

Una respuesta jurídica dada y correcta para cada caso

A given and correct legal answer for each case

Rodolfo L. Vigo

Rodolfo L. Vigo

Universidad Austral (Argentina)
Universidad Católica Argentina
vigorodolfo@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-8305-0374>

Recibido: 03 - 04 - 2024

Aceptado: 24 - 04 - 2024

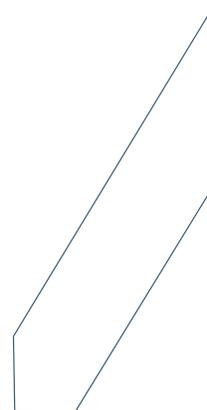
Publicado en línea: 06 - 06 - 2024

Cómo citar este texto

Vigo, R. L. (2024). Una respuesta jurídica dada y correcta para cada caso. *Ratio Decidendi*, año 1, n. 1, 1-49. <https://doi.org/10.21555/rd.2024.3123>



Esta obra está bajo una licencia Creative Commons Attribution -NonCommercial-ShareAlike 4.0 International.



RESUMEN

El propósito del presente trabajo refiere a la pregunta de si en el derecho hay una respuesta correcta para cada caso. Se ofrece un panorama de diez perspectivas teóricas diversas, aunque todas ellas presentes con diferente intensidad en nuestra cultura académica. Sin perjuicio que se privilegia la mirada de aquellas sobre la cuestión central que aquí se estudia, también se identifican otras tesis centrales que completan, fundan y explican aquella mirada. En ese panorama, el autor confiesa su adhesión a la iusfilosofía de inspiración aristotélica-tomista, expresada hoy especialmente en la obra de John Finnis, y desde ese marco se concreta un balance de aquellas diez lecturas, lo que se completa con hasta once agregados o precisiones de índole más bien personal.

Palabras clave: Única respuesta correcta; función judicial; casos difíciles.

ABSTRACT

The purpose of this work addresses the question of whether there is a correct answer in law for every case. It provides an overview of ten diverse theoretical perspectives, all of which are present to varying degrees in our academic culture. While prioritizing the examination of those perspectives relevant to the central question being studied, other central theses that complement, establish, and explain that perspective are also identified. Within this overview, the author confesses their adherence to the perspective inspired by Aristotelian-Thomistic jusphilosophy, particularly as expressed in the work of John Finnis. From this framework, a balance of those ten readings is provided, supplemented by up to eleven personal additions or clarifications.

Keywords: Only correct answer; judicial function; difficult cases.

CONTENIDO

1. Introducción; 2. Iuspositivismo legalista; 3. Hans Kelsen; 4. Herbert Hart; 5. Ronald Dworkin; 6. Robert Alexy; 7. Duncan Kennedy; 8. Luigi Ferrajoli; 9. Teoría jurídica aretaica o Jurisprudencia de virtudes; 10. Michel Villey; 11. John Finnis; 12. Balance conclusivo; 13. Conclusiones personales; 13.1. ¿Casos fáciles?; 13.2. El marco teórico escogido; 13.3. Tesis y temas a desarrollar; 13.3.1. Argumentación Jurídica; 13.3.2. Prudencia y virtudes; 13.3.3. Lógica jurídica; 13.3.4. Principios jurídicos; 13.3.5. Ponderación; 13.3.6. Dialogo racional; 13.3.7. Lenguaje; 13.3.8. Premisas fácticas; 13.3.9. Precedente; 13.3.10. Validez de la norma jurídica; 13.3.11. Ética Judicial; 14. Referencias.

1. INTRODUCCIÓN

La pregunta si cada caso jurídico tiene una respuesta correcta remite en las últimas décadas a Ronald Dworkin, y éste la incorpora al campo de la teoría del derecho a partir de la distinción hartiana entre casos difíciles y casos fáciles, en tanto postula que aún los difíciles cuentan con una respuesta correcta (one right answer)¹. Más allá del marco en el que habitualmente se estudia aquella cuestión, nos gustaría subrayar inicialmente algunos interrogantes implícitos que muchas veces quedan ocultos o silenciados. En tal sentido, (i) la distinción entre caso fácil y caso difícil no es algo sencillo de concretar, aunque podríamos acordar que el caso es fácil cuando juristas razonables y capacitados² no enfrentan demasiados problemas para identificar la respuesta jurídica correcta que corresponde brindar al mismo según el derecho vigente y válido. Por supuesto que en esa caracterización, cabe advertir (ii) que tiene relevancia y significativas proyecciones en el objeto central a estudiar en este trabajo, la teoría del derecho que se suscriba (iuspositivista, no positivista, crítica, etc.). Otro interrogante (iii) que corresponde revelar es si el esfuerzo que hace el jurista en orden a la respuesta jurídica que propondrá o brindará, es un esfuerzo creativo o simplemente identificatorio de la misma. Intimamente conectado con este último punto aparece el tema (iv) respecto en cuál “fuente del derecho” se encuentra aquella respuesta y qué valores se priorizan. También aquí aparece la cuestión (v) en torno a si ese trabajo del jurista se circunscribe al campo estrictamente jurídico normativo o si corresponde asumirlo abriéndose a las demás dimensiones de la realidad social. Igualmente está incluida la pregunta (vi) respecto a qué facultad humana (razón, voluntad o emociones) recurre el jurista para reconocer la respuesta jurídica que escogerá. Por fin (vii), importa cuál será el método o las disciplinas a las que conviene acudir aquel que pronuncia o dice el derecho. Es importante reconocer las respuestas al menos a los siete interrogantes consignados en orden a perfilar con mayor nitidez la propuesta teórica que se estudie. Obviamente que el desagregado señalado no pretende ser exhaustivo, sino meramente indicativo de algunos problemas o interrogantes que están implícitos en el interrogante central del presente trabajo.

En este estudio la perspectiva que adoptaremos será la judicial, en tanto son los jueces los encargados de definir en última instancia el status deóntico jurídico de las conductas que interesan, o dicho lo mismo de manera más directa: corresponde a aquellos determinar en cada caso la respuesta jurídica que prevalecerá y que contará con el respaldo del poder coercitivo estatal. De todas maneras ese punto de vista vale –mutatis mutandi– para el resto de los juristas, en tanto son ellos los profesionales que tiene esa función de enseñar, abogar, asesorar o decidir autoritativamente la respuesta jurídica que corresponde decir para un caso (*iuris dictio*).

Nuestro propósito será dirigir el tema a estudiar a diferente e importantes teorías que tienen una mirada peculiar al respecto, y finalmente nos ocuparemos de consignar nuestro propio punto de vista, con algunas precisiones –insistamos– que pretenden ampliar cuestiones que corresponde tener en cuenta en el tratamiento de la referida problemática. Al margen que lo central del presente escrito es analizar el servicio que presta el jurista cuando debe decir el derecho frente a casos de diferente dificultad, nos pareció procedente instalar aquel punto específico en el marco de las notas distintivas del resto de la teoría respectiva.

1 Respecto al debate Hart-Dworkin remitimos a Cohen (1982) y *La decisión judicial (el debate Hart-Dworkin)* (1997).

2 La fórmula a la que recurre Hart para hablar de hard cases es que ellos son “controversial in the sense that reasonable and informed lawyers may disagree about which answer es legally correct” Poscript p. 252.

2. IUSPOSITIVISMO LEGALISTA

La revolución francesa y el proceso de codificación que se inaugura en 1804 con el Código Civil, supondrá el inicio de un nuevo modelo de Estado y de Derecho en Europa continental, el que vendrá a sustituir el Estado de Derecho pre-moderno. En términos jurídicos el derecho queda asimilado al contenido de la ley, de modo que el derecho existente con anterioridad a la misma, queda oficialmente derogado o sustituido por el que corresponde al surgido a instancias del legislador en el prometedor periodo histórico de las luces y la ciencia. La sinonimia entre derecho y ley implica que ya no se admitirá ninguna fuente que la contradiga, con el aval de la confianza en el dogma rousseauiano de la voluntad general infalible canalizada por el Poder Legislativo. El profesor Proudhon en sintonía con ese clima de euforia por el Código de Napoleón, aconsejaba desprenderse de prejuicios antiguos, como el recurrir al derecho romano o cualquier otro anterior a la hora de interpretarlo (Bonnetcase, 1944, p. 142). La soberanía entendida como la definió Jean Bodin, rechaza cualquier pretensión de control o intromisión sobre el monopolio jurígeno del Estado, el que lo habilita a disponer sin restricciones el derecho para sus ciudadanos.

El Code francés coherentemente no contempla mecanismos de integración de la ley, pues si aparecía un caso no regulado en el mismo debía considerarse como fuera del derecho. Los códigos que se atrevían a aludir a los supuestos de insuficiencia u oscuridad de la ley y a la respectiva alternativa de que el jurista acuda a los “principios generales del derecho”, incluyen la prevención para el jurista que en la mejor hipótesis serían casos excepcionales, y que esos principios valen porque están puestos implícitamente por el codificador, de manera que nunca sería posible obtener desde los mismos respuestas contra *legem*, admitir esa alternativa implicaba suponer un legislador contradictorio entre lo que decía explícitamente y lo que permitía implícitamente. Serán las nuevas universidades europeas las que se encargarán de formar los juristas en una teoría iuspositiva legalista o decimonónica que sean funcionales al Estado de Derecho Legal (EDL), y esa capacitación profesional consistirá en memorizar la ley y repetirla, rechazando un modelo de ciencia que incluya críticas y propuestas de *lege ferenda* que pongan en riesgo la seguridad jurídica. El delito de *prevaricato* advierte a los jueces que no se atrevan a apartarse del sentido de la ley, y consiguientemente, que asuman que su tarea debe ser la boca de la ley como si fueran seres inanimados, según la célebre definición de Montesquieu. Los jueces forman parte del Poder Ejecutivo o Administrador y nada crean para el derecho, de modo que la idoneidad que les es requerida para ser designados en ese cargo es que conozcan a la ley, dado que su tarea es proyectarla silogísticamente a los casos que resuelven.

Las Facultades de Derecho serán las encargadas de proveer el aparato conceptual que les posibilitará a los juristas comprender y operar el derecho característico del EDL. En particular, la escuela de la exégesis francesa configurará la matriz en donde se gestarán a los nuevos profesionales del derecho guiados por profesores que como Bugnet confesaban que –en su caso– no enseñaban derecho civil, sino Código de Napoleón. Desde esta misma lógica se le atribuye a Napoleón que al enterarse que había salido un comentario a su Código exclamó: “Mi código está perdido”, en tanto los riesgos que ello suponía de no limitarse a “repetir” la ley. Desde esa pretensión el Decano de Strasburgo, el profesor Aubry en 1857 advertía:

“Los profesores, encargados de impartir a nombre del Estado la enseñanza jurídica, tienen por misión protestar, mesurada, pero firmemente, contra toda innovación que tienda a sustituir la voluntad del legislador por una extraña” (Bonnetcase, 1944, p. 146).

El llamado Príncipe de la Exégesis, Demolombe definía:

”Interpretar es descubrir, dilucidar el sentido exacto y verdadero de la ley. No es cambiar, modificar, innovar; es declarar, reconocer” (Bonnecase, 1944, p. 150);

y Mourlon prescribe a los jueces:

“Dura lex, sed lex; un buen magistrado humilla su razón ante la de la ley, pues está instituido para juzgar conforme a ella y no de ella. Nada está sobre la ley, y es prevaricación el eludir sus disposiciones so pretexto de que no se encuentran de acuerdo con la equidad natural. En jurisprudencia no hay ni puede haber mayor razón ni mejor equidad, que la razón o equidad de la ley” (Bonnecase, 1944, p. 160).

En definitiva, la tarea judicial que se pretendía era de enorme facilidad, estructurada a través de un silogismo de premisas verificables que permitían una conclusión necesaria, pero al mismo tiempo, de escasa o nula relevancia fuera del proceso, en tanto consistía en la reiteración de la ley sin ningún aporte para el derecho vigente. Los casos que se ponían en manos del jurista eran casos fáciles, dado que eran instancias individuales de los casos genéricos previstos en las normas legales generales. El juicio de validez jurídica quedaba absorbido por el de vigencia o promulgación de la ley. El valor exclusivo y excluyente procurado por el derecho es la seguridad jurídica, en tanto era posible saber anticipada y claramente qué conductas estaban prohibidas, permitidas o exigidas por la ley, y las consecuencias que traerían aparejadas la violación de la misma.

Síntesis:

- i) todos los casos jurídicos son fáciles en tanto tiene una respuesta jurídica no discutible o identificable sin dificultades;
- ii) la respuesta jurídica el jurista la encuentra en el derecho “puro” de la ley, o sea sin acudir a lo que está fuera de la misma;
- iii) se asume dogmáticamente que la respuesta jurídica prevista en la ley es correcta, y que el juez nada crea en tanto la repite;
- iv) el proceso de encontrar y aducir la respuesta solo opera por medio de la razón teórica o lógica; y
- v) el valor exclusivo y excluyente es el de la seguridad jurídica, estando supuesta la voluntad infalible del legislador.

3. HANS KELSEN

Recordemos algunas de sus tesis centrales:

- i) no hay más derecho que el puesto y reconocido como tal, de modo que cualquier contenido puede ser derecho;
- ii) el derecho esta puesto en distintas normas (no solo en la ley) que se van creando a instancias de otras normas superiores, desde la Constitución a las sentencias judiciales y resoluciones administrativas;
- iii) en el derecho solo hay normas, no hay principios ni derechos humanos;
- iv) escepticismo ético o axiológico: “la justicia es un ideal irracional”;
- v) las normas configuran un sistema “fuerte” que tiene unidad, completitud y jerarquía;
- vi) toda norma jurídica implica aplicación de la norma superior (salvo la constitución) y creación;

- vii) la existencia o validez de la constitución está posibilitada por un supuesto gnoseológico o una ficción que es la norma fundamental hipotética;
- viii) la teoría pura se propone elevar la ciencia jurídica al status de una verdadera ciencia objetiva y exacta cuyo objeto será describir (no valorar) el derecho puesto en las normas;
- ix) la juridicidad de una norma consiste en la coerción que ella contempla como consecuencia hipotética al supuesto fáctico genérico;
- x) la teoría jurídica focaliza su mirada en las normas sin recurrir a lo externo a las mismas.

Para el profesor vienés el derecho es una técnica social para dirigir conductas por medio de normas coercitivas, o dicho de otra manera, es un orden que se establece mediante normas positivas para promover la paz.

“El elemento de ‘coerción’ esencial al derecho consiste, entonces, no en la llamada compulsión psíquica, sino en el hecho de que actos específicos de coerción, considerados como sanciones, son establecidos, para casos también específicos, por las reglas que forman el orden jurídico” (Kelsen, 1979, p. 34);

“Una norma aislada sólo es norma jurídica en cuanto pertenece a un determinado orden jurídico, y pertenece a un determinado orden jurídico cuando su validez reposa en la norma fundante de ese validez” (Kelsen, 2000, p. 45).

El capítulo VIII de la *Teoría pura del Derecho* está dedicado al tema de la interpretación “efectuada por el órgano de aplicación del derecho” (Kelsen, 2000, p. 350), y al respecto, Kelsen insiste que

“el derecho por aplicar constituye solo un marco dentro del cual están dadas varias posibilidades de aplicación... Por lo tanto, la interpretación de una ley no conduce necesariamente a una decisión única, como si se tratara de la única correcta, sino posiblemente a varias, todas las cuales – en tanto son cotejadas solamente con la ley que haya de aplicarse – tienen el mismo valor, aunque solo una de ellas se convertirá en derecho positivo en el acto del órgano de aplicación del derecho” (Kelsen, 2000, p. 352).

Acerca de la naturaleza del acto interpretativo Kelsen plantea explícitamente el interrogante si es un “acto de conocimiento o de voluntad”, y advierte que confiar que la interpretación sea alguna especie de conocimiento del derecho ya existente, “es un autoengaño lleno de contradicciones” y una “ficción” que sirve “para mantener el ideal de la seguridad jurídica” (Kelsen, 2000, p. 356), dado que en definitiva se trata de “un problema político” ajeno al conocimiento y adscripto a la voluntad, o sea, “librado a la libre discrecionalidad del órgano llamado a efectuar el acto, como si el derecho positivo mismo delegara en ciertas normas meta-jurídicas, como la moral, la justicia, etcétera; pero de ese modo esas normas se transformarían en normas jurídicas positivas”. A la hora de cotejar la creación jurídica del legislador respecto a la creación jurídica del juez, Kelsen destaca:

“La tarea de lograr, a partir de la ley, la única sentencia correcta, el único acto administrativo correcto, es en lo esencial la misma que la de crear, dentro del marco constitucional, la única ley correcta. Así como no se puede obtener, partiendo de la constitución, mediante interpretación, la única ley correcta, tampoco puede lograrse, a partir de la ley, por inter-

pretación la única sentencia correcta. Por cierto, que se da una diferencia entre esos dos casos, pero la diferencia es de cantidad, no de calidad... la limitación impuesta al legislador en lo tocante a los contenidos de la ley, es mucho menor que la limitación impuesta al juez; el legislador es relativamente mucho más libre en el acto de creación de derecho que el juez; pero éste también es creador de derecho y también es relativamente libre con respecto de esta función” (Kelsen, 2000, p. 353).

Lo transcripto brinda la idea de una cierta coherencia dentro del orden jurídico, en tanto la nueva norma es creada sin contradecir la norma superior que posibilita su creación. Sin embargo, leemos en la obra principal de Kelsen que al crear derecho el órgano que aplica una norma

“no solo puede llevarse a efecto una de las posibilidades mostradas en la interpretación cognoscitiva de la norma aplicable, sino que también puede producirse una norma que se encuentre enteramente fuera del marco que configura la norma aplicable” (Kelsen, 2000, p. 355).

En definitiva, el autor viene para explicar la existencia de normas jurídicas que contradicen a normas superiores, incluyó en su teoría la tesis de la “clausula alternativa tácita” que abre la posibilidad que la norma inferior se cree violentando los márgenes que le prescribe la norma superior, y sin embargo, pueda seguir sosteniéndose que aquella sea válida o existente³.

Síntesis:

- i) los casos jurídicos son todos difíciles en tanto carecen de respuesta anticipada;
- ii) la respuesta es creada fuera de la ley o dentro de las diferentes alternativas incluidas en ella;
- iii) no hay ninguna respuesta correcta;
- iv) la matriz de la creación jurídica es la voluntad, desconectada de cualquier racionalidad moral o axiológica;
- v) el escepticismo ético importa rechazar la razón en el campo de todos los valores, incluida la misma seguridad jurídica; y
- vi) la perspectiva kelseniana es estrictamente juricista en tanto no corresponde al científico ir más allá de las normas jurídicas.

4. HERBERT HART

El derecho para el destacado iuspositivista analítico es un sistema de reglas, aunque a diferencia de Kelsen diversifica las diferentes clases de las mismas, de modo que el derecho resulta “de la combinación de las reglas primarias de obligación con las reglas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación” (Hart, 1963, p. 121).

El objeto de las primarias son “las acciones que los individuos deben o no hacer”, mientras que las reglas jurídicas secundarias refieren a las primarias en orden a proporcionar “certeza” acerca de la existencia de las mismas (regla de reconocimiento), a posibilitar los cambios de las reglas (reglas de cambio) y a las adjudicaciones que corresponde adoptar por las transgresiones de las reglas primarias (reglas de adjudicación). Las reglas jurídicas en Hart

3 Cfr. el artículo de Ulises Schmill (2010) quien es un seguidor y conocedor profundo de Kelsen, donde luego de reconocer que la tesis de la clausula alternativa tácita es “un golpe mortal” a la teoría pura, intenta brindar una interpretación conciliadora con los presupuestos centrales de la misma.

no remiten a la “norma fundamental hipotética” como en la teoría pura del derecho, sino a la regla de reconocimiento (rule of recognition) que consiste en “una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el derecho por referencias a ciertos criterios. Su existencia es una cuestión de hecho” (Hart, 1963, p. 137). Esa regla se constituye en un remedio a los problemas suscitados por las primarias en cuanto –reiteremos– a saber cuales son las reglas que están vigentes, a posibilitar los cambios en las mismas y a determinar las consecuencias que suscita su violación.

