

Los Jueces y la Ley Laboral*

Gabriel Tosto

Abogado. Miembro del Equipo Federal del Trabajo. Presidente de la Filial Córdoba de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Resumen

El manuscrito se aproxima teóricamente al problema de la relación entre los jueces y la ley laboral. En primer lugar se efectúa una contribución para aclarar dudas en torno a la utilización de algunos recursos en la labor jurisdiccional y poner en circulación seis modelos teóricos que pueden ofrecer explicación al por qué de algunos resultados en las deci-

siones judiciales. Luego, se marcan tres tipos especulativos que exponen cómo los jueces construyen la decisión definitiva. Finalmente, desde una perspectiva crítica, proponemos cómo debería obligar la ley laboral al juez a partir del derecho social como instrumento para la realización de la satisfacción de las necesidades básicas.

Palabras clave: Ley laboral, jueces, decisiones jurídicas, derecho social.

Judges and Labor Law

Abstract

This paper theoretically approaches the problem of the relationship between judges and labor law. In the first place a contribution is made in order to clarify doubts as to the utilization of certain resources in jurisdictional labor and the placement in circulation of six theoretical models that could offer an explanation as to why why certain results occur in judi-

cial decisions. Then three types of speculative cases are pointed to in order to explain how judges construct their final decisions. Finally, from a critical perspective, a proposal is made as to how labor law should oblige judgements based on social law as an instrument for the realization of the satisfaction of basic needs.

Key words: Labor law, judges, judicial decisions, social law.

Recibido: 09-02-04. Aceptado: 14-05-04

* Comunicación inédita al Xº Congreso Nacional del Equipo Federal del Trabajo, Necochea 9 al 11 de octubre de 2003. TRABAJO Y FUTURO Tema: "Trabajo y construcción del Derecho".

I. Introducción

Este manuscrito aspira a continuar¹ nuestra aproximación teórica² al problema de la relación entre los jueces y la ley laboral. En esta oportunidad, desde dos de las diversas perspectivas a partir de las cuales puede abordarse. En primer lugar, procura hacer una contribución para aclarar dudas en torno a la utilización de algunos recursos³ en la labor jurisdiccional y divulgar seis modelos teóricos

que pueden ofrecer una explicación al por qué de algunos resultados en las decisiones judiciales y señalar tres tipos especulativos que explican cómo los jueces construyen la decisión final. Luego, desde una perspectiva crítica, proponemos cómo debería obligar la ley laboral al juez a partir del derecho social como instrumento para la realización de la satisfacción de las necesidades básicas.

- 1 Nuestro derrotero puede rastrearse en los siguientes trabajos: 1) "La actividad interpretativa, como resultado de la elección en torno a la valoración y preferencias de significados" en *14 bis*, Año V-Nº 16, Enero/Febrero 2001, publicación de la AADTySS Filial Córdoba, 2001, p. 29. 2) Comunicación al IX Congreso Nacional del Equipo Federal del Trabajo, "Emergencia y Derechos Sociales", Taller "Conductas procesales ante la emergencia", 15, 16 y 17 de agosto de 2002, Buenos Aires. 3) "Estado de Derecho y Poder Judicial" en *La Causa Laboral*, Año I, nº 6, septiembre de 2002, publicación de la AAL, 2002, p. 28. 4) Comunicación al Seminario Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 15, 16 y 17 de mayo de 2003, La Paz, Bolivia. 5) Comunicación a la Segunda Jornada sobre Globalización, Ciencia y Derecho, 11 de Junio de 2003, 14 hs., Salón Rojo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. 6) Comunicación a las IX Jornadas sobre Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Homenaje al Sesquicentenario de la Constitución Nacional, Cruz del Eje, Provincia de Córdoba, 10 y 11 de octubre de 2003.
- 2 El enfoque de este trabajo, en su primera parte, es prevalentemente conceptual, por lo que no pretende describir la relación entre "los jueces" y la "ley laboral" como fenómenos de la realidad social. Presenta modelos mínimos de diversos recursos/medios que se verifican en manera extendida en los pronunciamientos judiciales y que son descriptos por algunas teorías generales del derecho a las que hemos tenido acceso. En un segundo momento, desde una perspectiva valorativa/censoria aportaremos, desde nuestro enfoque, un punto de vista que procura dar cuenta de cómo debería ser la relación "juez/ley laboral", proporcionando un aporte para la administración de justicia (Cfr. Carlos S. Nino, "El modelo de una ciencia normativa del derecho", en *Algunos Modelos Metodológicos de "Ciencia Jurídica"*, Fontamara, S.A. México, 1999, p. 89).
- 3 El término es usado en su segunda acepción, como medio de cualquier clase que, en caso de necesidad, sirve para conseguir lo que se pretende (Cfr. *Voz recurso en Diccionario de la lengua española. Real Academia Española*. Editorial Espasa Calpe, S.A., Madrid, Tomo II, 1992, p. 1746).

