ISSN 1515-7326, n.º 22, 2|2019, pp. 191 a 228

Comentarios sobre la Teoría de las *contraintes* jurídicas. A propósito de Michel Troper, Véronique Champeil-Desplats y Christophe Grzegorczyk (eds.), *Théorie des contraintes juridiques*, París, LGDJ, 2005*

Remarks on the Theory of legal contraintes. A Reading of Michel Troper, Véronique Champeil-Desplats and Christophe Grzegorczyk (eds.), Théorie des contraintes juridiques, París, LGDJ, 2005

Eric Millard**

Recepción: 16/10/2019
Evaluación: 19/10/2019
Recepción y aceptación final: 23/10/2019

Resumen: El conjunto de tesis que ha sido denominado *Théorie des contraintes juridiques*, se ha desarrollado, desde hace unos veinte años, en el marco del *Centre de Théorie et Analyse du Droit* de la Universidad de París-Nanterre, Francia, a partir de la obra de Michel Troper, Véronique Champeil-Desplats y Christophe Grzegorczyk. El libro aquí comentado es una expresión de ese trabajo colectivo. En la primera parte de este texto realizaré una presentación de las tesis defendidas por los promotores de la Teoría. Así, me referiré al marco epistemológico en el cual se inserta, luego propondré una definición más precisa y una tipología posible de las *contraintes*. En la segunda parte, realizaré observaciones críticas e introduciré algunas consideraciones propias. Por un lado, me detendré en la dificultad de la Teoría para dar cuenta de la regularidad en las decisiones judiciales y, por otro lado, me referiré a la necesidad de abordar la cuestión

* Traducción del francés de Eric Millard, Véronique Champeil-Desplats y Federico José Arena.

** Profesor de derecho público en la Université Paris Nanterre, Francia y Miembro honorario del Institut Universitaire de France. Correo electrónico: eric.millard@parisnanterre.fr

de la argumentación jurídica usando una noción de *contrainte* diferente a la que propone la Teoría.
Palabras claves: *Contrainte*, realismo jurídico, argumentación, explicación/justificación, decisión judicial.

Abstract: The set of thesis called *Théorie des contraintes juridiques*, has been developed, for about twenty years, within the *Centre de Théorie et Analyse du Droit* of the University of Paris-Nanterre, France, from the work of Michel Troper, Véronique Champeil-Desplats and Christophe Grzegorczyk. The book discussed here is an expression of that collective work. In the first part of this paper I will introduce the theses defended by the Theory. Thus, I will make reference to the epistemological framework in which it is inserted, then I will propose a more precise definition and a possible typology of *contraintes*. In the second part, I will make some critical observations and introduce some considerations of my own. On the one hand, I will focus on the difficulty of the Theory to account for the regularity in judicial decisions and, on the other hand, I will insist on the need to address the issue of legal argumentation using a notion of *contrainte* though different from the one advanced by the Theory.
Keywords: *Contrainte*, legal realism, argumentation, explanation/justification, judicial decision.

1. Introducción

Aquello que denominamos *Théorie des contraintes juridiques* es en realidad un subconjunto de tesis limitadas, que no constituye en sí misma una teoría completa del derecho, alternativa al normativismo o al realismo jurídico, por mencionar algunas de las más conocidas. En cambio, este subconjunto de tesis aspira a integrarse dentro de una teoría del derecho de mayor alcance, de tipo realista, con la finalidad de completarla respecto de una de sus zonas menos claras, a saber, cómo conjugar la discrecionalidad de los jueces, señalada por una teoría realista, con la constatación empírica de que existen sólidas y constantes líneas jurisprudenciales.

Este conjunto de tesis, al que seguiré, de todos modos, denominando "teoría" (teniendo en cuenta las limitaciones que acabo de señalar), se ha desarrollado, desde hace unos veinte años, en el marco del *Centre de Théo-*

rie et Analyse du Droit de Nanterre, Francia, a partir de la obra colectiva o individual de Michel Troper, Véronique Champeil-Desplats y Christophe Grzegorczyk. Sin embargo, lo que suele entenderse como "Teoría de las *contraintes* jurídicas" no es una teoría uniforme: este desarrollo colectivo dentro del *Centre de Théorie et Analyse du Droit* se ha hecho desde posiciones filosóficas, epistemológicas y teóricas muy diferentes, en un intento por elaborar propuestas teóricas en torno a la consideración del papel de la causalidad en el derecho; estos intentos fueron sometidos a una discusión más allá del *Centre de Théorie et Analyse du Droit*[1] y han luego sido recuperados, adaptados, modificados o incluso abandonados de acuerdo con los recorridos individuales[2].

Por diferentes razones, esta teoría tuvo una difusión limitada. Por un lado, porque fue presentada esencialmente dentro del contexto francófono, como un trabajo en progreso, y no ha obtenido mucha publicidad en otros idiomas[3]. Sin embargo, Mauro Barberis, en el capítulo 6 del primer volumen de la *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*[4], dedicado al "Realismo jurídico europeo-continental" reserva algunos párrafos a lo que denomina "El realismo jurídico francés" y ubica dentro de las tesis que lo caracterizan a las que son propias de la teoría de las *contraintes* jurídicas:

> Esta idea [la discrecionalidad interpretativa es potencialmente ilimitada] genera un problema sobre por qué un poder potencialmente

[1] Troper, M., Champeil-Desplats, V. y Grzegorczyk, C. (eds.), *Théorie des contraintes juridiques*, París, LGDJ, 2005.

[2] Ver, por ejemplo, Brunet, P. y Champeil-Desplats, V., "La théorie des *contraintes* face à la théorie des sources du droit, en Cartuyvels, Y. et al (eds.), *Les sources du droit revisitées*, Facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 2013; Troper, M., "Argumentation et explication", *Droits*, 54, 2, 2011.

[3] Junto a Véronique Champeil-Desplats hicimos una presentación de la teoría en el marzo del Seminario franco-ítalo-hispano-portugués de Teoría del derecho en Tossa del Mar, España, en 2005. Esa presentación fue luego publicada en la *Revista de Direitos e Garanties Fundamentais*, 18, 1, 2017, pp. 221-234. Esa presentación es la base de la primera parte de este texto. También dediqué algunas palabras a este conjunto de tesis en el último capítulo de mi *Teoría general del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 167-180.

[4] Fabra Zamora, J.L. y Núñez Vaquero, Á. (coord.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho,* UNAM, 2015. (https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3875-enciclopedia-de-filosofia-y-teoria-del-derecho-volumen-uno)

> ilimitado actualmente no sea ejercido: ¿qué impide a los tribunales superiores adquirir el monopolio de la producción del derecho? A esta pregunta Troper y sus discípulos responden con una teoría de las *contraintes** jurídicas. Dicha teoría desarrolla la idea del siglo XVIII de la constitución como máquina: los primeros constitucionalistas concibieron la constitución (no como norma, sino) como una máquina ideada de modo tal que constriñera a los gobernantes a respetar sus propias competencias. Del mismo modo, también el derecho constriñe a los órganos judiciales –incluidos los tribunales superiores– a respetar sus propias competencias, absteniéndose de usar sus propios poderes interpretativos hasta sus últimas consecuencias. La idea es similar a aquella de Lundstedt de la máquina del derecho, pero presenta la misma dificultad. A saber: o bien las normas funcionan solo como razones (como sostienen los filósofos), o bien también como causas. El problema es que no es del todo claro si los realistas defienden o no esta última tesis.

Mauro Barberis, en la nota correspondiente al asterisco ubicado luego del término *contraintes*, señala una cuestión importante:

> No hay un término que funcione bien en todos los lugares en que aparece *contrainte* en los textos troperianos. Además, hasta donde entendí, *contrainte* tiene en francés una ambigüedad inquietante entre normativo (significa algo así como obligación) y lo empírico (significa también algo así como fuerza que acciona sobre algo).

Por otro lado, en Francia misma (como en otros países en parte francófonos), la teoría de las *contraintes* ha fracasado en la medida en que la versión vulgarmente difundida en el ámbito de la dogmática jurídica ha hecho de esa teoría una mera propuesta *per se*, en el mejor de los casos, o un simple eslogan, en el peor. Así, si bien es frecuentemente citada en la literatura, ha sido despojada de sus implicaciones epistemológicas y analíticas. En este contexto, la teoría no ha logrado extender el campo de la teoría

del derecho (muy limitado en Francia)[5], ni ha impedido que se divulgara una versión caricaturesca de las tesis realistas[6].

Por último, tampoco podemos ignorar que los promotores mismos de la teoría de las *contraintes* no han desarrollado ni defendido ulteriormente, más allá de aquella obra colectiva, la importancia de sus tesis.

A pesar de todo, quizás la obra aquí recordada merezca algo más que el olvido, incluso si, como en mi caso, se puede ser crítico sobre sus conclusiones y su enfoque. Sin dudas, uno de sus méritos es el de identificar una pregunta que debería ser respondida por las teorías realistas, más allá de cuál sea la estrategia que debería adoptarse para hacerlo o no hacerlo. Es por eso que agradezco a mis amigos de la revista *Discusiones* el interés por volver a esta teoría, como consecuencia de la conversación que tuvimos durante un seminario en la primavera de 2019, en la Universidad Nacional de Córdoba.

Realizaré en primer lugar una presentación de las tesis defendidas por los promotores de la Teoría de las *contraintes* jurídicas y, en segundo lugar, formularé algunas observaciones críticas e introduciré algunas consideraciones propias sobre las cuestiones abordadas por la teoría.

[5] En este sentido, vale la pena notar que Otto Pfersmann, en el debate que lo vio oponerse a Michel Tropper poco después de que este último formalizara la Teoría de las *contraintes* jurídicas, se limita a mencionar muy rápidamente esa teoría, concentrándose más bien en los matices realistas de la teoría de Troper y en sostener implícitamente que la teoría de las *contraintes* se limita a ofrecer tesis complementarias, por lo que su pertinencia depende de aceptar también la posición realista. Véase principalmente Pfersmann, O., "Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie (Réponse à Michel Troper)", *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 52, 2002/4, pp. 759-788.