La presencia de las reglas jurídicas “exigen interpretación para ser aplicadas a los casos concretos”, y aquí –advierte Hart– “la textura abierta del derecho deja un vasto campo para una actividad creadora que algunos llaman legislativa” (Hart, 1963, p. 252). En esa tarea de concreción de las reglas jurídicas el jurista se enfrentará a casos fáciles y casos difíciles; respecto de aquellos no hay demasiado inconvenientes para resolver los mismos a tenor de lo previsto normativamente, pero los inconvenientes se generan con los difíciles, en virtud de la textura abierta del lenguaje de las reglas, que permiten finalmente la creación judicial del derecho con contenido deóntico potencialmente contradictorio. Frente a ese problema de los casos en donde estrictamente no tienen una respuesta jurídica, el juez queda habilitado para poner el derecho ausente con el contenido que considere procedente, y la alternativa que ofrece Hart a los riesgos que conlleva la discrecionalidad judicial es la siguiente:

“En este punto los jueces pueden hacer una elección que no es arbitraria ni mecánica, y aquí suelen desplegar virtudes judiciales características que son especialmente peculiares de la decisión jurídica, lo que explica por qué algunos se resisten de calificar de legislativa a tal actividad judicial. Estas virtudes son: imparcialidad y neutralidad al examinar las alternativas; consideración de los intereses de todos los afectados; y una preocupación por desarrollar algún principio general aceptable como base razonada de la decisión. Ya que es siempre posible una pluralidad de tales principios, es indudable que no se puede demostrar que una decisión es la única correcta: pero es posible conseguir que se la acepte como el producto razonado de una elección imparcial bien informada. En todo esto aparece la ponderación (weighing) y el balance (balancing) característicos del esfuerzo por hacer justicia en medio de intereses en conflicto” (Hart, 1963, p. 253).

La posición de Hart pretende ubicarse en el ámbito de la teoría jurídica norteamericana entre los que ven el derecho como una pesadilla (realistas como Holmes o Llewelyn) en tanto los jueces deciden las respuestas jurídicas de manera imprevisible, y los que lo asimilan a un noble sueño (Dworkin es el más soñador de todos) donde cada caso tiene la respuesta jurídica correcta que es identificable anticipadamente (Hart, 1983, 123-144). Esa posición hartiana intermedia posibilita que por un lado el derecho sirva de guía para las conductas de los ciudadanos, y por el otro habilita a que en los casos difíciles reciban la respuesta discrecional ajustada a las particularidades de los mismos.

Hart muere en 1992 y tenía avanzado un trabajo que intentaba responder a muchas críticas que le habían formulado a su principal obra *The concept of Law* editada originariamente en 1961, especialmente aquellos cuestionamientos que le había dirigido su sucesor en Oxford, el profesor norteamericano Ronald Dworkin. Esas réplicas dan a luz en 1994 como “Postscript” cuando se publica la segunda edición de aquel libro. Hart además de defender el propósito “descriptivo” de su teoría apoyado en el punto de vista interno asumido por los participantes del derecho que lo aceptan, explicita su convicción de adherir a un positivismo suave o soft que no es del hecho evidente como denuncia Dworkin “puesto que dentro de los criterios de validez admite valores y no solo hechos” (“my theory is not a plain-fact theory of positivism

since amongst the criteria of law it admits value, not only plain facts” (Hart, 1994, p. 248)), e insiste: “las reglas y principios identificados en términos generales con los criterios suministrados por la regla de reconocimiento poseen con frecuencia lo que he denominado textura abierta”, ello genera “casos difíciles”, controvertibles en el sentido que abogados razonables e informados pueden estar en desacuerdo sobre cual de las respuestas es jurídicamente correcta, y en esos casos donde el derecho luce indeterminado o incompleto “el juez debe ejercer aquella función restringida de creación jurídica que he llamado discrecionalidad” (Hart, 1994, p. 252).

Sin perjuicio de reconocer Hart en su póstumo escrito que se había ocupado poco de los principios jurídicos, admite que su diferencia con las reglas no es radical sino es “una cuestión de grado”, en tanto ellos no cuentan con respuestas jurídicas concluyentes y son “parámetros jurídicos variables”. Esos principios no determinan alguna decisión específica y correcta, aunque habilitan a que el juez cree discrecionalmente derecho ejerciendo facultades intersticiales mucho más reducidas a las que le compete al legislador; de todas las maneras, insiste Hart que en tales casos el juez

“debe tener razones generales (general reasons) que justifiquen su decisión y debe actuar como un legislador escrupuloso (conscientious legislator) lo haría al decidir según sus propias creencias y valores” (Hart, 1994, p. 273).

Al margen de esas rectificaciones o agregados del Postscript, Hart no renuncia a la tesis central del iuspositivismo en tanto confía que la existencia y contenido del derecho pueden identificarse por las fuentes sociales que lo generan “sin hacer referencia a la moral, excepto en aquellos casos en que el derecho así identificado ha incorporado en sí mismo criterios morales para la identificación del derecho” (Hart, 1994, p. 269), pero esa admisión (iuspositivismo incluyente) no implica que existan contenidos necesarios o incompatibles con el derecho. Precisamente el “no positivismo jurídico” reconoce que hay exigencias que si aparecen en lo que se intenta que rija como derecho, esa pretensión quedará abortada en Hart, dicho de otro modo: no cualquier contenido puede ser derecho.

Síntesis:

- i) distingue Hart dentro del derecho entre casos fáciles y casos difíciles;
- ii) los fáciles tienen la respuesta en las reglas jurídicas vigentes, mientras que los difíciles carecen de respuesta y corresponde que la cree discrecionalmente el juez;
- iii) la respuesta a los casos fáciles es correcta, mientras que la respuesta que se crea para los difíciles puede llegar a ser correcta dependiendo de las virtudes del jurista;
- iv) la matriz discrecional de crear el derecho remite a virtudes intelectuales y éticas;
- v) Hart ratifica una teoría iuspositivista (incluyente) que defiende la separación conceptual entre derecho y moral.

5. RONALD DWORKIN

Sin perjuicio de advertir que el estilo de la obra del autor norteamericano ha dado pie a interpretaciones contradictorias y que algunas de sus tesis principales han variado a lo largo de su vida académica, nos gustaría destacar la centralidad que ocupa la teoría de la adjudicación en su visión del derecho (Dworkin, 1982a). Dworkin impugna “por insuficiente” la fórmula positivista hartiana de reducir el derecho a las normas, y así reivindica la presencia de “directivas políticas” (objetivos que han de procurarse en tanto importan “una mejora en algún rasgo

económico, político o social de la comunidad”) y “principios en sentido estricto” (estándares que han de ser observados “no porque favorezcan o aseguren una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad” (Dworkin, 1984, p. 72)). La distinción entre normas y principios se apoya en diversos criterios (Vigo, 2019a, pp. 127 y ss), aunque destaquemos el vinculado al test de origen o pedigree susceptible de ser aplicado a las normas, pero no a los principios dado que ellos “no se basan en una decisión de ningún tribunal u órgano legislativo, sino en un sentido de conveniencia u oportunidad que, tanto en el foro como en la sociedad, se desarrolla con el tiempo” (Dworkin, 1984, p. 95).

Frente a la posibilidad sustentada por el positivismo jurídico de elegir e inventar discrecionalmente el juez la respuesta a dar en los “casos difíciles”, Dworkin afirma la alternativa de la respuesta correcta (“one right answer”); pero a esos fines el esfuerzo a llevarse a cabo requiere la presencia de un juez filósofo dotado de una habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumana, que llamará Hércules. La teoría hercúlea de adjudicación es una construcción de un esquema de principios abstractos y concretos que identifica la moralidad presupuesta en las leyes e instituciones de la comunidad, e implica la justificación coherente del ordenamiento vertical y horizontal de las decisiones jurídicas. Vemos un modelo que tiene características ideales o contrafácticas delineadas por una razón práctica capaz de guiar el trabajo de los juristas, confiando en encontrar la respuesta correcta en el derecho vigente a lo largo del tiempo en esa sociedad, aunque el mismo aparezca entremezclado con moral y política.

La obra de Dworkin es centralmente un alegato para que se tomen “los derechos en serio” y que las decisiones judiciales se limiten a una “cuestión de principios”, de manera que las metas colectivas no sean justificativos para negarles o retacearles aquellos derechos a los individuos. La “right thesis” dworkiniana implica la posibilidad de descubrir una única respuesta correcta basada en el reconocimiento de derechos individuales preexistentes, y éstos derivan del derecho abstracto a igual consideración y respeto que es considerado “fundamental y axiomático”.

Dworkin desafiando el modelo de Hart postula provocativamente su “right thesis”, que supone que aún en los casos difíciles el juez puede y debe encontrar la respuesta jurídica correcta para el caso que tiene bajo su jurisdicción (Dworkin, 1985, pp. 119-145). A esos fines y desde una matriz constructivista o kantiana y ultraracionalista (denuncia MacCormick, 2018, p. 323), propone constructivamente al juez semidios y jusfilósofo Hércules que puede descubrir en el derecho –compuesto por reglas jurídicas y principios morales– la respuesta correcta. Impugna Dworkin la creación jurídica judicial discrecional “fuerte” hartiana en base al menos cuatro argumentos centrales que denominaremos:

1. axiológico: esa creación implica un derecho disvalioso en tanto las preguntas jurídicas son respondidas retroactivamente o ex post facto;
2. debido proceso: nadie le pide al juez que le cree un derecho, sino que se lo reconozca;
3. la creación judicial del derecho importa una devaluación del trabajo jurígeno de los otros poderes del Estado en tanto que el mismo sólo será un derecho prima facie; y
4. lógico: admitir la alternativa de respuestas correctas contrarias que sean igualmente válidas jurídicamente importa un derecho incoherente (Dworkin, 1985, pp. 119-145).

Los principios son la pieza decisiva de un derecho sin lagunas en tanto “exigencias de justicia, equidad u otra dimensión de la moral”, que posibilita el triunfo de los derechos preexistentes, con la salvedad que ellos están en el derecho aunque no se conozca de donde han salido (sin test de origen o pedigree), resultando irrelevante su reconocimiento autoritativo

previo. La propuesta dworkiniana del derecho como integridad (Dworkin, 1986), diferenciada del convencionalismo (el derecho identificado con reglas existentes, por lo que no hay derecho cuando el caso no está previsto en ellas) y el pragmatismo (las reglas jurídicas se manejan por el juez a los fines de obtener ciertos resultados sociales), termina diluyendo la distinción entre casos fáciles y difíciles en tanto el trabajo judicial para ambos supuestos es el mismo (La decisión judicial, 1997, p. 81), o sea, apelar a reglas, principios y antecedentes relevantes y escoger la mejor respuesta jurídica, coherente y ajustada a las prácticas jurídicas desplegadas en esa comunidad a lo largo del tiempo.

Sintéticamente Dworkin en *Imperio de la Justicia* señala:

”Según el derecho como integridad, las propuestas de ley son verdades si figuran o surgen como consecuencia de principios de justicia, equidad o debido proceso que proporcionan la mejor interpretación constructiva de la práctica legal de la comunidad” (Dworkin, 1988, p. 164).

De ese modo la práctica jurídica interpretativa transita por tres etapas: la pre-interpretativa (se identifica el material jurídico acumulado a lo largo del tiempo con sus conexiones morales y políticas), la interpretativa (se procura la justificación consistente de dicho material y práctica jurídica) y la post-interpretativa (orientada a que en la práctica jurídica triunfen los derechos apelando a principios). La metáfora dworkiniana del novelista en cadena intenta igualmente reflejar la tarea judicial. Según ella el derecho es como una novela que se viene escribiendo desde hace mucho tiempo, pero cuando aparece un caso difícil (hard case), corresponde convocar a un nuevo novelista para que escriba un nuevo capítulo. Las posibilidades creativas del convocado se reducen a prácticamente a nada, dado que la novela ya tiene sus personajes y una particular trama configurada en tiempo y espacio, pero además, lo que se busca es una novela que satisfaga de la mejor manera las propiedades típicas que se pretende del género artístico en cuestión. Desde esa lógica, cabe la mentira por parte de aquel que se suma a la cadena, en orden a ocultar o disimular los errores detectados en los capítulos anteriores, en tanto ellos pueden conspirar contra el logro de una buena novela (“hipótesis estética” (Dworkin, 1985)).

Dworkin ha insistido contra el positivismo que los desacuerdos relevantes en el derecho son los teóricos y no los empíricos, o sea disputas sobre la respuesta jurídica que corresponde pronunciar en los casos. Más aún, frente a las acusaciones de ser iusnaturalista, el profesor americano precisa: “...si toda teoría que determina que el contenido del derecho depende, a veces, de la respuesta correcta a alguna cuestión moral, es una teoría iusnaturalista, entonces soy culpable de iusnaturalismo” (Dworkin, 1982b, p. 165). No parece discutible concluir que la teoría dworkiniana es no positivista en tanto –al decir de Hart– sus “principios no deben su status de derecho a ninguna forma de incorporación o a ninguna decisión normativa, ni práctica judicial, o a ningún consenso. De forma que son derecho inclusive si no están identificados como tales por referencia a las fuentes sociales del derecho” (Hart, 1980, p. 13)⁴. Sin embargo, esa juridicidad necesaria exigible por la moral, remite a una moral alejada de pretensiones metafísicas y, más bien, se trata de una moral social, o como lo sostiene Peter Gabel: “un intento de legitimar nuestro momento histórico apelando a la ley natural” (Gabel, 1985, p. 135).

En definitiva, la confianza dworkiniana en ese juez contrafáctico o ideal importa acudir a un modelo alejado de la realidad, pero al mismo tiempo, traduce una guía que orienta el trabajo judicial en aras de evitar que el mismo suscite creación jurídica, y confía que en el derecho vigente –en el que se incluye moral y política– es posible encontrar la respuesta correcta. Los casos son fáciles y las respuestas previstas a identificar por Hércules son correctas, aunque humanamente inaccesibles con cierta seguridad y facilidad.

⁴ En el mismo sentido Nino (1985, p. 153) afirma que la validez jurídica de los principios dworkinianos no depende de su reconocimiento autoritativo.

Síntesis:

- i) el derecho cuenta con normas establecidas autoritativamente y principios jurídicos-morales que están en el derecho por su propio valor;
- ii) todos los casos son fáciles en tanto el método hercúleo garantiza obtener la respuesta correcta;
- iii) la búsqueda de la respuesta correcta se dirige al derecho inescindiblemente conectado con la moral y la política ;
- iv) el modelo contrafáctico o ideal herculeano confía en descubrir la respuesta correcta;
- v) la matriz es un método ultra o hiperracionalista marcadamente procedimental, aunque aspiracionalmente sustancial para que triunfen los derechos pre-existentes.

6. ROBERT ALEXY

Este profesor alemán concluye que “el problema central de la polémica acerca del concepto del derecho es la relación entre el derecho y la moral”, precisando que no obstante que esa discusión lleva “más de dos mil años ,siguen existiendo dos posiciones básicas: la positivista y la no positivista” (Alexy, 2000, p. 217). Frente a esa alternativa, la opción de Alexy es en favor de una teoría no positivista que avalará conexiones conceptuales y normativamente necesarias (se excluye las conexiones meramente contingentes como pretende el iuspositivismo incluyente) entre derecho y moral, afirmando que

“lo legal y lo eficaz constituyen el aspecto real o institucional del derecho; lo correcto, su dimensión ideal o discursiva. Mi tesis es que únicamente puede formarse un adecuado concepto del derecho si se combinan ambos aspectos. Esta combinación solo puede lograrse en una teoría general del sistema jurídico” (Alexy, 2000, p. 43).

En este punto, la propuesta alexyana es un sistema jurídico compuesto por tres elementos: reglas (Regeln), principios (Prinzipien) y procedimientos (Verfahren), y así el derecho formulado por reglas y principios supone el costado pasivo o fotográfico del sistema, y el costado activo o dinámico remite al procedimiento que busca la racionalidad al momento de la formulación o la aplicación del derecho.

El derecho formula necesariamente (y no solo contingentemente) una pretensión de corrección, de modo que implícitamente el derecho afirma corrección y es posible fundamentar esa corrección, además de esperar que cualquiera que sea razonable reconozca la misma calidad moral. Aquí la matriz es el discurso jurídico como caso especial del discurso práctico general (Sonderfallthese), lo que implica que el discurso jurídico a diferencia del discurso práctico general no refiere a lo absolutamente correcto, sino a lo que es correcto en el marco de un sistema jurídico concreto, aunque se afirma una “coincidencia estructural entre ambos discursos” y “la necesidad de argumentación práctica de tipo general en el marco de la argumentación jurídica” (Alexy, 1989, p. 273). De ese modo, el discurso jurídico se nutre de una doble vertiente, por un lado, su carácter autoritativo, institucional o real, y por el otro, su dimensión libre, discursiva o ideal. Las reglas propias de la teoría del discurso no solo complementan las reglas específicas del discurso jurídico, sino que constituyen la base para su justificación y crítica, en el marco de una justificación y crítica del sistema jurídico en su conjunto. La pieza nuclear de la teoría del discurso alexyano está formada por un sistema de veintiocho reglas que constituye una especie de “código de la razón práctica” (Alexy, 1993, p. 21), en tanto su observancia asegura la racionalidad de la argumentación y de sus resultados. La teoría del discurso

contrafáctico confía en la posibilidad de discutir racionalmente y alcanzar juicios prácticos en la medida en que se sigan aquellas reglas, por eso es una teoría procedimental de la corrección de los juicios prácticos referidos a lo bueno o lo malo, lo prohibido, obligatorio o permitido. Las reglas de aquella racionalidad discursiva incluyen: ausencia de contradicción; universalidad; claridad conceptual-lingüística; verdad empírica; consideración de las consecuencias; ponderación; intercambio de roles; génesis convicciones morales; habilitación a quien pueda hablar para formular aseveraciones; expresar criterios, deseos y necesidades; etc. En definitiva, esas reglas expresan al nivel de la argumentación las ideas de libertad e igualdad, y apoyan la tesis que “son correctas y por tanto válidas aquellas normas que en un discurso ideal, serían estimadas correctas por todos” (Alexy, 2000, p. 228).

El derecho viene a cubrir debilidades que genera el discurso, pero es éste el que posibilita su corrección, y así lo afirma Alexy: “El discurso necesita del derecho para alcanzar realidad, y el derecho necesita del discurso para lograr legitimidad” (Alexy, 2000, p. 237). Ese mejor derecho además de reglas, incluye principios que posibilitan resolver problemas suscitados por aquellas, a saber: i) indeterminaciones, ii) eventuales contradicciones, iii) lagunas, e iv) injusticia extrema de aplicarse la norma a ese caso. Resolver un caso por medio de la norma que lo regula, exige la construcción de un silogismo, pero la solución recurriendo a principios, requiere la ponderación de los implicados. Es que mientras las normas son “mandatos definitivos”, los principios son “mandatos de optimización” en tanto ordenan algo pretendiendo que se realicen los mismos, en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas. Sintetiza Bernal Pulido: “De acuerdo con Alexy, para establecer la relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión es necesario tener en cuenta tres elementos que forman la estructura de la ponderación: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación” (Bernal Pulido, 2005, p. 99), a lo que cabe alertar siguiendo al profesor colombiano, que a los fines de determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador cabe recurrir al principio de proporcionalidad y a sus tres subprincipios: idoneidad (toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para obtener un fin constitucionalmente legítimo), necesidad (la intervención a un derecho fundamental debe ser la más benigna de entre las medidas igualmente idóneas para el fin buscado) y proporcionalidad en sentido estricto (las ventajas que se obtienen mediante la intervención en un derecho fundamental deben compensar los sacrificios que conlleva la misma para sus titulares y para la sociedad en general) (Bernal Pulido, 2007).

Alexy distingue derechos definitivos que se basan en reglas, y derechos *prima facie* que se basan en principios, y aquí juega la ponderación de esos principios en tensión. El argumento de la corrección implica la conexión entre la moral y el derecho, aunque cuando las normas o los sistemas jurídicos no satisfacen esa pretensión no pierden su carácter jurídico, aunque en ese caso serán jurídicamente deficientes; sin embargo, Alexy defiende el umbral de la injusticia extrema, y en tal supuesto de vulneración de exigencias morales mínimas, ya no hay derecho (la injusticia extrema no es derecho (Vigo, 2004)). Todo aquel que opta por el discurso y el consenso para resolver racionalmente los problemas prácticos debe aceptar los derechos fundamentales, y “una Constitución solo puede justificarse cuando contiene los derechos humanos absolutos y relativos como derechos fundamentales o positivizados”; concluyendo Alexy que ellos “no podrían ser derogados por normas de derecho positivo, sino que además son la medida a la que debe ajustarse toda interpretación de lo positivizado” (Alexy, 2008, p. 20).

El profesor alemán parte de la propuesta dworkiniana de la respuesta correcta para cada caso, a la que critica en tanto que para sostenerla se requeriría identificar a todos los principios jurídicos presentes en el sistema jurídico, y asimismo contar con el conocimiento de todas las relaciones de prioridad abstractas y concretas entre ellos. En la mejor hipótesis, según Alexy, cabe un orden débil de principios basado en tres elementos:



1. un sistema de condiciones de prioridad;
2. un sistema de estructuras de ponderación; y
3. un sistema de prioridades prima facie.