II. El modelo comunicativo y el modelo justificatorio

Existe en nuestro medio la creencia extendida y ampliamente aceptada de que los jueces deben aplicar la ley laboral. Sin embargo, no se evidencia igual consenso respecto al modo en que la ley debe ser aplicada, esto es, cuánto obliga a los jueces.

A partir de la descripción de algunos argumentos que se usan en los casos judiciales, pretendemos mostrar que existe una cierta relación entre las teorías o concepciones del derecho o valores que guían a las autoridades normativas (“los jueces”) y el razonamiento judicial o actividad de decidir. Por tanto, el resultado de tal actividad -la decisión judicial- que es la norma individual para el caso y que concreta la “ley laboral”, depende, en alguna medida, del modo en que tales autoridades se sienten obligadas respecto a la ley conforme al marco teórico/valorativo al que adscriban.

Puede resultar útil para explicar lo anterior, el uso de dos modelos teóricos. Uno, el “modelo comunicativo”: el Derecho es una técnica de motivación y las normas que expresan los textos legislativos tales como han sido comunicados por el legislador tienen fuerza concluyente, por lo que el modelo de decisión judicial contiene razones excluyentes (“la ley”). Otro, el “modelo justificatorio”: el Derecho es un esquema de justificación; por ello, las normas que expresan la legislación, tal como la ha comunicado el parlamentario, concurre con otras razones, como los principios (morales o políticos) y las consecuencias de las nor-

mas; entonces, a través de un balance de razones, el juez construye un argumento justificatorio que da base a la decisión individual. En este modelo, el texto legislativo, tal como se lo ha comunicado, no impone razones perentorias.

Nuestra contribución para dilucidar la interrogante que nos provocan algunas decisiones jurisdiccionales es demostrar que en ciertas oportunidades “la norma que expresa la ley” impone al decisor una razón excluyente o perentoria o de jaque mate y, en otras, “la norma que expresa la ley” es un candidato o pretendiente que se suma a un principio moral o principio político o razón de conveniencia para construir la decisión judicial definitiva.

III. Modelo literal y el modelo del fin

Otros dos modelos susceptibles de dilucidar cómo se despliega la actividad judicial y su vinculación con las normas que expresa la ley habrá de surgir de las decisiones contrarias que sobre hechos coincidentes y en igual tópico de referencia se pueden dictar, esto es, a iguales hechos y texto legal involucrados en un caso se arriba a soluciones normativas individuales de sentido contrario.

Nuestra argumentación presupone que: (i) los enunciados sobre los hechos de dos causas guarden exacta correspondencia, (ii) en ambas causas los jueces elijan el mismo texto legislativo para resolver la controversia, (iii) a la hora de dictar la solución individual, esto es, el resuelve, un juez admita la demanda y el otro la rechaza.

La pregunta que se puede formular es cómo despejar la sensación de vacilación que, en principio, puede ocasionar que hechos que guardan una tal correspondencia y que se contrastan ante iguales textos legislativos seleccionados por las autoridades normativas encuentren soluciones individuales de sentido contrario.

Una posible vía de respuesta surgiría de distinguir dos sentidos del término interpretación, para, luego, abordar dos modalidades de argumentos interpretativos: el literal y el de *ratio legis*, que, según estimamos subyacen, a veces, a las decisiones adoptadas.

El término interpretación adolece de la nota de ambigüedad conocida como “actividad-producto”. El vocablo “interpretación” puede referirse tanto a la actividad interpretativa, desarrollada por una determinada autoridad normativa, respecto de un texto legislativo, cuanto del producto derivado de aquella actividad, que da como resultado una norma formulada en la decisión.

En los casos propuestos, con interpretación-actividad se designa la operación intelectual que los decisores hacen respecto del texto legislativo elegido (que es idéntico en ambos procesos), y, con interpretación-resultado, se designa el producto formulado o resultado de aquella actividad interpretativa que, en un caso, derivó en la admisión de la demanda y, en el otro, en el rechazo.

Como se puede colegir, a partir de los mismos enunciados de hechos y

textos legales idénticos (con la misma formulación lingüística) y luego de sendos procesos interpretativos se han derivado dos decisiones de sentido contrario.