[6] En 2012, dos números de la revista *Droits*, resultado de un seminario organizado por Stéphane Rials, han reinstalado el debate teórico: los números 54 y 55 de 2013, "L'argumentation des juristes et ses contraintes". Sin embargo, surge con claridad de esos textos que los participantes no comparten un mismo concepto de *contraintes*, y mucho menos comparten, seguramente por esa misma razón, cuál es su función en una teoría. La segunda parte de este texto se apoya en el análisis que realicé para esa publicación (Millard, E., "Les contraintes, entre ressources stratégiques et théorie de la régularité", *Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques*, 55, 2013, pp. 23-40).

2. Las tesis

Como dije más arriba, la teoría proviene de una reflexión colectiva en el seno del *Centre de Théorie et Analyse du Droit*. Al momento de llevar a cabo la primera formulación explícita de la teoría, se invitó también a algunos investigadores externos al *Centre* y otros actores jurídicos (jueces constitucionales, jueces del Consejo del Estado, abogados, etc.) para que la comentaran. La teoría y los comentarios se publicaron en el libro que origina estas notas[7].

El libro comienza con dos extensos textos de presentación de la teoría por parte de sus defensores (uno autoría de Véronique Champeil-Desplats y Michel Troper, y el otro autoría de Christophe Grzegorczyk) que ya desde el inicio proponen una construcción diferente de la misma tesis[8]. A continuación, el libro incluye numerosos textos destinados a ilustrar la teoría propuesta (por ejemplo, el de Troper sobre los cambios en el concepto de ciudadano durante la Revolución francesa, el de Champeil-Desplats sobre la producción de principios constitucionales por parte del *Conseil d'Etat* francés, el de Le Pillouer sobre la Asamblea Nacional constituyente de 1789 o el de Brunet sobre las *contraintes* de la representación en 1793). La tercera parte del libro está consagrada a la discusión de la teoría defendida desde diferentes puntos de vista (Otto Pfersmann, Alec Stone Sweet, Pasquale Pasquino, Bastien François y, desde una lectura más cercana al realismo jurídico de la misma teoría, Jacques Meunier y yo mismo).

Preliminarmente, queda claro que desde el punto de vista de los autores, la *contrainte* no es ni semánticamente, ni conceptualmente una obligación. Así, no es una obligación en el sentido común de los juristas, según el cual

[7] Troper, M., Champeil-Desplats, V. y Grzegorczyk, C. (eds.), *Théorie des contraintes juridiques*, París, LGDJ, 2005. En esta primera parte me referiré tanto a los defensores de la teoría como a quienes la han discutido en el libro pero comparten un enfoque, en general, realista acerca del derecho.

[8] Mientras que el primero se presenta como Propuesta y es considerado como la ortodoxia de la teoría de las *contraintes* (pp. 11-24), el segundo es una *Reconstrucción conceptual* (pp. 25-44) y debe ser leído como una lectura que pretende alejarse del positivismo jurídico sin, no obstante, constituir una lectura *a posteriori* del primer texto. Los dos textos son el resultado del trabajo colectivo que originó el libro y es por ello que la contribución de Christophe Grzegorczyk al surgimiento de la teoría no debe ser subestimado.

una obligación jurídica como es un deber impuesto por normas jurídicas. El concepto de *contrainte* no se concibe como perteneciente al orden del *sollen* (deber ser), sino al orden del *sein* (los hechos). Las *contraintes* son un conjunto de factores que influyen o intervienen en el proceso de decisión y determinan una solución. Las *contraintes* reducen el campo de las posibilidades de los actores que formulan un enunciado, toman una decisión o llevan a cabo un razonamiento jurídico.

Para comprender la teoría de las *contraintes* jurídicas, me referiré al marco epistemológico en el cual se inserta (2.1). Luego propondré una definición más precisa del concepto (2.2). Y, por último, formularé una tipología posible de las *contraintes* (2.3).

2.1. El marco epistemológico de la teoría

El proyecto de construir una teoría de las *contraintes* jurídicas proviene de una observación. Las teorías realistas de la interpretación, desarrolladas en los EEUU al principio del siglo XX, en Europa y América Latina después de la segunda guerra mundial, e introducidas en Francia por Michel Troper, a mediados de los años setenta del siglo pasado, sostienen que los actores jurídicos son libres para interpretar los textos jurídicos y, por lo tanto, son libres también para decidir. Con la expresión "actores jurídicos" se hace referencia a cualquier persona o conjunto de personas que, o bien estén autorizadas por el sistema jurídico para producir normas jurídicas (jueces, legisladores, funcionarios de la administración, etc.), o bien pretenden influir sobre esa producción de normas jurídicas (abogados, fiscales, profesores de derecho, etc.). Sin embargo, si se observa el derecho en acción se advierte que esos actores no se comportan de cualquiera manera. La libertad no crea desorden.

A los fines de explicar esta coherencia y la constancia de las decisiones jurídicas, el recurso al concepto clásico y dogmático de obligación no está disponible para la concepción realista de la interpretación. En efecto, el concepto de obligación implica que los actores jurídicos adoptan un comportamiento determinado porque las normas jurídicas así lo ordenan. En

ese caso, los actores jurídicos estarían vinculados por una norma jurídica preexistente, que guía su comportamiento. Ahora bien, la concepción realista de la interpretación afirma, por el contrario, que cuando un actor jurídico dice actuar según una norma, en realidad, actúa siempre en función de su propia interpretación y de su propia concepción de un enunciado jurídico. Si la norma se entiende como significado, este significado no preexiste en el texto, sino que es el resultado de la interpretación del texto. A su vez, la interpretación es una actividad inevitable en el proceso de aplicación o concretización del derecho.

Así, la teoría realista de la interpretación no puede utilizar el concepto de obligación para explicar las razones que conducen a un actor jurídico a decidir en el sentido que ha elegido, incluso cuando tenía varias opciones. Una posibilidad es decir que no hay explicación y que, en efecto, el actor jurídico es totalmente libre. La coherencia y la constancia de las decisiones, identificadas por los meta-discursos jurídicos, serían meramente casuales o quiméricas. Si esta (no)explicación no nos satisface, tenemos que mostrar que hay razones en virtud de la cual se produce tal coherencia y constancia. Las *contraintes* son, según sus defensores, parte de esas razones.

La hipótesis central de la teoría propuesta es que cuando un actor jurídico decide está sometido a un conjunto de *contraintes*, más o menos numeroso y homogéneo. Se trata de hechos que, en el proceso de decisión, reducen el campo de opciones disponibles. Por supuesto, la teoría no se agota en esta propuesta genérica y trivial. Su principal ambición científica es mostrar que existen *contraintes* específicamente jurídicas[9]. En otras pala-

[9] Es necesario introducir aquí una aclaración, para evitar un error de lectura que ha sido frecuente respecto de la Teoría de las *contraintes*. Las *contraintes* son fácticas según la teoría. Hablar de *contraintes* jurídicas puede parecer, por ello mismo, curioso. Es decir, ¿cómo es posible que una *contrainte* sea al mismo tiempo fáctica y jurídica? Es necesario recordar aquí lo primero que dije al comienzo de este trabajo: la Teoría de las *contraintes* no es una teoría en sí misma, alternativa a los realismos, tampoco se trata de una fusión entre realismo y normativismo, o, si se quiere, entre realismo y post-positivismo. La Teoría de las *contraintes* ofrece solamente tesis que pretenden completar al realismo jurídico, cualquiera sea su versión, y que, por lo tanto, deben ser consideradas según su coherencia con el resto de las tesis realistas. Entre esas tesis realistas figura el reduccionismo empirista que entiende al derecho como hecho (véase Olivecrona, K., *Law as Fact*, London, Sweet & Maxwell, 1971. Hay traducción al español de Cortés Funes, G., *El derecho como hecho*,

bras, la teoría sostiene que, dentro de las varias *contraintes* que enfrenta un actor jurídico durante el proceso de decisión, es posible aislar *contraintes* que resultan de la configuración del sistema jurídico en sí mismo.

Las *contraintes* se conciben entonces como causas - de índole factual – verosímiles del comportamiento y de la decisión de un actor jurídico. Cuál sea el estatuto científico de un enunciado que afirma que determinado hecho es causa de cierta decisión es objeto de debate entre quienes defienden la teoría de las *contraintes*.

Para la mayoría, el estatuto epistemológico de la teoría de las *contraintes* es similar al de las demás ciencias sociales. En este sentido, la teoría no pretende formular proposiciones *a priori* y predictivas, sino ofrecer un modelo explicativo *a posteriori,* es decir, después de la decisión de los actores jurídicos. El único tipo de enunciados predictivos que la teoría de las *contraintes* jurídicas puede formular es el siguiente: si un actor jurídico se comporta según cierto tipo de racionalidad y dentro de determinada configuración del sistema jurídico, entonces, es verosímil que actuará de una manera dada. Pero, no es posible prever el modo de racionalidad que un actor adoptará cuando tome su decisión.

Para otros, no es posible evitar preguntarse sobre el problema de la falsación y de la verificación empíricas. ¿Qué quiere decir afirmar que hay *contraintes* si no es posible mostrar lo que son y cómo intervienen empíricamente? Se evidencia aquí, en el seno de la teoría de las *contraintes* jurídicas, el debate clásico entre normativistas y realistas moderados, por un lado, y realistas radicales, por el otro, acerca del estatuto de las proposiciones de hecho y la necesidad, o no, de que una ciencia empírica se refiera a hechos empíricamente verificables.

Buenos Aires, Depalma, 1959). Para el realismo, el derecho es un conjunto de hechos (por ejemplo, un conjunto de entidades lingüísticas) y hablar aquí de *contraintes* jurídicas significa simplemente postular que, dentro del conjunto de esos hechos, algunos son entendidos por la teoría como jurídicos y otros no. La teoría de las *contraintes* jurídicas sostiene por lo tanto que algunos hechos (jurídicos) pueden ser analizados como las causas específicas de otros hechos (jurídicos). De este modo, no existe contradicción ontológica, sino más bien una coherencia metodológica, al calificar las *contraintes* como fácticas y como jurídicas al mismo tiempo.