A dicha dificultad Alexy le suma desde su propia teoría del dialogo racional, que la tesis de la única respuesta correcta para cada caso, sólo podría admitirse recurriendo a cinco idealizaciones, a saber:

1. tiempo ilimitado,
2. información ilimitada,
3. claridad lingüística conceptual ilimitada,
4. capacidad y disposición ilimitada para el cambio de roles ,y
5. carencia de prejuicios ilimitada.

La obvia conclusión alexyana frente a los obstáculos consignados es: “está claro que en la realidad no existe ningún procedimiento que permita, con una seguridad intersubjetivamente necesaria, llegar en cada caso a una única respuesta correcta”, la alternativa que encuentra el profesor alemán es

“la única respuesta correcta como idea regulativa”, que “presupone que en algunos casos se puede dar una única respuesta correcta y que no se sabe en que casos es así, de manera que vale la pena procurar encontrar en cada caso la única respuesta correcta. Las respuestas que se encuentren ,en el marco de este intento, sobre la base del nivel de las reglas y de los principios, de acuerdo con los criterios de la argumentación jurídica racional ,que incluyen los de la argumentación práctica general, también responden entonces, aunque no sean las únicas respuestas correctas, a las exigencias de la razón práctica y, en este sentido, son al menos relativamente correctas” (Alexy, 1993, p. 22).

Síntesis:

- i) un derecho correcto remite al dialogo racional,y el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico;
- ii) el mejor derecho cuenta con reglas, principios y procedimientos;
- iii) los derechos humanos son presupuestos éticos del dialogo racional, y la legitimidad de una Constitución exige la positivización de los mismos;
- iv) la injusticia extrema no es derecho, y los principios posibilitan la mejor respuesta a cada caso; v)el recurso a los principios implica la ponderación racional de los mismos;
- vi) la respuesta correcta es una idea regulativa, y aunque no la alcancemos siempre,debemos procurarla; y
- vii) la confianza en la razón práctica (marcadamente procedimental) posilita un cierto objetivismo y cognitivismo moral.

7. DUNCAN KENNEDY

En la década de 1970 aparece en el mundo académico norteamericano una perspectiva teórica poco orgánica que se la reconoce con el nombre de Critical Legal Studies Movement. Un antecedente de estos estudios críticos lo constituye el Realismo norteamericano (Tushnet, 1991; Perez Lledó, 1996a; 1996b) que promovió el célebre Juez de la Corte suprema de Esta-

dos Unidos O.W.Holmes a finales del XIX y que contó con aportes de autores como Felix Cohen, Karl Lewelyn, Jerome Frank o Roscoe Pound. Estos teóricos jurídicos tuvieron destacada presencia en los tribunales norteamericanos y en las más importantes universidades de ese país. Más allá de variantes dentro del realismo norteamericano, algunas de sus tesis importantes reivindicaron: la importancia de los jueces en la creación del derecho, cierto escepticismo sobre las normas jurídicas y una crítica al formalismo en la jurisprudencia. Estas notas se mantendrán y profundizarán con los “críticos”, pero éstos recurrirán al apoyo de filósofos como Freud, Nietzsche o Marx, y muchos de sus seguidores relevantes: Gransci, Foucault, Marcuse, Sartre, Derrida, Vattimo, entre otros. La teoría crítica a diferencia del realismo norteamericano referido, no se limita a debatir cuestiones estrictamente jurídicas, sino que afronta polémicas en temas raigales sobre el derecho que implica abrirse a preguntas más filosóficas, y así la opinión confrontativa de los críticos se torna necesaria a la hora de estudiar integralmente a Hart, Dworkin o Finnis porque hay debates entre ellos.

Es el profesor norteamericano de Harvard Duncan Kennedy el representante más importante o más difundido de la llamada Critical Legal Studies, y apelando a su propia definición dice: “Propongo ubicar mis preguntas –hechas desde una perspectiva de izquierda a la vez modernista y posmoderna, y que permanecen en la marginalidad mientras que nuestra preocupación principal sea defender la posibilidad de la neutralidad– en el centro de la discusión. Se trata, entonces, no de preguntarse cómo los jueces pueden ser neutrales, sino cómo pueden ser actores ideológicos” (Kenedy, 1997, p. 130), y en términos metafóricos entiende que los críticos son el “virus” (Kenedy, 1997, p. 173) teórico que ataca la salud de las propuestas anglosajonas que defienden la coherencia del derecho y la neutralidad judicial. Lejos están los críticos de conformar una escuela iusfilosófica uniforme, y entre los debates que se dan entre ellos interesa poner de relieve aquellos que como Roberto Unger confían en propuestas racionales que articulen proyectos de transformación política a gran escala, mientras que Kennedy se inscriben entre los escépticos respecto de la razón y sus posibilidades de conocimiento objetivo y reformas sustanciales de la sociedad (Kenedy, 1999, p. 48). En sintonía con ese irracionalismo se encarga Kennedy de denunciar las contradicciones insalvables que se detectan en el derecho, así por ejemplo en el derecho privado entre principios individualistas apoyados en la autonomía de la voluntad, por un lado, y por el otro, principios que reclaman solidaridad; o en el campo de los derechos que reclaman atender a los trabajadores y al mismo tiempo atender a los intereses de los empresarios. Cesar Rodríguez explica que

“Desde el punto de vista filosófico, el proyecto crítico de la adjudicación de Kennedy está ubicado en la confluencia de la posmodernidad y el modernismo. El proyecto es posmoderno en cuanto apunta a la deconstrucción de las teorías existentes y desconfía claramente de las posibilidades de construir teorías alternas. En este sentido, el trabajo se inscribe dentro de la corriente irracionalista de los estudios críticos...” (Kenedy, 1999, p. 55).

Por otra parte, precisa el profesor colombiano, que el proyecto de Kennedy es modernista a tenor de su misma confesión: “en lugar de edificar una nueva teoría (que reemplace a la deconstruida), busca inducir... las emociones modernistas asociadas con la muerte de la razón –éxtasis, ironía, depresión, etc–” (Kenedy, 1999, p. 55), y concluye que el autor norteamericano “defiende una posición inspirada en la sensación de ruptura e innovación propias del modernismo artístico. En su trabajo, así, la teoría jurídica se asocia a la estética” (Kenedy, 1999, p. 55).

El reclamo central kennediano de “tomarse la ideología en serio”, supone advertir qué lejos está de la realidad la creencia extendida que el juez dice el derecho que alcanza por procedimientos interpretativos neutrales. La ideología es definida como “un proyecto de una inte-

lligentia que se entiende a si misma como actuando por un grupo con intereses en conflicto con los de otros grupos” (Kenedy, 1997, p. 39), y, en definitiva, ella está presente al momento de la creación jurídica por lo que ésta termina siendo una acción estratégica (Kenedy, 2010, p. 28). Consigna el profesor norteamericano:

“En todos los sistemas occidentales el discurso que usan los jueces, las autoridades jurídicas y los teóricos políticos para legitimar la aplicación del poder estatal niega (suprime, mistifica, distorsiona, esconde, evade) dos fenómenos claves: a) el grado en el que las reglas establecidas (contenidas en un código o en el derecho común) estructuran la vida pública y privada de tal forma que otorgan poder a unos grupos en detrimento de otros, y en general funcionan para reproducir los sistemas jerárquicos que caracterizan a la sociedad en cuestión; y b) el grado en el que el sistema de reglas jurídicas contiene lagunas, conflictos y ambigüedades que son resueltas por jueces que persiguen –de manera consciente, semi-consciente o inconsciente- proyectos ideológicos relativos a dichas cuestiones de jerarquía social” (Kenedy, 1997, p. 14).

En sintonía con un explícito escepticismo epistemológico de raigambre nietszschiana, no duda Kennedy en rechazar conceptos fosilizantes que perturben el trabajo político emancipador de los juristas. El derecho es política y lucha contra los dominadores, pero habilita muchas posibilidades como para que se le pueda hacer decir lo que queramos. En esta tarea no cabe confiar en la razón, sino en tácticas y estrategias eficaces que lleven al triunfo en la disputa asumida. Apelar a la corrección, solo puede entenderse en términos retóricos, en tanto esconde un propósito de dominación en nombre del saber. En ese marco, no cabe aceptar el juego de la filosofía jurídica exigiendo que se opte por positivismo o no positivismo o por reglas y principios, pues la superación del Estado de Derecho conocido, importa un desafío constructivo orientado por criterios de liberación y dejando atrás modelos que están al servicio de intereses de dominación.

Owen Fiss ha definido que la posición típica de aquella escuela de los críticos “consiste en negar la pretensión característica de que el derecho es una forma de racionalidad. El derecho no es (para los críticos) lo que parece: objetivo y capaz de conducir a respuestas correctas. Es simplemente política vestida de otros ropajes. Los jueces hablan como lo hacen porque así lo determinan las convenciones de su profesión y ello es necesario para mantener el poder, pero su retórica es una completa farsa” (Fiss citado por Massini Correas, 2011, p. 101). Kennedy explícitamente se reconoce “irracionalista” y “decisionista”, consecuentemente no duda en asumir una posición relativista: “el relativismo se ve impedido de universalizar sus juicios y obstruye el discurso moral en orden a su consistencia y a su valor intersubjetivo, facilitando el irracionalismo o el escepticismo ético”. El profesor Javier Podres sintetiza que para Kennedy el derecho es mero instrumento del poder o la resultante de pujas de intereses, y respecto al trabajo judicial, lo reconoce como un “trabajo estratégico” desarrollado a los fines de “moldear” los “materiales” disponibles para la resolución del caso en función de una determinada tendencia ideológica” (Podres Yanis, 2020, p. 284), concluyendo que “el derecho para Kennedy no encuentra sustento ni límite en la razón práctica” (Podres Yanis, 2020, p. 279) y “los textos legales están allí, esperando el trabajo ideológicamente orientado del juez” (Podres Yanis, 2020, p. 171). Todos los casos son difíciles en tanto carecen de una respuesta, pues esa respuesta finalmente responderá a la ideología del jurista. En la mejor hipótesis, la única racionalidad que opera es la técnica o pragmática orientada a conseguir el resultado que se pretende, y ella se canaliza judicialmente por medio de los llamados por Kennedy argumentos no deductivos que explícita o implícitamente remiten a la ineludible ideología judicial. En “Freedom and constraint in adjudication: A critical phenomenology” (Kenedy, 1986) describe la situación en la

que se encuentra el juez entre lo que le indica el derecho, por un lado, y, por el otro, la sentencia a la que el quiere llegar, y así el juez queda asimilado a un artesano en donde se le proveen de ciertos materiales que estratégicamente y creativamente debe utilizar. En ese marco, el derecho más que una guía de conducta se convierte en una restricción, y consiguientemente desaparece la distinción entre casos fáciles y casos difíciles, atento que la mayor o menor dificultad que encuentra el juez está directamente conectada con su capacidad y experiencia como artesano jurídico, aunque de manera cínica recurrirá a la retórica de la neutralidad. Se atreve Kennedy a construir una tipología de los jueces: i) activista, procura una sentencia funcional a la ideología que asume; ii) mediador, intenta mantenerse equidistante de las alternativas ideológicas que reconoce; y iii) bipolar, altera en sus opciones ideológicas (Kennedy, 2010, pp. 38-43).

Síntesis:

- i) el derecho es política y los juristas operan estratégicamente con el mismo, poniéndolo al servicio de sus ideologías;
- ii) los conceptos promovidos por la teoría jurídica que se enseñan en las Facultades de Derechos son “fossilizantes”, y deben ser canibalizados o develados al servicio de los intereses a los que sirven;
- iii) no hay respuestas correctas dado que el juez procura escoger o crear aquella que es funcional a su ideología, presupuesto un proyecto político posmoderno;
- iv) el derecho promueve principios contradictorios que posibilitan respuestas igualmente contradictorias; y
- v) no hay razón en el campo axiológico o moral, y el jurista si acude a ella es al solo efecto retórico de elegir la más idónea para la ideología que alienta.

8. LUIGI FERRAJOLI

La teoría jurídica del profesor italiano ha recibido distintas denominaciones, sin embargo, me parece que la más apropiada es llamarla “iuspositivismo crítico” (Vigo, 2019a). Es claramente iuspositivista porque suscribe sin tapujos la tesis que no hay más derecho que el que se pone y se reconoce como tal, más allá de cual sea el contenido del mismo, incluso oponiéndose explícitamente a Alexy en relación a la fórmula de Radbruch que no es derecho lo “extremamente injusto”. Esa convicción teórica gusta Ferrajoli respaldarla con las palabras de Hobbes: “auctoritas, non veritas, facit legem”. Pero precisa Ferrajoli que el derecho de nuestros actuales Estados constitucionales de Derecho comienzan o se originan en una Constitución, y a ésta la redacta un poder constituyente que es meramente formal, y que como tal puede definir su contenido con total libertad. La remisión a la figura mitológica del Rey Midas parece forzosa, aunque muy procedente, sin perjuicio que Ferrajoli se encarga de indicar cual es el contenido constitucional que le “gusta”, mencionando al respecto las Constituciones europeas de posguerra, aunque aquí cabe consignar su escepticismo gnoseológico en materia axiológica dado su aval a que “los valores se asumen pero no se justifican racionalmente”. La Constitución pone lo que se torna “la esfera de lo no decidible” para los poderes del Estado y define el programa que ellos deben ejecutar. En cuanto al Estado, el profesor italiano precisa que

“Las funciones públicas son esencialmente dos, reconducibles grosso modo a las dos grandes dimensiones de la experiencia: voluntad y conocimiento, poder y saber, disposición y decisión; consenso y verdad, producción y aplicación del derecho, legis-latio y juris-dictio...” (Ferrajoli, 2013, p. 170).

Coherentemente Ferrajoli no se ha ocupado de la argumentación jurídica dado su escepticismo respecto a la razón práctica. Peor aún ,explícitamente toma distancia con los que llama iusnaturalistas,entre los que incluye a Alexy, Nino, Dworkin y Atienza, porque estos se manifiestan a favor de la argumentación y los principios jurídicos, asumiendo cierto objetivismo y cognitivismo moral, lo que en opinión del profesor italiano “lleva inevitablemente al dogmatismo y al absolutismo moral” (Ferrajoli y Ruiz Manero, 2012, p. 66). La propuesta ferrajoliana se mantiene en adjudicar a la autoridad la creación volitiva del derecho, y luego la aplicación judicial al caso; y aquí se distingue en el juez lo fisiológico que es el “saber”, y lo patológico que es el “poder”. Para Ferrajoli el poder judicial abarca:

1. el poder de denotación o de interpretación o verificación jurídica;
2. el poder de comprobación probatoria o de verificación fáctica;
3. el poder de connotación o de comprobación equitativa;
4. el poder de disposición o de valoración ética-política.

De ese modo, el profesor italiano llama a la suma de los tres primeros poderes “poder de cognición”, el que constituye un poder fisiológico y de legitimación judicial, pero el poder de disposición en manos del juez “es el producto patológico de desviaciones y disfunciones políticas injustificadas de los tres primeros tipos de poder” y, consiguientemente, fuente de deslegitimación judicial. Guastini a tenor de esa caracterización ferrajoliana del juez, concluye que

“tácitamente, hace suya la tesis ilustrada (de Montesquieu y Beccaria) según la cual el poder jurisdiccional sólo puede funcionar como garantía o barrera frente al poder ejecutivo a condición de ser un poder en cierto modo nulo” (Guastini, 1993, p. 53).

Sintéticamente Ferrajoli asimila la función judicial a un “saber-poder” donde –reiteremos- lo fisiológico es el saber y lo patológico el poder, por eso describe lógicamente la sentencia compuesta de tres inferencias:

1. una inductiva, cuyas premisas son las pruebas recogidas;
2. una deductiva, cuyas premisas son la conclusión del hecho y la definición jurídica obtenida de la norma en cuestión; y
3. la norma individual que se concluye silogísticamente para el caso.

El llamado “derecho ilegítimo” se reconoce en las lagunas y en las antinomias, pero los jueces no están para suplir las lagunas jurídicas (la ausencia de garantías o eficacia de los derechos) porque ello le corresponde a los legisladores, y a los jueces constitucionales (no a los jueces ordinarios o de la ley) les queda resolver las antinomias. Ferrajoli concluye: “Lo que constituye la ley no es esa juris prudentia o sabiduría de jueces subordinados, sino la razón de este hombre artificial nuestro al que llamamos Estado y lo que él manda” (Ferrajoli, 2011a, p. 356).

El derecho que auspicia Ferrajoli es el formulado por reglas o normas, de ahí su rechazo a los principios y su acusación de ser iusnaturalistas a aquellos que los promueven. A los fines de asegurar lo más posible la legitimidad de la jurisdicción y evitar la deslegitimadora discrecionalidad judicial, confía el profesor bajo estudio “en el desarrollo de un lenguaje legislativo y constitucional lo más preciso y riguroso posible”, además de considerar que considerar que “la mayor parte de los principios se comportan como reglas... se trata de normas relativamente marginales” (Ferrajoli, 2011b, p. 37).

En cuanto al Estado, reiteremos las definiciones del profesor italiano:

“Las funciones públicas son esencialmente dos, reconducibles grosso modo a las dos grandes dimensiones de la experiencia: voluntad y conocimiento, poder y saber, disposición y decisión; consenso y verdad, producción y aplicación del derecho, legis-latio y iuris-dictio...” (Ferrajoli, 2013, p. 170).

Sintéticamente, para Ferrajoli el juez resuelve casos que son fáciles y la respuesta correcta está dada en la ley. Por lo que solo queda la razón teórica o lógica construyendo un silogismo que tiene tanto la premisa mayor como la menor susceptibles de ser verificadas, y luego la conclusión, en donde aparece el riesgo de la voluntad creadora del juez ordinario que debe procurarse reducirse a su mínima expresión en tanto es fuente de deslegitimación. El Estado Constitucional de Derecho que le “gusta” a Ferrajoli reclama del juez el recurso a conocer la ley y al uso de la razón teórica o formal controlada por la lógica. Desde aquel rechazo de una razón práctica en materia ética o moral y del pesimismo antropológico ferrajoliano resulta paradójal su confianza en esa ley dictada por ese “hombre artificial que llamamos Estado” (Ferrajoli, 2011a, p. 361), y así lo denuncia Moreso: “La posición de Ferrajoli me parece más bien extraña y exagerada versión del pesimismo de la inteligencia y el optimismo de la voluntad” (Moreso, 2008, p. 297).

Síntesis:

- i) a pesar del escepticismo axiológico, Ferrajoli confiesa su preferencia (en última instancia no racional) por los Estados Constitucionales de Derecho;
- ii) el derecho se origina en el poder formal del constituyente, y el jurista incurre en falacia ética si juzga ese derecho yendo a criterios externos al mismo;
- iii) el mejor derecho es el contenido en normas que contemplan supuestos fácticos genéricos y las respectivas consecuencias jurídicas;
- iv) el recurso y defensa de los principios jurídicos es propio de los iusnaturalismos;
- v) la función judicial requiere saber y no poder;
- vi) los jueces ordinarios no están para resolver lagunas ni antinomias jurídicas; y vii) los casos que atienden los jueces son fáciles en tanto deben brindarle por medio de un silogismo la respuesta prevista en la ley, y corresponde reducir todo lo que se pueda el poder “equitativo” con el que inescidiblemente cuentan.

9. TEORÍA JURÍDICA ARETAICA O JURISPRUDENCIA DE VIRTUDES (aretaica por aretaic en inglés y areté-virtud).

Esta teoría (Farrelly y Solum, 2011) escasamente trabajada en la filosofía del derecho iberoamericana⁵, reconoce importantes desarrollos en el common law (A. MacIntyre, M. Nussbaum, P. Foot, I. Murdoch, B. Williams, M. Slote, J. Deigh, etc). Uno de los más importantes difusores, Lawrence Solum, reconoce el trabajo “Modern Moral Philosophy” de Elizabeth Anscombe publicado en 1958, como un antecedente decisivo como para romper la alternativa entre ética normativa y deontologías kantianas y consecuencialistas utilitaristas, y posibilitar el surgimiento de una “ética de virtudes”. Por supuesto que ésta remite a la filosofía clásica griega y a su seguimiento en los siglos posteriores, pero esa perspectiva se dejará de lado con la ilustración, no solo en el campo de la filosofía moral sino especialmente en la teoría jurídica (iuspositivismo legalista y el normativista o kelseniano) funcional al EDL. El giro aretaico o virtuoso, a diferencia tanto del deontologismo como del consecuencialismo, le interesa y pone

5 Sin embargo, encontramos trabajos de relevancia en autores hispano-parlantes como Daniel González Lagier, Amalia Amaya, Guillermo Larrigué y Luciana Samané

el foco de atención en el jurista y su carácter (Amaya, 2009, p. 19), lo que supone indicarle a aquel que se interesa por un derecho valioso, bueno o justo que debe prestarle atención privilegiada no tanto al contenido o procedimiento jurídico que el mismo tiene que respetar, sino preocuparse por quien lo hace; de ese modo se enseña que la calidad del derecho depende intrínsecamente de las virtudes del que lo crea o aplica.