Ello se puede explicar, estimamos, a partir de que en ocasiones los decisores utilizan, en la actividad interpretativa, dos modalidades argumentales que, en los casos concretos (=hechos = leyes), llevan a soluciones contrarias (no =).

Es que en un caso, subyace al abordaje del texto legislativo una consideración literal y, entonces, como el enunciado de hecho fijado en el proceso no se encuentra previsto en el texto de referencia y tampoco se lo puede asimilar no cabe aplicarle la solución normativa que prevé la norma así elaborada (producto de la interpretación).

En el otro, habiendo primado la argumentación de la razón de la norma o sentido finalista de la disposición, el enunciado de hecho fijado en el proceso sí se encuentra previsto en el texto de referencia y se lo puede asimilar, entonces, si cabe aplicarle la solución normativa que prevé la norma así elaborada (producto de la interpretación).

Generalmente, los jueces toman el sentido finalista del texto legislativo de los comentarios jurídicos que derivan de la doctrina más recibida o de mayor circulación en el medio ambiente o de la preferencia del decisor o de los debates parlamentarios previos. En ocasiones, el decisor explicita el recurso usado en su decisión y otras lo deja oculto.

IV. La relación conceptual entre el contenido que se asigna al Estado de Derecho y el rol del Poder Judicial

Resulta tradicionalmente aceptado que no todo Estado es un Estado de Derecho (ED): el ED es el Estado sometido al Derecho. En la cultura jurídica actual no existe acuerdo en torno a cuál es su contenido y el rol de los departamentos que lo integran⁴. Encontramos diversos sentidos: según el uso kelseniano, ED expresa un orden coactivo relativamente centralizado, que prevé ciertas garantías típicas para la juridicidad de los actos de aplicación del derecho y para la libertad individual de los sujetos (Kelsen, 1999: 36). En otro, sólo el Estado que cumple determinados requisitos puede ser considerado un ED, a saber: (i) imperio de la ley, como expresión de la voluntad popular, (argumento del principio de soberanía) (ii) división de poderes, con primacía del Legislativo (Guastini, 1999: 240) (argumento de la deferencia al legislador democrático) y (iii) legalidad de la Administración (Atienza, 2000: 154) (argumento del principio de legalidad). Estos postulados corresponden al ED legislativo. Según otra opinión, nuestro tiempo reclama la subordinación del Estado a un estrato más alto, establecido por los derechos fundamentales⁵, con lo que se da validez al ED

constitucional (Zagrebelsky, 1999: 33-34). Así, a los requisitos enunciados, cabría agregar la garantía de los derechos fundamentales.

Existe una cierta relación entre el contenido que asignemos al concepto de ED y el rol que consecuentemente se conceda al Poder Judicial (PJ). En una concepción legislativa del ED, el Juez es la boca muda del texto de la ley (deferencia fuerte al legislador), y, en una concepción del ED constitucional, se le asigna al Juez un papel que puede ser definido como quien tiene la tarea principal de ser garante de los derechos fundamentales (Capón Filas, 2001) de los potenciales abusos de las instituciones político-representativas (deferencia débil al legislador) y de las mayorías partidarias que las controlan (argumento de la crisis de la representatividad), ante la agotamiento de las formas clásicas de representación, agravado por la sospecha de corrupción institucional y de presiones para-estatales que pesan sobre los órganos legislativos (Bayón, 1999; Bidart Campos, 2002).

Se pueden colegir, entonces, dos modelos de rol del PJ, dicho ello mínima y superficialmente, que se corresponden con las concepciones del ED, antes descritas.

Una visión formalista de la función judicial que presupone: (i) La inviolabilidad del principio de la división de

4 CS, *Fallos* 251:21.

5 "Junto a los tradicionales derechos de libertad, las Constituciones de este siglo han reconocido sin embargo otros derechos vitales o fundamentales: los ya recordados derechos a la subsistencia, a la alimentación, al trabajo, a la salud, a la educación, a la vivienda, a la información y similares." Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, España, 1998, p. 861.

poderes: la presunción fuerte de legitimidad de los actos de los otros departamentos estatales que no admite prueba en contrario, se limita el rol del PJ a órgano de control mínimo y arbitral de la vigencia de procedimientos democráticos y, por ello, (ii) el PJ no revisa la presunción de legitimidad que poseen las leyes dictadas por un Poder Legislativo (PL) o actos del Poder Ejecutivo (PE), desde que, en un caso, el proceso de creación de las leyes es la vía idónea para la elección de los medios más adecuados para asegurar el bienestar general, y, en el segundo caso, la elección de las políticas públicas ingresa en el ámbito del poder discrecional de la Administración, que, en razón de la alta complejidad de la sociedad contemporánea, debe contar con el más amplio margen de poder para llevar a cabo con rapidez y eficacia las acciones gubernamentales destinadas al bienestar general.