2.2. Definición de *contrainte* jurídica

La *contrainte* jurídica es una situación de hecho en virtud de la cual un actor jurídico adopta determinada decisión o conducta, y no otra decisión o conducta, en razón de la configuración del sistema jurídico del cual participa el actor. En otras palabras, la *contrainte* jurídica es producida por el sistema jurídico y, al revés de la concepción tradicional del derecho como conjunto de normas, es concebida como una *contrainte* de hecho. En efecto, partiendo de una teoría realista de la interpretación, según la cual el actor jurídico puede interpretar las disposiciones normativas de manera discrecional, la interpretación finalmente adoptada no será el producto inmediato de una norma preexistente, haya sido la norma clara o resulte precisada por la interpretación. Por ello, la simple producción de un enunciado imperativo que expresaría una norma no vincula directamente al actor jurídico, sino que puede vincularlo indirectamente. Es decir, la decisión o el comportamiento del actor no dependen de la norma, sino de la interpretación de las disposiciones normativas. La interpretación misma depende de las concepciones que los actores jurídicos tienen de los textos y de varias *contraintes* que incitan a decidir o comportarse de tal manera y no de otra.

Dentro de estas varias *contraintes*, algunas resultan del sistema jurídico. Esta afirmación exige tres precisiones: (1) definir lo que entendemos por sistema jurídico; (2) distinguir *contraintes* jurídicas de *contraintes* que no lo son y (3) explicar cómo surgen las *contraintes*.

(1) El concepto de sistema jurídico se funda en dos elementos. (a) El sistema jurídico está constituido, al menos, por un conjunto de enunciados que tienen una función prescriptiva y que son producidos por los actores jurídicos. (b) Los actores jurídicos son los que están designados como tales por los enunciados del sistema jurídico.

La circularidad de esta presentación[10] es solo aparente, y puede resolverse fácilmente si se distingue entre disposiciones y normas, una distinción clásica de la teoría kelseniana que los realistas aceptan y desarrollan; y si se

[10] Señalada por Otto Pfersmann en Pfersmann, O., "Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie (Réponse à Michel Troper)", *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 52, 2002/4, pp. 759-788.

distinguen las diferentes funciones de las disposiciones, una distinción típica de la filosofía del lenguaje, que la escuela genovesa de análisis crítico del lenguaje aplica al derecho. El punto de partida lo constituye el momento en que un grupo de personas habilitadas *ex nihilo* y/o *post facto* producen un acto constituyente. En ese acto constituyente se formulan disposiciones normativas que autorizan a algunos actores a formular textos y a otros actores, o a esos mismos, interpretar, aplicar o concretizar el contenido de los textos. Los actos realizados por los actores así autorizados son actos de voluntad, en otras palabras, son decisiones. Estas decisiones incluyen también decisiones acerca de quiénes son actores jurídicos y cuáles son sus competencias. Este es el caso, por ejemplo, cuando una Corte Constitucional, mencionada en el texto de una Constitución, determina el alcance de su propio competencia.

(2) La caracterización de las *contraintes* específicamente jurídicas permite distinguirlas de otros tipos de *contraintes* que pueden influir sobre las decisiones de los actores jurídicos pero que no tienen vínculos con normas del sistema jurídico. Las *contraintes* que no son resultado de la configuración del sistema jurídico quedan fuera del análisis de la teoría, aunque puedan, ciertamente, ser objeto de análisis por otras ciencias u otras teorías jurídicas que tengan una concepción diferente del "derecho". En otras palabras, no se niega que los actores jurídicos enfrenten varios tipos de *contraintes*. No obstante, solamente las *contraintes* que resultan del sistema jurídico constituyen el objeto de la teoría de las *contraintes* jurídicas.

Así, las *contraintes* jurídicas se distinguen de las *contraintes* materiales que describen, por ejemplo, los análisis históricos: tal persona tomó tal decisión porque le amenazaron con una arma o porque temía ataques terroristas.

Las *contraintes* jurídicas son también diferentes de las *contraintes* económicas. Los análisis económicos (ignorando aquí la pluralidad de teorías) resaltan las *contraintes* vinculadas al costo financiero, a la eficacia o a la rentabilidad de las decisiones.

Las *contraintes* jurídicas se distinguen igualmente de las *contraintes* de tipo moral o psicológico puestas de relieve por la "teoría del desayuno", como la personalidad del juez, sus opiniones políticas, religiosas, o el menú de su desayuno antes de la decisión.

Las *contraintes* jurídicas no son, tampoco, *contraintes* sociales. Estas últimas nacen de un conjunto complejo de relaciones entre la estructura de la sociedad y la actividad jurídica. Bajo este enfoque, la decisión jurídica es considerada como el resultado de la transferencia de información entre las diversas actividades sociales. Se trata de un hecho social interdependiente de otros hechos sociales. Este tipo de análisis conduce, por ejemplo, a analizar la permisión del aborto o del matrimonio entre personas del mismo sexo como el resultado de la evolución de las representaciones sociales, pero también, eventualmente, a criticar tal decisión por considerarla conservadora.

Es claro que estos de tipos de factores que pueden influir sobre la decisión de los actores jurídicos no interesan a la teoría de las *contraintes* jurídicas. Ello en cuanto no están vinculados a o justificados en el funcionamiento del sistema jurídico. Pero hay otros tipos de factores cuya caracterización como *contraintes* jurídicas son objeto de controversia. Este es en particular el caso de los argumentos producidos por la dogmática jurídica.

Para algunos, que defienden una concepción estricta de la teoría de las *contraintes* jurídicas, los argumentos de la dogmática no son más que otra *contrainte* social o moral. La única excepción la constituirían los argumentos dogmáticos a los que un actor jurídico le haya dado un significado de norma jurídica, al usarlo para fundar la validez o la invalidez de una norma jurídica general o individual. En Francia, los argumentos de la dogmática no tienen ese estatuto, por lo que, incluso si concedemos que representan una *contrainte*, esta última no es jurídica, sino moral (consagración de un análisis particularmente iluminado), o socio-política (voluntad de legitimación de una decisión).

Para los que conciben la teoría de las *contraintes* jurídicas en un sentido más amplio, los argumentos de la dogmática pueden ser considerados como *contraintes* jurídicas, al menos cuando se trata de propuestas de interpretación de disposiciones normativas. El carácter público de estos argumentos y su pretensión de verdad influyen sobre la decisión de los actores jurídicos, tanto cuando directamente las adoptan, como cuando simplemente las tienen en cuenta para decidir, produciendo un nuevo argumento. En esos casos, el campo de las opciones jurídicas queda reducido en razón de consideraciones vinculadas a cómo se configura el sistema jurídico.

(3) El surgimiento de las *contraintes* jurídicas se produce en virtud de la coexistencia de una pluralidad de actores jurídicos que, por un lado, pueden actuar unos contra otros, en función de las competencias conferidas por los textos jurídicos y por su interpretación y, por el otro lado, pueden procurar convencer a los demás de actuar en un sentido determinado. Las *contraintes* jurídicas resultan de interdependencia de los actores jurídicos. Según sus competencias, los actores jurídicos están sometidos a grados y modalidades variables de *contraintes*. Por ejemplo, el primer ministro, el Tribunal constitucional y el Tribunal de Tossa del Mar (si existe) están claramente insertos en redes de *contraintes* jurídicas diferentes.

La situación de interdependencia de los actores jurídicos excluye concebir a las *contraintes* como el mero resultado de la combinación de los textos normativos. Esa situación exige, por el contrario, considerar las interpretaciones y concepciones, conocidas o presupuestas, que de esos textos tienen cada uno de los actores del sistema jurídico. Si bien no es necesario que un actor jurídico sea consciente de que su decisión particular es el resultado de una *contrainte* jurídica, para que esa decisión sea *a posteriori* analizada como el resultado de una *contrainte*, al revés, sí es necesario que el actor jurídico asuma cierto tipo de racionalidad, al interpretar los textos jurídicos y sus competencias, para que pueda afirmarse que está sometido a las *contraintes* jurídicas.

Para algunos esta racionalidad puede definirse a partir de los tres puntos siguientes: (a) Se supone que el actor jurídico tiene conocimiento completo del sistema jurídico y de las interpretaciones posibles o verosímiles que harían los demás actores del sistema. Posee así capacidad para predecir. Por ejemplo, en Francia, el Presidente de la Republica no puede actuar sin tomar en consideración la posibilidad que los parlamentarios pueden iniciar un procedimiento por alta traición. (b) El actor jurídico tiene voluntad de auto-conservación. Es decir, quiere preservar sus competencias, su existencia institucional y evitar que sus decisiones sean invalidadas o contradichas. Por ello, al decidir, tiene en cuenta las reacciones posibles de los otros actores. Por ejemplo, las Cortes constitucionales y, sobre todo, el Consejo constitucional francés, toman sus decisiones anticipando la reacción posible del poder constituyente, que puede reformar la Constitución para contradecir una de sus decisiones, o reducir sus competencias o supri-

mirlas, lo que no es una hipótesis irrealista en Francia. (c) El actor jurídico busca optimizar su poder. Desea influir sobre las decisiones de los otros actores e intenta convencerlos de decidir en cierto sentido. Para esto, tiene que someterse a exigencias de justificación o de coherencia.

A partir de este tipo de racionalidad es posible identificar *contraintes* en los procesos de decisión. El vínculo de causalidad es así concebido *a posteriori*, como una hipótesis verosímil de explicación del comportamiento y de la decisión del actor jurídico.

No obstante, hay algunos comentaristas del libro e, incluso, algunos defensores de la teoría, que estiman que esta definición de la racionalidad de los actores jurídicos no es suficiente. Proponen avanzar, en cambio, a partir de los diferentes tipos de racionalidad en que los actores jurídicos reales apoyan sus decisiones y, sobre esa base, establecer cuáles son los rasgos del sistema jurídico que han conducido a tal o cual decisión. No importa si esos elementos fueron o no considerados por el actor jurídico como *contraintes* que limitan su decisión. Es únicamente relevante que el actor advierta que tales elementos son parte del sistema jurídico. Ahora bien, esos elementos pueden ser considerados *contraintes* jurídicas porque el hecho que el actor jurídico ha advertido su existencia ha influido en su decisión. El vínculo de causalidad no es concebido aquí como una mera hipótesis verosímil, sino como una realidad verificable. Aun cuando ciertamente no siempre fácil verificar la causa real y el papel que ha desempeñado.

2.3. Tipos de *contraintes* jurídicas

Para analizar las *contraintes* y sus efectos, se han propuesto varias tipologías. Sucintamente, se puede clasificar las *contraintes* en función de (1) el resultado que producen, (2) sus grados y (3) sus orígenes.

