mayor consistiera en un texto legislativo”<sup>42</sup>.

Para cumplir debidamente con la labor de pronunciar una sentencia resulta necesario determinar, en primer lugar, cuál es la norma aplicable al caso particular planteado. Sin embargo, esta tarea no es algo que se pueda realizar en forma independiente de la constatación del hecho o hechos controvertidos y de su calificación jurídica. Cuando se considera la realidad del proceso judicial que concluye con la sentencia, se puede observar que existe una interrelación simultánea e indisoluble entre la verificación de los hechos – incluyendo su calificación jurídica – y la determinación de la norma aplicable (algo semejante al denominado “círculo hermenéutico”<sup>43</sup>). Los hechos jurídicos no son hechos “desnudos”, hechos “en bruto”, tal y como efectivamente se dan en la realidad, sino que están “vestidos” jurídicamente. Por consiguiente, no puede determinar primero la norma aplicable a unos hechos, si antes no se ha calificado en alguna medida jurídicamente esos hechos, si al mismo tiempo no tenemos a la vista el enfoque de los mismos se sigue de acuerdo con lo establecido en la norma general (Recaséns Siches)<sup>44</sup>.

En toda esta faena – sin llegar a considerar los casos difíciles en lo que puede presentarse inconsistencias normativas o lagunas normativas – resulta evidente que las normas individualizadas en las sentencias judiciales contienen

<sup>42</sup>Ídem, pp. 238/239.

<sup>43</sup>El “círculo hermenéutico” es el mutuo reenvío entre significante y cosa significada, entre lenguaje que mienta y realidad mencionada. Se dice que el comprender es un proceso ambivalente de producción: porque el sujeto, al intervenir en el proceso de comprensión con unas ideas previas, da lugar a que el texto sea otro del que era; pero el texto, a su vez, repercute sobre el sujeto y su modo de entender, de tal manera que, “ese entender es a la postre un entenderse a sí mismo” (Gadamer). La comprensión deviene de sentirse afectado subjetivamente por el texto. Comprender supone siempre introducir una modificación en el texto y en el intérprete, y por ello Kaufmann habla de un proceso de producción (cfr. Serna, Pedro (dir.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica. Revisión crítica de algunas teorías contemporáneas*, ed. Comares, Granada, 2003, p. 219).

<sup>44</sup>Recaséns Siches, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, op. cit., pp. 206-207.

elementos o “ingredientes” que no se registran en las normas generales. Más allá de que sea o no, estrictamente, una actividad creadora – la desempeñada por la función judicial –, lo cierto es que existe una “aportación que consiste en individualizar el sentido de la norma general, convirtiéndola en una norma particular de directa aplicación”<sup>45</sup>, aportación que conlleva la adopción de decisiones y, por ende, de valoraciones.

Tal consideración se aprecia con mayor relieve cuando se contemplan casos complicados o difíciles, “respecto de los cuales no se puede formular a primera vista y de modo inmediato el fallo, ora porque la determinación de cuáles sean los hechos jurídicamente relevantes es difícil, así como es también la determinación de cuáles sean los aspectos de esos hechos que tengan alcance para la calificación jurídica; ora porque en las normas generales del orden jurídico positivo se hallen dos o más puestos de vistas diferentes – todos ellos con igual rango normativo formal – para calificar esos hechos; ora porque no sea empresa leve hallar la norma que deba considerarse como aplicable al problema concreto, en virtud de que a igual grado en la jerarquía formal hay más de una norma, y la elección entre ellas depende del punto de vista que se adopte; ora porque el sentido y el alcance de la norma, que parezca la pertinente, no se presente con claridad en el texto en que se halla formulada; ora porque el caso planteado constituya una situación que el legislador no previó ni remotamente, ni pudo tenerla en su pensamiento, y, entonces, resulta que la aplicación de la regla, que en virtud de su nombre o etiqueta pudiera creerse antes de examinar el caso que sería la aplicable, después de analizada la situación concreta, se comprende que produciría consecuencias injustas, monstruosas o fuera de todo lugar; ora porque resulta difícil percatarse de cuál debe ser la conclusión concreta a la que se llegue conjuntado el sentido de la norma general con la aplicación particular de la situación individual discutida; ora porque el juez se halle ante una notoria laguna en el orden jurídico positivo formulado”<sup>46</sup>.