La decisión emanada del PL no está sujeta al control del PJ toda vez que la decisión legislativa -que dio origen a la ley- o el acto administrativo o acto legislativo por delegación se asientan, entonces, en la real efectividad: la capacidad de imposición del derecho creado en condiciones de validez. Ello, pues no es carga del rol judicial efectuar censura a los textos legislativos o actos (posición pretendidamente neutral), ya que se habría efectuado, o no (poco importa), el *test de legitimidad* de aquéllas en el debate legislativo (valor epistémico del debate parlamentario) u órgano creador de la ley o que elige el acto o el medio.

De otro costado tenemos un rol de protagonismo judicial o del gobierno de los jueces o de activismo judicial que desconoce un esquema de ED legislativo (donde posee primacía el PL como manifestación de la voluntad popular). Las decisiones se toman en base a la voluntad, deseo y preferencia del decisor, con la sola justificación en los derechos fundamentales.

V. Suma y Primeras Conclusiones

Tenemos entonces descriptos seis modelos:

Recursos usados para construir la decisión final

1. Modelo comunicativo
2. Modelo justificatorio
3. El modelo de interpretación literal
4. El modelo de interpretación *ratio legis*
5. ED legislativo/Juez boca muda
6. ED constitucional/Juez activista

Como primeras conclusiones podemos arriesgar que se verifica de manera extendida que los Tribunales apelan a algunos o a todos los modelos mínimamente graficados para justificar sus decisiones.

Que, en principio, no existe un argumento excluyente o absoluto o de jaque mate que nos indique cuándo un Tribunal debe usar uno u otro modelo. Ello es así, pues, caso contrario, no se verificaría el uso de uno u otro de los modelos para justificar soluciones de sentido contrario (argumento de la discrecionalidad judicial).

Tampoco se evidencia un argumento de jaque mate que nos permita predecir cuál modelo usará un Tribunal dado. En este punto deberíamos recurrir a la sociología y a la estadística.

Aparentemente, la decisión final o resultado al que el Tribunal quiere arribar sería lo que marca la utilización de uno u otro modelo y ello parece dar la razón a quienes sostienen que en la construcción de la decisión individual prevalece el “decisionismo” con su nota “voluntarista” en la determinación del resultado y que, a partir de allí, esto es, una vez elegida la decisión a la que se quiere arribar se construye o justifica la conclusión.

La posición contraria sostiene un tipo de “racionalidad”, en el que la conclusión final se impone luego de un proceso justificado argumentalmente a partir y desde los enunciados de hecho y las normas (textos interpretados) que solucionan el caso.

Nuestra opinión provisoria es que existe una cierta relación de comunicación de doble vía entre el resultado al que el juez quiere llegar y el marco de referencia que le impone/opone el proceso (afirmaciones, negaciones, medios de prueba, entre otros elementos), textos adjetivos, sustanciales, doctrina, jurisprudencia y el medio ambiente social/cultural (clase social del decisor -argumento Däubler/Ripert- y punto de vista o sector social al que aspira -argumento Capón Filas-).

Entonces, a la decisión final no la impone sólo la conclusión a la que se quiere arribar, ni la impone en forma absoluta un tipo de racionalidad de

proceso justificado argumentalmente. Si se acepta, podría ensayarse como explicación que existe algo de racionalidad/voluntariedad y/o voluntariedad/racionalidad en la construcción de la decisión final.

Tipos explicativos de la construcción de la decisión final

1. Tipo decisionista/voluntarista
2. Tipo de racionalidad
3. Tipo de la doble vía

Esta primera perspectiva, en síntesis, es una desde la que puede abordarse la relación entre los jueces y la ley laboral. Creemos haber logrado despejar algunas dudas en torno a la utilización, como mínimo, de los seis modelos descriptos, todos de uso frecuente en la tarea jurisdiccional para la construcción de la decisión, que nos llevan a poner en circulación otros tres tipos que explican, superficialmente, cómo construyen los jueces la decisión final.

