

# APORTES PARA EL DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD EN EL DERECHO PRIVADO DESDE LA COMPRESIÓN DE LA DECISION Y LA ESTRATEGIA (\*)

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI (\*\*)

## a) El principio de razonabilidad en el Derecho Privado en general

1. Desde hace largo tiempo se viene caracterizando al hombre como un «*animal racional*»<sup>1</sup> y esa posición tuvo uno de sus momentos culminantes en la Edad Moderna, que suele ser llamada la «Edad de la Razón». Existe también, sin embargo, una prolongada tradición que señala la «*irracionalidad*» del ser humano, corriente que encuentra uno de sus puntos culminantes en el pensamiento de Nietzsche, uno de los autores que más han influido en la formación de la actual «postmodernidad»<sup>2</sup>.

(\*) .Notas para la exposición del autor en el Seminario sobre «El principio de razonabilidad en el Derecho Privado» organizado por la Escuela de Graduados y el Centro de Investigaciones de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la U. N. R.

(\*\*).Profesor de Filosofía del Derecho Privado y director de la Maestría en Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la U. N. R.

1. Puede v. por ej. ARISTOTELES, «Del Alma», en «Obras», trad. Francisco de P. Samaranch, Madrid, Aguilar, 1964, 413 b y ss., págs. 844 y ss.
2. V. por ej. NIETZSCHE, Federico, «Así hablaba Zaratustra», trad. La Juventud Literaria, Barcelona, por ej. pág. 8. Es posible c. v. gr. FERRATER MORA, José, «Diccionario de Filosofía», 5ª. ed., Bs. As., Sudamericana, t. I, 1965, págs. 994 y ss.

La Metafísica se ha referido a menudo a las «razones seminales», que son los «gérmenes» de las cosas, pero la modernidad se remitió a una razón más «abstracta», más alejada de esas consideraciones profundas, en gran medida por la crisis de la Metafísica tradicional e incluso de la Ontología en la que tanto influyó Kant. La tensión entre *razón e historia* y entre *razón y biografía* encontró uno de sus momentos significativos, por ejemplo, en el siglo XIX y la búsqueda de su superación se expresa, v. gr., en la idea sostenida en nuestro siglo de la «razón vital»<sup>3</sup>.

Creemos que no puede demostrarse que el hombre sea un «animal racional» o «irracional», pero es cierto que a menudo nos referimos a él al menos «construyéndole» una «racionalidad» que consideramos característica. Con miras a resguardar la noción de racionalidad del hombre se denuncia a la «racionalización» que es, por el contrario, una «pseudo-explicación». Al instalarse en un terreno de prescindencia de la Metafísica y de la Ontología, la tradición kantiana se remite a menudo a la *razonabilidad* y así lo hacen desde distintas perspectivas, v. gr., la búsqueda de la razón normológica realizada por Kelsen y la teoría de la justicia de Rawls<sup>4</sup>. Como medio para las valoraciones de justicia Werner Goldschmidt señaló, a su vez, un «*sentimiento racional*», es decir, un sentimiento que responde a razones<sup>5</sup>.

Aunque muchas veces se identifique a lo razonable como justo («Arreglado, justo, conforme a razón»<sup>6</sup>), creemos que la «razonabilidad», como posibilidad de

3. Acerca de las diversas acepciones de la palabra razón, v. por ej. *id.*, t. II, págs. 524 y ss.
4. V. por ej. KELSEN, Hans, «Teoría pura del derecho», trad. Moisés Nilve, Bs. As., Eudeba, 1960; RAWLS, John, «A Theory of Justice», 10ª ed., Cambridge, Massachusetts, Belknap, 1980, por ej. págs. 142 y ss. («The Rationality of Parties»). Respecto de la racionalidad v. por ej. AUDI, Robert (ed.), «The Cambridge Dictionary of Philosophy», 2ª reimp., Cambridge, University Press, págs. 674/5
5. Por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, «Introducción filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes», 6ª ed., 5ª reimp., Bs. As., Depalma, 1987, págs. 396 y ss.
6. REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, «Diccionario de la Lengua Española», 21ª ed., Madrid, t. II, 1992, pág. 1731.