Desde la perspectiva de la experiencia jurídica y desde el punto de vista de la axiología, cuando el juez dicta una sentencia incluye *valoraciones* o *estimaciones*, y que es ella misma también un juicio axiológico. Con ello no se quiere significar que tales valoraciones o estimaciones sean la proyección del criterio personal del juez. Por el contrario, como afirma Recaséns Siches (a quien seguimos en este punto), las más de las veces sucede, y así debe ser, que el juez “emplea como criterios valoradores precisamente las pautas axiológicas consagradas en el orden jurídico positivo, y trata de interpretar esos cánones establecidos en el orden vigente poniéndolos en relación con las situaciones concretas de hecho que se le plantean”. Tal es lo que hace cuando tiene que determinar cuál

<sup>45</sup>Idem, pp. 210-211.

<sup>46</sup> Idem, p. 211.

entre diversas normas de igual rango, pero con contenidos varios que producirían consecuencias divergentes o contrarias, es la justamente aplicable a la situación controvertido; esto es lo que también hace y debe hacer cuando afronta el problema de tener que zanjar contradicciones en la ley, o de resolver ambigüedades que ésta presenta<sup>47</sup>.

Pues bien, ante estos problemas, el juez, para averiguar cuál es la norma aplicable al caso particular sometido a su jurisdicción tiene que analizar, cuál entre las normas del orden jurídico positivo a ser aplicada al caso planteado produciría en concreto efectos análogos a los que el legislador se propuso en términos generales o, mejor dicho, efectos análogos hacia los cuales apuntan intencionalmente los criterios axiológicos que inspiran el orden jurídico positivo (cfr. art. 2, Código Civil y Comercial argentino, ley 26.994). Esto debe hacerse en todos y cada uno de los casos. Claro que una vez más se presenta aquí la diferencia entre los casos fáciles y los casos difíciles. Empero, la cuestión no se limita a la elección de la premisa mayor, sino también en la constatación y calificación jurídica de los hechos relevantes (premisas menores). Todo ello, involucra operaciones valorativas. En primer lugar, la constatación de los hechos probados implica un juicio de valoración sobre la prueba (el juez no es un testigo presencial de los hechos, sino que llegan a él a través de los medios de prueba admitidos por el derecho procesal; lo mismo ocurre con la prueba pericial, dado que los dictámenes de los expertos no pasan de constituir opiniones, las cuales no ligan necesariamente al juez). En segundo lugar, la calificación jurídica de esos hechos no es una operación de conocimiento, sino una estimación<sup>48</sup>.

A partir de estas apreciaciones se puede decir entonces que la función judicial está integrada por un conjunto de valoraciones en una integridad indisoluble; al dictar sentencia el juez tiene que hacer una serie de juicios de valor recíprocamente articulados, sirviéndose de las pautas axiológicas establecidas y consagradas por el orden jurídico positivo y, frente a la falta de criterio, recurriendo a los principios de estimativa jurídica que considere válidos, sea de orden social o político, o de la dignidad de la persona humana<sup>49</sup>.

De lo expuesto se infiere pues que la valoración judicial *permeabiliza* o *empapa* todo el derecho positivo en su aplicación práctica (dice Recaséns Siches). Según los diferentes sistemas jurídicos, y según los diversos casos, variará el ámbito discrecional del juez en su tarea valorativa, pero siempre tendrá que hacer *valoraciones* para determinar una serie de aspectos y cuestiones que no están predeterminadas en la ley, en la costumbre o precedente. “La estimativa jurídica penetra dentro del orden jurídico no sólo a través de los agujeros, las grietas y las

<sup>47</sup>Idem, pp. 226-227.

<sup>48</sup>Idem, pp. 229-232.