(1) Las *contraintes* en función del resultado producido: las *contraintes* pueden producir efectos (a) sobre el discurso jurídico del actor, (b) sobre su posición institucional y (c) sobre su comportamiento.

(a) Los efectos sobre el discurso jurídico del actor que pueden producir las *contraintes* jurídicas son:

Una norma jurídica. La *contrainte* puede producir una nueva interpretación de un texto y así producir una norma. Por ejemplo, en 1962, el Presidente de la República francesa debía proponer una nueva interpretación al artículo 11 de la Constitución, si es que quería reformar la Constitución sin el acuerdo del Parlamento. En efecto, el artículo 89, relativo a la reforma constitucional impone la participación del Parlamento. Ahora bien, en 1962, la gran mayoría de los parlamentarios eran hostiles a una reforma constitucional que cambiara el modo de elección del Presidente de la Republica. En consecuencia, para introducir ese cambio, el Presidente, que tiene la iniciativa para la reforma constitucional, contaba - considerando sus competencias y los poderes de los otros actores – con una única solución: interpretar de manera inédita, en un sentido amplio, el artículo 11 de la Constitución que permite al Presidente convocar un referéndum. Más precisamente, ese artículo prevé la sanción de leyes mediante referendum, pero no prevé explícitamente la sanción leyes de reforma constitucional mediante ese mecanismo. Dándole este significado, el Presidente de la República creó una nueva norma según la cual es posible reformar la Constitución por vía del referéndum previsto en artículo 11.

Una meta-norma. Se trata aquí de un enunciado relativo a la producción o a la articulación de las normas. Se puede considerar, por ejemplo, resultado de una *contrainte* del razonamiento jurídico, el uso por los jueces de una meta-norma para ordenar normas jurídicas de igual jerarquía que se encuentran en conflicto (normas constitucionales que consagran derechos humanos, por ejemplo). Para resolver estos conflictos, los jueces tienen que recurrir a una meta-norma para construir una jerarquía axiológica o llevar adelante una ponderación.

Un concepto o una teoría. Sirve aquí de ejemplo el estudio de Troper sobre el surgimiento del concepto de nacional durante los debates constituyentes de 1795[11]. Brevemente, Troper muestra que, si se quiere que todos los ciudadanos voten, pero se quiere también que no todos los individuos

[11] Véase Troper, M., «La notion de citoyen sous la Révolution Française», en *Études en l›honneur de Georges Dupuis,* Paris, 1997, p. 45 y siguientes.

voten (los extranjeros por ejemplo), se necesita definir al ciudadano como aquél que tiene el derecho de voto. Para designar a los otros (quienes no votan), se necesita crear un nuevo concepto, el de "nacional" que se refiera a las personas que tienen derechos civiles pero no derechos cívicos[12].

(b) Los efectos de la *contrainte* sobre la posición institucional del actor. La *contrainte* jurídica puede modificar la posición institucional de los actores, aumentando o disminuyendo sus poderes o competencias. Por ejemplo, la *contrainte* sobre el Presidente de la República para producir una nueva interpretación del artículo 11 de la Constitución, como se vio más arriba, aumentó las competencias del Presidente, o al menos, ofreció de forma explícita una norma, resultado de una interpretación amplia de la Constitución, que nadie antes había propuesto.

(c) La *contrainte* sobre el comportamiento del actor jurídico. Las *contraintes* pueden conducir los actores a adoptar un comportamiento determinado sin que este comportamiento modifique su posición institucional, en el sentido que hemos dado a estos términos. Este es el caso cuando la *contrainte* provoca una dimisión. Un cambio de mayoría parlamentaria exige que el Primer ministro de la antigua mayoría presente su dimisión. Si no lo hace, no podrá gobernar y estará sometido a un procedimiento de responsabilidad que provocará, de todos modos, su caída. Esa dimisión no produce una pérdida de competencia por parte del órgano Primer ministro, sino solo la pérdida del poder por parte de un individuo.

[12] Vale la pena precisar que, al inicio de la Revolución Francesa, los extranjeros podían ser considerados como ciudadanos (activos) y participar de las votaciones y las asambleas, mientras que las mujeres, al igual que los menores, eran consideradas ciudadanos pasivos (titulares de un derecho que ellas mismas no podían ejercer). Dado que se quería privar a los extranjeros del derecho de voto, se los privó de toda ciudadanía, pero conservaron derechos civiles (derecho de propiedad, de contratar, etc.). Para eso era necesario crear una nueva categoría que lo justifique y la *contrainte* analizada por Troper permite comprender cómo emerge esa categoría (la de "nacional", de la que forman parte los extranjeros), y cómo permite también el surgimiento de otra distinción, entre nacional y extranjero, establecida luego por el Código civil napoleónico.

(2) Clasificación en función de los grados de *contraintes*:

(a) La *contrainte stricto sensu*: se refiere a los casos en los cuales el actor no tiene la elección del fin ni de los medios. Por ejemplo, este es el caso de la dimisión del Primer ministro frente a una mayoría parlamentaria opositora, o frente a una mayoría parlamentaria propia pero que prefiere sostener al Presidente de la República en caso de conflicto entre el Presidente y el Primer ministro.

b) *Lato sensu:* Aquí, el actor jurídico tiene la elección del fin pero no de los medios. Es la hipótesis más común. Se formula así: si el actor persigue determinado fin, entonces tiene que adoptar tales medios (tal norma, metanorma, interpretación, concepto) para alcanzarlo. Por ejemplo, si persigue invalidar una ley, debe recurrir a una norma superior. Esta es, en efecto, una condición necesaria para construir una jerarquía normativa, por ejemplo, entre la ley y la constitución[13].

(3) Clasificación de las *contraintes* en función de sus orígenes:

Las *contraintes* pueden provenir *de normas producidas por el mismo actor considerado*. Es el caso de las Cortes constitucionales que no están vinculadas por sus precedentes pero tienen que desarrollar una jurisprudencia coherente y justificadas para lograr que sus decisiones sean respetadas por los demás actores jurídicos.

Las *contraintes* pueden provenir *de normas producidas por otros actores jurídicos*. Ese es el caso cuando el actor jurídico tiene que tomar en consideración la norma producida por otro actor para no ser sancionado. Este es el caso, por ejemplo, del juez de primera instancia frente a las normas producidas por los tribunales superiores.

Por fin, las *contraintes* pueden estar *producidas por otros elementos que no son normas*, como razonamientos o concepciones del funcionamiento del sistema jurídico. Por ejemplo, concebir el orden jurídico como un sis-

[13] Ver Troper, M., "Marshall, Kelsen, Barak et le sophisme constitutionnaliste", en Zoller, E., *Marbury vs. Madison, un dialogue franco-américain*, Dalloz, 2003, pp. 227.

tema jerárquico de normas impone justificaciones muy precisas y determinadas de los juicios de validez de normas.

Me parece entonces claro que, por un lado, en palabras de sus propios defensores, la teoría propuesta no explica la totalidad del fenómeno normativo, sino sólo algunos de sus aspectos, y esa es su única pretensión. Es por ello que se trata más bien de una tesis que de una teoría. Y, por otro lado, que la teoría es de interés para quienes defienden una concepción realista de la interpretación y, por lo tanto, no pueden recurrir al concepto de obligación para explicar los comportamientos y las decisiones de los actores jurídicos.

La teoría de las *contraintes* intenta, en cambio, explicar los comportamientos de los actores jurídicos a partir de elementos complejos de índole factual, que resultan de sus interacciones con otros, en el contexto de un sistema jurídico dado. Esto es lo que, creo, vuelve a la teoría útil o interesante y en base a lo cual debería ser evaluada.

3. Entre recursos estratégicos y teoría de la regularidad

Si la teoría de las *contraintes* procura, tal como afirman sus defensores, enriquecer las tesis realistas, entonces ha de ser una tesis empírica ligada a la argumentación. Es decir, una tesis que busque encontrar las causas que dieron lugar a cierta argumentación, producida, en sentido amplio, mediante entidades lingüísticas.

Argumentar es la actividad de proporcionar razones para justificar algo; cualquiera que sea esa cosa, y cualesquiera sean las razones dadas. Está claro que la argumentación está en el centro de la actividad de los juristas, se trate de un abogado que defiende a un cliente, un juez o funcionario que motiva su decisión, un profesor que sistematiza las decisiones o que propone modificar las disposiciones normativas. Todos argumentan en un sentido.

Sin embargo, no consideramos a todos los argumentos equivalentes. Algunos nos parecen mejores que otros, quizás más precisos, o incluso más efectivos. Pero, por otro lado, los criterios de los que dependen la clasificación

y la evaluación de los argumentos, no son unánimes. Entre ellos encontramos: la eficiencia, una norma moral, la capacidad de persuasión, etc.

A veces se dice que los juristas se enfrentan a *contraintes* en su actividad argumentativa. En general, con ello se quiere decir que, incluso si los juristas pueden recurrir a las razones que quieran para justificar una decisión, una postura o una institución, los fines buscados (la justificación) solo se alcanzarán si utilizan argumentos de un cierto tipo y no utilizan argumentos de tipos diferentes. Las teorías asociadas a las *contraintes* surgen, ellas mismas, de dos enfoques, en gran parte irreconciliables: unos se inscriben, mayoritariamente, en la lógica de la solución correcta, los otros, muy minoritarios, en la lógica de la causalidad.

Las teorías del primer tipo consideran que solo ciertas clases de argumentos (y, a veces, incluso solo un argumento) pueden justificar aquello que en un discurso se enuncia como conclusión de un razonamiento: la operación argumentativa se realizará con éxito (correctamente) solo si se incluye como premisa el argumento adecuado, que debe utilizar el jurista. Estas teorías son extremadamente diversas: algunas consideran que el argumento es el mismo para todos los juristas, otros que depende del rol del jurista (profesional, dogmático, etc.); algunos consideran que la corrección del argumento depende del sistema legal, otros de un sistema moral *a priori*, otros de un razonamiento moral constructivista, etc. Pero todas estas teorías consideran, en primer lugar, que es posible conocer el argumento que es correcto en una situación dada (o al menos los argumentos que no son correctos) y, en segundo lugar, que los juristas deben usar como justificación de su razonamiento el argumento correcto, o al menos no deben utilizar argumentos erróneos. Estas teorías son, por lo tanto, prescriptivas, teorías apriorísticas, que consideran la estructura de la argumentación jurídica como una estructura de razonamiento lógico, en la cual las premisas (las razones) deben justificar la conclusión desde un punto de vista lógico, y deben proporcionar el estatuto lógico necesario de los enunciados involucrados: verdad, etc. Se trata, ciertamente, de condiciones altamente exigentes y que, sin embargo, estas teorías consideran obvias, aunque están muy discutidas en lógica formal, teoría del derecho y filosofía moral. A menudo, estas teorías son solo una reformulación aparentemente analítica,

bajo el nombre de *contraintes* argumentativas, de viejos conceptos legales y morales de obligación, deber o derecho[14].