En <http://www.ucm.es/info/eurotheo/05.htm> (Universidad Complutense de Madrid) puede v. la siguiente bibliografía sobre Razón y Racionalidad: ALBERT, H., «Tratado sobre la razón crítica», ed. Sur; BUNGE, Mario, «Intuición y razón», ed. Tecnos; «Racionalidad y realismo», Alianza Ed.; BUSHOFF, Heinrich, «Racionalidad crítica y política. Una introducción a la filosofía de lo político y a la teoría de la politología», ed. Alfa; DEBRAY, Régis, «Crítica de la razón política», ed. Cátedra; ELSTER, Jon, «El cambio tecnológico. Investigaciones sobre la racionalidad y la transformación social», ed. Gedisa; «Juicios salomónicos. Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión», ed. Gedisa; «Las uvas amargas. Sobre la subversión de la racionalidad», ed. Península; FERRATER MORA, José, «De la materia a la razón», Alianza ed.; GADAMER, Hans-Georg, «La razón en la época de la ciencia», ed. Alfa; «El giro hermenéutico», ed. Cátedra; HÜB-

responder a un *punto de vista* de razón, depende de lo que se tome como tal<sup>7</sup>. Proyectando la comprensión de la teoría trialista del mundo jurídico, puede decirse que existe una razonabilidad *normológica*, otra *axiológica* y otra *sociológica*<sup>8</sup>.

A nuestro parecer, uno de los puntos de vista de razonabilidad menos desarrollados en la comprensión de la razonabilidad jurídica, en gran medida por las limitaciones promovidas por la escuela de la exégesis y el kelsenianismo, es el sociológico, en el cual cabe señalar la diferenciación goldschmidtiana entre «móviles», «razones alegadas» y «razones sociales» y urge tener en cuenta los aportes que pueden brindar los desarrollos teóricos acerca de la toma de *decisiones* y de la *estrategia*. No creemos viable un juicio satisfactorio acerca de la razonabilidad de un acto jurídico si no se tienen en cuenta la toma de decisión y la estrategia en los que se inscribe<sup>9</sup>.

NER, Kurt, «Crítica de la razón científica», ed. Alfa; LAING, R. D. - COOPER, D. G., «Razón y violencia. Una década de pensamiento sartreano», ed. Paidós; LUKACS, George, «El asalto a la razón. La trayectoria del irracionalismo desde Schelling hasta Hitler», ed. Grijalbo; MARCUSE, Herbert; «Razón y revolución. Hegel y el surgimiento de la teoría social», Alianza Ed.; MARTINEZ, Miguel, «El paradigma emergente. Hacia una nueva teoría de la racionalidad científica», ed. Gedisa; MOSTERIN, Jesús, «Racionalidad y acción humana», Alianza Ed.; MUGUERZA, Javier, «La razón sin esperanza», ed. Taurus; NOZICK, R., «La naturaleza de la racionalidad», ed. Paidós; NUDLER, Oscar (Comp.), «La racionalidad: su poder y sus límites», ed. Paidós; OLIVE, L. (Coord.), «Racionalidad. Ensayo sobre la racionalidad en ética y política, ciencia y tecnología», ed. Siglo XXI; PUTNAM, H., «Razón, verdad, historia», ed. Tecnos; QUINTANILLA, Miguel A., «A favor de la razón», ed. Taurus; RODRIGUEZ IBÁÑEZ, José E., «El sueño de la razón», ed. Taurus; SCHMIDT, Gerhardt, «Razón y experiencia. Estudios sobre la historia y sistema de la filosofía», ed. Alfa; SOTELO, Ignacio, «Sartre y la razón dialéctica», ed. Tecnos; STRASSER, Carlos, «La razón científica en política y sociología», ed. Amorrortu; TIERNO GALVAN, Enrique, «El miedo a la razón», ed. Tecnos; VILLACANA BERLANGA, J. L., «Racionalidad crítica. Introducción a la filosofía de Kant», ed. Tecnos; WHITEHEAD, Alfred N., «La función de la razón», ed. Tecnos, ZEMELMANN, Hugo, «Los horizontes de la razón. Uso crítico de la teoría. I., Dialéctica y apropiación. II. Historia y necesidad de utopía», ed. Anthropos.