<sup>49</sup>Grajales y Negri, *Argumentación Jurídica*, op. cit., p. 260.

ventanas que tiene la legislación formulada, sino que cuele, y se debe colar, a través del infinito número de poros del Derecho positivo previamente formulado”.

En definitiva, la necesidad de acudir a criterios estimativos no constituye la excepción, sino por el contrario, es la regla general, y esa necesidad se produce incluso en aquellos casos respecto de los cuales el derecho positivo contiene una regla explícita de fácil aplicación para resolver el caso planteado. El mundo de lo jurídico resulta influenciado por los valores; dialécticas ineludibles se revelan en el campo del derecho: bondad-maldad; justicia-injusticia; razonable-irrazonable; equitativo-inequitativo, son solo algunos ejemplos de este ámbito que merecen nuestra directa atención respecto de su significado, así como en cuanto a los procedimientos que nos proponen las diversas teorías para arribar a los valores y huir de sus desvalores mediante procedimientos racionales<sup>50</sup>.

En este menester, qué mejor que acudir a la argumentación para brindar buenas razones que justifiquen la decisión adoptada<sup>51</sup>. La argumentación concebida como el razonamiento desplegado para probar o demostrar una proposición, o bien para convencer a alguien (las partes del proceso y la comunidad toda) de aquello que se afirma o se niega a favor o en contra de algo relacionado con un derecho de alguien (Puy Muñoz)<sup>52</sup>, se erige como el mejor método disponible para la función jurisdiccional<sup>53</sup>.

## 5. LOS VALORES JURÍDICOS EN LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY: EL ART. 2 DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO Y LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina incorpora a los valores jurídicos como elemento a considerar en la tarea interpretativa de la ley.

En efecto, el art. 2 del Código dispone que: “Interpretación. *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”

<sup>50</sup>Junto a los valores, se destaca también el rol de la razón práctica, no sólo desde la perspectiva procedimental (Alexy), sino también de un enfoque sustancial en la capacidad de definir contenidos valiosos, como los siete bienes básicos de John Finnis.

<sup>51</sup>Grajales y Negri, *Argumentación Jurídica*, op. cit., p. 501 y ss. García Amado, Juan A., *Ensayos de Filosofía Jurídica*, ed. Temis, Bogotá, Colombia, 2003, p. 44 y ss.

<sup>52</sup>Cfr. Puy Muñoz, Francisco, “La expresión ‘argumentación jurídica’ y sinónimas. Un análisis tópicico”, en *Argumentación jurídica. Problemas de concepto, método y aplicación*, bajo la coordinación de Francisco Puy Muñoz & Jorge Guillermo Portela, 2004, Universidad de Santiago de Compostela, p. 94 y ss.

<sup>53</sup>Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, 2ª ed. Ariel, Barcelona, 2007.

(la cursiva me pertenece).

En mi opinión, los valores jurídicos a los que se alude en esta norma del Código son – en cuanto fines – los mencionados en el Preámbulo de la Constitución (“...constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad”) y en cuanto cualidades de los bienes garantizados<sup>54</sup>, los que se enuncian en el articulado de la Constitución, sobre todo en la primera parte (Capítulo Primero, “Declaraciones, derechos y garantías”) y en los tratados de derechos humanos incorporados (art. 75 inc. 22, Constitución de la Nación Argentina).

Lorenzetti señala, en este sentido, que los valores jurídicos cumplen las siguientes funciones: a) en el campo de validez material, los valores señalan un límite axiológico a las decisiones judiciales; b) en el campo argumentativo pueden ser contenido de los principios, en tanto éstos contienen una idea o referencia valorativa, en este caso, dice, la argumentación jurídica implica que el principio lleva a un análisis comparativo de valores; c) en otros el valor expresa un juicio comparativo (compara un valor con otro) y en ello se diferencia del principio (mandato de optimización, mandar hacer algo en la mayor medida posible); y d) en otros supuestos el valor puede ser utilizado con fines clasificatorios, en el sentido de categorización de objetos<sup>55</sup>.