Las teorías del segundo tipo, por otro lado, adoptan un enfoque que no es prescriptivo sino descriptivo-explicativo: buscan razones, en el sentido de causas. Consideran que las *contraintes* son una (posible) explicación de una elección jurídica (decisión, motivación, etc.). Utilizo el plural aquí porque este tipo de teorías está frecuentemente vinculado a enfoques tanto de teoría del derecho (realismo) como de sociología.

Un enfoque descriptivo-explicativo me parece necesario cuando abordamos el derecho desde un punto de vista científico, que ciertamente no excluye un punto de vista práctico: la teoría del derecho debe, en mi opinión, preocuparse por el derecho tal como es practicado, es decir, debe preocuparse por la forma en que los actores reales argumentan en situaciones y lugares reales. En este sentido, me parecen preferibles las propuestas teóricas que consideran a las *contraintes* jurídicas como causas explicativas de las elecciones normativas. ¿Pero qué propuestas, y con qué fines?

Para intentar dar algunas pistas al respecto, me concentraré primero en presentar lo que entiendo por "Teoría de las *contraintes* jurídicas" (una reconstrucción que no necesariamente hace justicia a lo que uno u otro de sus defensores sostiene) (3.1). En segundo lugar, señalaré algunos de sus límites ontológicos (3.2). Por último, me referiré a cuál puede ser el interés estratégico en una teoría de este tipo (3.3).

3.1. Entendiendo la teoría de las *contraintes* jurídicas

La teoría de las *contraintes* jurídicas asume que hay una diferencia entre la noción kelseniana de imputación, que indica la relación creativa entre la voluntad de una autoridad y la norma resultante (desde un punto de vista idealista), y la noción de causalidad, que busca la posible causa de

[14] Véase, como ejemplo, Alexy, R., *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, Oxford, Clarendon, 1989. Hay traducción al español de Atienza, M. y Espejo, I., *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

una práctica, por ejemplo, la existencia de una norma expresada por una autoridad (desde un punto de vista empírico). Se posiciona firmemente del lado de los hechos que la observación puede describir y tiene la intención de proporcionar una explicación para estos hechos: por lo tanto, se propone como una herramienta para una empresa descriptivo-explicativa.

Dejando a un lado cualquier explicación externalista (que existe, pero que no capta la especificidad legal), la teoría de las *contraintes* afirma, como lo he dicho más arriba, que la configuración del sistema es la causa de las elecciones normativas. Es decir, que existen *contraintes* jurídicas, relacionadas con la configuración del sistema, que explican que estas decisiones sean tomadas en la práctica y que no se tomen otras decisiones igualmente posibles en teoría.

Las *contraintes* pueden superarse, y debemos tener cuidado cuando nos acercamos a esta teoría de no hundirnos en una concepción restrictiva de una causalidad mecánica. La concepción de causalidad defendida por la teoría de las *contraintes* está, además, bastante alejada de la concepción de causalidad que prevalece en las ciencias naturales (una concepción nomológica), incluso si es este modelo de ciencia el que las teorías realistas de la interpretación toman como referencia: no es una cuestión de relaciones necesarias identificables *a priori* (y, por lo tanto, subsumibles bajo una ley general) entre una causa (la configuración del sistema) y un efecto (una decisión), sino de una causalidad que hace posible comprender, a posteriori, por qué han ocurrido ciertos eventos; una causalidad cercana a la *retrodicción* y a la causalidad de las ciencias históricas[15]. La teoría de las *contraintes* jurídicas presupone, por lo tanto, atribuir una racionalidad mínima y una comprensión mínima del sistema: acepta como requisito metodológico previo que es posible buscar hechos, relacionados con el sistema jurídico, y que pueden haber causado la decisión o la atribución de significado. La teoría asume también que la autoridad que ha decidido o atribuido el significado tiene esa racionalidad y esa comprensión: suposición que la teoría misma acepta como no verificable, y que incluso acepta que puede no ser verdadera, del mismo modo que el

[15] Veyne, P., *Comment on écrit l'histoire. Essai d'épistemologie*, Paris, Éditions du Seuil, 1971; reimpr. Umbral, "Puntos de historia", 1996. Hay traducción al español de Muñoz Alonso, M., *Cómo se escribe la historia. Ensayo de epistemología*, Madrid, Fragua, 1972.

historiador no puede verificar que la causalidad que señala como una explicación del comportamiento de los sujetos históricos haya sido percibida del mismo modo por tales sujetos.

Debo indicar inmediatamente que, en mi propio análisis teórico, comparto el enfoque que adopta la "Teoría de las *contraintes* jurídicas": un realismo, una concepción escéptica, si no nihilista, de los objetos ideales del derecho. Comparto la idea de que es necesario formular una teoría que cumpla tales funciones y, si bien soy ajeno a los trabajos en los que la teoría ha sido formulada, soy desde sus comienzos un usuario crítico de ella.

En el simposio mencionado más arriba, organizado por el *Centre de Théorie et Analyse du droit* para someter la teoría al debate científico, y en el libro que publicó los trabajos, indiqué lo que me pareció el límite de la teoría propuesta y las dificultades para que pueda ser aceptada por las grandes teorías positivistas. Rechazando cualquier posibilidad sincrética, abogué por una acentuación de sus tonos empiristas:

> Tal como está, la teoría de las *contraintes* enfrenta, me parece, dos formas fuertes de oposición teórica, puesto que permanece, de cierta manera, marcada por la búsqueda de un cierto compromiso entre las dos formas actualmente dominantes de positivismo jurídico científico: el normativismo y el realismo.
>
> Los defensores de la norma, es decir, aquellos que proponen una teoría basada en la asimilación del derecho a un sistema normativo concebido como *Sollen* y no como *Sein*, se desinteresan de la noción misma de *contrainte* porque escapa al campo jurídico así definido. Debido a que es una consecuencia y no un elemento del sistema jurídico, la *contrainte* no es jurídica y está en el terreno del *Sein*. Por lo tanto, su estudio no compete a una ciencia normativa, sino a una ciencia social. Así, se la considera perteneciente al conjunto de objetos de estudio de la ciencia política, la sociología o incluso la psicología.
>
> Los realistas, a la inversa, ven a la noción de *contrainte* todavía poco realista. En particular, lamentan que la teoría no se proporciona a sí misma los medios necesarios para un análisis realmente empí-

> rico, y empíricamente verificable, puesto que no ha construido las herramientas para dar cuenta de las *contraintes* jurídicas reales. No obstante, desde mi punto de vista, es posible construir tales herramientas, a condición de aceptar los fundamentos realistas (y son los defensores de la teoría quienes han de decidir en qué medida están dispuestos a hacer esto) y aclarar sus presuposiciones en este sentido, renunciando así a otras interpretaciones posibles de la teoría.[16]

Sin duda, debo señalar que en ese texto consideré únicamente "realistas" a los defensores de un empirismo radical, y que ciertamente existen otras concepciones del realismo. Además, mi tesis, sobre la posibilidad de construir una teoría de *contraintes* jurídicas que analice las *contraintes* reales, me parece ahora demasiado optimista, si no ingenua. Pero es a partir de este empirismo radical, al que no he renunciado, que me gustaría continuar, ya no desde el punto de vista de la mera ortodoxia teórica (un ejercicio en última instancia muy limitado y que es más clasificatorio que polémico), sino desde un punto de vista más dinámico, que es, creo, más útil, de las funciones de la teoría tal como ha sido propuesta.

Anticipo que no creo que la teoría sea capaz de proporcionar el marco de análisis necesario para un proyecto científico de descripción del derecho, con todo lo que un proyecto de este tipo implica: una teoría de la regularidad. Pero aún así, y quizás debido a esto, la teoría de las *contraintes* jurídicas tiene otras virtudes, a saber, ofrecer recursos para llevar adelante diferentes estrategias.

[16] Millard, E., "Réalisme scandinave et théorie des contraintes", en Troper, M., Champeil-Desplats, V. y Grzegorczyk, C. (eds.), *Théorie des contraintes juridiques*, París, LGDJ, 2005, pp. 143-154.

3.2. Insuficiencia de las *contraintes* como teoría de la regularidad

La Teoría de las *contraintes* jurídicas parece ser capaz de proporcionar herramientas para explicar las decisiones iniciales: por cuáles razones se ha asignado un significado, se ha tomado una decisión, se ha hecho una interpretación. La teoría identifica las posibles causas de estas decisiones iniciales, pero se ha señalado no sin razón que si bien el tema de la decisión inicial es importante, resulta cuantitativamente marginal dentro de la masa de decisiones que forman parte de un sistema jurídico. Esencialmente, las decisiones dentro de un sistema jurídico son decisiones que o bien reproducen las decisiones iniciales o bien se desvían de ellas criticándolas (y, por lo tanto, probablemente sean nuevas decisiones iniciales, aunque para entender la cadena, sería necesario entender la ruptura en la regularidad). No hay duda de por qué la Teoría de las *contraintes* jurídicas se percibe a menudo como una teoría de la ciencia del derecho de los constitucionalistas, y casi no ha tenido repercusión en el campo de la ciencia del derecho administrativo o privado, por ejemplo[17].

La regularidad de las decisiones o de las atribuciones de significado (su repetición), que en sí misma permite la identificación de normas del sistema, debe también ser explicable causalmente, si se defiende una concepción empírica de la ciencia del derecho. Esta idea de regularidad está implícita en la Teoría de las *contraintes* jurídicas, pero nunca resulta explicitada, porque las *contraintes* de esta teoría no se conciben como *contraintes* empíricas.