Ahora, debemos reconocer que nos queda una sensación de sinsabor, pues no podemos determinar cuál de los seis modelos es el mejor o el más adecuado y, asimismo, no evidenciamos consenso respecto al modo en que la ley debe ser aplicada, esto es, cuánto obliga a los jueces.

VI. Otra perspectiva. Abordaje crítico/valorativo

Por contraposición a un abordaje descriptivo, tenemos otro, crítico o censorio, en donde presentaremos nuestra preferencia por alguno o todos de los modelos del menú propuesto.

La descripción antes efectuada no aspiraba a dirimir cuál de los seis mo-

delos (mínimamente descriptos y sin matices) era el mejor o más aceptable. Tampoco creemos que los esquemas (modelos) adscriban *per se* a posiciones transformadoras o conservadoras. Resulta lógica y prácticamente posible que se adhiera a: 1. modelo comunicativo o 2. modelo justificatorio o 3. modelo de interpretación literal o 4. modelo de interpretación *ratio legis* o 5. ED legislativo/Juez boca muda o 6. ED constitucional/Juez activista y la decisión que en cada caso se obtenga aparezca como transformadora o conservadora según sea su resultado.

Es probable que si se abordara el tema de la relación entre los jueces y la ley laboral desde una perspectiva no tradicional de la teoría jurídica o crítica, esto es, se procurara entender el derecho como una *práctica social específica*, de naturaleza *discursiva*, con una función *paradojal*, en cuanto, a un mismo tiempo, constituye un factor de conservación o de transformación ante las relaciones sociales existentes y se diera prioridad a los aspectos históricos-positivos-valorativos por sobre los de tipo lógico-sistemáticos (Cárcova, 1996: 13), previo acuerdo de una tabla de valores, se podría establecer cuándo una decisión individual (resuelve) de una autoridad normativa debería recibir el calificativo de transformadora o conservadora. Ello será lo que mínimamente intentaremos en el tramo final de este trabajo.

Dos Perspectivas

1. Paradigma lógico-sistemático
2. Paradigma práctico, crítico-valorativo

VII. Conservar-transformar

Como aclaración previa, señalamos que adjetivar a una decisión final como conservadora o transformadora no denota una toma de posición ideológica sino descriptiva. No asimilamos conservación a conservadurismo, ni transformación a posición radical.

Estipulamos, entonces, que una decisión es conservadora cuando es favorable a la continuidad y permanencia de un estado de cosas (social/cultural/valorativo). Es transformadora cuando es propicia a hacer cambiar o mudar un estado de cosas (social/cultural/valorativo) dado.

Tipos de decisión

1. Conservadora
2. Transformadora

VIII. El Derecho supone, necesariamente, juicios de valor

En el campo de la práctica social específica de naturaleza discursiva y con una función paradojal que es el Derecho (argumentación jurídica, diferentes concepciones en torno al fenómeno del Derecho, textos legislativos, textos de doctrina, entre otros), se encuentra presente, en diversos grados, una cierta tensión valorativa en sentido amplio. En efecto, el Derecho, como técnica que determina el comportamiento de los individuos (con un rol prevalente de los textos legislativos) supone, necesariamente, juicios de valor⁶; que de éstos se pueda predicar su verdad o falsedad resulta una cuestión disputada en la filosofía moral, a punto tal que se enfrentan posturas si se quiere irreconciliables.

Unos, sostienen que aquéllos (los enunciados valorativos) describen hechos, por lo que son susceptible de verdad o falsedad; otros, afirman que con tales enunciados sólo se pretende influir en la conducta humana o ser instrumentos de expresión de emociones (Mendoza, 2000: 37).

También en este campo debemos constatar el problema de la inconmensurabilidad de los valores. Se afirma, en efecto, que los valores son inconmensurables, irreductibles a una medida común y, por tanto, incomparables. Entonces, cómo justificar una decisión en los procesos en los que entran en conflicto varios valores? ¿Cuál es la decisión correcta? (Ferrerres Comella, 1997: 32).