De ahí que la resolución de los casos abarcados por el nuevo Código, la ley deberá ser interpretada a la luz de tales valores, de forma tal que sean tutelados en la mayor medida posible, sin violentar su núcleo esencial, conforme establece el art. 14 de la Carta Magna nacional.

Las consideraciones expuestas, en los puntos que anteceden, no hacen más que confirmar el acierto de la Comisión reformadora en la incorporación de estos componentes que gravitan en el derecho y en la función jurisdiccional. Será labor del operador jurídico en saber conjugarlo en la tarea interpretativa de la ley y del derecho en general.

La Corte Suprema de la Nación si bien ha señalado la necesidad de interpretar y ponderar los derechos, lo cierto es que no ha marcado una línea clara en la materia, sobre todo en materia de conflictos entre derechos (principios y valores). Tampoco lo ha sido en cuando a la existencia de un orden o jerarquía.

Así pues, en numerosos fallos ha resuelto que los derechos no son abso-

<sup>54</sup>En cuanto a la noción de bienes y los que consideran bienes básicos, véase Finnis, John, M., *Ley natural y derechos naturales*, traducción de C. Orrego, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000; ídem, “Derecho natural y razonamiento jurídico” (traducción de I. Massini Correas), *Persona y Derecho*, Universidad de Navarra, n. 33, 1995; ídem, *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*, ed. Oxford University Press, 1998.

<sup>55</sup>Lorenzetti, Ricardo L., *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de Derecho*, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 146.

lutos sino todos relativos y que todos tienen idéntica jerarquía, de modo que no deben ser enfrentados entre ellos sino armonizados, a fin de que ninguno resulte desplazado por otro<sup>56</sup>.

Empero, en otros casos ha señalado que los derechos deben ponderarse en los casos concretos, de modo que prevalezcan aquellos que reconozcan un valor superior frente a otros<sup>57</sup>. Es más, en algunos de estos casos se ha dicho que siempre que sea forzosa la ponderación de valores jurídicos contrapuestos, debe darse preferencia al que revista mayor jerarquía<sup>58</sup> y que deben privilegiarse los valores que revisten mayor interés público (“Orquín”<sup>59</sup>). Además, en cuanto a la existencia de algún valor superior o supremo en la Constitución, en el caso “Bercaitz”<sup>60</sup> la Corte Suprema entendió que “el objetivo preeminente de la Constitución es lograr el bienestar general, es decir, la justicia en su más alta expresión, la justicia social”. Ese bienestar general coincide, según otro fallo de la Corte (“Quinteros”<sup>61</sup>), con el bien común de la filosofía clásica<sup>62</sup>.

En los últimos años parece haber recurrido a la ponderación y a la fórmula del peso para la resolución de conflictos de derecho (aunque en votos concurrentes), sin obviar la realización de bienes o valores determinados como – por ej., en el ámbito de un proceso penal – la verdad y la justicia. Así ha resuelto<sup>63</sup> que “...delimitados los hechos y el derecho (...) no es posible deducir de ellos la solución de la controversia porque surge un campo de tensión entre derechos de rango similar (...) el Tribunal debe hacer un juicio de ponderación que mida

<sup>56</sup>La interpretación de las disposiciones de la Constitución no debe hacerse poniendo frente a frente unas a otras, para que se destruyan entre ellas, sino armonizándolas dentro del espíritu y principios fundamentales que las informan (cfr. *Fallos* 181:343, 236:100).

La Constitución constituye un todo orgánico cuyas disposiciones debe ser aplicadas concertadamente, rechazando toda interpretación que, para dar vigencia a un enunciado constitucional, conlleve a la sustancial aniquilación de otro (cfr. *Fallos* 251:86, 302:1647).

<sup>57</sup>Los derechos constitucionales, lejos de ser absolutos o ilimitados, están sujetos a restricciones tendientes a hacerlos compatibles entre sí y con los que corresponda reconocer a la comunidad, y dado que cuanto más alta sea la jerarquía del interés tutelado mayor podrá ser la medida de la reglamentación, el derecho de asociación política puede ser limitado, e incluso prohibido, para defender la subsistencia del Estado democrático (cfr. *Fallos* 253:133).