Los hechos, especialmente si uno se aleja de la región del derecho constitucional reducido a la jurisprudencia de los Tribunales Supremos, muestran al menos dos elementos de regularidad cuando se aborda esa masa jurídica: una regularidad en los comportamientos y una regularidad en las razones normativas. Sin embargo, esta regularidad es presentada por los realistas, al tiempo que defienden un escepticismo acerca de las reglas, a través de la idea de predicción: afirmar que determinada prescripción constituye derecho válido (vigente, existente) equivale a predecir que esa

[17] Así es como interpreto la posición de Antoine Jeammaud. Véase, por ejemplo, el artículo "*Contrainte*", en D. Alland y S. Rials (eds.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003.

prescripción será usada como razón de una decisión que se tomará en un futuro acto de concretización. Se forma así una cadena de reproducción, que refuerza la idea de que esa prescripción es al mismo tiempo derecho válido y hecho que verifica que nuestra proposición descriptiva es verdadera. He aquí entonces lo que se considera derecho desde esta óptica: el derecho existente (y he aquí por qué creemos que existe). Y he aquí lo que consideramos proposiciones de la ciencia del derecho: proposiciones que no se refieren (únicamente) a aquello que ha sucedido en el pasado.

Desde el punto de vista de la teoría empirista general, el *derecho existente* se refiere al conjunto abstracto de ideas normativas que sirven de guía para la interpretación del fenómeno del derecho en acción, lo que a su vez significa que estas normas son efectivamente observadas y que son observadas porque percibimos y experimentamos que son socialmente obligatorias[18].

Las razones en virtud de las cuales las normas son efectivamente observadas por el cuerpo social en su conjunto (es decir, con una marginalidad aceptable -tanto socialmente como especialmente desde el punto de vista del enfoque científico a los fines de elaborar un modo de verificación) provienen esencialmente de una teoría socio-psicológica de cómo se produce la recepción de un discurso prescriptivo. Sin embargo, esto interesa solo de manera indirecta a la ciencia del derecho. Es otra la concepción de regularidad a la que debe sujetarse la teoría del derecho empirista: la de la regularidad de las bases normativas en que se apoyan los actos de concretización. Lo que debemos comprender es la construcción de la ideología normativa por parte de un cuerpo profesionalizado que permite esa regularidad.

Solo esto (sobre las bases de coherencia de una teoría realista) permite comprender cómo pasar de la subjetividad de la norma propuesta en la hipótesis teórica empirista (*una autoridad que decide según ciertos estímulos psicológicos que consideramos fuentes de derecho*) a una regularidad constatada en los actos de concretización (sin los cuales, además, la formulación

[18] Ross, A., *On Law and Justice*, Berkeley & Los Angeles, University of California Press, 1959. Hay traducción al español de Carrió, G., *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1963.

de la proposición descriptiva según la cual esa norma *existe*, y la verificación de esa proposición, serían imposibles),

La pregunta, por supuesto, puede entenderse sociológicamente y una buena parte de la ciencia política no descuida este objeto, incluso si tiene sus propios métodos[19]. Pero ella debería ser más bien entendida desde el punto de vista de la relación causal entre un hecho (una disposición normativa) y otro hecho (un enunciado decisional que considera una norma válida/existente/aplicable). Esta es la relación que busca la Teoría de las *contraintes* jurídicas y es en este sentido que debe desarrollarse para formular una teoría de la regularidad jurídica.

Con este objetivo, propuse una hipótesis de trabajo, al tiempo que afirmaba que esta hipótesis teórica me parecía imposible de realizar en el campo de la descripción del derecho en el estado actual de nuestros métodos y conocimientos[20]. Si la determinación libre de la norma es posible pues resulta de un acto de voluntad (una decisión que resulta de la reacción subjetiva de la persona que decide frente al contexto que le dirige ciertos estímulos), las causas, que dan cuenta del hecho que el campo de posibilidades está restringido, explican la regularidad en la constitución de la ideología normativa (intersubjetividad). Estas causas son muy numerosas. Para una teoría específica de la ciencia del derecho, se tratará siempre de identificar las causas vinculadas al sistema legal.

Las *contraintes* que conducen a la norma N podrían así formularse como interviniendo en el proceso de reproducción: analíticamente, asumiendo cierta racionalidad del juez (la percepción del contexto y de las consecuencias de sus decisiones), que sabemos que no resulta empíricamente verificada/verificable (y estas son las *contraintes* de la Teoría de las *contraintes* jurídicas); empíricamente, si se ponen en evidencia ciertas *contraintes* efectivas.

Dos *contraintes*, que pueden ser jurídicas en una teoría de la regularidad, incluso si no lo son necesariamente para la Teoría de las *contraintes*

[19] Ver, por ejemplo, Cohen, A. y Vauchez, A., "Sociologie politique de l'Europe du droit", *Revue française de Sciences Politiques*, 2, 2010.

[20] Millard, E., *Teoría general del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 167-180.

jurídicas estrictamente entendida, me parecieron interesantes a este respecto, incluso si, obviamente, son solo ejemplos. La primera se relaciona con el hecho de que las autoridades de concretización se encuentran bajo la autoridad jerárquica de otras autoridades (entonces sería necesario tener en cuenta los mecanismos detrás de la carrera de los jueces, los poderes jerárquicos dentro de la administración, los poderes de revisión en apelación o casación: cosas todas que son jurídicas, pero no solo jurídicas porque aquí también hay una dimensión de prácticas, juegos políticos, representaciones sociales, etc.). La segunda está relacionada con el hecho de que las autoridades, en función de sus interpretaciones, sus argumentos o sus decisiones, tendrán que lidiar con un flujo mayor o menor de decisiones a tomar (vinculadas a la imprecisión o la precisión de la percepción normativa de parte de los destinatarios de la norma, y especialmente a partir de su formulación), y que pueden desarrollar una estrategia para controlar este flujo (que podemos advertir, por ejemplo, cuando una autoridad última, pudiendo poner en tela de juicio una interpretación normativa que respalda un acto de concretización realizado por otra autoridad, no lo hace puesto que de ese modo recurrir a esa autoridad última será visto como un medio eficaz para cuestionar un gran número de actos de concretización; recursos que la autoridad última no podría gestionar)[21].

No creo ahora, como dije, que la Teoría de las *contraintes* jurídicas pueda cambiarse o modificarse para incluir la cuestión de la regularidad en este sentido. Por un lado, porque este no es siquiera el enfoque de sus promotores, para quienes este tipo de *contraintes* no son una *contrainte* jurídica o, al menos, no juega específicamente con relación a *contraintes* no jurídicas. Por otro lado porque no es posible que lo sea, porque no veo cómo se podría demostrar la efectividad de las *contraintes* así concebidas.

Por lo tanto, no existe una "Teoría de las *contraintes* empíricas" alternativa a la Teoría de las *contraintes* jurídicas. Se trata de una limitación de la teoría de las *contraintes*, pero son también limitaciones para cualquier

[21] He analizado un mecanismo de este tipo en "La protection du droit à la vie familiale, dialectiques jurisprudentielles autour de l'article 8 de la Convention européeene des droits de l'homme", *Les Petites Affiches*, 95, 1996. Si los datos del derecho positivo no se modificaron, el mecanismo, aunque teorizado de manera muy imperfecta, sigue siendo relevante.

intento por reivindicar una teoría de la ciencia del derecho empirista / realista / positivista, es decir, una teoría a la vez descriptiva de hechos (por lo tanto no prescriptiva de normas) y explicativa. Creo que la ciencia del derecho puede describir los hechos (los actos por los cuales se atribuyen significados); dudo que pueda explicarlos específicamente, es decir, por causas internas al sistema.

Es quizás en este último punto que se juega una cosa importante. Uno de los presupuestos de la Teoría de las *contraintes* jurídicas tal vez no sea realista o empírico: quiero decir que no es necesario para una teoría realista o empírica y que, por el contrario, limita las posibilidades de estas teorías, reorientándolas hacia un enfoque del derecho que pretendían abandonar. Buscar *contraintes* provenientes de un sistema jurídico (incluso a partir de su configuración empírica) y proponer a partir de estas *contraintes* una explicación del sistema que se describe, es suponer que existe tal sistema jurídico. Las teorías realistas, al menos las teorías europeas realistas, se presentaban a sí mismas, si no desde el principio, al menos muy rápidamente, como reformulaciones empíricas del enfoque normativista. Pero tales teorías nunca han abandonado los dos elementos que caracterizaron la construcción de Kelsen: el ideal de la ciencia y la sistematización del derecho. Pero la sistematización del derecho en Kelsen es la condición para la construcción de una ciencia específica del derecho: el normativismo. Cuestionar el normativismo desde el punto de vista epistemológico y responder con una reformulación empírica presupone quizás admitir que el sistema jurídico no es un hecho empírico; que el derecho no es un sistema aunque sea un conjunto; o, para decirlo de otra manera, que el sistema jurídico no es una propiedad del objeto derecho que describe la ciencia. Lo que estudiamos son discursos que proponen un cierto tipo de organización de normas[22], pero de la misma manera que podemos conocer estas normas solo porque han sido expresadas, y no podemos verificar la verdad de esta expresión (expresión no científica puesto que es una decisión), no podemos verificar la verdad de lo que ellas expresan (y, por ejemplo, que hay un sis-

[22] Ver Troper, M., "Marshall, Kelsen, Barak et le sophisme constitutionnaliste [Marshall, Kelsen, Barak y sofistería constitucional]", en Zoller, E. (ed.), *Marbury c. Madison 1803-2003*, París, Dalloz, 2003, p. 215 y ss.

tema, es decir, una estructura de organización de los elementos). En cuanto a las expresiones en sí, las reunimos en un conjunto que llamamos derecho, pero querer reconstruir este conjunto en una forma organizada es quizás solo un remanente del pensamiento kelseniano, en este punto heterogéneo, inútil y engañoso. Pero, por supuesto, si aceptamos esto, la idea misma de una teoría de *contraintes* jurídicas, como una teoría específica de la ciencia del derecho, colapsa.

Paradójicamente, hay otra forma de responder a este problema, y de cierta manera es esto lo que propone actualmente Michel Troper al explicitar una idea que, si bien puede sorprender, ha estructurado su enfoque durante mucho tiempo. Me refiero a la idea de una ciencia (del derecho) empírica pero no empíricamente verificable.