7. Al debilitarse la creencia en la objetividad de la justicia, la frontera entre lo «razonable» y lo racional se debilita.
8. Respecto de la teoría trialista del mundo jurídico es posible c. por ej. GOLDSCHMIDT, op. cit.; CIURO CALDANI, Miguel Angel, «La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.
9. Aunque se está comenzando con la elaboración de «estudios de mercado» respecto de los emprendimientos jurídicos profesionales, creemos que es mucho lo que falta en la preparación de los futuros egresados universitarios en tal sentido (puede v. por ej. [http://db2.intermedia.com.ar/claves/estudios/estudio\\_detalle.html?codigo=10100030320000](http://db2.intermedia.com.ar/claves/estudios/estudio_detalle.html?codigo=10100030320000) ; preferiríamos, sin embargo, hablar de estudios de decisión y estrategia).

2. El desenvolvimiento de *principios* en el Derecho en general y en el Derecho Privado en especial posee alta significación<sup>10</sup>. Sin embargo, estimamos que es importante no desconocer que los «principios» suelen no ser más que consagraciones sintéticas de realidades como, en nuestro caso, es la de la razonabilidad. A nuestro parecer, la referencia a principios suele implicar demasiado riesgo de remisión a nociones metafísicas que nos parecen inabordables<sup>11</sup>. Podría decirse que el «principio» de razonabilidad atraviesa todas las ramas jurídicas, pero creemos mejor afirmar que, con diversos significados, la «razonabilidad» atraviesa todas esas áreas.

3. La caracterización del *Derecho Privado* puede hacerse desde muy diversos enfoques, pero creemos que quizás la referencia más esclarecedora sea la que lo remite a las exigencias de *justicia particular*, diferenciándolo del Derecho Público, más signado por los requerimientos de justicia general (dirigida al bien común). Dentro del Derecho Privado surge así, a su vez, un área más «privatista», de los contratos y el patrimonio en general, y otra de familia, más cercana al Derecho Público.

Entendemos que en el ámbito del Derecho Privado, donde la lucidez en la adopción de decisiones y la construcción de la estrategia suele ser tan significativa, sobre todo en los proyectos económicos y familiares, es donde, por razones de visiones parcializantes, menos se han querido considerar las perspectivas de razonabilidad de decisión y estratégica que señalamos<sup>12</sup>.

## **b) La razonabilidad en la decisión y la estrategia**

### *a') La decisión*

4. Los desarrollos trialistas han incorporado enseñanzas del tridimensionalismo realcano que indican que los «repartos», adjudicaciones de «potencia» e «impotencia» producidas por la conducta de seres humanos determinables, se originan en

10. Puede v. por ej. ESSER, Josef, «Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado», Barcelona, Bosch.

11. Acerca del significado de la palabra «principio» es posible c. v. gr. FERRATER MORA, op. cit., t. II, pág. 489.

12. Otra vía importante (pero de muy riesgosa radicalización) es la comprensión económica del Derecho ( v. por ej. POSNER, Richard A., «The Economics of Justice», 16ª ed., Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1986).

un proceso que abarca el *reconocimiento* de una realidad fáctica situacional y de un complejo de fines respecto de los cuales son posibles diversas conducciones, entre los cuales se *decide* alguno y luego se lo *efectiviza*. Reconocimiento, decisión y efectivización son las tres grandes tareas que originan los repartos<sup>13</sup>. Esas tareas pueden cumplirse de manera más profunda cuando se emplean al menos las *categorías de análisis* que, para el área del Derecho todo y del Derecho Privado en especial, brinda la *teoría trialista del mundo jurídico*<sup>14</sup>.