El conflicto entre el derecho a la vida y el interés del Estado en perseguir los delitos, debe resolverse ponderando la jerarquía de valores y bienes jurídicos que deriva de la propia Constitución, lo cual conlleva a privilegiar al derecho individual frente al interés estatal en el caso concreto, en consideración de que la dignidad de la persona es un valor supremo en el orden constitucional (cfr. *Fallos* 333:405).

<sup>58</sup>Cfr. “Mayantz y otros”, *Fallos*, 255:330, y “Ultramar Petrolera S.A.”, *Fallos*, 263:453.

<sup>59</sup>Cfr. *Fallos*, 264:416.

<sup>60</sup>Cfr. *Fallos*, 289:430.

<sup>61</sup>Cfr. *Fallos*, 179: 113.

<sup>62</sup>Cfr. Sagüés, Néstor P., *Manual de derecho constitucional*, ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 41.

<sup>63</sup>Causa G. 291. XLIII, “Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años”, sent. del 11-VIII-2009, *Fallos*, 332:1769).

con extremo cuidado el peso de cada principio en el caso concreto”, pues “Los principios son normas que constituyen mandatos para la realización de un valor o bien jurídicamente protegido (...) Cuando un principio colisiona con otro de igual rango, la solución no es excluir uno desplazando al otro, sino ponderar el peso de cada uno en el caso concreto, buscando una solución armónica”<sup>64</sup>.

También ha sido empleado en un reciente y trascendente caso (“Rodríguez vs. Google y otros”<sup>65</sup>), también en los votos de Lorenzetti y Maqueda – en disidencia parcial –: “...que, en ausencia de una regla de derecho determinada que prevea una solución específica, el razonamiento judicial debe partir de la ponderación de los valores constitucionales que constituyen una guía fundamental para solucionar conflictos de fuentes, de normas, o de interpretación de la ley como los invocados por las partes”.

“Esta valoración, además, no puede arribar a una solución que consagre derechos constitucionales absolutos y debe efectuarse teniendo en cuenta que constituye una pauta elemental de aquella tarea hermenéutica, que los derechos consagrados en la Constitución deben ser interpretados armónicamente, de modo que unos no excluyan a otros (conf. Fallos: 264:94; 272:231; 290:83; 297:201; 300:700; 304:319 y 1524 entre otros)”.

---

<sup>64</sup>Además, en el voto de la mayoría se consideró: “Que los derechos civiles, políticos y sociales que la Constitución Nacional consagra, lejos de ser absolutos, están sujetos a limitaciones o restricciones tendientes a hacerlos compatibles entre sí y con los que corresponde reconocer a la comunidad (Fallos: 312:318; 314:225; 315:380 y 320:196). Tanto el derecho a la intimidad (tutelado por el artículo 19 de la Norma Fundamental), cuanto los demás, deben ponderarse tanto a la luz de los diversos derechos consagrados por el texto, como en relación con las facultades estatales de restringir su ejercicio, en un marco razonable, para la necesaria eficacia en la persecución del crimen” (considerando 11°).

“Que, en este sentido, debe tenerse en cuenta que el marco de protección que confieren las normas de nuestra Constitución Nacional y los tratados internacionales mencionados en su artículo 75, inc. 22, no implica que se prohíba toda intrusión estatal respecto del derecho de privacidad. Importa más bien que la Carta Magna ha estructurado un escudo de protección de los habitantes de nuestro país, para que sus derechos no sean injustamente vulnerados, pero no lleva desde luego a impedir la ejecución de aquellas medidas que requiera el Estado para dilucidar la verdad en el ámbito del proceso penal...” (considerando 12°).

“Que, en consecuencia, en el caso en examen aparecen entonces enfrentados principios y derechos constitucionales de similar jerarquía, circunstancia *que obliga a los jueces a ponderar con extrema prudencia los valores e intereses que coexisten* con el fin de arribar a una solución que conjugue de manera armoniosa aspectos propios de la esfera de la intimidad de las personas, protegidos por el artículo 19 de la Constitución Nacional, con otros que la trascienden, y acaban por interesar a la sociedad toda (considerando 13°, la cursiva me pertenece).