La teoría de las *contraintes* jurídicas siempre ha reconocido lo que le debe a Paul Veyne, a su reflexión metodológica sobre la historia, un saber y un enfoque que Michel Troper siempre valoró. La historia explica más de lo que describe. En la contribución de Troper al volumen de la revista *Droits* sobre las *contraintes*, y que presentó en las jornadas organizadas por Dogma, el *Institut Cujas* de la Université Panthéon-Assas y el *Centre de philosophie juridique et politique* de la Université de Cergy-Pontoise, vuelve sobre esta cuestión, bajo un título que quizás denota simbólicamente la explicación, pero no la descripción[23].

Esto es lo que escribe Michel Troper:

> Los problemas planteados por el tipo de explicación sugerida por el análisis de las *contraintes* de la argumentación se parecen mucho a los de la explicación en historia. En una obra famosa, Paul Veyne distingue dos conceptos de explicación: en sentido estricto, explicar es "asignar un hecho a su principio o una teoría a una teoría más general" como lo hacen las ciencias. En el sentido débil, es "como cuando decimos 'déjame explicarte lo que pasó y entenderás'"[24]. La tesis de Paul Veyne es que no hay leyes generales en la historia que seas análogas a "la caída de una manzana ese día puede ser sub-

[23] Troper, M., "Argumentation et explication", *op. cit*.

[24] Veyne, P., *Comment on écrit l'histoire*, París, Seuil, 1978, p. 124.

> sumida bajo la ley de la caída de los cuerpos", que a su vez puede ser subsumida bajo una ley aún más general, y esto a pesar de los intentos de doctrinas historicistas como "la historia se explica por la lucha de clases". [E incluso más:] Paul Veyne concluye que solo puede existir una explicación en el sentido débil, que se basa en "una idea falsa de causas", porque es solo una narración. [...] La historia no sería una ciencia, sino solo una narración, una construcción de una trama, un relato verídico

Es cierto que el modelo nomológico de explicación (la subsunción bajo una ley causal general) no es el modelo de causalidad de los historiadores, y quizás es cierto que tampoco es hoy el modelo de las ciencias de la naturaleza. Es cierto que se puede explicar de otra manera, sin recurrir a hechos verificables ni proporcionando una causa verificable, incluso si esta explicación no tiene exactamente el mismo significado que la explicación del modelo nomológico (es en este sentido que se trata de una explicación "débil"). Podemos hacerlo dando razones, poniendo en cuestión, y podemos estar de acuerdo en que este enfoque es adecuado para la Teoría de las *contraintes* jurídicas y "el análisis de las *contraintes* de la argumentación [procediendo] a un doble reconstrucción, por una parte, de la propia argumentación, por otra parte, de las razones por las cuales los agentes han elegido ese tipo de justificación, es decir, esos medios para alcanzar la meta (justificar) en lugar de otros."[25]

La pregunta que surge es saber hasta qué punto el enfoque de lo plausible, la explicación en un sentido débil como construcción de una trama, produce ciencia con iguales credenciales que el enfoque de la verdad, de la explicación en el sentido fuerte del modelo nomológico. No responderé aquí a esta pregunta, solo quisiera enfatizar dos ideas simples. En primer lugar, aun cuando una ciencia explicativa de este tipo sea posible, está sin embargo muy alejada del modelo de ciencia de la naturaleza que reivindica una perspectiva realista. Luego, el proceso explicativo es un enfoque analítico, que no puede reemplazar un enfoque descriptivo (empírico): si esto es ciencia, lo será en un sentido débil y significativamente más débil que

[25] Troper, M., "Argumentation et explication", *op. cit*.

aquel utilizado por Kelsen, quien tenía poca simpatía por la causalidad en la ciencia del derecho (estoy hablando aquí solamente de la reivindicación de un concepto de ciencia, no de su posibilidad). Estas dos ideas reflejan un sentimiento que el mismo Paul Veyne expresa, y que Michel Troper retoma: "La historia no sería una ciencia, sino solo una narración, la construcción de una trama, un relato verídico".

La crítica no debe ser mal entendida. Describir los hechos y verificar la descripción es útil en sí mismo, y la propuesta es loable por eso, y me parece superior desde el punto de vista de la ética del discurso respecto de otras propuestas que ni siquiera ofrecen eso. Establecer el estado (la configuración) de un sistema jurídico, si existe un sistema, mediante la descripción de *contraintes* es, por lo tanto, un enfoque descriptivo-explicativo. Por otro lado, ninguna ciencia puede explicarlo todo, y entender los límites epistemológicos de un enfoque científico no es condenar el fracaso todo enfoque científico o cierto enfoque científico. La relativización de la posibilidad de descripción no debilita la posibilidad de una ciencia del derecho como un análisis crítico de un lenguaje jurídico dado; pero este análisis crítico (la ciencia del derecho analítico-empírica) no necesita una explicación causal de la producción de ese lenguaje. Me parece imposible, como alternativa al análisis crítico del lenguaje, un proyecto de ciencia empírica estrictamente jurídica y que tenga al derecho como objeto. Cualquier alternativa descriptivo-explicativa debe surgir de un enfoque sociopolítico en sentido amplio (incluido un historia de las causas). La Teoría de las *contraintes* jurídicas, en cuanto teoría de la explicación de causas estrictamente jurídicas, no agrega nada al enfoque analítico-empírico de la ciencia del derecho: no mejora este enfoque el reforzar sus posibilidades empíricas (no mejora sus credenciales como ciencia), como tampoco aumenta su especificidad como ciencia del derecho. La Teoría de las *contraintes* jurídicas condena el enfoque analítico-empírico o bien a ser una ciencia histórica de hechos jurídicos, entendidos como expresiones empíricas de normas, o bien a ser una reconstrucción plausible (pero no verificable) de ese conjunto de expresiones como un sistema. El primer punto niega la posibilidad de una ciencia del derecho autónoma respecto de los juristas, tal como parece ser la lógica de cualquier enfoque que vaya más allá del análisis crítico del lenguaje, incluso si generalmente es la sociología la que asoma detrás del

realismo, y no la historia. El segundo punto relativiza el elemento de la descripción (verdadera) a favor de la explicación (plausible): una inversión de la concepción misma de la ciencia del derecho, o quizás, más bien, un renunciamiento.

Creo que este es el precio que se debe pagar si queremos mantener la idea de un sistema jurídico dentro de un enfoque empírico: el sistema es una explicación plausible del comportamiento de los juristas en la toma de decisiones porque argumentan, justifican y finalmente conciben al derecho como un sistema; pero este sistema no puede describirse de otro modo que no sea como un objeto del discurso, y la descripción, si bien puede (y debe) describir discursos que se refieren al sistema y que pueden ser comprendidos en virtud de la creencia de que este sistema existe (o existiría), si bien puede intentar resaltar las *contraintes* argumentativas inherentes a la estructura de esos discursos (analíticamente), no puede reificar esas *contraintes* otorgándoles otro estatuto: el de *contraintes* externas al discurso, resultado de un sistema jurídico externo a cada uno de los discursos que constituyen el conjunto jurídico, y al que resultaría asimilado. La Teoría de las *contraintes* jurídicas resulta así redundante respecto del análisis crítico del lenguaje, si es descriptiva; pero entonces no puede ser una explicación externa (científica) de las elecciones que anteceden a la enunciación de esos discursos.

3.3. *Contraintes* como recursos estratégicos

Lo que voy a tratar aquí se diferencia considerablemente del proyecto de la Teoría de las *contraintes* jurídicas, así como del concepto de *contraintes* que defiende esta teoría. Pero creo que es esencial conservar para el estudio del derecho y para su práctica, la posibilidad de abordar la cuestión de la argumentación desde una idea de *contrainte* distinta de los ideales de reglas, derechos y obligaciones.

Cualquier enfoque realista es, ante todo, un enfoque que apunta a lograr una deconstrucción del discurso jurídico clásico, a veces por razones políticas (el realismo y sobre todo el postrealismo de inspiración estadounidense, como los *Critical Legal Studies*) otras veces por razones epistemo-

lógicas (la falta de estatus científico de las proposiciones jurídicas, y las representaciones de juristas dogmáticos y prácticos).

La Teoría de las *contraintes* jurídicas y cualquier teoría de las *contraintes* desde un punto de vista empírico comparten obviamente un desencanto frente al derecho: el desencanto frente a los conceptos ideales de normas, derechos y obligaciones. Pero las *contraintes* en sí mismas, que la Teoría de las *contraintes* jurídicas plantea, o más bien de las que la Teoría proporciona un concepto extensible, hacen posible devolverle, en cierto sentido, a la práctica del derecho su encanto. La práctica del derecho es algo susceptible de ser descripto; la pregunta es qué ciencia la describe, y si esta ciencia del derecho es una ciencia autónoma respecto de los juristas: no lo creo y para ser sincero, aunque más no sea por la alta estima que los juristas tienen de sí mismos y de sus conocimientos, o si se prefiere por el evidente desdén con el que otros académicos miran a los juristas y a su conocimiento, no creo que ello tenga la más mínima importancia teórica (pero estoy de acuerdo en que tiene una gran importancia simbólica, estratégica y práctica en el conflicto tradicional de facultades). La ironía reside sin dudas en el hecho de que los juristas en acción, los que practican el derecho día a día, incluso sin referirse al análisis teórico, generan ellos mismo esas *contraintes*.

La Teoría de las *contraintes* jurídicas tiene un significado político triple y paradójico. Es ante todo una teoría jurídica, por lo tanto una propuesta de lectura del mundo del derecho, que se formula, adopta y trabaja de acuerdo con una cierta representación del mundo: ontología del mundo, ontología del conocimiento. Es una teoría positivista, que presupone que es posible una distinción entre la actividad política y la actividad cognitiva, y que rechaza políticamente la confusión entre lo verdadero y lo legítimo: una metaética. Es también una teoría realista que está interesada en los hechos, y tiene una lectura política de las relaciones jurídicas, revelando la existencia de relaciones de poder en lugares donde tanto la doctrina política clásica (la doctrina de la separación de Poderes, por ejemplo) como la teoría jurídica clásica niegan (u ocultan) que haya poder, o que deba encontrárselo. La paradoja es que la investigación explicativo-descriptiva (el programa científico y la idea misma de una ciencia separada de la política) cumple objetivamente una función política y, a menudo, genera adhesiones subjetivas que no carecen de dimensiones políticas: una función política en

la revelación de hechos y en la deconstrucción de la ideología jurídica; una adhesión en la consecuencia (frequente) de que los argumentos científicos sobre lo que *es* no tiene otro efecto más que informativo para los argumentos políticos sobre lo que *debe ser* (la lógica de la ley de Hume), y en la consecuencia (frecuente) de que la metaética no cognitivista que apoya la idea misma de la ciencia positivista del derecho tiene como contrapartida en la esfera política: la necesidad de una decisión legítima acerca de aquello que no podemos conocer y que solo la democracia procedimental autoriza.