5. Ya se ha evidenciado que es difícil llegar a una noción compartida de racionalidad, sobre todo por la relación entre ese concepto y las ideologías. Esto contribuye a que sean diversos los *criterios de decisión* y sea también difícil el desenvolvimiento de la teoría respectiva<sup>15</sup>.

La toma de decisiones es el proceso de escoger una entre varias opciones, elección que se relaciona con alguna racionalidad. La opción se vincula estrechamente con el aprovechamiento de las *oportunidades*, con referencia a la cual cabe desenvolver la perspectiva dinámica del Derecho<sup>16</sup>.

Uno de los requerimientos más comunes que suelen plantearse es la necesidad de reconocer y evaluar en la mayor medida factible el *problema* y su *solución*, *conjeturando* los cursos venideros, con todas las *alternativas* posibles, y procurando obtener con el menor «costo» el mayor «beneficio», pero es claro que estas mismas nociones dependen de posiciones muy vinculadas a preferencias personales que incluso no siempre están claras<sup>17</sup>. Cuando se habla de razonabilidad hay que tener en cuenta el sujeto y el criterio de su referencia. La toma de decisiones requiere, además, *experiencia* y *creatividad*.

13. Es posible v. nuestra obra «La conjetura ...» cit., pág. 60.

14. Vale atender, v. gr., a los posibles repartidores, beneficiarios, objetos, formas, razones, modos constitutivos del orden, límites, etc.; a las normas; a los valores, etc.

15. La toma de decisiones ha motivado la atención de los economistas James Heckman y Daniel McFadden, galardonados con el Premio Nobel de Economía 2000 (puede v. HECKMAN, James - SMITH, Jeffrey, «Evaluating de Welfare State», [http://lily.uchicago.edu/papers/IADB/eval\\_text.pdf](http://lily.uchicago.edu/papers/IADB/eval_text.pdf); McFADDEN, Daniel, «Rationality for Economists», en «Journal for Risk and Uncertainty», Special Issue on Preference Elicitation, <http://elsa.berkeley.edu/eml/nsf97/mcfadden.pdf>); McFADDEN, Daniel - TRAIN, Kenneth, «Mixed MNL Models fon Discrete Response», en «Journal for Applied Econometrics» (<http://elsa.berkeley.edu/wp/mcfadden0500/mcfadden0500.pdf>).

16. Es posible v. nuestro «Derecho y política», Bs. As., Depalma, 1976, págs. 12/3.

17. Puede c. nuestro libro «La conjetura ...»cit.

6. Para la decisión vale atender, analítica y sintéticamente, al *escenario*. En ese ámbito han de tomarse en cuenta los *sujetos participantes*. Urge reconocer y construir el propio sujeto y considerar a los otros sujetos con los que pueden tenerse *vinculaciones* de cooperación u oposición. El *perrechamiento personal*, a través de la obtención de medios de capital y «naturaleza» (disponibilidades materiales e inmateriales que incluyen la estructura normativa, la información, la patente de invención, la marca, etc.), los *medios de comunicación* (en los que cabe tener en cuenta a la propaganda) y *de transporte*, la referencia a la *presencia estatal* (colaboradora o perturbadora) y los *objetivos* (de máxima y de mínima) han de recibir atención.

El debilitamiento de la presencia estatal en nuestros días es un dato que puede ser de significación, sobre todo en cuanto se relaciona con el desempeño de los abogados que, durante tanto tiempo, fueron asociados a ella<sup>18</sup>. En relación con los objetivos se ha de atender, como ya señalamos, a los *móviles*, las *razones a alegar* y la *razonabilidad social* propia y ajena.