Por supuesto que hay varias versiones de la ética de virtudes y su conexión con el derecho, pero nuestro propósito es escoger en el terreno de la decisión judicial aquellas variantes más fuertes o radicales. Precisamente Solum defiende una teoría fuerte o robusta de la virtud referida a la decisión judicial precisando:

“La noción de una decisión correcta es fundamental y, por ende, las virtudes judiciales derivarán de aquélla. Esto permite comprender por qué la descripción que Dworkin hace de Hércules comienza con los criterios para tomar buenas decisiones, para luego, a partir de allí, construir al juez ideal, capaz de pronunciar dichas decisiones. Una teoría centrada en las virtudes no procede de este modo. Comenzaré con una explicación de cómo es un juez virtuoso como criterio primario y de allí derivaré la noción de decisión virtuosa... Una teoría centrada en las virtudes debe sostener que las virtudes judiciales constituyen una parte necesaria de la mejor teoría sobre la decisión judicial, y que la virtud judicial juega un rol central, tanto explicativa como normativamente” (Solum, 2013, pp. 13-14).

La conclusión del profesor de Georgetown es que son los jueces virtuosos los que pueden tomar decisiones justas o correctas, y aquellos jueces “que carecen de virtudes deben intentar dictar legítimas o legalmente correctas, aunque no sean capaces de hacer esto de modo confiable, dado que carecen de virtudes. A su vez, los jueces que no tienen virtudes judiciales deben desarrollarlas. Los magistrados también deben ser seleccionados con base en la posesión (o potencia para la adquisición) de las virtudes judiciales” (Solum, 2013, p. 34), y consiguientemente, es posible que un juez dicte una decisión meramente correcta por razones viciosas.

Solum arriesga una nómina no exhaustiva de vicios: corrupción, cobardía, mal temperamento, incompetencia y necesidad; y también otra nómina enunciativa de virtudes: templanza, fortaleza, buen temperamento, inteligencia y sabiduría práctica o prudencia, a esas virtudes le suma la “virtud cardinal del razonamiento judicial” que resume: imparcialidad, integridad y percepción o visión de las situaciones particulares. Aunque Solum afirme las tesis señaladas, no ve inconvenientes en sostener que “existen casos (complejos) en los que hay más de un resultado que puede ser considerado jurídicamente correcto”, pero es la teoría centrada en virtudes la que resulta verdaderamente idónea para hacerse cargo de la equidad como recurso para dejar de aplicar en un caso la ley que lo regula, pues según aquella “solo un juez virtuoso puede practicar la equidad” (Solum, 2013, p. 43) ajustando la ley a los reclamos de las situaciones particulares.

Amaya resume las funciones que cumplen las virtudes en una teoría de la argumentación judicial: ayudan a la mejor calidad de la misma, aportan epistémicamente al necesario conocimiento de los hechos y las soluciones jurídicas para el caso; y la decisión será correcta si coincide con la que hubiese adoptado un juez virtuoso. Esos aportes llevan a la conclusión que “es fundamental para el Estado de Derecho que el poder judicial esté compuesto por jueces virtuosos” (Amaya, 2009, p. 38) y ese requerimiento “es más acuciante” en los casos difíciles (en los que se requiere una justificación de segundo orden (MacCormick, 2018, p. 139) en relación con la premisa mayor en cuanto a su interpretación y relevancia, y respecto a los problemas de prueba y calificación en cuanto a la premisa menor, como así también respecto a los

casos trágicos o con dilemas morales (caracterizados por una consecuencia dañosa cualquiera sea la alternativa que se escoja) (Amaya, 2009, p. 38 y ss.). Hablar de las virtudes implica hablar de las emociones que son moderadas por aquellas, y consiguiente, el juez virtuoso cuenta con una visión más comprensiva del caso, de las pruebas aportadas (Haddad Bernat, 2017) y se potencia la posibilidad de encontrar respuestas mejores o más valiosas (Larriguet y Samamé, 2017, pp. 81-103). En esa sintonía Amaya concluye: “Una decisión que se haya tomado sin involucrar las disposiciones emocionales adecuadas es moralmente defectuosa, aunque tenga el mismo contenido que la decisión que habría tomado una persona virtuosa” (Amaya, 2015, p. 1778). No hay casos fáciles y la respuesta correcta la crea el jurista ex post facto, ajustándola equitativamente a las características del caso, y ese trabajo virtuoso llega a eximir de la pena al que incurrió en una conducta prevista como delito apoyándose el juez en la “compasión” que le suscita justificadamente el imputado (Larriguet y Samamé, 2017, p. 95).

Acerca de la relevancia y actualidad de estas teorías centradas en las virtudes reguladoras de las emociones en el marco de la función propia de los juristas de decir el derecho, Larriguet y Samané concluyen distinguiendo tres etapas sucesivas:

“La primera etapa fue la de la argumentación correcta tendiente a obtener ‘normas jurídicas’ que sirvieran de premisas normativas plausibles para los razonamientos judiciales. Aquí las teorías de la interpretación tuvieron mucho que decir al respecto. Una segunda etapa se vinculó con la teoría de la premisa menor, de la premisa fáctica y su justificación en el razonamiento o argumentación judicial. La tercera etapa, mucho menos desarrollada en la bibliografía especializada, es la que tiene que ver con la pregunta por el papel de las ‘emociones’ en el contexto de justificación de la argumentación judicial” (Larriguet y Samamé, 2017, p. 91).

En cuanto a las funciones de las virtudes y la facultad humana en la que ellas inhieren, Calhoun y Solumun (Calhoun y Salomon, 1996) apelan a distinguir respecto de las emociones cinco teorías: sensistas (Hume); fisiológicas (William James); conductales (Charles Darwin); evaluativas (Max Scheler); y cognoscitivas (Martha Nussbaum). Precisamente de ésta última leemos:

”las emociones son evaluaciones o juicios de valor ,los cuales atribuyen a las cosas y a las personas que están fuera del control de esa persona una gran importancia para el florecimiento de la misma. Contiene tres ideas relevantes: la idea de una valoración cognitiva o evaluación, la idea del florecimiento propio o de los propios objetivos y proyectos importante, y la idea de la relevancia de los objetos externos en tanto elementos en el esquema de los propios objetivos” (Nussbaum, 2008, p. 24).

En torno a la misma cuestión, Amaya en un estudio específico sobre la virtud de la humildad judicial advierte:

“No cabe duda de que hay importantes conexiones entre la humildad como virtud moral y su contraparte intelectual. Incluso podría argumentarse que las virtudes intelectuales no son más que un subconjunto de las virtudes morales y, por consiguiente, que la humildad es una subespecie de la humildad como virtud moral. Sin embargo, la equiparación de la humildad con sus aspectos epistémicos supone una concepción invertida de la relación entre las virtudes morales y epistémicas –en la que las primeras son una subclase de éstas últimas, y no al revés– que es difícilmente plausible” (Amaya, 2017, p. 21).

Finalmente concluye: “El principal valor de la humildad para los jueces radica en su capacidad de servir al ideal jurídico y político de fraternidad... promoviendo un ethos igualitario” (Amaya, 2017, p. 29). Gonzalez Lagier se pregunta si “¿pueden las emociones ser herramientas útiles para encontrar la respuesta correcta?, y su respuesta “es afirmativa” (González Lagier, 2020, p. 130), aclarando que “las emociones no tienen una relación normativa con las decisiones correctas, sí pueden tener una relación causal (como una condición ni suficiente, ni necesaria, pero sí contribuyente) con ellas”, y define a las emociones morales como “el resultado de creencias y valores interiorizados y arraigados en la estructura de nuestra conciencia moral o jurídica” (González Lagier, 2020, p. 131).

Síntesis:

- i) la calidad del derecho depende más de las virtudes de los juristas que de normas, procedimientos e instituciones;
- ii) hay un fuerte rechazo al juridicismo, pero el riesgo es que termine el derecho absorbido o diluido en la ética subjetiva virtuosa;
- iii) el acento en las emociones implica un debilitamiento de la relevancia de la razón práctica sustancial o procedimental;
- iv) la teoría aretaica conlleva peligros en la pretensión de seguridad jurídica en orden a conocer anticipadamente las consecuencias jurídicas de los comportamientos;
- v) la facilidad o dificultad en la resolución jurídica de los casos no es algo objetivamente dado, sino que depende de las virtudes que ostente el juez que atienda a los mismos;
- vi) las virtudes cumplen una función cognoscitiva y constitutiva de la respuesta jurídica al caso, y por ende, las emociones judiciales pueden ser razón justificatoria de lo decidido.

10. MICHEL VILLEY

Hemos estudiado con algún detenimiento la obra del profesor francés, subrayando su estilo literario exageradamente confrontativo y provocativo, como su inclinación a evitar los matices e incurrir en lecturas maniqueas (Vigo, 2019a). Sin perjuicio de remitir a esos estudios, destaquemos que no obstante asumir Villey explícitamente la filosofía aristotélica-tomista, hace la salvedad que rechaza de la Suma Teológica las consideraciones de Aquino en la I-I cuestión 90 referidas a la ley, dado que ahí el autor escribe como teólogo, pero el profesor francés suscribe las enseñanzas incluidas en la II-II cuestión 57 en donde ve la presencia clara del Estagirita sin conexiones clericales.

En una posición extraña dentro de la escuela a la que Villey adhiere, llega a postular que el saber jurídico es más teórico que práctico, y afirmaciones como las consignadas a continuación lo acreditan: “el derecho es ante todo objeto de conocimiento, de conocimiento teórico. Es una cosa que se contempla, que se busca encontrar” (Villey, 1978a, p. 129); el derecho se expresa “en enunciados indicativos, verdades sobre el ser” (Villey, 1978a, p. 174); el derecho “es calificado de res: no es un ente de razón, creación del hombre, sino ante todo un ser real” (Villey, 1979, p. 162); “el derecho propiamente dicho no mantiene una relación inmediata con la praxis; no mira a comandar las conductas humanas, dice lo que es o lo que será” (Villey, 1978a, p. 118); y “Deducimos el derecho de la observación de la naturaleza. De la naturaleza exterior, de las cosas. Observando fuera de nosotros mismos... podremos descubrir el derecho en el interior de esos grupos sociales... El orden está en las cosas y no, como lo querría Kant, en nuestros anteojos” (Villey, 1978b, p. 70). Por otro lado, la gnoseología villeyana incluye fuertes prevenciones respecto a la ciencia jurídica, a la que le asigna claras conexiones con

la modernidad y los modelos matemáticos y el de las ciencias naturales, consiguientemente reconoce dos niveles noéticos: la filosofía jurídica y el arte jurídico. A la filosofía le asigna tres problemas: 1) el ontológico: precisa que es el derecho, es decir, el fin de la tarea de los juristas; 2) el metodológico: trata de los medios a los que recurren los juristas para prestar su servicio; y 3) el axiológico en orden a discernir lo justo y lo injusto. El arte jurídico es el saber dialéctico abocado a decir en ese tiempo y lugar determinado, que es lo suyo de cada uno o cómo hay que distribuir las cosas en una sociedad política de modo que cada uno reciba concretamente lo que le corresponda.

Específicamente respecto a lo que entiende por derecho Villey, brinda una caracterización “originaria”: que consiste en la buena proporción de los bienes que se reparten entre los miembros de una sociedad política, o sea lo que le corresponde a cada uno, y otra “derivada” que se identifica con el arte o la profesión o actividad de los juristas en tanto ella tiene por fin determinar lo suyo de cada uno, o sea, dilucidar lo justo. En coincidencia con esa definición rechaza Villey distintas concepciones del derecho, a saber:

1. moralismo jurídico: identifica el derecho con las normas, no obstante que éstas no pertenecen al derecho porque su objeto no es decir lo que le corresponde a cada uno, sino cómo se deben comportar los ciudadanos imponiéndoles modelos de vida;
2. individualismo jurídico: se entiende el derecho como un sistema de derechos subjetivos o poderes individuales;
3. colectivismo jurídico: el derecho al servicio de personas colectivas o morales, como la patria, el partido, la raza, etc; y
4. tecnicismo jurídico: el derecho convertido en un mero medio al servicio de fines variados distintos al que le es propio.

Destaquemos de esas teorías que rechaza Villey las dos primeras, así lo declara enfáticamente: “es falsear el derecho, confundirlo con reglas de conductas o con el derecho subjetivo” (Villey, 1979, p. 215). El antinormativismo villeyano se apoya en considerar que la ley pertenece a la moral y no al derecho, en tanto ella define como debemos comportarnos y no lo que es justo, y así llega a recomendar dejar “a los teólogos los análisis de la conciencia, de la sindéresis, e inclusive de la ley natural” (Villey, 1979, p. 77). Más aguerridamente se opone a los derechos humanos inventados por Occam y asumidos por la Segunda Escolástica a instancia de Francisco Suarez. En cuanto a la justicia, si bien es el fin del derecho, explica Villey que solo la justicia particular –integrada por la justicia distributiva y por la justicia conmutativa– pertenece al mundo jurídico, en tanto la justicia general o legal se remite al campo de la moral como suma de virtudes o al campo de la política que tiene por norte al bien común.

Por supuesto que Villey se reconoce como iusnaturalista en tanto privilegia ese “derecho extraído de la naturaleza”, aunque en sintonía con Aristóteles admite que en el “mundo sublunar” donde están las cosas naturales, no hay objetos constantes sino en permanente cambio, por eso descarta el camino esencialista de definir la naturaleza humana y recomienda asumir que “no hay tanta diferencias entre las sociedades humanas (aunque ellas tengan gran diversidad) y las agrupaciones de castores o de abejas” (Villey, 1979, p. 135), o advierte que “las obras políticas de los hombres son tan naturales como lo son los enjambres de abejas y sociedades animales” (Villey, 1978a, p. 49). No duda Villey en afirmar que “el derecho natural es un método experimental”, comparable con el método de los botánicos, y concluye:

“Yo no sé que haya habido jamás otro fundamento para la medida jurídica de lo mío y de lo tuyo que éste común exterior, accesible a todos: este que no ha sido fijado por la arbitrariedad, ni por la Razón consciente del hombre, sino espontáneamente por la naturaleza, en cada ciudad y en

cada época... De ahí trae su origen el derecho, pues antes del orden de las leyes está el orden social espontáneo” (Villey, 1979, p. 160).

Ese naturalismo ingenuo, animista y empirista villeyano se revela en sentencias como: “el derecho no es un ente de razón, creación del hombre, sino ante todo un ser real, dado por la naturaleza” (Villey, 1979, p. 162), o “hay relaciones justas de hombres, no solo entre ellos, sino también con los animales y las cosas y todo lo que compone la Naturaleza” (Villey, 1978b, p. 79). Invocando fidelidad con Aristóteles llega a escribir: “Ninguna regla jurídica es absolutamente necesaria” (Villey, 1981, p. 81), “el derecho es por esencia móvil” (Villey, 1981, p. 40) y “el derecho natural es cambiante porque el hombre mismo cambia” (Villey, 1966, p. 79).

Reconoce Villey que “el destino normal del derecho es convertirse en derecho positivo”, y ese movimiento “del estado informe, indistinto, del derecho natural a la forma de la regla escrita” constituye un progreso, el “progreso de la potencia al acto” (Villey, 1979, p. 222). El *jus positivum* se manifiesta por excelencia en esas disposiciones escritas (*regulae iuris*) que han resultado al término de la investigación dialéctica del orden natural, y ellas se reducen a decir lo justo. En cuanto al sistema jurídico Villey no tiene inconvenientes en confesar: “No hay orden positivo... Al menos un poco de desorden ...sería a los que nos conduciría la doctrina del derecho natural” (Villey, 1966, p. 112). Aprecia Villey apelar a Sabino cuando explicaba que el derecho no viene de la ley, sino que la ley viene después del derecho.

Insistamos que para Villey la cuna de la filosofía y del derecho es la dialéctica, o sea un diálogo ordenado, que no recurre a axiomas ni procura conclusiones necesarias o absolutamente verdaderas, y que cuenta con ciertas reglas como las siguientes:

1. selección de jugadores: solo participan los “que estaban dispuestos a jugar el juego de la especulación desinteresada” (Villey, 1979, p. 74);
2. control de autoridades: los autores a los que se recurre no valen igual, aunque ese argumento era el más débil;
3. posición de la causa: el diálogo giraba en torno de un problema, que era una cosa o una realidad, y no palabras;
4. argumentación: no era mero barullo de opiniones, sino precisiones del lenguaje, búsqueda de lugares comunes, etc.;
5. la verdad como finalidad común: los interlocutores no procuraban vencerse, sino conciliar sus puntos en común y “alcanzar una verdad en común” (Villey, 1979, p. 76); y
6. conclusiones sujetas a revisión: el diálogo se clausuraba, a veces a través del maestro que lo dirigía, lográndose definir la cosa sobre la que se discutía.

Insistiendo en una heterodoxa visión de la escuela clásica, Villey afirma:

“El derecho es a la vez fruto de la razón y de la voluntad: de la razón en la medida en que se deriva de la ciencia de la naturaleza; de la voluntad humana en tanto la potestad legislativa le agrega fijeza, forma escrita rígida y precisión... Lo que se agrega a los resultados del estudio de lo justo por naturaleza, para formar el derecho positivo, es en gran medida arbitrario o por lo menos no puede darse de él una justificación racional” (Villey, 1981, p. 44).

Es que el proceso del derecho concluye con enunciados en indicativos que dicen qué es lo de una y la otra parte, y luego de la jurisdicción se requiere el imperium, o sea, la presencia de la autoridad capaz de ordenar y forzar voluntades para que el derecho efectivamente se cumpla;

dicho de otra manera: los juristas se limitan a decir el derecho, y de sus proposiciones indicativas surgirán órdenes y prohibiciones a cargos de sujetos dotados de imperium, pero aquí ya estamos fuera del derecho e instalados en la política y su búsqueda del bien común.

Síntesis:

- i) a pesar de su adscripción a la escuela del realismo jurídico clásico, proclama tesis heterodoxas desde la perspectiva de esa tradición;
- ii) el derecho queda desvinculado de la moral y de la política, en tanto su objeto no es regular conductas ni procurar el bien común, sino decir lo que le pertenece a cada uno;
- iii) el derecho se encuentra en la naturaleza genérica (no solo humana) y es posible describirlo, de modo que se pone en cuestión la posibilidad de una razón práctica capaz de guiar conductas jurídicas;
- iv) el método para descubrir el derecho es el dialéctico y luego aparece la autoridad con su voluntad y el imperium para ordenarlo;
- v) la facilidad o dificultad de los casos en orden a descubrir lo justo depende de la capacidad dialéctica de los juristas y de la lectura que se haga de la realidad que se ha configurado en el tiempo;
- vi) las fuentes del derecho son variadas y múltiples, aunque la privilegiada es el derecho a descubrir y declarar en la realidad;
- vii) no es viable la búsqueda de un orden o sistema jurídico en tanto el derecho se va descubriendo y declarando equitativamente por los juristas caso a caso; y
- viii) las ciencias jurídicas abocadas a las diferentes ramas del derecho pierden relevancia y significación.

11. JOHN FINNIS

Es Finnis el autor más difundido, destacado e influyente de la llamada Nueva Escuela Anglosajona de Derecho Natural de la que participan varios profesores del ámbito anglosajón (German Grisez, Robert P. George, Josep Boyle, William May, etc.). Advertimos también que dicha teoría adhiere explícitamente a las enseñanzas de Aritóteles y Tomás de Aquino, aunque ha generado polémicas y resistencias por parte de aquellos que pertenecen a la escuela tradicional del realismo jurídico tradicional. Esas disidencias acerca del modo de interpretar los mismos textos han sido exageradas por parte de algunos de los protagonistas, incluso el mismo Finnis confiesa en el Postscript de la segunda edición de su “Natural Law and Natural Rights” (2011) su desconcierto frente a autores de la tradición tomista que estimaron que dicha obra era “una capitulación ante Hume y su falacia Ser y Deber Ser”. Sintéticamente, esas dos perspectivas aristotélica-tomistas se centran acerca de la relación entre metafísica y filosofía moral: la visión tradicional escoge la dependencia de la filosofía moral “del análisis metafísico de la teoría de las esencias” (Lisska, 1996, p. 195); mientras que el camino que escoge Finnis para definir la moral, no es aquel ontológico, sino el que llama epistemológico:

“Las proposiciones acerca de los bienes humanos primarios no son derivadas de proposiciones acerca de la naturaleza humana o de cualquier otra proposición de la razón especulativa; tal como lo dice el Aquinate con la máxima claridad y nunca dejó de decirlo, son per se nota e indemonstrabilia. Porque llegamos a conocer la naturaleza humana conociendo sus potencialidades, y conocemos éstas últimas conociendo sus actividades, las que a su vez conocemos comprendiendo sus objetos –y los objetos de

la inclinatio y actus característicamente humana, la voluntad, son precisamente los bienes humanos primarios... En ese sentido, el 'debe' no resulta derivado del 'es'" (Finnis, 2011a, p. 147)⁶.