La teoría de la interpretación realista y su declinación en forma de Teoría de las *contraintes* jurídicas plantean la cuestión del poder de los actores jurídicos, de la identificación y ubicación de ese poder, y plantea esta cuestión en la práctica, empíricamente, dinámicamente, incluso si es para admitir que no puede responderla. En esto, la teoría es en última instancia un recurso teórico para una doctrina política del derecho, como teoría de los recursos para una práctica política del derecho. La superación de aquello de nihilista o insatisfactorio que pueda tener cualquier empresa de deconstrucción radica en el hecho de que precisamente la Teoría de las *contraintes* jurídicas tiene esta importancia política.

Sus presupuestos son útiles para una representación intelectual de la política: la complejidad y el entrecruzamiento de poderes en los modernos sistemas políticos jurídicamente organizados, desde el poder de la constitución hasta el de concretización, pasando por el de enunciación o ejecución, además del poder oficial establecido por el discurso político-jurídico. Lo que permite describir también es útil en ese sentido: el funcionamiento de esos poderes y las *contraintes* inherentes a esos poderes en un contexto dado. La teoría no revela aquello que es correcto o bueno, como el velo de la ignorancia que tranquiliza a un Rawls. Sino que muestra la dinámica del juego político del que forma parte el derecho. Lo que ayuda a entender es aún más útil: son los límites del derecho como justicia y el uso alternativo del derecho como recurso.

La deconstrucción del derecho como ideología y de la norma como creencia, constituyen recursos prácticos para el derecho en acción: para aquellos que quieren hacer algo con el derecho. Lo que sea que quieran hacer.

Los legisladores, administradores, abogados, jueces, asociaciones o profesores que defienden causas, los empleadores, todos ellos, y muchos

otros, enfrentan *contraintes* cuando se sirven del derecho, pero también al hacerlo producen *contraintes*. Y es probable que esta dinámica "responder a una *contrainte* / imponer una *contrainte*" esté en el corazón del derecho en acción: los saberes que suelen ser considerados no jurídicos, como la sociología (del derecho) o la ciencia política, lo demuestran. Un análisis económico del derecho debería tomar en serio, si renuncia a ser una propuesta normativa en la línea de la *Law and Economics*, la idea del costo de las posiciones y los argumentos jurídicos formulados, y podría desarrollar modelos para hacerlo a partir, por ejemplo, de la teoría de los juegos[26]. La formación de juristas debe tomar especialmente en serio la idea de *contraintes*, en un enfoque pedagógico y práctico. Ahora estamos hablando, como la gran revolución de las universidades del siglo XXI, de las escuelas de derecho, sobre un título que no es muy innovador: ¿Escuelas de derecho para hacer qué? Si se trata simplemente de un eslogan publicitario, o de una forma de reservar para una pequeña élite, que puede permitírselo, lo que una vez fue un honroso servicio público pero que ahora empieza a perder sus recursos, en virtud de la conjunción de una sociedad a la que ya no le interesa y de poder político que lo desprecia, la cosa sería solo anecdótica en sus efectos y detestable en sus valores. La revuelta realista en los Estados Unidos en las primeras décadas del siglo XX fue, ante todo, una apuesta a la reforma, no del sistema universitario, sino del contenido de la educación. Una apuesta hecha por algunas universidades porque existía una demanda social, proveniente de la corporación de abogados profesionales, de una formación menos dogmática, menos formalista, que permitiera la aparición de abogados capaces de actuar, y no simplemente destinados a reproducir y repetir el dogma. La formación de los sacerdotes: jueces, legisladores, no se hace ya, y desde hace mucho tiempo, en las facultades de derecho; las escuelas profesionales (Escuela Nacional de la Judicatura, Escuela Nacional de la Administración, y otras escuelas que no tienen nada de profesional y en ocasiones nada de escuela más que el nombre) las han

[26] Para una ilustración, que se refiere directamente a la teoría de las *contraintes* jurídicas, consulte a Arthur Dyevre, "Judicial Non-Compliance in a Non-Hierarchical Legal Order: Isolated Accident or Omen of Judicial Armageddon?", inédito pero disponible en: https://works.bepress.com/arthur_dyevre1/7/ (Agradezco a Michel Troper por informarme acerca de este artículo).

reemplazado desde hace ya mucho tiempo. Pero quedan, quizás todavía por poco tiempo, aquellos que serán abogados, asesores, aquellos a quienes formamos como juristas y cuyas cualidades nosotros certificamos en cuanto universidades; y laicos, todos los que pasarán por programas de las facultades de derecho pero que no serán abogados, sino ciudadanos. Estos son algunos temas por los que considero que podemos devolver al derecho su encanto: devolverle al individuo la idea de que el derecho no es un simple dogma que se escapa de él y cuyo discurso está más allá de lo comprensible; pero ofrecerle también la idea de que, a pesar de la deconstrucción realista, quedan juegos donde la misa no ha sido pronunciada, donde se pueden exigir cosas a la autoridad, donde no han sido aún tomadas, ni son totalmente externas a su intervención, las decisiones que lo atañen directamente. Para eso, para ello, entender cuáles son realmente las *contraintes* argumentativas, conocer los métodos para captarlas, para anticiparlas y para usarlas es fundamental. Si la formación inicial universitaria no lo hace, tendrán que aprenderlo en otro lugar.

Las limitaciones de la argumentación están, sin lugar a dudas, en el corazón de la dinámica del derecho. El enfoque analítico, dentro del análisis crítico del lenguaje, puede resaltarlas, y una teoría explicativa de las *contraintes* jurídicas, incluso si no fuera necesaria para este enfoque, puede ofrecer una explicación plausible de la forma en que han jugado, como causas posibles de hechos observados, los discursos que describe el análisis crítico del lenguaje. Incluso si estas *contraintes* no pueden describirse desde un enfoque empírico, la comprensión de sus efectos bajo este mismo enfoque debería llevar a privilegiar su estudio, incluso si este no pudiera ser científicamente posible (y ser asumido como tal) para usos estratégicos específicos, por los profesionales del derecho.

Bibliografía

Alexy, R., *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, Oxford, Clarendon, 1989.

Barberis, M., *El realismo jurídico europeo-continental*, en Fabra Zamora, J.L. y Núñez Vaquero, Á. (coord.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del*

Derecho, UNAM, 2015. (https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3875-enciclopedia-de-filosofia-y-teoria-del-derecho-volumen-uno)

Brunet, P. y Champeil-Desplats, V., "La théorie des *contraintes* face à la théorie des sources du droit", en Cartuyvels, Y. et al. (eds.), *Les sources du droit revisitées*, Bruxelles, Facultés universitaires de Saint-Louis, 2013.

Brunet, P., Millard, E. y Mercier, J. (ed.), "Les juristes et la hiérarchie des normes", *Revus*, 21, 2013.

Brunet, P., Millard, E. y Mercier, J. (ed.), "Le réalisme scandinave dans tous ses états", *Revus*, 24, 2014.

Troper, M., Champeil-Desplats, V. y Grzegorczyk, C. (eds.), *Théorie des contraintes juridiques*, París, LGDJ, 2005.

Champeil-Desplats, V. y Millard, E., "La Teoría de las 'contraintes' jurídicas", *Revista de Direitos e Garanties Fundamentais*, 18 (1), 2017 pp. 221-234.

Cohen, A. y Vauchez, A., "Sociologie politique de l'Europe du droit", *Revue française de Sciences Politiques*, 2, 2010.

Dyevre, A., "Judicial Non-Compliance in a Non-Hierarchical Legal Order: Isolated Accident or Omen of Judicial Armageddon?", manuscrito disponible en: https://works.bepress.com/arthur_dyevre1/7/

Le Coustumer, J.-C., "Réalisme, scepticisme et *contraintes* juridiques", *Droits*, 36, 2002.

Jeammaud, A., "*Contrainte*", en Alland, D. y Rials, S. (eds.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003.

Millard, E., "La protection du droit à la vie familiale, dialectiques jurisprudentielles autour de l'article 8 de la Convention européeene des droits de l'homme", *Les Petites Affiches*, 95, 1996.

Millard, E., "Réalisme scandinave et théorie des contraintes", en Troper, M., Champeil-Desplats, V. y Grzegorczyk, C. (eds.), *Théorie des contraintes juridiques*, París, LGDJ, 2005, pp. 143-154.

Millard, E., "Les contraintes, entre ressources stratégiques et théorie de la régularité", *Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques*, 55, 2013, pp. 23-40

Millard, E., *Teoría general del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.

Olivecrona, K., *Law as Fact*, London, Sweet & Maxwell, 1971.

Pfersmann, O., "Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie (Réponse à Michel Troper)", *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 52, 2002/4, pp. 759-788.

Rials, St (ed.), "L'argumentation des juristes et ses *contraintes* (1)", *Droits*, 54, 2013.

Rials, St (ed.), "L'argumentation des juristes et ses *contraintes* (2)", *Droits*, 55, 2013.

Ross, A., *On Law and Justice*, Berkeley & Los Angeles, University of California Press, 1959.

Troper, M., *Pour une théorie juridique de l'Etat*, París, PUF, coll. « Léviathan », 1994.

Troper, M., "La notion de citoyen sous la Révolution Française", in Études *en l'honneur de Georges Dupuis*, Paris, 1997.

Troper, M., "Marshall, Kelsen, Barak et le sophisme constitutionnaliste", en Zoller, E., *Marbury vs. Madison, un dialogue franco-américain*, Dalloz, 2003, pp. 227.

Troper, M., "Argumentation et explication", *Droits*, 54, 2011.

Veyne, P., *Comment on écrit l'histoire. Essai d'épistemologie*, Paris, Éditions du Seuil, 1971.