Dejando de lado, voluntariamente, estos debates, en el contexto de este manuscrito basta verificar, por ahora, que, por ejemplo, si el legislador prescribió un texto legislativo que sanciona (privando de algún bien) conductas tales como: “clandestinidad laboral” o “trabajo en negro” o “dar muerte a otro” o la “evasión fiscal”, es porque ha valorado en forma negativa las conductas que tales enunciados describen o evocan. Existen innumerables ejemplos como los transcritos. Si ello se acepta como dato de la realidad, no es posible soslayar, entonces, los intereses⁷, las valoraciones, los ideales sociales⁸ y la moral⁹ en los operadores jurídicos (creadores y ejecutores de la práctica del Derecho), y los intereses,

- 6 “La noción de valor en un sentido general está ligada a nociones tales como las de selección y preferencia, [...]” (José Ferrater Mora, *Diccionario de Filosofía*, Ariel S.A., Barcelona, 1999, t. IV, p. 3634). Cfr. Nicola Abbagnano, *Diccionario de Filosofía*, Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, 1983, p. 1173.
- 7 “Los intereses, en sentido amplio, pueden entenderse como el conjunto de deseos y preferencias que los individuos (o los grupos) tienen de hecho o se supone que normalmente han de tener para la configuración de sus planes de vida” (Manuel Atienza, *Tras la justicia*, Ariel, Barcelona, 2000, p. 42).
- 8 “Los ideales sociales, por supuesto, están en la base del derecho, pero en la base del derecho explícito, si suponemos -como es razonable pensar para cualquier sociedad- que los órganos encargados de legislar construyen las normas legales en función de sus creencias. Sin embargo, el proceso de traducción de ideales en normas de derecho positivo no es en absoluto fácil: requiere deliberación, acomodamiento con ideales diferentes, concertación de puntos de vistas contrapuestos, etc. Las dificultades y los vaivenes de todo tipo que afectan los actos legislativos son una muestra de lo complejo de este mecanismo.” (Carlos Ernst, *Los derechos implícitos*, Lerner, Editorial Córdoba, 1994, p. 42).
- 9 “[...] la palabra “moral” puede ser utilizada para designar la moral positiva (en el sentido de John Austin, 1954, 268), es decir, las mores de una determinada sociedad o de sus grupos dirigentes, o la moral crítica o ética.” (Ernesto Garzón Valdés, “Algo más acerca de la relación entre derecho y moral” en *Derecho, Ética y Política*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 318).

las valoraciones, los ideales sociales y la moral que, por aquella razón, también reflejan los textos legislativos, pronunciamientos judiciales y las diversas modalidades de hacer ciencia jurídica¹⁰.

Se sigue, pues, de lo precedentemente afirmado, que la carga valorativa (preferencia y selección) no puede ser soslayada, por lo que es menester hacerla explícita y consciente a los fines de que sea posible su control por parte de la comunidad en general y jurídica a la que va dirigida. Ello, en razón de que en tanto el origen y la organización del poder (en sentido amplio), en un determinado territorio se efectúe conforme los lineamientos del sistema democrático¹¹ y del Estado de Derecho (legislativo o constitucional), es carga de los actos de gobierno de las

distintas especializaciones o competencias del Estado, el deber de publicidad. Y dicha “carga o deber” debe (regla técnica), en consonancia con el sistema democrático y republicano, operar también sobre diversas especializaciones o competencias, en sentidos débiles, extra estatales, como el ámbito de la ciencia jurídica que, en alguna medida, contribuye a la producción extra legislativa del Derecho¹² como práctica.

IX. La satisfacción de un umbral de necesidades básicas como idea regulativa. El derecho social como instrumento operativo

Procederemos al anclaje del juicio de valor elegido como relevante en nuestra perspectiva. La práctica social específica que es el Derecho debe

10 “[...] ningún partidario de la tesis de la separación (entre derecho y moral) niega que los sistemas jurídicos sean reflejo más o menos fiel de las convicciones morales de quienes detentan el poder en una sociedad determinada.” (Ernesto Garzón Valdés, “Derecho y moral” en *Derecho y moral*, Rodolfo Vázquez (comp.), Gedisa S.A., Barcelona, 1998, p. 19).

11 El marco de referencia democrático que estipulamos presupondría como mínimo: 1.- Sufragio universal, igual y secreto (un hombre/una mujer, un voto); 2.- Sistema de representación con mecanismos efectivos de participación directa; 3.- Mecanismos de participación directa con efectivo ejercicio de procesos deliberativos en la toma de decisión por parte de los afectados; 4.- Principio de la mayoría con respeto por la minoría. La exigencia de la “carga de publicidad” puede derivarse también de un contexto político en donde prime una concepción de “democracia deliberativa”, desde que las decisiones a las que se arribe en tal caso deben ser comunicadas a todos los posibles involucrados.