La filosofía práctica para Finnis es "una reflexión disciplinada y crítica sobre los bienes que pueden realizarse en la acción humana y sobre las exigencias de la razonabilidad práctica" (Finnis, 2000a, p. 48). Ella remite a la pre-moralidad de los primeros principios prácticos o bienes humanos básicos, y a través de la razonabilidad práctica directiva de la conducta humana se proyecta en los campos de la moral, la política y el derecho. La filosofía práctica constituye una "unidad de investigación que puede subdividirse en moral, política y jurídica, solo por una ventaja pedagógica o expositiva que se arriesga a falsear la comprensión de las tres" (Finnis, 2000a, p. 386). La teoría jurídica tiene como punto de apoyo originario aquellos primeros principios de la razonabilidad práctica o "primeros principios de la ley natural que especifican las formas básicas del bien y del mal y que pueden ser captados adecuadamente por cualquiera que tenga uso de razón (y no solo por metafísicos) son per se nota (evidentes) e indemostrables... No son inferidos o derivados de nada. Son inderivados (aunque no innatos)" (Finnis, 2000a, p. 67). Reiteremos que esos principios communissima del entendimiento práctico se comprende no a través de observaciones de la naturaleza humana, "sino experimentando la propia naturaleza, por decirlo así, desde adentro, bajo la forma de las propias inclinaciones... por un simple acto de comprensión no inferencial uno capta que el objeto de la inclinación que uno experimenta es un caso de una forma general de bien, para uno mismo (y para otros semejantes a uno)" (Finnis, 2000a, p. 68). En ese marco se comprende la conclusión finnisiana: "La acción es inmoral cuando va contra la razón" (Finnis, 1993).

El derecho, si pretende servir al hombre y contar con validez jurídica plena, debe promover o no perjudicar esos bienes humanos básicos, pues en ellos está comprometido el "human flourishing". Ellos son premorales en tanto se conocen aún antes del dominio completo de la razón y la libertad, y entonces la moralidad (también específicamente el derecho) aparecerá cuando el hombre con su razón y su libertad los vaya encarnando en sus concretas decisiones y acciones. La nómina de aquellos propósitos, fines o bienes son siete en "Ley Natural y Derechos Naturales" (Vigo, 2019a, pp. 281-315): vida, conocimiento, juego, experiencia estética, sociabilidad, razonabilidad práctica y religión; y no hay jerarquía entre ellos, de modo que cada plan de vida puede legítimamente fijar distintas prioridades, aunque el florecimiento humano está comprometido en todos y cada uno de los bienes básicos. Cabe al respecto una aclaración terminológica muy importante, Finnis asimila razonabilidad práctica a prudencia, a la que reconoce como "virtud intelectual y moral, mediante la cual introduce el orden correcto en su persecución de todos los bienes humanos" (Finnis, 2008), p. 151, y consiguientemente, una vía para acceder al contenido de la moral. La filosofía de Finnis, en sintonía con la filosofía tradicional, recurre a conceptos analógicos en tanto apela la teoría a identificar el tipo central en donde se visualiza lo plenamente realizado (el significado focal o simpliciter), de los casos que pueden ser llamados con el mismo nombre pero que sin embargo son inmaduros o corrompidos respecto de aquél (secundum quid).

Yendo al derecho, Finnis insiste con algunas coincidencias importantes con el iuspositivismo, y al respecto precisa: "Tomás de Aquino (S.T.I-II,2, q.95, a.2) trató la distinción entre derecho natural y civil como una distinción en el seno del derecho positivo (es decir dentro del derecho humanamente establecido). Algunas partes del derecho positivo son conclusiones de los principios y normas de la ley moral natural; para ellas el nombre de ius gentium. Las otras partes son puramente positivas, a pesar de estar vinculadas con principios morales a través de

6 En cuanto a la falsa acusación que la ética finnisiana se desvincula de la naturaleza humana puede consultarse George, 2001 y Massini-Correas, 2019.

una relación inteligible e indeducible que llamó *determinatio* (concreción)” (Finnis, 2011b, p. 162). Reconoce Finnis que

“El derecho tiene una doble vida. Una de sus vidas es (i) su existencia como el puro hecho de que determinadas personas han hecho eso y lo otro en el pasado... La otra vida del derecho es (ii) su existencia como criterio directivo para las deliberaciones en conciencia de quienes tienen la responsabilidad de decidir (hacer justicia) según el derecho....a veces las fuentes fáctico-sociales producen normas tan viciadas desde el punto de vista moral que incluso los jueces que han jurado seguir el derecho deben rechazarlas en favor de reglas alternativas más coherentes con los principios morales (con la plena conformidad con la razón práctica) y con todas aquellas otras partes del derecho puesto que son coherentes con el principio de la moral” (Finnis, 2000b, p. 1601).

Admite Finnis la posibilidad de adoptar una perspectiva descriptiva, y si bien “las descripciones no se deducen de las valoraciones,... sin valoraciones uno no puede determinar qué descripciones son realmente iluminadoras y significativas” (Finnis, 2000a, p. 52). En el campo de la validez fáctico-social Finnis reivindica las ocho desiderata de Fuller, pero la definición focal del derecho incluye los requerimientos de la razón, o dicho con resonancias hartianas, las reglas jurídicas son razones para la acción y buenas razones en tanto promueven los bienes básicos y el florecimiento humano. La positividad del derecho (reglas producidas) (law has been used with a focal meaning so as to refer primarily to rules made (Finnis, 1992a, p. 276)), incluyen esos principios y normas que en las teorías del derecho natural se denomina *ius Gentium* o “*ius cogens erga homines* (literalmente “derecho que es vinculante [sin acuerdo o promulgación u otras formas de adopción] en relación con todos” o “derechos humanos fundamentales” (Finnis, 2011c).

El derecho es “el sendero común para perseguir el bien común”, pero la autoridad del derecho depende de su justicia” y el objeto de ésta es el bien común, concluyendo Finnis que “el moderno lenguaje de los derechos... expresa las exigencias de la justicia” o ellos (los derechos humanos) aportan una “expresión enfática de lo que está implícito en el término de bien común” (Finnis, 2000a, p. 243). El Estado es

“Una comunidad organizada de forma tal que su gobierno y su ley proporcionan toda la dirección que el gobierno humano y la ley coactiva están legitimados a impartir con el fin de promover y proteger el bien común, esto es, el bien de la comunidad y, por consiguiente, el de todos sus miembros y elementos constitutivos” (Finnis, 2008, p. 284).

Si bien hay distintas formas de injusticia, corresponde al respecto acudir a los “absolutos morales” defendidos por Finnis, y a los que identifica con los “derechos humanos más básicos” (Finnis, 2017, p. 158) que excluyen “el actuar contra una razón básica al elegir la destrucción o el daño de cualquier bien humano básico, en cualquiera de sus determinaciones” (Finnis, 2017, p. 156). En cuanto a la posición que asume Finnis respecto a cómo entender la fórmula “ley injusta” y qué corresponde hacer frente a la misma, nos parece que su lectura revela una perspectiva poco clara y de cierta incoherencia, aunque en sus escritos posteriores a su libro “Ley natural y derechos naturales” la opinión es que no es un derecho válido y aplicable en el supuesto de una injusticia extrema y evidente (como el derecho nazi).

El profesor oxoniense se ha ocupado específicamente de la teoría dworkiniana de la respuesta correcta y la ha rechazado en razón de

“La inconmensurabilidad de los bienes y razones en las opciones alternativas disponibles para la elección moralmente significativa en cualquier contexto... La inconmensurabilidad, la ausencia de cualquier baremo racionalmente identificado para medir, o de una escala para sopesar los bienes y los males en debate, es mucho más penetrante e intensa de lo que se podría imaginar de la simple descripción dworkiniana del razonamiento jurídico, a lo largo de las dos dimensiones de adecuación o ajuste legal y solidez moral” (Finnis, 2017, p. 153).

Finnis comparte con Dworkin que el derecho incluye una dimensión de “ajuste” o coherencia, aunque el rótulo que utiliza es el de técnica, cultural o poética, y también una dimensión de “rectitud”, aunque prefiere Finnis hablar de moral, política o de bienes humanos. En ese marco un caso es “difícil” cuando hay más de una respuesta jurídica derivable del sistema jurídico y cuando las respuestas disponibles pueden ser ordenadas de manera diferente en base a criterios de evaluación distintos, de ahí el contraste que puede encontrar el jurista entre respuestas preferibles según una u otra dimensión. Aquí hay que traer a colación la visión finnisiana acerca de la autoridad política y el derecho que ella determine como tal. La sociedad necesita de la autoridad (“es un bien”) no solo por el egoísmo o malicia humana, sino para resolver los problemas de interacción y coordinación y así procurar el bien común, y por esa vía concluye que el significado focal de autoridad se asimila a “razón excluyente”, o sea

“Una razón para juzgar o actuar cuando no hay o al menos no se comprenden otras razones para juzgar u obrar así; o para juzgar o actuar así desatendiendo al menos algunas razones que son comprendidas y relevantes y que, en ausencia de la razón excluyente, habrían sido suficientes para justificar proceder de alguna otra manera” (Finnis, 2000a, p. 263).

En sintonía con lo señalado recordemos los reparos que pone Finnis para admitir que la ley injusta no es derecho, afirmando que “no sirve para pensar con claridad, ni para ningún fin práctico bueno, oscurecer la positividad del derecho negando esa obligatoriedad jurídica” (Finnis, 2000a, p. 384). En base a esos antecedentes y respecto al razonamiento judicial, Finnis concluye respecto de las fuentes autoritativas de derecho:

“Tales fuentes, en tanto son claras y respetan los pocos derechos y deberes morales absolutos, tienen que ser respetadas como las únicas bases razonables para el razonamiento y decisión judicial... Una teoría del derecho natural de la tradición clásica no pretende que la razón natural puede identificar la respuesta correcta a las incontables preguntas que surgen para el juez cuando encuentra las fuentes poco claras. Desde el punto de vista clásico, expresado por Tomás de Aquino con una clara deuda hacia Aristóteles, hay muchas formas de andar mal y actuar mal; pero en muchas, tal vez en la mayoría de las situaciones de la vida personal y social, hay un buen número de opciones correctas (es decir no malas) incompatibles” (Finnis, 2017, p. 163).

Si bien hay varias respuestas correctas, es muy importante advertir y reiterar el límite que le pone Finnis a las mismas. Se trata de su teoría de los “absolutos morales” (a) que son una pieza medular del razonamiento jurídico, en tanto ellos marcan un límite a las elecciones con relevancia moral y jurídica. En efecto, la razón rechaza todo acto que de suyo no hace más que dañar o impedir la realización o participación en un bien humano básico, de ahí el fundamento para sostener la inviolabilidad de los derechos humanos básicos. Hay algunos casos fáciles con respuesta correcta, aunque lo frecuente es que los casos son difíciles en cuanto hay un margen para respuestas correctas.

Se hace cargo Finnis del riesgo que “Una descripción de las razones básicas para la acción no debería ser racionalista” (Finnis, 2017, p. 136), y por ello el pensamiento moral que es “racional en su máxima extensión, que integra las emociones y los sentimientos” (Finnis, 2017, p. 139). Recordemos la clásica definición de ley que se lee en Aquino como “ordenación racional”, pero ello no implica la ausencia de la voluntad, pues, conocida es la descripción tomista de la estructura del acto humano en donde se identifican hasta catorce actos atribuidos a la inteligencia (razón) y a la voluntad, agrupados en tres momentos sucesivos: actos relacionados con el fin, los relacionados con los medios y los correspondientes a la ejecución del acto. Sintéticamente, el entendimiento mueve a la voluntad propiéndole el fin, determinando su objeto que es un bien particular, y la voluntad puede mover el entendimiento para que se aboque a su objeto, pues se requiere de ambos, dado que ni el entendimiento “quiere”, ni la voluntad “conoce” o entiende. Frente al cuadro descripto Finnis se ocupa de las emociones y recuerda la metáfora de Aquino en la que asimila el gobierno de la razón sobre ellas a la figura de un gobierno limitado en donde la gente libre puede oponerse a las órdenes que imparta el mismo. Es que las emociones pueden resistir el control de la razón pero también reforzarla en orden al bien conocido y querido; ellas son “inherentemente buenas, naturales y deseables” (Finnis, 2008, p. 94). Aduce Finnis que “Tomás de Aquino repudia constantemente el ideal de una acción racional desapasionada o carente de emoción” (Finnis, 2008, p. 95), y “la buena emoción (passio), cuando sigue al juicio de la razón, acrecienta el mérito” (Finnis, 2008, p. 95).

Síntesis:

- i) el derecho tiene conexiones inescindibles con la moral y la política;
- ii) la razón práctica tiene por objeto dirigir la conducta humana en orden al florecimiento humano;
- iii) la razón práctica incluye exigencias sustanciales, pero también otras formales o procedimentales;
- iv) no hay paralelismo entre el derecho natural y el derecho positivo en tanto existe éste establecido por fuentes fácticas-sociales que incluye el *ius gentium* que coinciden con exigencias de la razón práctica de alcance universal;
- v) justicia, bien común y derechos humanos expresan realidades de amplia coincidencia;
- vi) la autoridad tiene posibilidad de crear derecho concluyendo o determinándolo desde la ley natural;
- vii) esa libertad creadora del derecho tiene límites indisponibles que son absolutos morales que impiden escoger un medio que implique suprimir o dañar algún bien humano básico;
- viii) la ley grave y evidentemente injusta no obliga ni debe aplicarse, aunque en ese juicio cabe incluir las consecuencias respectivas y su correspondiente valoración racional;
- ix) no hay una respuesta correcta sino varias que la razón práctica puede escoger dentro de los márgenes del derecho puesto y con el límite de los absolutos morales; y
- x) la elección corresponde a la razón y a la voluntad, aunque importan e influyen las emociones, y consiguientemente importan, los hábitos buenos (virtudes) intelectuales y morales que inhiere en esas facultades.

12. BALANCE CONCLUSIVO

Hemos analizado precedentemente las diez respuestas teóricas acerca de la pregunta inicial de ¿si hay una respuesta correcta para cada caso jurídico?, a las que anexamos ciertas tesis que complementan y esclarecen la respectiva posición. En este punto y antes de fijar nuestra

postura, querríamos hacer una especie de balance de aquellas propuestas en orden a subrayar aspectos en los que coincidimos o rechazamos. Insistamos que nuestra lectura crítica remite a una teoría jurídica no positiva de raigambre aristotélica-tomista.

A manera de introducción destaquemos que algo positivo es posible identificar –con mayor o menor esfuerzo– de cada una de las perspectivas estudiadas, quizás la excepción sea Kelsen en tanto nos cuesta rescatar algo que estimemos restacable frente a sus tesis características: iuspositivismo (cualquier contenido puede ser derecho), científicismo (rechazo de la filosofía jurídica por sus preocupaciones ajenas al mundo empírico), normativismo (descarte de los principios jurídicos), juridicismo (mirada circunscripta a las normas jurídicas, y totalmente despreocupada de consideraciones morales y políticas), coercitivismo (asimilación absoluta del derecho con la coerción estatal), escepticismo axiológico (la razón ninguna respuesta puede brindar a preguntas morales o axiológicas) y voluntarismo (la matriz del derecho es el querer cargado de irracionalidad emotivista y sin “conocimiento” propiamente dicho alguno). En el esfuerzo por no incurrir en lecturas prejuiciosas negativas, podemos rescatar de la teoría pura la asimilación entre creación y aplicación, superando esa distinción radical e irreal enarbolada por el iuspositivismo legalista; a lo que podemos sumar el reconocimiento de la creación jurisprudencial de una norma jurídica individual que se instala en la base de la pirámide jurídica que se negaba en tiempos del EDL. Dejamos de lado consideraciones sobre la teoría política e internacional de Kelsen, y nuestro estudio se reduce a su teoría jurídica.

Igualmente nos vemos muy lejos de las teorías críticas, populistas o posmodernas; sin perjuicio de reconocer todo lo que resulta cuestionable de la modernidad, pensamos que no es posible ni conveniente renunciar a ese proyecto que reivindica la libertad y una democracia con su división de poderes y orientada a potenciar la deliberación dialógica y racional de la ciudadanía. Resulta paradójico que ese rechazo a todo objetivismo valorativo termina favoreciendo una disputa axiológica donde no tiene cabida la razón y cuyo resultado queda librado –paradójicamente– al poder y a las capacidades retóricas. Si entendemos al derecho como lucha política, su eventual contenido lo fijará el que gane la misma, con todos los riesgos que ello supone para los débiles o descartables que forman parte de la sociedad. Si los derechos humanos son *flatus vocis* disponibles para llenarlos de cualquier contenido, se convierten en conceptos de escasa importancia en sí mismos, y reducidos a una trascendente carga emotiva con eficacia en la lucha política e ideológica. Siendo todos los casos igualmente difíciles, se torna imposible la más mínima pretensión de seguridad jurídica, en tanto la respuesta se discierne en el terreno ideológico y político. Es cierto que nuestro punto de vista no adhiere a una variante juridicista, pero nos parece un exceso que el derecho termine absorbido por la política o alguna otra disciplina (economía, psicología, etc.). Estimamos que el derecho es un instrumento necesario en la sociedad y puede ser particularmente beneficioso para la buena vida social.

Aunque no ocultamos nuestro distanciamiento con Ferrajoli, coincidimos parcialmente en su preocupación por restringir una judicialización que termine convirtiendo a la ley en algo irrelevante, y que consiguientemente la eficacia de los derechos fundamentales queden librados al arbitrio judicial. Más allá de esa coincidencia mínima, estamos muy lejos de otras tesis ferrajolianas como las siguientes: científicismo (la filosofía jurídica como parte del “modelo integrado de ciencia jurídica”), logicismo judicial con premisas verificables (asociando el poder en manos de los jueces a algo patológico y deslegitimador), pesimismo antropológico (neutralizado por una confianza dogmática en el derecho), poder constituyente formal (capaz de imponer como Constitución cualquier contenido igualmente válido), juridicismo (que impide ir afuera del derecho para juzgarlo o valorarlo), normativismo (distanciamiento temeroso respecto a los principios), visión ingenua del lenguaje legal capaz de comunicar un significado deóntico claro, irrelevancia de los derechos fundamentales (su nomenclatura y contenido quedan librados al poder del constituyente), y voluntarismo en la creación del derecho y rechazo radical a la razón práctica ética o moral (ello explica su silencio sobre la argumentación jurídica).

En cuanto al iuspositivismo legalista nos parece suscribible que se consolide la importancia de la seguridad jurídica que en el Estado de derecho pre-moderno se había puesto en crisis. De todas maneras las otras tesis de aquella teoría pecan raigalmente por su carácter ficticio e irreal, así por ejemplo: la voluntad general infalible del legislador, la centralidad de la ley como fuente del derecho, la confianza en los métodos interpretativos como un camino seguro a descubrir el sentido de la ley, el rechazo de cualquier creación jurídica judicial, suponer que los casos judiciales son casos fáciles subsumibles en hipótesis genéricas previstas por el legislador, el reducir el quehacer profesional del derecho a repetir la ley sin computar otras dimensiones de la realidad social y un juridicismo que ficticiamente intenta sacar de la historia al derecho.

Vemos algunas cuestiones en la teoría jurídica hartiana que nos parecen de interés. En primer lugar la recuperación de la norma como razón para la acción, que a su vez posibilita que Finnis le sume la calidad ética de la misma provista por el “spoudaios” según su libro mayor. En segundo lugar, en advertir que en algunos casos jurídicos (los difíciles) la respuesta jurídica la provee o elige el juzgador, y de ahí la importancia de confiar en esa tarea a personas que cuenten con las virtudes necesarias a esos fines; aunque no encontramos un tratamiento suficientemente esclarecedor y preciso respecto a dichos hábitos buenos. En tercer lugar, en debilitar distinción tajantes entre reglas y principios, confiando en criterios más funcionales entre unas y otros, lo que genera zonas indeterminadas en los que se habilita formulaciones de difícil distinción. De todas las maneras, rechazamos su iuspositivismo y en limitar su teoría a una función descriptiva del derecho. También lamentamos la ausencia de una antropología más explícita y completa, que habilite una razón práctica capaz de alcanzar juicios morales objetivos; resultando confuso y difícil de compatibilizar con el resto de su teoría la tesis del contenido mínimo de derecho natural (Vigo, 2019b, pp. 55-89).