<sup>65</sup>Causa R.522.XLIX, *in re* “Rodríguez, María Belén c. Google Inc. si daños y perjuicios”, sent. del 28-X-2014 (considerando 8°).

## 6. CONCLUSIONES

a) Los valores jurídicos forman parte del discurso jurídico y, consecuentemente, del razonamiento jurídico, siendo el método que se adecua más a su naturaleza y estructura – a semejanza de los principios – el de la ponderación.

Todo ello es así, por una parte, porque las valoraciones o juicios de valor se hallan inescindiblemente compenetradas en el proceso de tomas de decisiones jurídicas, en las sucesivas elecciones que tal procedimiento supone: desde los criterios para determinar si un hecho ha de ser considerado como probado o no, pasando por la configuración de ese hecho en el supuesto normativo mediante la calificación jurídica correspondiente, hasta en la ponderación de los principios jurídicos aplicables a fin de procurar su maximización u optimización (deontológica) en cada caso.

Y, por otra parte, porque los valores constituyen aquellas cualidades de las acciones u omisiones humanas que, por ser consideradas positivamente desde la perspectiva del bienestar, mejora y/o perfección de la vida personal y social (en su dimensión de alteridad y en su carácter de externos al hombre), resultan jurídicamente tutelables por su dimensión de alteridad y externa, y, por eso, se erigen como bienes individuales o colectivos, por en sí mismas son valiosas: las instituciones que protegen el matrimonio, la vivienda familiar, la propiedad privada, etc.), y como fines (las conductas dirigidas a proteger la dignidad del hombre, la vida y integridad física, las libertades básicas, etc.).

b) En rigor de verdad no existe más que un solo valor para el derecho: la justicia<sup>66</sup>, aunque la misma presenta diversas funciones o manifestaciones, tal como ha sido observado en la antigüedad por el gran filósofo griego Aristóteles en su clásica división en justicia general, justicia distributiva y justicia conmutativa.

La seguridad, el orden, la libertad, la solidaridad y demás valores que se pueden mencionar, son jurídicos en la medida en que constituyan alguna forma de justicia, que se hallen informados o cualificados por la justicia (si el derecho exige seguridad, ello es porque en el caso resulta justa; se impone un orden, el mismo debe ser el instrumento de justicia; etc.). No existe, por lo tanto, una multiplicidad de valores jurídicos; sólo la justicia es, verdaderamente, la forma o “valor” del derecho.

El supuesto conflicto o prelación entre distintos valores se resuelve por la debida aplicación de las diferentes formas de justicia, teniendo en miras el bien

---

<sup>66</sup>Se emplea el término justicia en su acepción originaria, ya sea como adjetivo para calificar acciones o situaciones relativas al hombre y como adecuadas al derecho o como sustantivo para designar lo debido, lo que es conforme a la ley y a la igualdad (Massini Correas, Carlos I., *Filosofía del Derecho*, t. II, La Justicia, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005, pp. 3, 25-35 y 57-61).

común político.

## REFERENCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ATIENZA, Manuel. **El derecho como argumentación**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 2007.

\_\_\_\_\_. A vueltas con la ponderación. In **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**, n. 44, 2010.

BATIFFOL, Henri. **Problemes de la base de philosophie du droit**. París, L. G. D. J., 1979.

BERNAL PULIDO, Carlos. Estudio introductorio. In Robert Alexy, **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. ed. en español. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

COING, Helmut. **Fundamentos de Filosofía del Derecho**. Barcelona: Bosch, 1961.

COSSIO, Carlos. **La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964.

\_\_\_\_\_. **El derecho en el derecho judicial: Las lagunas del derecho**. La valoración judicial. Buenos Aires: El Foro, 2002.

EZQUIAGA GANUZAS, Francisco. Los juicios de valor en la decisión judicial. In **Anuario de Filosofía del Derecho**, n. 1, Madrid, 1984.