12 En efecto, “[...] al menos en ciertas circunstancias, el derecho no nace de la ley sino de las propias construcciones conceptuales de los juristas”. (Riccardo Guastini, “Giovanni Tarello, jurista”, en *Distinguiendo*, Gedisa S.A., Barcelona, 1999, p. 49).

contribuir, en nuestra opinión, a la vigencia¹³ del derecho social¹⁴ en particular, a partir de una directriz o valor que opere como una regla exclusiva o de jaque mate: la satisfacción de un umbral de necesidades básicas¹⁵, en el marco de los derechos humanos. Es por ello que conviene destacar que la noción de “necesidades básicas”, si bien controvertida y disputada, se presenta como selecta en el contexto y es asumida como una “idea regulativa”; esto es, sin ingresar, por ahora, a demostrar cuál es (o debería ser) su contenido, la proponemos como una noción “para algo”, es decir, para orientar la práctica del Derecho.

Pues, si se acepta que los hombres necesitados no son hombres libres

-Franklin Roosevelt-, que el sentido de la política es la libertad -Hannah Arendt-, que la democracia es el mejor método hasta ahora existente para asegurar la indulgencia mutua en sociedades numerosas -Ernesto Garzón Valdés-, que el derecho es un fenómeno esencialmente político -Carlos Nino-, entonces, debe aceptarse que el sentido de la política y del derecho es que no haya hombres necesitados.

El derecho social se justifica, pues integra los derechos humanos fundamentales, desde que ampara intereses inherentes a la condición humana (Chumbita, 2001: 176), está reconocido y regulado constitucionalmente¹⁶ como cláusulas fruto de las luchas populares en búsqueda de la satisfac-

- 13 El concepto de vigencia aquí utilizado es descriptivo y expresa que cuando las normas del derecho social están vigentes, esto quiere decir que están en vigor, que son de hecho usadas, obedecidas, aplicadas o reconocidas, sino por todos, al menos por una parte extendida de los integrantes de un grupo social dado (Cfr. ALCHURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio, “Norma Jurídica” en *El derecho y la justicia*, Ed. Trotta, Madrid, 1996, p. 136).
- 14 Derecho incluyente para la cohesión social.
- 15 Según el glosario del INDEC se consideran hogares con NBI (HOGARES CON NECESIDADES BASICAS INSATISFECHAS) aquellos en los cuales está presente al menos uno de los siguientes indicadores de privación: Hogares que habitan viviendas con más de 3 personas por cuarto (hacinamiento crítico). Hogares que habitan en una vivienda de tipo inconveniente (pieza de inquilinato, vivienda precaria u otro tipo). Hogares que habitan en viviendas que no tienen retrete o tienen retrete sin descarga de agua. Hogares que tienen algún niño en edad escolar que no asiste a la escuela. Hogares que tienen 4 o más personas por miembro ocupado y en los cuales el jefe tiene bajo nivel de educación (sólo asistió dos años o menos al nivel primario). Fuente: Situación y Evolución Social (Síntesis N°4); INDEC. Algunas definiciones afines: Jefe/a de hogar, Hogar censal particular, Hogar familiar extendido, Hogar familiar nuclear, Hogar multipersonal no familiar, Hogar familiar compuesto, Hogar unipersonal. Nuestra directiva aspira a funcionar como una “idea regulativa” que modifique el estado de cosas descrito como “hogares con necesidades básicas insatisfechas”.
- 16 Cfr. Arts. 14 bis, 75, inc. 19 y 22, Constitución de la Nación Argentina.

ción de las necesidades humanas básicas, por lo que es el mejor candidato para operar la “idea regulativa”.

Presupuesto nuestro amarre valorativo, se deriva, entonces, que una decisión será conservadora o transformadora de acuerdo al punto de vista valorativo desde que se la califique.

Así, si es favorable a la continuidad y permanencia de un estado de cosas (social/cultural/valorativo) conforme al derecho social y desde la directriz elegida será conservadora y desde nuestro punto de vista la decisión será correcta; en sentido contrario, si procura transformar las condiciones sociales/culturales/valorativas impuestas por el derecho social será transformadora y de conformidad al anclaje elegido será incorrecta.

De otro lado, si la decisión es favorable a la continuidad y permanencia de un estado de cosas (social/cultural/valorativo) que degrade al derecho social y no procura la satisfacción de las “necesidades básicas” será conservadora e incorrecta. Finalmente, si el estado de cosas que degrada al derecho social es transformado por la decisión, ésta será correcta.

X. Suma y segundas conclusiones

En suma: Cualquiera de los seis modelos descriptos precedentemente resultan medios o recursos útiles para conservar el derecho social o para hacerlo operativo y transformar el estado de cosas no acorde con la “satisfacción de las necesidades básicas”.