El aporte de Dworkin para reconfigurar la agenda de los juristas en clave no positivista es decisivo, y así, aunque de manera filosóficamente precaria a nuestro juicio, logra instalar: el tema de los principios jurídicos con su contenido moral, también en recuperar una razón práctica que haga triunfar los derechos preexistentes, y en reclamarle a los juristas más que creación jurídica innovadora, una búsqueda hacia el pasado en aras de encontrar la respuesta correcta para cada caso jurídico. El recurso ficticio contrafáctico de Hércules se constituye en una referencia que aleja al derecho de sus fines axiológicos posibles y constitutivos. Valoramos como positiva la presencia de la filosofía jurídica en dicho juez ideal, pero la derivación final de esas construcciones no reales, es generar mundos paralelos que con mucho esfuerzo uno pueda orientar lejanamente al otro. El papel central del trabajo interpretativo, o mejor argumentativo de los juristas, en el armado de la teoría jurídica, es otro aporte que muchos otros seguirán en la misma sintonía no positivista kantiana. Extrañamos en el teórico norteamericano una filosofía moral más clara que no llegue a asimilarse a moral social, sin perjuicio de reconocer que los principios están en el derecho por su propio valor y no por alguna decisión autoritativa.

La teoría aretaica nos genera muchas simpatías en tanto supone una visión antropológica que recupera la presencia de las emociones y los hábitos sobre las capacidades humanas posibilitados por la razón práctica (Vigo, 2022). No obstante esa importante coincidencia, estimamos que dicha visión puede llegar a debilitar la dimensión institucional y autoritativa del derecho. Compartimos que la cultura jurídica continental europea ha prescindido en general del aporte que puede hacer el hombre virtuoso en aras del mejor derecho, y apuesta a que la pieza clave a esos fines proviene de la ciencia jurídica. Estos excesos de juridicismo y cientificismo, no pueden compensarse por confiar exclusivamente en las posibilidades epistemológicas y decisionales proporcionadas por las virtudes, sin perjuicio de las contribuciones que éstas pueden hacer. No cabe dar la espalda a exigencias formales y procedimentales que pueden aportar a la elección de la mejor respuesta jurídica o a evitar errores en su elección. La más elemental exigencia de seguridad jurídica y la capacidad del derecho de ser guía para las

conductas se pone en crisis, si a las partes procesales sólo les queda confiar en que los jueces virtuosos acertarán al momento de escoger la respuesta jurídica.

Si bien nos hemos ocupado de hacer explícitamente un balance crítico de la teoría de Alexy (Vigo, 2019a; 2016), podríamos a continuación enumerar tesis que alentamos:

- i) el no positivismo jurídico que no rechaza toda injusticia sino solo aquella de una magnitud significativa, como la violación grave y evidente de los derechos humanos;
- ii) la defensa de la fórmula de Radbruch contraargumentando en relación a ocho cuestionamientos que se hicieron respecto de la misma, nos parece una defensa del no positivismo que va más allá del peculiar modo en que lo es Alexy;
- iii) la franca rehabilitación de la razón práctica, si bien marcadamente procedimental a tenor de la ética dialógica habermasiana;
- iv) que el mejor derecho es el que contiene reglas y principios en tanto éstos auxilian a resolver problemas que aquellas suscitan;
- v) confiar en la razón para superar los problemas derivados del conflicto entre principios;
- vi) la respuesta correcta como “idea regulativa” supone un mayor realismo respecto de la posición dworkiniana; y
- vii) la teoría interpretativa de reglas y principios como el elemento dinámico e integrativo de todo sistema jurídico.

Aún cuando suscribimos muchas de esas tesis, lo hacemos desde presupuestos propios de la filosofía clásica, y en consecuencia, nuestra racionalidad práctica es también sustancial, y la mirada antropológica integral incluyen en la conducción del comportamiento humano a la voluntad y a las emociones. Asimismo estamos lejos de matematizar la ponderación de principios, y asignamos un papel importante en la argumentación jurídica a la retórica y a los razonamientos dialécticos. Un presupuesto inicial de nuestra filosofía es confiar en la posibilidad de conocer a las cosas, asumiendo que los sentidos nos proveen un conocimiento que posibilitará el conocimiento general o universal. Incluimos igualmente un reconocimiento a las virtudes que acompañan al jurista, en tanto ellas posibilitan una mayor posibilidad en acertar en la corrección de la solución. Estamos distante de considerar los derechos humanos como presupuestos éticos del dialogo racional, y nuestro realismo jurídico clásico los remite a los bienes humanos básicos finisianamente entendidos.

En cuanto a Villey nos remitimos a los estudios críticos que hicimos sobre su obra y que hemos mencionados. No dejemos de consignar que ambos nos reconocemos adscriptos a la filosofía aristotélica-tomista, aunque hemos señalado que no compartimos el estilo combativo y maniqueo de hacer iusfilosofía, como así también una actitud intrínsecamente cronofóbica de criticar básicamente cualquier propuesta que haya surgido en tiempos de la modernidad, y esta hostilidad no solo se manifiesta en el campo de la filosofía y el derecho (contra la segunda escolástica y la codificación), sino que llega hasta las matemáticas escogiendo las griegas frente a las contemporáneas que califica de “áridas”. Por el contrario, seguimos pensando que hay que ser más amigos de la verdad que de los amigos, y que el argumento de autoridad (incluido Aristóteles o Aquino) no garantiza infalibilidad. En el terreno específico de la teoría jurídica subrayaría los siguientes reparos más importantes:

- i) la mirada crítica de los derechos humanos entendiéndolos en la clave decimonónica en que fueron formulados;
- ii) abundantes referencias que dan pie a sostener que el saber jurídico es “teórico” en tanto define lo suyo de cada uno, y que no es “práctico” dado que el objeto de éste es prescribir conductas;
- iii) una separación radical entre el derecho y la política, afirmando que ésta y no aquel, se encarga de procurar el bien común;

- iv) en el saber jurídico villeyano no alcanzamos a reconocer la presencia de la ciencia jurídica;
- v) las referencias al derecho natural generan la impresión de una especie de empirismo en donde no caben juicios racionales críticos; y
- vi) su rechazo a la ley en cuanto a fuente del derecho.

En cuanto a nuestras adhesiones:

- i) la reivindicación villeyana por el método dialógico como camino para identificar el derecho;
- ii) la centralidad de la realidad en orden a saber lo que era de cada uno;
- iii) el decisivo papel de los juristas en las definiciones jurídicas; y
- iv) la insistencia en reclamar que se reconozca a la filosofía jurídica como un camino imprescindible en la formación del jurista.

Nos queda finalmente hacer el balance conclusivo respecto de Finnis, y sin perjuicio de remitirnos a los trabajos que hemos publicado sobre el profesor de Oxford, en el punto central referido a si hay respuesta jurídica correcta para cada caso, pensamos que lo ya adelantado y lo que sigue torna innecesario concretarlo detalladamente a los fines de evitar innecesarias repeticiones. En efecto, las “conclusiones personales” se apoyarán genéricamente en la perspectiva característica de la escuela, aunque fuertemente en las opiniones de Finnis, por ello el balance de dicho autor se encontrará directamente en el punto siguiente, sin perjuicio de las ampliaciones y precisiones que haremos.

13. CONCLUSIONES PERSONALES

A la luz del “Balance Conclusivo” precedentemente queda más o menos señalada nuestra posición personal, de manera que estimamos innecesario entrar en detalles que exceden el objeto del presente artículo. Por ello en orden a concluir el mismo nos limitaremos a señalar sucinta y básicamente dos puntos: en primer lugar, destacar que hay una visión exageradamente optimista sobre el derecho en cuanto a su capacidad de brindar respuesta jurídica anticipada a los casos que son llevados a resolución judicial; y en segundo lugar, hacer explícita nuestra preferencia central por la propuesta teórica del realismo jurídico clásico, especialmente en la versión de John Finnis, aunque glosándola con ciertos temas que apreciamos sería conveniente ampliarla o completarla.

13.1. ¿Casos fáciles?

Tenemos la impresión que existe una generalizada opinión en nuestra cultura jurídica (especialmente la que se enseña en las Facultades de Derecho) que el derecho habla con una voz unívoca, de modo que le corresponde al juez descubrir una respuesta jurídica correcta que está contenida en el derecho vigente y válido. En buena medida en las ciencias jurídicas o dogmáticas, predomina aún esa distinción tajante entre creación del derecho encomendada al legislador y la aplicación del derecho a cargo de los jueces. Se trata de una tesis que abona en favor de una mirada ingenua sobre el derecho y la autoridad que lo genera, que termina fortaleciéndolos como piezas de un sistema que aporta la suposición que hay respuestas claras y anticipadas a los problemas jurídicos que inevitablemente acompañan la vida social. La aspiración a la seguridad jurídica, asimilada a la posibilidad de conocer anticipadamente las consecuencias jurídicas de nuestros comportamientos positivos o negativos, luce como una pretensión racional que permite definir nuestro proyecto de vida y los criterios más concretos

para manejar la libertad de elegir entre las opciones que se nos van presentando. Una conducción racional de nuestra vida, debe computar al derecho y sus deberes, y por ello requerimos que se pueda llegar a conocerlos anticipadamente. Es obvio que en el derecho continental europeo a partir del proceso de codificación, se potenció esa confianza en respuestas jurídicas claras anticipadas y en la referida distinción entre creación y aplicación del derecho. Incluso la teoría jurídica dworkiniana con su “one right answer” va ser funcional a aquella aspiración de un derecho que tiene respuestas jurídicas claras y accesibles a las dudas que puede generarse entre la ciudadanía.

Por supuesto que compartimos la aspiración a contar con un derecho que brinde seguridad jurídica, pero lo que quisiéramos alertar a continuación es en no incurrir en una opinión ficticia al respecto. Hace varios años escribimos sobre la seguridad jurídica (Vigo, 1998) y estimamos que podríamos distinguir hasta cinco teorías centrales:

- i) los escépticos que rechazan los valores en tanto no hay posibilidad de conocerlos (Kelsen);
- ii) los que proclaman a la seguridad jurídica como el valor constitutivo y suficiente para la existencia del derecho (Bentham);
- iii) los que incluyen a la seguridad jurídica junto a otros valores, sin problematizar su respectiva presencia o ausencia en aquello que pretende ser derecho (García Maynez); y
- iv) por nuestra parte sosteníamos que la seguridad jurídica es un valor adjetivo al derecho, siendo su valor sustantivo o constitutivo la justicia.

La realidad impone estar advertido acerca de las dificultades o imposibilidad que corresponde enfrentar en orden a verificar casos fáciles, respecto de los cuales cabe obtener un conocimiento anticipado de las respuestas jurídicas. Sin embargo, pesa aún con fuerza la decimonónica y exitosa teoría de las fuentes del derecho (Vigo; Aguiló Regla, 2018) que consagró el Code napoleónico centrada en la ley y subsidiariamente en la costumbre interpretativa y supletoria (con expreso rechazo de la derogatoria). Los jueces como “boca de la ley” nada nuevo aportaban al derecho, de ahí la escasa atención académica sobre la jurisprudencia, e incluso la resistencia que generaba la inclusión de ella entre las fuentes del derecho. En sintonía con esa visión surgieron y se impusieron tesis poco realistas o muy polémicas, así por ejemplo:

- i) la negación directa de la creación judicial del derecho;
- ii) que solo obligaban los criterios jurídicos de una jurisprudencia cuando se la reiteraba cierto número de veces;
- iii) dado el rechazo de una teoría estricta del precedente, el juez quedaba habilitado a tratar desigualmente a lo que era igual o suficientemente parecido;
- iv) el recurso de casación fundado en la posibilidad de deslindar sin dificultad la cuestiones de derecho de las fácticas; etc.

Por supuesto que el surgimiento en Europa continental del Estado de Derecho Constitucional durante la segunda mitad del siglo XX, supuso una nueva realidad del derecho, del Estado y las teorías encargadas de proveer el aparato conceptual idóneo para comprenderlo y operarlo. Remitiéndonos a esa nueva matriz (Vigo, 2020) parece bastante evidente que no es realista pensar que lo habitual en el derecho es la existencia de “casos fáciles”, en tanto juristas razonables y competentes pueden conocer las respuestas que el derecho brinda a los mismos. Lo cierto es que lo que merece ser atendido y resuelto por un juez es un caso con una solución seguramente discutible, y precisamente, la intervención judicial se justifica en orden a esclarecer las dudas al respecto. Si fuera verdad que la gran mayoría de los casos jurídicos cuentan con “una” respuesta jurídica clara a la pregunta objeto del proceso, ello debería generar una enorme cantidad de demandas e imputaciones contra los abogados que se empecinan irresponsable-

mente con reclamar respuestas inexistentes en el derecho, y, por otra parte el trabajo judicial devendría en algo simple, muy parecido al trabajo administrativo formal de llenar formularios con escasa dificultad. Este primer punto y también los que siguen, quieren poner de relieve que lo normal en los tribunales (especialmente en segunda instancia) es que resuelven casos difíciles o de respuestas discutibles o dudosas, más allá que el nivel de dificultad para determinar desde el derecho vigente y válido la respuesta puede tener una dificultad mayor o menor, incluyendo en este punto especialmente (luego ampliaremos) la ética que anima al juzgador y el marco institucional. Cuando se hace la distinción entre casos fáciles y casos difíciles, nos parece –reiteremos– que se proyecta en automático al trabajo judicial con la presunción que la mayoría de los asuntos que se judicializan cuentan con una respuesta jurídica fácil de identificar en el sistema jurídico. Incluso la figura delictiva del prevaricato en el Código Penal argentino se apoya en esa presunción definiendo la tipicidad cuando el juez “dictare resoluciones contrarias a la ley” (art. 269 Código Penal), lo cual implica que la ley tiene “un” sentido porque de lo contrario sería inaplicable el tipo penal. El delito de prevaricato en el Código Penal español tiene una previsión más acorde al EDC y a la misma visión iusfilosófica que venimos explicando dado que identifica ese delito con dictar una sentencia injusta a sabianda.

En conclusión, la regla que podríamos proponer es que el que aplica derecho algo siempre crea para el mismo, y ese trabajo exige habitualmente elegir de entre las respuestas que están presente en el derecho vigente y válido. Insistamos que la posibilidad de creación puede variar, y ser mayor o menor a tenor, insistamos: del caso mismo, del marco institucional, de las circunstancias de la sociedad en cuestión y de la ética del juzgador. En orden a esa dimensión creativa del jurista, recordemos que Finnis alude a los dos modos indicados por Aquino de derivar la ley humana o positiva desde la ley natural: “conclusión” (exigencias que se conocían por el derecho natural y que el positivo reitera, por eso el *ius cogens* puede llamarse positivo *secundum quid*), y “determinación” (exigencias que se crean por el derecho que pone la autoridad y que por ello se denomina positivo en sentido estricto); y el profesor oxoniense en ese punto debilita la vía de la conclusión en tanto el legislador (vale también *mutatis mutandi* para toda autoridad con competencia jurígena, como la administrativa y la judicial) “más que aplicar o ratificar determinados principios o reglas de razón, construye determinaciones” y la “elección razonable de tales reglas está en alguna medida guiada por las circunstancias de una sociedad particular” (Finnis, 2000a, p. 313).

En un rápido conteo de factores que dificultan o impiden la presunción acerca de los “casos fáciles” y crecientemente cada vez más visibles en los tiempos del EDC, reiteremos o señalemos sin pretensión de exhaustividad :

- i) los problemas suscitados por las normas (indeterminaciones o imprecisiones en los supuestos fácticos o en las consecuencias jurídicas de las regulaciones, antinomias o contradicciones normativas, lagunas necesitadas de integración y casos especiales en donde la aplicación de la norma que los regula suscita una solución grave y manifestamente disvaliosa axiológicamente);
- ii) la presencia activa en el derecho de principios que posibilitan la derivación de una pluralidad de respuestas jurídicas que están contenidas en los mismos en potencia;
- iii) los cambios institucionales en el Estado en cuestión (creación de nuevos órganos con competencia jurígena o cambios de esas facultades en los existentes, renovación de los integrantes de esos órganos, etc.);
- iv) sustitución en las regulaciones jurídicas existentes;
- v) la ética del juzgador que de pronto puede impulsarlo a elegir respuestas jurídicas por razones de interés o conveniencia personal;
- vi) el ethos de la sociedad que termina exigiendo cambios en el derecho que se ajusten a ese nuevo clima cultural;

- vii) el tiempo que impacta negativamente en las consecuencias que originariamente se estimaban positivas;
- viii) la capacidad de los juristas que actúan en los procesos que pueden introducir planteos que exijan renovación de las respuestas jurídicas consolidadas;
- ix) “desbordamiento en las fuentes del derecho” debilitando la soberanía jurígena de los poderes tradicionales del Estado en aras de la sociedad civil y el derecho comparado; etc.

13.2. El marco teórico escogido

En muchos trabajos anteriores de nuestra autoría hemos explicitado la teoría a la que adherimos, de modo que sin perjuicio de lo que sigue, nos remitimos a los mismos. En definitiva, nos reconocemos en una mirada iusfilosófica (“realismo jurídico clásico”) inspirada en las obras de Aristóteles y Tomás de Aquino, aunque expresada contemporáneamente sobre todo en Georges Kalinowski y John Finnis, sin perjuicio de aportes de muchos otros autores, incluso algunos provenientes de otras tradiciones filosóficas. Por supuesto que en tanto pretendemos ser filósofos, no suscribimos tesis dogmáticas, sino aquellas que es posible comprender y aceptar racionalmente. Seguimos el consejo de ser más amigos de la verdad, que de los amigos. De todas maneras creemos conveniente asumir, aunque más no sea provisoriamente, una cierta tradición, desde la cual abrirnos al dialogo racional con libertad sobre todas las preguntas que se nos ofrezcan y procurando respuestas verdaderas.

Recordemos que la referida escuela del realismo jurídico clásico deriva su nombre de considerar el derecho como algo exterior, como la *ipsa res iusta*, según la clásica definición del Aquinate “*Ius est res*”; el derecho es una “cosa” exterior o algo reducible a ello como una obra (*opus*) o un acto (*actio*). Insistamos con Hervada:

“La cosa debida es lo que llamamos derecho (en sentido realista), el cual nace del título y tiene una medida. Pues bien, por razón del origen del título y de la medida, el derecho –o cosa jura- se ha dividido desde tiempos antiguos en *ius* o *iustum naturale* (derecho natural) y *ius* o *iustum positivum* (derecho positivo). El primero procede de la naturaleza, el segundo proviene del concierto y la voluntad de los hombres” (Hervada, 1981, p. 79).

Estimamos que no es necesario a tenor del objeto del presente artículo, adentrarnos en la polémica abierta en las últimas décadas dentro de los que se reconocen adscriptos académicamente a la filosofía clásica inspirada en las enseñanzas de Aristóteles y Aquino. Aludimos centralmente a aquellos que mantienen una tradicional visión en tanto insisten que la filosofía del derecho empieza en la metafísica o la antropología y solo conociendo el “ser” humano es posible conocer cómo debe comportarse en la vida en general, y en el ámbito social, político y jurídico (G. Kalinowski, R. Hittinger, R. McInerney, H. Veatch, A. J. Lisska, etc.), y por el otro, la llamada *New Natural Law Theory* donde la figura más difundida es J. Finnis (también G. Grisez, R. P. George, J. Boyle, etc.) que escoge una vía epistemológica (no ontológica) fundada en la razón práctica y los bienes humanos básicos “que son los objetos de nuestra voluntad, i.e., que son nuestras razones básicas para la acción y para dar razón a todo aquello que se puede, de modo inteligente, tener interés en elegir” (Finnis, 2011d, p. 205). Compartimos la opinión de Carlos I. Massini (Massini-Correas, 2019) entre otros, que se ha exagerado aquella división teórica y mal interpretado la propuesta de Finnis en tanto éste también remite a la naturaleza humana.

Repitamos a continuación algunas tesis que respaldan nuestra perspectiva en cuanto a la cuestión bajo estudio.

Sin duda que Finnis es uno de los autores iusnaturalistas que más ha insistido en subrayar la relevancia de la razón práctica en orden a guiar en general nuestra conducta personal y social, y en particular la conducta jurídica:

“Una ciencia o teoría es práctica en el sentido más pleno si ella es acerca de y dirigida hacia aquello que es bueno hacer, tener, obtener y ser... en vista de objetos, fines-bienes que proveen razones para obrar y otorgan sentido a la vida individual o grupal como un todo abierto a fines” (Finnis, 1998, p. 41); y

“El criterio de conformidad o contrariedad respecto a la naturaleza humana es la razonabilidad... El bien del ser humano consiste en estar conforme con la razón, y el mal humano en estar fuera del orden de la razonabilidad... para Tomás de Aquino la manera de descubrir qué es moralmente recto (virtud) y desviado (vicio) no es preguntar si está de acuerdo a la naturaleza humana, sino qué es razonable” (Finnis, 2000a, p. 69).