7. El reconocimiento de la realidad puede enriquecerse a la luz de la consideración de las *categorías básicas* de la realidad social del Derecho, entre las que se destacan por ejemplo la finalidad objetiva que encontramos en los acontecimientos y la posibilidad, ambas con carácter *pantónomo* (referido a la totalidad de sus proyecciones)<sup>19</sup>. Aunque suele pensarse que la decisión es «racional», no hay que desconocer que a menudo ella se produce por vía intuitiva.

Para el reconocimiento de los motivos de la decisión es muy aleccionador el «método de las variaciones», que consiste en variar mentalmente el caso real mediante modificaciones irreales a fin de averiguar cuáles son las consideraciones importantes<sup>20</sup>.

Al llamado modelo *economicista*, que trata de considerar el problema y las necesidades en plenitud, suele oponérsele -con un sentido quizás más realista- el modelo de la *racionalidad limitada*, según el cual se opta por la primera posibilidad suficientemente satisfactoria, dejando en todo caso la crítica de lo que se obtenga como enseñanza para nuevos casos. Suele hacerse referencia incluso a un *modelo sim* -

18. El abogado de la postmodernidad ha de atender al debilitamiento de la fuerza de la «patente estatal» para su profesión, que quizás abra nuevos cauces de evaluación y control con miras a su fortalecimiento o sustitución; a las transformaciones de la posibilidad de ejecutar los pronunciamientos judiciales por la globalización/marginación; a la creciente posibilidad de ejercer sus actividades por vía electrónica; a la mayor facilidad de información sobre el Derecho extranjero, etc.

19. Puede v. nuestro «Derecho ...» cit. págs. 60 y ss.

20. C. GOLDSCHMIDT, op. cit., págs. 396/7.

*plificado* de la realidad, en el que, se hace remisión primaria a las decisiones anteriores que resultaron satisfactorias y al *modelo del favorito implícito*, donde las preferencias dirigen a una decisión que se jerarquiza, excluyendo en principio las otras posibilidades. El tipo de razonabilidad es en cada caso diverso.

8. Como lo ha destacado durante décadas el trialismo, el reparto a decidir puede desarrollarse por vías de *acuerdo* y de *controversia* (repartos autónomos o autoritarios) y, dentro de ésta, corresponde un lugar a la senda jurisdiccional judicial, para la que tradicionalmente suele prepararse a los abogados continentales casi con exclusividad. Asimismo hay que atender a las posibilidades de planificación y de desenvolvimiento por ejemplaridad.

### *b') La estrategia*

9. La toma de decisiones se produce en *marcos estratégicos* en los que también cabe avanzar en la apreciación del grado de razonabilidad<sup>21</sup>. En el ámbito privatista, cada decisión patrimonial o familiar es mejor comprendida a la luz de la perspectiva estratégica.

Los recortes problemáticos suelen llevar, en cambio, a la pérdida de la visión de conjunto que significa la estrategia, dentro de la cual cobran sentidos más claros los diversos movimientos *tácticos*. Por ejemplo: ganar un pleito puede significar la ruina de una empresa, porque se rompe una relación vital para su desenvolvimiento.

10. En los enfoques estratégicos suelen diferenciarse los apoyados especialmente en la *excelencia propia* y los que buscan vías de relacionamiento en *cooperación* con los demás o de *oposición*.

Cuando se trata de la *excelencia propia*, los aspectos jurídicos del control de calidad adquieren particular importancia y si se trata del relacionamiento en cooperación la propaganda y la atención de los reclamos pueden ser especialmente relevantes.

La estrategia de *enfrentamiento* da lugar a despliegues *defensivos* y *ofensivos* que, a su vez, pueden ser de ataque *frontal*, de *flanqueo* o de *guerrilla*.

21. Es posible v. nuestros artículos «Bases para la estrategia en el Derecho, con especial referencia al Derecho Internacional Privado», en «Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social», N° 23, págs. 17 y ss.; «La Teoría General del Derecho, supuesto de la estrategia y la táctica jurídicas», en «Investigación y Docencia», N° 32, págs. 25/6.