FINNIS, Joh. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. Cristobal Orrego. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. La filosofía del derecho y sus temas: sobre la no necesidad de la 'teoría del derecho' como sucedáneo. In **Persona y Derecho**. Universidad de Navarra, n. 31, 1994.

\_\_\_\_\_. **Ensayos de Filosofía Jurídica**. Bogotá; Temis, 2003.

GÓMEZ ROBLEDO, Antonio. **Meditación sobre la justicia**. México: Fondo de Cultura Económica, 1982.

GRAJALES, Amós; NEGRI, Nicolás J. **Argumentación Jurídica**. Buenos Aires: Astrea, 2014.

HENKEL, Reinrich. **Introducción a la filosofía del derecho**. Madrid: Taurus, 1968.

HERVADA, Javier. **Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho**. Pamplona: Eunsa, 1992.

LARIGUET, Guillermo. La aplicabilidad del programa falsacionista de Popper a la ciencia jurídica. In **Isomía**, n. 17, Octubre, 2002.

LORENZETTI, Ricardo L. **Teoría de la decisión judicial**. Fundamentos de Derecho. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2008.

MASSINI CORREAS, Carlos I. **El derecho, los derechos humanos y el valor del derecho**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1987.

\_\_\_\_\_. **Filosofía del Derecho**. t. II - La Justicia. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005.

MOUCHET, Carlos; ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo. **Introducción al Derecho**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970.

NINO, Carlos S. **Introducción al análisis del derecho**, 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2012.

PIEPER, Josef. **Las Virtudes Fundamentales**. 3. ed. Bogotá: Rialp, 1988.

POPPER, Karl R. **La lógica de la investigación científica**. Madrid: Tecnos, 1990.

\_\_\_\_\_. **Conjeturas y refutaciones**. El desarrollo del conocimiento científico. Trad. de Néstor Míguez. 3ª reimp., Barcelona: Paidós, 1991.

PUY MUÑOZ, Francisco La expresión ‘argumentación jurídica’ y sinónimas. Un análisis tópico. In **Argumentación jurídica**. Problemas de concepto, método y aplicación (coordinación de Francisco Puy Muñoz & Jorge Guillermo

Portela). Universidad de Santiago de Compostela, 2004.

RECASÉNS SICHES, Luis. **Nueva filosofía de la interpretación del derecho**. México: Fondo de Cultura Económica, 1956.

\_\_\_\_\_. **Tratado General de Filosofía del Derecho**. 19. ed. México: PORRÚA, 2008.

SANZ, Carlos. Apostillas en torno al tema de la responsabilidad. In *Prudentia Iuris*, n° XI, **Rev. de la U.C.A.** Buenos Aires: Universitas, 1983.

### **AS SENTENÇAS JUDICIAIS E OS VALORES JURÍDICOS, ARGUMENTAÇÃO E PONDERAÇÃO: A PROPÓSITO DO ART. 2 DO NOVO CÓDIGO CIVIL E COMERCIAL DA NAÇÃO ARGENTINA**

**RESUMO:** O valor jurídico constitui uma realidade evidente e própria do homem. Na tarefa de julgar, na resolução de controvérsias, a apreciação ou valor jurídico é uma atividade que se insere na função jurídica. Sua interação com a Constituição e os processos judiciais exige a ponderação em caso de conflito de princípios jurídicos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Apreciação de bens jurídicos. Juízo de valor. Valores.

### **LEGAL JUDGMENTS AND LEGAL VALUES, ARGUMENTATION AND DELIBERATION: PURPOSE OF ART. 2 IN THE NEW CIVIL AND TRADE CODE IN ARGENTINA**

**ABSTRACT:** The legal value is a clear reality, intrinsic to humans. In the task of judging the resolution of disputes, the appreciation or legal value is an activity that falls within the legal function. Its interaction with the Constitution and legal proceedings requires consideration in case of conflict with laws principles.

**KEYWORDS:** Legal interests of appreciation. Value judgment. Values.