En el mismo sentido Olgiatti: “El derecho será derecho en cuanto expresa racionalidad y, por consiguiente, eticidad, puesto que la moral consiste en obrar *secundum rectam rationem*” (Olgiatti, 1977, p. 339). En definitiva, nuestra convicción (Kalinowski) es que el analogado primario (o significado focal) donde se ve el derecho es en la conducta discernida racionalmente que le otorga o no le priva al otro de lo que le corresponde; y en este reconocimiento de lo suyo del otro, hay suyos atribuidos en razón de su condición humana y suyos dispuestos autoritativamente o voluntariamente⁷. Esa práctica social racional autoritativa en la que consiste el derecho, tiene por fin lograr la mejor vida social posible (bien común político) (Vigo, 2010).

Dado esa relevancia que se le reconoce a la razón y la correspondiente conducción de ciertas conductas sociales para el bien común, podemos coincidir con aquellos (como Finnis) que dudan sobre el rótulo de iusnaturalismo, porque puede asociarse kantianamente a pensar el derecho como dos mundos paralelos (el natural y el positivo), y también por las discusiones sobre la caracterización de la “naturaleza” y una fácil conexión con una cierta y completa inmutabilidad histórica. Advierte Finnis que fue Aquino el que propone que todo el derecho de una comunidad política pueda ser considerado como derecho positivo (Finnis, 1996, p. 195), precisando (S.T.I-II, q.95, a.2) acerca del “derecho natural y civil como una distinción en el seno del derecho positivo (es decir, dentro del derecho humanamente establecido)” (Finnis, 2011b, p. 159). Hervada ha ratificado que “el derecho natural y el derecho positivo se integran en un único sistema jurídico, el cual es en parte natural y en parte positivo” (Hervada, 1981, p. 176), y esa unidad descansa en tres factores:

- i) el derecho positivo se inscribe en el plano de los medios que la prudencia jurídica va estableciendo para los fines o bienes inscritos en la naturaleza humana;
- ii) la potestad de dar normas positivas y la capacidad de compromisos y pactos remite al orden social natural y al derecho natural; y
- iii) las relaciones jurídicas básicas naturales y fundamentales necesitan del complemento y adaptación que posibilita el derecho positivo.

⁷ En el ámbito de la escuela que seguimos hay polémica en ese punto del analogado primario del derecho, y así algunos lo ven en la ley (Finnis), en el derecho subjetivo (Urdanoz), en el arte jurídico que discierne lo justo (Vlley), en el bien logrado por la conducta (Errazuriz), en la relación jurídica (Lachance), etc.

Cotta ha llegado a identificar el derecho natural con el “derecho positivo vigente” en tanto éste se justifique en la coexistencia humana. Por nuestra parte, hemos asimilado al derecho natural con el derecho positivo plenamente válido o justificado racionalmente (Vigo, 2017), dado que el juicio de validez jurídica referido a una regla implica avalarla o justificarla en términos racionales, declarando su existencia en el derecho y la necesidad de observarla o aplicarla.

Destaquemos que esa racionalidad que es matriz del derecho conlleva exigencias sustanciales (los bienes humanos básicos) y exigencias formales o procedimentales. Para que exista el derecho se requiere (Finnis) la presencia de las ocho desiderata de Fuller en su libro “The Morality of Law”(generalidad, promulgación, irretroactividad, claridad, no contradicción, cumplimiento posible, estabilidad y congruencia entre la acción oficial y lo prescripto jurídicamente), pero además la validez reconoce una dimensión intrasistemática o jurídica y otra validez u obligatoriedad moral, las que comprometen la validez integral de la ley. Los derechos humanos son la respuesta del derecho en orden a proteger y promover los bienes humanos básicos de los que habla Finnis.

En el marco cuatripartito de la ley en Aquino, es para Finnis la ley humana el focal meaning de la ley ; pues no hay estrictamente derecho sin sociedad y política. Ese derecho se lo “pone” por medio de normas, principios e instituciones, aunque el proceso de “determinación” es el camino normal de derivación de la ley o el derecho natural. La ley humana no exige todo lo que está bien, ni prohíbe todo lo que está mal, sino aquello que es más relevante para el buen vivir en sociedad. Las reglas jurídicas son razones para la acción, y específicamente buenas (morales) razones, de ahí que promulgada la ley se genera una obligación moral *prima facie* de respetarla.

La razón práctica cuenta con distintos niveles; desde el primer principio autoevidente que “el bien ha de hacerse y el mal evitarse” junto a otros principios próximos al mismo. Pero aquella razón práctica tiene por materia la conducta humana a la que procura dirigir con máxima generalidad, pero también aquella absolutamente circunstanciada (prudencial) en donde se acrecienta la posibilidad de equivocación. Así advierte el Aquinate: ”La razón práctica se ocupa de cosas contingentes, que son el ámbito de las acciones humanas, y por eso, aunque se dé necesidad en los principios más generales, cuanto más descendemos a lo particular, tanto más defectos encontramos....; respecto de las conclusiones particulares de la razón práctica, la verdad o rectitud ni es idéntica en todos los hombres ni, en aquellos en los que es, igualmente conocida”(S.T. I-II, q.94, a.4).

La filosofía jurídica finnisiana está muy lejos de incurrir en juridicismo, la razón práctica es inescindiblemente moral, política y jurídica, aunque cabe los distinguos entre esas dimensiones. Incluso nos gustaría destacar, que el profesor oxoniense precisa: “Una descripción de las razones básicas para la acción no debería ser racionalista” (Finnis, 2017, p. 136), y por ello el pensamiento moral que es “racional en su máxima extensión, que integra las emociones y los sentimientos” (Finnis, 2017, p. 139). El entendimiento mueve a la voluntad proponiéndole el fin, determinando su objeto que es un bien particular, y la voluntad puede mover el entendimiento para que se aboque a su objeto, pues se requiere de ambos, dado que ni el entendimiento “quiere”, ni la voluntad “conoce” o entiende. Frente al cuadro descripto Finnis se ocupa de las emociones y recuerda la metáfora de Aquino en la que asimila el gobierno de la razón sobre ellas a la figura de un gobierno limitado en donde la gente libre puede oponerse a las órdenes que imparta el mismo. Es que las emociones pueden resistir el control de la razón pero también reforzarla en orden al bien conocido y querido; ellas son “inherentemente buenas, naturales y deseables” (Finnis, 2008, p. 94). Aduce Finnis que “Tomás de Aquino repudia constantemente el ideal de una acción racional desapasionada o carente de emoción” (Finnis, 2008, p. 95), y “la buena emoción (*passio*), cuando sigue al juicio de la razón, acrecienta el mérito” (Finnis, 2008, p. 95).



Especialmente en la obra “Tomás de Aquino. Teoría moral, política y jurídica”, Finnis dedica un detallado estudio a la prudencia y al resto de las virtudes confesando: “Tomás de Aquino reflexionó sobre la estructura interna de la deliberación y la elección más cuidadosamente, al parecer, que nadie antes, y casi nadie después, de él. Su análisis del juego recíproco entre la razón y la voluntad, entre la comprensión y la capacidad de respuesta, en dicho proceso estructurado, es uno de los logros teóricos más originales” (Finnis, 2008, p. 78), incluso reproduce la estructura del acto humano en donde cada uno de los siete actos de la razón (comenzando en la intelección de los fines/bienes básicos) son proseguidos por otros siete de la voluntad (culmina en el disfrute del fin alcanzado). Reiteramos también del profesor de Oxford cuando luego de descartar que la teoría moral de Aquino sea excesivamente racionalista, recupera su idea de un gobierno limitado de la razón sobre las emociones (Finnis, 2008, p. 91), y llegue a afirmar que éstas “son inherentemente buenas, naturales y deseables” (Finnis, 2008, p. 94) en tanto “Tomás de Aquino repudia constantemente el ideal de una acción racional desapasionada o carente de emoción” (Finnis, 2008, p. 95) y “la buena emoción cuando sigue el juicio de la razón, acrecienta el mérito” (Finnis, 2008, p. 95).

En cuanto al tema central del presente (Vigo, 2021), compartimos también de Finnis su opinión contraria a la propuesta dworkiniana de la respuesta correcta: “Una teoría del derecho natural de la tradición clásica no pretende que la razón natural puede identificar la respuesta correcta a las incontables preguntas que surgen para el juez cuando encuentra las fuentes poco claras. Desde el punto de vista clásico, expresado por Tomás de Aquino con una clara deuda hacia Aristóteles, hay muchas formas de andar mal y actuar mal; pero en muchas, tal vez en la mayoría de las situaciones de la vida personal y social, hay un buen número de opciones correctas (es decir no malas) incompatibles” (Finnis 2017, p. 163). Si bien puede haber varias respuestas correctas, es muy importante advertir y reiterar el límite que le pone Finnis a las mismas. Se trata de su teoría de los “absolutos morales” (Finnis, 1993; 1992b) que son una pieza medular del razonamiento jurídico, en tanto ellos marcan un límite negativo a las elecciones con relevancia moral y jurídica.

13.3. Tesis y temas a desarrollar

Sin perjuicio que nuestra perspectiva ya ha sido puesta de manifiesto respecto a la pregunta de si existen respuesta correcta para los casos jurídicos, nos interesa consignar ciertas cuestiones, que sobre todo en la teoría finnisiana, merecen ser profundizadas, precisadas o incluidas claramente:

13.3.1. Argumentación Jurídica

Al menos en el ámbito del derecho continental europeo y del EDL, se nos ha enseñado que el trabajo del jurista (por antonomasia del juez) se realiza por medio de la “interpretación” y los “métodos” respectivos que son los caminos que conducen a descubrir el significado de la norma en donde se subsumirá el caso. El EDC ha implicado grandes cambios en el derecho con: la Constitución convertida en fuente directa del derecho, la emigración al interior del derecho de la moral racional contenida en los derechos humanos y la aparición de los tribunales constitucionales con competencia de controlar la validez o existencia jurídica de toda norma (incluida la ley). En ese marco, el trabajo del jurista ha cambiado significamente y el nuevo nombre que se ha ido consolidando es el de “argumentación jurídica” (en donde podría reconocerse a la “interpretación” dentro de ella con el objeto de esclarecer el significado normativo de textos), en tanto aquel consiste en un razonamiento donde las premisas se van conectando conforme a las reglas de la lógica (justificación interna), pero se requiere que esos

juicios cuenten con argumentos que los respalden, justifiquen o motiven (justificación externa). La argumentación jurídica ha generado un nuevo aparato conceptual y problemas que eran desconocidos cuando se confiaba en la interpretación jurídica como desentrañamiento del significado del texto normativo.

13.3.2. Prudencia y virtudes

Aludimos arriba a nuestro respaldo a las consideraciones hechas por Finnis en torno a la prudencia, voluntad y emociones especialmente en su libro “Tomás de Aquino. Teoría moral, política y jurídica”, pero nos gustaría hacer al menos tres observaciones al planteo de Finnis:

- i) no nos parece apropiado asimilar “prudencia” con “razonabilidad práctica” (Finnis, 1992b, p. 107) dado que ésta también puede formular reglas generales o universales, además de conducir los actos absolutamente singulares y personalísimo;
- ii) alentamos un estudio particularizado de las emociones (Vigo, 2022) o pasiones como actos afectivo-sensitivos (no actos de conocimiento ni volitivos) que nacen del amor al bien y que tienden a la unión con el bien amado, siendo el amor la “pasión principalísima” (Aquino)⁸; y
- iii) alentariamos un tratamiento particularizado del sentido interno de la cogitativa en tanto sujeto síquico secundario de la prudencia (el primario es la razón práctica) y posibilitador de juzgar éticamente los actos particulares que se dan en la experiencia (Ramírez, 1978, pp. 44-51).

13.3.3. Lógica jurídica

Hasta donde conocemos, nos parece evidente que Kalinowski se ha ocupado de la lógica con mayor detalle y actualidad del que lo ha hecho Finnis. Con acierto el pensador polaco en su “Introducción a la lógica jurídica” (la edición francesa de 1965 tiene un elogioso Prefacio de Ch. Perelman) se ocupa de analizar con profundidad los diferentes raciocinios jurídicos a los que divide en: i) lógicos o de coacción intelectual, que los agrupa en normativos y no-normativos; ii) retóricos o de persuasión; y iii) extra lógicos o puramente jurídicos (presunciones, ficciones, etc.). Pero además, Kalinowski también ha procurado un esfuerzo lógicamente riguroso por describir la estructura completa del derecho, sin perder de vista su fundamento metafísico, aunque incluyendo

“la estructura de las reglas del obrar (que) forman un todo coherente, un sistema (con) sus normas primarias y secundarias; sus reglas lingüísticas (reglas de vocabulario y reglas de sintaxis) y sus reglas de admisión de las normas primarias y secundarias” (Kalinowski, 1986).

Asimismo, se reconoce a Kalinowski como uno de los fundadores de la lógica deóntica a comienzos de la década de 1950, habiendo reclamado su estudio “en particular por los moralistas y los juristas y, en general, por todos aquellos que tienen que inferir a partir de normas o que las estudian desde cualquier punto de vista” (Kalinowski, 1972, p. 18). En relación a lo señalado me gustaría insistir en la necesidad que los juristas estudien la retórica (lógica material o no formal), tanto la antigua (Aristóteles, Cicerón y Quintiliano), como la nueva (Perelman),

8 “El placer no es otra cosa que la quietud del apetito en el bien”, dice Aquino en S.TI-II,q.11,a.6

a los fines de que los argumentos que se esgriman para justificar sobre todo las premisas verosímiles o plausibles, lo hagan de la manera más persuasiva posible⁹.

13.3.4. Principios jurídicos

Ya consignamos que Finnis no asume una teoría jurídica normativista, sin embargo, el tratamiento que le brinda a los principios jurídicos no se hace cargo de las discusiones sutiles que sobre los mismos se han desarrollado en la iusfilosofía continental. La agenda de problemas implicados en aquellos es significativa y amplia, por lo que nos limitaremos a enviar al lector a nuestra obra “Los Principios Jurídicos (perspectiva jurisprudencial) (2000), y otros artículos referidos a esa temática. Consignemos inicialmente la discusión entre teorías conflictivistas y no conflictivistas, y también recordemos una doble clasificación de principios y sus eventuales conflictos o tensiones entre ellos: i) en relación al sistema jurídico, en cuanto pueden distinguirse: metasistemáticos o universales, sistemáticos y sectoriales, y ii) principios que protegen bienes individuales y aquellos cuyo objeto son bienes comunes.

13.3.5. Ponderación

El tratamiento y operatividad de los principios y su diferencia con las normas es un tema que ha sido analizado de manera muy diferente en el marco del civil law respecto al common law. Es que en el mundo anglosajón nunca estuvo vigente el EDL y su pretensión de reducir el derecho a un sistema de normas y jueces construyendo silogismos mediante la subsunción de casos individuales en los genéricos previstos en aquellas. Funcionalmente los principios son derecho concentrado o respuestas jurídicas en potencia desde los cuales los jueces derivan creativamente respuestas para los casos a resolver, y los derechos humanos constituyen esa juridicidad indisponible o necesaria de modo que su violación grave y manifiesta es racionalmente incompatible con la existencia derecho. Desde el realismo jurídico, aquellos que tenemos la responsabilidad de pensar teórica y prácticamente el derecho que constituye nuestra tradición europea continental, no podemos ignorar los desarrollos de los principios y su diferencia con las normas. En especial la técnica de la ponderación de los mismos a la hora de obtener una respuesta jurídica concreta, a tenor de su inequívoca recepción en las Altas Cortes de nuestros Poderes Judiciales. Dicha técnica –al margen del desarrollo alcanzado en la teoría alexyana y su pretendida novedad– parece intrínseca o necesaria cuando estimamos racionalmente necesario dejar de lado una norma clara que regula un caso, en ese supuesto siempre aparecerá la duda de aplicarla en nombre de la seguridad jurídica, o dejarla de lado en nombre de la equidad. Esa inescindibilidad de lo que hoy llamamos ponderación, queda implícitamente revelada con los ejemplos aristotélicos en donde se deja en el caso de lado la norma que lo regula, invocándose el principio de equidad (justicia en el caso) fundado en la racionalidad presunta del legislador (por ejemplo en el depósito de un arma).

13.3.6. Dialogo racional

La matriz del dialogo como camino para alcanzar la verdad práctica no aparece ignorada en la filosofía clásica (Lamas, 1991; 2008; 2013). En todo el Organon aristotélico seguramente podemos encontrar temas que hoy estudiaríamos en la amplia agenda de la Argumentación jurídica. Centralmente la diferenciación entre razonamientos de premisas apodísticas o necesarias y cuando recurrimos a premisas probables o verosímiles en tanto respaldadas por todos o por los sabios (todos, una mayoría o algunos). Mientras que aquellos son estudiados

9 El trabajo argumentativo del jurista puede ser reconocido como “prudencial-retórico” (Vigo, 1999).

en la Analítica, de los otros se ocupan la Dialéctica, Tópica y Retórica. En los razonamientos judiciales son relevantes los problemas o preguntas que se intentarán responder en orden a definir las premisas respectivas que escogerá el juez, pero es decisivo generar el dialogo argumentativo que posibilitará la respuesta jurídica que brindará la sentencia. Ahí también encontraremos silogismos, pero también otras estructuras lógicas (inducciones, abducciones, analogías, etc.), seguramente falacias y necesitaremos exponer nuestros argumentos de manera persuasiva. En definitiva, estamos impugnando la extendida tesis que la argumentación nace en la década de 1950, y superando prejuicios cronofóbicos, apelamos a hurgar en aquellos desarrollos griegos que fueron continuados especialmente en el derecho romano con Cicerón y Quintiliano. Más allá de todo lo provechoso que podemos obtener mirando al tiempo pasado, las éticas del dialogo contemporáneas aportan una racionalidad procedimental o formal que en principio es compatible con éticas sustanciales defendidas metafísicamente¹⁰. Por supuesto que el derecho tiene una dimensión institucional y autoritativa que pone un cierto orden en el campo de la argumentación dialógica, de manera que siempre será necesario proyectar sobre desarrollos teóricos de interés, claves interpretativas y regulatorias definidas por la autoridad política competente.

13.3.7. Lenguaje

El siglo XX experimenta claramente a partir de las década del 60 y del 70 lo que se reconoce en la filosofía el giro lingüístico (linguistic turn) que Richard Rorty popularizó. El lenguaje se convierte en el espacio absorbente y determinante donde se piensa, dejando de lado el interés autónomo por el ser o la subjetividad, y conforme a esa centralidad Wittgenstein enseña: “los límites de mi lenguaje significan los límites de mi mundo” (Wittgenstein, 1914, p. 187). La semiótica (en el ámbito de la escuela cabe remitirnos a las obras del profesor mexicano Mauricio Beuchot) se proyecta sobre todos los saberes, y por supuesto el derecho no escapa a esa regla, de modo que en la filosofía jurídica se estudia y corresponde estudiar semiótica jurídica en los tres campos: semántica, sintáctica y pragmática. Sin embargo, sobre todo en el campo de las dogmáticas o ciencias jurídicas, sigue predominando una visión ingenua o mágica del lenguaje (Carnap), y ello queda reflejado en el enseñado método interpretativo lingüístico de la ley, apoyado en la confianza que es posible determinar con claridad el significado de lo que ella prescribe. Ferrajoli hoy insiste en esa posibilidad de verificación del significado lingüístico de la norma jurídica aplicable receptada en la premisa mayor del silogismo judicial. Por nuestra parte, cabe reclamar a la teoría jurídica enriquecerse con los aportes de la semiótica jurídica en orden a asegurar que el lenguaje del derecho y de los juristas logre comunicar de la mejor manera y con verdad los deberes jurídicos. A pesar de las dificultades de las que hay que estar advertidos sobre los problemas que se presentan en el tránsito de la realidad, al pensamiento y finalmente a las palabras y conceptos, no tenemos dudas que es ese el camino que deben transitar también los juristas. En ese punto, destaquemos que el derecho se nutre de distintos lenguajes: el científico jurídico (términos monopolizados por el derecho, por ej. enfiteusis, hipoteca, etc.); el juridizado (términos que cuando se usan en el derecho se les brinda un significado específico, por ej. cosa, persona jurídica, etc.); científico no jurídico (metro cuadrado, ADN, etc.) y corriente u ordinario (donde se detectan las mayores dificultades atento a la pluralidad de significados que se reconocen en las sociedades a las mismas palabras). En nuestro tiempo se detectan cuestiones importantes en el terreno del lenguaje jurídico sobre los cuales se necesita una palabra esclarecedora brindada por la iusfilosofía, y también una voz de alerta para no sumarnos irracionalmente a modas extendidas en dicho campo comunicacional.

10 Finnis refiere a que los primeros principios de la razón práctica que son indemostrales o autoevidentes “pueden ser defendidos” con argumentos dialécticos (Finnis, 2008, p. 113), pero hasta donde conocemos no ha trabajado todo el aporte aristotélico incluido en la dialéctica, retórica y tópica, lo cual puede enriquecer su filosofía jurídica sin comprometer sus sólidas bases realistas.