Por tanto, en el tipo explicativo de “doble vía”, el concepto de “satisfacción de las necesidades básicas” ope-

raría como la “idea regulativa” que fijaría el resultado que el juez debe proponerse alcanzar, a través de la vigencia del derecho social; el marco de referencia lo impone/opone el proceso (afirmaciones, negaciones, medios de prueba, entre otros elementos), textos adjetivos, sustanciales, doctrina, jurisprudencia y el medio ambiente social/cultural (clase social del decisor y punto de vista o sector social al que aspira).

En síntesis: racionalidad-proceso y otros/voluntariedad-procurar la satisfacción de las necesidades básicas o voluntariedad-procurar la satisfacción de las necesidades básicas/racionalidad-proceso y otros, para la construcción de la decisión final.

XI. Las objeciones del “pluralismo valorativo” y del “principio de conservación”

A nuestras conclusiones se le podrían oponer dos objeciones. La primera, la del “pluralismo valorativo” que nos reprocharía no haber contemplado la existencia de múltiples valores. Nuestra perspectiva no desconoce la existencia de múltiples valores; sólo le da prevalencia a uno, la satisfacción de las necesidades básicas, que, por ser tales, poseen una existencia destacada en el marco de nuestra selección y preferencia y en el contexto del discurso moral. La segunda observación es la que viene de lo que denominamos el “principio de conservación”, que indica que ante el conflicto de dos valores debe evitarse que la protección de uno se haga a costa del sacrificio desproporcionado de otro. Respondemos que el principio de con-

servación podría usarse supuesta la colisión de valores de igual jerarquía; nuestro candidato al ser básico opera como una regla perentoria y excluyente y, por tanto, no admite la negociación que presupone el principio de conservación en donde se procura, a través de un balance de razones, la vivencia de los valores en conflictos en un todo coherente evitando la protección de uno a costa del otro. Nuestra idea regulativa ingresa en un "coto vedado" que obliga, sin posibilidad de negociación, al juez.

Bibliografía

- ABBAGNANO, Nicola. **Diccionario de Filosofía**. México-Buenos Aires. Fondo de Cultura Económica. 1983.
- ALCHURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio. "Norma Jurídica". En: **El derecho y la justicia**. Madrid Ed. Trotta. 1996.
- ATIENZA, Manuel. **Tras la justicia**. Barcelona. Ariel. 2000.
- BAYÓN, Juan Carlos. "Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado Constitucional". En: **Jueces para la democracia**, nº 27, noviembre. 1999.
- BIDART CAMPOS, Germán. "Cambiar las leyes por pedido del FMI, no es constitucional". En: **Diario Los Andes**, 29/04/2002.
- CAPÓN FILAS, Rodolfo. **Desde dónde, en dónde y para qué juzga el juez**. Ensayo expuesto el 03.08.2001 en el Instituto de Derecho del Trabajo de la Universidad de la República, Montevideo, tomado de www.eft.com.ar
- CÁRCOVA, Carlos María. **Derecho, Política y Magistratura**. Editorial Biblos, Buenos Aires. 1996.
- CHUMBITA, Hugo. "Derechos Fundamentales". En: **Diccionario de Ciencias Sociales y Políticas (Di Tella, Chumbita, Gamba, Fajardo)**. Buenos Aires. Emecé Editores. 2001.
- ERNST, Carlos. **Los derechos implícitos**. Lerner: Editorial Córdoba. 1994.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal**. España. Ed. Trotta. 1998.
- FERRATER MORA, José. **Diccionario de Filosofía**. T. IV. Barcelona. Ariel S.A. 1999.
- FERRERES COMELLA, Víctor Ferreres. **Justicia constitucional y democracia**. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1997.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto. "Algo más acerca de la relación entre derecho y moral". En: **Derecho, Ética y Política. Centro de Estudios Constitucionales**. Madrid. 1993.
- _____, "Derecho y moral". En: **Derecho y moral**, Rodolfo Vázquez (comp.) Barcelona. Gedisa S.A. 1998.
- GUASTINI, Ricardo. **Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho**. Gedisa, Barcelona. 1999.
- KELSEN, Hans. **¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?** Fontamara S.A., México. 1999.
- MENDOCA, Daniel. **Las claves del derecho**. Barcelona. Gedisa, S.A. 2000.
- NINO, Carlos S. "El modelo de una ciencia normativa del derecho". En: **Algunos Modelos Metodológicos de "Ciencia Jurídica"**. México. Fontamara, S.A. 1999.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. España. Ed. Trotta. 1999.