El despliegue *defensivo*, de quien está en el lugar deseado y no busca incrementarlo, ha de considerar cómo bloquear los ataques, la posibilidad del «autoataque» para ocupar el lugar posible del adversario y, de modo especial, el mantenimiento de reservas, que al fin siempre es imprescindible. La ofensiva *frontal*, a practicar por quienes pueden cuestionar integralmente al defensor, puede apoyarse en la táctica de hallar la debilidad en el punto fuerte de ese oponente y siempre ha de buscar un frente estrecho, para evitar que juegue la superioridad posicional del defensor. El *flanqueo*, a desarrollar por quienes no están en condiciones de un ataque frontal pero pueden conservar lo que obtengan, ha de apoyarse, en lo posible, en la sorpresa y ha de tratar de ganar puntos marginales. La *guerrilla*, a desenvolver por quienes en principio no están en condiciones de quedarse siquiera en los lugares que consigan, debe estar dispuesta a atacar, ganar y luego retirarse.

Tanto en la vida contractual y patrimonial, como en la familiar, la estrategia en sus diversas manifestaciones tiene gran importancia. No es posible entender en profundidad la razonabilidad de los actos jusprivatistas sin tener en cuenta estos significados. No todos los contratos de una empresa tienen igual importancia ni ha de ser el mismo el comportamiento que se asuma ante ellos.

El triunfo de la estrategia biográfica respecto de las tácticas estatales suele manifestarse, por ejemplo, en las relaciones laborales en que los trabajadores, necesitados de recursos económicos, admiten condiciones laborales que un pleito podría resolver, pero destruyendo sus posibilidades vitales de conjunto. Si el Estado quiere brindar vías de intervención efectivas, ha de dar a los trabajadores condiciones estratégicas y no sólo tácticas favorables.

### c) Horizonte histórico

11. La comprensión, aunque fuese intuitiva, de los planteos decisionales y estratégicos ha sido uno de los rasgos brillantes que caracterizaron a muchos juristas del pasado. Eso es lo que ocurrió entre nosotros con Juan Bautista Alberdi y Dalmaico Vélez Sársfield y con el brillante despliegue político-jurídico de Domingo F. Sarmiento. Ellos pensaron, por ejemplo, la Constitución Nacional y el Código Civil, dentro de proyectos estratégicos de país bastante análogos.

Sarmiento defendió el Código Civil, que hizo aprobar a libro cerrado, dentro de la razonabilidad de una estrategia referida a los ideales expresados en «Facundo», que incluía la «modernización» educativa y tecnológica del país y también una política migratoria, política cuyos resultados en parte diferentes de los buscados, pue-



den haber sido una de las causas principales del limitado éxito del conjunto de país pretendido<sup>22</sup>. Sería deseable que hoy, ante la posibilidad de un nuevo Código Civil, se desarrollara una comprensión decisional y estratégica no sólo de igual sino de superior profundidad<sup>23</sup>.

12. En última instancia, a la luz de la comprensión estratégica puede elaborarse y comprenderse mejor el *proyecto «biográfico»* de cada persona y son más claramente apreciables su grado de *libertad* y el *humanismo* de las soluciones que reciban sus problemas.

Una razonabilidad sin referencias decisionales y estratégicas puede ser una mera racionalización.

22. Puede c. nuestro libro «Filosofía, Literatura y Derecho», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986, págs. 101 y ss. También nuestras «Bases jusfilosóficas del Derecho de la Cultura», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993.

23. Una comprensión estratégica que parece ser rudimentaria suele llevar a la sujeción a las condiciones financieras globales, sin que al menos se expliciten estudios fundados que muestren por qué no hay más solución que pagarla, como se pretendió en «El Mercader de Venecia», con el corazón de los deudores. Desde nuestro punto de vista ético, los grandes acreedores de esa deuda no son siquiera un judío que no tenía más respaldo que su dinero, sino un complejo financiero que domina al mundo en globalización/marginación.