13.3.8. Premisas fácticas

Reiteremos lo dicho arriba respecto a que resultaba funcional al EDL la creencia que los casos que trataban profesionalmente los juristas eran fáciles, dado que ellos no encontraban dificultades importantes a los fines de identificar las norma jurídicas que les brindaban la solución. La obra de Michele Taruffo nos resulta contundente como para dejar de lado aquella presunción irreal y dogmática (Vigo, 2017, capítulo VIII). En efecto, destaquemos:

- i) que la verdad es condición de la justicia;
- ii) que la verdad es posible de alcanzar y que el juez debe procurarla en el ámbito de su competencia;
- iii) que el carácter jurídico de los hechos no remite exclusivamente a la definición del legislador, atento a que hay hechos intrínsecamente jurídicos (la esclavitud, cierta equivalencia en los intercambios, etc.);
- iv) los hechos definidos jurisprudencialmente enriquecen las normas (qué actos impulsan el proceso, que homicidios se entenderá con alevosía, etc.);
- v) que la verdad es por correspondencia, y ella no son dos (procesal y real) sino una;
- vi) en el conocimiento judicial de los hechos cada vez más es relevante el aporte de ciencias no jurídicas (en la filiación el ADN del demandado, al establecer la causa y tiempo de una muerte, etc.);
- vii) en los hechos puede reconocerse su dimensión valorativa (la injusticia “extrema”;
- viii) todas las definiciones judiciales fácticas deben contar con los argumentos que racionalmente lo explican y justifican;
- ix) es importante en un informe pericial tener en cuenta la idoneidad científica, tecnológica y ética del perito;
- x) el proceso no es de las partes, ni carece de exigencias éticas para los abogados, y dado que tiene una dimensión publicista, el juez como director del mismo debe procurar que se respeten;
- xi) la cosa juzgada cuando supone consagrar algo clara y gravemente absurdo, irracional o injusto corresponde habilitar su revisión;
- xii) está en crisis la tajante separación entre *quaestio facti* y *quaestio iuris* inventada al hilo del recurso casación en tiempos de la revolución francesa;
- xiii) la certeza que genera un informe pericial depende inicialmente de la ciencia desde la cual el mismo se apoya; (en Taruffo, ciencias: duras, blandas, pseudo ciencias o junk science); etc.

En nuestra cultura jurídica hay que potenciar el interés por la problemática fáctica en el proceso, y reconocer que el razonamiento judicial necesita empezar en las premisas que se establezcan en ese terreno. Es oportuno recordar que Aristóteles y luego Aquino llegaron a sostener que hay más riesgo en cometer un error en la respuesta a brindarse en un caso cuando se ignoran las circunstancias del mismo, que cuando se ignora las normas que lo regulan¹¹.

13.3.9. Precedente

si es posible que exista la seguridad jurídica en un sistema jurídico en donde el derecho centralmente lo hacen los jueces como en el common law (judge made law), lo es gracias fun-

11 Tomás de Aquino: “Por ser la prudencia razón activa, es necesario que el prudente posea ambos conocimientos, esto es, tanto el universal como el particular: y de tener sólo uno, debe tener más bien éste, es decir, el conocimiento de lo particular, que es más próximo a la acción”, In VI Ethicorum, lect. 6, n. 1194.

damentalmente a la institución de una sólida teoría del precedente, que incluye la alternativa de dejarlo de lado vía “overruling” o “distinguishing”. Por otro lado, hay amplia coincidencia en que el sistema continental europeo en las últimas décadas se va pareciendo cada vez más a aquel anglosajón, sin embargo, aún no se comprueba que se haya receptado de manera sólida y firme una teoría del precedente que aporte a la previsibilidad jurídica. En orden a destacar el aporte que hace la jurisprudencia cada vez más claro en tiempos del EDC, señalemos:

- i) define status jurídicos de conductas concretas;
- ii) establece la norma del enunciado o texto normativo;
- iii) resuelve antinomias o contradicciones normativas;
- iv) suple lagunas jurídicas;
- v) esclarece la validez o invalidez de las reglas;
- vi) extiende la aplicación de reglas vía analogía;
- vii) define el contenido de principios y derechos humanos;
- viii) establece criterios de prioridad entre principios;
- ix) estabiliza al derecho;
- x) simplifica justificaciones por medio de criterios consolidados;
- xi) define la teoría de la interpretación con la que se operará el derecho vigente y válido;
- xii) esclarece la regla de reconocimiento o las fuentes del derecho;
- xiii) facilita la enseñanza del derecho; etc.

En base a lo señalado cabe consignar varias razones que pueden esgrimirse en favor de la institución del precedente, mencionemos algunas:

- i) tratar igual lo que es suficientemente parecido (justicia formal);
- ii) potencia la seguridad jurídica o previsibilidad;
- iii) favorece la eficacia del derecho aportando estabilidad;
- iv) reduce la discrecionalidad judicial;
- v) presume corrección en tanto muchos ojos ven más que dos (Aristóteles);
- vi) aporta al estudio de la jurisprudencia, reconociendo su real aporte al derecho completándolo o precisándolo;
- vii) contribuye a la legitimidad judicial;
- viii) favorece la coherencia y consistencia del sistema jurídico; etc.

El reclamo planteado de que se requiere en nuestros sistemas jurídicos una clara teoría del precedente se hace particularmente urgente, cuando vemos que se tolera o autoriza el cambio del mismo por argumentos vanales como el mero cambio en la integración del tribunal.

13.3.10. Validez de la norma jurídica

El juicio de validez jurídica queda asociado a partir de Kelsen a la existencia misma de la norma y se lo hace consistir con la cobertura de ciertos requisitos formales: órgano, procedimiento y conformidad a la norma superior. Sin embargo, en tiempos del EDC y de derechos humanos corresponde ampliar a los mencionados, incluyendo varios más en orden a lograr que la norma en cuestión esté justificada racionalmente. De esa manera, hemos reconocido hasta once requisitos que reclama la racionalidad del mandato, aunque corresponde exigirselos a cualquier norma jurídica y no solo proyectarlos en relación a la ley:

- i) que el órgano que dicte la norma es el que tiene competencia para ello;
- ii) que la norma surja respetando el procedimiento establecido;
- iii) que la norma sea armónica (coherente y consistente) con el resto del sistema en donde ella se incorpora;
- iv) la norma debe ser comprensible lingüísticamente y ajustada a las exigencias de la lógica;
- v) que el medio prescripto por la norma sea idóneo para conseguir el fin que ella busca;
- vi) la norma no puede contradecir verdades científicas verificadas;
- vii) se necesita que la norma se adecue a las costumbres de la sociedad en la que regirá;
- viii) sería incompatible con el derecho si la norma bajo análisis incurre en un contenido grave y evidentemente disvalioso;
- ix) lo que prescribe la norma debe ser algo fácticamente posible de ser ejecutado;
- x) se requiere que la intención manifestada por el autor de la norma resulte coherente con el contenido de la misma y no contradiga exigencias éticas claras; y
- xi) a los fines de concluir con la existencia o inexistencia de la norma se necesita un juicio prudencial o ponderativo integral, dado que lo mejor puede ser enemigo de lo bueno.

Sintéticamente, lo que se pretende es que el juicio en favor de la validez de la norma se alcance a tenor de entender que ella está justificada racionalmente, y por ende, puede ser comprendida y aceptada por el destinatario, con el riesgo de soportar las consecuencias de no cumplir dicha norma.

13.3.11. *Etica Judicial*

El cientificismo y el juridicismo que caracterizaron la cultura jurídica académica típica del EDL conlleva dar la espalda totalmente a consideraciones morales o éticas. De ese modo la única idoneidad reclamada a los que pretendían ser jueces era la científica, incluso la figura del prevaricato era funcional a esa tesis dado que había una sola respuesta legal para cada caso, y consiguientemente, el juez carecía de discrecionalidad y si elegía otra respuesta diferente a la prevista, la consecuencia prevista era la condena penal. El contraste con el common law es evidente, ahí el análisis de los antecedentes del candidato a juez, sobre todo se detiene en los de índole ético, y una prueba de hasta donde llega, se muestra en el penúltimo juez incorporado a la Corte Suprema de Estados Unidos (Brett Kavanaugh) cuando se le abrió una investigación encomendada al FBI por un supuesto acoso llevado a cabo en una fiesta estudiantil cuando tenía 18 años. Si bien ha habido avances en orden a potenciar teórica y prácticamente a la Etica Judicial, estimamos que nuestras Facultades de Derecho mantienen una inercia de desinterés por esas cuestiones. Entre las reacciones contrarias a ese clima juricista destaquemos: 1. la aprobación del Código Modelo de Etica Judicial por parte de la Cumbre Judicial Iberoamericana en el 2006, cuya redacción se nos encomendó a Manuel Atienza y al suscripto, y que varios Poderes Judiciales lo han adoptado explícitamente; y 2. entre las idoneidades requeridas para ser juez varios países han incluido a la ética, y así por ejemplo en la Argentina el decreto del Poder Ejecutivo 222 /1997 estableció que el Presidente debía poner en conocimiento de la sociedad a los candidatos a la Corte para que dieran la opinión favorable o crítica de los mismos. Por supuesto que los deberes éticos no intentan sustituir a los deberes jurídicos previstos en el derecho penal, administrativo, civil, constitucional, internacional, etc., pues ellos requieren actos ejecutados y sus exigencias son particularmente relevantes, mientras que el campo de la ética incluye a las intenciones y busca convencer al destinatario para que asuma el servicio

profesional en búsqueda de la excelencia, sin limitarse a cumplir los deberes jurídicos. Ejemplifiquemos: las causales de excusación y recusación procuran la imparcialidad judicial, pero ésta remite centralmente al ánimo y conciencia del juez sin que aquellas logren garantizarla.

14. REFERENCIAS

- Alexy, R. (1989). Teoría de la argumentación jurídica. Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (1993). *Derecho y razón práctica*. Fontamara.
- Alexy, R. (2000). La institucionalización de la razón. *Persona y Derecho*, 43.
- Alexy, R. (2008). Derechos humanos sin metafísica? *Anuario de la Asociación Argentina de la Filosofía del Derecho. Ideas y Derecho*.
- Amaya, A. (2009). *Virtudes judiciales y argumentación*. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- Amaya, A. (2015). Virtudes y filosofía del derecho. En J.L.Fabra y E. Spector (Eds.). *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Vol.3. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Amaya, A. (2017). La virtud de la humildad judicial. En A. Amaya, M. Del mar, P.H. Haddad Bernat, G. Lariguet, J.R. Narváz Hernández, & L. Samamé. *Emociones y virtudes en la argumentación jurídica* (pp. 81-103), Tirant lo Blanch-Instituto de la Judicatura Federal.
- Bernal Pulido, C. (2005). *El derecho de los derechos*. Universidad Externado de Colombia.
- Bernal Pulido, C. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bonnecase, J. (1944). *La escuela de la exégesis en derecho civil*. Cajica.
- Calhoun, Ch. & Salomon, R.C. (1996). *¿Qué es una emoción?* Fondo de Cultura Económica.
- Cohen, M. (Edit.) (1982). *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*. Rowman & Allanheld.
- Dworkin, R. (1982a). Law as interpretation. *Critical Inquiry*, 9(1), 179-200.
- Dworkin, R. (1982b). Natural Law Revisited. *University of Florida Law Review*, 34, p.165.
- Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*. Ariel.
- Dworkin R. (1985). *A matter of principle*. Harvard University Press.
- Dworkin R. (1988). *El imperio de la Justicia*. Gedisa.
- Dworkin R. (1986). *Law's Empire*. Harvard University Press..
- Farrelly, C., & Solum, L.B. (Eds.) (2011). *Virtue Jurisprudence*. Palgrave-MacMillan.
- Ferrajoli, L. (2011a). El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-ius-naturalismo. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, 311-360. <https://doi.org/10.14198/DOXA2011.34.19>
- Ferrajoli, L. (2011b). Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, 15-53. <https://doi.org/10.14198/DOXA2011.34.02>
- Ferrajoli, L. (2013). Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Ferrajoli, L., & Ruiz Manero, J. (2012). *Dos modelos de constitucionalismo-una conversación*. Trotta.

- Finnis, J. (1992a). *Natural Law and Natural Rights*. Clarendon Press,
- Finnis, J. (1992b). *Absolutos morales*. Eunsa.
- Finnis, J. (1993). Aristóteles, Santo Tomás y los absolutos morales. *Persona y Derecho*, 28, 9-26.
- Finnis, J. (1996). The Truth un Legal Positivism. En R. George (Ed.), *The Autonomy of Law*. Clarendon Press.
- Finnis, J. (1998). *Aquinas. Moral, political and legal theory*. Oxford University Press.
- Finnis, J. (2000a). *Ley natural y derechos naturales*. Abeledo Perrot.
- Finnis, J. (2000b). Propter honoris respectum. On the Incoherence of Legal Positivism. *Notre Dame Law Review*, 75, 1601.
- Finnis, J. (2008). *Tomas de Aquino (Teoría Moral, Política y Jurídica)*. Instituto de Estudios de la Sociedad (Chile).
- Finnis, J. (2011a). Is and Ought in Aquinas. *Collected Essays, vol.I, Reason in Action*. Oxford University Press.
- Finnis, J. (2011b). Legal Philosophy: Roots and Recent Themes. *Collected Essays, vol. IV: Pre-philosophy of Law*. Oxford University Press.
- Finnis, J. (2011c). Natural Law Theories. En E.N. Zalta, & U. Nodelman (Eds.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*.
- Finnis, J. (2011d). *Collected Essays, vol.I*. Oxford University Press.
- Finnis, J. (2017). Derecho Natural y Razonamiento Jurídico. En J. Saldaña Serrano, & C. I. Massini Correas (Eds.). *Estudios de Teoría del Derecho Natural*, (135-164), Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
- Guastini, R. (1993). I fondamenti teorici e filosofici del garantismo. En L. Gianformaggio (Ed.), *La ragioni del garantismo*.
- Gabel P. (1986). "Taking Rights Seriously" de Ronald Dworkin. *Critical Legal Studies*. The Harvard Law Review Association, Cambridge, Massachusetts.
- George, R.P. (2001). *In Defense of Natural Law*. Oxford University Press.
- González Lagier, D. (2020). Emociones sin sentimentalismo (sobre las emociones y las decisiones judiciales). Palestra.
- Haddad Bernat, P.H. (2017). Virtudes intelectuales y justificación epistémica en el ámbito probatorio. En A. Amaya, M. Del mar, P.H. Haddad Bernat, G. Lariguet, J.R. Narváez Hernández, & L. Samamé. *Emociones y virtudes en la argumentación jurídica* (pp. 37-58), Tirant lo Blanch-Instituto de la Judicatura Federal.
- Hart, H.L.A. (1963). *El concepto del derecho*. Abeledo Perrot.
- Hart, H.L.A. (1980). El nuevo desafío al positivismo jurídico. *Sistema*, 36.
- Hart, H.L.A. (1983). American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and The Noble Dream. In H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (pp. 123-144). Clarendon Press, Oxford.
- Hart, H.L.A. (1994). *The concept of Law*, Second Edition. Oxford University Press.
- Hervada, J. (1981). *Introducción crítica al derecho natural*. Eunsa.
- Kalinowski, G. (1986). *Metateoría del sistema normativo*. Mendoza: Idarium.

- Kalinowski, G. (1972). *Lógica del discurso normativo*. Madrid: Tecnos.
- Kelsen, H. (1979). *Teoría general del Derecho y del Estado*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Kelsen, H. (2000). *Teoría pura del Derecho*. Ed. Porrúa.
- Kennedy, D. (1986). Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology. *Journal of Legal Education*, 36.
- Kennedy, D. (1997). *A Critique of Adjudication*. Harvard University Press.
- Kennedy, D. (1999). *Libertad y Restricción en la decisión judicial*. Estudio Preliminar Cesar Rodriguez. Universidad de los Andes.
- Kennedy, D. (2010). *Izquierda y Derecha. Ensayos de teoría jurídica crítica*. Siglo Veintiuno.
- La decisión judicial (El debate Hart-Dworkin); Estudio preliminar César Rodriguez (1997). Universidad de los Andes.
- Lamas, F. A. (1991). *La experiencia jurídica*. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, Buenos Aires.
- Lamas, F. A. (2008). *La Dialéctica clásica*. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, Buenos Aires.
- Lamas, F. A. (2013). *El hombre y su conducta*. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, Buenos Aires.
- Larriguét, G., & Samamé, L. (2017). El papel justificatorio de la compasión en el razonamiento judicial. En A. Amaya, M. Del mar, P.H. Haddad Bernat, G. Lariguét, J.R. Narváz Hernández, & L. Samamé. *Emociones y virtudes en la argumentación jurídica* (pp. 81-103), Tirant lo Blanch-Instituto de la Judicatura Federal.
- Lisska, A.J. *Aquinas's Theory of Natural Law. An Analytic Reconstruction*. Oxford University Press.
- Massini Correas, C. I. (2011). Objetividad y racionalidad en la interpretación jurídica. *Prudentia Iuris*, 71, 101.
- Massini-Correas, C.I. (2019). *Jurisprudencia analítica y derecho natural (Análisis del pensamiento filosófico-jurídico de John Finnis)*. Marcial Pons.
- MacCormick, N. (2018). *Razonamiento Jurídico y Teoría del Derecho*. Palestra Editores.
- Moreso, J.J. (2008). Ferrajoli o el constitucionalismo optimista. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 31.
- Nussbaum, M.C. (2008). *Paisajes del pensamiento*. Paidós.
- Nino C.S. (1985). *La validez del derecho*. Astrea.
- Olgiatti, F. (1977). *El concepto de juridicidad en Santo Tomás de Aquino*. Eunsa.
- Perez Lledo J.A. (1996a). Teorías críticas del derecho. En E. Garzón & F.J. Laporta (Eds.). *El Derecho y la Justicia*. Trotta.
- Perez Lledo J.A. (1996b). *El movimiento Critical Legal Studies*. Tecnos.
- Podres Yanis, J.A. (2020). *Derecho y política (La obra de Duncan Kennedy desde una perspectiva iusnaturalista)*. Marcial Pons.
- Ramírez, S. (1978). *La prudencia*. Madrid: Ed. Palabra.

- Schmill-Ordóñez, U. (2010). Contestación a la réplica de Juan Ruiz Manero. *Doxa*, 33, 47-62. https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/32592/1/Doxa_33_03.pdf
- Solum, L.B. (2013). *Virtue Jurisprudence (Una teoría de la decisión judicial centrada en las virtudes)*. *Persona y Derecho*, 69(2).
- Tushnet Mark (1991). Critical Legal Studies. A Political History, *The Yale Law Journal*, 100(5), 1530-1534;
- Vigo, R. L. (1988). Aproximaciones a la Seguridad Jurídica. *Derechos y Libertades*, (3)6.
- Vigo, R. L. (1999). *Interpretación Jurídica*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Vigo, R. L. (Coord.) (2004). *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*. La Ley; Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires.
- Vigo, R.L. (2010). *Las causas del derecho*. Prólogo Georges Kalinowski. 2ª Ed. Abeledo Perrot.
- Vigo, R.L. (2016). *Iusnaturalismo y Neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias*. Porrúa.
- Vigo, R.L. (2017). *La interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*. México: Tirant lo Blanch – Instituto de la Judicatura Federal.
- Vigo, R.L. (2019a). *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*. Tercera edición. Abeledo Perrot.
- Vigo, R.L. (2019b). *La reconciliación del derecho con la razón y las emociones*. Palestra.
- Vigo, R.L., & Aguiló Regla, J. (2018). *Fuentes del Derecho: dos visiones*. Astrea.
- Vigo, R.L. (2020). *El Estado de Derecho Constitucional y Democrático*. Segunda edición, CEP.
- Vigo, R.L. (2021). ¿Hay una respuesta correcta para cada caso jurídico? Dworkin versus Finnis. *Revista Jurídica Austral*, 2(2), 629-637.
- Vigo, R.L. (2022). *La reconciliación del derecho con la razón y las emociones*. Lima: Palestra.
- Wittgenstein, L. (1914). *Tractatus Logico-Philosophicus*. Taurus.
- Villey, M. (1966). *Consideraciones en pro del derecho natural clásico*. Universidad Nacional de Córdoba.
- Villey, M. (1978a). *Método, fuentes y lenguaje jurídico*. Gherzi.
- Villey, M. (1978b). *Los fundamentos de la escuela moderna del derecho natural*. Gherzi.
- Villey, M. (1979). *Compendio de Filosofía del Derecho*, Vol. II. Eunsa.
- Villey, M. (1981). *El pensamiento iusfilosófico de Aristóteles y de Santo Tomás*. Gherzi.